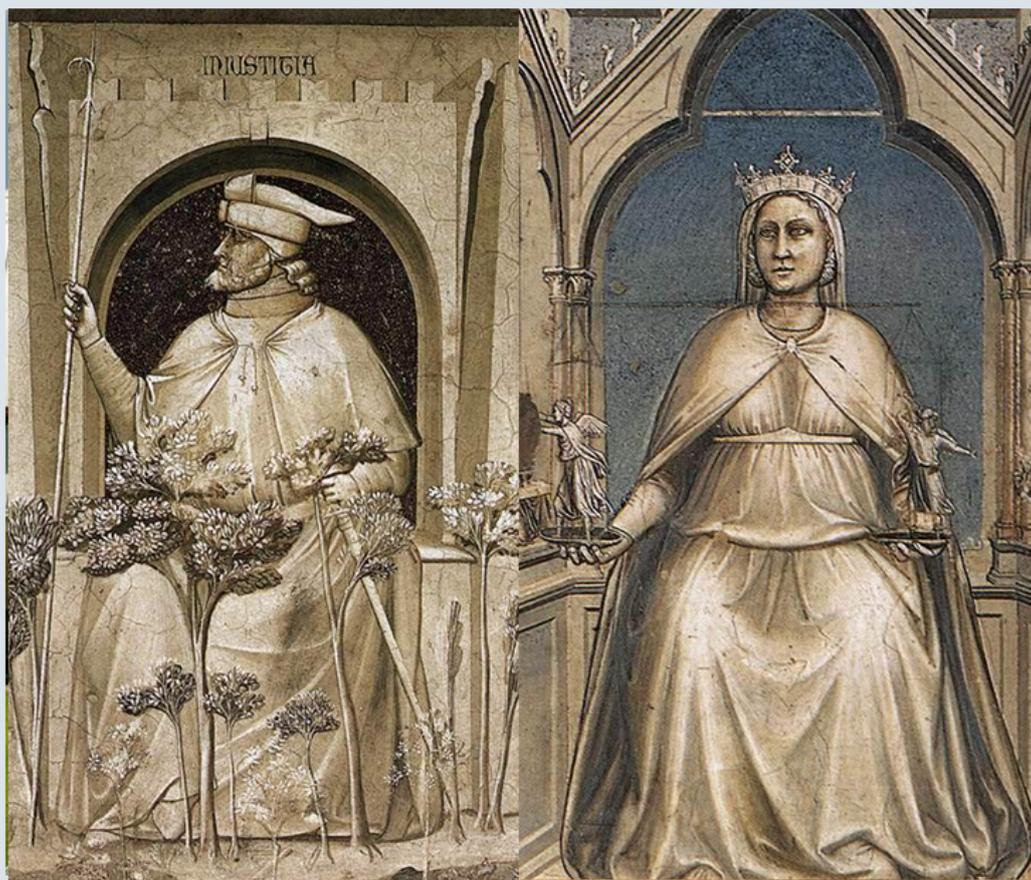


GLI SPECIALI DI **QUESTIONE GIUSTIZIA**



La Corte di Strasburgo

a cura di
Francesco Buffa e Maria Giuliana Civinini

aprile 2019

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore

Nello Rossi

Vice Direttori

Vincenza (Ezia) Maccora, Rita Sanlorenzo

Comitato di redazione

Maria Acierno, Silvia Albano, Giovanni Amone, Roberto Arata, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Piero Curzio, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Mariarosaria Guglielmi, Isabella Mariani, Gualtiero Michelini, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Giuseppe Salmè, Enrico Scoditti, Sergio Sottani, Simone Spina, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi.

Comitato scientifico

Perfecto Andrés Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo.

Segretaria di redazione

Fernanda Torres

Editing

Virgilio Mosè Carrara Sutour

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Nello Rossi
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia Piazza Cavour 00193 - Roma
segretaria di redazione:	Fernanda Torres
contatti:	3497805555 - fernanda.torres@alice.it
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

chiuso in redazione in aprile 2019

Sommario

In copertina “Iniustitia” e “Iustitia”,
particolari dagli affreschi di Giotto
nella Cappella degli Scrovegni, Giotto

Introduzione Pag. 7

PARTE PRIMA

La Corte Edu: un giudice a Strasburgo

Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo <i>di Giorgio Repetto</i>	” 9
Alcune chiavi di lettura del sistema Cedu <i>di Vincent De Gaetano</i>	” 17
I vent'anni della nuova Corte <i>di Guido Raimondi</i>	” 23
Nove anni come giudice italiano a Strasburgo <i>di Vladimiro Zagrebelsky</i>	” 25
La Cedu e la Carta dei diritti fondamentali: <i>overlap</i> e distinzioni <i>di Giuseppe Bronzini</i>	” 30
Dati statistici sul contenzioso alla Corte Edu	” 34

PARTE SECONDA

La Corte Edu: struttura, soggetti, funzionamento

a. I soggetti

I giudici della Corte e le regole del loro rapporto di lavoro	” 39
La procedura di elezione dei giudici della Corte Edu <i>di Daniela Cardamone</i>	” 48
L'indipendenza dei giudici della Corte	” 53

Lo statuto del <i>Greffé</i> e il suo ruolo nel processo decisionale della Corte di <i>Federico Di Salvo</i>	”	56
Il giudice, la Cancelleria della Corte e il <i>non-judicial rapporteur</i> di <i>Vincent De Gaetano</i>	”	65
Assegnazione a formazioni giudiziarie nei procedimenti dinanzi alla Corte Edu di <i>Daniela Cardamone</i>	”	71
I giuristi A della Corte (selezione e formazione) di <i>Emanuele Nicosia</i>	”	77
I giuristi B della Corte (selezione e formazione) di <i>Muriel Vicquery</i>	”	84
Le condizioni di impiego dei giuristi	”	87
La selezione dei magistrati distaccati dai Paesi membri di <i>Daniela Cardamone</i>	”	89
Il ruolo dei giuristi distaccati di <i>Emma Rizzato</i>	”	92
L’agente del governo nel sistema convenzionale di <i>Maria Giuliana Civinini</i>	”	97
Otto anni da agente con la Corte Edu di <i>Paola Accardo</i>	”	103
La Corte e la stagione dei protocolli con le corti supreme di <i>Guido Raimondi</i>	”	107
La Corte di cassazione e la Corte Edu di <i>Renato Rordorf</i>	”	112
Organizzazione del lavoro nella Corte Edu, riforme e buone prassi per l’Italia di <i>Pierpaolo Gori</i>	”	115

b. La giurisprudenza della Corte nel suo formarsi

Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di <i>Maria Giuliana Civinini</i>	”	126
Risorse informatiche per la conoscenza della giurisprudenza della Corte e la banca dati HUDOC di <i>Francesco Buffa</i>	”	136
Autosufficienza del ricorso alla Corte Edu e formalismo giuridico di <i>Maria Luisa D’Addabbo</i>	”	139

Tecniche redazionali dei provvedimenti della Corte di <i>Francesco Buffa</i>	”	144
Efficacia della <i>dissenting opinion</i> di <i>Paulo Pinto de Albuquerque</i> e <i>Daniela Cardamone</i>	”	148
La Divisione ricerca della Corte Edu: teoria, metodo, pratica di <i>Stefano Piedimonte</i>	”	156
La Divisione ricerca della Corte Edu: impatto sulle decisioni della Corte e profili di criticità di <i>Francesco Perrone</i>	”	165
Il richiamo di altre fonti internazionali nelle sentenze Cedu di <i>Peter Paczolay</i>	”	171
Richiesta di opinioni amicus curiae da parte della Corte e anomalie procedurali (<i>la Venice Commission</i>) di <i>Simona Granata-Menghini</i>	”	175
Le ong davanti alla Corte di <i>Francesco Buffa</i>	”	184

PARTE TERZA

Le sentenze Cedu e l'azione conformativa sull'ordinamento interno

a. Profili sostanziali

La giurisprudenza Cedu tra progresso sociale e conservazione dello <i>status quo</i> di <i>Francesco Buffa</i>	”	187
Scelte politiche della Corte tra interventismo e inerzia: il caso della Turchia di <i>Franco Ippolito</i>	”	196
La Corte Edu tra Corte costituzionale e giudici comuni di <i>Vincenzo Sciarabba</i>	”	201
Controllo di convenzionalità e interpretazione conforme: il ruolo del giudice nazionale di <i>Corrado Caruso</i>	”	210
Il parere consultivo nel Protocollo n. 16 di <i>Francesco Buffa</i>	”	219
Le principali decisioni della Corte in materia civile verso l'Italia di <i>Franco De Stefano</i>	”	222

Le principali decisioni della Corte in materia penale verso l'Italia di <i>Daniela Cardamone</i>	”	230
Le principali decisioni della Corte in materie diverse di <i>Emanuele Nicosia</i>	”	242
b. Profili processuali		
Indipendenza e imparzialità dei magistrati di <i>Maria Giuliana Civinini</i>	”	249
Accesso alla giustizia e sentenze pilota: il “caso clinico” <i>Burmych</i> di <i>Valentin Retornaz e Francesco De Santis</i>	”	261
Gli effetti delle pronunce della Corte Edu sul giudicato penale di condanna di <i>Luca Maserà</i>	”	271
La giurisprudenza civile sull'esecuzione delle decisioni della Corte Edu di <i>Roberto Giovanni Conti</i>	”	278
Retroattività, diritto e processo penale (da <i>Scoppola</i> a <i>Contrada</i>) di <i>Vittorio Manes</i>	”	297
Determinatezza dell'incolpazione e contestazioni in fatto di <i>Claudia Cinnirella</i>	”	308
Le perquisizioni disposte dall'autorità giudiziaria di <i>Daniela Cardamone</i>	”	315
La pubblicità dell'udienza di <i>Giulia Valentini Grigioni</i>	”	321
La giurisprudenza in tema di testimoni assenti e criticità del sistema italiano di <i>Andrea Tamietti</i>	”	328
La tutela della parte offesa non costituita parte civile di <i>Giuseppe De Marzo</i>	”	343
Dialogo tra le corti e giurisprudenza a confronto sulla controversa natura delle sanzioni amministrative di <i>Renato Bernabai</i>	”	348
Appunti su <i>ne bis in idem</i> e sanzione autonoma di <i>Piero Gaeta</i>	”	354
L'esecuzione delle sentenze nel sistema convenzionale: profili teorici e pratici di <i>Matteo Fiori</i>	”	360
Tutela d'urgenza e ambito di intervento della Corte di <i>Maria Laura Aversano</i>	”	370

PARTE QUARTA

Le questioni aperte

a. Diritto civile

Inquinamento ambientale e diritti umani di <i>Pasquale Fimiani</i>	”	376
Asilo e protezione internazionale nella Cedu di <i>Giulia Ciliberto e Andreea Maria Roşu</i>	”	381
Protezione dei migranti: Corte Edu e Corte di giustizia a confronto di <i>Salvatore Centonze e Sara Anastasio</i>	”	390
Questioni Pinto ancora aperte di <i>Alessio Scaffidi</i>	”	399
Nomofilachia della Corte Edu, con particolare riguardo alla prescrizione estintiva di <i>Federico Roselli</i>	”	403
Il principio dei <i>best interests</i> e la tutela dei minori di <i>Joëlle Long</i>	”	413
Violenza contro le donne e accesso alla giustizia di <i>Kristina Velcikova</i>	”	419
La tutela dei disabili di <i>Francesco Buffa</i>	”	428
Il diritto alla verità nei casi di <i>gross violation</i> nella giurisprudenza Cedu e della Corte interamericana dei diritti umani di <i>Roberto Giovanni Conti</i>	”	432
Libertà di manifestazione del pensiero, negazionismo, <i>hate speech</i> di <i>Pierpaolo Gori</i>	”	447
Libertà religiosa di <i>Francesco Alicino</i>	”	458

b. Diritto del lavoro e della previdenza sociale

Il dialogo <i>multilevel</i> tra corti in materia di lavoro e previdenza di <i>Laura Torsello</i>	”	468
Contrasti di giurisprudenza, leggi interpretative, legittima aspettativa di <i>Franco de Stefano</i>	”	476

Le leggi interpretative retroattive, nella diversa impostazione di Corte Edu e Corte costituzionale di <i>Michele Massa</i>	”	483
Il lavoro a termine va alla Corte Edu di <i>Aurora Notarianni</i>	”	491
Il potere di controllo del datore di lavoro e la <i>privacy</i> del lavoratore di <i>Francesco Buffa</i>	”	500

c. Diritto penale

I diritti dei detenuti (diversi dalle condizioni di detenzione) ancora non riconosciuti di <i>Patrizio Gonnella</i>	”	504
Le misure di prevenzione sono convenzionalmente ancora compatibili? di <i>Antonello Ciervo</i>	”	509

d. Diritto tributario

Le principali questioni in materia di <i>Francesco Buffa</i>	”	522
I curatori	”	529
Gli autori	”	530

Introduzione

il mutevole cuore del giudice che... comanda nel margine di scelta che l'esegesi delle leggi lascia all'interprete

(P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 1935)

La Corte europea dei diritti dell'uomo, la sua struttura, il suo funzionamento, la sua giurisprudenza nei confronti dei 47 Paesi membri del Consiglio d'Europa sono, per lo più, poco conosciuti sia dal grande pubblico che dalla comunità dei giuristi pratici, nonostante una sapiente e attenta comunicazione da parte della Corte Edu e nonostante o, forse, anche a causa di una scelta dei casi da rimettere alla camera e alla Grande Camera fondata, tra l'altro, sul criterio dell'interesse mediatico della fattispecie, che concentra il *focus* di carta stampata, *social* e televisione su poche, ma stimolanti decisioni. E, talvolta, sulle reazioni dei ricorrenti o delle Alte Parti Contraenti (gli Stati e i loro attori politici). Si pensi, tra quelli recenti, ai casi *Navalnyy c. Russia* - sui ripetuti arresti di un noto oppositore politico -, *Molla Sali c. Grecia* - ove si discuteva della portata discriminatoria della legge islamica in materia di eredità applicata alla minoranza turca -, *Charlie Gard c. Regno Unito* - sull'interruzione della respirazione artificiale -, *Provenzano e Amanda Knox c. Italia*, dove la rilevanza delle questioni era unita a quella delle persone coinvolte.

Mentre l'attenzione generale resta monopolizzata da vicende di richiamo, la natura e l'attività della Corte, la sua complessa giurisprudenza e il suo formarsi, i suoi sforzi e le sue scelte organizzative per liberarsi di un arretrato che la sta soffocando restano per lo più nell'ombra. La stessa attività di formazione giudiziaria, intensamente dedicata fin dalla seconda metà degli anni Novanta - prima dalla Nona commissione del Csm e poi dalla Scuola superiore della magistratura - alla Cedu, si è generalmente concentrata sul contenuto sostanziale della Convenzione e sulle pronunce relative ad alcune violazioni particolarmente rilevanti per il sistema giudiziario, come ad esempio quelle sull'articolo 6 e sulla ragionevole durata del processo.

Fornire ai giuristi italiani e, in particolare, ai giuristi pratici uno strumento che consenta una conoscenza più ampia, dal punto di vista tematico, e più profonda, dal punto di vista contenutistico, è la ragione che ci ha spinto a riunire intorno a un'ideale tavola rotonda giudici europei e giudici nazionali, avvocati, professori, giuristi della Corte. Il risultato è una raccolta di scritti, attraverso i quali vengono soddisfatte sia una funzione divulgativa che una funzione di approfondimento e di analisi critica.

Il volume si divide in tre parti: il sistema Cedu e il suo ruolo nel sistema delle fonti; la struttura (le formazioni), i soggetti (l'elezione dei giudici e le garanzie di indipendenza, la Cancelleria, il *non-judicial rapporteur*, i giuristi, i magistrati distaccati, l'agente del governo), il funzionamento (l'organizzazione del lavoro e i Protocolli) della Corte Edu e il formarsi della sua giurisprudenza (il precedente, la banca dati e la Divisione della ricerca; autosufficienza del ricorso, tecniche di redazione dei provvedimenti e *dissenting opinion*; il contributo delle ong e dell'*amicus curiae*); le sentenze e la loro azione conformativa sull'ordinamento interno (profili sostanziali e processuali e questioni aperte).

Quello che viene offerto attraverso 73 intensi contributi è un quadro possente, col quale si cerca di dare alcune risposte alle molte domande che giuristi pratici e ricercatori si pongono, e che abbiamo ascoltato molte volte nel corso o a margine di incontri di formazione e di convegni.

Alcune domande concernono la posizione della Convenzione nel sistema delle fonti, il ruolo della Corte Edu (Corte "costituzionale" europea o giudice delle violazioni individuali?), il contributo dato dalla Corte alla difesa di valori comuni e all'evoluzione della società dei Paesi europei, la circostanza che la Corte intervenga, unica tra le corti sovranazionali

li, a giudicato già formatosi. Altre si focalizzano sul margine di apprezzamento dello Stato; o, ancora, sul “consenso europeo”, una sorta di minimo comun denominatore tra i vari ordinamenti, che la Corte ricerca per individuare il limite al potere discrezionale degli Stati, talvolta attraverso semplificazioni (e perfino banalizzazioni) degli istituti giuridici, al fine di ridurli a un nucleo minimo condivisibile, col rischio di una regressione a un’età puerile del diritto che supera anni di raffinata evoluzione giurisprudenziale e dottrinale. Da qui la domanda se la Corte, in rapporto agli ordinamenti come interpretati dai giudici nazionali, sia un elefante in una cristalleria o il cane da guardia di beni essenziali.

L’esame di quali principi affermati dalla Corte abbiano un effetto dirompente per gli ordinamenti nazionali e, in particolare, per l’ordinamento italiano o quali tra questi principi possano produrre effetti economici rilevanti per l’economia, in specie italiana, ha ugualmente un ruolo importante. Così come la questione se la Corte, dibattendosi tra attivismo giudiziario e *self-restraint*, faccia politica.

Molte questioni riguardano il lavoro della Corte, *court management* e *case management*: chi lavora alla Corte e con quali compiti? Come si accede a un lavoro presso la Corte? Qual è il peso della Cancelleria nell’impostazione delle decisioni della Corte e

nella soluzione dei casi? È vero che giovani laureati senza esperienza giudiziaria forniscono un apporto fondamentale al lavoro della Cancelleria della Corte? Qual è il ruolo della Cancelleria nella scelta del procedimento e nell’assegnazione dei casi alle varie formazioni (giudice unico, comitato di tre giudici, camera, Grande Camera)? Può succedere che i giudici della Corte non vedano affatto i fascicoli delle cause che giudicano? Quali sono i rischi del tentativo di ridurre l’arretrato con procedimenti semplificati e, a volte, molto semplificati? Domande rispetto alle quali si è fatto un tentativo di chiarezza sebbene gran parte delle procedure e prassi interne della Corte siano riservate.

Domande importanti riguardano i giudici e la loro indipendenza dal governo dello Stato con riferimento al quale sono nominati. E anche l’agente del governo, chiamato a difendere l’Italia nei ricorsi comunicati e a contribuire all’esecuzione delle sentenze di condanna, e il suo ruolo nel sistema convenzionale.

Sta ai lettori stabilire se e quali di queste e altre domande abbiano trovato risposta.

Nella nostra ricerca, e attraverso i contributi di quanti vi hanno partecipato, si è altresì cercato di capire se, anche per il giudice di Strasburgo, valga quanto affermava il grande giurista fiorentino sul cuore del giudice. A tratti, ci siamo riusciti.

Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo

di *Giorgio Repetto*

Dopo Brighton, il riconfigurarsi dei rapporti tra Corte Edu e giurisdizioni nazionali ha visto uscire rafforzati il principio di sussidiarietà e il margine di apprezzamento degli Stati, che talvolta hanno avversato le sentenze dei giudici di Strasburgo riducendone l'efficacia. Eppure, proprio nell'assenza di una sovranità europea, la dimensione aperta e plurale che legittima l'azione della Corte prende corpo – e si attualizza – lungo il confine sfumato esistente tra politica, società e diritto internazionale.

1. Al volgere del decennio in corso, il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo si prepara ad affrontare nuove sfide. Si ripropongono in particolare con rinnovato vigore, ma in termini in larga parte nuovi rispetto al più recente passato, gli interrogativi intorno al ruolo e ai limiti di azione della Corte europea dei diritti dell'uomo, che di quel sistema costituisce l'istituzione più rappresentativa e autorevole, oltre che l'organo cui è affidata la funzione di interprete eminente della Convenzione e degli obblighi che da essa discendono per gli Stati contraenti.

Negli ultimi anni, la Corte europea è stata chiamata a far fronte a un vasto ed eterogeneo ordine di critiche e proposte di riforma, provenienti sia dall'interno dell'apparato istituzionale del Consiglio d'Europa, che presiede alla disciplina della sua organizzazione e della sua procedura, sia da quegli Stati che, in misura maggiore o minore, hanno criticato in modo aperto e sistematico le sentenze con cui la Corte prendeva atto di violazioni significative a livello nazionale.

Dal primo punto di vista, è noto come il processo di riforma interna degli strumenti operativi della Corte si sia avviato con il Protocollo n. 14 (sottoscritto nel 2004 ed entrato in vigore il 1° giugno 2010),

cui hanno fatto seguito le successive conferenze di Interlaken (2010), Smirne (2011), Brighton (2012), Brussel (2015) e, da ultimo, Copenaghen (2018), in cui sono stati affrontati soprattutto i nodi relativi alla gestione dell'enorme arretrato che i giudici di Strasburgo si sono trovati a fronteggiare negli anni 2000. In tali occasioni, accanto a una modifica di taluni aspetti procedurali, si è talvolta assistito al tentativo di influire anche su aspetti propriamente sostanziali dell'operato della Corte, con l'intento non sempre celato di limitarne gli spazi di manovra e di contenerne la "creatività" interpretativa. Il fronte su cui si è tuttavia assistito, con maggiore evidenza, a reazioni molto critiche nei confronti della Corte è, dal secondo punto di vista, quello che ha spinto taluni Stati a "sfidare" apertamente la giurisprudenza europea, sia limitandone drasticamente in via giurisprudenziale l'efficacia a livello interno, sia giungendo talvolta a dichiarare in via sistematica l'inefficacia di quelle pronunce che non tenessero adeguatamente conto delle peculiarità del quadro costituzionale. Se i casi più noti sono quelli, emblematici nella loro diversità, del Regno Unito e della Russia (che sono arrivate entrambe a minacciare l'uscita dalla Convenzione, dopo avere in vario modo limitato l'efficacia delle sentenze nel diritto interno)¹, non bisogna dimenticare situazioni

1. Per un quadro più ampio, si veda S. Flogaitis - T. Zwart - J. Fraser, *The European Court of Human Rights and its Discontents. Turning Criticism into Strength*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013.

analoghe come quelle che si sono prodotte, più di recente, in Danimarca² e in Slovenia³.

Su entrambi questi fronti, a venire in gioco pare, in ultima istanza, la ragion d'essere e la stessa legittimazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, per come essa si è venuta consolidando nella sua pluridecennale storia e dopo un lungo periodo – quello conseguente al crollo del muro di Berlino e all'allargamento a Est della sfera di applicazione della Cedu – in cui tale spinta propulsiva sembrava pressoché inarrestabile.

Nelle riflessioni che seguono si cercherà di esaminare congiuntamente questi due aspetti (le riforme della procedura e il diffondersi di fenomeni di *backlash* a livello nazionale) per dimostrare come lungo questi due fronti, solo apparentemente slegati l'uno dall'altro, stia in realtà passando una complessiva riconfigurazione della fisionomia della Corte europea, del suo ruolo e della sua legittimazione. Se, da un lato, tale processo spinge ad abbandonare alcune classificazioni in voga in passato, dall'altro pone il problema di ripensare il fondamento su cui riposa l'effettività del sistema convenzionale e il rispetto delle sentenze del suo giudice.

2. Un'analisi delle statistiche pubblicate sul sito della Corte Edu rivela che, negli ultimi anni, l'enorme arretrato pendente si è andato progressivamente riducendo, fino a toccare oggi numeri vicini alla stagione immediatamente precedente l'esplosione dei ricorsi⁴.

Questo risultato pare dovuto a un insieme di fattori, in larga parte coincidenti con scelte organizzative introdotte con il Protocollo n. 14 o connessi a misure di organizzazione interna, ma anche legato ad alcuni indirizzi giurisprudenziali che, in modo talvolta creativo, hanno contribuito significativamente all'alleggerimento complessivo del carico decisionale e al "dirottamento" dei ricorsi verso il circuito nazionale di provenienza.

Dal primo punto di vista, basterebbe ricordare gli effetti prodotti dall'introduzione del cd. *giudice unico* che, ai sensi dell'art. 27 della Convenzione, «può dichiarare irricevibile o cancellare dal ruolo della Corte un ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 quando tale decisione può essere adottata senza ulteriori accertamenti». A una tale soluzione, definita eloquentemente come «*spectacular*» dall'allora presidente Nicholas Bratza⁵, si deve la gran parte dell'eliminazione dell'arretrato pendente, come è dimostrato dalla mole crescente di ricorsi dichiarati *prima facie* inammissibili già nei primissimi anni di applicazione del nuovo sistema⁶. Si tratta, però, di una soluzione che non ha mancato – come si vedrà – di suscitare perplessità, soprattutto tenendo conto del fatto che i provvedimenti che dichiarano l'irricevibilità risultano poco o nulla motivati e sono decisi, nella sostanza, più che dai singoli giudici delegati, da *non-judicial rapporteur* facenti parte della Cancelleria della Corte. Su questi soggetti, vista la mole di atti e di ricorsi trasmessi giornalmente, ricade il compito di istruire il fascicolo e sottoporre al giudice una proposta di eliminazione dal ruolo. Di norma, tale proposta diventa definitiva, a meno che il giudice la rifiuti espressamente, nel giro di un paio di settimane, e richieda che il fascicolo stesso sia assegnato a una camera (art. 29) o a un comitato (art. 28)⁷.

Nella stessa direzione "deflattiva" andava, poi, la clausola introdotta nell'art. 35, par. 3, lett. b) Cedu, secondo la quale «La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 se ritiene che (...) (b) il ricorrente non ha subito alcun pregiudizio importante, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito e a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno». Con essa si mirava soprattutto a fornire alla Corte uno strumento in grado di filtrare

2. J. Hartmann, *A Danish Crusade for the Reform of the European Court of Human Rights*, in *EJIL Talk!*, 14 novembre 2017.

3. M. Avbelj, *Slovenia's Supreme Court rejects the European Court of Human Rights*, in *Verfassungsblog.de*, 26 ottobre 2018 (<https://verfassungsblog.de/slovenias-supreme-court-rejects-the-european-court-of-human-rights/>).

4. Alla fine del 2017, il numero di ricorsi pendenti di fronte a una delle varie composizioni giurisdizionali della Corte Edu era pari a 56250, di poco inferiore ai 56800 del 2005, in cui però non erano ancora operative alcune soluzioni introdotte con il Protocollo n. 14 (in particolare, il giudice unico di cui all'art. 27 Cedu): ECHR, *Analysis of statistics 2017*, gennaio 2018, p. 7 (www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2017_ENG.pdf). Al 30 settembre 2018, i ricorsi pendenti risultano essere 59250.

5. In occasione dell'apertura dell'anno giudiziario della Corte Edu, il 27 gennaio 2012 – vds. ECHR, *Annual Report 2012, 2013*, p. 33 (www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2012_ENG.pdf).

6. 22260 ricorsi nei sette mesi del 2010, per passare ai 46928 del 2011 e agli 88407 del 2012.

7. I. Cameron, *The Court and the member states: procedural aspects*, in A. Føllesdal - B. Peters - G. Ulfstein (a cura di), *Constituting Europe: the European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 33.

ricorsi pretestuosi (*trivial*), così da sancire espressamente il principio *de minimis non curat praetor*, che pure era stato invocato da lungo tempo in talune opinioni dissenzienti⁸. Senonché, tale clausola si è rivelata largamente inservibile allo scopo, perché un'analisi intorno all'esistenza effettiva di un *pregiudizio importante* richiede pur sempre una valutazione di merito, il che spiega perché la percentuale di ricorso a questa causa di inammissibilità dei ricorsi è stata finora assai poco significativa⁹.

Ben più rilevante si è rivelata, invece, la tendenza della Corte ad affrontare creativamente (quindi anche al di là degli strumenti ad essa forniti dal Protocollo n. 14) il problema dei cd. *ricorsi ripetitivi*, espressivi il più delle volte di violazioni sistemiche o strutturali della Convenzione da parte di un medesimo Stato membro.

Tali ricorsi, come si sa, possono essere presi in carico e risolti anche nel merito nel senso dell'accoglimento (oltre che dell'ammissibilità), lì dove esista un diritto consolidato della Corte, dai comitati di tre giudici istituiti dall'art. 28 della Convenzione, par. 1, lett. b). Ma quello dei *ripetitive cases* è, soprattutto, il fronte su cui si sono sviluppate negli ultimi anni le cd. *sentenze pilota*, che hanno trovato un esplicito riconoscimento nell'art. 61 del Regolamento di procedura della Corte e grazie alle quali essa è riuscita a gestire (e, spesso, a risolvere) casi di violazione sistematica, indirizzando le autorità nazionali verso procedure di adattamento e di *compliance* alle indicazioni provenienti dal sistema sovranazionale, facendo poi ricadere sulle medesime autorità interne il compito

di soddisfare le pretese dei ricorrenti mediante strumenti compensativi o, dove possibile, restitutori.

Meno significativo statisticamente – ma ugualmente se non più indicativo delle strategie cui fa ricorso la Corte – è il caso delle decisioni in cui la predisposizione di percorsi generalizzati per porre rimedio a violazioni seriali è elaborata dalla Corte rispetto a situazioni simili *ma non identiche* (ad esempio, perché provenienti anche da Stati diversi), in cui essa adotta decisioni di principio (*judgments of principle*) nei confronti di uno Stato, chiamando gli altri Stati a rendere conto di come essi intendano adeguarsi a quanto stabilito, in presenza di un quadro fattuale e normativo analogo, nel “caso madre”¹⁰. Nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*¹¹, ad esempio, la constatazione di una violazione del diritto dei richiedenti asilo di essere rimpatriati in Grecia nell'ambito dell'applicazione del Regolamento di Dublino ha spinto la Corte a chiedere ad altri Stati, per i quali si poneva lo stesso problema, come intendessero dare applicazione al principio stabilito in *M.S.S.* e a dichiarare i relativi ricorsi inammissibili ove, dalle autorità nazionali, fossero venute chiare dimostrazioni di volersi attenere a quel principio¹².

È necessario da ultimo menzionare la novità, introdotta a partire dal 2009¹³, consistente nella possibilità per la Corte di dotarsi di una *priority policy*, ossia di un elenco in cui si fissa l'urgenza della trattazione dei diversi ricorsi giunti alla Corte secondo un ordine decrescente di gravità riferito al parametro convenzionale violato o, soprattutto, alla tipologia di violazione lamentata¹⁴. Come è stato giustamente notato, la *priority policy* non si traduce per

8. Si veda, ad esempio, *O'Halloran e Francis c. Regno Unito* [GC], ricc. nn. 15809/02 e 25624/02, *Dissenting Opinion* del giudice Myjer. Per ulteriori indicazioni, si veda W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 782.

9. Nel primo anno di vigore del Protocollo n. 11, ad essa si è fatto ricorso in relazione allo 0,34% dei casi. Negli anni successivi, la percentuale si è ulteriormente ridotta fino allo 0,1% del 2015 (si veda S. Greer e F. Wylde, *Has the European Court of Human Rights Become a “Small Claims Tribunal” and Why, If at All, Does it Matter?*, in *European Human Rights Law Review*, 2017, p. 147). Da notare, peraltro, che con il Protocollo n. 15 (non ancora entrato in vigore) è stato soppresso l'ultimo inciso del periodo in questione («e a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno»), rafforzando così – almeno nelle intenzioni – la portata deflattiva dello strumento (cfr. *Explanatory Report* al Protocollo n. 15, punto 23).

10. Si è soffermata su queste e su altre tecniche decisionali affini L. R. Glas, *Changes in the Procedural Practice of the European Court of Human Rights: Consequences for the Convention System and Lessons to be Drawn*, in *Human Rights Law Review*, 2014, pp. 674 ss., 676.

11. Ric. n. 30696/09, 21 gennaio 2011. La Corte si è espressa facendo ricorso al medesimo strumento anche nei casi *N.A. c. Regno Unito* (ric. n. 25904/07, 17 luglio 2008) e *Sufi e Elmi c. Regno Unito* (ricc. nn. 8319/07 e 11449/07, 28 giugno 2011).

12. Nei casi *Shakor e altri c. Finlandia* (ricc. nn. 10941/10 e altri, cancellata dal ruolo, 28 giugno 2011); *Ali Gedi e altri c. Austria* (ricc. nn. 61567/10 e altri, cancellata dal ruolo, 4 ottobre 2011); *Ahmed Ali c. Paesi Bassi e Grecia* (ric. n. 26494/09, decisione di ammissibilità, 24 gennaio 2012, par. 8).

13. Mediante la modifica dell'art. 41 del Regolamento di procedura della Corte.

14. Nell'ultima versione della *priority policy* (in vigore dal 22 maggio 2017), il grado più alto di priorità è attribuito ai casi in cui sussiste un rischio per la vita o la salute del ricorrente, la restrizione della sua libertà personale o i diritti dei minori. A un livello immediatamente inferiore si collocano le «applications raising questions capable of having an impact on the effectiveness of the Convention system (in particular a structural or endemic situation that the Court has not yet examined, pilot-judgment procedure) or applications raising an important question

la Corte nella possibilità di operare una selezione delle *issues* di cui occuparsi, ma solo in una risposta alle sollecitazioni provenienti dai singoli ricorrenti e dalle ong attive nel campo dei diritti umani, che da lungo tempo hanno invocato questo strumento al fine di preservare la perdurante centralità del ricorso individuale come perno indefettibile dell'azione della Corte¹⁵.

Il quadro che emerge dal complesso di queste novità, e dalle altre che sono contenute nel Protocollo n. 15 (non ancora entrato in vigore) e nel meccanismo dei pareri consultivi introdotto dal Protocollo n. 16 (entrato in vigore nell'agosto del 2018), restituiscono l'immagine di una Corte che ha saputo, da un primo punto di vista, sicuramente rinnovare i suoi metodi di lavoro, cercando soprattutto di preservare la complessa interazione – costitutiva per la sua stessa ragion d'essere e la sua perdurante legittimazione – tra il suo essere chiamata a rendere *individual justice* (mantenere cioè la centralità del sistema del ricorso individuale) e le aspettative di *constitutional justice* (che essa, cioè, fornisca *standard* oggettivi per l'identificazione dell'ordine pubblico europeo dei diritti fondamentali). Lo smaltimento dell'arretrato, la gestione dei *repetitive cases* tramite le sentenze pilota (e non solo), nonché la *priority policy* testimoniano chiaramente una maggiore propensione della Corte a dotarsi di linee di intervento capaci di sacrificare la necessità di rendere conto di ogni singolo ricorso, in nome dello svolgimento di una funzione che miri a guidare in termini maggiormente obiettivi e sistemici le carenze a livello nazionale in tema di rispetto dei diritti¹⁶.

È anche vero, dall'altro lato, che i costi prodotti da un simile riassetto procedurale (ad esempio, in termini di trasparenza e di *accountability* rispetto alla mole ormai sterminata di dichiarazioni di irricevibilità non motivate) potrebbero non essere compensati da un aumento della capacità di *guidance* della Corte Edu rispetto alle autorità nazionali. Infatti, la *perdita consistente* che deriva dalla mancata risposta ai ricor-

si individuali (nel senso appena detto) non sempre è bilanciata dalla Corte elevando le sue pronunce a una effettiva giurisprudenza “di principio” capace di orientare, in via più generale, i comportamenti degli attori statali; piuttosto, sembrano prevalere preoccupazioni di efficienza interna. In quest'ottica, pare cogliere nel segno la critica di chi, auspicando una maggiore costituzionalizzazione della Corte Edu, si augura che essa possa dotarsi di poteri più incisivi e penetranti di selezione delle proprie cause, avvicinandone i criteri di azione a quanto avviene per la Corte suprema USA con il *writ of certiorari*: solo così la Corte potrebbe effettivamente garantirsi lo spazio per una *principled jurisdiction* in materia di diritti umani¹⁷.

La riprova indiretta di questo limite è ravvisabile nel fatto che, all'esito delle modifiche di procedura di cui si è brevemente dato conto, la Corte non ha visto aumentare lo spazio per condurre una simile azione. Al contrario, si assiste al riemergere della tendenza a farsi sempre più “giudice del caso concreto”, come è dimostrato dalla nuova centralità acquisita (per il raccordo che lega i ricorrenti individuali, gli attori statali e della società civile, i meccanismi di sorveglianza e monitoraggio del Consiglio d'Europa) dallo strumento dell'equa riparazione di cui all'art. 41 Cedu. Le statistiche degli ultimi anni dimostrano che la mole delle riparazioni pecuniarie (che rappresentano, talvolta, l'unica forma di soddisfazione dell'interesse dei singoli) e la loro distribuzione rispetto al tipo di violazione prospettata finiscono per assegnare alla Corte una funzione di gestione quasi “amministrativa” del contenzioso. Ciò non solo non soddisfa le ambizioni costituzionali di cui si parlava, ma si limita a *istituzionalizzare* i conflitti senza poi poterli effettivamente *risolvere* una volta per tutte, contribuendo così a disegnare i tratti poco rassicuranti di uno «*small claims tribunal*»¹⁸.

È vero che un'enfasi eccessiva nei confronti della possibile costituzionalizzazione della Corte Edu solleva non pochi interrogativi¹⁹, a partire dalla compati-

of general interest (in particular a serious question capable of having major implications for domestic legal systems or for the European system)», *The Court's priority policy*, disponibile online (www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf).

15. I. Cameron, *The Court and the member states*, op. cit., p. 43.

16. A porre l'accento, ad esempio, sulla funzione “costituzionalizzante” delle sentenze pilota è stato, a suo tempo, W. Sadurski, “Partnering with Strasbourg”. *Constitutionalisation of the ECtHR, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, in *Human rights law Review*, 2009, p. 450.

17. La più coerente teorizzazione di questo orientamento si trova in S. Greer, L. Wildhaber, *Revisiting the Debate about “constitutionalizing” the European Court of Human Rights*, in *Human rights law Review*, 2013, in particolare p. 686.

18. S. Greer e F. Wylde, *Has the European Court of Human Rights Become a “Small Claims Tribunal” and Why, If at All, Does it Matter?*, op. cit., pp. 145 ss.

19. J. Christoffersen, *Individual and Constitutional Justice: Can the Power Balance of Adjudication be Reversed?*, in M.R. Madsen e J. Christoffersen (a cura di), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 190 ss.

bilità dei poteri di *docket selection* con l'art. 47 Cedu, che consacra ancora oggi la centralità del ricorso individuale²⁰. Anzi, in una direzione contraria sembra andare, con tutta evidenza, la rinnovata enfasi nei confronti del principio di sussidiarietà degli Stati, oggi corroborato dall'appello sempre più frequente al modello della *shared responsibility*²¹, con particolare riferimento all'esecuzione delle sentenze di condanna e al crescente rilievo del margine di apprezzamento (codificato espressamente, come si sa, nel Protocollo n. 15). Peraltro, è anche vero che queste critiche focalizzano la questione nel momento in cui sottolineano come sia stato sicuramente *abbandonato* un *modello consolidato*, quello della "vecchia" Corte Edu e del suo giudizio, imperniato sulla necessità che la Corte desse risposta a ciascun ricorso individuale, senza aver prefigurato un modello alternativo chiaramente delineato. In questo senso, il ricorso alla sola efficienza operativa non si presta a fornire alla Corte quel *surplus* di legittimazione di cui ha bisogno nel momento in cui vengono radicalmente criticati i suoi pronunciamenti e, più sullo sfondo, la sua stessa ragion d'essere.

3. I problemi che più in profondità continuano ad affliggere la Corte Edu provengono dall'esterno, in particolare dall'interrogativo ancora non risolto intorno alla sua fisionomia alla luce del rapporto con gli Stati contraenti, tenuto conto soprattutto dell'esigenza di mantenere il fragile equilibrio tra il rispetto dei diritti contenuti nella Convenzione e il perseguimento del bene comune a livello nazionale – nel rispetto delle forme democratiche e dello Stato di diritto²².

Dei molteplici aspetti in cui si manifesta questa difficoltà si colgono tracce rilevanti nelle dichiarazioni adottate in occasione delle diverse conferenze intergovernative succedutesi negli ultimi anni, di cui prima si è dato conto. Nell'ultima di tali dichiarazioni, adottata a Copenaghen nell'aprile del 2018, traspare chiaramente l'intento di arginare alcune prassi interpretative che, negli ultimi tempi, hanno condotto a un'espansione del ruolo dei giudici di Strasburgo. Il riferimento concerne sia il crescente coinvolgimento della Corte nel processo di monitoraggio e controllo dell'esecuzione delle proprie sentenze²³, sia il consolidamento dei risultati raggiunti rispetto allo smaltimento dell'arretrato²⁴, sia infine la prevedibilità della sua azione e il corretto impiego del margine di apprezzamento. Su quest'ultimo punto in particolare, è da notare come la versione finale della Dichiarazione sia stata particolarmente attenuata nel suo contenuto "polemico" rispetto alla stesura iniziale avanzata dal Governo danese (*Draft Declaration*), che invitava la Corte a tenere apertamente conto, nell'elaborazione dei suoi test di giudizio, delle «*constitutional traditions*» e delle «*national circumstances*». Anche per effetto di una ferma presa di posizione della stessa Corte Edu²⁵, tali formulazioni sono state eliminate dal testo finale, che comunque enfatizza i legami tra il margine d'apprezzamento e il principio di sussidiarietà (punto 28, lett. b) e, soprattutto, assegna un peso rilevante al bilanciamento operato dalle autorità nazionali nel rispetto di quanto stabilito nella stessa giurisprudenza europea, con particolare riferimento ai diritti contenuti negli artt. da 8 a 11 Cedu²⁶.

Non bisogna, però, enfatizzare eccessivamente il rilievo di questi documenti, tenuto conto che

20. P. Mahoney, *The European Court of Human Rights and its ever-growing caseload: Preserving the mission of the Court while ensuring the viability of the individual petition system*, in S. Flogaitis - T. Zwart - J. Fraser, *The European Court of Human Rights and its Discontents*, op. cit., p. 18.

21. Si veda, sul punto, il contenuto della *High-level Conference on the "Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility"* (cd. *Brussels Declaration*), del 27 marzo 2015.

22. S. Greer e L. Wildhaber, *Revisiting the Debate*, op. cit., p. 668, C. Pinelli, *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. General Assessments*, in G. Repetto (a cura di), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2013, p. 250.

23. Pur rimarcando la necessità che gli Stati diano prontamente attuazione alle sentenze di condanna (punti 21-23), la Dichiarazione invita il Comitato dei ministri a esercitare tutti i poteri attribuiti ad esso dalla Convenzione, incluse le procedure previste dall'art. 46, parr. 3 e 4, che affidano ad esso il potere di coinvolgere la Corte laddove sussistano problemi interpretativi delle sentenze ovvero sia necessario accertare un mancato adempimento. L'invito a servirsi di questi poteri è, però, accompagnato dal *caveat* per cui è necessario «keep (...) in mind that it was foreseen that they would be used sparingly and in exceptional circumstances respectively» (punto 24).

24. Punti 47 ss., in particolare 48, dove si ribadisce che «the right of individual application remains a cornerstone of the Convention system», e 50.

25. *Opinion on the draft Copenhagen Declaration Adopted by the Bureau in light of the Discussion of the Plenary Court on 19 February 2018*, punto 10, in www.echr.coe.int. Su questo versante dei lavori preparatori e sulle condizioni in cui è maturata la Dichiarazione di Copenaghen rinvio a D. Tega, *Politica e Corte Edu dopo la Conferenza di Copenaghen*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, pp. 715 ss.

26. Punto 28, lett. c), da cui si fa discendere per la Corte un invito a rafforzare la «clarity and consistency» delle sue pronunce e a interpretare la Convenzione «in a careful and balanced manner» (punti 29 e 30).

essi si inseriscono in un processo quasi permanente di riforma²⁷ dal quale è dichiaratamente assente ogni prospettiva di lungo termine sull'identità e sul futuro della Corte e del sistema convenzionale. Al contrario, in questo processo assumono un peso rilevante considerazioni e strategie legate alla particolare congiuntura politica e giurisdizionale in cui, di volta in volta, ci si trova a discutere e a deliberare²⁸. Nondimeno, essi sono indicativi di un insieme di problemi, che hanno a che fare in vario modo con le difficoltà di tenuta e di legittimazione politica dell'operato della Corte Edu e – forse per la prima volta dal varo della Corte unica, alla fine degli anni '90 – vedono saldate insieme le rivendicazioni di alcuni Stati di democrazia consolidata con quelle provenienti da democrazie più giovani e di sempre più incerto e instabile consolidamento.

I casi di aperta reazione di cui si è dato conto all'inizio (dal Regno Unito alla Russia, dalla Danimarca alla Slovenia) non sono infatti che l'epitome di una serie di resistenze che, sempre più spesso, l'operato della Corte suscita a livello nazionale e che si traducono principalmente in una crescente e inarrestabile inadempienza rispetto alle sentenze di condanna, ovvero nelle critiche nei confronti dell'attivismo interpretativo della Corte europea. Negli ultimi anni, tali critiche hanno portato a formulare propositi di “rinazionalizzazione” (*repatriation*) del sistema di protezione dei diritti: dall'invocato varo del *British Bill of Rights* al proposito della Russia e di altri Stati dell'Est-Europa di recedere dalla Convenzione europea e dal sistema convenzionale nel suo complesso²⁹.

Il punto non è, ora, soffermarsi su questi sviluppi³⁰, che scontano spesso (come nel caso inglese³¹) un fortissimo legame con la contingenza politica e il mutamento delle relative maggioranze.

Più utile pare, invece, inquadrare tali problemi alla luce dei diversi paradigmi che, negli ultimi anni, hanno indagato la questione del fondamento della legittimazione politica della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ciò anche al fine di individuare possibili rimedi funzionali al contrasto delle indubbe difficoltà che l'autorità di Strasburgo sta attraversando nel far accettare le sue sentenze e, più in generale, il suo ruolo in un contesto ormai radicalmente mutato rispetto ai decenni passati.

Su questo specifico aspetto, a contendersi la scena sono state ricostruzioni monodimensionali ovvero pluridimensionali della *legitimacy* della Corte Edu.

Per un verso, infatti, è risultata prevalente la lettura che inquadra il fondamento e i margini di azione della Corte in linea di continuità con i modelli che si sono occupati del vasto scenario delle corti internazionali nei più diversi ambiti, e in particolare della legittimazione di queste ultime nel momento in cui, dall'esercizio delle loro funzioni di *dispute settlement* (dal commercio internazionale alla regolazione, dai diritti umani all'integrazione economica), scaturiscano funzioni propriamente innovative di *law-making*³². Nelle sue declinazioni più avanzate e raffinate, un simile orientamento individua nel principio democratico l'orizzonte ultimo in grado di giustificare le più diverse prassi giurisprudenziali sovranazionali, con la conseguenza che l'espansione dei compiti – in particolare – della Corte europea dei diritti dell'uomo (ad esempio, in taluni casi di sentenze pilota in cui essa ha fornito allo Stato condannato un “decalogo” di soluzioni da approntare) travalica i confini che la tengono all'interno del compito (*agency*) ad essa affidato dal sistema istituzionale statale che ne sorregge l'azione³³. Pertanto, al fondo di questa ricostruzione vi è l'idea che (a) l'assolvimento delle funzioni della

27. J.-P. Costa, *Comments on the Wise Persons, Report from the Perspective of the European Court of Human Rights*, in Council of Europe, *Future Developments of the European Court of Human Rights in the Light of the Wise Persons' Report*, Strasburgo, 2007, p. 38.

28. Nel punto 30 della Dichiarazione di Brighton, ad esempio, si legge chiaramente che «This Declaration addresses the immediate issues faced by the Court».

29. Distingue opportunamente un «*legal*» da un «*political resentment*» D. Thór Björgvinsson, *The role of judges of the European Court of Human Rights as guardians of fundamental rights of the individual*, in M. Scheinin - H. Krunke - M. Aksenova (a cura di), *Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, p. 332.

30. Per una efficace sintesi, si veda di recente A. Guazzarotti, *La parabola della costituzionalizzazione delle tutele della Cedu: rapida ma anche inarrestabile?*, in C. Padula (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo: quarto grado di giurisdizione o seconda Corte costituzionale?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 20 ss.

31. Occorre notare che, negli ultimi tempi, una delle cause scatenanti delle reazioni inglesi – la controversia originata dal caso *Hirst* riguardo la privazione del diritto di voto ai detenuti – ha trovato una composizione a livello diplomatico, con l'accettazione da parte del Governo britannico della possibilità di ammettere al voto una porzione (assai modesta, ma comunque significativa) dei detenuti condannati per i reati più lievi: cfr. il *Report della House of Commons, Prisoners' voting rights: developments since May 2015*, 9 agosto 2018 (<https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-7461>).

32. Sui termini del problema, si veda già T. Skouteris, *The New Tribunalism: Strategies of (De)Legitimization in the Era of Adjudication*, in *Finnish Yearbook of international law*, 2006, p. 307.

33. Si veda, in particolare, A. von Bogdandy e I. Venzke, *On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking*, in *Id.*

Corte Edu non la differenzi da qualsiasi altro giudice sovranazionale e che (b), come per tale categoria di giudici, anche per la Corte l'unico fondamento di legittimazione non possa che coincidere con il rispetto dei compiti che le hanno assegnato gli Stati come Alte Parti Contraenti, per quanto interpretabili più o meno estensivamente. Così, ad esempio, l'apertura della Corte Edu a pratiche interpretative sempre meno rispettose del criterio letterale e dell'*original intent* alla fine degli anni Settanta e per tutti gli anni Ottanta (da Golder a *Sunday Times*) è letta come una netta transizione da una concezione *state-oriented* a una *community-oriented*, di cui resta ulteriore traccia nei più recenti tentativi di fare propria una giurisprudenza "di principio" che si faccia carico delle violazioni strutturali a livello statale³⁴.

In linea di continuità con questa ricostruzione, c'è poi chi ritiene che la Corte Edu, nella sua impossibilità di fare appello a un "popolo europeo", perciò di rappresentarsi come autentica "Corte costituzionale" europea, possa avvalersi unicamente di forme di *legittimazione indiretta*: una legittimazione convogliata e mediata dal circuito istituzionale statale (a partire dalle corti costituzionali) e dell'Unione europea³⁵.

Si ha, tuttavia, l'impressione che tali ricostruzioni monodimensionali, se sono sicuramente di grande utilità per cogliere quanto vi è di comune nelle diverse strutture istituzionali, finiscano per costruire un modello analitico che ripropone l'identificazione della legittimazione politica sulla falsariga di quanto avviene, a livello statale, nei rapporti tra politica e giurisdizione. Così, l'impossibilità di qualificare univocamente la Corte Edu come un'istituzione che ha a disposizione le stesse risorse tecniche, ermeneutiche, politiche e simboliche di una corte costituzionale non pare dovuta a uno scostamento rispetto a un qualche

modello definito *ex ante*. Essa appare, piuttosto, la logica conseguenza del fatto che la Corte opera in un sistema istituzionale privo di quei caratteri di completezza e di chiusura propri degli Stati, dato che la Convenzione è, con tutta evidenza, una *partial* anziché una *full polity*, dove alla presenza di una funzione giurisdizionale e di un embrione di amministrazione fa da contraltare l'assenza della funzione legislativa³⁶.

Di conseguenza, più che interrogarsi su cosa la Corte Edu *non è e non può essere* (una corte costituzionale), più utile appare chiedersi cosa la Corte Edu *sia o possa diventare*³⁷.

Porre in questi diversi termini il problema della sua legittimazione politica vuol dire, innanzi tutto, cogliere le trasformazioni di cui la Corte è stata protagonista dalla sua istituzione e, sulla loro scorta, individuare quali siano gli attori e gli interlocutori che, nella fase attuale, provvedono a conferirle il fondamento necessario all'accettazione del suo agire.

Senza poter entrare nel merito di un dibattito che, negli ultimi anni, ha trovato una nuova fioritura³⁸, basti pensare al fatto che il sistema della Convenzione ha sperimentato sin dall'inizio uno sviluppo tutt'altro che lineare e coerente, che ha portato in particolare la Corte a grandi trasformazioni non necessariamente coincidenti con il mutamento della sua base normativa quanto, piuttosto, con una congerie di fattori diversi: dai fattori puramente istituzionali a quelli politici, dalla geopolitica ai mutamenti sociali. Una delle più intriganti riflessioni sull'argomento, ad esempio, ha mostrato il vero e proprio cambio di paradigma prodottosi nell'evoluzione della giurisprudenza europea nel momento in cui essa – una volta consolidato il meccanismo del ricorso individuale – "muta pelle" passando da una *legal diplomacy* (come quella che si era avuta nei primi anni, quando i ricorsi erano prevalentemente interstatali) a una *integrationist*

(a cura di), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, Heidelberg, 2012, pp. 475, 478, 483. Nello stesso volume, si veda ancora, in particolare, M. Fyrnys, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, pp. 329 ss.

34. A. von Bogdandy e I. Venzke, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 68 ss.

35. A. Guazzarotti, *La parabola della costituzionalizzazione*, op. cit., pp. 27 ss.

36. S. Greer e L. Wildhaber, *Revisiting the Debate*, op. cit., p. 685. Appare significativo, in questa direzione, il fallito tentativo di "deconvensionizzare" alcune parti organizzative della Cedu, così da sottrarle al potere di veto degli Stati in sede di ratifica dei protocolli, per addossarne la disciplina al potere di autonormazione della stessa Corte: ne dà conto I. Cameron, *The Court and the member states*, op. cit., pp. 44 ss.

37. In questo senso mi sembra che vadano le riflessioni di chi, da tempo, ragiona di una tendenza alla "costituzionalizzazione" della Corte Edu (oltre che della Corte di giustizia dell'Ue), come A. Ruggieri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, p. 14.

38. A partire dalla pionieristica ricostruzione di E. Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010 e dai lavori di A.W. Brian Simpson, *Human Rights and the End of Empire*, Oxford University Press, Oxford, 2001 e di M. Duranti, *The Conservative Human Rights Revolution. European Identity, Transnational Politics and the Origin of the European Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

jurisprudence, come quella che ha accompagnato la Corte al volgere degli anni Settanta, sfruttando i ricorsi individuali al fine di consolidare il suo ruolo e potendo riflettere (nei casi fondativi aventi ad oggetto gli artt. da 8 a 11, da *Sunday Times* a *Dudgeon*, da *Marckx* a *Tyrer*) l'avvenuta evoluzione dei costumi sociali in Europa.

Discorso analogo, ma in una direzione ancora diversa, si dovrà fare per comprendere quanto l'incerta fisionomia della Corte, a partire dal Protocollo n. 11 (e dall'eliminazione del filtro politico della Commissione), rispecchi i caratteri e le ambivalenze di fondo di un'Europa che si pensava ormai riunificata sotto le bandiere della democrazia e dello Stato di diritto, e che confidava nella capacità dei diritti umani di conferire una spinta autopropulsiva alla creazione di una *greater unity* tra gli Stati contraenti³⁹.

In un simile scenario, che coinvolge una serie considerevole di fattori storici, politici, istituzionali e sociali, appare limitativo operare una riduzione del fondamento di legittimazione della Corte ai soli apporti provenienti dagli Stati⁴⁰. Più proficua si rivela, invece, l'intuizione per cui la sua azione si alimenta dei contributi provenienti da sfere diverse, più ampie e variamente composte: il livello propriamente *giuridico* (costituito dalle relazioni con i giudici nazionali e sovranazionali, anche per il tramite di strutture di *comity*⁴¹), il livello *politico* (che lega la Corte agli altri attori pubblici nazionali e sovranazionali, con i quali è chiamata a stabilire una separazione di ambiti e confini decisionali) e, infine, il livello *sociale* (che la pone a contatto con il più vasto *corpus* dei soggetti, individuali o collettivi, variamente impegnati nelle attività di promozione e difesa dei diritti umani: ong, centri di ricerca, università, etc.)⁴².

Queste diverse sfere di influenza conferiscono alla Corte prestazioni di legittimazione che non si riducono a unità, ma disegnano un quadro composto e pluralisticamente articolato. All'accettazione e al sostegno che le sentenze della Corte ricevono dal circuito politico corrisponde, in tale ambito, una legittimazione in primo luogo *istituzionale*, che però si accompagna a quella *funzionale* (che vede coinvolti i giudici nazionali e i diversi sistemi giudiziari di protezione dei diritti come interlocutori a sé stanti rispetto alle istituzioni politiche) e a quella *discorsiva* (che qualifica la Corte sulla base della sua capacità di costituire un suo distinto e autonomo "capitale morale" nel rapporto con una sfera pubblica più ampia)⁴³.

Questi distinti canali e percorsi dovrebbero, quindi, essere analizzati congiuntamente quando si valuta se la Corte europea, ad esempio, abbia adeguatamente tenuto conto delle specificità del diritto nazionale, abbia imposto agli Stati misure di esecuzione che vanno al di là della funzione meramente dichiarativa delle sue pronunce ovvero sia chiamata a gestire "politicalmente" il perdurante inadempimento delle sue sentenze – senza, quindi, dover fare necessario e unico appello al potenziale di legittimazione veicolato dal circuito istituzionale degli Stati.

Il quadro che ne potrebbe derivare, in ultima analisi, è quello di una possibile traduzione delle debolezze derivanti, per la Corte Edu, dal fatto di operare in una *partial polity*, in elemento di forza che le assegni la capacità di fungere da raccordo tra una pluralità di sistemi istituzionali, normativi e giurisdizionali privi di un'autonoma capacità ordinante, perché privi di un'istanza in grado di esercitare oggi, in questo scenario più ampio e frammentato, una qualsiasi potestà sovrana.

39. M.R. Madsen, *The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence*, in J. Christoffersen e M.R. Madsen (a cura di), *The European Court*, op. cit., pp. 43 ss.

40. M.R. Madsen, *The Legitimization Strategies of International Judges. The Case of the European Court of Human Rights*, in M. Bobek (a cura di), *Selecting Europe's Judges*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 265, dove giustamente si osserva: «the critique of juristocracy generally fails due to its one-sided focus on the rather artificial dichotomy between an essentialist view of politics as the institutionalized expression of a democratic will and what might be described as international legal self-reference. This overlooks what is in practice a much more blurred boundary between international law and politics. Closely linked, it presupposes an increasingly inadequate notion of international law as an interstate contract law which very clearly defines international courts' framework and legal playing field vis-à-vis national levels of law and politics».

41. In questa direzione, la Dichiarazione di Copenaghen (punto 37, lett. b) invita la Corte Edu a consolidare il *Superior Courts Network* (www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/network&c).

42. M.R. Madsen, *The Legitimization Strategies of International Judges*, op. cit., p. 266.

43. D. Thór Björgvinsson, *The role of judges of the European Court of Human Rights*, op. cit., pp. 336 ss.

Alcune chiavi di lettura del sistema Cedu *

di Vincent A. De Gaetano

Il saggio propone alcune imprescindibili chiavi di lettura della Convenzione: il principio della sussidiarietà, che fa della Corte Edu un organismo di supervisione piuttosto che di revisione; l'interpretazione della Convenzione; le cosiddette obbligazioni positive dello Stato; il significato autonomo delle parole ed espressioni della Convenzione; il principio della proporzionalità; il cosiddetto margine di apprezzamento.

Come ci fanno ricordare sempre i presidenti della Corte – in questi ultimi sette anni ho prestato servizio sotto la presidenza di quattro eminentissimi giuristi: Jean Paul Costa, Sir Nicolas Bratza, Dean Spielmann e Guido Raimondi –, uno dei ruoli importanti dei giudici della Corte Edu è dialogare con le parti interessate (giudici, avvocati, ong, etc.) delle varie giurisdizioni rappresentate nel Consiglio d'Europa e quindi, per definizione, nella stessa Corte di Strasburgo. È una cosa che, di solito, i giudici delle corti nazionali stentano a fare – e, in alcuni casi, è addirittura proibito farlo –, il giudice restando distaccato dalla discussione pubblica il più possibile. La necessità di questo dialogo – che, preciso, è un dialogo con le parti interessate all'operatività della Convenzione, e non relativo a un caso particolare – deriva dal fatto, spesso dimenticato, che l'obbligo principale di assicurare l'osservanza e l'attuazione dei diritti sanciti dalla Convenzione non ricade sulla Corte Edu o, magari, sul Consiglio d'Europa o

sul Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, ma proprio sulle Alte Parti Contraenti. L'art. 1 Cedu, spesso messo un po' da parte in quanto disposizione non "sostanziale" della Convenzione come sono invece gli artt. da 2 a 14, è chiarissimo: «Le Alte Parti Contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel titolo primo della presente Convenzione». Leggendo tale disposizione insieme all'art. 19¹, che istituisce la Corte, al primo comma dell'art. 35², che esige in primo luogo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, e l'art. 13³, che impone l'obbligo sulle parti contraenti di mettere in atto, nella legge interna, un sistema che dia a una persona che si lamenta di una violazione di un diritto sancito dalla Convenzione un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, tutte queste disposizioni vanno a creare quello che si può ritenere un caposaldo della Convenzione nonché del funzionamento della Corte Edu – ovvero il principio di sussidiarietà.

* Relazione presentata il 14 ottobre 2017 a Caserta, in occasione della sessione introduttiva di un corso di diritto penale europeo organizzato dall'Università degli Studi della Campania «Luigi Vanvitelli» e dalla Camera penale di Santa Maria Capua Vetere, sul tema: «Procedure e funzionamento della Corte europea dei diritti dell'uomo». Coordinatori principali: prof.ssa Andreana Esposito e avv. Angelo Raucci.

1. «Per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti Contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli, è istituita una Corte europea dei diritti dell'uomo, di seguito denominata "la Corte". Essa funziona in modo permanente».
2. «La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva».
3. «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

Perciò – e questa è la prima chiave di lettura – la Corte Edu è una istanza di supervisione, piuttosto che di revisione (come sarebbe, per esempio, una corte d'appello con piena giurisdizione), e con una funzione limitata, anzi direi limitatissima: quella di assicurare che i diritti e le libertà sancite dalla Convenzione vengano osservate nelle varie giurisdizioni. La Corte Edu non ha il compito di armonizzare le leggi o di imporre una particolare scelta legislativa a riguardo di questo o di quel problema da risolversi in modo giuridico. Mi sembra opportuno rilevare questo principio, perché spesso incontro chi – anche tra gli avvocati – afferma che, una volta esaurita la gerarchia delle corti interne, si può sempre far appello a Strasburgo. Certamente la Corte Edu non si è mai considerata una corte d'appello o, come spesso si dice, una corte *de quatrième instance*. Già dal tempo della vecchia Commissione, ora abolita, si diceva che gli organi della Convenzione non si prestano a rettificare una decisione sbagliata presa dalle corti nazionali, a meno che quello sbaglio non importi di per se stesso una violazione dei diritti o delle libertà sancite dalla Convenzione. Per fare un esempio che sembra ovvio, ma che val la pena ripetere, se un ricorrente si lamenta che è stato violato l'art. 6 Cedu nei suoi confronti soltanto a causa del fatto che tutte le corti – prima istanza, appello e cassazione – hanno mal inteso i fatti o mal interpretato la legge interna, quel ricorso rischia di essere rigettato *in limine* dal giudice unico come inammissibile *ratione materiae*. Se, invece, il ricorso si basa – o si basa anche – sul fatto che le sentenze delle corti nazionali difettavano di motivazione o, anche se motivate, che il risultato finale sarebbe stato una flagrante negazione della giustizia, allora si può parlare, almeno *prima facie*, di una violazione dell'art. 6. Questa espressione «flagrante negazione della giustizia» – che, come alcuni ricorderanno, fu adoperata nella sentenza della Grande Camera nel caso *Sejdovic c. Italia*⁴ (a riguardo del processo penale *in absentia*) – è, a mio parere, uno sviluppo giurisprudenziale importante che ha permesso alla Corte Edu di dare anche una dimensione extra-territoriale all'art. 6 della Convenzione. Come si può immaginare, quando una persona viene estradata su richiesta di un Paese non firmatario della Convenzione, le autorità – per esemplificare – del Regno Unito, della Spagna o della Francia non richiedono che la procedura nel Paese richiedente abbia necessariamente tutte le salvaguardie procedurali esistenti nel Regno Unito, in Spagna o in Francia. Però, se si può provare che nel Paese richiedente il processo penale difetterà in modo tale da dar luogo a una flagrante negazione della giustizia, si

potrebbe eccezionalmente avere anche una violazione dell'art. 6 se lo Stato richiesto accordasse la domanda di estradizione. Credo che il caso più clamoroso – che, tuttavia, riguardava un'espulsione, non un'extradizione – sia stato quello di *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*⁵. Abu Qatada, che prima si trovava legalmente in Inghilterra, stava per essere espulso verso la Giordania perché il Governo britannico non voleva rinnovare il suo permesso di soggiorno per ragioni di pubblica sicurezza. Nel frattempo, fu processato *in absentia* da un tribunale militare giordano per atti di terrorismo. In questo processo, che si sarebbe celebrato di nuovo nell'eventualità del suo rimpatrio in Giordania, le prove principali erano state carpite per mezzo di atti di tortura verso terze persone. Abu Qatada contestò davanti ai tribunali inglesi la sua imminente espulsione. La Corte d'appello inglese riconobbe che, se rimpatriato e processato di nuovo usando le medesime prove, ci sarebbe stata una flagrante negazione della giustizia nei suoi confronti. Ma la Corte suprema (allora la *House of Lords*) ribaltò quella decisione, e dette il *nihil obstat* all'espulsione. La Corte Edu fu del parere contrario: l'utilizzo di prove contro Qatada, chiaramente ottenute attraverso la tortura di altre persone, minava così radicalmente i valori che sorreggono l'edificio della Convenzione, e il rischio reale dell'uso di tali prove importava una violazione dell'art. 6 nell'eventualità che il rimpatrio fosse stato attuato. Infatti fu soltanto dopo che il Regno Unito ottenne dalla Giordania assicurazioni che quelle prove non sarebbero state usate, che Abu Qatada fu finalmente espulso – e, nel processo che seguì in Giordania, Abu Qatada fu infatti assolto.

Il caso *Abu Qatada* è un esempio della Corte Edu che, attraverso la giurisprudenza, interpreta la Convenzione – e questo mi porta alla seconda chiave di lettura: l'interpretazione della Convenzione.

Ora, la Convenzione Edu è un trattato internazionale e, come tale, è applicabile a suo riguardo la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. Una disposizione di questa Convenzione di cui la Corte Edu ha fatto uso in modo assai proficuo è l'articolo 31, par. 1: «Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo». La Corte, rifacendosi anche al preambolo della Convenzione, già dai primi anni della sua esistenza ha identificato in modo generale l'oggetto e lo scopo della Convenzione come la tutela dei diritti umani dell'individuo e il sostegno e la promozione dei valori e degli ideali della società democratica. Una delle prime sentenze in cui questa interpretazione te-

4. 1° marzo 2006.

5. 17 gennaio 2012.

leologica fu utilizzata è quella del 21 febbraio 1975 nel caso *Golder c. Regno Unito*, deciso dall'allora Corte Edu in «seduta plenaria». Questa sentenza è importante anche perché fu la prima a riconoscere i diritti fondamentali dei detenuti con l'abbandono della teoria delle cd. "limitazioni inerenti", la quale proponeva che l'incarcerazione a seconda della legge comportava automaticamente la perdita di altri diritti e di altre libertà. La Corte Edu riscontrò la violazione dell'art. 6 – il diritto di accesso a una Corte – e dell'art. 8 – il diritto al rispetto della propria corrispondenza. Detenuto nella famigerata prigione di Parkhurst, nell'isola di Wight, il Sig. Golder scontava una condanna di quindici anni per rapina a mano armata e voleva scrivere al suo avvocato per intraprendere un'azione legale per diffamazione a mezzo stampa contro una guardia carceraria. Pochi mesi prima, infatti, c'era stata una sommossa nel carcere e la guardia aveva indicato Golder come uno dei partecipanti alla ribellione. Golder, però, non poteva contattare il suo avvocato a causa dei regolamenti interni delle prigioni in Inghilterra che, a quel tempo, permettevano la comunicazione con gli avvocati solo per i detenuti che ancora dovessero essere processati – gli altri, quelli già condannati, avevano bisogno del permesso del Segretario di Stato per gli affari interni prima di poter comunicare con qualsiasi persona, avvocati inclusi. Nel caso in questione, il Segretario di Stato rifiutò il permesso. La Corte, sotto l'allora presidenza di Giorgio Balladore Pallieri, rifacendosi – come già detto – allo scopo e all'oggetto della Convenzione, mise da parte la teoria delle "limitazioni inerenti", affermando invece che a essere rilevanti, rispetto alle restrizioni del diritto di un detenuto sulla propria corrispondenza, erano le «necessità ordinarie e ragionevoli» dell'incarcerazione e che, in ogni caso e come regola, i diritti fondamentali dei prigionieri potevano essere limitati soltanto nello stesso modo dei diritti di coloro che erano fuori dalle prigioni. Il ragionamento della Corte nel caso *Golder* procedette secondo tale logica: anche se è vero che l'art. 6 Cedu non parla espressamente del diritto di accesso a una corte, ma specifica soltanto i requisiti per un equo processo una volta che una corte o un tribunale siano stati aditi, la salvaguardia dei diritti umani dell'individuo e, in particolare, il diritto a un equo processo necessitava, in primo luogo, del riconoscimento del diritto di accedere a una corte. Altrimenti, usando un'espressione che è più di moda oggi, i diritti e le libertà fondamentali, invece di essere pratici ed efficaci, sarebbero teorici o illusori.

Da allora, si parla sovente di un sistema convenzionale che protegge i diritti e le libertà fondamentali in modo efficace – *in an effective way*. E la Corte, nella sua interpretazione delle varie disposizioni della Convenzione e nella loro applicazione a casi concreti, mantiene al centro questo principio dell'efficacia. Uno Stato firmatario, perciò, non può eludere o sfuggire agli obblighi derivanti dalla Convenzione con una protezione dei diritti e delle libertà superficiale o, addirittura, controproducente. Per esempio: non è sufficiente nominare un avvocato d'ufficio per un processo se quest'avvocato non è veramente in grado di assistere l'imputato (vds. il caso *Artico c. Italia*⁶); uno Stato firmatario non può, come Ponzio Pilato, "lavarsi le mani" nell'espellere una persona mandandola in un Paese nel quale affronterebbe un reale rischio di trattamento in violazione dell'art. 3 Cedu – in *Soering c. Regno Unito*⁷ (ricordiamo che quel caso fu deciso in base all'art. 3, e non all'articolo 2, la pena di morte non essendo ancora stata, a quel tempo, abolita in Europa), il fenomeno del braccio della morte, che durava anni negli Stati Uniti, fu ritenuto integrare un trattamento inumano o degradante –; l'uso della forza letale da parte di agenti dello Stato deve essere sottoposto a uno scrutinio accurato per mezzo di un'investigazione ufficiale che abbia, almeno, la possibilità di stabilire come siano realmente accaduti i fatti e se l'agente sia o meno colpevole di violare le leggi interne (*McCann c. Regno Unito*⁸); la protezione accordata alle associazioni dall'art. 11 Cedu non si limita alla fondazione o alla costituzione dell'associazione, come una lettura superficiale del primo comma dell'articolo potrebbe far pensare, ma la medesima protezione deve accompagnare la vita dell'associazione (*Partito comunista unito della Turchia e altri c. Turchia*⁹). Mi sia permesso citare testualmente, da quest'ultima sentenza:

«1. *Before the Commission the Government also submitted, in the alternative, that while article 11 guaranteed freedom to form an association, it did not on that account prevent one from being dissolved.*

The Commission took the view that freedom of association not only concerned the right to form a political party but also guaranteed the right of such a party, once formed, to carry on its political activities freely.

The Court reiterates that the Convention is intended to guarantee rights that are not theoretical

6. 13 maggio 1980.

7. 7 luglio 1989.

8. 27 settembre 1995.

9. 30 gennaio 1998.

or illusory, but practical and effective (see, among other authorities, the *Artico v. Italy* judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, p. 16, § 33, and the *Loizidou* judgment cited above, p. 27, § 72). The right guaranteed by article 11 would be largely theoretical and illusory if it were limited to the founding of an association, since the national authorities could immediately disband the association without having to comply with the Convention. It follows that the protection afforded by article 11 lasts for an association's entire life and that dissolution of an association by a country's authorities must accordingly satisfy the requirements of paragraph 2 of that provision (see paragraphs 35–47 below)».

Ecco, allora, che se la disposizione della Convenzione sembra limitata a una data situazione, l'interpretazione teleologica fa sì che ricopra anche situazioni necessarie ad attuare una vera ed efficace protezione dei diritti e delle libertà fondamentali. A quest'ordine di idee la Corte Edu si è ispirata anche nel caso *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, con sentenza della Grande Camera del 4 febbraio 2005. Il Governo uzbeko fece domanda a quello turco per l'estradizione dei due ricorrenti. La domanda fu accolta e tutti i ricorsi promossi dai ricorrenti dinanzi alle istanze turche furono rigettati. Essi fecero, quindi, ricorso presso la nostra Corte, invocando gli artt. 3 e 6 Cedu; fecero anche domanda per una misura provvisoria ex art. 39 del Regolamento della Corte. Quest'ultimo non fa parte della Convenzione, né specifica quali possano essere le conseguenze se uno Stato non aderisce ai termini della misura provvisoria emanata. In questo caso, la misura provvisoria indicava al Governo turco di non procedere con l'estradizione prima che la Corte Edu avesse avuto la possibilità di esaminare il caso. Il Governo turco ignorò completamente quest'ordine e procedette con la consegna agli uzbeki dei ricorrenti, i quali persero ogni contatto con i loro avvocati in Turchia. La Grande Camera, pur ritenendo che, in base all'informazione acquisita agli atti, non potevano ritenersi violati né l'art. 3 né l'art. 6 della Convenzione, sostenne la violazione dell'art. 34 Cedu. Questa disposizione, di natura in parte procedurale e in parte sostanziale, istituisce il ricorso individuale e il diritto a tale ricorso. L'ultima proposizione dell'articolo prevede che: «Le Alte Parti Contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto». In sostanza, la Corte ritenne che, siccome l'art. 39 del Regolamento è inteso ad agevolare l'esame di un ricorso nell'interes-

se delle parti, la mancata e deliberata inosservanza di tale misura non poteva che essere d'inciampo per un proprio esame del ricorso e una effettiva protezione dei diritti e delle libertà fondamentali. La Turchia fu condannata al pagamento di 5.000 euro a ciascuno dei ricorrenti per i danni morali, più 15.000 euro per le spese di giudizio. Una quasi simile conclusione fu raggiunta, nel settembre 2014, dalla sentenza *Trabelsi c. Belgio*, dove il Governo belga fu ritenuto di essere in violazione dell'art. 34 per aver ignorato una misura provvisoria, anch'essa riferita a un contesto di estradizione (verso gli Stati Uniti); l'unica differenza è che, in questo caso, per la Corte l'estradizione comportava anche una violazione dell'art. 3 Cedu, non essendovi, dall'altra parte dell'Atlantico, possibilità per una riduzione della pena dell'ergastolo.

Vorrei, ora, proporre la terza chiave di lettura della Convenzione: le cosiddette “obbligazioni positive” dello Stato. Il discorso ci riporta all'art. 1 del trattato, interpretato dalla Corte Edu nel senso che esso impone sia obbligazioni negative sulle parti contraenti, sia obbligazioni positive. Mentre le obbligazioni negative appaiono ovvie (lo Stato, come firmatario, non può uccidere persone, non può torturare, non può tenerle in stato di schiavitù etc.), le obbligazioni positive pongono in rilievo il dovere che lo Stato ha assunto, firmando la Convenzione, di prevenire – per quanto ciò sia ragionevolmente possibile – lesioni dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone sottoposte alla sua giurisdizione derivanti da azioni di terze persone. Qui la Corte procede con molta cautela, riconoscendo e rispettando tanto l'autonomia dello Stato quanto la realtà fattuale – è ovvio che lo Stato, per esempio, non può intervenire in prevenzione di ogni omicidio volontario o di ogni atto illecito dannoso o distruttivo della proprietà –, e caso per caso. Nel caso *Marckx c. Belgio*¹⁰, la Corte riscontrò una violazione del diritto al rispetto della vita familiare non perché lo Stato avesse fatto alcunché per intervenire in quella sfera, ma proprio per il non averlo fatto: la legge belga, a quei tempi, non riconosceva una persona nata fuori dal matrimonio come formante parte della famiglia della madre, ostacolando così una normale vita familiare tra madre e figlio. Il fatto che la legge irlandese non prevedesse alcuna forma di assistenza legale per una donna sottoposta a sevizie da diversi anni, al fine di ottenere la separazione dal marito, fu ritenuto anch'esso lesivo dell'art. 8 Cedu nel caso *Airey c. Irlanda*¹¹. Nel caso *X e Y c. Paesi Bassi*¹² e, più recentemente, nella sentenza resa dalla Grande

10. 13 giugno 1979.

11. 9 ottobre 1979.

12. 26 marzo 1985.

Camera nel caso *O’Keeffe c. Irlanda*¹³, fu affrontato il tema dell’abuso sessuale su persone mentalmente incapaci e, rispettivamente, su allievi delle scuole elementari: l’impossibilità, secondo la legge olandese di allora, di procedere contro chi avesse violentato una persona mentalmente incapace, e la mancata attuazione di un sistema atto a prevenire l’abuso sessuale dei minorenni nelle scuole irlandesi negli anni Settanta davano luogo, nel primo caso, a una violazione dell’art. 8 Cedu e, nel caso irlandese, addirittura dell’art. 3 Cedu. Il concetto di obbligazioni positive è, a mio parere, molto utile quando si tratti di situazioni ambientali che possono dar luogo – o hanno dato luogo – a gravi problemi di salute per la popolazione in generale o, anche, per un dato numero di lavoratori in particolare. Uno dei casi più recenti è *Brincat e altri c. Malta* – Corte Edu, sez. V, sentenza del 24 luglio 2014 – dove la Corte, preso atto del fatto che, per più di quarant’anni, le autorità maltesi non avevano adottato alcuna misura per proteggere i lavoratori del cantiere navale dall’effetto nocivo dell’amianto, ha riscontrato una violazione sia dell’art. 2 sia dell’art. 8 Cedu a danno dei quattro ricorrenti.

Nell’interpretazione e, conseguentemente, nell’applicazione della Convenzione, la Corte Edu ha ritenuto – e questa è la quarta chiave che vorrei proporre – che le parole e le espressioni in essa adoperate non hanno necessariamente lo stesso preciso significato che hanno, o avrebbero, nella legislazione interna delle diverse parti contraenti. La Corte ha ritenuto che, in adesione alla Convenzione e per attuarne lo scopo, alcune di queste parole ed espressioni abbiano autonomo significato. Questo vale, in particolar modo, per l’art. 6, dove un significato “convenzionale” è stato dato alle espressioni «controversie sui diritti e doveri di carattere civile», «accusa penale», «tribunale», «testimoni». Ricordiamo, per esempio, che oggi, a differenza di quanto la Corte riteneva nei primi anni della sua esistenza, le controversie relative alle condizioni di lavoro, al licenziamento, etc., di pubblici ufficiali e dipendenti rientrano nella sfera dei «diritti e doveri di carattere civile», anche se a livello interno avrebbero carattere amministrativo – una delle ultime sentenze in proposito è [GC], *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia*, 19 aprile 2007. Al contrario, materie come quella fiscale, anche laddove vi siano tribunali involuti – *Ferrazzini c. Italia*¹⁴ – e procedure sia pure giudiziarie aventi a che fare con l’extradizione, le richieste di asilo o la cittadinanza di una persona, ricadono al di fuori dell’art. 6. Per gli

articoli della Convenzione – in particolar modo, gli artt. 5 e 8, nonché l’art. 11 – contenenti le espressioni «regolare», «regolarmente» (nel senso di: “secondo la legge”, “lawful”) e «legge», la Corte ha ritenuto che tali termini sia da attribuire un’interpretazione mista: essi si rifanno, in primo luogo, alla legge interna, la quale peraltro si deve conformare a ulteriori criteri per essere riconosciuta dalla Corte come *legge* ai fini della Convenzione: deve essere innanzi tutto una legge ragionevolmente accessibile, che offra adeguate garanzie contro eventuali applicazioni arbitrarie e sia redatta in termini chiari o sufficientemente precisi, così da rendere possibile una previsione degli effetti derivanti dalla sua applicazione. Il discorso vale, ugualmente, sia per le disposizioni penali sia per quelle di natura civile. Per esempio, nel caso *N.F. c. Italia* (sentenza del 2 agosto 2001), la Corte ritenne, con quattro voti a favore e tre contro, che vi fosse stata una violazione dell’art. 11 quando furono intraprese procedure disciplinari contro un giudice membro di una loggia massonica. La Corte era del parere che l’espressione «che non compie i suoi doveri» non dava la possibilità di prevedere il divieto, per un magistrato, di associarsi a tale organizzazione.

Ora passerei alle due ultime chiavi di lettura: il principio di proporzionalità e il cd. margine di apprezzamento. Queste due chiavi sono un po’ connesse, anche se teoricamente distinte, e vengono ambedue adoperate laddove la Convenzione permette a uno Stato di interferire con un diritto o con una libertà fondamentale. In assenza di tale facoltà d’interferenza o di limitazione accordata dalla Convenzione, l’esempio classico è dato dall’art. 3 Cedu: non si può ricorrere a mezzi di tortura o a un trattamento inumano o degradante neanche allo scopo di salvare la vita di un terzo, come la Grande Camera ebbe a pronunziarsi, il 1° giugno 2010, sul caso *Gäfgen c. Germania*. Ci sono, poi, altre disposizioni meno invocate, come ad esempio il divieto di imprigionamento per debiti, il divieto di espulsione di cittadini o il divieto di espulsioni collettive di stranieri (*Hirsi Jamaa and Others c. Italia*¹⁵), disposizioni che si trovano tutte nel quarto Protocollo addizionale alla Convenzione. Peraltro, quasi tutte le altre disposizioni sono redatte in maniera da dare la possibilità, in determinati casi, di limitare in qualche modo un diritto o una libertà fondamentale. Questo approccio emerge in modo chiarissimo dalla lettura degli artt. da 8 a 11. Sono, dapprima, presentati il diritto o la libertà in questione con tutte le possibili fattispecie: per esempio, si spiega che il diritto alla libertà

13. 28 gennaio 2014.

14. 12 luglio 2001.

15. 23 febbraio 2012.

di espressione comprende anche la libertà di opinione nonché la libertà di ricevere o comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte della autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. In seguito, nel secondo comma dell'art. 10, troviamo che queste libertà possono essere sottoposte a limitazioni e restrizioni, purché concorrano tre condizioni: (1) che queste limitazioni, condizioni o, addirittura, sanzioni siano previste dalla legge (e abbiamo già visto che cosa s'intende per «legge»); (2) che queste limitazioni, condizioni o sanzioni siano tali da essere accettabili in una società democratica; (3) infine, che le stesse siano necessarie per raggiungere uno scopo determinato dallo stesso comma – ad esempio, la protezione della salute o della morale, nonché la protezione della reputazione o dei diritti altrui. È qui che entrano in gioco le ultime due chiavi. Per determinare se una limitazione, condizione o sanzione sia necessaria in una società democratica, la Corte adopera questo *test* di proporzionalità, e si chiede: c'è un rapporto ragionevole tra l'obiettivo che si vuole raggiungere e i mezzi per raggiungere tale obiettivo? Prendiamo, ad esempio, le restrizioni sul canone di affitto di case o appartamenti. L'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 parla di leggi «per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale». Nel caso *Hutten-Czapska c. Polonia* – [GC], 19 giugno 2006 – la Corte, pur riconoscendo l'interesse generale della società a disporre di sufficienti abitazioni per persone di medio reddito, fu del parere che, tenuto conto anche del fatto che queste restrizioni risalivano ai tempi del regime comunista e che i proprietari di quelle case percepivano un reddito effettivamente minimo, non c'era stata una distribuzione equa dell'onere sociale e finanziario nella riforma della legge sugli affitti. Cito testualmente, dal par. 225 della sentenza:

«In the light of the foregoing, and having regard to the effects of the operation of the rent-control legislation during the whole period under consideration on the rights of the applicant and other persons in a similar situation, the Court considers that the Polish State has failed to strike the requisite fair balance between the general interests of the community and the protection of the right of property».

Nell'ambito di questo esercizio di proporzionalità entra in scena la dottrina del margine di apprezzamento. Come già sottolineato all'inizio del presente contributo, né la Convenzione né la Corte Edu hanno lo scopo di armonizzare le leggi o di imporre una particolare scelta legislativa in relazione a questo o quel problema da risolversi per via giuridica. Esemplicando: la regolazione dei flussi migratori, le restrizioni imposte ai pubblici ufficiali per ciò che attiene alle comunicazioni con la stampa o quelle destinate, nell'interesse pubblico, agli *spot* pubblicitari nei giorni prima delle elezioni politiche, e varie altre situazioni possono essere regolate in modo diverso, tenendo conto, fra l'al-

tro, della cultura e delle disposizioni costituzionali di un Paese – l'uso del crocifisso nelle aule scolastiche o nelle aule delle corti, in Francia o in Turchia, sarebbe un anatema. Nell'ambito dell'art. 6, si può menzionare la regolamentazione dell'ammissibilità o inammissibilità delle prove nei processi. Tutti questi sono campi d'azione in cui allo Stato è accordato dalla Corte un più o meno ampio margine di apprezzamento a seconda della disposizione della Convenzione che viene invocata, del contesto sociale, legale ed economico del Paese. Ad esempio, in tema di libertà d'espressione, la Corte spesso si pronuncia nel senso che, in quest'ambito, il margine di apprezzamento dello Stato è abbastanza ristretto. Dove, però, si tratti di una disposizione di legge che dà luogo, anche se indirettamente, a una discriminazione basata sull'origine etnica di una persona, la Corte non riconosce alcun margine di apprezzamento. Ed ecco che si può terminare questa presentazione paragonando due sentenze: nell'una, malgrado il margine di apprezzamento dello Stato in materia di cittadinanza, la Corte si è pronunciata per una violazione dell'art. 14 in combinazione con l'art. 8 ([GC], *Biao c. Danimarca*, 24 maggio 2016); nell'altra ([GC], *Animal Defenders International c. Regno Unito*, 22 aprile 2013), la Corte fu del parere che non vi fosse stata violazione dell'art. 10. Nonostante il largo margine di apprezzamento che uno Stato gode nel regolare l'immigrazione come anche questioni di residenza e di cittadinanza, nel caso *Biao*, poiché una legge dello Stato – per quanto “ben intenzionata” e dibattuta da tutte le parti sociali ed estensivamente all'interno degli organi legislativi danesi – discriminava indirettamente, sulla base delle origini etniche, i futuri cittadini danesi, la Corte dichiarò l'avvenuta violazione dell'art. 14 in combinazione con l'art. 8. Nel caso *Animal Defenders*, invece, la proibizione totale di *spot* pubblicitari privati di natura politica sulle reti televisive fu ritenuta non lesiva dell'art. 10. Solitamente, la Corte non vede di buon occhio le proibizioni assolute – *blanket prohibitions* –; tuttavia, pur riconoscendo la tendenza ad autorizzare tali *spot* in vari Paesi europei – magari restringendone la portata durante i giorni che precedono le elezioni politiche –, in questo caso sembra che la Corte sia stata impressionata dal fatto che la legislazione in disamina fosse stata studiata e dibattuta per anni, con varie commissioni reali e proposte alternative – ma il Parlamento di Sua Maestà, finalmente, decise di optare per la proibizione totale. Anche le corti inglesi avevano esaminato minuziosamente la questione, sottolineando, nelle loro decisioni, il problema della possibile distorsione di qualsiasi discorso di natura politica da parte di chi, possedendo fondi illimitati, poteva dominare le reti televisive con questi *spot* pubblicitari.

Mi fermo qui: credo che abbiamo chiavi a sufficienza per aprire un negozio di ferramenta.

I vent'anni della nuova Corte *

di Guido Raimondi

Il presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo traccia le linee fondamentali dell'attività della Corte negli ultimi venti anni, soffermandosi sulle riforme intraprese e sui risultati ottenuti.

Venti anni fa è nata la Corte europea dei diritti dell'uomo, unica e permanente, come stabilito dal Protocollo n. 11.

Se mi è permesso un riferimento personale, chi vi parla non può ignorare, nel rivolgere il suo sguardo a ciò che alla fine degli anni Novanta chiamavamo la “nuova Corte”, il fatto di essere stato un attore del vecchio sistema e di aver partecipato allo sviluppo dell'attuale meccanismo.

Come co-agente del Governo italiano, ho difeso lo Stato dinanzi alla ex-Commissione europea per i diritti umani e alla Corte Edu prima del 1998. Si trattava di un sistema di notevole rilievo, che rappresentava un eccezionale passo avanti nella protezione dei diritti umani in Europa. Tuttavia, esso non era perfetto e una riforma era essenziale, soprattutto per affrontare l'allargamento del Consiglio d'Europa ai Paesi dell'Europa centrale e orientale.

Ho avuto, poi, l'onore di partecipare ai negoziati che hanno portato all'adozione del Protocollo n. 11. La nostra ambizione era duplice: in primo luogo, porre fine alla natura facoltativa del diritto di ricorso individuale; d'altra parte, abolire il ruolo decisionale del Comitato dei ministri.

Occorreva che la giurisdizione della Corte divenisse obbligatoria ed era essenziale mettere lo Stato e il ricorrente su un piano di parità.

In qualche modo bisognava istituire un sistema più democratico e anche più chiaro, perché il meccanismo allora in vigore era molto complesso.

Al termine di un negoziato durato anni e nel corso del quale si sono confrontate concezioni radicalmente diverse, abbiamo raggiunto un compromesso accettato da tutti: da coloro che preferivano una Corte unica, e da chi preferiva un sistema a due livelli, con impugnabilità delle decisioni della Commissione alla Corte.

Il Protocollo n. 11 è quindi il frutto di questo compromesso, che ha visto la nascita, vent'anni fa, della Corte unica e permanente.

Nei suoi vent'anni di esistenza, il nuovo meccanismo europeo per la protezione dei diritti umani ha dovuto presto affrontare molte sfide.

In primo luogo, una sfida quantitativa legata al suo *appeal*. In effetti, il numero di domande pervenute alla nuova Corte ha raggiunto rapidamente un livello tale che, intorno al 2010, si è detto che la Corte era “vittima del suo successo”.

Abbiamo anche raggiunto, nel 2011, la cifra astronomica di 160.000 domande pendenti, ciò che era fonte di preoccupazione per la stessa tenuta del sistema.

Ovviamente, questo massiccio afflusso di domande impediva alla Corte di dedicarsi, in tempi ragionevoli, ai casi più importanti, a quelli in cui erano denunciate gravi violazioni dei diritti umani o a quelli in cui erano sollevate le più serie questioni d'interpretazione della Convenzione.

Una riforma rapida era essenziale e il processo di Interlaken ha permesso di intervenire sul sistema

* Il testo è estratto dal discorso reso in qualità di presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo per celebrare il 20° anniversario della nuova Corte Edu, in Strasburgo 26 novembre 2018. Il testo, in lingua originale in francese, è stato tradotto in italiano da Francesco Buffa.

rendendolo più efficiente, pur preservando - cosa di vitale importanza - il diritto al ricorso individuale, al quale siamo tutti legati e che rimane la pietra angolare del meccanismo europeo per la protezione dei diritti umani.

La procedura del giudice unico risultante dall'attuazione del Protocollo n. 14, l'uso crescente della procedura della "sentenza pilota" e, soprattutto, la razionalizzazione e la modernizzazione dei nostri metodi di lavoro sono stati strumenti indispensabili per far fronte a una valanga di cause nuove: oggi i ricorsi pendenti sono poco più di 58.000.

In sintesi, durante questi vent'anni di esistenza, la nuova Corte si è pronunciata su oltre 800.000 domande, e circa 21.000 sentenze *stricto sensu* sono state depositate.

L'altra sfida che abbiamo affrontato durante questa fase di crescita, certamente la più importante, è stata quella relativa alla qualità e all'autorevolezza della nostra giurisprudenza. Credo sinceramente che ci siamo riusciti.

Se guardiamo ai cambiamenti che si sono verificati in Europa nell'ultimo ventennio, molte riforme sono state introdotte negli Stati membri a seguito delle sentenze emesse dalla nuova Corte. Un'influenza che non si è limitata ai confini dell'Europa.

Ma questi vent'anni non sono stati decenni facili per il nostro continente. Il mondo del 2018 non è più quello del 1998.

Siamo stati tutti testimoni, spesso impotenti, dell'aumento del terrorismo, della grave crisi economica e del fenomeno della massiccia migrazione. La

Corte è stata chiamata a rispondere a varie domande su questi nuovi temi, sempre nell'ottica della tutela dei diritti fondamentali. Allo stesso tempo, sono arrivate domande inedite, spesso legate allo sviluppo della biologia e all'emergere di nuove tecnologie.

Talvolta, alla Corte è stata richiesta un'opera di bilanciamento tra i diversi diritti tutelati dalla Convenzione, sempre nel contesto della griglia interpretativa sviluppata nel tempo.

Durante questi due decenni, molti casi - alcuni dei quali ritenuti particolarmente sensibili - sono stati al centro dell'attenzione delle autorità nazionali, della società civile e dei media. La nostra Corte è consapevole della sua responsabilità.

Devo concludere: che insegnamento trarre da questa Corte, unica e permanente, dopo vent'anni di esistenza?

Ciò che è cambiato rispetto al sistema precedente è proprio questo carattere permanente che, collocandoci in una posizione simile e più prossima a quella delle corti superiori degli Stati membri, ha fatto sì che potessimo costituire con esse una stabile rete di collegamento.

Oggi siamo ben radicati nel panorama giudiziario europeo. Il filo che ci unisce è sempre teso e le relazioni tra di noi sono costanti, regolari e amichevoli. Il Protocollo n. 16, entrato in vigore il 1° agosto 2018, rappresenta il culmine di questo processo.

Questa Corte permanente è anche la ragione per cui, in tutta Europa, centinaia di milioni di persone sanno che a Strasburgo esiste un organismo che vigila costantemente sul rispetto dei loro diritti.

Nove anni come giudice italiano a Strasburgo

di Vladimiro Zagrebelsky

L'Autore ripercorre alcuni aspetti del lavoro della Corte europea mettendo in evidenza differenze metodologiche rispetto a quello di un giudice nazionale di *civil law*, e menziona caratteristiche strutturali della Corte e specificità della sua giurisprudenza, segnalando tendenze negative rispetto sia al ruolo unificante sul piano europeo che dovrebbe esser proprio della Corte, sia rispetto alla crisi di efficacia rispetto al sistema del ricorso individuale per la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali.

1. Dopo la conclusione (2010) del mio mandato di giudice alla Corte europea dei diritti umani mi è stato più volte richiesto di esprimermi su quella che resta, per un magistrato dell'Ordine giudiziario italiano, una straordinaria esperienza. Straordinaria per il ruolo svolto e per il contesto di lavoro caratterizzato dalla composizione della Corte (giudici, avvocati, docenti di materie giuridiche di differente origine). Ma anche straordinaria per la rivoluzione culturale imposta a un giudice di *civil law* (penalista, in più!) proiettato in un mondo di concetti giuridici e di metodo di decisione delle cause profondamente diverso. Soprattutto sul piano dell'esperienza professionale personale, ciò che più conta è il drastico mutamento di metodo di lavoro, cui deve subito adattarsi il giudice italiano che assuma le funzioni di giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si tratta di modificare l'atteggiamento professionale proprio di chi è un "prodotto" della cultura giuridica di un sistema di *civil law*, verso quello che molto assomiglia al metodo e alla cultura dei giudici di *common law*.

Quanto al metodo, basti dire che l'interpretazione della Convenzione (e delle sue vaghe formule, cariche di elementi di valutazione) e la risposta ai quesiti posti dai singoli ricorsi passano per il richiamo ai precedenti tratti dalla giurisprudenza della Corte: precedenti che sono in linea di fatto vincolanti (salvo mutamento, come esito della eccezionale procedura della Grande Camera) e rispetto ai quali i giudici operano con il metodo del *distinguishing*, cercando gli

elementi del fatto che consentano (o invece impediscano) di giungere a una conclusione diversa da quella indicata dai precedenti relativi a ricorsi analoghi. Il metodo del precedente, nel quadro di una giurisprudenza casistica, è forse la maggior ragione della forte torsione professionale cui è sottoposto un giudice italiano quando inizia il suo lavoro alla Corte europea dei diritti dell'uomo. A ciò si aggiunge come aspetto autonomo, ma anche collegato al primo ora accennato, lo straordinario interesse che deriva dal fatto che le camere di consiglio della Corte europea vedono seduti accanto, e impegnati a definire il contenuto della decisione, giudici che hanno alle spalle esperienze personali diverse e ordinamenti giuridici e società diversi. Da ciò deriva la ricchezza della discussione e del confronto nelle camere di consiglio, quando si tratti di discutere questioni nuove e delicate.

2. Superata la fatica dell'adattamento, ho maturato la convinzione che alcuni fondamentali concetti e profili di metodo che caratterizzano il lavoro della Corte europea sono più utili, in vista di decisioni di giustizia, di altri che continuano a essere (proclamati e insegnati come) pilastri identitari e garantistici dell'ordinamento giuridico italiano. Cercherò di mettere in luce taluni aspetti del lavoro alla Corte che mi paiono condurre a questa conclusione. Una prima precisazione, però, mi pare utile. Essa si riferisce al titolo dato a questo testo, che fa riferimento a un «giu-

dice italiano». L'essere il «giudice nazionale» italiano non mi pare che abbia inciso in modo significativo, nel senso di differenziare il mio lavoro da quello degli altri colleghi. Su un punto preliminare ed essenziale, voglio dire che io ho potuto svolgere il mio lavoro in totale indipendenza, senza subire alcuna forma di pressione, richiesta, influenza da parte governativa italiana (il mio mandato si è svolto in un tempo che ha visto più governi susseguirsi, di diverso colore). Ciò non significa che le posizioni che ho assunto siano rimaste per me senza conseguenze e reazioni in Italia.

Nell'esperienza che ho vissuto – con i colleghi giudici in servizio alla Corte nel periodo 2001-2010 – ho visto manifestarsi il carattere e la cultura di ciascun giudice, molto più che la sua origine nazionale. Pur con i vincoli derivanti dal valore del precedente nella giurisprudenza della Corte, i margini che rimangono aperti alla valutazione individuale del giudice nella decisione della causa sono ampi. Basti pensare al criterio della «proporzione» dell'interferenza statale nel caso concreto. La proporzione, molto più che la legalità astratta, è il fondamentale carattere della ricerca della Corte ai fini della decisione del caso, insieme al peso dato a ciascun diritto o libertà quando più di uno entri in concorrenza nel caso concreto. Questo mi pare essere il motivo che distingue (separa) il giudizio della Corte europea da quello che è (o pretende di essere) il modello della sentenza del giudice di *civil law*.

Ed è negli spazi aperti alla valutazione di proporzione e bilanciamento che emerge l'inclinazione personale del singolo giudice. In proposito – in questi tempi bui – posso segnalare un fatto di rilevante e positiva importanza. Si tratta delle sintonie che si instaurano tra giudici diversi nelle diverse materie, indipendentemente dall'origine nazionale o professionale e anche dall'orientamento politico dei governi che li hanno inseriti nella lista dei candidati. Alle sintonie tra taluni giudici corrispondono, evidentemente, anche le distonie che si ripresentano frequentemente con altri. Esse riflettono le comunanze o le diversità degli orientamenti culturali rilevanti nella decisione di un caso o dell'altro. Per chi attribuisce valore all'Europa – perfino quella dei 47 Paesi – è una buona notizia. L'Europa esiste sul terreno dei diritti umani. Essa non è monolitica, ma per fortuna pluralista. Le differenze di orientamento esistono e sono anche profonde, ma si manifestano in modi simili in ciascuno dei Paesi europei. In linea di principio e spesso nella realtà, ciascun giudice europeo si orienta senza considerare le frontiere che dividono l'Europa. L'orientamento di ciascuno produce «appartenenze» che non hanno carattere nazionale.

3. Vengo ora al «giudice nazionale». Furono i governi, nel corso dei lavori preparatori della Con-

venzione, a imporre la composizione della Corte con un giudice per ciascuno Stato parte della Convenzione. Si trattava, per i governi, di riprodurre nella Corte la struttura degli organismi del Consiglio d'Europa e in genere delle organizzazioni internazionali, in cui ogni Stato ha il suo rappresentante. Risultò perdente, invece, la proposta avanzata dalla Commissione che redasse il progetto e che indicava un numero fisso di giudici (nove), indipendente e minore di quello degli Stati parte. Era evidentemente un modo per sottolineare la differenza che esiste tra un organo giudiziario indipendente, composto da giudici indipendenti, e gli organismi politico-amministrativi internazionali in cui ogni Stato ha un suo rappresentante, voce del governo. La riproduzione, nella formazione della Corte, dello schema degli Enti internazionali riflette la difficoltà che i governi, che pur stavano istituendo (e accettando) una Corte, avevano a trarre le conseguenze della scelta fatta. I giudici, però, sono indipendenti e partecipano ai lavori della Corte a titolo individuale, non di rappresentanti del Paese a titolo del quale sono stati eletti. Essi sono chiamati a esprimersi liberamente.

Nella logica dei governi, che prevalse al momento della redazione della Convenzione, questa prevede che il giudice «eletto a titolo» di uno Stato che è parte nel giudizio sia obbligatoriamente membro del collegio giudicante. Si tratta di un'anomalia, poiché semmai la regola dovrebbe essere inversa. Ma si ritiene che, in tal modo, nella discussione e deliberazione collegiale possa entrare la voce di chi meglio degli altri conosce il sistema nazionale. Libero, naturalmente, il giudice di esprimersi e votare come ritiene giusto. Tuttavia, la previsione e l'appellativo stesso di «giudice nazionale» assegnato al giudice nella funzione ora detta, pone qualche problema, che merita di essere discusso chiedendosi se il giudice, escluso sia rappresentante, sia almeno in qualche misura «rappresentativo» del Paese di provenienza. Ma in quale modo o misura può esserlo? L'orientamento culturale prevalente nell'ambito di un Paese è nozione di difficile o nulla consistenza. I diritti e le libertà riconosciuti e protetti dalla Convenzione europea sono numerosi e diversi. È possibile essere inclini a spingere molto avanti la protezione e valorizzazione dell'uno ed essere invece piuttosto prudenti nei confronti di un altro, senza che vi sia chiaro nesso tra l'una e l'altra posizione. Le categorie che, qualche volta, sono state utilizzate per classificare i giudici della Corte tra «violazionisti» e «non violazionisti» sono svianti. Esse non colgono la grande varietà dei campi in cui interviene la Corte, cosicché occorrerebbe studiare l'atteggiamento dei giudici in ciascuna delle materie. Ma ciò sarebbe estremamente difficile, poiché la decisione del caso dipende grandemente dalle specifiche vicende che l'hanno prodotto. D'altra parte, indipen-

dentemente da quanto riguarda i giudici della Corte, in società pluralistiche come sono quella italiana e, generalmente, quelle europee, ciascuno di noi si ritrova su posizioni (e in compagnie) diverse, tema per tema, questione per questione. Cosicché, piuttosto che a una maggioranza o a una minoranza, questione per questione si appartiene contemporaneamente a minoranze o maggioranze diversamente composte.

Nel mosaico di culture che vivono (anche in modo conflittuale) in Italia, mi chiedo se, concluso il mio mandato, io non debba ammettere – o piuttosto rivendicare – di avere operato come espressione, volta per volta, di una delle diverse Italie, che coesistono e si confrontano in tutta legittimità storica e culturale. Di ciò trovo conferma nel fatto che talora la stessa causa vede, in fasi diverse, intervenire una persona diversa nella funzione di “giudice nazionale” (ad esempio per l’intervenuta scadenza del mandato del precedente giudice). È accaduto che il nuovo “giudice nazionale” si sia orientato diversamente da quanto ha fatto il primo. Non è dunque la “nazionalità” che conta, ma la personale inclinazione culturale. E allora, non aveva forse visto giusto la Commissione di redazione della Convenzione, quando proponeva che nove giudici componessero la Corte, nessuno eletto “a titolo” di questo o quello Stato europeo, ma tutti e ciascuno eletti “a titolo” dell’Europa?

Invece la nozione di «giudice nazionale» – che nella Convenzione ha una portata solo procedurale – talora induce e sollecita la pretesa, negli ambienti politici e di opinione pubblica nazionale, che il giudice difenda quelli che sono creduti gli interessi o gli orientamenti culturali del Paese. Con la conseguenza che, in caso diverso, emerge l’accusa di slealtà, tradimento, etc., specialmente in tempi di intolleranza crescente. La pretesa di assicurarsi un giudice su cui fare affidamento nella difesa dell’interesse del governo convenuto in giudizio davanti alla Corte, compare poi talora al momento della designazione da parte del governo della terna di candidati da proporre al Consiglio d’Europa.

4. La grande novità del sistema europeo di protezione dei diritti umani è costituita dall’instaurazione di un controllo giurisdizionale esterno agli Stati. I diritti dell’uomo, specie in Europa, erano naturalmente già riconosciuti a livello statale interno, con conseguente ruolo giocato dai giudici nazionali. Così era nella francese Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, che essenzialmente rinviava alla legge (nazionale) la definizione dei diritti e le condizioni del loro esercizio. Mai si era ammesso che gli Stati rispondessero davanti a un giudice esterno delle violazioni dei diritti fondamentali dei singoli. La natura di “controllo giurisdizionale esterno” è tutto-

ra la caratteristica principale del sistema europeo di protezione dei diritti dell’uomo.

Il fatto che la Corte europea assicuri un controllo *esterno* implica un certo numero di conseguenze profondamente innovative rispetto a categorie giuridiche tradizionalmente ammesse. Esso, innanzitutto, rompe i confini degli Stati e la connessa pretesa della legge statale di fondare ed esaurire un proprio ordinamento giuridico particolare ed esclusivo. La singola persona, poi, diviene soggetto di diritto internazionale, che fa valere diritti propri nella controversia contro uno Stato. La Corte europea applica un diritto europeo, maneggiando e creando un diritto che non origina dall’opera di Parlamenti e non trova in ciò la propria legittimazione. Si tratta di un diritto di origine largamente giurisprudenziale, la cui creazione (ri) dà spazio al ruolo del giudice giurista (in luogo di quello del giudice semplice eseguita della legge chiamato ad applicare). La giurisprudenza della Corte europea, legata come è ai casi specifici che le vengono sottoposti (giurisprudenza casistica) mette sullo sfondo la regola generale e astratta (come pretende di essere la legge) rispetto all’esigenza di disciplina richiesta ed espressa dal caso concreto. La soluzione del caso non deriva tanto dall’applicazione di una regola generale ed astratta che lo precede, quanto, al contrario (per la persuasività della *ratio decidendi* e per la forza del precedente), contribuisce a creare la regola per fatti analoghi. Lo scopo della Convenzione, «strumento vivente da interpretare alla luce delle condizioni di vita attuali» è quello di rendere «concreta ed effettiva e non teorica e illusoria» la protezione dei diritti e delle libertà dell’individuo.

Anche se l’argomentazione svolta dalla Corte nella motivazione delle sue sentenze tende (o pretende) di dimostrare che essa «trova» il diritto piuttosto che «crearlo», non c’è dubbio che si è in presenza di un esempio chiaro della funzione creativa della interpretazione giudiziale, con richiamo alla dinamica della produzione del diritto da parte dei giudici del *common law*. La teoria statunitense dell’*originalism* non ha ingresso nella giurisprudenza della Corte europea e i lavori preparatori della Convenzione del 1950 hanno scarso peso. Così si spiegano i periodici mutamenti di giurisprudenza che la Corte, pur cauta nell’effettuarli, spiega con il mutare del quadro di riferimento normativo e culturale. Ecco perché la Corte ricerca il cosiddetto “consenso europeo”, la cui esistenza la autorizza ad essere più incisiva nel controllo delle varie soluzioni nazionali, mentre, quando sia inesistente, la spinge a maggior cautela e a riconoscere agli Stati un più ampio margine di apprezzamento nell’adeguarsi ai precetti della Convenzione. Così la società e gli Stati europei, destinatari delle sentenze della Corte, contribuiscono a fornire gli elementi che giustificano le scelte applicative della Convenzione, in un circuito

che vede la Corte certificare in qualche modo ciò che la società europea produce, al tempo stesso consolidando l'*acquis* europeo nel campo dei diritti fondamentali.

5. La natura del processo decisionale della Corte e i frequenti momenti in cui essa si trova di fronte alla necessità di operare scelte largamente discrezionali spiegano la ragione per cui un gran numero di sentenze (tra quelle non meramente ripetitive) è reso alla maggioranza dei voti dei giudici componenti il collegio. Non è senza significato, quanto alla ricostruzione della giurisprudenza della Corte europea, che il sistema stesso convenzionale ammetta che i giudici dissidenti rispetto al dispositivo delle sentenze, ovvero rispetto alle argomentazioni che lo sostengono, possano (e nella prassi instauratasi, debbano) allegare alle sentenze le loro opinioni separate, dissidenti o concordanti. Tali opinioni riportano (dovrebbero riportare) all'esterno non altro che gli argomenti che il giudice rimasto in minoranza ha sviluppato nella Camera di consiglio e che sono rimasti soccombenti. E si tratta di opinioni che si fondano su una ricostruzione dei precedenti della Corte o della loro pertinenza, diversa da quella adottata dalla maggioranza. In questo senso esse rappresentano un diritto possibile, anche se non affermato (o non ancora affermato). La stessa esistenza e pubblicità di tali opinioni separate dimostra la non incontrovertibilità dell'analisi dei precedenti. Poiché la giurisprudenza della Corte europea è evolutiva, anche il rapporto tra motivazione maggioritaria e opinioni separate risulta dinamico.

La Corte ricorda frequentemente che le conclusioni cui arriva sono strettamente legate al caso di specie, ciò che è coerente con la finalità delle sentenze di decidere una controversia tra le parti – il ricorrente e lo Stato convenuto in giudizio. Sono i dettagli del caso concreto che risultano decisivi per il giudizio di proporzionalità e necessità della interferenza statale nell'esercizio di un diritto della persona. Non vi sarebbe alcun problema se questo solo fosse lo scopo delle sentenze. Ma non è così, poiché le sentenze, come la Corte ha più volte detto, «servono non soltanto a decidere il caso sottoposto, ma più ampiamente a chiarire, salvaguardare e sviluppare le norme della Convenzione e a contribuire in tal modo al rispetto, da parte degli Stati, degli impegni che hanno assunto nella loro qualità di parti della Convenzione» e «se il sistema ha per oggetto fondamentale quello di offrire un ricorso agli individui, esso ha egualmente quello di decidere, nell'interesse generale, delle questioni di ordine pubblico, promuovendo le norme di protezione dei diritti dell'uomo ed estendendo la giurisprudenza in materia all'insieme della comunità

degli Stati parte della Convenzione». La convivenza dei due terreni di incidenza delle sentenze della Corte europea non è facile. Il margine di apprezzamento nazionale che la Corte riconosce agli Stati è anche frutto di tale difficile convivenza.

6. La nozione di “margine di apprezzamento nazionale” che la Corte è, sempre più spesso, pronta a riconoscere ai governi nel riconoscimento dei diritti convenzionali in campo nazionale suppone una unità di fondo delle società dei singoli Stati e la capacità dei governi di rappresentarla. Un'unità, dico, che non può essere una maggioranza su questo o quel tema, perché il rischio è di dar spazio indebito – appunto – a una maggioranza, quando invece i diritti dell'uomo e le sue libertà fondamentali richiedono la protezione delle minoranze e degli individui singoli. Anche contro, evidentemente, la volontà della maggioranza. Ho già detto dell'estrema difficoltà di definire l'orientamento maggioritario della popolazione di un Paese in riferimento a cultura e valori morali e religiosi. Ma la questione del ruolo della maggioranza apre soprattutto un diverso ordine di problemi, che si lega a quello del significato e dell'accertamento del cd. “consenso europeo”. A cosa, infatti, ci si riferisce quando si afferma che la portata di un diritto o di una libertà è lasciata all'apprezzamento dello Stato o del governo? Si arriva ancora una volta all'opinione e alla forza della maggioranza, e al rischio di emarginazione degli individui e delle minoranze. Ma il dato di esperienza che ho vissuto nel corso degli anni è proprio la rivendicazione di sempre più ampio margine di apprezzamento nazionale da parte dei governi e la disponibilità della Corte a riconoscerlo. Si tratta di rivendicazione che non riflette soltanto l'attuale crescita del nazionalismo e la crisi europea, ma – io credo – anche frutto di un fenomeno legato alla giurisprudenza della Corte. L'orientamento evolutivo della giurisprudenza della Corte la conduce non solo ad aggiornare il contenuto della protezione, ma anche ad ampliarlo. Esso ha avuto, come contrappeso (e come via di composizione di contrastanti orientamenti dei giudici della Corte), un allargamento della portata del margine di apprezzamento nazionale, che lascia campo libero a notevoli differenze di tutela dei diritti convenzionali. La domanda che occorre ora porsi è se, nell'interesse della costruzione di un'area tendenzialmente omogenea del livello di tutela dei diritti, il ruolo della Corte debba essere riportato all'affermazione rigida del livello minimo comune di tutela, invece che a quello diverso e, forse, opposto di stimolo a più elevati livelli di tutela, accompagnato però dall'ammissione di ampia differenza pratica nei diversi sistemi nazionali. L'origine storica della Convenzione, con

il suo Preambolo e l'ancora irrealizzato progetto di unificazione europea, mi paiono spingere nella prima direzione.

7. Specificità del sistema europeo di protezione giurisdizionale dei diritti umani è il ricorso individuale, nella versione semplice e senza filtri in vigore dal 1998. Perché la difesa individuale sia efficace e non si riduca al riconoscimento, quando verrà la sentenza, a un indennizzo monetario, occorre che la decisione della Corte sia tempestiva. Essa, comunque, giunge dopo la lunga trafila dell'esaurimento delle vie interne. Ma a quel periodo di tempo si aggiunge quello, incredibilmente lungo, dell'attesa della sentenza della Corte. Il tempo di attesa non è solo lunghissimo (specie se si pensa che in gioco sono diritti fondamentali), ma anche imprevedibile e casuale. Per fare un esempio, nello scorso mese di luglio 2018, la Corte ha pubblicato sentenze relative a ricorsi introdotti nel 2004 (una contro la Russia), nel 2006 (una contro la Georgia e una contro Russia e Moldova), nel 2007 (due contro la Russia), nel 2008 (una contro la Turchia), nel 2009 (due contro la Bulgaria, una contro il Belgio), nel 2012 (una contro la Germania, una contro l'Ucraina), nel 2013 (una ciascuna contro Romania, Armenia, Macedonia e Lituania), nel 2015 (una ciascuna contro Malta e Montenegro), nel 2017 (una

contro l'Olanda). Tempi non solo lunghi, ma anche molto diversi per ciascuna sentenza, senza che natura e importanza del caso offrano una spiegazione. La spiegazione è, piuttosto, da ricercare nell'organizzazione della Corte, con le sue divisioni di cancelleria separate per Paese e lingua, con il diverso carico di lavoro e disponibilità di personale, etc. Non si tratta quindi di poca produttività, ma di problemi strutturali della Corte, anche legati alla quarantina di diverse lingue in cui giungono i ricorsi. E, soprattutto, alle decine di migliaia di ricorsi presentati annualmente. Nel corso del mio mandato, con difficoltà e resistenze da parte degli uffici amministrativi e soprattutto dei giudici, è stato ammesso il sistema delle priorità nella trattazione dei casi. Ma se la Corte chiudesse ora l'accesso di nuovi ricorsi e decidesse di trattare solo i casi prioritari, sarebbe impegnata per anni!

Vi è dunque una crisi della Corte, grave e non reversibile con gli espedienti di cancelleria recentemente introdotti. La crisi riguarda la capacità della Corte di incidere realmente, in particolare assicurando quello che si continua a dire essere pilastro del sistema: il ricorso individuale e il diritto dell'individuo di ottenere tutela. Ma di questo aspetto del sistema non si parla. Della crisi e dei modi di affrontarla non si discute seriamente. E la Corte si dice «vittima del suo successo». Tendendo a segnalare, però, solo gli – indiscutibili – profili di successo.

La Cedu e la Carta dei diritti fondamentali: *overlap* e distinzioni

di Giuseppe Bronzini

Si esaminano le disposizioni del Trattato di Lisbona e le clausole orizzontali della Carta dei diritti di raccordo con la giurisprudenza della Corte Edu: sebbene la diversità per mete ultime e obiettivi tra i due ordinamenti renda possibile diversità di orientamenti tra le due Corti europee, soprattutto nelle aree originariamente non contemplate nella Cedu, l'art. 52 della Carta – stabilendo un obbligo di tenere in considerazione le sentenze di Strasburgo – favorisce la convergenza, il dialogo e la fusione tra queste.

1. La Carta dei diritti dell'Unione europea, che porta a termine il lungo e controverso processo di codificazione dei diritti fondamentali in sede “comunitaria”, offre non solo un elenco solenne di questi, ma mira – come in genere fanno le costituzioni – anche a definire i rapporti con le altre fonti nazionali e internazionali che disciplinano la materia, soprattutto in Europa, ove il pluralismo e la concorrenza tra *higher laws* di rango costituzionale è quanto mai evidente. Proprio l'esistenza di un ordinamento “intermedio” tra i due piani, e cioè il sistema giuridico sovranazionale che, pur nato secondo le regole proprie dei trattati internazionali, si è ampiamente evoluto nel corso dei decenni (grazie ai principi di stampo federalista del primato del diritto dell'Unione e dell'efficacia diretta di questo in ambito interno, così come implementati nella giurisprudenza, spesso creativa, della Corte di giustizia) sino ad avvicinarsi agli ordinamenti degli Stati, rendeva certamente necessario esplicitare e cercare di modulare questi rapporti con le altre fonti. Del resto, la Carta dei diritti è stata prima elaborata e poi, con il Trattato di Lisbona, resa obbligatoria per essere applicata non in chiave uni-

versale, ma solo nell'ambito del diritto dell'Unione, come recita con una certa solennità l'art. 6 del TUE e l'art. 51 della stessa Carta, mentre le costituzioni nazionali e anche la Cedu, pur essendo soprattutto la seconda certamente meno completa della Carta di Nizza, non soffrono di simili limitazioni (riguardanti la competenza). Nel momento in cui la Carta è stata resa obbligatoria, il nuovo art. 6 TUE introduceva un obbligo (seguendo il vecchio progetto di “Costituzione europea”) per l'Unione europea destinato a rivoluzionare i rapporti tra l'ordinamento “comunitario” e quello “convenzionale”, prevedendo l'adesione (secondo capoverso) dell'Unione alla Cedu, anche se tale adesione non avrebbe potuto di per sé «modificare le competenze dell'Unione definite nei Trattati». Come noto, si è cercato di onorare questo impegno, certamente molto complesso anche tecnicamente, involgendo il rapporto tra due Corti europee, i meccanismi propri del rinvio pregiudiziale e lo stesso principio di primato del diritto dell'Unione. Tuttavia, la bozza del Trattato di adesione è stata bocciata da un parere (molto negativo) della Corte di giustizia che ha, sostanzialmente, interrotto questa operazione. Pur es-

1. Per una trattazione più organica, rinvio ai miei contributi: G. Bronzini, *L'Europa dei rimedi*, in A. Guerra e A. Marchili (a cura di), *Europa concentrica*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2016; G. Bronzini, *La Carta dei diritti dell'Unione europea come strumento di rafforzamento e protezione dello Stato di diritto*, in *Politica del diritto*, n. 1/2016; G. Bronzini, *L'efficacia della Carta di Nizza alla luce dei primi 5 anni di applicazione come testo obbligatorio, cenni generali*, in R. Cosio - F. Curcuruto - R. Foglia (a cura di), *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2016.

sendo un *dovere* per l'Unione (l'art. 6 si esprime in termini perentori) l'adesione alle Cedu non è stata più seriamente rimessa in agenda, nonostante i rinnovati inviti del Parlamento europeo.

Tramontata quindi – almeno in questo contesto storico – l'idea dell'adesione, i rapporti tra le due Carte dei diritti europee rimangono affidati al terzo comma dell'art. 6 Tue e alla specifica clausola orizzontale che li regola nel “*Bill of rights*” di Nizza (art. 52, denominato «Portata dei diritti fondamentali»). Per quanto riguarda la prima disposizione, si è ribadito nel Trattato di Lisbona quanto già disposto nelle versioni precedenti dei Trattati, e cioè che «i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Ciò ha rappresentato, storicamente, una sorta di ratifica della giurisprudenza creativa (pretoria) della Corte di giustizia, sin dagli anni Settanta, circa una tutela dei *fundamental rights* come limite “interno” del diritto dell'Unione, che non aveva fondamento esplicito nei Trattati, ma che – a livello argomentativo, nella ricerca di una legittimazione – la Corte giustificava con riferimento a questo doppio ancoramento alla Cedu e alle «tradizioni costituzionali comuni». La congiunzione «e», al terzo comma dell'art. 6, rende però circoscritta l'utilizzazione della giurisprudenza di Strasburgo da parte degli organi giurisdizionali dell'Unione, posto che deve sussistere anche l'ulteriore condizione della conformità a tradizioni comuni di rango primario, dal punto di vista costituzionale, di ben 28 Paesi membri. Effettivamente, superano questo vaglio principi generalissimi (e, conseguentemente, molto vaghi) come, ad esempio, il diritto di essere ascoltati da parte di un giudice imparziale e altri consimili direttive che sono, comunque, agilmente rinvenibili anche nella Carta dei diritti, sicché la norma di cui al terzo comma dell'art. 6 finisce con l'essere poco significativa, costituendo solo una conferma della vecchia architettura garantistica nell'Ue prima della codificazione.

2. Gli studiosi e gli operatori del diritto hanno guardato con maggiore interesse e con molte speranze a un'altra disposizione contenuta nella specifica clausola orizzontale della Carta: il comma terzo dell'art. 52, che recita: «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, significato e portata sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Le «Spiegazioni» relative alla Carta esplicitano: che l'art. 52 vuole «assicurare la necessaria co-

erenza tra La Carta e la Cedu», che riguarda anche «le limitazioni ai diritti per cui il legislatore deve, in ogni caso, rispettare gli *standard* stabiliti dal regime di limitazioni previsto dalla Cedu»; che il raccordo vale anche per i protocolli alla Cedu; infine, si precisa che «il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia», fermo restando che l'Unione può accordare una protezione più ampia. Sembrerebbe, allora, che sia recepita l'idea della Convenzione come *living instrument* del garantismo europeo, anche se si aggiunge – in modo certamente non chiaro – che significato e portata dei diritti dovrebbero emergere anche da una ricognizione della giurisprudenza della Corte di giustizia. È evidente che una parte della dottrina e degli operatori del diritto abbiano guardato con speranza a questa norma, nella convinzione che gli orientamenti di Strasburgo potessero contare non solo come principi generali, ma nella loro specificità e più precisa determinazione: che si fosse in sostanza avuta una “comunitarizzazione” del diritto convenzionale, per cui alcune decisioni concrete e determinate di condanna degli Stati potessero avere, di per sé, ingresso nell'ordinamento dell'Unione con la forza di questo (primato ed efficacia diretta), pur nei limiti – secondo le aspettative più ragionevoli – della competenza dell'Unione. Questa tesi, piuttosto diffusa dopo l'approvazione del Trattato di Lisbona, sembra ricevere ulteriore conferma nell'art. 53 della Carta, che stabilisce il principio del «trattamento di miglior favore», in base al quale la Carta non può essere interpretata in modo da ledere il livello di protezione assicurato – nel loro rispettivo ambito – dal diritto dell'Ue, dalle convenzioni internazionali di cui tutti gli Stati membri sono parte, dalla Cedu in particolare, o dalle costituzioni degli Stati membri.

Eppure, la tesi della “comunitarizzazione” della Cedu non ha resistito al vaglio della Corte di giustizia. I giudici di Lussemburgo, nello stabilire il contenuto dei diritti in giudizio, si sono spinti solo ad affermare che, in linea di principio, si dovrebbe tener conto della giurisprudenza di Strasburgo (ma non necessariamente recepirla) e che, quindi, vale un obbligo puramente argomentativo (non è ammissibile ignorare l'orientamento di Strasburgo). Mentre in campo penale o civile questo collegamento, di norma, avviene, nel settore sociale si deve registrare una certa ritrosia della Cgue a fare propri alcuni orientamenti della Corte Edu, in particolare sul tema dell'irretroattività della legge civile e anche su quello del divieto di discriminazione (cfr. le sentenze *Carratù*, ric. n. 361/12, 12 dicembre 2013 e *Scattolon*, ric. n. 108/12, 4 gennaio 2012). Ancor prima, nella sentenza *Kamberaj*, (ric. n. 571/10, 14 aprile 2012), la Corte di Lussemburgo

osservava che non le spettava precisare il rilievo della Cedu negli ordinamenti dei *member States* e, su un caso di discriminazione di cittadini comunitari ed extracomunitari da parte di Enti locali italiani, provvedere ad applicare la sola normativa Ue (anche alla luce dell'art. 34 della Carta di Nizza). Nella sentenza *Carratù*, invece, in cui si discuteva della legittimità dell'art. 32 della legge italiana n. 183/10 (cd. "collegato lavoro"), la Corte ha affermato che l'equiparazione (non dovuta, ai sensi della direttiva sui contratti a termine) tra le sanzioni previste nei casi di conversione del contratto a termine e quelle per il licenziamento illegittimo costituiva un trattamento di miglior favore riconosciuto dallo Stato italiano e consentito, però, dalla direttiva, ma ha ritenuto assorbita la questione della violazione del diritto a un giusto processo (art. 6 Cedu e art. 47 Carta di Nizza).

Una spiegazione di questo *non liquet* può risiedere nell'orientamento della stessa Corte (si veda *Hernandez e altri c. Spagna*, ric. n. 198/13, 14 luglio 2014) per cui i trattamenti nazionali più favorevoli non sono sindacabili alla stregua della Carta perché non previsti dal diritto europeo (solo consentiti). Nel caso *Scattolon*, il mancato allineamento alla giurisprudenza di Strasburgo (Corte Edu, sentenza *Agrati e altri c. Italia*, ric. nn. 43549/08, 6107/09 e 5087/09, 7 giugno 2011) è stato ancor più marcato, visto che le due decisioni intervenute a breve distanza concernono proprio il vantato diritto del personale della scuola, trasferito ad altro comparto pubblico, a mantenere i «diritti di anzianità». La Corte di Strasburgo ha ritenuto illegittima la mancata attribuzione di tali diritti, negati in virtù di una legge di interpretazione autentica retroattiva, per la quale non è stata riconosciuta la sussistenza di «imperiose ragioni di ordine pubblico», mentre la Corte di giustizia ha qualificato il trasferimento come cessione di ramo di azienda e ha giudicato applicabile la direttiva in materia, attribuendo al giudice nazionale il compito di accertare in che limiti fosse stata violata. La Corte di giustizia non si è, quindi, occupata della questione della retroattività della normativa.

La nostra Corte di cassazione (privilegiando la sentenza della Corte di giustizia, pronunciata in una materia ove sussiste una competenza sovranazionale da tempo esercitata) ha perciò cassato le decisioni che, sulla base di quella legge, avevano respinto i ricorsi dei lavoratori, invitando i giudici di merito a verificare se i diritti stabiliti dalla direttiva per i lavoratori trasferiti (in sostanza, di mantenimento del livello salariale acquisito) fossero stati rispettati. Ciò

ha portato, in genere, al rigetto delle domande². Tuttavia, la stessa Corte costituzionale italiana ha più volte recisamente escluso la tesi della "comunitarizzazione", marcando una netta distinzione, quanto a efficacia interna, tra il diritto dell'Unione (e la Carta dei diritti che, *ex art. 6 Tue*, ha lo stesso rango delle norme dei Trattati) e le disposizioni della Cedu così come interpretate dalla Corte di Strasburgo. Quest'ultima obbliga il giudice comune, in caso di violazione della Cedu da parte del diritto interno, a sollevare incidente di costituzionalità. La distinzione operata dalla Consulta sembra, nondimeno, essersi alquanto appannata nelle recente – e molto discussa – sentenza n. 269/2017. In un lungo *obiter* (dotato perciò di dubbia vincolatività), essa obbliga il giudice interno, anche quando dovrebbe disapplicare la norma interna per contrasto con uno dei diritti della Carta *self executing*, a disporre previamente incidente di costituzionalità laddove (quasi sempre) le disposizioni applicabili siano anche quelle della nostra Costituzione³.

3. La soluzione individuata dalla Corte di giustizia (e accolta dal nostro giudice delle leggi) di un vincolo "argomentativo" tra le giurisprudenze delle due Corti europee, che presenta anche tensioni con la formulazione letterale degli artt. 52 e 53 della Carta, non è in realtà molto appagante ed è fonte di incertezza applicativa, benché sia fondata su ragioni di ordine sistematico-istituzionale di una certa serietà.

L'ordinamento europeo nasce (secondo alcuni) e si è sviluppato concretamente secondo una dinamica di tipo quasi federale o, comunque, di integrazione molto stretta – e, sotto molti profili, "politica". Esso ha ampliato i suoi obiettivi e le sue competenze in ambiti vastissimi, per certi versi molto vicini alle storiche attribuzioni degli Stati sovrani, a cominciare da quel capitolo sociale che, introdotto dal Trattato di Amsterdam, è molto visibile anche in numerose norme a carattere sociale della Carta (in particolare, nei capitoli sull'uguaglianza e sulla solidarietà). L'ordinamento costruito attorno alla Cedu è di tipo liberal-democratico ed è specializzato nella tutela dei classici diritti di quest'ultima tradizione, non ha alcuna vocazione politica né, tantomeno, federalista. Questo vuol dire che, nell'interpretare e bilanciare gli stessi diritti della Carta, la Corte di giustizia non può prescindere dal considerare i primari obiettivi di integrazione del processo avviato dal Trattato di Roma e l'interesse "comune" agli europei, secondo un approccio decisamente meno individualistico di quello pertinente al rispetto della Cedu.

2. Sulla vicenda, si veda G. Bronzini, *Limiti alla retroattività della legge civile*, Cendon, Roma, 2016.

3. Si veda V. Piccone e O. Pollicino (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Applicabilità ed effettività*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

La Corte di Strasburgo continua (questo anche per responsabilità della stessa Unione che ha abbandonato, come detto, l'idea dell'adesione) ad avere come referenti gli Stati e gli individui e, pur conoscendo certamente la categoria dell'interesse pubblico, non suole connetterlo alla dimensione continentale, ma a quella nazionale; pur avendo numerose volte richiamato la Carta dei diritti, certamente non è la Corte deputata a dare alle sue disposizioni il significato più pertinente in riferimento alle dinamiche che riguardano i 28 Paesi membri.

È, quindi, inevitabile che l'Unione (e, per essa, la propria Corte), nel valutare gli *standard* di rispetto dei diritti fondamentali, non possa che partire dagli obiettivi delle proprie politiche nella connessione con il rafforzamento del processo di integrazione, bene primario dei suoi cittadini. Inevitabilmente, possono prodursi sensibilità diverse e qualche disallineamento tra le due giurisprudenze, soprattutto in materia sociale o nel campo dei nuovi diritti, come quelli di natura ecologica, ove la Cedu manca di indicazioni normative univoche. Va, tuttavia, rimarcata l'apprezzabile tendenza dei giudici di Strasburgo a dare copertura anche ai diritti sociali attraverso una loro riqualificazione (il che, a sua volta, può essere discutibile sul piano costituzionalistico) quali diritti di proprietà o l'aggancio ad altre prerogative procedurali, come il divieto di retroattività della legge civile. Se pure appar certo che queste virtuali tensioni non possono essere rimosse nell'immediato e

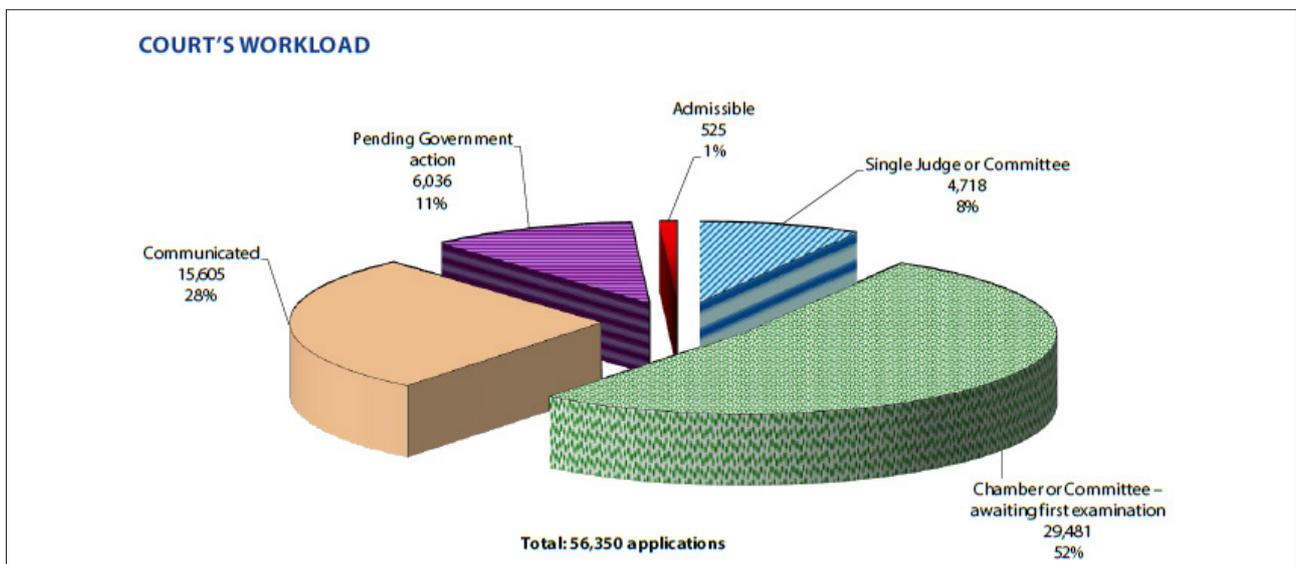
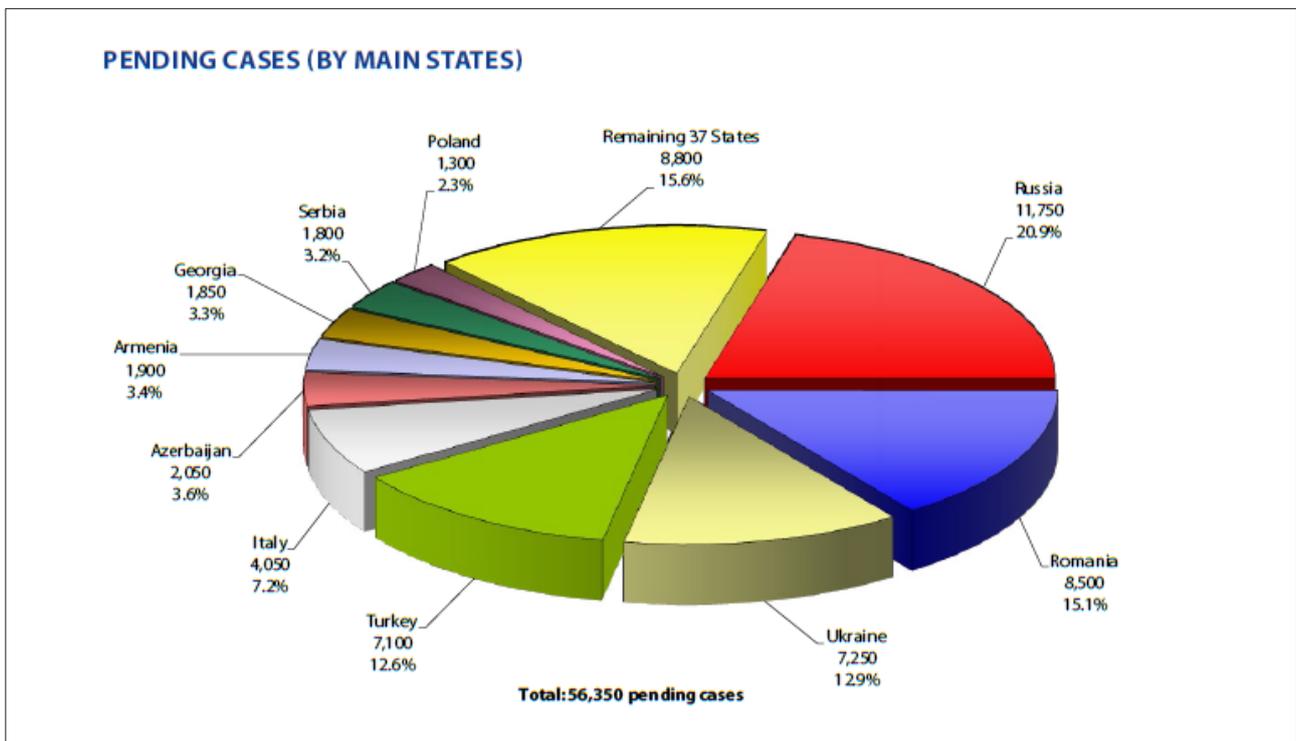
che anche una revisione del progetto di adesione alla Cedu⁴ difficilmente potrebbe rimuovere le difficoltà di rapporto tra ordinamenti così diversi (non solo per composizione interna, ma anche per mete ultime ed obiettivi intermedi), resta però la constatazione che l'art. 52 della Carta è tutt'altro che privo di effetti. Di regola, e in moltissime materie, il dialogo tra le due Corti europee mediante una fusione delle loro giurisprudenze e una felice integrazione tra fonti (con effetti garantistici di tipo cumulativo), è pienamente operante nel settore della *privacy*, nei diritti procedurali di tipo penale (soprattutto da quando l'Ue si è dotata di un insieme di direttive a largo raggio, che fanno comunemente riferimento alla Carta e alla Cedu), nelle libertà civili fondamentali e persino sull'incendiario terreno dei diritti dei migranti. Insomma, le due Carte e le due Corti convivono, nella stragrande maggioranza dei casi, benissimo e si alimentano vicendevolmente. In concreto, tramite la Carta dei diritti e la Cedu nel loro *enforcement* quotidiano da parte delle Corti europee e, a cascata, di quelle nazionali, si rafforza progressivamente uno *ius commune* continentale e un "blocco di costituzionalità" oltre gli Stati, fenomeno che certamente trascende le poche occasioni di tensione o disallineamento.

Per fare una battuta finale: sarà per questo che tutti i *media*, anche i più importanti e informati (e non pochi magistrati e avvocati), confondono sistematicamente le due Carte (europee) e le due Corti?

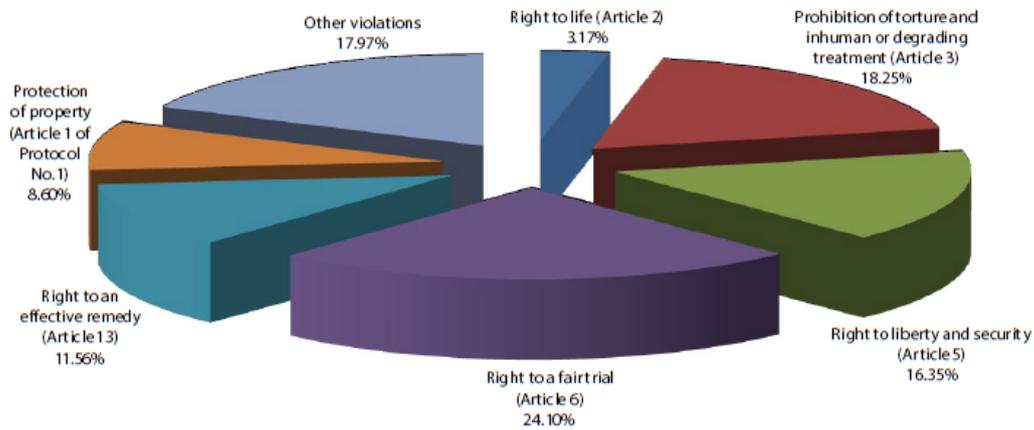
4. Si è anche parlato di un'adesione dell'Unione alla Carta sociale europea: cfr. G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *Jus: rivista di scienze giuridiche*, n. 3/2010, pp. 505-538 (disponibile online su *Forum costituzionale*: www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0234_guiglia.pdf).

Dati statistici sul contenzioso alla Corte Edu

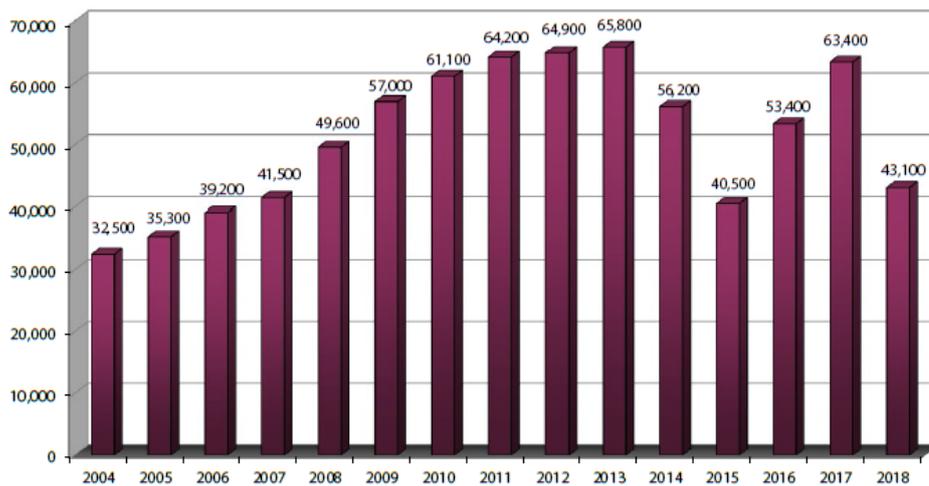
(materiali raccolti dai curatori)



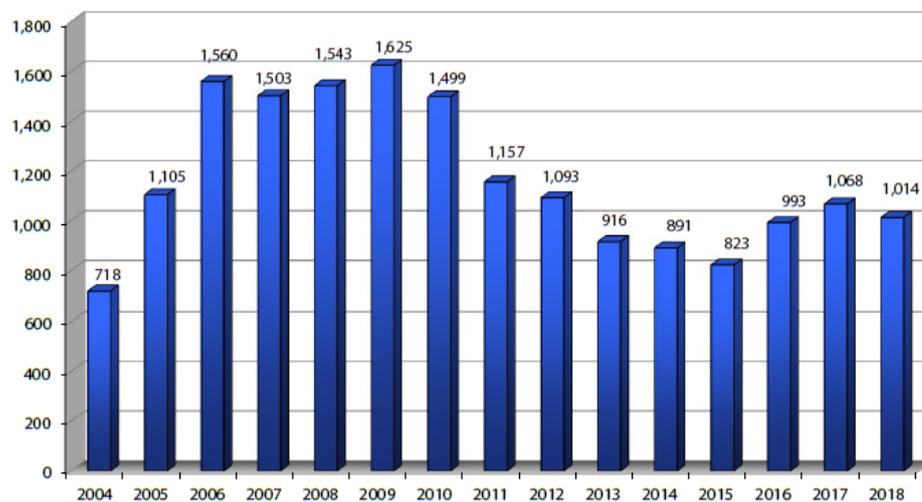
VIOLATIONS BY SUBJECT MATTER



ALLOCATED APPLICATIONS (2003-18)



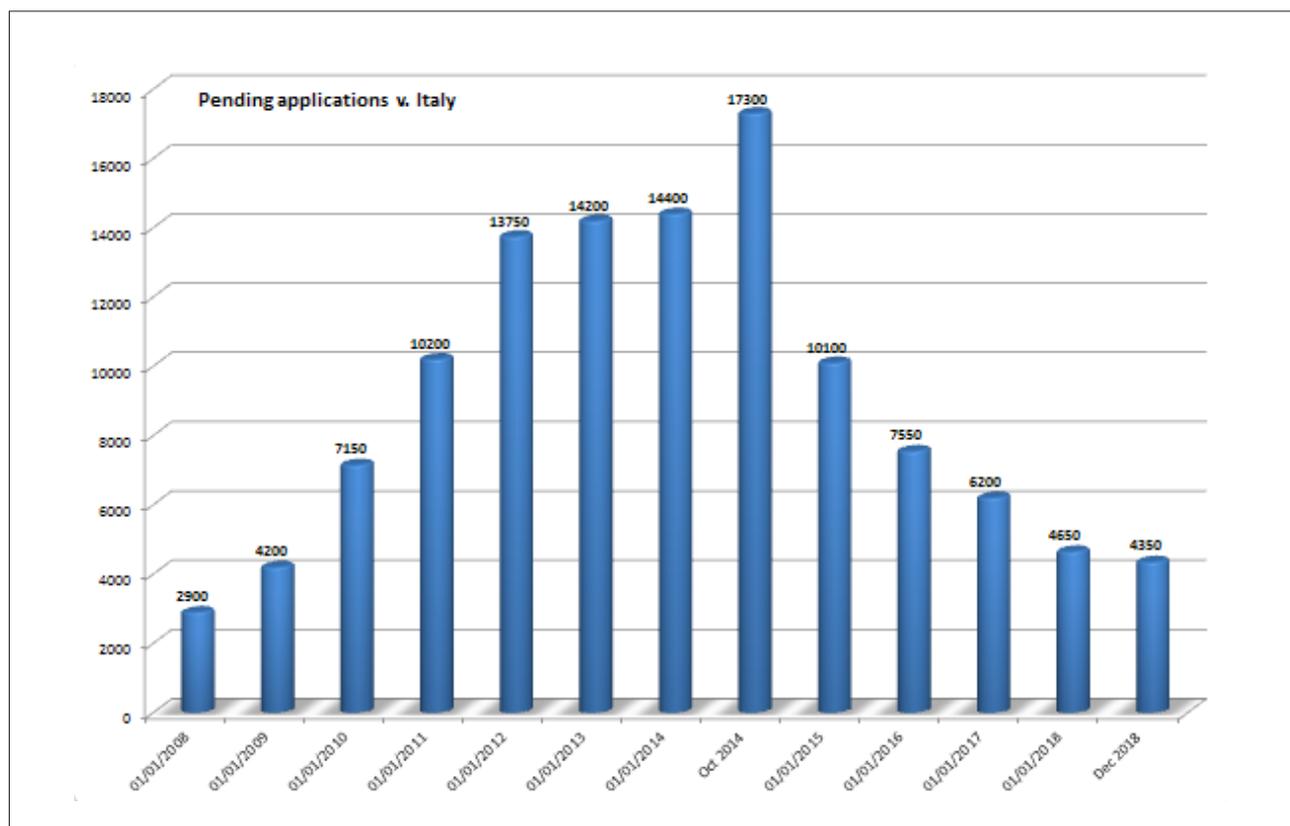
JUDGMENTS (2003-18) A judgment may concern more than one application.



ALLOCATED APPLICATIONS BY STATE AND BY POPULATION (2015-18)

State	Applications allocated to a judicial formation				Population (1,000)				Allocated/population (10,000)			
	2015	2016	2017	2018	1.1.2015	1.1.2016	1.1.2017	1.1.2018	2015	2016	2017	2018
Albania	147	146	95	99	2,892	2,886	2,886	2,870	0.51	0.51	0.33	0.34
Andorra	6	4	2	3	76	72	73	72	0.79	0.56	0.27	0.42
Armenia	122	753	356	167	3,017	2,999	2,986	2,973	0.40	2.51	1.19	0.56
Austria	261	236	228	239	8,576	8,690	8,773	8,822	0.30	0.27	0.26	0.27
Azerbaijan	268	331	679	313	9,593	9,706	9,810	9,898	0.28	0.34	0.69	0.32
Belgium	202	184	153	177	11,209	11,311	11,366	11,413	0.18	0.16	0.13	0.16
Bosnia and Herzegovina	908	1,030	866	898	3,825	3,516	3,510	3,502	2.37	2.93	2.47	2.56
Bulgaria	1,031	882	582	774	7,202	7,154	7,102	7,050	1.43	1.23	0.82	1.10
Croatia	812	764	723	669	4,225	4,191	4,154	4,105	1.92	1.82	1.74	1.63
Cyprus	32	33	31	52	847	848	855	864	0.38	0.39	0.36	0.60
Czech Republic	340	338	385	349	10,538	10,554	10,579	10,610	0.32	0.32	0.36	0.33
Denmark	44	47	58	37	5,660	5,707	5,749	5,781	0.08	0.08	0.10	0.06
Estonia	190	206	156	132	1,313	1,316	1,316	1,319	1.45	1.57	1.19	1.00
Finland	177	196	181	174	5,472	5,487	5,503	5,513	0.32	0.36	0.33	0.32
France	1,087	916	887	871	66,415	66,760	67,024	67,222	0.16	0.14	0.13	0.13
Georgia	80	74	89	99	4,490	3,720	3,718	3,730	0.18	0.20	0.24	0.27
Germany	789	676	586	489	81,198	82,176	82,800	82,850	0.10	0.08	0.07	0.06
Greece	457	337	422	420	10,858	10,784	10,757	10,739	0.42	0.31	0.39	0.39
Hungary	4,234	5,568	1,952	902	9,856	9,830	9,798	9,778	4.30	5.66	1.99	0.92
Iceland	10	21	27	24	329	333	338	348	0.30	0.72	0.80	0.69
Ireland	18	26	54	30	4,629	4,725	4,775	4,838	0.04	0.06	0.11	0.06
Italy	1,885	1,409	1,374	1,692	60,796	60,666	60,589	60,484	0.31	0.23	0.23	0.28
Latvia	244	255	275	259	1,986	1,969	1,950	1,934	1.23	1.30	1.41	1.34
Liechtenstein	13	10	9	9	37	38	38	38	3.51	2.63	2.37	2.37
Lithuania	376	405	401	438	2,921	2,889	2,848	2,809	1.29	1.40	1.41	1.56
Luxembourg	22	38	38	35	563	576	591	602	0.39	0.66	0.64	0.58
Malta	24	25	22	30	429	434	440	476	0.56	0.58	0.50	0.63
Republic of Moldova	1,011	834	758	814	3,555	3,553	3,553	3,547	2.84	2.35	2.13	2.29
Monaco	9	6	7	5	38	38	38	38	2.37	1.58	1.84	1.32
Montenegro	129	165	138	318	622	622	622	622	2.07	2.65	2.22	5.11
Netherlands	495	494	532	429	16,901	16,979	17,082	17,181	0.29	0.29	0.31	0.25
Norway	73	90	123	84	5,166	5,214	5,258	5,296	0.14	0.17	0.23	0.16
Poland	2,178	2,422	2,066	1,941	38,006	37,967	37,973	37,977	0.57	0.64	0.54	0.51
Portugal	233	152	197	149	10,375	10,341	10,310	10,291	0.22	0.15	0.19	0.14
Romania	4,604	8,192	6,509	3,369	19,871	19,760	19,638	19,524	2.32	4.15	3.31	1.73
Russia	6,003	5,587	7,957	12,148	143,667	143,667	143,667	143,667	0.42	0.39	0.55	0.85
San Marino	4	13	11	4	33	33	33	33	1.21	3.94	3.33	1.21
Serbia	1,235	1,330	1,431	2,128	7,114	7,076	7,040	7,001	1.74	1.88	2.03	3.04
Slovak Republic	353	309	425	390	5,421	5,426	5,435	5,443	0.65	0.57	0.78	0.72
Slovenia	213	239	374	274	2,063	2,064	2,066	2,067	1.03	1.16	1.81	1.33
Spain	552	627	669	592	46,450	46,440	46,529	46,659	0.12	0.14	0.14	0.13
Sweden	212	138	150	194	9,747	9,851	9,995	10,120	0.22	0.14	0.15	0.19
Switzerland	318	258	266	272	8,238	8,327	8,418	8,482	0.39	0.31	0.32	0.32
The former Yugoslav Republic of Macedonia	362	339	345	305	2,069	2,071	2,074	2,075	1.75	1.64	1.66	1.47
Turkey	2,212	8,303	25,978	6,717	77,696	78,741	79,815	80,810	0.28	1.05	3.25	0.83
Ukraine	6,007	8,644	4,387	3,207	45,246	45,246	45,246	45,246	1.33	1.91	0.97	0.71
United Kingdom	575	372	415	354	64,875	65,383	65,809	66,238	0.09	0.06	0.06	0.05
Total	40,557	53,427	63,369	43,075	826,105	828,136	830,929	832,957	0.49	0.65	0.76	0.52

The Council of Europe member States had a combined population of approximately 833 million inhabitants on 1 January 2018. The average number of applications allocated per 10,000 inhabitants was 0.52 in 2018. Sources 2014 and 2018: Internet sites of the Eurostat service ("Population and social conditions").



I giudici della Corte e le regole del loro rapporto di lavoro

(materiali raccolti dai curatori)

COMPOSITION OF THE COURT ¹

At 31 December 2018, in order of precedence

GUIDO RAIMONDI
Italy
President

ANGELIKA NUSSBERGER
Germany
Vice-President

LINOS-ALEXANDRE SICILIANOS
Greece
Vice-President

GANNA YUDKIVSKA
Ukraine
Section President

ROBERT SPANO
Iceland
Section President

VINCENT A. DE GAETANO
Malta
Section President

LEDI BIANKU
Albania

IŞIL KARAKAŞ
Turkey

JULIA LAFFRANQUE
Estonia

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
Portugal

HELEN KELLER
Switzerland

ANDRÉ POTOCKI
France

PAUL LEMMENS
Belgium

ALEŠ PEJCHAL
Czech Republic

KRZYSZTOF WOJTYCZEK
Poland

VALERIU GRÎȚCO
Republic of Moldova

FARIS VEHABOVIĆ
Bosnia and Herzegovina

KSENIJA TURKOVIĆ
Croatia

DMITRY DEDOV
Russian Federation

EGIDIJUS KŪRIS
Lithuania

IULIA ANTOANELLA MOTOC
Romania

JON FRIDRIK KJØLBRO
Denmark

Il 4 maggio 2019, il Presidente Guido Raimondi cesserà il suo mandato presso la Corte e il 5 maggio prenderà servizio Raffaele Sabato, nuovo giudice italiano.

BRANKO LUBARDA
Serbia

YONKO GROZEV
Bulgaria

SÍOFRA O'LEARY
Ireland

CARLO RANZONI
Liechtenstein

MĀRTIŅŠ MITS
Latvia

ARMEN HARUTYUNYAN
Armenia

STÉPHANIE MOUROUVIKSTRÖM
Monaco

GEORGES RAVARANI
Luxembourg

GABRIELE KUCSKOSTADLMAYER
Austria

PERE PASTOR VILANOVA
Andorra

ALENA POLÁČKOVÁ
Slovak Republic

PAULIINE KOSKELO
Finland

GEORGIOS SERGHIDES
Cyprus

MARKO BOŠNJAK
Slovenia

TIM EICKE
United Kingdom

LƏTIF HÜSEYNOV
Azerbaijan

JOVAN ILIEVSKI
The former Yugoslav
Republic of Macedonia

JOLIEN SCHUKKING
Netherlands

PÉTER PACZOLAY
Hungary

LADO CHANTURIA
Georgia

MARÍA ELÓSEGUI
Spain

IVANA JELIĆ
Montenegro

GILBERTO FELICI
San Marino

RODERICK LIDDELL, *Registrar*

THE PLENARY COURT

12 November 2018, from left to right



FRONT ROW

Paul Lemmens, Paulo Pinto de Albuquerque, İşıl Kara Kaş, Vincent A. De Gaetano, Ganna Yudkivska, Angelika Nußberger, Guido Raimondi, Linos-Alexandre Sicilianos, Robert Spano, Leif Blanku, Helen Keller, Andrzej Potocki, Aleš Pejchal

MIDDLE ROW

Françoise Elens-Passos, Gilberto Felici, Egidijus Kūris, Maria Ekseguī, Ksenija Turković, Alena Poláčková, Armen Harutyunyan, Valeriu Grițco, Boris Vebabović, Siofra O'Leary, Iulia Antoanella Motoc, Mārtiņš Mīts, Dmitry Dedov

BACK ROW

Roderick Liddell, Marko Bošnjak, Stéphanie Mourou-Mkström, Jovan Ilievski, Georgios Seighides, Pauline Koskela, Krzysztof Wojtyczek, Ivana Jelić, Péter Paczolay, Branko Lubarda, Joëlle Schukking, Latif Hüseyinov, Carlo Ranzoni, Yonko Grozev, Lado Chanturia, Jon Fridrik Kjølbro, Pere Pastor Vilanova, Gabriele Kusko-Stadlmayer, Georges Ravarani, Tim Eicke, Julia Laffranque absent

IL RAPPORTO DI LAVORO DEI GIUDICI DELLA CORTE

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS

Resolution Res(2004)50 on the status and conditions of service of judges of the European Court of Human Rights

*(Adopted by the Committee of Ministers
on 15 December 2004 at the 909th meeting
of the Ministers' Deputies)*

The Committee of Ministers, acting pursuant to Article 16 of the Statute of the Council of Europe,

Having regard to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed at Rome on 4 November 1950 ("the Convention");

Having regard to Protocol No. 11 to the Convention, restructuring the control machinery established thereby, signed at Strasbourg on 11 May 1994;

Having regard to the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe, signed at Paris on 2 September 1949;

Having regard to Resolution (97) 9 on the Status and Conditions of Service of Judges of the European Court of Human Rights to be set up under Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted on 10 September 1997;

Having regard to the proposals submitted by the previous Secretary General as they appear in document CM(2004)69 in pursuance to the decisions taken at the 784th (21 February 2002) and the 869th (21 January 2004) meetings of the Ministers' Deputies;

Having regard to the Resolution concerning the conditions of service of Judges adopted by the European Court of Human Rights at its 41st plenary administrative session on 12 May 2003;

Having regard to the recommendations of the Budget Committee at its May 2004 meeting (CM(2004)94),

Resolves as follows:

Article 1

Elected members of the Court shall enjoy the special status of "judges of the European Court of Human Rights" ("judges").

Article 2

In accordance with Article 51 of the European Convention on Human Rights ("the Convention"), judges and ad hoc judges appointed pursuant to Ar-

ticle 27, paragraph 2, of the Convention shall be entitled, during the exercise of their functions, to the privileges and immunities provided for in Article 40 of the Statute of the Council of Europe and in the agreements made thereunder, including in particular the Sixth Protocol to the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe.

Article 3

The conditions of service of judges and *ad hoc* judges shall be governed by the Regulations set out in Appendices I and II respectively to this Resolution.

The Regulations shall be implemented by the Secretary General of the Council of Europe, who, for this purpose, shall act in consultation with the President of the Court and may have regard to the rules applied concerning staff members of the Council of Europe.

Article 4

This Resolution repeals and replaces Resolution (97) 9 and shall enter into force on 1 January 2005.

The Secretary General may submit proposals for the revision of this Resolution to the Committee of Ministers within three years from its entry into force.

Appendix I to Resolution Res(2004)50: Regulations governing the conditions of service of judges

Article 1 - Annual salary

1. The all inclusive annual salary of judges, as holders of a full-time office, shall be € 198,349 payable in equal monthly instalments in advance.

2. Additional remuneration at the following annual rates shall be paid, on a pro rata temporis basis, to the following office-holders:

- the President of the Court: € 12,092.
- the Vice-Presidents of the Court and the Presidents of Sections: € 6,046.

3. The annual remuneration shall be adjusted in accordance with any adjustments made to salaries of Council of Europe staff of Grade A7 based in France.

Article 2 - Place of residence

Judges shall reside at or near the seat of the Court.

Article 3 - Leave

1. Holiday leave

The Court shall remain permanently in session. The duration of court vacations shall be determined

by the President of the Court with due regard to the needs of business. During such court vacations judges shall make themselves available as required. Judges may absent themselves from Strasbourg outside court vacations only exceptionally and with the President's authorisation.

2. Sick leave

Whenever judges are absent and unable to perform their duties for health reasons they shall inform the President of the Court and provide appropriate medical certificates to the Welfare Office of the Council of Europe.

Judges who are absent on account of illness shall receive from the Council of Europe:

- for the first three days: their full salary;
- thereafter and for a period of eighty-seven days: 90% of their salary;
- thereafter and for a period of ninety days: one-half of their salary.

At the end of the said period of ninety days, judges shall no longer be remunerated by the Council of Europe.

Article 4 - Payment of expenses by the Council of Europe

1. The Council of Europe shall pay:

- (a) the travel and subsistence expenses of a judge on an official journey;
- (b) travel, subsistence and removal expenses incurred by judges and their household (spouse and children) when taking up or on termination of their duties.

2. On the death of a judge during his or her term of office, the Council of Europe shall defray:

- (a) the cost of transporting the body of the judge from the place of death to the place of funeral;
- (b) the cost of transporting the deceased judge's personal belongings;
- (c) the travel costs of the survivors who were dependent on the judge and were part of the judge's household.

3. The rules issued by the Secretary General of the Council of Europe applicable to payment of expenses to staff members of the Council of Europe shall apply to judges, save that the amounts payable in respect of travel and subsistence expenses shall be governed by

the rules issued by the Secretary General applicable to the reimbursement of the expenses of members of the Parliamentary Assembly and Ministers' Deputies when travelling at the charge of the Council of Europe.

Article 5 - Social protection

1. Judges are required to ensure that they have arranged, at their own expense, for adequate insurance cover of the following risks, for the full period of their terms of office:

- temporary incapacity to work due to illness or accident - the cover must be such as to replace the loss of salary indicated under Article 3, paragraph ii above;
- costs of health care, including maternity expenses, for themselves and their dependants;
- permanent incapacity to work due to an illness or an accident;
- death.

Judges are also required to provide, at their own expense, for their retirement or pension benefits as regards the period of their terms of office.

2. Judges shall provide the Council of Europe at the beginning of each year with proof that they have adequate coverage of the risks listed above. The Council of Europe will make available proposals for an insurance policy which covers the risks, the full premium to be paid by judges.

Appendix II to Resolution Res(2004)50: Regulations governing the conditions of service of ad hoc judges

1. For each day on which they exercise their functions *ad hoc* judges shall receive an allowance of an amount equal to 1/365th of the annual salary payable to judges of the Court by virtue of Article 1, paragraph 1, of Appendix I above. The allowance shall be free of all taxation.

2. The Council of Europe shall also reimburse to *ad hoc* judges travel and subsistence expenses incurred by them in connection with the performance of their functions. The rules issued by the Secretary General of the Council of Europe applicable to the reimbursement of the expenses of members of the Parliamentary Assembly and Ministers' Deputies when travelling at the charge of the Council of Europe shall apply.

**Resolution CM/Res(2009)5
on the status and conditions of service of
judges of the European Court of Human
Rights and of the Commissioner for Human
Rights**

*(Adopted by the Committee of Ministers
on 23 September 2009
at the 1066th meeting of the Ministers' Deputies)¹*

The Committee of Ministers, acting pursuant to Article 16 of the Statute of the Council of Europe,

Having regard to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed in Rome on 4 November 1950 ("the Convention");

Having regard to the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe, signed in Paris on 2 September 1949;

Having regard to Resolution Res(2004)50 on the status and conditions of service of judges of the European Court of Human Rights ("the Court"), adopted on 15 December 2004;

Having regard to the actuarial study²;

On a proposal of the Secretary General,

Resolves as follows:

Article 1 – Status

Elected members of the Court shall enjoy the special status of "judges of the European Court of Human Rights" ("judges").

Article 2 – Privileges and immunities

In accordance with Article 51 of the Convention, judges and ad hoc judges appointed pursuant to Article 27, paragraph 2³, of the Convention shall be entitled, during the exercise of their functions, to the privileges and immunities provided for in Article 40 of the Statute of the Council of Europe and in the agreements made thereunder, including in particular the Sixth Protocol to the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe.

Article 3 – Remuneration

1. The basic salary of judges shall be equal to step 6 of the grade A7 pay scale for Council of Europe staff members based in France. It shall be adjusted in ac-

cordance with any adjustments made to salaries of staff members based in France. Judges shall be paid at the end of each month⁴.

2. Each judge shall also receive a displacement allowance equal to 12.5% of basic salary.

3. Additional remuneration at the following annual rates shall be paid, on a *pro rata temporis* basis, to the following office-holders:

- the President of the Court: € 13 885

- the Vice-Presidents of the Court and the Presidents of Sections: € 6 942.

These amounts shall be adjusted annually by applying the rate used for the adjustment in Article 3.1.

4. The judges shall not be entitled to any of the allowances/indemnities provided for in the Staff Regulations.

**Article 4 – Payment of expenses
by the Council of Europe**

1. The Council of Europe shall pay:

(a) the travel and subsistence expenses of a judge on an official journey;

(b) travel, subsistence and removal expenses incurred by judges and their household when taking up or on termination of their duties, according to the rules applying to staff members.

2. On the death of a judge during his or her term of office, the Council of Europe shall defray, according to the rules applying to staff members:

(a) the cost of transporting the body of the judge from the place of death to the place of funeral;

(b) the cost of transporting the deceased judge's personal belongings;

(c) the travel costs of the survivors who were dependent on the judge and were part of the judge's household.

3. The rules issued by the Secretary General of the Council of Europe applicable to payment of expenses to staff members of the Council of Europe shall apply to judges, save that the amounts payable in respect of travel and subsistence expenses shall be governed by the rules issued by the Secretary General applicable to the reimbursement of Ministers' Deputies when travelling at the charge of the Council of Europe.

1. As amended by Resolution CM/Res(2013)4 on 27 March 2013 at the 1166th meeting of the Ministers' Deputies, with effect from 1 April 2013 and Resolution CM/Res(2015)5 on 15 April 2015 at the 1225th meeting of the Ministers' Deputies, with effect from 1 May 2015.

2. Study dated 19 December 2007 prepared by the Joint Pensions Administrative Section (JPAS) and the JPAS Memorandum dated 21 August 2009, contained in DD(2009)449.

3. Following the entry into force of Protocol 14 to the Convention on 1 June 2010, Article 27 of the Convention became Article 26 and the reference should read: "... and ad hoc judges appointed pursuant to Article 26, paragraph 4,..."

4. As amended by Resolution CM/Res(2013)4.

Article 5 – Place of residence

Judges shall reside at or near the seat of the Court.

Article 6 – Medical examination

Judges, when taking up their duties, shall undergo the medical examination that staff members undergo as part of their appointment process. Where the medical examination shows a judge to be suffering from an illness or disablement, the Council of Europe may decide that, as regards risks arising from an illness or disablement existing before s/he took up his or her duties, the said judge shall not be entitled to the invalidity or death benefits provided for in the applicable pension scheme⁵ until the expiry of a period not exceeding five years from the date of his or her taking up his or her duties.

Article 7 – Annual leave

The Court shall remain permanently in session. The duration of court vacations shall be determined by the President of the Court with due regard to the needs of business. During such court vacations, judges shall make themselves available as required. Judges may absent themselves from Strasbourg outside court vacations only exceptionally and with the President's authorisation.

Article 8 – Sick leave

Whenever judges are absent and unable to perform their duties for health reasons, they shall inform the President of the Court and provide appropriate medical certificates to the Directorate of Human Resources of the Directorate General of Administration and Logistics.

Article 9 – Maternity, paternity and adoption leave

Judges shall be entitled to the same maternity, paternity and adoption leave as staff members. Pregnancies, births and adoptions shall be notified to the Directorate of Human Resources.

Article 10 – Pension

1. On the date on which they take up office, judges shall decide whether or not to adhere to the pension scheme applicable to newly appointed staff members of the Council of Europe at that time. This decision shall be irrevocable.⁶

2. Judges who have opted to be affiliated to the applicable pension scheme shall benefit from the latter subject to any adjustments rendered necessary by their particular status and conditions of service, and in particular subject to the following modifications:⁷

(i) Judges with fewer than five years' reckonable service at the Court shall be entitled to a leaving allowance. Judges with at least five but fewer than ten years of reckonable service shall be able to choose between a leaving allowance and a retirement pension. Judges who have ten or more years of reckonable service shall only be entitled to a retirement pension⁸;

(ii) *Deleted*⁹.

(iii) In the case of judges, the salary for the purposes of the applicable pension scheme¹⁰ shall be the monthly basic salary of the judge, according to the scales in force in the Organisation at the time when the pension is assessed, and updated in accordance with the provisions of Article 36, and the judge's displacement allowance; the President's, Vice Presidents' and Section Presidents' additional remuneration is not to be taken into account;

(iv) Chapter VI as well as Article 33 with the exception of its first paragraph¹¹ of the applicable pension scheme¹² shall not apply to judges;

(v) The survivor's pension shall be 60% of the pension the judge would have received had s/he reached the end of his or her mandate and the reversion pension shall be 60% of the judge's pension. The minimum amounts provided for in the applicable pension scheme¹³ shall not be applicable;

(vi) The invalidity pension shall be equal to the pension the judge would have received had s/he reached the end of his or her mandate.

5. As amended by Resolution CM/Res(2013)4.

6. As amended by Resolution CM/Res(2015)5.

7. As amended by Resolution CM/Res(2015)5.

8. As amended by Resolution CM/Res(2013)4.

9. Deleted by Resolution CM/Res(2013)4.

10. As amended by Resolution CM/Res(2013)4.

11. As amended by Resolution CM/Res(2013)4.

12. As amended by Resolution CM/Res(2013)4.

13. As amended by Resolution CM/Res(2013)4.

3. The age at which judges affiliated to New Pension Scheme “NPS” (Appendix V bis to the Staff Regulations) become entitled to a retirement pension, without reduction due to early departure, shall be:

- 63 years for those having reached the age of 55 on 1 January 2013;
- 63 years and 6 months for those aged between 50 and 55, without having reached their 55th birthday, on 1 January 2013;
- 64 years for those aged between 45 and 50, without having reached their 50th birthday, on 1 January 2013;
- 64 years and 6 months for those aged between 40 and 45, without having reached their 45th birthday, on 1 January 2013;
- 65 years for those who have not reached the age of 40 on 1 January 2013.¹⁴

4. Judges who have opted not to affiliate themselves to the Council of Europe pension scheme that would be applicable to them at the time of their appointment shall declare in writing to which national and/or other pension schemes they are affiliated, following which they shall, during their term of office, be entitled to a monthly payment corresponding to the amount of the employer’s contribution to the respective Council of Europe’s pension scheme in conformity with the applicable contribution ratio and the staff contribution rate in force.¹⁵

Article 11 – Medical and social insurance

Judges shall be affiliated to the Council of Europe Medical and Social Insurance Scheme. Appendix XII to the Staff Regulations shall apply to them with the proviso that:¹⁶

(i) the capital sum paid in the event of death shall be reduced as follows in the case of judges who die in service following their 65th birthday: by 10% when a judge dies before turning 66, by 20% when a judge dies before turning 67, by 30% when a judge dies before turning 68, by 40% when a judge dies before turning 69 and by 50% when a judge dies before turning 70. No capital sum shall be paid in the case of judges who die in service following their 70th birthday;

(ii) as regards judges who are not affiliated to a Council of Europe pension scheme, the Invalidity Board referred to in Article 13, paragraph 2, of the

Council of Europe pension schemes (Appendix V bis and V ter to the Staff Regulations) shall be competent, *mutatis mutandis*, to recognise whether the conditions for the entitlement to payment of a capital sum in cases of total, permanent disability pursuant to Article 12, paragraphs 1 and 2, of Appendix XII to the Staff Regulations are met.

Article 12 – Ad hoc judges

1. For each day on which they exercise their functions, ad hoc judges shall receive an allowance of an amount equal to 1/365th of the annual basic salary of judges of the Court provided for in Article 3 § 1 above. The allowance shall be free of all taxation.

2. The Council of Europe shall also reimburse to ad hoc judges travel and subsistence expenses incurred by them in connection with the performance of their functions, according to the rules applying to staff members. The rules applicable to the reimbursement of the expenses of Ministers’ Deputies when travelling at the charge of the Council of Europe shall apply.

3. Ad hoc judges shall not benefit from any social or medical cover provided by the Council of Europe.

Article 13 – Council of Europe Commissioner of Human Rights (“the Commissioner”)

The Commissioner shall enjoy a special status which shall be the same as that of an elected judge. The above provisions shall apply to him or her.

Article 14 - Amendments¹⁷

1. The Court and the Commissioner for Human Rights shall be consulted before making any amendment to their status and conditions of service.

2. The Secretary General may submit proposals for the revision of this resolution to the Committee of Ministers, following consultation of the Court and of the Commissioner for Human Rights, who may also propose amendments to this resolution.

Article 15 – Entry into force and transitional provisions¹⁸

1. This resolution shall enter into force on the first day of the month following its adoption.

2. The conditions of service of judges in office on the date of entry into force of this resolution shall be

14. As amended by Resolution CM/Res(2013)4.

15. As amended by Resolution CM/Res(2015)5.

16. As amended by Resolution CM/Res(2015)5.

17. As amended by Resolution CM/Res(2013)4.

18. As amended by Resolution CM/Res(2013)4.

those contained in Resolution Res(2004)50. However, the conditions of service contained in this resolution shall be applied to any such judge upon his or her request.

3. Judges in office on the date of entry into force of this resolution who have decided to be covered by it shall be able to have all or part of their years of service as judges recognised as reckonable years of service under the New Pension Scheme by paying 2.5 times the staff contribution for the period they wish to validate. Their rights shall be calculated on

the basis of the first basic salary and the displacement allowance which they shall be paid under this resolution.

4. The conditions of service of the Council of Europe Commissioner of Human Rights in office on the date of the entry into force of this resolution shall be those contained in Decision 668/11.2b of 27 April 1999 of the Ministers' Deputies. However, the conditions of service contained in the present resolution can be applied to him following the modalities of paragraphs 2 and 3.

La procedura di elezione dei giudici della Corte Edu

di *Daniela Cardamone*

«Una magistratura indipendente è indispensabile per la protezione dei diritti umani e le libertà fondamentali. Al fine di assicurare che la Corte Edu continui a ispirare fiducia, è essenziale che anche il procedimento mediante il quale i giudici sono selezionati e nominati ispiri fiducia. L'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa insiste affinché la procedura di nomina rifletta i principi di democraticità della procedura, dello Stato di diritto, della non discriminazione, dell'affidabilità e della trasparenza» (Raccomandazione APCE n. 1649 (2004) «on Candidates for the ECHR»).

1. Il processo di elaborazione della procedura per la elezione dei giudici

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) fissa i principi di carattere generale per quanto riguarda le condizioni di esercizio delle funzioni da parte dei giudici e i requisiti essenziali che gli stessi devono possedere per esercitare il mandato. In particolare, essa prevede che i giudici siano in numero pari a quello degli Stati contraenti (art. 20 Cedu), che devono godere della più alta considerazione morale e possedere i requisiti richiesti per l'esercizio delle più alte funzioni giudiziarie o essere giureconsulti di riconosciuta competenza (art. 21 Cedu); è previsto, inoltre, che essi siedano alla Corte a titolo individuale e che, durante tutta la durata del loro mandato, non possano esercitare attività incompatibile con le esigenze di indipendenza, imparzialità o disponibilità richieste da un'attività eseguita a tempo pieno (art. 22 Cedu). Per quanto riguarda la procedura di elezione, la Convenzione prevede unicamente che essi siano eletti dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (APCE) in relazione a ciascuna Alta Parte Contraente, a maggioranza dei voti espressi, sulla base di una lista di tre candidati presentati da quest'ultima (art. 22

Cedu). La nomina dei giudici della Corte Edu si articola, quindi, in due fasi: la prima è finalizzata all'individuazione, da parte dello Stato membro, di una lista di tre candidati; la seconda è quella dell'elezione, da parte dell'APCE, del nuovo giudice nell'ambito della terna proposta.

La disciplina dettagliata della procedura di elezione dei giudici della Corte di Strasburgo è, invece, il frutto di un lungo processo di elaborazione iniziato in occasione dell'entrata in vigore, nel 1998, del Protocollo n. 11, che ha profondamente riformato la Corte, prevedendo la fusione di quest'ultima e della Commissione europea dei diritti dell'uomo in un unico organo composto da giudici che siedono in maniera permanente a Strasburgo.

Un'altra importante riforma è rappresentata dall'entrata in vigore del Protocollo n. 14 nel 2010, che ha allungato la durata del mandato (da sei a nove anni) e l'ha reso non rinnovabile; dunque, attualmente i giudici della Corte Edu esercitano le funzioni per nove anni senza possibilità di rinnovo¹. Quest'ultima modifica ha costituito un'importante concessione degli Stati membri, che hanno accettato un'ulteriore limitazione della loro sovranità a vantaggio della tutela dell'indipendenza della Corte, i cui giudici possono così esercitare il loro mandato senza temere di

1. Art. 23, par. 1, Cedu, come modificato dall'art. 2 Protocollo n. 14.

non essere più proposti per la rielezione². Al tempo stesso, il mandato più lungo e non rinnovabile ha ulteriormente accresciuto l'importanza delle procedure di selezione e di nomina, le quali, in assenza di meccanismi di controllo e di responsabilità, costituiscono un essenziale strumento di garanzia della professionalità e dell'indipendenza dei giudici³. Un'adeguata procedura di selezione, fondata su criteri oggettivi e trasparenti, deve garantire la nomina di giudici che posseggano le competenze necessarie per assolvere al loro mandato e che siano in grado di ispirare fiducia nel sistema della Cedu⁴.

È apparso chiaro, dunque, a tutte le istituzioni coinvolte che la procedura di selezione dei giudici ha un impatto diretto sulla loro indipendenza e imparzialità, e che le procedure di nomina devono essere conformi agli *standard* internazionali a garanzia dell'indipendenza delle autorità giurisdizionali, che la stessa Corte Edu propugna.

In una prima fase, l'Assemblea parlamentare ha curato la propria procedura di elezione dei giudici nell'intento di dare piena attuazione al dettato convenzionale; sin dalle prime elezioni, quindi, ha introdotto un modello di *curriculum vitae* per gli aspiranti giudici, al fine di agevolare la comparazione tra i candidati proposti dagli Stati, e ha introdotto la pratica delle interviste, finalizzate a un'approfondita valutazione delle competenze, anche linguistiche, degli stessi⁵.

Dopo le prime tornate elettorali (gennaio 1998, aprile 1998 e giugno 1999), l'Assemblea parlamentare prendeva atto che le procedure di individuazione della terna dei candidati a livello nazionale non erano sempre soddisfacenti perché i sistemi di selezione variavano molto da Stato a Stato, le procedure di selezione non erano sempre trasparenti e, nella maggior parte dei casi, non erano disciplinate da regole precise. Al-

tri elementi di criticità venivano individuati nel fatto che, spesso, non era inclusa nella terna neanche una candidata donna e che gli aspiranti giudici individuati dagli Stati non sempre avevano tutti i requisiti fissati dalla Convenzione. Nel 1999, l'APCE raccomandava, quindi, agli Stati di pubblicare un interpello mediante la stampa specializzata, di assicurare che i candidati avessero esperienza nei diritti umani, di selezionare candidati di entrambi i generi, di assicurare che gli stessi conoscessero bene almeno una delle lingue di lavoro e che le procedure di selezione dei migliori candidati a livello nazionale fossero trasparenti⁶.

Nel 2004, l'APCE si occupava ancora della procedura di selezione a livello nazionale e raccomandava, quindi, agli Stati di predisporre delle procedure di nomina che fossero ispirate ai principi di democraticità, trasparenza, non-discriminazione e affidabilità⁷.

Un'attenzione particolare era dedicata alla questione dell'equilibrio di genere, essendosi constatato, ancora una volta, che il genere femminile era sottorappresentato nell'ambito dei giudici della Corte Edu. Dopo successive rielaborazioni della disciplina, al fine di assicurare al contempo l'equilibrio di genere e la preparazione dei candidati, attualmente è previsto che una lista contenente candidati di un solo genere può essere presa in considerazione dall'APCE solo qualora essi appartengano a un genere sottorappresentato nella Corte (inferiore al 40% dei giudici) o ricorrano circostanze eccezionali per derogare alla regola generale, che impone che la terna contenga candidati di entrambi i sessi⁸. Tali circostanze eccezionali sono integrate quando lo Stato membro ha compiuto tutti i passi necessari e utili al fine di assicurare che la lista contenga candidati di entrambi i generi, che siano dotati di tutti i requisiti richiesti dall'art. 21 Cedu⁹.

Nel 2008, la situazione presentava ancora delle criticità, come evidenziato nel *Report* redatto dal

2. J. Dunoff e M. Pollack, *The Judicial Trilemma*, in *American journal of international law*, vol. 111, n. 2/2017, pp. 225-276, disponibile online (<https://doi.org/10.1017/ajil.2017.23>).

3. E. Voeten, *International Judicial Independence*, paper del 30 settembre, disponibile online (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1936132; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1936132>); A. Føllesdal, *Independent yet accountable: stress test lessons for the European Court of Human Rights*, in *Maastricht journal of european and comparative law*, vol. 24, n. 4/2017, pp. 484-510.

4. J. Limbach (a cura di), *Judicial independence: law and practice of appointments to the European Court of Human Rights*, Interights, Londra, 2003.

5. Il modello di *curriculum* è allegato alla risoluzione n. 1646 (2009); il primo modello di cv è stato introdotto in occasione delle prime elezioni con la risoluzione n. 1082 (1996) «on Procedures for examining candidatures for the election of judges to the European Court of Human Rights».

6. Raccomandazione n. 1429 (1999) «on National procedures for nominating candidates for election to the ECHR»; direttiva n. 558 (1999).

7. Raccomandazione n. 1649 (2004) «on Candidates for the ECHR». Si veda anche la risoluzione n. 1366 (2004).

8. La risoluzione n. 1366 (2004) veniva successivamente modificata dalle risoluzioni nn. 1426 (2005), 1627 (2008), 1841 (2011) e 2002 (2014).

9. Risoluzione n. 1366 (2004), par. 4

Comitato per gli affari giuridici e i diritti umani¹⁰, nel quale si evidenziava che le procedure di selezione adottate dagli Stati non sempre rispettavano i criteri indicati dall'APCE nel 2004; i punti maggiormente critici erano individuati nella perdurante assenza, in molti Stati membri, della pubblicazione di un interpello sulla stampa specializzata, nella presenza di procedure le cui regole di svolgimento non erano formalmente disciplinate, che non comportavano una adeguata valutazione delle competenze linguistiche dei candidati e che non prevedevano il coinvolgimento della società civile né di un organo indipendente chiamato a valutare le candidature da sottoporre all'Assemblea parlamentare.

L'APCE, sulla base delle risultanze del suddetto *Report*, con la risoluzione n. 1646 (2009)¹¹ ribadiva le raccomandazioni fatte agli Stati nel 2004 e stabiliva che, in aggiunta ai requisiti di cui all'art. 21 Cedu, nel selezionare i candidati gli Stati membri devono rispettare determinati requisiti: (1) devono procedere a un interpello pubblico; (2) nel sottoporre la terna di nomi all'APCE, devono illustrare i criteri con i quali la selezione è avvenuta; (3) la terna dei nomi deve essere trasmessa in ordine alfabetico; (4) i candidati devono possedere una conoscenza attiva di una delle due lingue di lavoro e una conoscenza almeno passiva dell'altra lingua ufficiale del Consiglio d'Europa; (5) ove possibile, non dovrebbero essere sottoposti candidati la cui elezione potrebbe comportare la necessità di nominare un giudice *ad hoc*¹².

La risoluzione ha affermato, inoltre, che l'Assemblea parlamentare rigetterà la terna dei candidati proposta da uno Stato membro qualora essa non consenta una «vera scelta» tra i tre candidati o quando la procedura di selezione a livello nazionale non sia stata trasparente ed equa.

In modo esplicito, la risoluzione ha invitato fermamente gli Stati che non abbiano ancora provveduto in tal senso a istituire, senza ritardo, appropriate procedure di selezione al fine di assicurare che l'autorità e la credibilità della Corte non siano compro-

messe da procedure di nomina dei candidati «politicizzate e *ad hoc*». L'APCE ha invitato, infine, i governi ad assicurare che gli organi deputati alla selezione dei candidati siano essi stessi quanto più equilibrati possibile con riferimento al genere.

Un'altra tappa importante è stata quella che, nel 2010, ha visto l'istituzione del «Comitato consultivo di esperti» da parte del Comitato dei ministri¹³ (*Advisory Panel*), la cui funzione è quella di fornire una consulenza qualificata agli Stati sulla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 21 Cedu, prima che questi trasmettano la terna dei candidati all'APCE. Gli Stati membri sono tenuti, pertanto, a trasmettere a tale Comitato la terna dei nomi almeno tre mesi prima della scadenza del termine per la sottoposizione della lista dei candidati stessi all'APCE.

Nel 2012, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha adottato le «Linee guida sulla selezione dei candidati a giudice della Corte di Strasburgo»¹⁴ le quali recepiscono, in larga parte, il contenuto delle risoluzioni e delle raccomandazioni dell'APCE e che, attualmente, costituiscono il testo base di riferimento per le procedure di selezione a livello nazionale.

Uno specifico criterio dettato in queste linee guida, tratto dalla Dichiarazione di Interlaken¹⁵, è che i giudici della Corte Edu, essendo chiamati a verificare l'adempimento, da parte delle autorità interne, dell'obbligo di implementazione del diritto della Convenzione, posseggano una conoscenza del diritto nazionale oltre che internazionale e che, preferibilmente, abbiano una pregressa esperienza giuridica pratica. Quanto all'età, essi dovrebbero, in linea di principio, assicurare lo svolgimento del loro mandato per almeno la metà del termine di nove anni previsto, entro il raggiungimento del tetto limite dei settant'anni.

Per quanto riguarda il requisito dell'equilibrio di genere, le linee guida recepiscono il contenuto delle risoluzioni dell'APCE¹⁶ e indicano che le liste degli aspiranti giudici dovrebbero contenere almeno un candidato di genere diverso, a meno che il genere dei

10. Vds. DOC. 11767, 1° dicembre 2008, *rapporteur*: C. Chope.

11. Risoluzione n. 1646 (2009) «on Nomination of candidates and election of judges to the ECHR».

12. Circostanza che si verifica nei casi di astensione del giudice. Sui profili critici della questione si veda, tra gli altri, il *Report* del Comitato per gli affari giuridici e i diritti umani, *Ad hoc judges at the European Court of Human Rights*, AS/Jur (2011) 36, 19 ottobre 2011, *rapporteur*: M.-L. Bemelmans-Videc (www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2011/ajdoc36_2011.pdf).

13. Comitato dei ministri, risoluzione (2010)26 «on the Establishment of an Advisory panel of experts on candidates for election ad judge to the European Court of Human Rights».

14. Linee guida del Comitato dei ministri sulla selezione dei candidati a giudice della Corte Edu adottate dal Comitato dei ministri il 28 marzo 2012 [CM(2012)40-final].

15. Dichiarazione di Interlaken, 19 febbraio 2010, par. 8.a.

16. Le linee guida sul punto fanno riferimento alla raccomandazione dell'APCE n. 1649 (2004) e alle risoluzioni nn. 1426 (2005), 1627 (2008) e 1841 (2011).

candidati nella lista sia sottorappresentato nella Corte (cioè sia al di sotto del 40% dei giudici) o ricorrano circostanze eccezionali per derogare a questa regola.

Specifiche linee guida riguardano, inoltre, la procedura a livello nazionale, la quale, in sintesi, deve rispettare i seguenti requisiti: (1) deve essere trasparente e predeterminata in base a un'apposita codificazione o a una prassi amministrativa consolidata; (2) deve essere preceduta da un pubblico interpellato per la raccolta delle candidature, per la presentazione delle quali deve essere previsto un congruo termine; (3) l'organo responsabile per indicare i candidati da selezionare deve essere composto da membri dotati di competenze specifiche e che agiscano al di fuori da ogni indebita interferenza; (4) i candidati più competenti dovrebbero essere intervistati in base a uno schema predeterminato e, durante le interviste, si dovrebbero anche verificare le competenze linguistiche.

Gli Stati sono, inoltre, chiamati a trasmettere la lista dei tre candidati prescelti all'APCE solo dopo aver ottenuto il parere del Comitato consultivo (*Advisory Panel*), nonché a rendere nota a quest'ultimo la procedura di selezione seguita per l'individuazione della terna.

Nel 2015, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha istituito il Comitato per la elezione dei giudici (*Committee on the election of judges*), un organo dedicato all'elezione dei giudici con il compito di fare le interviste ai candidati presentati dagli Stati membri e di esprimere un parere all'Assemblea¹⁷. Il Comitato per la elezione dei giudici è composto di ventidue membri (venti posti, oltre ai presidenti del Comitato per gli affari giuridici e i diritti umani e del Comitato per l'uguaglianza e la non discriminazione, che sono membri di diritto). I membri sono nominati dai gruppi politici dell'Assemblea parlamentare, in proporzione alla loro forza nell'ambito dell'Assemblea stessa.

La procedura di selezione a livello nazionale è stata oggetto di attenzione anche da parte di altri organi intergovernativi del Consiglio d'Europa. Nel 2016 i viceministri hanno dato mandato al Comitato direttivo per i diritti dell'uomo (*Steering Committee for*

Human Rights - CDDH) di esaminare la procedura di selezione e di elezione dei giudici della Corte di Strasburgo. Nell'aprile 2016, il CDDH ha istituito un Comitato di esperti sul sistema della Corte europea dei diritti dell'uomo (DH-SYSC) che, nel novembre 2017, ha adottato un *Report* sulla selezione e sull'elezione di giudici¹⁸. Tale *Report* analizza gli aspetti delle procedure di selezione a livello nazionale e dell'elezione, le condizioni di impiego dei giudici della Corte Edu e dei giudici *ad hoc*, e ribadisce che le linee guida del Comitato dei ministri del 2012 costituiscono ancora il testo base di riferimento per le procedure di selezione a livello nazionale.

Anche la Conferenza di Copenaghen del 2018 ha fatto riferimento ai progressi compiuti nel miglioramento della procedura di selezione ed elezione di giudici, affermando che ulteriori miglioramenti possono essere messi in campo mediante una maggiore cooperazione tra i vari soggetti coinvolti (Stati membri, Comitato dei ministri, Assemblea parlamentare, Comitato consultivo di esperti)¹⁹.

2. La procedura per la elezione dei giudici

Le risoluzioni e le raccomandazioni dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa si fondano sul presupposto che la procedura di selezione dei giudici ha un impatto diretto sulla loro indipendenza e imparzialità, e che le procedure di nomina devono garantire l'individuazione dei migliori candidati al fine di assicurare che la Corte Edu continui a ispirare fiducia.

Lo Stato membro, nella fase di selezione della lista dei tre candidati, è coadiuvato dal Comitato consultivo di esperti (*Advisory Panel of experts*), istituito dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa²⁰, mentre l'Assemblea parlamentare è assistita dal Comitato per la elezione dei giudici (*Committee on the election of judges*)²¹ che studia i *curricula*, intervista i candidati e redige una relazione su ciascun candidato, includendo le sue raccomandazioni.

17. Risoluzione n. 2002 (2014), «on the Evaluation of the implementation of the reform of the Parliamentary Assembly». Si vedano le Regole di procedura dell'Assemblea dell'aprile 2018, pp. 134-136 e 166-170. Il Comitato è attivo dal 26 gennaio 2015; in passato, le interviste erano prerogativa di un sub-comitato del Comitato per gli affari giuridici e dei diritti umani dell'Assemblea parlamentare.

18. *Report on the process of selection and election of judges of the European Court of Human Rights - CDDH*, (2017) R88addI, 11 dicembre 2017.

19. Si veda la Dichiarazione di Copenaghen dell'aprile 2018; in particolare il par. 62, in cui si fa riferimento alle raccomandazioni contenute nel Report citato da ultimo citato.

20. Comitato dei ministri, risoluzione (2010)26 «on the Establishment of an Advisory panel of experts on candidates for election ad judge to the European Court of Human Rights».

21. Risoluzione n. 2002 (2014), «on the Evaluation of the implementation of the reform of the Parliamentary Assembly».

2.1. La procedura di selezione da parte dello Stato membro, con l'assistenza del Comitato consultivo di esperti (*Advisory Panel of experts*)

La procedura di selezione è avviata mediante una comunicazione con la quale il segretario generale dell'Assemblea parlamentare invita le autorità nazionali a sottomettere una lista di candidati entro una determinata data, pari all'incirca a un anno prima della data prevista per l'elezione.

La procedura a livello nazionale riveste un'importanza cruciale, perché sarà nell'ambito della terna proposta dal governo dello Stato membro che l'Assemblea parlamentare sarà chiamata a eleggere il nuovo giudice.

Come già detto, in questa fase di preselezione dei tre migliori candidati, lo Stato membro è coadiuvato da un Comitato consultivo di esperti (*Advisory Panel of experts*), istituito nel 2010 dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, con il compito di fornire una consulenza ai governi sulla terna dei nomi individuata a seguito della selezione a livello nazionale. A tal fine, i governi sono invitati a presentare al Comitato consultivo i *curricula* dei candidati che hanno intenzione di presentare all'Assemblea almeno tre mesi prima. All'esito di una procedura di valutazione, il Comitato consultivo esprime un parere non vincolante in merito ai candidati selezionati dal governo.

2.2. Procedura di elezione da parte dell'Assemblea parlamentare

Una volta che la lista di tre nomi è stata trasmessa all'Assemblea parlamentare, la stessa è pubblicata sul suo sito *internet*. In questa fase, le candidature vengono previamente valutate dal Comitato per la elezione dei giudici²² che, come già detto, effettua le interviste dei candidati prima della loro elezione da parte dell'Assemblea e prepara una relazione su ciascuno di essi, includendo le sue raccomandazioni. Esso può decidere, con una maggioranza di due terzi, di respingere con decisione motivata una lista di candidati o di accettare una lista contenente candidati di un solo genere. Qualora il Comitato ritenga che la procedura a livello nazionale si sia svolta in conformità alle regole fissate dalle linee guida del Comitato dei ministri e dalle risoluzioni dell'Assemblea e che non vi siano, quindi, ragioni per respingere una lista in base a motivi procedurali, i candidati sono intervistati uno per uno in ordine alfabetico, per trenta minuti ciascuno. Il Comitato decide, quindi, se i candidati della terna proposta dal Governo soddisfino i requisiti per essere eletti giudice della Cor-

te o se la lista debba essere respinta. Quando la lista non è respinta, il Comitato procede alla votazione dei candidati, a scrutinio segreto. Le raccomandazioni del Comitato sono comunicate all'Assemblea parlamentare in tempo utile per la votazione.

L'Assemblea parlamentare non è vincolata al parere espresso dal Comitato consultivo in quanto, a norma della Cedu, è essa sola responsabile per l'elezione dei giudici. In concreto, però, tale parere è stato seguito, dall'aprile 2011, in 37 casi su 39 (pari al 94,9%)²³.

L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, sulla base delle candidature trasmesse dallo Stato membro e alla luce delle raccomandazioni fornite dal Comitato sulla elezione dei giudici, elegge i giudici della Corte. L'APCE elegge giudice il candidato che ha ottenuto la maggioranza assoluta dei voti; qualora nessuno abbia raggiunto tale maggioranza, si procede a una seconda votazione, all'esito della quale viene proclamato eletto il giudice che ha ottenuto la maggioranza relativa dei voti.

3. La procedura di selezione del nuovo giudice italiano della Corte Edu

Con decreto del segretario generale della Presidenza del Consiglio dei ministri del 25 maggio 2018, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale del 1° giugno 2018, n. 43, è stata indetta in Italia la procedura selettiva che porterà all'elezione del nuovo giudice italiano presso la Corte Edu. In particolare, come si è visto, la procedura di selezione a livello nazionale è volta all'individuazione della terna dei candidati da sottoporre all'APCE che, come previsto dall'art. 22 Cedu, eleggerà il nuovo giudice.

Con successivo decreto del segretario generale della Presidenza del Consiglio dei ministri del 26 luglio 2018, è stata costituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri una Commissione di cinque esperti, dei quali uno designato dalla stessa Presidenza con funzioni di presidente, due designati dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e due dal Ministero della giustizia, ai fini dell'individuazione dei candidati all'incarico.

Tale Commissione di esperti è stata chiamata a individuare la lista di candidati da presentare al previo esame dell'*Advisory Panel of experts* per la definitiva sottoposizione della stessa, entro il 6 dicembre 2018, all'Assemblea parlamentare che, nel 2019, eleggerà il nuovo giudice italiano della Corte di Strasburgo.

22. *Ibid.*

23. *Report on the Procedure of the election of judges of the ECHR*, proposta di risoluzione adottata dal Comitato per la elezione dei giudici della Corte Edu, 27 settembre 2018, *rapporteur*: B. Cilevičs.

L'indipendenza dei giudici della Corte

(materiali raccolti dai curatori)

I giudici di Strasburgo sono eletti dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa nell'ambito di una terna proposta, per ogni Paese, dai rispettivi governi. Si tratta di un processo eminentemente politico, per garantire la qualità del quale sono state adottate varie risoluzioni e raccomandazioni descritte in altro contributo del presente volume (D. Cardamone, *La procedura di elezione dei giudici della Corte Edu*, al successivo capitolo).

Come è evidente, il principale problema di un organo giudiziario i cui componenti sono politicamente selezionati è di garantire l'indipendenza e l'imparzialità dei suoi giudici, precondizioni indispensabili per il funzionamento della giustizia, anche internazionale. Non a caso, la Magna Carta dei giudici, approvata dal Consiglio consultivo dei giudici europei – organo del Consiglio d'Europa – prevede che i principi in essa contenuti, e che concernono le garanzie di indipendenza, la nomina, la responsabilità, l'etica e la deontologia dei giudici, nonché l'accessibilità e la trasparenza della giustizia, si applichino anche ai giudici dei tribunali europei e internazionali (punto 23).

Nel 2008, la Corte ha adottato una risoluzione sull'etica giudiziaria, che detta i principi di base su indipendenza, imparzialità, integrità e diligenza. Non sono previsti meccanismi di responsabilità, ma solo un eventuale rapporto del presidente della Corte all'assemblea plenaria sull'applicazione di tali principi.

La prima garanzia di indipendenza, come anche per i giudici nazionali, è la professionalità. Certamente, le procedure disegnate nel corso degli anni dagli organi del Consiglio d'Europa per pervenire a designazioni, da parte degli Stati membri, di giuristi di altissima competenza e indiscussa moralità vanno in questo senso. Nondimeno, la diversità di estrazione, esperienza, sistema giuridico e modello deontologico di riferimento dei giudici continua a rappresentare una sfida notevole per la Corte. Si aggiunga che non tutti i giudici eletti godono in patria della garanzia di un posto di lavoro dal quale si proviene e a cui si può tornare (come avviene in molti Paesi per giudici

e professori universitari) e l'incertezza per il proprio futuro, che può combinarsi con la giovane età, può costituire un elemento di rischio allo stato difficilmente contrastabile. Infatti, se l'indipendenza esterna della Corte Edu come organo è garantita attraverso l'attribuzione di risorse umane e di bilancio adeguate e da meccanismi di governo che la sottraggono a improprie pressioni degli organi intergovernativi del Consiglio d'Europa, l'indipendenza esterna del giudice come singolo è garantita soltanto contro l'uso eventualmente strumentale del potere sanzionatorio, penale o amministrativo che sia, degli Stati. Mancano, invece, meccanismi che, liberando il singolo dalla preoccupazione del futuro proprio e della propria famiglia, lo rendano indipendente da possibili pressioni esterne indebite. Tali meccanismi potrebbero essere: la raccomandazione agli Stati membri di garantire il posto di lavoro e lo sviluppo di carriera per tutti coloro che svolgessero un'occupazione dipendente prima dell'elezione, e un'indennità per coloro che avessero lasciato, per la durata del mandato, una professione liberale - come quella di avvocato.

Come accennato, ai giudici e alle loro famiglie (coniugi e figli) sono riconosciuti privilegi, immunità, esenzioni e agevolazioni accordati secondo il diritto internazionale ai rappresentanti diplomatici, ai sensi del Sesto Protocollo addizionale all'Accordo generale su i privilegi e le immunità del Consiglio d'Europa.

Ai sensi dell'art. 3 di tale atto, «Al fine di assicurare ai giudici una totale libertà di parola e una totale indipendenza nell'esercizio delle loro funzioni, i giudici continuano a beneficiare dell'immunità giurisdizionale per le parole, gli scritti o gli atti da essi emanati nell'adempimento delle loro funzioni anche dopo la conclusione del loro mandato».

L'art. 4 prevede che: «I privilegi e le immunità sono accordati ai giudici non a loro vantaggio personale, ma per garantire la totale indipendenza nell'esercizio delle loro funzioni. La Corte, riunita in assemblea plenaria, è la sola legittimata a pronunciare la revoca dell'immunità; essa ha non solo il diritto, ma anche il dovere di revocare l'immunità di un giu-

dice in tutti i casi in cui, a suo parere, l'immunità impedirebbe che giustizia sia fatta e in cui l'immunità può essere revocata senza pregiudicare lo scopo per il quale è accordata».

Finora, la Corte Edu ha avuto occasione di occuparsi di immunità una sola volta, nel 2011, nel contesto di una perquisizione dell'abitazione rumena del giudice Corneliu Bîrsan, uno dei più anziani della Corte (dal 1998). La moglie del giudice Bîrsan, giudice della Corte d'appello rumena, era indagata per corruzione, sospettata di aver accettato tangenti (gioielli e viaggi) in cambio di favori processuali. Quando la casa della coppia è stata perquisita in Romania, senza che le autorità rumene avessero chiesto la revoca dell'immunità, si era posto il problema della legittimità dell'operato degli organi inquirenti e delle forze di polizia. La Corte aveva allora emesso un comunicato rilevando che «nell'effettuare una perquisizione nell'abitazione del giudice rumeno nell'ambito di un'indagine sulle accuse riguardanti la moglie, le norme sull'immunità potrebbero non essere state rispettate. La Corte ha chiesto al governo rumeno di indicare se ha motivo di chiedere alla Corte di revocare l'immunità del giudice. Ai sensi dell'articolo 4 del Sesto Protocollo, solo la Corte plenaria è abilitata a revocare l'immunità di un giudice». Richiesta allora la revoca, la Corte aveva accolto la richiesta relativamente al coniuge, ma non per il proprio giudice, e solo nella misura «strettamente necessaria all'indagine». Tenuto conto che l'immunità è stata concessa ai giudici non a loro vantaggio personale, ma per garantire l'esercizio indipendente delle loro funzioni e preso atto del desiderio del Bîrsan di vedersi revocare l'immunità, la Corte ha così motivato: «1. I privilegi e le immunità di cui all'Accordo generale sui privilegi e sulle immunità del Consiglio d'Europa e al suo Sesto Protocollo aggiuntivo, in particolare l'immunità dalle indagini penali e l'inviolabilità della residenza privata dei giudici e dei loro coniugi, si applicano sia al giudice Corneliu Bîrsan che a sua moglie in tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, compresa la Romania. 2. L'immunità attribuita al giudice Bîrsan può essere revocata nei confronti della moglie Gabriela Victoria Bîrsan, senza pregiudizio dello scopo per il quale è stata concessa. L'immunità non è pertanto concessa alla Sig.ra Bîrsan, nella misura strettamente necessaria per l'indagine n. 82/P/2011 della Direzione nazionale per la lotta contro la corruzione menzionata nella richiesta del Governo rumeno del 16 novembre 2011. 3. La parte della domanda avente ad oggetto la revoca anche nei confronti dello stesso giudice Bîrsan è respinta, non essendo la Corte convinta che l'immunità impedisca che giustizia sia fatta o che possa essere revocata senza pregiudizio allo scopo per il quale è stata concessa. 4. La revoca dell'immunità non ha effetto retroattivo» (*tdA*).

La questione è stata, poi, portata dai coniugi Bîrsan davanti alla Corte Edu in veste di ricorrenti individuali; alla Corte hanno chiesto di accertare la violazione nei loro confronti della violazione degli artt. 6, 8, 17, 18 Cedu e 1 Protocollo n. 1 alla Convenzione. La Corte, nel 2016, ha dichiarato la richiesta irricevibile. Esclusa la configurabilità di una violazione dell'art. 6 Cedu, la Corte si è concentrata sulla possibile violazione dell'art. 8 Cedu e ha ritenuto irricevibile la richiesta sul punto per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne. Infatti, avendo ottenuto una declaratoria di illegittimità della perquisizione e delle intercettazioni subite nell'ambito del processo penale, i ricorrenti avrebbero dovuto dare allo Stato la possibilità di eliminare la violazione o i suoi effetti esercitando in sede civile un'azione per il risarcimento del danno. Quanto agli artt. 17 e 18, si veda l'interessante motivazione: «68. La Corte ricorda che l'articolo 17 della Convenzione si riferisce alla nozione di "democrazia capace di difendersi", cui ha fatto riferimento in alcune delle sue sentenze e decisioni (...). Vietando l'"abuso di diritti", mira a conferire alle democrazie il potere di combattere atti e attività che distruggono o limitano indebitamente i diritti e le libertà fondamentali, che tali atti o attività provengano da uno "Stato", da un "gruppo" o da un "individuo". 69. La Corte ha già avuto occasione di chiarire il campo di applicazione dell'articolo 17 della Convenzione in quanto si riferisce ad atti o attività di un "gruppo" o "individuo" (...). Tuttavia, non si è mai pronunciata sul campo di applicazione di questa disposizione nella misura in cui essa riguardi uno "Stato". 71. A questo proposito, ha sottolineato che il termine "Stato" si riferisce necessariamente agli Stati parti della Convenzione. L'articolo 17 ha, quindi, due effetti. In primo luogo, impedisce agli Stati parti di fare affidamento su una qualsiasi delle disposizioni della Convenzione per distruggere i diritti e le libertà garantite. Secondo la Corte, il riferimento a tali norme, in questo caso e da questo punto di vista, è chiaramente irrilevante. In secondo luogo, impedisce agli Stati parti di fare affidamento su una disposizione della Convenzione per limitare i diritti e le libertà che essa garantisce in modo più ampio di quanto previsto dalla Convenzione stessa. Tuttavia, la Corte constata che non vi sono prove che lascino supporre che le autorità rumene abbiano agito in tal senso nel caso di specie. 72. Da quanto precede, la Corte conclude che l'articolo 17 della Convenzione non è destinato a essere applicato nella fattispecie. 73. L'articolo 18 della Convenzione prevede che le restrizioni imposte dalla Convenzione sui diritti e sulle libertà possono essere applicate solo per lo scopo cui sono destinate. Esso non ha un ruolo indipendente e può essere applicato solo in combinazione con altri articoli della Convenzione (...). Tuttavia, i ricorrenti non lo fanno. Inoltre, tra le disposizio-

ni che invocano nell'ambito di altri motivi, appaiono rilevanti solo l'articolo 8 e l'articolo 1 del Protocollo n. 1, in quanto può esserci una violazione dell'articolo 18 solo in combinazione con un articolo relativo a un diritto o a una libertà soggetta alle restrizioni autorizzate dalla Convenzione (Goussinski, citato sopra, § 73). Tuttavia, va ricordato che gli Stati godono di una presunzione di buona fede (Tymoshenko, citato sopra, § 294) e che, sebbene tale presunzione non sia inconfutabile, il semplice sospetto che le autorità si siano rese colpevoli di abuso di potere non è sufficien-

te a rovesciarla (*ibidem*). Il ricorrente che invoca l'articolo 18 deve essere in grado di fornire prove dirette e incontestabili a sostegno delle sue affermazioni (...). Tuttavia, i ricorrenti non forniscono "alcuna prova che suggerisca che le autorità (...) hanno abusato del loro potere applicando una restrizione autorizzata dalla Convenzione per uno scopo diverso da quello cui era destinata" (...), ad esempio per intimidazione (...) o per punizione (...). Questa parte delle richieste è pertanto manifestamente infondata e deve essere respinta» (*tdA*).

Lo statuto del *Greffe* e il suo ruolo nel processo decisionale della Corte

di *Federico Di Salvo*

Il presente contributo analizza lo statuto e il ruolo della Cancelleria in un'ottica statica e dinamica, nel rispetto delle differenze con i giudici convenzionali: la peculiarità delle funzioni del personale e il ruolo che assume nel processo decisionale della Corte Edu; la natura dell'opera dei giuristi e il suo sempre maggiore peso nell'esercizio della giurisdizione.

1. I giudici della Corte e il *Greffe*

Come i due “tamburi” che ospitano le due aule principali della Corte Edu contraddistinguono la facciata del Palazzo dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo rendendola inconfondibile in tutto il mondo, così, per disposizione convenzionale, i due “pilastri” sui cui si regge il funzionamento della Corte e che la caratterizzano più di ogni altra giurisdizione internazionale sono, da un lato, l'insieme dei giudici, nel numero di 47 – uno per Alta Parte Contraente – e, dall'altro, la Cancelleria, il *Registry* o *Greffe*¹, un apparato che ad oggi conta circa 650 funzionari tra giuristi, linguisti, assistenti amministrativi e tecnici informatici.

1.1. Una visione statica e organica: lo statuto, le funzioni e il ruolo del *Greffe* nelle fonti formali... e in quelle informali

Rilevantissimo, ma invisibile nel processo di *decision-making* delle pronunce della Corte, il ruolo della Cancelleria di Strasburgo e, in particolare, dei suoi giuristi rimane ancor oggi velato da un cauto riserbo. La coltre di nebbie strasburghesi che avvolge questo apparato, unico nel suo genere, merita tuttavia di es-

sere dissipata a beneficio di una maggiore comprensione del sistema nel suo complesso.

Contrariamente alle cancellerie giudiziarie dell'ordinamento interno – uffici amministrativi finalizzati all'erogazione del servizio-justizia –, le fonti internazionali ci consegnano già sotto il profilo formale un complesso di strutture, ruoli e prerogative della Cancelleria della Corte europea quantomeno para-giudiziario o, meglio, *co-giudiziario* (se si potesse usare questo neologismo per indicare un insieme di attribuzioni coesistenti all'esercizio del potere giurisdizionale), a sua volta distinto dagli omologhi uffici di giurisdizioni internazionali, dal sistema degli assistenti di studio della nostra Corte costituzionale o dei referendari della Corte di giustizia dell'Unione europea².

Si potrebbe, quindi, dire che il concetto di “Cancelleria”, nella materia che ci occupa, goda della consueta autonomia semantica che contraddistingue le cd. “nozioni autonome” convenzionali, che è onere dell'operatore di diritto comune (in quanto primo interprete della Convenzione nell'ordinamento interno) intendere.

Secondo una lettura combinata degli artt. 19 e 24 della Convenzione, «*per assicurare il rispetto degli impegni derivanti (...) dalla Convenzione e dai suoi*

1. Secondo la versione linguistica prescelta tra le due ufficiali, inglese e francese. Per ragioni espositive, adotteremo qui di seguito la versione italiana preparata dal Ministero della giustizia (e riconosciuta dalla Corte) dei testi la cui traduzione è disponibile; per gli altri, ci sia consentita una traduzione personale, funzionale alla presente trattazione.

2. Sul punto e per il prosieguo della trattazione, si veda come riferimento F. Buffa, *Il Registry della Corte*, in *Id.*, *Il ricorso alla Cedu e il filtro*, Key, Vicalvi (FR), 2018, p. 30.

Protocolli, è istituita una Corte europea dei Diritti dell'Uomo» la quale, dall'entrata in vigore del Protocollo n. 11 – il 1 gennaio 1998 –, «*funziona in modo permanente*» e «*dispone di una Cancelleria i cui compiti e la cui organizzazione sono stabiliti dal Regolamento della Corte*».

Il Regolamento – per quanto non costituisca uno strumento fondato sul consenso pattizio interstatale, ma tragga la sua legittimazione dalla deliberazione dell'assemblea plenaria dei giudici – è «*lo strumento attraverso il quale si estrinseca l'autonomia normativa della Corte nella disciplina delle proprie competenze giurisdizionali*»³ e «*non solo contiene le norme di attuazione e specificazione delle disposizioni convenzionali relative all'organizzazione interna della Corte ed allo svolgimento della procedura, ma assolve anche ad una funzione di completamento ed integrazione di tali disposizioni, sino ad assurgere talvolta ad autonoma fonte di poteri*»⁴, tra i quali quello del *greffier* (o *registrar*) di nominare (e quindi di scegliere) sotto l'autorità del Presidente gli agenti del *Greffe* (art. 18, par. 3, Regolamento) e di preparare istruzioni generali approvate dal Presidente della Corte per regolare internamente il funzionamento del *Greffe* (art. 17, par. 4, Regolamento) e quindi, indirettamente, talune fasi endoprocedimentali dell'*iter* che condurrà alla decisione della Corte.

Rimanendo queste ultime meri *interna corporis*, per individuare con precisione la figura del *greffier*, circoscrivere le prerogative e le funzioni del *Greffe* e descriverne la composizione, può farsi riferimento alle fonti anzidette, alla presentazione che la Corte fa di se stessa sul suo sito internet ufficiale e alla produzione scientifica inerente alla cronaca della prassi di eminenti giudici, dirigenti della Cancelleria e avvocati «convenzionalisti».

Queste fonti più o meno formali descrivono un personale in pianta organica che, per composizione, statuto e funzioni, si allontana da quello dei funzionari del Consiglio *tout court* e si avvicina di gran lunga al giudiziario: «assunti per concorso, tutti gli agenti della Cancelleria devono rispettare delle condizioni strette in materia di indipendenza e imparzialità», sono pertanto svincolati da una qualche lealtà o condizionamento con l'ordinamento di provenienza e devono all'uopo «prestare giuramento o impegno solenne di svolgere in tutta lealtà, coscienza e discrezione le funzioni affidate come ufficiale della Cancelleria della Corte».

Le loro funzioni si articolano attorno alle sezioni giudiziarie e, infatti, vi sono tanti *greffiers* e tanti

greffes di sezione quante sono le sezioni giudiziarie (art. 18, par. 1, Regolamento). Organicamente, invece, la struttura è ripartita in divisioni e servizi. Le prime, coordinate dai capi di divisione (*heads of division*, *chefs de division*, giuristi di comprovata esperienza e rilevante anzianità di servizio), sono incaricate della trattazione dei casi e i secondi svolgono un supporto giuridico, linguistico tecnico o manageriale.

Gli agenti della Cancelleria sono a tutti gli effetti funzionari del Consiglio d'Europa – assunti per pubblico concorso, bandito dal segretario generale e gestito dalla Direzione risorse umane – e, pertanto, ne dipendono amministrativamente ed economicamente. Tuttavia essi, dal punto di vista funzionale, godono di uno statuto particolare non solo in ordine alle garanzie di autonomia e indipendenza dai poteri governativi e dagli altri organi del Consiglio stesso, ma anche per quanto concerne l'immunità dalla giurisdizione nell'esercizio delle loro funzioni al servizio di un organo giurisdizionale internazionale. Da un lato, l'immunità di cui godono può essere revocata dal segretario generale del Consiglio d'Europa, in una logica sostanzialmente gerarchica; tuttavia, in un'ottica funzionale, tale garanzia può cadere solo con l'assenso del presidente della Corte (art. 5, par. 4 del sesto Protocollo aggiuntivo all'Accordo generale sui privilegi e le immunità del Consiglio d'Europa). Dall'altro, tutti i documenti e le carte impiegati, nella misura in cui concernono l'attività della Corte, rimangono inviolabili e la corrispondenza e le comunicazioni ufficiali non possono essere trattenuti o sottoposti a censura (art. 4 del quarto Protocollo addizionale dell'Accordo generale sui privilegi e le immunità del Consiglio d'Europa). Le immunità giurisdizionali riconosciute ai giudici e ai loro famigliari sono peraltro estese anche al *greffier* e ai *greffiers* aggiunti (art. 7).

Secondo il Regolamento della Corte, il *greffier*, dirigente apicale dell'intera Cancelleria, e i *greffiers* aggiunti sono eletti dalla Corte in assemblea plenaria a maggioranza assoluta per cinque anni e sono rieleggibili. Il *greffier* non può essere revocato se non previa sua adizione di fronte alla assemblea plenaria e con voto a maggioranza qualificata.

Il *greffier* «assiste la Corte nel compimento delle sue funzioni. È responsabile dell'organizzazione e delle attività della Cancelleria sotto l'autorità del presidente. Ha la custodia degli archivi della Corte e serve da intermediario per le comunicazioni e notificazioni (...) riguardo agli affari a lei sottoposti o da sottoporre» (art. 17).

3. A. Saccucci, *L'entrata in vigore del Protocollo n. 14 e le nuove regole procedurali per la sua applicazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 4/2010, p. 321.

4. Così F. Buffa, *op. cit.*, p. 19.

Il documento di presentazione rinvenibile sul sito specifica che il *greffier* «assume la responsabilità generale delle attività tanto *giudiziarie* che *amministrative* della Cancelleria, di cui è a capo». Infatti, il compito della Cancelleria tutta è quello di «fornire supporto giuridico e amministrativo alla Corte nell'esercizio delle sue funzioni *giudiziarie*» e ha per principale funzione quella di «trattare e preparare i ricorsi sottoposti alla Corte, *in vista dell'adozione di una decisione* o di una sentenza». Il documento prosegue preoccupandosi di specificare che «concretamente, prepara (...) i fascicoli e le note di analisi all'attenzione dei giudici e cura (...) la corrispondenza con le parti su questioni di procedura, ma non decid[e] i casi».

Tale supporto è assicurato in specifico dai giuristi della Cancelleria. Nell'espletamento delle anzidette attribuzioni, ciascuno di essi è a sua volta affiancato da assistenti che curano gli aspetti prettamente burocratico-amministrativi e di corrispondenza, dovendo la funzione primaria rimanere il cosiddetto *case-processing* (il trattamento e l'analisi giuridica dei casi, la cura del fascicolo) e la redazione di progetti di decisioni o sentenze. All'uopo, nel gergo interno, i giuristi applicati a queste funzioni prendono anche la specifica denominazione di *case-processing lawyers* (giuristi incaricati del trattamento di ricorsi), per distinguersi dai giuristi applicati al servizio ricerca, alla divisione responsabile dei metodi di lavoro o ai dirigenti apicali.

I giuristi e, a cominciare dal loro vertice, il *greffier* non solo godono di particolari garanzie quanto alla loro assunzione, al loro trattamento e allo svolgimento delle loro funzioni, ma si vedono assegnati specifici compiti di natura istruttoria e procedurale: non amministrativi (perché tale aspetto è assolto dagli assistenti), bensì, potremmo dire, *quasi giudiziari*, ossia – lo vedremo più avanti – di indole più giurisdizionale che burocratica in quanto prodromici alle decisioni. Per questo non deve stupire che, nel corso della loro carriera, essi siano soggetti a uno stretto programma di formazione continua, segnatamente finalizzato all'aggiornamento giurisprudenziale-convenzionale e allo sviluppo delle capacità argomentativo-redazionali, e siano sottoposti a valutazioni semestrali di produttività, soprattutto redazionale.

La figura che maggiormente incarna l'assimilazione funzionale all'archetipo giudiziario è quella dei “giuristi A” o semplicemente “giuristi”, i funzionari strutturati, incardinati nel sistema della Corte in modo permanente e principali titolari delle garanzie e dei compiti anzidetti.

A fianco ai giuristi strutturati, altre due peculiari categorie di giuristi e una figura tipicamente interna

restituiscono bene i numeri e l'immagine della natura quasi-decisoria del ruolo di questo personale: i *giuristi assistenti* (o “giovani giuristi” o “giuristi B”), i *magistrati distaccati* (o “messi a disposizione”) e la figura del *giureconsulto*.

I primi, essenzialmente giuristi in formazione, sono incaricati di «trattare i ricorsi individuali che si riferiscono al Paese di cui sono cittadini e/o sono redatti nella loro lingua madre», «dedicano la maggior parte del tempo a trattare le migliaia di ricorsi rigettati ogni anno per non rispetto delle condizioni di ammissibilità fissate dalla Convenzione» e «sotto l'autorità di giuristi d'esperienza partecipano inoltre alla trattazione di ricorsi più complessi (...) vedendosi attribuite funzioni sempre più esigenti (...) Ciascuno di essi è affidatario di una lista di casi di cui è responsabile a ogni stadio della procedura»⁵. Questa funzione è aperta, tramite concorso, a giovani laureati in giurisprudenza cittadini degli Stati membri del Consiglio d'Europa, offrendo loro l'opportunità di lavorare presso la Corte per un periodo determinato, proprio per il trattamento delle migliaia di ricorsi individuali manifestamente inammissibili riconducibili al sistema giuridico del proprio Paese.

Non di rado questi giuristi, se pur giovani, possiedono altre esperienze internazionali e conoscenze giuridiche e linguistiche riferite anche a ordinamenti diversi dall'italiano, e ciò per dimostrare flessibilità mentale e attitudine alla *comparazione giuridica*. Sono selezionati tra candidati riferibili a estrazioni professionali eterogenee: laureati con spiccate attitudini internazionali, studiosi universitari, giuristi con esperienza in organizzazioni internazionali, giuristi di ong, giovani avvocati, al fine di integrare la Cancelleria con sensibilità e preparazioni giuridiche differenti.

Quel che più rileva è che, sotto l'autorità del relatore non giudiziario – loro capo ufficio e diretto superiore –, essi sono chiamati a un compito vertiginoso per mole e responsabilità: la cernita e scrematura dei ricorsi in entrata e la cruciale formulazione della proposta di decisione sulla loro ricevibilità.

I secondi sono magistrati provenienti dagli ordini giudiziari degli Stati parte, temporaneamente presso la Corte in visita di studio ovvero in regime di distacco, i quali – preziosissimi per la loro conoscenza del diritto nazionale – sono inseriti *sic et simpliciter* nell'organizzazione della Corte, sottoposti agli obblighi tipici dello *staff*, e svolgono a tutti gli effetti gli stessi compiti dei giuristi interni, siano essi di natura istruttoria-redazionale o di ricerca.

Il giureconsulto, infine, è una figura del tutto peculiare che merita attenzione perché, come noto, non

5. Dal sito *internet* della Corte: www.echr.coe.int/Documents/Scheme_assistant_lawyers_FRA.pdf.

è assimilabile né all'istituto dell'avvocato generale né a quello del procuratore generale. Esso non rappresenta l'interesse pubblico nella controversia, non è parte, ma è un'articolazione della Cancelleria stessa: un servizio giuridico centralizzato di supporto, al quale partecipano trasversalmente giuristi esperti di ogni divisione e al cui vertice siede un giurista anziano, alto in grado e di riconosciuta competenza e autorevolezza.

Come una sorta di Ufficio del massimario, il giureconsulto interviene nella fase endoprocedimentale e a fini puramente interni. Pur non curando la massimazione, è incaricato, con il suo prezioso lavoro, di assicurare la *qualità* e la *coerenza* della giurisprudenza. A tal fine, fornisce alle varie formazioni giudiziarie autorevoli e seguitissimi pareri interni – talvolta obbligatori, ancorché non vincolanti – sulla *consistency*, vale a dire sulla coerenza e uniformità dei vari progetti di decisione o sentenza con quello che potremmo definire il *diritto convenzionale vivente*. Inoltre, prepara ricerche e note informative per i giudici e per i membri tutti della Cancelleria (art. 18B, Regolamento).

Attualmente, alla Divisione n. 3, articolazione incaricata della trattazione dei casi italiani, sono in funzione sette giuristi di cui un capo di divisione, un relatore non giudiziario e un giurista che è anche membro del servizio centralizzato del giureconsulto, sei “giovani giuristi” (“giuristi B” o “giuristi assistenti”), due magistrati distaccati e otto assistenti amministrativi.

Come si vede, il corpo dei giuristi (in maggioranza strutturati e permanenti), anche solo in termini di organico, può arrivare a intrattenere un rapporto con i giudici – il cui mandato è temporaneo – esprimente una proporzione numerica di 13 a 1, come nella Divisione italiana. Soprattutto, se si pone mente al fatto che il giudice monocratico dell'irricevibilità (cd. *single judge* o *juge unique*) non è mai il giudice nazionale, in termini funzionali tutto questo si riassume in una *inevitabile dipendenza* dei giudici dalle funzioni dei giuristi, per le evidenti ragioni linguistiche e di conoscenza del diritto nazionale insite nell'esame del ricorso.

La panoramica appena esposta esprime bene l'idea di un *Grefte* come di un articolato servizio giuridico:

- imparziale e indipendente dai governi degli Stati parte;
- per molti versi autonomo rispetto agli altri ser-

vizi del Consiglio d'Europa;

- qualificato e, in taluni casi, sostanzialmente equiparabile ai fini interni alle magistrature nazionali, le quali infatti possono integrarlo, in regime di distacco, con i medesimi compiti;
- specializzato nell'istruttoria dei casi e nella redazione;
- affidatario in prima persona dei fascicoli di ricorsi individuali;
- eterogeneo nella sua composizione;
- messo a disposizione della Corte nel suo complesso e non servente i soli 47 giudici;
- custode della memoria storica e guardiano della coerenza della giurisprudenza della Corte (in misura forse persino maggiore dei giudici, se si pensa che questi ultimi sono eletti per “soli” nove anni, a fronte del carattere permanente dei posti di Cancelleria);
- risorsa imprescindibile per i giudici, sia in termini numerici per la trattazione dei casi, sia per l'inevitabile conoscenza delle lingue nazionali e degli ordinamenti interni;
- infine, niente affatto subalterno ad essi, se non nel momento strettamente deliberativo, e quindi solo in materia di scelte ultime, cioè in termini di responsabilità e paternità giurisdizionale delle pronunce⁶.

Significativa a tale ultimo riguardo è la nota vicenda che ha interessato la “falsa” innovazione introdotta nel 1994 dal Protocollo n. 11, che all'articolo 25 della Convenzione rubricava «Cancelleria e referendari», stabilendo che «*la Corte è assistita da referendari*», tratteggiando un sistema analogo a quello della Corte di Lussemburgo, dove i giudici sono assistiti da giuristi – chiamati «referendari» – da loro scelti e alle loro dirette dipendenze. Il rapporto esplicativo accluso al Protocollo lasciava sostanzialmente al Regolamento la scelta tra un vero e proprio sistema di referendari, vale a dire di collaboratori personali chiamati a “riferire” al loro giudice, e la creazione di un servizio composto da giuristi messi a disposizione della Corte nel suo complesso, «il cui ruolo mal si sarebbe distinto da quello degli altri funzionari del *Grefte*»⁷.

Nell'adozione del Regolamento, i giudici si sono orientati verso questa seconda opzione e infatti i giuristi della Cancelleria di Strasburgo non sono mai stati referendari o assistenti personali dei giudici, divenendo il *Grefte* – di fatto e di diritto – l'altro pilastro della giurisprudenza della Corte.

6. Queste, ovviamente, spettano ai giudici convenzionali, i soli soggetti che traggono legittimazione direttamente dalla Convenzione, in quanto eletti dall'Assemblea parlamentare sulla base di terne di nomina governativa.

7. R. Abraham, *La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme: le Protocole n. 11 à la Convention*, in *Annuaire français de droit international*, vol. XL, Éditions du CNRS, Parigi, 1994, p. 628.

Dopo periodi di riflessione e gruppi di lavoro in seno allo stesso Consiglio, anni di note statistiche grvide di cifre a tre zeri che hanno segnato il “successo” della Corte e la mole pletorica di ricorsi in entrata, Conferenze intergovernative e appelli della Cancelleria per una riforma nel segno della maggior efficienza e dell'alleggerimento della procedura, l'adozione del Protocollo n. 14 ha chiuso definitivamente il dibattito espungendo la nozione di «referendario» dalla Convenzione. Sul punto, il rapporto esplicativo giustifica brevemente questa modifica con il rilievo che il sistema dei referendari non ha mai avuto esistenza propria nella pratica.

Si è, così, addivenuti a istituire nuovi moduli procedurali per particolari trattazioni (della stragrande maggioranza di casi manifestamente irricevibili o riferiti a giurisprudenza ben consolidata⁸) e, in specifico, una figura: il *relatore non giudiziario*, nominato direttamente dal Presidente tra i giuristi con maggior anzianità di servizio all'interno del *Greffe*. Questa figura, dietro un'apparente vicinanza terminologica al concetto di referendario, è quanto di più diametralmente opposto vi sia alla nozione conosciuta, e testimonia di un ruolo tutt'altro che dipendente e assistenziale, ma autonomo nella proposta e *decisivo* (ancorché non formalmente “decisorio”) nell'adozione delle pronunce della Corte, riflesso di un sistema peculiare pervasivo di tutte le funzioni della Cancelleria⁹.

Vediamo quindi queste funzioni e questo ruolo decisivi del *Greffe* e delle sue articolazioni in una prospettiva dinamica, cioè nel divenire dei processi di *drafting* e *decision-making* riferiti ai principali moduli procedurali e tipi di pronunce che la Corte può adottare.

2. Una prospettiva dinamica e funzionale. Accenni alle competenze, funzioni e ruolo del *Greffe* nel processo decisionale...

2.1. ... nella verifica preliminare del ricorso ex art. 47 del Regolamento

A norma dell'art. 47 del Regolamento, in vigore dal gennaio 2014, i ricorsi che non rispettano i requisiti elencati nei paragrafi da 1 a 3 dello stesso articolo potrebbero non essere neppure esaminati dalla Corte. L'organo incaricato di questa primissima verifica giu-

ridica, amministrativa ma non giurisdizionale, preliminare alla stessa assegnazione o meno a una formazione giudiziaria, è la Cancelleria. Questa compie un rigoroso esame giuridico, ma senza che un giudice intervenga nella procedura. La pronuncia all'esito di tale verifica sarà, sì, di natura giuridica e impegnerà la Corte, ma non si estrinsecherà in un *decisum* giurisdizionale.

All'atto del ricevimento del ricorso, la Cancelleria verifica che esso contenga tutte le informazioni e tutti i documenti necessari. Dopo lo smistamento alle divisioni competenti per nazionalità e l'attribuzione di un numero di registro, il giurista assegnatario del fascicolo in sede di filtro di ammissibilità – perlopiù un giurista B operante sotto la responsabilità del relatore non giudiziario –, esaminerà la documentazione pervenuta verificando puntualmente che il ricorso soddisfi tutti i requisiti.

Ove il ricorso non possieda i requisiti minimi, lo stesso non sarà attribuito a una formazione giudiziaria e verrà rigettato a uno stadio anticipato della procedura, in sede meramente amministrativa. Sul piano pratico, l'operazione decisoria (amministrativa), è ormai quasi interamente automatizzata, atteso che il sistema informatico interno riproduce il fascicolo e impone in una scheda la verifica (*checklist* o *liste de contrôle*) del soddisfacimento dei requisiti ex art. 47 del Regolamento. Nella *checklist*, alla “spunta” da parte del giurista del tipo di vizio, o alla sua rilevazione e specificazione per esteso, seguono l'invio della scheda virtuale in un flusso informatico (*workflow*) al relatore non giudiziario e, una volta che la soluzione indicata sia da questo approvata, il generarsi della lettera destinata al ricorrente con l'esplicitazione del vizio riscontrato.

L'*iter* suesposto prevede l'emissione di una lettera di cancelleria con la notifica del vizio riscontrato e si conclude, per rigorosissime disposizioni interne, in poche settimane, proprio per consentire all'aspirante ricorrente un nuovo tempestivo deposito del plico. La natura amministrativa e non giurisdizionale della “decisione”, infatti, conferma l'inesistenza di qualsiasi intervenuta litispendenza e non esprime nessuna attitudine al giudicato: con la duplice conseguenza della non interruzione del termine semestrale e la possibilità (onere, per il ricorrente) di riproposizione, nei termini, del medesimo ricorso purgato dai vizi indicati, senza incorrere nell'inammissibilità per “identità di ricorso” ex art. 35, par. 2, lett. b) della Convenzione.

8. Per un approfondimento sul tema si veda D. Cardamone, *Assegnazione a formazioni giudiziarie nei procedimenti dinanzi alla Corte Edu*, in questo volume, cap. n. 12.

9. G. Loucaides, *Reflections of a former European Court of human Rights judge on his experiences as a judge*, in *Roma rights (Journal of the European Roma rights Centre)*, *Implementation of judgments*, n. 1/2010, p. 63.

Definitività e perentorietà della “decisione” sono lasciate, di fatto, solo alla tempestività con cui il ricorrente proponga il ricorso in prima e, all’occorrenza, in seconda battuta. Diversamente, la reazione ricevuta dalla Corte in risposta alle sue aspettative di giustizia sarà una pronuncia amministrativa – certamente giuridica e legittima, ma non giurisdizionale – e, dati i termini decadenziali, a carattere definitivo.

Al rigore con cui, in sede di verifica preliminare, è solitamente applicato l’art. 47 del Regolamento sono previste deroghe, ma possono essere concesse solo dal Presidente della Corte ricorrendo certe condizioni, su indicazione del giurista e proposta del relatore non giudiziario. Come si comprende bene dal regime delle eccezioni, la pronuncia ex art. 47, attesa la sostanziale standardizzazione della verifica sottesa, può competere a un organo amministrativo, ma funzionalmente rimane inserita nel procedimento e, quindi, attratta da una logica giudiziaria, tanto da imporre, per qualsiasi scelta atipica incidentale, l’intervento giurisdizionale della Corte nella sua più alta e centralizzata espressione.

2.2. ... nell’esame preliminare di ricevibilità dei ricorsi e nella trattazione dei casi manifestamente irricevibili

A seguito dell’entrata in vigore del Protocollo n. 14, accanto alle procedure dinanzi alle classiche formazioni giudiziarie decidenti (comitato di tre giudici ora competente per i WECL cases, camera di sette giudici per le questioni nuove e non manifestamente irricevibili, e Grande Camera di diciassette giudici su rinvio approvato da un *panel* o rimessione diretta), si è introdotta la possibilità di definire i ricorsi manifestamente inammissibili con un modello procedurale *sommario e semplificato*: sommario, perché *inaudita altera parte*, allo stato degli atti e senza udienza; semplificato, perché assegnato alla cognizione di un giudice unico in luogo di un comitato di tre giudici, e ciò per aumentare la capacità della Corte di smaltire i ricorsi in entrata, in stragrande maggioranza irricevibili.

Delineate queste competenze, al pervenimento di un ricorso alla Corte si pone quindi il tema cruciale della scelta della formazione giudiziaria, cioè dell’assegnazione del relativo fascicolo alla cognizione di un giudice (poniamo il caso: al giudice unico) rispetto a un altro, in base a una previa analisi delle questioni giuridiche sottese e, talvolta, a una prognosi sull’esito (nel nostro esempio: la manifesta irricevibilità).

Una volta registrato, il ricorso è intestato a un giurista. In tema di assegnazione dei fascicoli, le disposizioni interne della Corte stabiliscono alcune regole fondamentali, quali la ripartizione secondo l’oggetto, l’ordine alfabetico o regole matematiche, allo scopo di assicurare una ripartizione “naturale” ed equilibrata

tra i vari giuristi o anche l’affidamento del fascicolo in relazione a eventuali competenze o specializzazioni di fatto createsi (per garantire sia la qualità del trattamento del caso, sia la *consistency* delle soluzioni proposte).

Ed ecco che si rivela, ancora una volta, essenziale il ruolo del giurista assegnatario del fascicolo: il vero avamposto della Corte sull’ordinamento interno, il primo soggetto a sfogliare il ricorso dopo il ricorrente che lo ha spedito. Dopo aver condotto la verifica ex art. 47, con una scelta ispirata a una logica sostanzialmente capovolta rispetto ai nostri uffici giudiziari nazionali (dove formalmente è il presidente, dopo l’iscrizione a ruolo, ad assegnare il giudice in base alla competenza) è il giurista, che sulla base dell’analisi dei fatti e delle questioni giuridiche, effettuerà una prognosi sull’esito, preparerà un progetto di decisione e proporrà la formazione competente al relatore non giudiziario.

In questa logica di de-giurisdizionalizzazione delle attività prodromiche alla decisione finale, l’innovazione più importante del Protocollo n. 14 è stata proprio la valorizzazione convenzionale del ruolo del *Greffe* nel modulo procedurale a giudice unico, consentendo che le funzioni di *rapporteur* siano svolte da un relatore non giudiziario – comunemente definito *non-judicial rapporteur* (NJR) o *rapporteur non judiciaire* –, scelto per un periodo annuale tra giuristi a tempo indeterminato della Cancelleria (con diversi anni di esperienza, buona conoscenza della lingua e del sistema del Paese interessato, ottima conoscenza delle lingue ufficiali della Corte Edu e vasta conoscenza della sua giurisprudenza), posto alle dirette dipendenze del presidente della Corte e, come tale, oggetto di garanzie di indipendenza funzionali.

Il NJR è responsabile ultimo per l’allocazione dei casi alla formazione giudiziaria, avendo allo scopo compiti di supervisione sul lavoro e sulle proposte dei giuristi della cd. “sezione filtro” o della divisione interessata. Il NJR è, poi, il responsabile del fascicolo e tiene i rapporti con il *single judge*, comunicando regolarmente con lo stesso e consultandolo per ogni questione di rilievo.

Tra questi due soggetti, l’uno rappresentante della funzione istruttoria incombente sulla Cancelleria e l’altro della responsabilità giurisdizionale spettante ai giudici, si instaura una collaborazione che è stata variamente definita “tandem” o “binomio”, e che vede i due organi dialogare continuativamente in un rapporto strettissimo e più che fiduciario.

Nel caso di prognosi sulla irricevibilità o manifesta infondatezza, il *drafting lawyer* (giurista redattore) cura due documenti: scrive una *nota* telematica diretta al giudice unico, con il sommario dei fatti e le ragioni della decisione, e visualizza già l’eventuale decisione finale: nel caso la proposta contenuta nel-

la sua nota sia accolta, essa sarà incorporata direttamente nella decisione. La nota è *validata* dal titolare della divisione-NJR, che ne assume la responsabilità, e viene sottoposta alla *firma* del giudice.

Questo modello procedurale è interamente documentale e prevalentemente telematico, non vi è alcuna udienza. Il giudice unico – che per tali procedimenti è sempre un giudice diverso da quello del Paese contro il quale è rivolta la domanda per evidenti ragioni di terzietà e imparzialità – non redige un diverso provvedimento, ma esamina i casi in agenda, sottoposti in un documento unico che li distingue in relazione al motivo di irricevibilità; non svolge attività istruttoria ulteriore né interpella lo Stato convenuto. Sulla base di quanto riferitogli, se concorde con la proposta sottoscrive un documento di accettazione e ratifica confermando la bontà di quanto ricevuto, con ciò approvando i casi a lui sottoposti. Il giudice può avere dubbi sulla questione e chiedere chiarimenti al NJR (non invece al giurista, attesa la struttura gerarchica della Cancelleria e la specifica legittimazione che solo il NJR possiede) o, ancora, prendere in visione il fascicolo processuale. In caso positivo, invece – come si è detto – la proposta contenuta nella nota sarà incorporata nella sua decisione.

Il giudice, *dominus* indiscusso della procedura, naturalmente può anche disattendere la proposta e rigettarla richiedendo una maggiore o diversa analisi, assegnando precise linee direttrici (modificare la motivazione o rilevare un diverso vizio di irricevibilità), oppure riferirla ad altra formazione giudiziaria, imprejudicate in tal caso le prerogative del giudice che poi opererà come *rappporteur* nella formazione integrata.

Nella prassi regolare e con ricorrenza statisticamente maggioritaria, quello che si crea nel flusso quotidiano di *note-validazioni-sottoscrizioni* è, in ogni caso – ferma la responsabilità del giudice nella scelta finale –, un rapporto di stretto dialogo tra un redattore-istruttore (il *drafting lawyer*), un supervisore-relatore (il NJR *back-up lawyer*) e un decidente... che, con un po' di fantasia, potremmo definire di *collegialità* (non certo contestuale, ma) *successiva* per *conformità*. Intorno al binomio NJR-giudice, tre o almeno due sono, nei fatti, le menti che si applicano sull'analisi del caso, e triplice – o, quantomeno, duplice – dev'essere, la maggior parte delle volte, la concorde visione sul suo esito.

2.3. ... nella trattazione dei casi non manifestamente irricevibili e, in particolare, assegnati alla camera

Ove il ricorso non sia ritenuto manifestamente inammissibile (o meglio: qualora presenti un aspetto problematico alla luce della Convenzione o comunque meritevole di un chiarimento contraddittorio) e non ponga una questione facilmente risolvibile sulla base di una giurisprudenza ben consolidata (WECL

cases), il giurista propone al NJR il rinvio (*referral*) alla camera, preparando all'uopo una *referral note*: dopo un'esposizione dei fatti e un'analisi giuridica, dovrà illustrare quale aspetto meriti approfondimento in contraddittorio e, in taluni casi, potrà proporre le eventuali domande da sottoporre alle parti. La nota sarà convalidata dal NJR, che si assumerà la responsabilità dell'assegnazione alla formazione giudiziaria, indi sarà trasmessa al capo-divisione. Dopo una sua successiva approvazione, in una logica verticistica e di smistamento per competenze, quest'ultimo accetterà che il ricorso sia incamerato e assegnerà il fascicolo – di cui, nel frattempo, si sarà spogliato il giurista di filtro – a un giurista strutturato per l'analisi finalizzata alla trattazione nella procedura di camera. Contestualmente, dal punto di vista amministrativo, saranno radicati la sezione competente e il giudice relatore.

Come è noto, il deposito del ricorso realizza l'*editio actionis*, ma non la *vocatio in ius* dello Stato convenuto, che avverrà solo dopo la registrazione e l'assegnazione alla camera, con un atto emesso dalla Corte: la *comunicazione*. Con la "messa in *comunicazione*" delle parti, si provocherà il contraddittorio sulla base di un'estesa esposizione in fatto, della fissazione tendenziale dei punti rilevanti in materia di ricevibilità (con l'eventuale filtro di eventuali doglianze manifestamente irricevibili), del *thema decidendum* e del *thema probandum* sulle questioni individuate, nonché del riconoscimento dell'equa soddisfazione. La comunicazione si conclude con le domande rivolte alle parti, eventuali richieste di informazioni sui punti rilevanti e l'invito a uno scambio di *osservazioni* scritte.

Alla comunicazione è acclusa l'informazione, rivolta alle parti, secondo cui la Cancelleria è a loro disposizione per assisterle in trattative finalizzate a un regolamento amichevole. La Corte, mediante il suo personale e le risorse tecnico-giuridiche della Cancelleria può infatti avviare d'ufficio un subprocedimento di negoziazione finalizzato a un regolamento amichevole tra le parti (art. 62, par. 1, Regolamento) o assistere le parti che abbiamo dato impulso a un tale tentativo. Questa procedura incidentale si svolge nella più stretta confidenzialità "triangolare" tra le parti e vede la Cancelleria interporre i suoi buoni uffici al fine di addivenire a un accordo (art. 62, par. 2, Regolamento).

Su indicazione del giudice relatore investito della causa, che avrà preso cognizione del fascicolo e individuato i punti rilevanti, il *drafting lawyer* redigerà materialmente la comunicazione. Le riforme in tema di efficienza dei metodi di lavoro che, negli ultimi anni, hanno investito la Corte hanno inciso anche sulla comunicazione dei ricorsi al governo. Accanto alla comunicazione ordinaria ed estesa per i casi più importanti, sono ora previsti altri due tipi di comunicazione più succinti: l'una per i casi ripetitivi (WECL

cases) di competenza del comitato¹⁰; l'altra, comunemente denominata "IMSI" (*immediata-semplificata*), caratterizzata dalla mancanza di un'autonoma esposizione in fatto, ma composta dalla semplice esposizione dell'oggetto del ricorso, dall'indicazione delle domande alle parti e, eventualmente, da una richiesta di informazioni.

Trascorsi i termini concessi per le *osservazioni*, dopo che le parti esprimono per iscritto le proprie posizioni sulle domande loro rivolte, il giurista esaminerà il materiale pervenuto redigendo un progetto di sentenza o decisione che dovrà essere sottoposto al giudice relatore e, in seguito, alla formazione giudiziaria. Ove la novità e la delicatezza del caso lo richiedano, il giurista chiede istruzioni al capo della divisione e/o al giudice nazionale. Così come il progetto di comunicazione, anche il progetto di decisione può essere sottoposto al titolare della divisione (competendo a questi il controllo dell'attività dei giuristi e una verifica di uniformità di approccio all'interno della divisione), il quale opera in contatto con il giudice nazionale per l'orientamento da seguire (spettando a costui l'impostazione del caso e la responsabilità dell'atto finale). La bozza passerà al cancelliere o vice cancelliere della sezione per il cd. *quality check*, il "controllo di qualità" del prodotto giudiziario, sia sotto il profilo strettamente linguistico (con riguardo alla lingua ufficiale utilizzata), sia in relazione alla verifica di congruità dei precedenti della Corte richiamati. Quindi, il testo approderà al giudice nazionale, poi al relatore del caso. Nell'autonomia del suo *munus* giurisdizionale, il relatore sceglierà se farlo proprio e presentarlo davanti alla formazione giudicante per la deliberazione.

Talvolta, la bozza è fatta circolare anticipatamente, così da rendere edotti i giudici in un momento anteriore alla deliberazione e provocare tempestivamente il dibattito.

L'udienza davanti alla camera è prevista solo in rarissimi casi: la decisione è presa al momento della deliberazione.

In sede di deliberazione, ogni questione giuridica, sia essa vertente sulla ricevibilità sia sul merito, è messa al voto prima singolarmente e, poi, globalmente. La sede privilegiata è la camera di consiglio, alla quale partecipa anche il giurista che ha redatto il progetto di decisione. All'esito della seduta, può essere chiamato materialmente ad apportare al testo le modifiche necessarie – nella gran parte dei casi, minime e formali, ma in alcuni casi anche radicali, fino a sostanzarsi nella redazione di un testo di contenuto talora anche opposto all'originario, necessitante di una seconda o ulteriore deliberazione. Sovente, tutta-

via, può essere costituito un comitato di redazione, il quale annovererà il presidente della camera, il giudice relatore, il *greffier* di sezione e il giurista redattore.

I compiti anzidetti onerano il giurista di incombenze redazionali non indifferenti e gli impongono, da un lato, un esercizio di attento ascolto delle direttive della camera e presa d'atto delle scelte da questa effettuate; dall'altro, il possesso di indiscusse abilità tecnico-argomentative e un'ottima conoscenza della giurisprudenza della Convenzione.

La responsabilità di tradurre in atti tutte le opzioni e le sotto-opzioni decisorie dei giudici è di particolare momento e si apprezza in tutta la sua decisività se si pone mente anche a ulteriori evenienze tecniche che possono occorrere, talvolta prima della deliberazione, talaltra all'esito della stessa e a cui il giurista deve far fronte con prontezza nel suo compito redazionale.

Da un lato, infatti, il relatore, se non ancora persuaso di una soluzione da proporre alla camera o intenzionato a presentarvi due o più diverse varianti, potrebbe (cosa che avviene non di rado) richiedere al giurista di predisporre *fin dal principio*, in parallelo, due o più progetti dall'esito differenziato, che saranno opportunamente inviati per articolare il dibattito e la votazione. Dall'altro, per disposizione regolamentare, il presidente – e ciò, normalmente, *a seguito* di una deliberazione che abbia stabilito con chiarezza la linea da adottare, ma abbia lasciati aperti alcuni passaggi argomentativi minimi e formali – «può dare istruzione di far circolare fra i giudici un progetto di decisione e stabilire un termine entro il quale i medesimi possano formulare osservazioni», in assenza delle quali «la proposta si intende adottata alla scadenza del predetto termine» (art. 23A Regolamento).

Il prodotto finito, se approvato in ogni sua parte, è il testo della pronuncia. Esso verrà sottoposto alle ultime revisioni formali da parte dell'ufficio pubblicazioni, giuristi e tecnici incaricati di verificarne la compatibilità tipografica, quindi sarà pubblicato inserendolo nella banca dati delle decisioni e sentenze della Corte e contestualmente notificato alle parti (banca dati HUDOC).

3. Il Greffe nel processo decisionale della Corte: considerazioni di sintesi

Quanto sommariamente esposto si limita a descrivere le funzioni quotidiane dei giuristi della Cancelleria nelle varianti procedurali maggiormente ricorrenti.

10. Si veda ancora, in proposito, l'esauriente e dettagliata descrizione offerta da D. Cardamone, *Assegnazione a formazioni giudiziarie*, op. cit.

A quanto detto deve aggiungersi l'autorevole supporto amministrativo e procedurale alle parti, nell'esercizio del ruolo terzo e imparziale di facilitatore delle negoziazioni nell'ambito del tentativo di regolamento amichevole, e il compito istruttorio nelle procedure d'urgenza *ex art. 39* del Regolamento di procedura, le quali impegnano tutte le risorse dei giuristi in termini reattività, reperibilità e conoscenza del diritto e delle procedure interne nonché la consueta solida preparazione convenzionale, il tutto finalizzato a una serena e tempestiva decisione da parte del giudice di turno.

Pertanto, il ruolo della Cancelleria ha un peso notevole nella definizione del contenzioso e nella formazione del convincimento dei giudici. Nel rispetto delle attribuzioni e delle responsabilità condivise o riparti-

te con il personale giudiziario, tale ruolo meriterebbe di essere rivalutato nella sua professionalità e meditato in punto di autonomia e indipendenza, così come impone lo stesso ruolo dei giudici.

Del resto, questo aspetto è già stato oggetto di segnalazioni di commentatori in più occasioni e di una certa dottrina che, nel descrivere lo statuto e il ruolo del *Greffe* come cruciali nel processo di *decision-making* della Corte, li presenta come consustanziali all'esercizio della giurisdizione convenzionale e, addirittura, nei termini del più ampio problema della legittimazione e indipendenza della Corte come istituzione: caratteri che, per ritenersi integrati *in toto* nel sistema convenzionale, non possono che passare (anche) da una sempre maggiore legittimazione del *Greffe* stesso¹¹.

11. K. Dzehtsiarou e D.K. Coffey, *Legitimacy and Independence of International Tribunals: An Analysis of the European Court of Human Rights*, in *Hastings international and comparative law Review*, vol. 37, n. 2/2014, pp. 307 ss.

Il giudice, la Cancellerie della Corte e il *non-judicial rapporteur* *

di Vincent A. De Gaetano

L'Autore esamina il funzionamento in concreto della Corte, sottolineando il ruolo svolto dalla Cancelleria nella registrazione e nella gestione dei ricorsi, e soffermandosi sui procedimenti innanzi al giudice unico dove opera, in modo particolarmente incisivo, un relatore non giudiziario.

1. Introduzione

Per esperienza personale, condivisa con molti colleghi negli ultimi otto anni, posso dire che una delle cose che più colpisce un nuovo giudice nominato alla Corte di Strasburgo è il suo concreto funzionamento. La maggior parte dei giudici che siedono alla Corte europea dei diritti dell'uomo ha già svolto funzioni giudiziarie nel Paese di origine; alcuni provengono direttamente dalla professione legale dell'uno o dell'altro Paese e una minoranza non insignificante proviene dal mondo accademico. È quest'ultima categoria che, di solito, ha meno problemi nell'adattarsi alla particolare relazione lavorativa esistente tra i giudici e la Cancelleria della Corte. Ciò può essere dovuto, in parte, al fatto che gli accademici hanno talora avuto modo, in precedenza, di studiare le procedure interne e il funzionamento della Corte, mentre i giudici e gli avvocati dei 47 Paesi del Consiglio d'Europa si sono per la maggior parte concentrati sugli aspetti sostanziali o procedurali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come emergono dalla giurisprudenza della Corte, e sull'applicazione della medesima Convenzione a casi particolari, dando invece spesso per scontata la procedura interna, dall'introduzione del ricorso alla Corte fino al momento della sua decisione e della pubblicazione della sentenza.

In questo breve documento, intendo fare luce su alcuni aspetti della relazione tra i giudici della Corte Edu e la Cancelleria di quella stessa Corte. Inutile dire che tutte le opinioni espresse sono personali e non riflettono in alcun modo l'opinione della Corte Edu o del Consiglio d'Europa, di cui la Corte è un organo.

La prima cosa da tenere a mente è che la giurisdizione territoriale ordinaria della Corte si estende da Reykjavík a Vladivostok, da Nuorgam (in Finlandia) all'enclave spagnola di Melilla, sulla costa marocchina. Mentre le 47 giurisdizioni rappresentate condividono molti principi di base comuni del diritto, il funzionamento dettagliato di ciascun sistema giuridico e giudiziario in queste 47 giurisdizioni è differenziato in modo inimmaginabile. In qualsiasi formazione giudiziaria – giudice unico, comitato di tre giudici, camera di sette giudici o Grande Camera di diciassette giudici – un giudice della Corte Edu passa molto tempo (e, nel caso di un giudice eletto per un piccolo Paese, la maggior parte del suo tempo) a occuparsi delle leggi di un Paese in gran parte a lui estraneo. In secondo luogo, c'è il *turnover* dei giudici della Corte. In media, ogni anno cessano dall'incarico da due a sei giudici, che saranno sostituiti in seguito alle elezioni condotte dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. Occorre – e, anche qui, posso parlare per esperienza personale – un periodo di tempo (da uno a due anni) necessario affinché un nuovo giudice possa dire con la

* L'Autore è grato al Giudice Francesco Buffa per la traduzione di parti di questo documento dall'inglese all'italiano; si ringrazia Cyrilla Everett B.A. (Maastricht), LL.M. (Lond.), giurista in tirocinio presso la Corte Edu, per lo svolgimento di ricerche relative a questo scritto.

mano sul petto di essere pienamente informato o, almeno, pienamente a suo agio in merito alle procedure interne alla Corte. Tali procedure sono costantemente messe a punto, nella ricerca di una gestione più efficiente ed efficace delle 60.000 domande attualmente pendenti innanzi alla Corte.

Come la maggior parte dei tribunali internazionali, la Corte Edu ha una Cancelleria forte, che funziona anche da “memoria istituzionale” della Corte per quanto riguarda sia la giurisprudenza sia le procedure meno note e più criptiche, che incidono sull’*iter* di ogni ricorso presentato alla Corte. Mentre la Cancelleria deve la sua immediata origine al Regolamento della Corte – adottato dalla Corte in seduta plenaria¹ ai sensi dell’art. 25, lett. (d), Cedu – l’origine remota della Cancelleria si trova nella stessa Convenzione. L’art. 24, par. 1, stabilisce che «La Corte dispone di una cancelleria i cui compiti e la cui organizzazione sono stabilite dal regolamento della Corte». Non vi è altro riferimento alla Cancelleria nella Convenzione e il *registrar* (o cancelliere capo) è menzionato solo due volte: all’art. 25, lett. (e), in relazione al metodo della sua elezione e all’elezione dei vice-cancellieri, e all’art. 40, par. 2, nelle versioni ufficiali in inglese e francese. La versione non ufficiale italiana parla di «ufficio di cancelleria»: «I documenti depositati presso l’ufficio di cancelleria sono accessibili al pubblico a meno che il presidente della Corte non decida diversamente». Le funzioni del *registrar* non sono reperibili nella Convenzione². È interessante notare, tuttavia, che l’art. 24, par. 2, inizia a delineare il ruolo del *relatore non giudiziario*, chiamato semplicemente «relatore» (in prosieguito: *non-judicial rapporteur* – NJR), che, come vedremo tra poco, è uno dei più importanti funzionari della moderna Cancelleria della Corte.

2. Cosa succede quando un ricorso è ricevuto dalla Corte?

Come avviene nella maggior parte dei tribunali nazionali, la registrazione delle domande pervenute alla Corte è gestita dal personale della Cancelleria, che agisce secondo il Regolamento della Corte, secondo eventuali istruzioni pratiche che possono, di volta in volta, essere date dal presidente della Corte e, infine, nel rispetto delle istruzioni generali emesse dal *registrar*: non è ancora coinvolto alcun giudice in questa fase.

Le istruzioni pratiche si trovano alla fine del Regolamento della Corte, mentre le istruzioni generali sono

documenti interni non disponibili al pubblico. Il controllo giudiziario sui ricorsi è esercitato, in questa fase, in maniera molto remota dal presidente della Corte, che agisce attraverso il *registrar*, e persino quest’ultimo non vede in pratica nessun ricorso tra le centinaia ricevute ogni giorno. Quindi: *chi* gestisce il singolo ricorso, a parte – ovviamente – il postino e il personale dell’ufficio postale di smistamento della Corte?

Nel 2015 sono stati introdotti ampi emendamenti all’art. 47 del Regolamento della Corte («Contenuto di un ricorso individuale») per garantire che ogni nuova domanda abbia, sin dal momento della sua presentazione, tutti i requisiti necessari: ciò al fine di evitare, come avveniva sovente in precedenza, ulteriori richieste interlocutorie di informazioni o documenti suppletivi, richieste che prolungavano la durata del procedimento. La Cancelleria è piuttosto severa nell’applicare il citato art. 47, il cui mancato rispetto comporterà la mancata registrazione della domanda.

Quando una nuova domanda arriva sul tavolo di un giurista (*case-lawyer*) della Cancelleria, il suo primo compito è assicurare che i requisiti dell’art. 47 siano stati rispettati. Se il giurista è del parere che la domanda non sia conforme all’art. 47, lo segnala al NJR e, dopo l’approvazione di quest’ultimo, al ricorrente è inviata una lettera che lo informa che la domanda non è stata registrata per carenza dei prescritti requisiti minimi indispensabili.

Questa lettera non interrompe in alcun modo il termine dei sei mesi contemplati nell’articolo 35, par. 1, Cedu (termine che sarà ridotto a quattro mesi se e quando il Protocollo n. 15 alla Convenzione entrerà in vigore), in modo tale che, ove il ricorso – poi giudicato carente dei requisiti minimi *ex art. 47* – sia stato depositato all’ultimo minuto, potrebbe non esservi più tempo sufficiente per ripresentarlo correttamente, una volta ricevuta la lettera indicante che la domanda giudiziale non è stata registrata.

3. Dopo la registrazione

Avvenuta la registrazione del ricorso, si procede all’assegnazione del caso a una sezione della Corte, che comprenderà il giudice nazionale del Paese convenuto. Non di rado, la domanda è presentata contro più di un Paese: in tal caso, il ricorso sarà destinato alla sezione che ospita il Paese contro il quale sono dirette le principali lamentele. Nondimeno, è possibile assegnare, per gravi ragioni di prudenza,

1. Oggi la plenaria, composta da 47 giudici, non è una formazione giudiziaria, ma ha solo funzioni amministrative. Le formazioni giudiziarie sono quelle elencate nell’art. 26, par. 1, Cedu.

2. Queste funzioni sono enunciate nel Regolamento della Corte. Si vedano, in particolare, gli artt. 17, 18 e 18A.

un ricorso a una sezione della quale il giudice nazionale non sia membro; in questa ipotesi, il giudice nazionale diventa d'ufficio un membro della relativa camera ai sensi dell'art. 26, par. 4, Cedu. Giova ricordare a questo punto che la sezione non è una camera. La Convenzione parla di «Chambers» – negli artt. 26, 29 e 30 –, mentre il Regolamento (art. 25) fa riferimento alle «sezioni». La camera è un pool di sette giudici, costituito dai giudici di una particolare sezione.

Stabilita la sezione, il *case-lawyer*, agendo sotto il controllo di un NJR (salvo che il *case-lawyer* non sia egli stesso un NJR), farà una valutazione preliminare per accertare se il ricorso deve essere assegnato a un giudice unico, a un comitato di tre giudici o a una camera di sette giudici.

4. Il giudice unico e la nascita del relatore non giudiziario

La formazione giudiziaria del giudice unico, a cui si riferiscono gli artt. 26 e 27 Cedu, è un portato degli emendamenti introdotti nella Convenzione dal Protocollo n. 14, entrato in vigore il 1° giugno 2010. Il massiccio arretrato di domande allora pendenti – più di 100.000 – ha richiesto misure radicali per filtrare le domande chiaramente non ammissibili. Tali domande potrebbero essere inammissibili in quanto manifestamente infondate, sia per motivi formali (ad esempio, una domanda presentata tardivamente) sia per motivi sostanziali (come quando, per esempio, la domanda richiesta non solleva alcun problema inerente alla Convenzione, o le affermazioni del richiedente non sono comprovate o, ancora, la questione è stata oggetto di giurisprudenza consolidata nel senso che nelle circostanze allegata dal richiedente non c'è violazione)³.

Restava, tuttavia, un grosso problema. Se, come richiesto dall' (allora proposto) art. 26, par. 3, Cedu, il giudice unico non doveva esaminare alcuna richiesta nei confronti dell'Alta Parte Contraente in relazione alla quale era stato eletto, come poteva il giudice com-

prendere un ricorso redatto in una lingua straniera e facente riferimento a un sistema legale a lui del tutto estraneo? Già nel 2004, il Comitato direttivo per i diritti umani (CDDH) del Consiglio d'Europa, nella sua relazione esplicativa alla bozza del Protocollo n. 14⁴, rilevava (par. 48) che: «La capacità di filtraggio è aumentata rendendo un giudice unico competente a dichiarare irricevibile o a cancellare dal ruolo una domanda individuale. Il nuovo meccanismo mantiene il carattere giudiziario del processo decisionale in merito alla ricevibilità. I giudici unici saranno assistiti da relatori non giudici, che faranno parte della Cancelleria». Quello che allora era l'art. 25 della Convenzione è stato sostituito dall'attuale art. 24⁵, più sopra menzionato. È significativo notare come, fino a quel momento, il concetto di *relatore* fosse, naturalmente, ben noto alla Corte: il relatore era il giudice designato a predisporre un progetto di decisione o di sentenza che sarebbe, poi, stato presentato ai suoi colleghi in un formazione giudiziaria. Il «relatore» introdotto dall'art. 24 *non era un giudice*, ma persona *appartenente alla Cancelleria*. E l'unico riferimento che la Convenzione – al contrario del Regolamento della Corte – fa al relatore interessa, appunto, il NJR e non il giudice relatore.

Un NJR è nominato dal presidente della Corte su proposta del *registrar*, previa consultazione con il responsabile della sezione filtro (per i Paesi facenti parte della sezione di filtraggio⁶), il *registrar* di sezione competente, il responsabile della divisione pertinente⁷ e il giudice nazionale del Paese interessato.

Il NJR è generalmente nominato tra i *giuristi* A della Cancelleria con diversi anni di esperienza alle spalle. Il NJR avrà una buona conoscenza della lingua e del sistema giuridico del Paese o dei Paesi con cui avrà a che fare (oltre a essere fluente nelle due lingue ufficiali della Corte). Per ciascun Paese è nominato almeno un NJR che si assuma la responsabilità a tempo pieno per il filtraggio delle domande ricevute; nel caso di Paesi con un numero elevato di domande, sono nominati più NJR. Il mandato di un NJR ha una durata minima di un anno; tuttavia, i NJR che dirigono un *team* di giuristi sono generalmente nominati

3. Per un'esposizione completa di tutti i criteri di ammissibilità e della giurisprudenza della Corte, si fa rinvio alla *Guida pratica sulle condizioni di ricevibilità*, reperibile online sul sito della Corte: www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ITA.pdf.

4. *Explanatory Report*, CDDH (2004) 004 final, addendum II.

5. Art. 24, par. 1: «La Corte dispone di una cancelleria i cui compiti e la cui organizzazione sono stabiliti dal regolamento della Corte»; art. 24, par. 2: «Quando procede in composizione di giudice unico, la Corte è assistita da relatori che esercitano le loro funzioni sotto l'autorità del presidente della Corte. Essi fanno parte della cancelleria della Corte».

6. La sezione di filtraggio si occupa attualmente di quattro Paesi con alto numero di ricorsi: Ucraina, Turchia, Russia e Romania. Altri Paesi con elevate sopravvenienze, come l'Italia e l'Ungheria, hanno i propri *team* di filtraggio.

7. Per scopi amministrativi, i giuristi, i loro supervisori e i NJR sono raggruppati in divisioni.

per un periodo di due anni, in modo da consentire il buon funzionamento del *team*.

5. L'iter innanzi al giudice unico

Il numero dei giudici in composizione monocratica può variare (art. 27A, par. 1, Regolamento della Corte). I giudici unici sono istituiti ai sensi dell'art. 26, par. 1, Cedu. Dopo avere consultato il Bureau (composto, oltre che dal presidente, dai vicepresidenti e dai presidenti di sezione), il presidente della Corte decide il numero di giudici unici da istituire e procede alle designazioni richieste, fissando in anticipo l'elenco delle parti contraenti per le quali ciascun giudice unico esercita le sue competenze per tutto il periodo in cui è designato in tale qualità. Quanto appena detto non si applica ai presidenti di sezione, che agiscono come giudici unici in un contesto diverso, come vedremo fra poco⁸. Come già accennato, un giudice in composizione monocratica non può esaminare i ricorsi introdotti contro il Paese aderente in relazione al quale è stato eletto.

Il giudice unico riceve periodicamente un elenco di casi, con una sintesi dei fatti (e, dove necessario, un'indicazione della giurisprudenza consolidata) e con la proposta di dichiarare il ricorso irricevibile. Le sintesi e le proposte sono redatte dai *case-lawyers*, ma devono essere approvate dal NJR. La decisione finale, però, spetta sempre al giudice unico. In casi dubbi, il giudice può consultare l'avvocato responsabile per il sunto o il NJR (o entrambi), nonché discuterne con il giudice nazionale, ovvero il giudice eletto in relazione allo Stato contro il quale il ricorso è stato fatto. In tale ipotesi non si avrà violazione dell'art. 26, par. 3, Cedu poiché la decisione è rimessa soltanto al giudice unico⁹.

Quando il giudice unico accetta una proposta del NJR, una breve lettera standard è inviata (o, per essere precisi, lo era fino a poco tempo fa) al ricorrente per informarlo che la Corte, in composizione monocratica (indicando il nome del giudice), ha dichiarato il ricorso irricevibile. La decisione del giudice unico è definitiva (art. 27, par. 2, Cedu). Questa lettera non offriva, in precedenza, alcun cenno della ragione o delle ragioni di tale irricevibilità, producendo in varie sedi – anche accademiche – molte critiche. Si segnalava, in particolare, il primo comma dell'art. 45 Cedu, che stabilisce che «*Le sentenze e le decisioni che di-*

chiarano i ricorsi ricevibili o irricevibili devono essere motivate». Da giugno del 2017, però, una nuova procedura è stata introdotta. Essa è stata illustrata nel comunicato stampa della Corte del 1° giugno 2017¹⁰:

«Ora che l'arretrato è stato eliminato e alla luce dell'invito degli Stati contraenti nella Dichiarazione di Bruxelles del marzo 2015, la Corte ha adottato una nuova procedura che consente di fornire una motivazione più dettagliata [nella lettera al ricorrente]. Nell'adottare un nuovo approccio, la Corte ha dovuto trovare un equilibrio tra la preoccupazione legittima in ordine alla mancanza di motivazioni per il caso singolo e il mantenimento di un processo efficiente per trattare casi inammissibili, al fine di non distogliere troppe risorse dall'esame di casi potenzialmente ben fondati. A partire da giugno 2017, la Corte cambierà pertanto il modo in cui emette le decisioni del giudice unico. Invece di una lettera di decisione, i ricorrenti riceveranno una decisione della Corte in composizione monocratica in una delle lingue ufficiali della Corte e firmata da un giudice unico, accompagnata da una lettera nella lingua nazionale pertinente. La decisione includerà, in molti casi, riferimenti a motivi specifici di irricevibilità. Tuttavia, in alcuni casi, la Corte emetterà decisioni di rigetto globali, ad esempio laddove le domande contengano numerose lamentele infondate, mal concepite o vessatorie».

Il giudice unico può, naturalmente, non accettare le proposte di irricevibilità avanzate dal NJR. In tale eventualità può rinviare il caso a un comitato di tre giudici o a una camera di sette. Nel prendere tali decisioni, concernenti il rinvio a un'altra formazione giudiziaria, il giudice unico non è tenuto a motivare. Tuttavia, la corretta prassi suggerisce che le ragioni del rinvio debbano essere indicate, anche se molto brevemente. Questo aiuterà il giudice relatore, innanzi al comitato o alla camera, a comprendere il problema ravvisato dal giudice unico. Vi sono stati casi – anche se pochi e datati – in cui il ricorso, originariamente designato per una decisione del giudice unico, è finito addirittura davanti alla Grande Camera.

6. Nomina del giudice relatore

Quando un ricorso è incanalato verso una camera o un comitato, il presidente della sezione alla quale è attribuita la causa nomina il giudice che esa-

8. Si fa riferimento all'art. 54, par. 3, del Regolamento della Corte.

9. Alcuni giudici nazionali chiedono la lista del "loro Paese" con i casi che sono stati designati per l'assegnazione al giudice unico, in modo da segnalare quelli che, a loro avviso, non dovrebbero essere dichiarati irricevibili a questo punto del loro *iter*.

10. ECHR 180(2017).

minerà il ricorso in qualità di giudice relatore (art. 49, par. 2, Regolamento della Corte). Nella maggioranza dei casi, il giudice relatore sarà il giudice nazionale. Tuttavia, vi possono essere casi in cui quest'ultimo non è designato come giudice relatore. Ad esempio, quando il giudice nazionale si trova in ipotesi di impedimento, astensione o dispensa (art. 28 Regolamento della Corte). Vi possono essere anche casi in cui, a parere del presidente di sezione, sia preferibile nominare un altro giudice in qualità di relatore al posto di quello nazionale. Tali sarebbero, ad esempio, le cause che sollevano questioni delicate o controverse nello Stato convenuto. Nella prassi, i presidenti di sezione conferiscono con il giudice nazionale prima che il ricorso sia assegnato a un altro giudice. Il giudice nazionale può anche chiedere, per valide ragioni, di essere esentato dal ruolo di relatore in un caso particolare.

Dal momento in cui è designato, il giudice relatore lavorerà in stretto collegamento con il case-lawyer (alcuni *case-lawyer* sono anche NJR), ossia colui che prepara i documenti da comunicare e le bozze di sentenze o decisioni. In tale ipotesi, il case-lawyer agisce in base alle istruzioni del giudice relatore. Alcuni giudici, nella loro qualità di relatori, preferiscono lasciare la stesura in bozza al case-lawyer e discutere il caso solo dopo che quest'ultimo abbia elaborato la bozza. Altri preferiscono impartire istruzioni chiare su come il ricorso deve essere risolto e, eventualmente, istruzioni dettagliate riguardanti la stesura. In pratica, potrebbe non essere possibile discutere preliminarmente tutti i casi che un giudice ha sulla sua lista nella veste di relatore, perciò alcuni giudici si limitano a discutere preliminarmente solo quei casi che saranno esaminati da una camera, dando un po' di mano libera al case-lawyer sui casi destinati a un comitato (che risultano, di solito, meno complicati).

7. Comunicazione

Prima che le questioni sollevate dal ricorso siano comunicate al governo convenuto, il giudice relatore deve decidere, innanzitutto, se le medesime debbano essere comunicate. Laddove egli ritenga il caso inammissibile (ribaltando, così, negli effetti la decisione preliminare del *case-lawyer*) sono possibili tre opzioni. Il relatore può, salva indicazione contraria del presidente della sezione, riferire il ricorso al giudice unico perché esso sia da lui considerato e deciso. Se il caso presenta aspetti di irricevibilità che possono avere una portata generale o ripresentarsi in futuro,¹¹

il relatore può ritenere opportuna una decisione motivata in ordine all'irricevibilità del ricorso e, di conseguenza, proporrà tale decisione de plano a un comitato di tre giudici o alla camera. Si precisa che, mentre nella camera il giudice nazionale è, di regola, uno dei sette giudici che esaminano il ricorso anche quando la proposta riguarda una decisione de plano (ovvero senza comunicazione al governo) di inammissibilità, la presenza del giudice nazionale non è richiesta in comitato.

Se il giudice relatore è del parere che il ricorso debba essere comunicato al governo convenuto (o, in alcuni casi, ai governi convenuti quando il ricorrente lamenta che più di un governo sia responsabile della violazione) affinché la camera esamini la questione, il case-lawyer preparerà un documento – che sarà inviato al governo convenuto – ove si sintetizzano i fatti, come presentati dal ricorrente. Tale documento, di solito, contiene domande formulate al governo convenuto al fine di ottenere dal medesimo chiarimenti in ordine ai fatti o alle inerenti questioni giuridiche. Il case-lawyer, in base alle istruzioni del giudice relatore, preparerà un altro documento denominato *rapporteur's analysis*, che ha la funzione di spiegare al presidente della sezione, responsabile ultimo della comunicazione al governo convenuto, i motivi per i quali si chiedono allo stesso governo le osservazioni e i chiarimenti. Se il giudice relatore non è il giudice nazionale, questi due documenti sono inviati anche al giudice nazionale, chiedendo il suo parere. Se il giudice nazionale non è d'accordo, oppure se il presidente di sezione non condivide la proposta del giudice relatore (cosa che accade raramente), la questione è sottoposta alla camera. La stessa procedura viene seguita quando il giudice relatore si trova di fronte a un WECL (*well established case law*: caso rientrante nella giurisprudenza consolidata), che deve essere comunicato al governo convenuto, con l'unica differenza che la descrizione dei fatti e la *rapporteur's analysis* sono molto più brevi; inoltre, nessuna domanda è posta al governo convenuto.

8. Entra in scena di nuovo il NJR

Come già accennato in precedenza, ci sono casi in cui i presidenti di sezione agiscono come giudici unici. Il giudice relatore, quando ritiene che una o più delle doglianze – ma non tutte – presentate da un ricorrente siano manifestamente irricevibili, può, quando invia il documento di comunicazione al presidente di sezione, proporre che tale doglianza (o tali plurime

11. Si veda, ad esempio, *Tucka c. Regno Unito* (dec.), 18 gennaio 2011.

doglianze) sia dichiarata inammissibile dal presidente in qualità di giudice unico. Pertanto, abbiamo qui il giudice unico (nella persona del presidente di sezione) che agisce non su proposta del NJR (come nella normale procedura relativa al giudice unico), ma di un collega, il giudice relatore.

Tuttavia, quando le cosiddette “comunicazioni collettive” sono presentate al presidente di sezione dalla sezione di filtraggio o da uno dei *team* di filtraggio sopra citati, sia la proposta di comunicazione di una o più doglianze sia la proposta di dichiarazione di irricevibilità di altre, sono fatte da un NJR. Le comunicazioni collettive sono utilizzate per i Paesi con elevato contenzioso per trattare domande che sollevano motivi di ricorso identici (ad esempio, ricorsi riguardanti le condizioni di detenzione in carcere, la non esecuzione delle decisioni giudiziarie, la durata dei procedimenti civili o penali). Le informazioni riguardanti i vari ricorsi gestiti insieme saranno presentate in forma tabellare come appendice al documento, e il presidente di sezione, approvando il documento presentato dal NJR, comunicherà al governo convenuto le varie doglianze relative alle domande ritenute ammissibili e dichiarerà le altre inammissibili. Una procedura simile è seguita quando la sezione di filtraggio o un *team* di filtraggio inviano a un comitato di tre giudici una proposta di giudizio “collettiva” tipo WECL (ex art. 28, § 1, lett. (b) Cedu). La proposta non è presentata da un giudice relatore, ma da un NJR (che poi diventa l’agente vicecancelliere di sezione per quel particolare comitato). I ricorsi sono raggruppati e, mentre le motivazioni per il giudizio sono stabilite, anche se in forma breve, nel corpo della decisione, ulteriori informazioni sono riportate in forma tabellare in un’appendice. Naturalmente, tutte le sentenze redatte in tale formato sono pubblicate *online* sul sito della Corte¹².

9. Conclusioni

Il successo della Corte Edu non può e non deve essere misurato o valutato sulla base del numero di sentenze o decisioni rese – o del numero di ricorsi smaltiti – ogni anno. Nulla potrebbe essere più ostile al corretto funzionamento di un sistema giuridico e giudiziario della pressione esercitata da considerazioni puramente statistiche. Il vero successo della Corte deve essere valutato solo dall’impatto delle sue sentenze sull’efficace riconoscimento e rispetto dei diritti umani fondamentali nei 47 Stati membri firmatari della Convenzione, e sullo Stato di diritto all’interno di tali giurisdizioni. D’altra parte, l’efficienza nella gestione delle domande è cruciale per il mantenimento dell’alto livello morale che la Corte ha raggiunto nel campo dei diritti umani. Il flusso dei ricorsi, avviatosi dalla fine degli anni Cinquanta e, in seguito, stabilizzatosi negli anni Ottanta, si trasformò in una vera e propria inondazione nei decenni successivi. Si è reso, pertanto, necessario elaborare meccanismi per gestire in modo più efficace le centinaia di nuove domande che pervengono alla Corte ogni settimana: meccanismi che devono garantire il giusto equilibrio tra efficienza e corretta amministrazione della giustizia, tra convenienza amministrativa e supervisione giudiziaria. È in questo quadro che deve essere esaminata e valutata l’interazione tra le varie *dramatis personae* della Corte (giudici, cancellieri, sezioni filtro, NJR, giudici unici, camere). Indubbiamente, l’attuale sistema non è perfetto – quale sistema lo è? –, ma può, almeno, rivendicare di essere riuscito a stabilizzare e ridurre sostanzialmente l’arretrato giudiziario delle domande pendenti, garantendo nel contempo la qualità della giustizia espletata nel campo dei diritti umani in Europa.

12. Si vedano, ad esempio: *Soltész e altri c. Ungheria*, 11 gennaio 2018; *Kompaniyets e altri c. Ucraina*, 4 ottobre 2018; *Banu e altri c. Romania*, 20 ottobre 2018.

Assegnazione a formazioni giudiziarie nei procedimenti dinanzi alla Corte Edu

di Daniela Cardamone

Il testo analizza le principali differenze tra i procedimenti dinanzi alle diverse formazioni giudiziarie della Corte Edu e mette in luce l'utilizzo di procedure sempre più semplificate che, nell'ambito del processo di riforma della Corte, potrebbe comportare una progressiva riduzione delle garanzie in nome di una maggiore efficienza e a discapito dell'approfondimento del caso concreto.

1. Regole di assegnazione del ricorso alle diverse formazioni giudiziarie

Per i ricorsi individuali, introdotti da una persona fisica o giuridica nei confronti di uno Stato parte della Convenzione, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) e le Regole di procedura della Corte (Reg. proc.) dettano regole specifiche per l'assegnazione alle diverse formazioni giudiziarie: giudice unico, comitato, camera, Grande Camera. Solo per i ricorsi interstatali, infatti, è prevista la competenza funzionale della camera (artt. 29, par. 2, e 33 Cedu).

1.1. Assegnazione del ricorso al giudice unico

Il giudice unico è chiamato ad adottare le decisioni di inammissibilità che possono essere assunte *de plano*, senza ulteriore esame, quando è evidente che il ricorso non rispetti le condizioni di ricevibilità di cui all'art. 35 della Convenzione (art. 27 Cedu).

I giudici unici sono designati dal presidente della Corte, secondo la procedura descritta dall'art. 27A Reg. proc. e in applicazione degli artt. 26, par. 1, e 27 della Convenzione. Essi sono affiancati dai relatori non giudiziarî, che sono giuristi della Cancelleria incaricati dal presidente della Corte su proposta del cancelliere (art. 18A Reg. proc.). L'art. 52A, par. 2, Reg. proc., conformemente a quanto previsto dall'art. 26, par. 3 Cedu, stabilisce che il giudice eletto per lo Stato convenuto non può essere designato giudice unico.

I ricorsi irricevibili sono attribuiti a un giudice unico, a meno che non vi siano specifiche ragioni per assegnarlo ad una formazione collegiale (comitato o

camera). Il giudice unico – al quale il caso è stato assegnato perché, a un primo esame, ritenuto inammissibile – può, ad esempio, non condividere tale impostazione e ritenere che il ricorso debba essere esaminato dal comitato o dalla camera. Non è escluso dalle Regole di procedura che il giudice unico che ha trasmesso gli atti al comitato o alla camera possa comporre il collegio giudicante incaricato di esaminare il ricorso.

In particolare, l'art. 49, par. 1, Reg. proc. consente che anche un ricorso verosimilmente inammissibile possa essere esaminato da una camera o da un comitato (si veda anche l'art. 54, par. 1, Reg. proc.). Ad esempio, vi possono essere casi in cui il ricorso, sia pure verosimilmente inammissibile, è trattato da una camera quando è necessario pronunciarsi sull'effettività di un rimedio di diritto interno e dalla decisione della Corte dipende l'esito di altri ricorsi pendenti. In questo caso, la camera emette una *leading decision* alla quale fanno seguito le pronunce di inammissibilità del giudice unico in tutti i ricorsi che riguardano la medesima questione di effettività del rimedio di diritto interno.

In altri casi, può essere lo stesso giudice unico a trasmettere gli atti a un comitato, qualora ritenga di non poter decidere *de plano* sull'inammissibilità e che sia necessario il vaglio di una decisione collegiale.

In generale, i ricorsi che hanno ad oggetto questioni "sensibili", che possono avere un notevole impatto sull'opinione pubblica dello Stato interessato, possono rendere opportuno l'esame da parte di una camera o di un comitato e la conseguente esposizione dei motivi di inammissibilità in una decisione dettagliata e pubblica.

In linea di principio, quindi, sono trattati dal giudice unico i ricorsi manifestamente inammissibili che non richiedono un ulteriore esame o una decisione pubblica. In questi casi, come previsto dall'art. 52A, par. 1, Reg. proc., il ricorrente è informato dell'esito della procedura mediante una lettera.

In proposito, è utile evidenziare che, all'esito della Conferenza di Bruxelles del 2015, che ha chiesto alla Corte una maggiore trasparenza nelle decisioni di giudice unico¹, la Corte dal 2017 ha mantenuto l'impegno assunto mediante l'invio ai ricorrenti del testo di una decisione nella quale, sia pure in maniera standardizzata, sono indicati i motivi di irricevibilità.

Un'altra caratteristica della procedura del giudice unico è che le sue decisioni di dichiarare il ricorso irricevibile o di cancellarlo dal ruolo, oltre che non pubbliche, sono definitive.

1.2. Assegnazione al comitato di tre giudici

Il comitato, collegio composto di tre giudici, può assumere decisioni d'inammissibilità o di cancellazione dal ruolo, o pronunciare sentenze nelle procedure che riguardano questioni in cui la Corte ha una giurisprudenza consolidata (*well established case law*).

Il comitato può essere investito dell'esame del ricorso a seguito di trasmissione degli atti da parte del giudice unico o, in prima assegnazione, nei casi in cui la Corte abbia una giurisprudenza consolidata.

Il comitato non è vincolato dalla decisione del giudice unico di non dichiarare il ricorso inammissibile e invero, all'unanimità, può rigettare il ricorso perché inammissibile o decidere la cancellazione dal ruolo anche quando gli atti sono stati trasmessi da quest'ultimo – art. 28, par. 1, lett. a), Cedu.

Il comitato, inoltre, può dichiarare il ricorso ricevibile e pronunciare congiuntamente una sentenza nel merito, quando la questione concernente l'interpretazione o l'applicazione della Convenzione o dei suoi protocolli è oggetto di una giurisprudenza consolidata.

Anche le decisioni del comitato sono definitive e non possono essere rimesse alla Grande Camera.

Il giudice dello Stato parte in causa non fa automaticamente parte del comitato. Nondimeno, l'art. 53, par. 3, Reg. proc. prevede che egli possa, a seguito di voto unanime, essere invitato a prendere il posto di uno dei suoi componenti, tenuto conto di diversi elementi quali, ad esempio, la contestazione da parte del governo della procedura di cui all'art. 28, par. 1, lett. b), Cedu (vale a dire a seguito di contestazione dell'applicazione al ricorso della procedura prevista per i casi nei quali vengano in rilievo questioni su cui la Corte ha una giurisprudenza consolidata).

Qualora il comitato non raggiunga una deliberazione all'unanimità, il caso è trasmesso alla camera per un ulteriore esame.

1.3. Esame del ricorso da parte della camera

La camera, collegio giudicante composto da sette giudici, di cui all'art. 26, par. 1, Cedu è costituita dal presidente della sezione, secondo i criteri indicati dall'art. 26, par. 1, Reg. proc. In attesa della costituzione di una camera, il presidente della sezione esercita i poteri propri del presidente della camera.

La camera può essere investita della decisione di un ricorso direttamente o a seguito di rimessione da parte del giudice unico (art. 27 Cedu) o del comitato (art. 29 Cedu). Infatti, quando non è stata adottata alcuna decisione ai sensi degli artt. 27 e 28 della Convenzione (rispettivamente: ricorso irricevibile o cancellazione dal ruolo) o non è stata pronunciata alcuna sentenza ai sensi dell'art. 28 (ricorso ricevibile e pronuncia della sentenza nel merito da parte di un comitato), il ricorso è assegnato in decisione a una camera.

L'art. 54, par. 1, Reg. proc., come già visto, prevede che la camera possa comunque dichiarare il ricorso irricevibile, in tutto o in parte, o cancellarlo dal ruolo.

La camera può, inoltre, in ogni momento chiedere informazioni relative ai fatti, la produzione di documenti o altri elementi necessari ai fini della decisione. Quando il ricorso è ricevibile, la camera lo porta a conoscenza del governo convenuto e lo invita a presentare le proprie osservazioni per iscritto sull'ammissibilità e sul merito; una volta ricevute le osservazioni scritte da parte del governo, la camera invita il ricorrente a presentare le sue osservazioni. Il ricorrente, in questa fase, deve replicare a tutte le considerazioni fatte dal governo sulle questioni di ammissibilità e di merito: ad esempio, presentando le proprie osservazioni sulle questioni in tema di inammissibilità, non esaurimento dei ricorsi interni, rispetto del termine dei sei mesi o manifesta infondatezza eventualmente sollevate dal governo.

La camera potrà rigettare parte del ricorso come inammissibile e, in parte, dichiararlo ammissibile. È importante rilevare che solo la decisione di inammissibilità può essere presa *de plano*, cioè senza instaurare il contraddittorio scritto con il governo convenuto (art. 54, par. 1, Reg. proc.).

Alle parti è assegnato un termine per presentare le rispettive memorie scritte, che potrà essere prorogato solo dal presidente della camera (art. 38 Reg. proc.).

Il presidente può, allo stesso tempo, rigettare parte del ricorso come inammissibile, agendo quale giudice

1. Si veda la Dichiarazione di Bruxelles del 27 marzo 2015. Questo documento e gli altri citati nel testo sono pubblici e possono essere consultati, sul sito *internet* della Corte Edu, al seguente indirizzo: www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c.

unico (art. 54, par. 3, Reg. proc.), laddove rilevi che alcune doglianze sono palesemente inammissibili.

Di norma, la procedura è scritta; come previsto dall'art. 54, par. 5, Reg. proc., la camera può, su istanza di parte o d'ufficio, decidere di celebrare un'udienza pubblica.

La camera può, in ogni momento, rimettere la propria giurisdizione a favore della Grande Camera (art. 30 Cedu) previa consultazione delle parti. Qualora una delle parti si opponga, la camera deve continuare a esaminare il ricorso e non può rimmetterlo alla Grande Camera. L'obiezione delle parti, per avere efficacia, deve essere presentata entro il termine di un mese dalla notificazione dell'intenzione della camera di rimettere la giurisdizione a favore della Grande Camera e deve essere ben motivata (art. 72, par. 4, Reg. proc.). Va in proposito segnalato che, alla luce del ruolo centrale svolto dalla Grande Camera nel garantire la coerenza della giurisprudenza della Corte Edu, la Conferenza di Brighton ha concluso che l'art. 30 della Convenzione dovrebbe essere modificato, eliminando la frase «a meno che una delle parti non vi si opponga». In attesa dell'entrata in vigore dello strumento di modifica, la Conferenza ha incoraggiato gli Stati parte ad astenersi dall'opporvi a eventuali proposte di rinuncia alla propria competenza da parte di una camera².

1.4. Individuazione del giudice relatore

In tutti i casi in cui la competenza appartiene a una formazione collegiale (comitato o camera), il presidente della sezione designa il giudice relatore, che è colui che ha il compito di esaminare il ricorso (art. 49, par. 2, Reg. proc.). Il giudice relatore propone alla camera la procedura da seguire, le decisioni da prendere e il testo da adottare. Prima di presentare il caso al collegio giudicante e di fare le relative proposte, il relatore può chiedere alle parti informazioni e documenti (art. 49, par. 3 Reg. proc.).

1.5. Assegnazione del ricorso alla Grande Camera

La Grande Camera è composta da diciassette giudici, tra i quali, d'ufficio: il presidente, il vicepresidente e i presidenti di sezione, ed è chiamata a esprimersi esclusivamente sui ricorsi che sollevano problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o la cui soluzione rischi di dar luogo al contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte (art. 30 Cedu).

L'art. 28, par. 2, Cedu prevede espressamente che le decisioni e le sentenze del comitato di tre giudici sono definitive. Conformemente, l'art. 43 Cedu, che disciplina la procedura della rimessione di un ricorso

alla Grande Camera, non riguarda le pronunce del comitato.

Le sentenze della camera diventano definitive tre mesi dopo la loro emissione, salvo che, prima della scadenza di questo termine, una delle parti non abbia richiesto la rimessione alla Grande Camera ai sensi dell'art. 43, par. 1 Cedu.

La sentenza della camera invece, secondo l'art. 44 Cedu, diventa immediatamente definitiva se le parti dichiarano che non richiederanno il rinvio alla Grande Camera o quando l'apposito collegio di cinque giudici (di cui all'art. 43, par. 2, Cedu) respinge una richiesta di rinvio ai sensi dell'art. 43 della Convenzione.

La richiesta di rimessione alla Grande Camera è esaminata da un collegio di cinque giudici che, ai sensi dell'art. 43, par. 2 Cedu, deciderà di accogliere la richiesta qualora la questione oggetto del ricorso sollevi gravi problemi riguardanti l'interpretazione e applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli o, comunque, un'importante questione d'interesse generale.

Se il collegio accoglie la richiesta, il ricorso sarà esaminato dalla Grande Camera, che decide con sentenza. La sentenza della Grande Camera è definitiva.

2. Le principali differenze tra le procedure

La procedura del giudice unico è la più semplice, si svolge senza contraddittorio e si conclude con una decisione non pubblica e non impugnabile.

Per quanto riguarda, invece, le procedure delle formazioni giudiziarie collegiali (camera e comitato), le principali differenze si traggono da un esame testuale delle Regole di procedura.

Va preliminarmente rilevato che le Regole di procedura, quando intendono riferirsi – oltre che alla camera – anche al comitato, lo dicono espressamente richiamando esplicitamente il comitato (ad esempio: l'art. 28, par. 5, Reg. proc. estende la procedura di nomina del giudice *ad hoc* anche al comitato; l'art. 33, par. 4, Reg. proc. prevede esplicitamente che anche le decisioni del comitato sono pubbliche; l'art. 49, par. 2 Reg. proc. prevede anche per il comitato la nomina del giudice relatore) oppure estendendo a quest'ultimo alcune specifiche disposizioni dettate per la camera (ad esempio: l'art. 53, par. 7, Reg. proc. estende al comitato l'applicazione degli artt. 42, par. 1, e 79-81 Reg. proc.).

Pertanto, in linea di principio, fatta salva la possibilità che la Corte di Strasburgo, se del caso e previa consultazione delle parti, deroghi alle Regole di Pro-

2. Si veda la Dichiarazione di Brighton del 19-20 aprile 2012, par. 25 d.

cedura (come previsto in via generale dall'art. 31 Reg. proc.), si applicano al comitato solo le norme che lo prevedono espressamente.

Alla luce di un'analisi testuale delle Regole di procedura, il procedimento che si svolge dinanzi al comitato appare molto più semplice rispetto a quello relativo alla camera, a discapito di alcune rilevanti garanzie. Ad esempio, per quanto riguarda la pubblicità della procedura, solo per la camera e non anche per il comitato è prevista la possibilità che le parti o altri soggetti portatori di un interesse qualificato possano accedere agli atti del fascicolo (l'art. 33, par. 1-3, Reg. proc. non contempla, infatti, il comitato).

La possibilità che il ricorrente possa ottenere il permesso di utilizzare la lingua ufficiale di uno Stato parte in luogo di una delle due lingue ufficiali della Corte (inglese o francese) è prevista solo per i casi che pendono dinanzi alla camera (art. 34, Reg. proc.).

L'intervento delle terze parti (Stati terzi, organizzazioni non governative, Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa) è previsto solo nei casi di competenza della camera e non anche per quelli di competenza del comitato (art. 44 Reg. proc.).

La possibilità che sia celebrata un'udienza pubblica non è prevista per i casi che pendono dinanzi al comitato, ma solo per quelli dinanzi alla camera (art. 54, par. 5 Reg. proc.).

La presenza necessaria del giudice eletto per la Parte contraente interessata è prevista solo per la camera (art. 26, par. 1 a Reg. proc.). Per quanto riguarda il comitato, come già detto (*supra*, par. 1.3), quest'ultimo può essere invitato a partecipare in luogo di uno dei tre membri a determinate condizioni.

Inoltre, la procedura dinanzi al comitato non prevede, in linea di principio, lo scambio delle osservazioni scritte tra le parti, perciò si svolge senza contraddittorio (l'art. 54 Reg. proc., infatti, prende in considerazione unicamente la camera).

Considerato, infine, che il comitato delibera all'unanimità, non appare in linea di principio possibile l'allegazione di opinioni separate da parte dei giudici.

3. Il processo di riforma della Corte e l'ampliamento della procedura del comitato

È noto che il sistema della Convenzione ha dato così buona prova di sé che è diventato «vittima del

suo successo». La Corte, negli ultimi anni, è stata destinataria di un così grande numero di ricorsi da rischiare essa stessa di non garantire il diritto alla durata ragionevole del procedimento.

Per salvaguardare l'efficacia del sistema di garanzia dei diritti fondamentali è stato intrapreso un processo di riforma del sistema della Convenzione e della Corte, finalizzato a risolvere i problemi dell'ingente numero di casi pendenti e della gestione delle sopravvenienze. Tale processo di riforma, iniziato con la firma del Protocollo n. 14³, è proseguito con le Conferenze intergovernative di Interlaken (2010), Izmir (2011), Brighton (2012), Bruxelles (2015) e, da ultimo, Copenaghen (2018).

In particolare, il Protocollo n. 14 è intervenuto allo scopo di razionalizzare l'attività della Corte Edu incidendo sui due tipi di ricorsi individuali più numerosi e che, in maggior misura, gravano sull'arretrato: i ricorsi manifestamente inammissibili e quelli ripetitivi.

Per i ricorsi *manifestamente inammissibili* la procedura del giudice unico, assistito da un relatore non giudiziario, costituisce ormai il meccanismo ordinario di filtro delle sopravvenienze. Tale procedura, unitamente all'applicazione rigorosa dell'art. 47 delle Regole di procedura, che impone di rigettare in via amministrativa i ricorsi per il mancato rispetto dei requisiti formali del formulario di ricorso o per la mancata produzione dei documenti rilevanti, ha comportato lo smaltimento dell'arretrato dei casi inammissibili e, al tempo stesso, ha consentito di procedere, ormai, con il sistema del *one in one out* per quanto riguarda le sopravvenienze.

Il dato statistico, in proposito, è evidente⁴. Nel 2012 pendevano circa 150.000 ricorsi e oggi, invece, ne pendono 54.350⁵, a fronte di una sopravvenienza che, nel corso degli anni, è stata pressoché costante (65.150 nuovi ricorsi nel 2012; 65.900 nel 2013; 56.250 nel 2014; 40.650 nel 2015; 53.500 nel 2016; 63.350 nel 2017).

I ricorsi definiti da un giudice unico sono stati 81.764 nel 2012, 89.737 nel 2013, 83.675 nel 2014, 43.135 nel 2015, 30.998 nel 2016, 66.156 nel 2017.

I ricorsi rigettati in via amministrativa, dunque non trasmessi ad alcuna formazione giudiziaria, sono stati 18.700 nel 2012, 13.600 nel 2013, 25.100 nel 2014, 32.400 nel 2015, 20.950 nel 2016, 22.650 nel 2017.

L'altra grande innovazione del Protocollo n. 14 è quella che consente di affidare alla procedura sem-

3. Aperto alla firma nel maggio 2004 ed entrato in vigore nel giugno 2010.

4. Tutti i dati statistici richiamati nel testo sono rinvenibili sul sito *web* della Corte europea dei diritti dell'uomo: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c>.

5. Dato statistico aggiornato al 30 giugno 2018.

plificata del comitato di tre giudici i ricorsi *ripetitivi*. Per ricorsi ripetitivi o “seriali” si intendono quelli che hanno alla base delle violazioni sistemiche o strutturali delle norme della Convenzione, causate da norme o da prassi giudiziarie o amministrative che sono in contrasto con la stessa e che, in quanto tali, sono destinate a ripetersi ogniqualvolta la norma viene applicata nel caso concreto. Per questi ricorsi, per i quali esiste una giurisprudenza consolidata, il Protocollo n. 14 ha previsto la possibilità di una trattazione semplificata da parte del comitato di tre giudici.

Smaltito l'arretrato dei casi inammissibili, la nuova sfida che la Corte di Strasburgo sta affrontando è quella della trattazione dei casi non manifestamente inammissibili, quindi potenzialmente fondati, per i quali i ricorrenti sono costretti ad aspettare alcuni anni una decisione della Corte. Tale situazione desta preoccupazione perché investe problematiche di ampio respiro, che riguardano la tenuta dell'intero sistema convenzionale della protezione dei diritti fondamentali nel suo complesso.

La Cancelleria della Corte di Strasburgo è impegnata costantemente nella risoluzione dei problemi di efficienza e di efficacia dell'azione della Corte, la quale rappresenta uno degli strumenti più avanzati per la tutela dei diritti fondamentali, che tuttavia rischia, a causa della carenza di risorse, di restare inefficace. Occorre, infatti, sottolineare che la Corte ha dovuto far fronte a tale aumento esponenziale di ricorsi senza che le risorse materiali ed umane a sua disposizione siano aumentate proporzionalmente.

Nell'ambito della Conferenza di Brighton, la Corte Edu ha evidenziato che, se nella trattazione dei casi seriali, i comitati stavano gradualmente prendendo il posto delle camere, il problema permaneva con riguardo ai ricorsi non manifestamente inammissibili⁶. La Conferenza, quindi, accogliendo le istanze di sem-

plificazione delle procedure della Corte di Strasburgo, proponeva di sfruttare appieno le potenzialità del Protocollo n. 14⁷ e invitava la Corte a consultare gli Stati per saggiare la possibilità di ricorrere a una interpretazione più ampia di «giurisprudenza consolidata» ai sensi dell'articolo 28, par. 1, Cedu, al fine di assegnare un maggior numero di cause alla formazione giudiziaria del comitato, da trattare con la relativa procedura semplificata⁸.

La necessità di consentire alla Corte di adottare procedure più celeri, al fine di gestire l'arretrato di ricorsi potenzialmente fondati, è stata nuovamente sottolineata nell'ambito della Conferenza di Bruxelles del 2015⁹ e della Conferenza di Copenaghen del 2018¹⁰.

L'opinione preliminare della Corte di Strasburgo, in preparazione della Conferenza di Copenaghen, è molto chiara in proposito: la Corte afferma di apprezzare in modo particolare l'incoraggiamento, da parte degli Stati, ad adottare le procedure semplificate facendo esplicito riferimento, tra le altre, alla riforma che prevede l'applicazione «ampliata» della procedura del comitato (la cd. *broader WECL procedure*)¹¹.

Chiaro è, quindi, il riferimento all'assegnazione di un numero sempre maggiore di casi alla formazione giudiziaria di tre giudici, mediante un'interpretazione più ampia del concetto di «giurisprudenza consolidata» di cui all'art. 28 della Convenzione.

Più cauti appaiono gli esiti della Conferenza di Copenaghen, la quale, preso atto che la Corte si sta impegnando nel trovare soluzioni al fine di riservare il maggior numero di risorse alla trattazione dei ricorsi più delicati e di maggiore impatto mediante una attenta attività di identificazione delle priorità¹², per quanto riguarda le procedure semplificate di trattazione dei ricorsi incoraggia la Corte a esplorare tutte le possibili strade per gestire l'arretrato, ma a farlo in

6. Si veda l'opinione preliminare della Corte in preparazione della Conferenza di Brighton (adottata dalla Corte in seduta plenaria il 20 febbraio 2012).

7. Dichiarazione di Brighton, par. 6.

8. «Invita la Corte a consultare gli Stati parte laddove valuti di applicare un'interpretazione più ampia del concetto di “giurisprudenza consolidata” ai sensi dell'articolo 28 (1) della Convenzione al fine di assegnare un maggior numero di cause al comitato, senza pregiudizio per il dovuto esame circostanze di specie della causa ed il carattere non vincolante delle sentenze contro un altro Stato Parte» (si veda: Dichiarazione di Brighton, par. 20, lett. f).

9. Si veda la dichiarazione di Bruxelles del 27 marzo 2015.

10. Si veda la dichiarazione di Copenaghen del 12 e 13 aprile 2018.

11. ECHR, *Opinion on the draft Copenhagen Declaration – Adopted by the Bureau in light of the discussion in the Plenary Court on 19 February 2018*, par. 20 e 21, dove si fa riferimento, oltre alla «fast-track WECL procedure» (che è una procedura di rapida trattazione dei casi “seriali”) e alla «procedura di comunicazione semplificata» (cd. «*Immediate and simplified communication of applications*»), anche alla cd. «*broader WECL procedure*»: www.echr.coe.int/Documents/Opinion_draft_Declaration_Copenhagen%20ENG.pdf.

12. Per quanto riguarda le politiche di priorità della Corte, si può fare riferimento a questo documento: www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf.

cooperazione con gli Stati parte e nel pieno rispetto dei diritti delle parti coinvolte nei procedimenti.¹³

La possibilità di applicare la procedura semplificata del comitato in maniera più ampia risiede, come si è visto, nello stesso Protocollo n. 14, dove è previsto che la nozione di «giurisprudenza consolidata» (*well established case law*, nella versione inglese, e *jurisprudence bien établie* nella versione francese) si applica «ai casi ripetitivi» e si stabilisce che questi ultimi sono quelli in cui esiste una «giurisprudenza che è stata costantemente applicata da una camera».

In tal senso, la lettera del Protocollo n. 14 lascerebbe spazio a una nozione più ampia di giurisprudenza consolidata la quale non sarebbe limitata ai «casi seriali», quali ad esempio quelli in materia di irragionevole durata della procedura o di condizioni di detenzione, ma potrebbe essere ampliata fino a ricomprendere il concetto di «giurisprudenza costante»¹⁴.

La concreta possibilità di ricorrere a tale nozione ampliata di giurisprudenza consolidata si fonda sulla circostanza che la Corte di Strasburgo ha ormai emesso più di 20.000 sentenze e si è ripetutamente pronunciata sulle medesime questioni, le quali, pur non dando adito a casi seriali – essendo le fattispecie concrete parzialmente diverse –, comportano l'applicazione di principi generali ormai consolidati.

In quest'ottica, la procedura della camera diventerebbe residuale rispetto a quella del comitato e del giudice unico, in quanto verrebbe applicata solo quando la questione oggetto del ricorso presenta un interesse dal punto di vista giurisdizionale perché, ad esempio, è una questione nuova oppure si tratta di una problematica sulla quale la Corte ha necessità di approfondire alcuni aspetti, o ancora nei casi in cui, pur esistendo una giurisprudenza consolidata, vi sia-

no dubbi in merito alla sussistenza di una violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione.

4. Valutazioni conclusive

Non è ancora possibile prevedere gli sviluppi di tale approccio più semplificato nella trattazione dei ricorsi da parte della Corte di Strasburgo. Tra gli aspetti positivi troviamo, certamente, la maggiore celerità della procedura del comitato rispetto a quella della camera e, quindi, la prospettiva per le parti di ottenere una risposta in tempi più brevi, a risorse materiali e umane invariate.

A fronte di una maggiore celerità della procedura vi sono, però, la riduzione delle garanzie procedurali, il pericolo di un'eccessiva standardizzazione della giurisprudenza, l'impossibilità di un nuovo esame da parte della Grande Camera e l'esame meno approfondito della fattispecie concreta.

L'assegnazione al comitato, inoltre, non può essere contestata dal ricorrente, essendo tale possibilità prevista solo per lo Stato interessato (art. 53, par. 3, Reg. proc.). D'altro canto, poiché l'assegnazione al comitato avviene in base a una giurisprudenza consolidata in casi che si possono definire «manifestamente ammissibili», verosimilmente il ricorrente non avrebbe nulla di che lamentarsi; invece, per lo Stato parte in causa tale assegnazione significherebbe, in linea di principio, una condanna certa.

Si tratterà di vedere quali saranno le conseguenze dell'implementazione di tale procedura e se, come già accaduto per quella del giudice unico, la Corte di Strasburgo dovrà fare i conti con le preoccupazioni delle parti in merito al rischio di una riduzione delle garanzie procedurali, in nome di una maggiore efficienza e a discapito dell'approfondimento del caso concreto.

13. Si veda la Dichiarazione di Copenaghen dell'aprile 2018, parr. 43-54. In particolare, il par. 50 così recita: «[The Conference] Notes the approach taken by the Court in seeking to focus judicial resources on the cases raising the most important issues and having the most impact as regards identifying dysfunction in national human rights protection. Encourages the Court, in co-operation and dialogue with the States Parties, to continue to explore all avenues to manage its caseload, following a clear policy of priority, including through procedures and techniques aimed at processing and adjudicating the more straightforward applications under a simplified procedure, while duly respecting the rights of all parties to the proceedings».

14. Si veda il Protocollo esplicativo del Protocollo n. 14 (par. 68).

I giuristi A della Corte (selezione e formazione)

di *Emanuele Nicosia*

I giudici della Corte Edu sono coadiuvati, nell'esercizio delle loro funzioni, da giuristi, i quali sono selezionati, assunti come funzionari e retribuiti dal Consiglio d'Europa nonché inseriti nell'organico della Cancelleria della Corte. L'articolo ne analizza il sistema di reclutamento, in particolare dei giuristi di grado superiore ("giuristi A"), evidenziandone gli aspetti positivi e i profili problematici.

1. La figura del giurista della Corte Edu e il concorso pubblico quale modalità primaria di accesso alla carriera

Com'è noto, la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu), massimo organo giurisdizionale europeo in materia di tutela dei diritti dell'uomo, è composta da giudici in numero pari a quello degli Stati membri dell'organizzazione internazionale del Consiglio d'Europa (CdE) – ad oggi quarantasette –, i quali sono eletti dall'Assemblea parlamentare del CdE su una lista di tre candidati presentata da ciascuno Stato membro (artt. 20-22 Cedu). I giudici afferiscono, dal punto di vista amministrativo, a una delle cinque sezioni che compongono la Corte, in seno alle quali vengono poi costituiti i collegi giudicanti ordinari (camere), in modo non diverso da quanto avviene, ad esempio, nella Corte di cassazione italiana.

I giudici della Corte Edu – similmente a quanto avviene, tra le altre, nella Corte costituzionale italiana e nella Corte di giustizia dell'Unione europea (Cgue) – nell'esercizio delle loro funzioni non sono soli: essi prendono parte alle udienze e adottano le deliberazioni in Camera di consiglio, ma nella quotidiana attività di trattazione dei procedimenti – che include le attività di studio e analisi dei ricorsi e degli atti processuali, di ricerca giurisprudenziale, di redazione degli atti intermedi della procedura (quali la lettera

di comunicazione del ricorso al governo resistente) e di redazione del provvedimento decisorio (sentenza o decisione) – sono coadiuvati da un certo numero di giuristi (*lawyers/juristes*), i quali sono selezionati, assunti e retribuiti dal CdE, organizzazione internazionale "madre" in seno alla quale la Corte opera. Tali giuristi, dal punto di vista amministrativo, sono inquadrati come funzionari del CdE (*staff members/agents*), mentre dal punto di vista funzionale sono inseriti nell'organico della Cancelleria della Corte (*Registry/Greffe*). I compiti e l'organizzazione della Cancelleria sono stabiliti dal Regolamento della Corte (art. 24 CEDU).

Secondo quanto indicato, ad esempio, nell'ultimo bando di concorso per il reclutamento di giuristi della Corte Edu relativo all'Italia, i giuristi hanno il compito di «trattare i ricorsi in conformità con i metodi di lavoro e con le procedure della Corte, in particolare con quelle stabilite dal Regolamento della Corte, nonché con i valori del Consiglio d'Europa»¹. Più precisamente, il bando indica quali mansioni del giurista della Corte Edu le seguenti (elenco indicato come non tassativo):

- trattare un certo numero di casi conformemente alla Cedu e alle procedure della Corte;
- esaminare e trattare i ricorsi presentati alla Corte Edu nel rispetto dei termini generalmente applicabili, dei principi di funzionamento interno e delle direttive specifiche promananti

1. Bando di concorso n. e95/2016 - giurista - Italia (grado A1/A2), reperibile sul sito ufficiale del Consiglio d'Europa (www.coe.int).

- dalle riunioni operative relative allo Stato in questione;
- gestire la corrispondenza con i ricorrenti e, se del caso, con i governi e con i terzi;
 - fornire assistenza ai ricorrenti – per iscritto oppure, se necessario, incontrandoli di persona – in merito ai requisiti di ammissibilità dei ricorsi presentati alla Corte;
 - preparare i fascicoli che saranno esaminati dal giudice relatore e sottoposti al giudizio della Corte;
 - effettuare l'analisi giuridica dei casi;
 - assistere alle sessioni della Corte e presentare i casi da trattare;
 - redigere sentenze, decisioni, verbali, rapporti, note e altri documenti;
 - effettuare studi e ricerche in merito alla giurisprudenza della Corte Edu e al diritto interno;
 - analizzare e diffondere informazioni sulla giurisprudenza della Corte;
 - coadiuvare il capo divisione e tenerlo informato, rendendolo partecipe dei risultati raggiunti, delle esigenze sopravvenute, dei rischi e delle opportunità legati all'evoluzione del caso o a talune evenienze;
 - curare la comunicazione in merito alle questioni relative ai casi trattati;
 - curare la trasmissione di informazioni appropriate a ciascun soggetto coinvolto nel procedimento;
 - intrattenere rapporti con i propri omologhi;
 - promuovere i valori della Corte Edu e del Consiglio d'Europa all'interno e all'esterno dell'organizzazione.

Com'è evidente, si tratta di un ampio ventaglio di mansioni le quali includono compiti che richiedono un'alta qualificazione e specifiche competenze in campo giuridico (studio e ricerca giurisprudenziale, analisi fattuale e giuridica, redazione dei provvedimenti giurisdizionali), accanto a mansioni più propriamente amministrative o di cancelleria (assistenza alle udienze, gestione della corrispondenza con le parti, assistenza ai ricorrenti, compiti di informazione e comunicazione etc.). In ogni caso, tale insieme di attività delinea una figura professionale che svolge un ruolo essenziale, tanto di ausilio all'attività dei giudici quanto di supporto al funzionamento della "macchina" della Corte Edu.

Come avvengono, allora, la selezione e il reclutamento dei giuristi della Corte Edu, chiamati a svolgere un ruolo così importante?

Presto detto. Fatta eccezione per alcune posizioni temporanee di durata piuttosto limitata, che possono essere attribuite in caso di necessità mediante chiamata diretta della Corte Edu (oggi sempre più rare),

il reclutamento dei giuristi della Corte avviene, come nella pubblica amministrazione italiana, per concorso pubblico: un concorso bandito dal CdE e generalmente aperto a chiunque sia dotato di taluni requisiti (di cui si dirà più avanti).

L'accesso alla carriera per concorso pubblico marca una profonda differenza tra il sistema di reclutamento dei giuristi della Corte Edu e il sistema di reclutamento dei giuristi che assistono tanto i giudici della Corte costituzionale italiana, quanto quelli dell'altro supremo organo giudiziario europeo, la Cgue: una differenza che produce rilevanti conseguenze sul profilo professionale, sullo *status* e sul ruolo del giurista della Corte Edu.

Infatti, i giudici della Corte costituzionale e della Cgue hanno diritto di scegliere e inserire nel proprio *staff* un certo numero di giuristi, con il compito di coadiuvarli nello studio e nell'analisi giuridica delle questioni loro sottoposte, nelle ricerche giurisprudenziali e nella redazione delle bozze di provvedimenti giurisdizionali (le mansioni più propriamente amministrative o di cancelleria sono invece svolte da funzionari di ruolo dell'istituzione). Tali giuristi (denominati *assistenti di studio* alla Corte costituzionale e *referendari* alla Cgue) sono scelti in base a un rapporto di tipo essenzialmente fiduciario. Naturalmente, deve trattarsi di persone comunque in possesso di determinate competenze, qualifiche e/o esperienze (si tratta, in genere, di magistrati, avvocati, accademici, funzionari pubblici). Tuttavia non è necessario, per l'instaurazione del rapporto di lavoro con l'istituzione, il superamento di alcun concorso pubblico, né di alcuna selezione pubblica e aperta all'esterno. Ciascun giudice sceglie liberamente i propri stretti collaboratori e ne propone l'assunzione all'istituzione giudiziaria di appartenenza. Alla Cgue in particolare, solo occasionalmente, in assenza di candidati proposti direttamente dal giudice, la vacanza della posizione di referendario è diffusa e pubblicizzata, con specificazione di requisiti fissati liberamente dallo stesso giudice: in genere internamente tra i funzionari dell'Ue, e solo più raramente all'esterno, sul sito *internet* della Cgue. In ogni caso, la selezione è effettuata con modalità liberamente decise dal giudice (solitamente un colloquio, accompagnato dall'esame dei titoli e del *curriculum*).

La natura fiduciaria del rapporto con il giudice, che sta all'origine del reclutamento dei giuristi che collaborano con i giudici della Corte costituzionale e della Cgue, fa sì che il giurista così assunto veda la propria posizione professionale strettamente legata a quella del giudice stesso: la nomina o il contratto sono a tempo determinato, agganciati alla durata del mandato del giudice, e le mansioni sono di diretta collaborazione; alla scadenza del mandato, così come pure in caso di decesso, dimissioni o rimozione dalle

funzioni del giudice, o anche solo di rottura del rapporto fiduciario, non vi è alcuna garanzia che il rapporto di lavoro tra il giurista e l'istituzione prosegua (fermi restando l'applicazione di alcune tutele minime e il fatto che, in concreto, l'esperienza professionale maturata costituisce generalmente una buona risorsa per un eventuale ricollocamento nello *staff* di altro giudice).

Viceversa, l'assenza di un rapporto di tipo fiduciario con un giudice, insieme alla selezione per concorso pubblico aperto all'esterno, costituisce allo stato una rilevante peculiarità del sistema di accesso alla carriera di giurista della Corte Edu, che contribuisce inevitabilmente a connotarne lo *status* in termini di maggiore autonomia professionale: il giurista è assunto attraverso una procedura di reclutamento aperta all'esterno a tutti i candidati dotati di taluni requisiti e gestita interamente dall'istituzione, non dal giudice; il suo *status*, il suo rapporto di lavoro (ancorché, spesso, a tempo determinato) e le sue mansioni non sono legati alla figura di un giudice, il quale non può scegliere direttamente i propri collaboratori (fatta eccezione per la possibilità di proporre il reclutamento di stagisti) e non dispone di giuristi che lavorino esclusivamente con e per lui; il giurista è inserito in una delle divisioni in cui si articola la Cancelleria della Corte (divisioni giuridiche incaricate della trattazione dei ricorsi oppure altre divisioni: ricerca, pubblicazioni e informazione sulla giurisprudenza, equa soddisfazione) e non in un "gabinetto" del giudice (che, in quanto tale, a differenza ad esempio della Cgue, non esiste); infine, a livello di mansioni – oltre ad assolvere al compito primario di coadiuvare i giudici (in particolare il giudice relatore) nello studio dei casi, nelle ricerche giurisprudenziali e nella stesura delle decisioni (al pari degli assistenti di studio della Corte costituzionale e dei referendari della Cgue) – il giurista svolge anche, come accennato, compiti di alta cancelleria quali la gestione delle comunicazioni e della corrispondenza con le parti, in qualità di rappresentante della Cancelleria e non di ausiliario del giudice.

Si tratta di una differenza nel sistema di reclutamento e nell'inquadramento a mio parere molto rilevante, che presenta al contempo aspetti positivi e profili più problematici, sia per il giurista (o per l'aspirante tale) sia per l'istituzione.

Dal punto di vista dell'aspirante giurista, il sistema di reclutamento evidentemente risulta, da un lato, più aperto e imparziale, dall'altro più impegnativo rispetto a quello delle altre alte Corti. Più aperto e imparziale – e ciò costituisce a mio avviso un aspetto molto positivo – perché evidentemente chiunque, purché titolato e vincitore del concorso pubblico, può accedere alla carriera di giurista della Corte Edu indipendentemente dalla previa conoscenza personale o

dal gradimento da parte di uno dei giudici, o dall'instaurazione di un rapporto fiduciario con uno di essi (come invece avviene, appunto, per gli assistenti della Corte costituzionale e per i referendari della Cgue), in condizioni di uguaglianza e di parità di *chance* rispetto agli altri candidati. Più impegnativo – altrettanto evidentemente – in quanto non bastano i titoli, le competenze, le esperienze e l'eventuale esistenza di un rapporto fiduciario con il giudice per ottenere il posto di giurista, ma è necessario superare il concorso, che come tutti i concorsi è difficile e dagli esiti aleatori e imprevedibili anche per il candidato più preparato, specie se vi partecipa un numero rilevante di candidati (come generalmente avviene).

Quanto all'inquadramento e allo *status* professionale, è chiaro che per il giurista il sistema di reclutamento per concorso è un fatto positivo, che lo rende meno "precario" (proprio in quanto il suo *status* professionale non è agganciato alle vicende del giudice), e che, sotto il profilo funzionale, ne connota il ruolo in termini di maggiore autonomia anche rispetto ai giudici, i quali devono necessariamente avvalersi dell'ausilio dei giuristi selezionati e assunti direttamente dall'istituzione.

Anche dal punto di vista dell'istituzione Corte Edu, il sistema di reclutamento per concorso può avere aspetti positivi e negativi.

Come visto, il sistema si fonda su una selezione condotta con criteri obiettivi e uniformi tendenzialmente validi per tutte le procedure concorsuali relative a tutti gli Stati, e da commissioni di concorso composte non dai giudici, ma da giuristi e funzionari di carriera appartenenti all'istituzione, non di rado di nazionalità diversa da quella dei candidati.

Ciò consente – e questo è un fatto indubbiamente positivo in termini di autorevolezza e imparzialità della Corte Edu – la costituzione di una Cancelleria della Corte Edu formata da un *corpus* di giuristi di sicura professionalità e di provata vocazione internazionale, multiculturale e multilingue, tendenzialmente omogenei per livello di formazione e di preparazione, qualifiche e competenze (indipendentemente dalla nazionalità e dalle rispettive esperienze pregresse), evitando quelle disomogeneità che possono, invece, crearsi nei sistemi in cui ogni giudice sceglie liberamente i propri collaboratori.

D'altra parte però un simile sistema di reclutamento può avere anche effetti negativi: innanzitutto, proprio perché gestito dall'istituzione e non dal giudice, tale sistema risulta di fatto incentrato per lo più sulla verifica delle conoscenze del candidato in materia di diritto internazionale pubblico e diritto europeo dei diritti dell'uomo (con particolare riferimento ovviamente alla Cedu e alla giurisprudenza della Corte Edu), e meno incisivo nella verifica delle conoscenze – che pure appaiono essenziali per un'efficace tratta-

zione dei ricorsi – relative al diritto interno in tutte le sue varie branche e articolazioni, nonché alla sua interpretazione giurisprudenziale. Considerato che la semplice laurea in giurisprudenza, pur accompagnata da qualche anno di esperienza professionale, non sempre garantisce l'elevato livello di conoscenza del diritto interno a tutto campo che sarebbe richiesto dalla varietà e complessità delle questioni giuridiche che la Corte Edu è oggi chiamata ad affrontare, e che tale elevato livello di conoscenza non sempre può essere verificato adeguatamente in sede concorsuale (anche in ragione della frequente assenza, in commissione, di giuristi con formazione giuridica conseguita nello Stato in questione), vi è il rischio che i posti di giurista siano coperti da candidati magari eccellenti sotto il profilo della conoscenza del diritto della Cedu, ma meno ferrati sotto il profilo della conoscenza approfondita e a tutto campo del diritto interno.

In secondo luogo, il fatto che i giuristi della Corte Edu siano funzionari di carriera, che tendenzialmente svolgono per molti anni la loro attività professionale in seno alla Corte o, comunque, al CdE, può rendere meno agevole lo scambio di esperienze e di conoscenze, in genere proficuo, tra Cancelleria della Corte Edu da un lato e magistratura, avvocatura e accademia dall'altro, rispetto a quanto non avvenga invece nelle Corti in cui il giudice può portare con sé, dall'esterno (cioè, in genere, da uno dei suddetti ambiti professionali nazionali), i propri collaboratori.

Infine, l'assenza di un rapporto fiduciario con i giudici e la posizione di maggiore autonomia di cui i giuristi della Corte Edu godono rispetto ai loro omologhi delle altre alte Corti potrebbe, talora, anche avere effetti non positivi sul buon funzionamento interno dell'istituzione, in particolare nel caso in cui emergano tra il giudice e i giuristi che con lui collaborano contrasti e divergenze di natura professionale o anche semplici incompatibilità caratteriali (fermo restando, naturalmente, che il giurista è comunque obbligato ad adeguarsi alla posizione del giudice relatore e a seguirne le indicazioni).

2. Requisiti di accesso al concorso e alla carriera

Il concorso pubblico costituisce dunque la modalità principale, se non esclusiva, per accedere alla carriera di giurista della Corte Edu. Ciò vale sempre, in particolare, per il reclutamento dei giuristi inquadrati nella categoria "A", che sono quelli di grado più elevato e oggetto del presente contributo (per i giuristi di categoria "B", anch'essi in genere assunti per concorso pubblico, ma che in determinati casi possono essere assunti, per brevi periodi, per chiamata diretta da parte dell'istituzione).

Quali sono i requisiti richiesti per poter accedere a tale concorso e a tale carriera?

Alcuni requisiti sono richiesti per l'accesso, in generale, ai concorsi e alla carriera di funzionario del CdE, mentre altri sono più specificamente richiesti, in particolare, per il profilo di giurista.

Nella pagina del sito *web* ufficiale del Consiglio d'Europa (www.coe.int) dedicata al reclutamento del personale si pone l'accento sul fatto che, in generale, l'organizzazione cerca professionisti di talento specializzati in vari ambiti, i quali condividano la "visione" e i valori dell'organizzazione. Requisito primario di accesso al concorso e alla carriera è quello di un'adesione ideale alla "missione" del CdE (che notoriamente è quella di far progredire in Europa la nobile triade composta da diritti dell'uomo, Stato di diritto e democrazia) nonché ai valori essenziali del personale dell'organizzazione (professionalità, integrità, rispetto). Tale requisito è tanto importante in teoria quanto difficilmente verificabile in modo sicuro ed effettivo in occasione delle prove concorsuali: esso è, infatti, solitamente verificato attraverso prove cd. "situazionali" – sia scritte che orali – nelle quali si chiede sostanzialmente al candidato di chiarire come si comporterebbe in determinate situazioni che possono verificarsi nell'esercizio delle sue funzioni (conflitti di interesse, difficoltà nei rapporti con superiori e colleghi, etc.). Proprio al fine di vagliare l'idoneità del candidato sotto tale profilo, della commissione di concorso fanno parte in genere uno o più funzionari specializzati non nella materia oggetto del concorso (ad esempio, diritto), ma in risorse umane. Tuttavia, si può ipotizzare che non sempre sia facile, anche per gli specialisti del settore, capire se le risposte fornite dal candidato in tali prove siano del tutto sincere e corrispondano effettivamente al modo in cui il candidato si comporterebbe nella realtà.

Essenziali sono considerate poi, per il CdE, l'attitudine del candidato a lavorare in un ambiente realmente multiculturale, quale è l'ambiente di un'organizzazione internazionale, nonché le capacità di relazione interpersonale e di comunicazione. La prima può essere desunta solo in parte dalla capacità di esprimersi per iscritto e oralmente in inglese e francese, dovendo essere più che altro verificata, al pari delle seconde, attraverso gli strumenti – già richiamati – degli specialisti in risorse umane.

A parte queste attitudini generali, i requisiti obiettivi e generali, necessari per la partecipazione a tutti i concorsi banditi dal CdE, sono essenzialmente tre.

Il primo è un requisito di cittadinanza: è necessario che il candidato sia cittadino di uno Stato membro del CdE. Naturalmente, il possesso della cittadinanza italiana soddisfa il requisito, mentre di regola non possono partecipare al concorso i cittadini di Stati non membri del CdE (inclusi, ad esempio, i cittadini

di Stati non membri i quali abbiano vissuto, risieduto, studiato o lavorato in Italia).

Il secondo è un requisito di età: di norma, il candidato non deve aver compiuto i 65 anni di età (alla data di scadenza del bando di concorso), che è l'età di pensionamento dei funzionari del CdE.

Il terzo requisito generale, di importanza fondamentale, è infine la conoscenza linguistica. Per partecipare ai concorsi banditi dal CdE è necessaria, in linea di principio, un'eccellente padronanza di almeno una delle due lingue ufficiali del CdE (inglese e francese) e una conoscenza discreta dell'altra, sebbene le esigenze linguistiche possano differire in funzione del tipo di posto da coprire. Sempre secondo la pagina pertinente del sito *web* ufficiale, in taluni casi la conoscenza di altre lingue europee potrebbe essere considerata necessaria o costituire un titolo di preferenza. Di fatto, la conoscenza di altre lingue risulta necessaria per la partecipazione ad alcune selezioni finalizzate a coprire i posti vacanti presso una delle sedi periferiche del CdE (soprattutto nelle capitali dei Paesi dell'Europa orientale), mentre risulta non essenziale – anche se talora utile – per i giuristi della Corte Edu, i quali utilizzano sempre, come lingue di lavoro per la redazione degli atti di loro competenza (rapporti, bozze di decisioni, corrispondenza con le parti, etc.) l'inglese e/o il francese. Nei bandi di concorso relativi, in particolare, ai giuristi italiani sono generalmente indicate come necessarie un'eccellente conoscenza della lingua italiana (livello di madrelingua), una conoscenza molto buona di una delle lingue ufficiali del CdE e una conoscenza “non qualificata” dell'altra nonché, infine, la capacità di redigere con chiarezza e precisione testi giuridici in francese o in inglese². In pratica, buona parte dei giuristi della Corte Edu, ivi compresi i giuristi italiani, ha una buona conoscenza di entrambe le lingue ufficiali, tale da consentire di lavorare indifferentemente utilizzando l'una o l'altra.

Ai tre requisiti generali (cittadinanza, età, conoscenza linguistica) fin qui richiamati, validi per tutti i concorsi banditi dal CdE, si aggiungono poi una serie di requisiti e di qualifiche specifiche, corrispondenti al tipo di posto da coprire. Questi requisiti si distinguono in due tipologie.

La prima tipologia riguarda le competenze, che sono indicate come la base della politica del CdE in materia di risorse umane e come uno dei fondamenti della procedura di reclutamento. Le competenze essenziali sono quelle ritenute indispensabili per poter ricoprire il posto in questione, mentre le competenze auspicabili sono quelle che costituiscono una risorsa ulteriore, che avvantaggia il candidato rendendolo più idoneo a ricoprire il ruolo. Le competenze neces-

sarie per ciascun tipo di posto sono indicate in ciascun bando di concorso (*vacancy notice/avis de vacance*). Nel caso dei giuristi della Corte Edu, le competenze essenziali richieste nel bando di concorso sono evidentemente competenze in materia giuridica, unite a competenze più generiche riconducibili alla capacità di lavoro *lato sensu* intesa. A titolo esemplificativo, nell'ultimo bando di concorso per giuristi italiani già citato sono indicate, quali competenze essenziali, la conoscenza approfondita del sistema giuridico italiano e la capacità di trattare casi relativi ad altri sistemi giuridici, la conoscenza del diritto costituzionale e internazionale, le capacità redazionali, di analisi e soluzione dei problemi, la ricerca della qualità, la capacità di pianificazione e organizzazione del lavoro e di lavorare in gruppo, la capacità di apprendere e migliorare nonché di comunicare. Quali competenze non essenziali, ma auspicabili, sono indicate la capacità di negoziare, l'adattabilità, il senso dell'iniziativa e l'attenzione al conseguimento degli obiettivi.

La seconda tipologia di requisiti riguarda invece l'esperienza e i titoli acquisiti dal candidato. Stante la grande diversità dei profili professionali richiesti dal CdE e dei posti messi a bando, tali requisiti (esperienza professionale, titoli, competenze e conoscenze linguistiche o informatiche, etc.) sono diversi per ciascun tipo di impiego e sono dettagliatamente descritti anch'essi nel bando di concorso.

Nei concorsi per “giuristi A” della Corte Edu, requisito fondamentale è in genere il possesso di un titolo d'istruzione superiore in diritto, conseguito nello Stato cui si riferisce il bando, che permetta l'accesso, sulla base del *curriculum* o a seguito di concorso, alla funzione giudiziaria o alle professioni giuridiche in quello Stato (nel caso dei giuristi italiani, tale requisito sarà, evidentemente, il possesso della laurea in giurisprudenza conseguita in Italia). Pertanto, ciò che conta al fine di poter accedere alla carriera di giurista italiano della Corte Edu non è tanto la nazionalità del candidato (che può anche non essere italiana, purché sia di uno degli altri Stati membri), ma l'aver conseguito una formazione in diritto italiano (il che dovrebbe fornire al candidato aspirante giurista la capacità di trattare i procedimenti che scaturiscono dal sistema giuridico italiano).

Ulteriori titoli post-universitari quali *master*, specializzazioni, dottorati, etc. non sono richiesti come requisiti essenziali, anche se una specializzazione post-universitaria in diritti dell'uomo, meglio se conseguita in contesti accademici internazionali e multiculturali (eventualmente con lezioni, esami e prove svolte in inglese o francese) costituisce indubbiamente un vantaggio per il candidato: sia sotto il profilo della sua

2. Si veda, ancora, il già citato bando di concorso n. e95/2016 - giurista - Italia (grado A1/A2).

maggior capacità di superare le prove concorsuali, sia sotto il profilo della sua maggiore “appetibilità” per l’istituzione, nel momento in cui questa sarà chiamata a scegliere il candidato idoneo da assumere.

Infine, i concorsi per giuristi A richiedono in genere – a differenza dei concorsi per “giuristi B”, finalizzati a coprire posti di categoria *junior* (*young lawyers*) – un certo numero di anni di esperienza professionale pregressa. Nel bando relativo all’ultimo concorso per giuristi italiani della Corte Edu si richiedevano ai candidati almeno due anni di esperienza (limite eventualmente elevabile in funzione del numero dei candidati), acquisita dopo il conseguimento del diploma di laurea richiesto, in ambito giuridico (preferibilmente giudiziario), in Italia o nell’ambito di organizzazioni internazionali.

3. Tipologie di concorso e di bandi

Così come alcuni dei requisiti di accesso alla carriera riguardano tutti i funzionari del CdE e non solo i giuristi, così i concorsi finalizzati al reclutamento dei giuristi della Corte Edu si svolgono secondo regole generali applicabili a tutti i concorsi banditi dal CdE, indipendentemente dal profilo professionale oggetto del bando e dall’organismo al quale i vincitori saranno destinati. A queste regole generali si aggiungono poi alcune specificità proprie della tipologia di posto da ricoprire (come, appunto, nel caso del giurista presso la Corte Edu).

È bene chiarire a questo proposito che si può diventare giuristi A della Corte Edu superando concorsi di diversa natura, più o meno “specialistici”.

Alcuni concorsi banditi dal CdE hanno, infatti, natura generale, nel senso che sono aperti a tutte le professionalità di cui l’organizzazione ha bisogno (giuristi, economisti, giornalisti, esperti di risorse umane etc.) e riguardano genericamente l’assunzione di funzionari (*administrators/administrateurs*). Tali concorsi sono in genere aperti ai cittadini di tutti gli Stati membri, indipendentemente dalla nazionalità e dallo Stato membro in cui si sono formati³, ma a volte sono riservati a candidati aventi una determinata nazionalità (solitamente, allorché quella nazionalità risulti sottorappresentata all’interno del CdE)⁴.

Questi concorsi “generici” si articolano in differenti profili professionali e le prove concorsuali saranno strutturate in maniera tale da consentire a tutti i candidati dotati delle diverse professionalità richieste dal bando di superare il concorso. Gli eventuali candidati idonei saranno poi assunti presso l’uno o l’altro organismo del CdE a seconda del loro profilo professionale, in modo tendenzialmente slegato dalla nazionalità. Nel caso in cui il concorso “generale” sia aperto anche a candidati con profilo di giuristi, i vincitori dotati di tale profilo professionale, indipendentemente dalla nazionalità, potranno essere chiamati a coprire un posto vacante presso uno degli organismi del CdE che si avvalgono dell’operato di giuristi: dunque sicuramente presso la Corte Edu, ma anche presso uno degli altri organismi o dei dipartimenti dell’organizzazione.

Altri concorsi più specifici sono invece finalizzati all’assunzione di funzionari aventi uno specifico profilo professionale (ad esempio, giurista), da destinare a uno qualsiasi degli organismi e dei dipartimenti del CdE che necessitano di quella professionalità⁵. Talvolta, il fine di questi concorsi è l’assunzione di funzionari provvisti – oltretutto di uno specifico profilo professionale – anche di una formazione conseguita in un determinato Stato membro⁶. Quest’ultimo è tipicamente il caso dei concorsi finalizzati a reclutare i giuristi destinati alla Cancelleria della Corte Edu, in seno alla quale è necessario non solo che i funzionari incaricati della trattazione dei ricorsi abbiano solide competenze giuridiche (e siano, perciò, dei giuristi), ma anche – come si è visto – che gli stessi abbiano conseguito la loro formazione giuridica nel diritto interno dello Stato al quale si riferiscono i ricorsi di cui tali giuristi saranno chiamati a occuparsi. In altre parole, a differenza della maggior parte dei posti per giuristi disponibili negli organismi diversi dalla Corte Edu, i quali richiedono per lo più competenze generiche di diritto internazionale pubblico e di diritto della Cedu e possono dunque essere coperti indifferentemente da giuristi di qualunque nazionalità (salva la necessità di garantire che tutti gli Stati siano adeguatamente rappresentati in seno al CdE), i posti per giuristi da coprire nella Cancelleria della Corte Edu afferiscono in larga misura a strutture amministrative interne (divisioni), tendenzialmente incaricate della

3. Bando di concorso n. e84/2007 per l’assunzione di amministratori/amministratrici aperto ai cittadini degli Stati membri del Consiglio d’Europa (grado A1/A2), reperibile sul sito ufficiale del Consiglio d’Europa (www.coe.int).

4. Bando di concorso n. e119/2006 per l’assunzione di amministratori/amministratrici aperto ai cittadini italiani (grado A1/A2), reperibile sul sito ufficiale del Consiglio d’Europa (www.coe.int).

5. Bando di concorso n. e25/2010, per l’assunzione di giuristi (grado A1/A2), reperibile sul sito ufficiale del Consiglio d’Europa (www.coe.int).

6. Bando di concorso n. e95/2016, per l’assunzione di giuristi – Italia (grado A1/A2), reperibile sul sito ufficiale del Consiglio d’Europa (www.coe.int).

trattamento dei ricorsi relativi a un determinato Stato, e dunque devono essere necessariamente coperti da giuristi che abbiano una formazione nel diritto interno di quello Stato. Da ciò consegue il fatto che i concorsi per giuristi della Corte Edu sono tendenzialmente distinti per ciascuno Stato membro e sono banditi in momenti diversi, a seconda delle necessità. Ciò tuttavia non impedisce, come visto, che i giuristi della Corte Edu possano essere assunti attingendo alle graduatorie dei concorsi generali o che, viceversa, dalla graduatoria degli idonei di un concorso riservato alla Corte Edu possano eccezionalmente attingere, per coprire propri vuoti di organico, anche altri organismi del CdE. Inoltre, è pure possibile che al giurista assunto con concorso riservato ai candidati formati in uno Stato membro venga poi assegnato il compito di trattare ricorsi diretti contro altri Stati.

I bandi di concorso per posti in seno al CdE sono pubblicati con cadenza non regolare, a seconda del fabbisogno di risorse umane dell'organizzazione. Quelli che possono dare accesso alla carriera di giurista della Corte Edu, inclusi sia quelli generali per funzionario che quelli specifici per giuristi, in particolare alla Corte Edu, sono pubblicati a distanza di alcuni anni l'uno dall'altro (almeno, stando alla luce della prassi degli ultimi quindici anni).

4. Prove concorsuali e nomina

Il concorso *standard* bandito dal CdE si articola in più fasi.

Si inizia con una preselezione basata sui titoli dichiarati dal candidato nella domanda di partecipazione, condotta alla luce dei criteri e dei requisiti stabiliti nel bando. Questa fase è gestita dalle strutture del CdE che hanno competenza in materia di risorse umane ed è finalizzata a una prima scrematura dei candidati in base al possesso dei requisiti generali e specifici previsti dal bando (cittadinanza, età, competenze linguistiche, titoli essenziali).

Si prosegue poi con una o più prove scritte, anche di natura diversa tra loro a seconda del posto da coprire e del numero di candidati (*test* attitudinale, questionari di varia natura, composizione scritta, prove "situazionali", *test* di lingua, etc.), che sono volte ad accertare competenze e conoscenze del candidato. Alcune di queste prove hanno carattere "eliminatorio" (nel senso che il mancato superamento della stessa preclude la valutazione delle altre prove e determina l'esclusione del candidato). Nei concorsi per giuristi, in particolare per giuristi A destinati alla Corte Edu, la prova scritta consiste in genere: in un *test* preliminare a risposta multipla (sulla Cedu, sulla giurisprudenza della Corte Edu e sui loro rapporti con il diritto interno), in una composizione scritta in inglese o in francese (tema

su un argomento generale e/o analisi giuridica di un caso concreto in materia di diritti umani) e, infine, in una o più prove "situazionali" (consistenti nel descrivere come il candidato si comporterebbe in presenza di determinate situazioni professionali, descritte dalla traccia). Il *test* preliminare eliminatorio ha evidentemente la funzione, più che di testare in modo preciso competenze e conoscenze, di ridurre – in modo un po' brutale, ma necessario – il numero dei candidati (negli ultimi anni assai elevato), in modo da concentrare l'impegnativa attività di selezione su un numero relativamente ristretto di persone. Le prove di composizione scritta (tema e/o analisi giuridica) costituiscono il cuore della selezione e sono evidentemente finalizzate a verificare le conoscenze sostanziali del candidato in materia di diritto della Cedu, ma anche le sue capacità redazionali in lingua inglese o francese, entrambe essenziali per lo svolgimento delle mansioni di giurista della Corte Edu. Le prove "situazionali", infine, mirano a verificare il profilo personale dell'interessato e le sue capacità di lavoro e di relazione interpersonale, nonché la sua integrità morale e professionale.

Si chiude, infine, per i candidati che hanno conseguito i migliori risultati, con una prova orale (colloquio) dinanzi alla commissione di concorso. Quest'ultima è composta generalmente sia da funzionari delle risorse umane che da rappresentanti dell'organismo o del dipartimento di destinazione, dunque, nel caso di giuristi della Corte Edu, da un giurista *senior* della stessa. La prova si svolge in linea di principio in inglese e/o in francese e mira a verificare anch'essa tanto le conoscenze del candidato nella materia oggetto del concorso, quanto le sue competenze e le sue attitudini.

All'esito del concorso, i candidati che hanno superato le prove non sono automaticamente assunti, ma sono inseriti, in ordine di merito, in una graduatoria di idonei valida per due anni (eventualmente prorogabile fino a quattro), alla quale i vari dipartimenti e organismi del Consiglio d'Europa (inclusa naturalmente la Corte Edu) possono attingere a seconda delle loro necessità, in base non solo all'ordine di merito, ma anche alle esigenze del posto da ricoprire e delle qualifiche dei candidati. L'inserimento di un candidato nella graduatoria non comporta automaticamente un diritto all'assunzione.

I candidati idonei inseriti in graduatoria potranno essere assunti con contratto a tempo determinato, rinnovabile una o più volte. Va rilevato, in proposito, che il CdE, che in passato offriva spesso ai giuristi A della Corte Edu contratti a tempo indeterminato (magari dopo un primo periodo di lavoro con contratto a tempo determinato), da qualche anno, anche in considerazione di una rilevante contrazione del *budget* dell'organizzazione, ha cessato di offrire contratti a tempo indeterminato e propone solo contratti a tempo determinato, rinnovabili di regola senza limiti temporali.

I giuristi B della Corte (selezione e formazione)

di Muriel Vicquery

La Corte europea dei diritti dell'uomo e il Consiglio d'Europa offrono regolarmente opportunità di lavoro per i laureati in giurisprudenza. Tutti i posti vacanti sono pubblicati sul sito *web* della Direzione delle risorse umane del Consiglio d'Europa. La procedura di selezione si sviluppa in più fasi e può variare a seconda del profilo ricercato.

1. Gli *stage*

I neo-laureati in giurisprudenza che possiedono una buona conoscenza delle questioni relative ai diritti umani e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo possono svolgere un periodo di tirocinio presso la Corte.

Gli *stage* si svolgono principalmente presso le divisioni legali. Peraltro, anche altre divisioni, come quella che si occupa delle pubblicazioni e delle note d'informazione sulla giurisprudenza, la divisione di ricerca, l'unità di stampa e l'unità di relazioni con il pubblico possono essere sede di tirocinio. La scelta di un dato settore dev'essere, tuttavia, motivata nel formulario di candidatura.

Lo *stage* ha una durata che va da otto settimane a cinque mesi. Ogni anno, il Consiglio d'Europa organizza due sessioni di *stage* (da settembre a gennaio e da marzo a luglio).

Per partecipare alla selezione è necessario essere cittadini di uno degli Stati membri del consiglio d'Europa e possedere la laurea in giurisprudenza. Altrettanto importanti sono la disponibilità e l'interesse ad acquisire conoscenze pratiche sul funzionamento e sulle attività del Consiglio, oltre a un'ottima conoscenza di una delle due lingue ufficiali del Consiglio, l'inglese o il francese.

I compiti degli *stagiaire* possono variare a seconda della divisione di appartenenza. Si possono citare, a titolo indicativo, alcune mansioni ricorrenti, quali lavori di ricerca, preparazione di progetti di rapporto e studi per le riunioni, redazione di verbali e lavoro di assistenza in relazione alle attività della divisione.

Ai tirocinanti è offerta l'opportunità, attraverso una formazione introduttiva organizzata in loro favore, di conoscere da vicino il funzionamento della Corte e le modalità di attuazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché le attività e le procedure di cooperazione internazionale del Consiglio d'Europa. Inoltre, essi hanno l'opportunità di partecipare alle conferenze e ai seminari che si tengono all'interno della Corte o del Consiglio d'Europa, alle riunioni dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e a tutte le altre conferenze che possono aver luogo durante il loro soggiorno a Strasburgo.

I tirocinanti non sono remunerati. Le spese di viaggio e alloggio, così come le spese giornaliere, sono a carico del tirocinante o delle istituzioni che li sponsorizzano. Per finanziare lo *stage* esistono diversi tipi di borse di studio a livello sia nazionale che europeo. È importante notare che la domanda di borsa di studio dev'essere presentata solo dopo l'offerta di *stage* da parte del Consiglio.

Per candidarsi è necessario utilizzare il sistema di candidatura *online* e inviare il modulo di richiesta entro la scadenza indicata sul sito *web*. Tutte le domande devono essere inviate esclusivamente tramite il sistema *online* ed essere completate in francese o in inglese. È possibile completare l'applicazione in più riprese e, una volta perfezionata, inviare la domanda.

A causa del numero elevato di domande, è consigliato inviare la propria candidatura almeno due settimane prima della scadenza. Le domande incomplete o ricevute dopo la scadenza non saranno prese in considerazione.

Per consentire al maggior numero di candidati di beneficiare di un'opportunità di tirocinio, è possibile svolgere lo *stage* all'interno dell'organizzazione una sola volta.

2. I contratti temporanei

Per coprire esigenze di breve termine, la Corte può assumere agenti temporanei.

I contratti temporanei, mensili o giornalieri, possono variare da pochi giorni a un massimo di nove mesi per anno e possono essere un ottimo modo per acquisire esperienza o nuove competenze. Questi tipi di contratto non possono, tuttavia, portare a un contratto a lungo termine, cui è possibile accedere solo mediante concorso.

I prerequisiti essenziali per tale tipo di contratto sono il possesso della nazionalità di uno degli Stati membri del Consiglio d'Europa e un'ottima conoscenza di una delle due lingue ufficiali del Consiglio d'Europa (inglese e francese) nonché una buona conoscenza della seconda. Inoltre, è necessario possedere le qualifiche e le esperienze specifiche per la posizione da ricoprire.

Le domande di lavoro temporaneo devono essere presentate tramite il sistema *online*. È possibile consultare la lista dei profili ricercati o compilare il modulo di candidatura spontanea nella pagina «Lavori temporanei» del sito *web* del Consiglio d'Europa. Le candidature spontanee sono archiviate nel *database* dell'organizzazione e sono consultate qualora un lavoro temporaneo diventi disponibile. Al fine di mantenere la candidatura attiva nel sistema, è necessario accedere al proprio *account* ogni tre mesi.

3. I giuristi assistenti

Il sistema dei *giuristi assistenti* è una via di accesso alla Corte Edu rivolta ai professionisti in ambito giuridico a inizio carriera. Tale sistema offre loro l'opportunità di acquisire esperienza in un'importante istituzione europea. Entrando a lavorare alla Corte, infatti, i giovani professionisti integrano un *team* di professionisti provenienti da tutto il mondo, in un ambiente aperto e dinamico, dove hanno la possibilità di lavorare fianco a fianco con giuristi esperti.

Il compito principale dei giuristi della Corte è la trattazione dei ricorsi individuali che riguardano l'ordinamento giuridico del Paese di cui sono cittadini e che sono scritti nella loro lingua. A ciascun giurista è assegnato un certo numero di casi di cui è responsabile in tutte le fasi del procedimento.

I giuristi assistenti si occupano principalmente di quei casi che sono dichiarati irricevibili dalla Corte,

in quanto non rispettano i requisiti di ammissibilità della Convenzione. Tuttavia, sotto l'autorità di colleghi più esperti, possono trattare anche ricorsi più complessi.

La scala salariale dei funzionari della Corte è fissata annualmente dal Consiglio d'Europa e il salario non è soggetto all'imposta sul reddito. Complementi di salario (indennità di espatrio, assegno per figli, etc.) si sommano al salario di base dei funzionari che ne hanno diritto. Tutti i nuovi funzionari della Corte sono coperti dal regime generale di assicurazione sanitaria del Consiglio dall'Europa e hanno diritto a sei settimane di ferie l'anno.

Non appena assumono le loro funzioni, gli assistenti giuristi partecipano al programma di formazione interna della Corte, che mira a consentire a tutto il personale di acquisire le qualifiche e le competenze necessarie per il proprio lavoro. Corsi di lingua inglese e francese di vario livello sono offerti per migliorare le competenze di scrittura e di comunicazione. Inoltre, sono regolarmente organizzate formazioni, anche di tipo pratico, relative ai programmi informatici utilizzati presso la Corte. Le conferenze e i seminari che si tengono all'interno della Corte consentono di approfondire la conoscenza della giurisprudenza della Convenzione, e il programma di formazione del personale del Consiglio d'Europa offre molte altre possibilità. Infine, l'Università «Robert Schumann», con sede a Strasburgo, organizza un *master* annuale in diritti umani che si svolge in orari serali per permettere ai funzionari della Corte di partecipare, qualora lo ritengano importante per il loro lavoro quotidiano.

Il rapporto di lavoro dei giuristi con la Corte Edu è limitato a quattro anni.

Attraverso il sistema dei giuristi assistenti, la Corte intende perseguire un duplice obiettivo. Da un lato, vuole assumere giovani professionisti esperti del sistema Cedu, dall'altro, si aspetta dai giuristi che, perseguendo le loro carriere in altri campi dopo la loro esperienza presso la Corte, contribuiscono a rafforzare la conoscenza e la comprensione della Convenzione da parte della comunità giuridica europea. Pertanto, i posti di lavoro offerti nell'ambito di questo sistema sono a tempo determinato.

Il primo contratto di un assistente giurista ha durata di un anno e può essere esteso, se la valutazione del lavoro dell'interessato è positiva, per una durata massima di quattro anni.

Solo i cittadini degli Stati membri del Consiglio d'Europa possono presentare la loro candidatura e i candidati devono essere in possesso di una laurea in giurisprudenza ottenuta in uno Stato membro del Consiglio d'Europa. Altri titoli ed esperienze professionali, in particolare nel campo della protezione dei diritti umani, possono costituire un vantaggio nella

selezione. Inoltre, i candidati devono avere una sufficiente padronanza dell'inglese o del francese per redigere testi giuridici anche complessi e avere familiarità con i programmi informatici *standard*.

L'assunzione dei giuristi assistenti è effettuata tramite concorso. I candidati che possiedono i requisiti possono consultare la pagina *web* sul sito del Consiglio d'Europa per informazioni sulle attuali procedure di assunzione.

4. La procedura di selezione

Le assunzioni alla Corte e, più in generale, al Consiglio d'Europa si svolgono in più fasi. Vi è una prima selezione basata sull'esperienza e sulle qualifiche; in seguito, si svolgono le prove scritte (esami o *test*) e, infine, le interviste. Le prove scritte non sono standardizzate e la loro natura dipende dalla posizione ricercata.

Di seguito sono descritti i diversi passaggi della "procedura *standard*" di assunzione.

a) *Avviso di posto vacante*

L'avviso di posto vacante descrive le principali attività che il lavoro comporta, le condizioni di ammissibilità, le competenze essenziali e quelle desiderate. Il termine per candidarsi è di tre settimane dalla data di pubblicazione.

b) *Preselezione*

I candidati sono preselezionati in funzione dei criteri fissati nell'avviso di posto vacante.

c) *Valutazione*

A seconda della posizione da coprire, ai candidati possono essere proposti diversi tipi di *test*: attitudinali, prove scritte, esercizi situazionali, questionari o *test* di lingua.

d) *Intervista*

L'intervista con una commissione è l'ultimo passo del processo di selezione. Il Consiglio d'Europa utilizza la pratica delle *interviste basate sulle competenze* e, pertanto, i candidati sono interrogati su esempi specifici tratti dalla loro precedente esperienza lavorativa. L'intervista si svolge, in linea di massima, in inglese e francese. Se sono richieste per la funzione, altre lingue potranno essere utilizzate anche durante il colloquio.

e) *Nomina*

Ai candidati idonei può essere offerto un contratto a tempo determinato (CDD). Qualora nessun posto sia immediatamente disponibile, i candidati selezionati possono essere inseriti in un elenco di riserva provvisto di validità quadriennale. Occorre notare, tuttavia, che il mero inserimento in un elenco di riserva non comporta il diritto all'assunzione.

Le condizioni di impiego dei giuristi *

(materiali raccolti dai curatori)

SUMMARY OF CONDITIONS OF EMPLOYMENT – ALL GRADES

This note is for information purposes only;
it is not contractually binding on the Council of Europe

since conditions of employment are subject to change over time

1. Appointment

§ *For grades A1-A5, L grades, B grades, C grades:*

Candidates recruited following an external procedure will be subject to a two-year probationary period, during which they will be employed on the basis of a fixed-term contract. Either side may terminate this contract at two months' notice. Provided his/her work is considered to be satisfactory, the staff member will thereafter normally be offered a renewable fixed-term contract or an indefinite-term contract if clearly stated in the vacancy notice.

§ *For grades A6/A7:*

In accordance with Article 25 of the Regulations on Appointments, should an external candidate be selected, he/she will be appointed on an initial two-year contract, constituting a probationary period. If, after the probationary period, the staff member is confirmed in his/her post, the appointment will be extended for one or more periods varying in length between one and five years. According to the same provision, should an internal candidate be selected, he/she will be initially appointed for a trial period of two years. During this period, staff so appointed shall

retain their previous grade but be paid a monthly basic salary which corresponds to the remuneration they would have received if they had been promoted to the grade concerned. If the staff member is confirmed in his/her post at the end of the trial period, he/she shall be promoted retroactively and re-appointed for three years. At the end of the period of five years, he/she shall be either kept in post, or assigned to another post at the same grade.

2. Salaries and allowances for jobs in France (as of 1 January 2018)¹

grade	monthly rate, unmarried staff
A1	€ 4 629,07
A2	€ 5 914,97
A3	€ 7 298,74
A4	€ 8 481,53
A5	€ 9 822,02
A6	€ 11 608,11
A7	€ 12 706,43
LT1- LI1	€ 4 897,35
LT2	€ 6 012,02
LT3- LI3	€ 7 479,09
LT4 - LI4	€ 7 885,88
L5	€ 8 969,20
B1	€ 2 624,79
B2	€ 2 990,76
B3	€ 3 434,14
B4	€ 3 919,79
B5	€ 4 553,43
B6	€ 5 292,04

* Materiale tratto dal sito <https://rm.coe.int/1680781a32>.

1. The figures given are those applicable to staff serving at the headquarters in Strasbourg.

C1	€ 2 343,56
C2	€ 2 589,81
C3	€ 2 842,95
C4	€ 3 132,26
C5	€ 3 455,76
C6	€ 3 830,63

In addition, the following allowances are payable, where appropriate and under certain conditions²:

- i. **expatriation allowance** of 10%, degressive after 5 years;
- ii. **supplement for dependent child** (332.24 € per child per month) and, where appropriate, an expatriation supplement of 93.24 € per child;
- iii. **basic family allowance** (332,24 € per month), doubled for staff receiving the expatriation allowance.

The salaries and allowances are exempt from income tax in all the member States.

3. Salaries and allowances for jobs outside France (n/a to grades A6/A7)

The basic salary of staff employed outside France is determined according to the scales applicable in the country of appointment, as specified in the vacancy notice. A summary table of these scales is appended hereto (see link below). The basic salaries of staff members based in a country for which such scales do not exist is determined on the basis of the salary scale of the Co-ordinated Organisations applicable to Belgium. An adjustment taking account of living costs and conditions in the staff member's place of employment will also be applied to his/her basic salary.

4. Pension

Compulsory contributions to the pension scheme (employee contribution 9.4% of basic salary) secure entitlement on termination of employment, if less than 10 years of service, to a leaving allowance equal to 2 times employee's rate of contribution as applied to his or her last annual salary, multiplied by the number of reckonable years of service. For staff having spent more than 10 years with the Organisation, the pension will amount to 1.75% of the last basic salary for each year of service.

2. Expatriation allowance and supplement not applicable to C-grade staff.

5. Social Insurance

Employees are covered by a private insurance scheme (covering accident, sickness, temporary incapacity, invalidity and death) which entails contributions of approximately 3% of gross salary.

6. Leave

Staff members are entitled to 32 days of annual leave, expatriate staff have additional 4 days of leave (with passage paid every second year) and possible travelling time per annum.

7. Removals and Settling in

Staff members recruited from a distance exceeding 100 km from their place of duty, are entitled to payment of their removals and reimbursement of their travel expenses at the beginning and at the end of their employment.

They are also entitled to a settling-in allowance upon taking up their duties. These entitlements are subject to certain conditions.

8. Schooling

For information on international education, you can consult the website of the "Ville de Strasbourg" (see link below).

9. Working conditions for family members

Your dependants will have the right to a "titre de séjour spécial" (special residence permit), valid for as long as you work for the Organisation. The "special residence permit" allows the holder to enter France and to circulate freely on its territory. However, it does not grant any right to work in France. Should one of your dependants decide to apply for a work permit, his/her application will be examined by the French authorities according to the standard administrative procedures, depending on his/her nationality. In many cases, French law requires that such applications be submitted from one's country of origin. Please contact us should you require any further information in this respect.

La selezione dei magistrati distaccati dai paesi membri

di Daniela Cardamone

Negli ultimi anni, i Governi degli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno offerto il loro supporto alla Corte di Strasburgo distaccando magistrati nazionali quale strumento di collaborazione nella gestione dell'ingente arretrato. Ciò consente di dotare la Corte di personale qualificato senza sopportarne i costi.

1. Il profilo professionale dei magistrati distaccati

Il profilo professionale del magistrato distaccato presso la Corte europea dei diritti dell'uomo è quello di un giudice o pubblico ministero con l'anzianità di servizio necessaria per essere collocato fuori del ruolo organico della magistratura, quindi pari almeno alla seconda valutazione di professionalità, competente in materia di giurisprudenza della Corte Edu, capace di esaminare gli aspetti del diritto interno alla luce della Convenzione e in grado di lavorare in lingua inglese e/o francese¹.

L'incarico del magistrato distaccato non ha natura "fiduciaria": avendo, piuttosto, natura sostanzialmente giurisdizionale, esso è svolto in completa autonomia e indipendenza.

La natura giuridica di tale incarico si riflette nella procedura di selezione, la quale è strutturata in modo da garantire l'effettiva indipendenza dei magistrati distaccati rispetto ai governi degli Stati membri di provenienza.

In Italia, questa procedura si articola in due fasi, la prima delle quali, curata dal Ministero della giustizia, è finalizzata a individuare una lista di candidati da sottoporre alla Corte di Strasburgo, che provvede poi, nella seconda fase, alla selezione vera e propria, individuando i candidati idonei per l'incarico all'esito di un esame scritto ed un colloquio orale.

2. La procedura di selezione: la fase curata dal Ministero della giustizia

La procedura di selezione – nella fase curata dal Ministero della giustizia – è disciplinata dal decreto del Ministro della giustizia del 23 novembre 2016², il quale formalizza una prassi organizzativa già esistente³.

La modalità di selezione adottata è fondata su un interpellato pubblico e su una successiva valutazione tecnica delle disponibilità così raccolte, in modo da garantire il massimo ampliamento delle opportunità di scelta e un preliminare vaglio, ancorato a canoni

1. Si veda il par. V della risoluzione CM/Res(2012)2, adottata dal Comitato dei ministri il 15 febbraio 2012, contenente il regolamento dei funzionari distaccati del Consiglio d'Europa, la quale disciplina in generale la materia.

2. Decreto del Ministro della giustizia del 23 novembre 2016 - «Disposizioni per nomine e designazioni incarichi internazionali», reperibile *online* sul sito del Ministero della giustizia.

3. Il primo interpellato diramato dal capo di gabinetto per la selezione dei magistrati distaccati presso la Corte Edu risale, infatti, al 3 dicembre 2014.

tecniche oggettivi e predeterminati, dell'idoneità degli aspiranti a ricoprire l'incarico.

Quando si rende necessario individuare i magistrati da distaccare presso la Corte Edu, il capo di gabinetto del Ministro dirama un interpello, di cui è dato avviso anche mediante pubblicazione sul sito istituzionale del Ministero della giustizia, per raccogliere le dichiarazioni di disponibilità⁴.

Al fine di procedere a una valutazione preliminare delle dichiarazioni di disponibilità pervenute, la relativa documentazione è trasmessa dal capo di gabinetto a una commissione tecnica composta dal capo del Dipartimento per gli affari di giustizia, dal direttore generale dei magistrati e dal capo dell'ufficio per il coordinamento dell'attività internazionale⁵.

La valutazione tecnica è effettuata sulla base di criteri oggettivi, specificamente indicati nel decreto ministeriale:

- natura dell'incarico internazionale da affidare e caratteristiche ad esso connesse;
- titoli, attitudini e capacità professionali del candidato, con particolare riferimento a pregiate esperienze internazionali e livello di conoscenza di lingue straniere;
- numero di anni già trascorsi in posizione di collocamento fuori dal ruolo organico della magistratura;
- garanzia di effettiva tutela delle pari opportunità.

All'esito di questa prima selezione da parte della commissione tecnica, è individuata una lista di candidati che viene trasmessa dall'ufficio di gabinetto alla Corte Edu, la quale provvede alla procedura di selezione vera e propria che porta alla individuazione dei magistrati idonei.

Tale aspetto della procedura di selezione la differenzia da quella adottata per altri incarichi internazionali, dovendosi coordinare necessariamente con quanto previsto e disciplinato dalla Corte Edu: la scelta finale spetta alla Corte, al fine di garantire – come già detto – l'apparenza, ma anche l'effettività dell'indipendenza dei magistrati distaccati.

3. La scelta dei magistrati distaccati da parte della Corte Edu

La fase successiva della selezione è curata, quindi, esclusivamente dalla Corte di Strasburgo in piena autonomia, e si articola in un esame scritto e in un colloquio orale.

La prova scritta consiste solitamente nell'analisi di un ricorso alla Corte Edu, sottoposto ai candidati unitamente a tutti i documenti allegati dal ricorrente, e nella redazione di un provvedimento nel quale è richiesto di descrivere i fatti, le doglianze e gli eventuali motivi di inammissibilità. Il tutto in sole tre ore.

Il provvedimento deve essere redatto in una delle due lingue di lavoro della Corte, inglese o francese, e richiede un'analisi in fatto e in diritto che presuppone una conoscenza approfondita del sistema Cedu. Mediante la redazione del provvedimento, il candidato deve anche dare prova della padronanza scritta di una delle due lingue di lavoro.

Dopo la prova scritta, i candidati sono sottoposti a un colloquio orale, svolto da giuristi e funzionari della Cancelleria della Corte. Il colloquio si svolge in una o in entrambe le lingue di lavoro, secondo le competenze linguistiche del candidato, e verte su argomenti sia giuridici che di deontologia professionale. Il candidato dovrà, pertanto, dimostrare di avere una conoscenza approfondita del sistema della Convenzione, di avere le competenze linguistiche necessarie per lavorare efficacemente in un contesto internazionale e di essere in grado di collocarsi utilmente nell'ambito di un'organizzazione complessa come quella della Cancelleria della Corte europea di Strasburgo.

Le competenze del magistrato distaccato sono oggi oggetto di attenta verifica da parte della Corte Edu nella fase di selezione poiché il magistrato distaccato è destinato a prendere servizio presso la Divisione italiana, la quale è incaricata della trattazione dei ricorsi introdotti contro l'Italia. L'attività richiesta ai magistrati distaccati consiste, infatti, nell'applicazione del diritto della Convenzione ai casi concreti e nella predisposizione dei provvedimenti in lingua inglese e/o francese.

L'esame dei fascicoli giudiziari a opera del magistrato distaccato è volto a verificare, in base a un esame ragionato dei fatti e dei motivi di ricorso, se il caso sia o meno ricevibile (valutazione che ricomprende anche quella della non manifesta infondatezza nel merito) e se sia o meno fondato nel merito, con conseguente attribuzione alla formazione giudiziaria competente per la decisione. Le funzioni del magistrato distaccato comprendono quindi, secondo i casi, l'attività di redazione di una nota esplicativa del caso, dell'atto di comunicazione al governo e, infine, del provvedimento decisorio.

Rientra tra le specifiche competenze del magistrato distaccato anche la trattazione dei ricorsi per l'ap-

4. Art. 2 decreto cit.

5. Art. 3 decreto cit.

plicazione delle misure provvisorie di urgenza ai sensi dell'art. 39 delle Regole di procedura della Corte.

Le funzioni assegnate evolvono con il tempo, arrivando a comprendere anche la trattazione di casi

maggiormente complessi, che richiedono l'acquisizione di competenze più approfondite, la conoscenza di fasi avanzate della procedura e che comportano la redazione di progetti di sentenze.

Il ruolo dei magistrati distaccati

di *Emma Rizzato*

Il supporto fornito alla Corte Edu da parte dei governi attraverso il distacco di magistrati nazionali costituisce, da alcuni anni, una pratica di grande importanza per favorire la collaborazione tra gli Stati e la Corte. Strumento di reciproco scambio formativo e tecnico-professionale, esso consente la diffusione, attraverso l'esperienza dei distaccati, della centralità della tutela dei diritti fondamentali e la disponibilità, per la Corte, di esperti di alto livello nel diritto nazionale sia teorico che applicato.

1. La messa a disposizione di *national lawyers* presso il *Registry* della Corte europea dei diritti dell'uomo

La concomitanza tra un sempre crescente numero di ricorsi e le carenze di risorse economiche affrontate dal Consiglio d'Europa (CdE) nell'ultimo decennio ha indotto la Corte europea dei diritti dell'uomo a cercare assistenza, tentando di aggirare i limiti di bilancio.

In risposta al suo richiamo, molti governi hanno offerto alla Corte il loro sostegno anche attraverso il distacco di "giuristi" nazionali, soprattutto magistrati. Per la Corte potersi giovare dell'esperienza di giuristi nazionali costituisce un innegabile e prezioso beneficio. D'altra parte una *full immersion* nella "casa" della Convenzione dei diritti umani consente ai magistrati prescelti di farsi veicolo privilegiato per la conoscenza e la diffusione del diritto convenzionale e, dunque, di promuovere – una volta rientrati – la sua effettiva attuazione nell'ordinamento interno dello Stato membro.

Già in un documento del CdE, sottoposto all'attenzione del Comitato direttivo per i diritti umani, era contenuta la proposta di agevolare i *secondment* di funzionari alla Cancelleria della Corte, valorizzandone gli aspetti positivi nei termini anzidetti¹.

Il primo forte monito agli Stati a favorire l'invio di giudici e giuristi indipendenti presso la Corte si rinviene, tuttavia, nella Dichiarazione di Interlaken (19 febbraio 2010 – Conferenza di alto livello sul futuro della Corte europea), considerandolo uno strumento essenziale per accrescere, da parte delle autorità nazionali, la conoscenza degli *standard* di protezione dei diritti umani della Convenzione e implementarne la realizzazione a livello interno. Ciò è ribadito nella Dichiarazione di Izmir (27 aprile 2011), in quella di Brighton (19-20 aprile 2012) e, infine, nella recente Dichiarazione di Copenaghen (13 aprile 2018) dove, al punto 53, è ampiamente incoraggiato il distacco di *giudici, pubblici ministeri* e di «*highly qualified legal experts*».

In tutte le dichiarazioni citate, l'invito a inviare esperti nazionali si trova sempre inserito nei capitoli dedicati alle "politiche" di smaltimento del carico di lavoro costituito dall'ingente numero di ricorsi («*processing of applications*», «*caseload challenge*» et *similia*), a intendere che l'aiuto "esterno" si inquadra necessariamente nella realizzazione della più ampia forma di collaborazione tra Corte e Stati membri e, secondo un'idea sviluppatasi in tempi più recenti, anche quale espressione concreta del dialogo fra le Corti.

Peraltro, la Corte Edu ha, da parte sua, sempre dimostrato massimo apprezzamento e apertura verso

1. CM (2008)51, 4 aprile 2008.

tale “pratica”. Per fornire qualche dato, circa dal 2007 ha avuto inizio un certo flusso di magistrati distaccati da diversi Stati membri alla Cancelleria della Corte. In particolare, Germania, Svezia, Francia (dal 2009) e, dal 2010/2011, anche Turchia, Montenegro, Estonia e Irlanda hanno inviato rispettivamente giudici e alti funzionari. Nel 2011, la Russia ha distaccato 30 funzionari per fronteggiare l'enorme numero di ricorsi pendenti presso la divisione nazionale. Nel corso del 2012, anche la Romania, la Moldavia, la Svizzera e l'Italia hanno inaugurato il corso dei *secondment* presso la Cancelleria, distaccando giudici e pubblici ministeri (in particolare l'Italia, tra ottobre 2012 e marzo 2013, ha inviato tre magistrati, compresa la scrivente). In seguito, dal 2013 anche Finlandia, Bulgaria, Polonia, Ungheria, Georgia e Lettonia hanno proseguito il ciclo delle *mise à disposition*. Altri Stati, di anno in anno, hanno aderito all'invito.

Per quanto riguarda la loro fonte regolamentare, si tratta della risoluzione CM/Res(2012)2, che disciplina la materia in termini generali. I funzionari distaccati non percepiscono alcun salario aggiuntivo da parte della Corte né alcuna indennità di trasferimento (basandosi la Corte sulle disposizioni nn. 7 e 23 della risoluzione). Tuttavia, è loro garantita una somma forfettaria per anno, pari al costo di circa sei viaggi di andata e ritorno tra il luogo di residenza e Strasburgo. Il periodo di distacco non potrebbe essere di durata inferiore a un anno, in virtù del *dual aim* che si intende realizzare (formazione/impiego del funzionario nei termini di una mutua collaborazione). È evidente che per la Corte beneficiare per il periodo più lungo possibile (il massimo è tre anni, salvo proroghe concesse in situazioni eccezionali) dell'esperto nazionale, competente e di esperienza, costituisca l'obiettivo maggiormente auspicabile.

2. Cenni alla disciplina generale della “messa a disposizione” di funzionari al Consiglio d'Europa

La risoluzione CM/Res(2012)2, adottata dal Comitato dei ministri il 15 febbraio 2012, contiene il regolamento dei funzionari distaccati al Consiglio d'Europa. Nei *considerata* della stessa è subito riconosciuta l'importanza dei cd. «*secondment*» o «distacchi» presso il Consiglio di Europa, in quanto essi «comportano vantaggi per l'organismo stesso, per gli Stati membri e per altre organizzazioni internazionali, favorendo un fruttuoso scambio di idee» («*cross-fertilization of ideas*») «e la presenza di esperti per un determinato periodo di tempo».

Il par. I del regolamento disciplina la materia in termini generali, dettando le condizioni del distacco dei funzionari da parte degli Stati membri al CdE, in

accordo con la legislazione nazionale. Al punto 4, è posta una regola essenziale per delineare la figura del funzionario distaccato, ovvero che egli/ella può svolgere la propria attività lavorativa in qualsiasi ambito nel quale le sue competenze siano ritenute necessarie, sempre che non vi sia un conflitto con gli interessi perseguiti dall'organizzazione. D'altro canto, il funzionario durante il suo *secondment* non può richiedere né ricevere istruzioni in merito ad attività connesse allo svolgimento dei suoi compiti da parte di governi, autorità organizzazioni o persone esterni al Consiglio d'Europa. Si tratta, dunque, di un incarico che viene svolto in maniera autonoma e indipendente.

La durata del distacco (par. III, punto 8) può essere pari a un periodo non inferiore a quattro mesi e non superiore a due anni. Esso può, tuttavia, essere prorogato fino ad un massimo di tre anni (salvo deroghe eccezionalmente accordate dal segretario generale), fermo restando che il distacco terminerà *ex officio* ogni qual volta il funzionario dovesse interrompere il suo rapporto di lavoro con lo Stato membro.

Sui compiti richiesti al funzionario, il punto 11 del par. IV inquadra il suo ruolo nei termini di un generico impegno di assistenza al segretariato del CdE, impegno che trova una più precisa definizione attraverso la descrizione delle funzioni che gli saranno delegate, che avviene al momento della presa di possesso.

Il funzionario distaccato sarà sottoposto a una periodica valutazione delle sue *performance* lavorative, trovando applicazione le regole in vigore per i funzionari “interni” al CdE. Il rapporto valutativo adottato dal superiore gerarchico sarà tenuto in considerazione a ogni richiesta di rinnovo o prolungamento dell'incarico.

Il punto 19 del par. VIII impone numerosi doveri in capo al funzionario, a partire dal generico dovere di svolgere il proprio incarico nell'esclusivo interesse del CdE e di astenersi da ogni condotta che possa recare allo stesso pregiudizio materiale o morale, tra i più incisivi quello di riservatezza («*utmost discretion*») rispetto alle informazioni e ai fatti appresi durante il periodo di distacco, anche se non in relazione diretta con l'esercizio dei compiti affidati. Strettamente connesso a questo vincolo è il dovere di non comunicare, senza l'autorizzazione del segretario generale, alcuna informazione o documento che non siano – già – pubblici. Entrambi questi obblighi devono essere rispettati anche dopo la conclusione del periodo di distacco. L'autorizzazione del segretario occorrerà anche nei casi in cui il funzionario intenda pubblicare testi, partecipare a conferenze o rendere dichiarazioni pubbliche in merito alla sua attività al CdE.

Il funzionario distaccato è altresì sottoposto alle regole che disciplinano – tra le altre materie – i rapporti gerarchici, le regole di etica e i doveri di lealtà, gli orari di lavoro, la prevenzione di corruzione e truffe.

fa, la tutela della dignità umana. Esse sono applicabili ai funzionari interni al CdE, comprese quelle concernenti le valutazioni di professionalità (*appraisal*) e le regole di tipo finanziario.

La violazione di uno dei suddetti precetti comporta la cessazione immediata dell'incarico, comunicata al funzionario con un mese di preavviso.

3. Il lavoro dei magistrati distaccati presso il Registry della Corte Edu

I magistrati distaccati presso la Cancelleria della Corte di Strasburgo, selezionati secondo criteri e regole che variano da Paese a Paese², entrano a far parte della stessa e sono inseriti a pieno titolo nel *team* di giuristi che compone la divisione dello Stato di provenienza.

La Cancelleria, infatti, supporta e fornisce assistenza legale e amministrativa alla Corte nell'esercizio delle sue funzioni giudiziarie (art. 24 Cedu). La sua funzione principale consiste, in buona sostanza, nella gestione dei ricorsi presentati dagli individui davanti alla Corte e nella predisposizione dei provvedimenti giurisdizionali della Corte. Essa è suddivisa in divisioni composte da giuristi (o *lawyers*), impiegati amministrativi e traduttori.

Ciò posto in termini generali, i giuristi della Cancelleria – e dunque anche i funzionari distaccati – si occupano precipuamente dell'esame e della trattazione dei ricorsi presentati da soggetti privati contro lo Stato di provenienza. In particolare, i giuristi – che lavorano sotto la supervisione del giurista anziano (cd. *non-judicial rapporteur*) per i nuovi assunti, o del *greffier* della Corte – hanno il compito di studiare e definire i ricorsi, di redigere documenti e note analitiche sui vari casi e di tenere la corrispondenza con le parti nel rispetto delle regole della procedura davanti alla Corte. Le funzioni che è chiamato a svolgere il magistrato distaccato, tenuto conto della sua esperienza professionale a livello nazionale e internazionale, sono equivalenti a quelle di un giurista permanente della Corte.

Con ogni evidenza, il vaglio di ricevibilità dei nuovi ricorsi richiede, in primo luogo, la conoscenza dei criteri d'inammissibilità secondo i principi della Convenzione e le questioni a essi connesse come elaborate e interpretate dalla giurisprudenza della Corte. A ogni giurista e magistrato distaccato – dopo un periodo di

apprendimento dei rudimenti di base, necessari per ambientarsi nel complesso organismo "Corte" e saper utilizzare la sua avanzata piattaforma informatica – è assegnato un certo numero di ricorsi della cui trattazione diviene responsabile per tutti i diversi passaggi procedurali. A questo proposito, la Corte organizza per i nuovi assunti, compresi i magistrati distaccati, *training* formativi specificamente dedicati allo studio delle cause d'inammissibilità (raccolte in una guida regolarmente aggiornata e pubblicata sul sito della Corte). Inoltre, è offerta un'ampia e sempre rinnovata proposta di corsi – alcuni obbligatori, altri facoltativi – sui casi più importanti decisi dalla Corte (i cd. *leading* e *landmark cases* di Grande Camera), seminari e *lecture* sulla Convenzione nonché *workshop* su temi di diritto internazionale. I giuristi e magistrati distaccati dovranno, infatti, in massima parte occuparsi della redazione di note motivate di rigetto (in una delle due lingue di lavoro della Corte: inglese o francese) per infondatezza del ricorso con riferimento alla griglia dei criteri sopra menzionati e al *case-law* della Corte. Questo sarà richiesto solo per la definizione dei ricorsi che avranno superato il preliminare vaglio formale del rispetto dei requisiti imposti dall'art. 47 del regolamento, altro compito che normalmente spetta al giurista/funzionario distaccato.

I provvedimenti di inammissibilità predisposti dal giurista saranno poi sottoposti a un giudice unico o a un comitato di tre giudici per la loro finale approvazione, una volta condivisa la ricostruzione di fatti, doglianze e conclusioni giuridiche svolte dal giurista³. È chiaro che, dopo una prima fase di rodaggio, giuristi e magistrati distaccati saranno coinvolti in attività sempre più complesse, che richiedono un maggiore grado di autonomia nella gestione del *dossier*, come la redazione di provvedimenti di comunicazione dei ricorsi non manifestamente infondati al governo e la redazione di progetti di sentenze.

Accanto alla funzione principale, altro compito del giurista e del magistrato distaccato – al quale è spesso richiesto di fornire questo tipo di contributo, data la sua rilevante esperienza a livello nazionale – consiste altresì nell'elaborare rapporti di ricerca di diritto comparato, testi che, nei casi più importanti, assistono la Corte nella ricerca di una comune visione o *consensus* europeo su questioni nuove o molto delicate, che sono di volta in volta sottoposte al suo esame (ad esempio, sulla pena perpetua o in tema di maternità surrogata).

2. Per quanto riguarda l'Italia, si fa rinvio al capitolo precedente di D. Cardamone, dal titolo: *La selezione dei magistrati distaccati dai Paesi membri*.

3. A questo proposito si rileva che, a partire dal mese di giugno 2017, è stata introdotta una diversa forma di comunicazione al ricorrente delle decisioni di rigetto assunte dal giudice unico: non più attraverso una lettera della Cancelleria, ma mediante la notifica della decisione stessa al ricorrente – che avrà, così, modo di comprendere le ragioni del rigetto – accompagnata da una lettera nella sua madre lingua.

Altro aspetto essenziale dell'attività riguarda la gestione delle richieste *ex art. 39*, che disciplina la procedura che si attiva quando un soggetto chiede alla Corte di provvedere con urgenza, rappresentando circostanze di imminente pericolo per la vita o l'incolumità propria o di propri congiunti.

Con riguardo alla qualità linguistica dei provvedimenti, aspetto essenziale per il mantenimento di un livello sempre elevato di accuratezza dei testi redatti dallo *staff* della Cancelleria, grande attenzione è dedicata al miglioramento delle competenze linguistiche. A questo proposito, oltre alla possibilità di seguire corsi di lingua al Consiglio d'Europa, sono regolarmente organizzate anche sessioni di breve e lunga durata alla Corte, focalizzate sulle tecniche di *drafting* di testi e documenti da parte dei giuristi.

Il lavoro svolto dal magistrato distaccato a cadenza annuale è valutato dal capo della divisione e dal giurista supervisore, il quale formula un giudizio di apprezzamento basato su diversi criteri, quali la qualità del suo contributo, l'aver raggiunto obiettivi quantitativi di lavoro fissati all'inizio della sua attività, nonché aspetti comportamentali relativi alla sua attitudine a sapersi relazionare con il gruppo di lavoro. Questo rapporto – dopo la validazione finale, che richiede l'accettazione da parte dell'interessato –, se positivo, costituirà un fondamentale requisito del magistrato distaccato per l'ottenimento della proroga dell'incarico su richiesta del *Registry*. Esso dovrà, inoltre, essere prodotto a livello nazionale (quantomeno per l'Italia), in sede di valutazione della progressione in carriera, per il periodo di riferimento.

4. Il ruolo del magistrato distaccato

Unitamente ai colleghi Roberto Amorosi ed Elisa Moretti, arrivati qualche mese prima di me, ho intrapreso il mio percorso quale funzionario *mis à disposition* presso la Divisione italiana della Cancelleria della Corte di Strasburgo, durato dal marzo 2013 al marzo 2016⁴. Essendo noi stati i primi magistrati a essere distaccati alla Cancelleria con decreto del Ministro della giustizia, non era ancora stato introdotto il test di ammissione da parte di una commissione della Corte (come attualmente è) e la "scelta" da parte del Ministero si basò essenzialmente sulla nostra pregressa esperienza internazionale e sulle competenze linguistiche orali e scritte. Rilevo, tuttavia, che anche

prima che fosse instaurata la prassi della selezione finale dei funzionari da parte della commissione, l'incarico non è mai stato considerato di tipo "fiduciario", ma connotato da massima indipendenza e autonomia di giudizio.

In quel periodo, l'Italia era uno degli Stati con il maggior numero di ricorsi pendenti davanti alla Corte; pertanto, l'obiettivo principale della richiesta di distacco di magistrati era supportare i giuristi nello smaltimento dell'arretrato. Mi furono assegnati molti ricorsi "vecchi" al fine di esaminare i fatti, la loro corretta ricostruzione da parte del ricorrente e la fondatezza delle doglianze sollevate dal ricorrente sulla violazione di uno o più diritti contemplati dalla Convenzione. Sottoponevo, poi, a una giurista *senior* le mie proposte sulla possibile definizione dei casi. All'esito di un articolato – e, a volte, combattuto – scambio di vedute, specialmente nelle vicende di maggiore complessità e delicatezza, sulla "compatibilità" o meno dei provvedimenti nazionali con i principi della Convenzione e della giurisprudenza della Corte, si optava per la declaratoria di inammissibilità del caso o per la sua comunicazione al Governo, al fine di interloquire con lo Stato su alcuni aspetti ritenuti centrali per la decisione. Nella sostanza, mi era richiesto di operare, con la massima onestà intellettuale, un confronto valutativo tra la complessiva correttezza del procedimento interno (normalmente penale o civile) nei suoi tre gradi di giudizio rispetto alle doglianze di violazione di uno o più diritti secondo la Cedu, tenendo conto dei criteri elaborati dalla Corte e delle sue decisioni. Inoltre, per alcune categorie di diritti, l'impegno consisteva anche nel considerare se, nel caso portato di fronte alla Corte, le autorità italiane avessero effettuato un corretto bilanciamento tra diritti confliggenti, tenuto conto del margine di apprezzamento spettante allo Stato.

Il mio ruolo – e quello dei colleghi distaccati italiani e di altri Paesi – nella Cancelleria sicuramente non era limitato a fornire assistenza a un giudice della Corte o a un giurista permanente per la parte di diritto interno del caso da decidere, né era quello di stagista "qualificato". Benché *estranea* al micro-mondo della Corte dei diritti umani, sono stata pienamente inserita nel suo ingranaggio, potendo lavorare come i suoi giuristi permanenti sui casi concreti introdotti dai ricorrenti con gli strumenti – mano a mano acquisiti – adeguati per assumere decisioni o formulare proposte motivate.

4. Negli ultimi anni, l'ingresso ufficiale del magistrato distaccato nella Divisione italiana è stato fatto seguire da un *memorandum of understanding* siglato tra la Rappresentanza permanente italiana, nella persona dell'ambasciatore, e l'istituzione ospitante, nella persona del direttore delle Risorse umane del CdE, recante il richiamo alle norme del regolamento contenuto nella risoluzione del 15 febbraio 2012, specificando le obbligazioni dello stato "donante", che si fa garante delle competenze dei funzionari a svolgere l'incarico e s'impegna altresì a farsi carico di salario e costi loro corrisposti durante il distacco.

I compiti descritti richiedevano una conoscenza approfondita della procedura da seguire davanti alla Corte e, soprattutto, della giurisprudenza formatasi sugli articoli della Convenzione. Ho potuto pertanto sviluppare una capacità di esaminare questioni giuridiche e sentenze nazionali sotto la lente della loro “tenuta”, quando confrontate coi principi della Convenzione (e fatto salvo il limite del divieto di giudizio di quarta istanza). Nel 2014, nella Divisione italiana è stata creata la “sezione filtro”, al fine di agevolare un più rapido ed efficace smaltimento dei numerosi ricorsi secondo regole più rigide in punto di ricevibilità. Unitamente ai giuristi più giovani, noi magistrati distaccati siamo stati assegnati alla sezione nella quale si esaminavano tutti i ricorsi di nuova presentazione, redigendo soprattutto note sintetiche secondo la regola del *one in-one out*, che richiedeva una estesa conoscenza delle questioni già trattate dalla Corte per discernere rapidamente quelle rilevanti o rientranti in filoni già avviati, quelle nuove da valutare con maggiore ponderazione, quelle infondate da definire con inammissibilità del ricorso.

Per le ragioni descritte, l'attività svolta ha rappresentato per me un utilissimo strumento di crescita culturale e professionale, avendo avuto l'opportunità di approfittare di un osservatorio privilegiato rispetto a temi d'importanza universale sottoposti all'attenzione dei giudici europei. Questo risultato si unisce

alla grande occasione di rapportarsi quotidianamente con i colleghi giuristi, italiani e di ogni parte del mondo, di elevata preparazione e forte slancio ideale, e di confrontarsi con colleghi distaccati da altri Stati, apprendere le diverse problematiche inerenti alla Cedu degli Stati e condividere con loro l'esperienza alla Corte.

Infine, non credo che il ruolo del distaccato si possa contenere in un'unica definizione che valga per tutti. Fatti salvi alcuni fondamentali compiti e funzioni che ne caratterizzano lo *status* professionale, credo che ognuno lo interpreti e lo realizzi secondo la propria personalità, inclinazione e sensibilità, chi più ottimizzando l'aspetto altamente formativo dell'esperienza, chi quello di consulenza su questioni di diritto interno.

Da parte mia, sento di avere apprezzato soprattutto l'esercizio di necessaria autocritica che il peculiare impegno professionale m'imponeva rispetto al lavoro di magistrato nazionale e, dunque, di stimolo futuro a non tralasciare o sottovalutare aspetti apparentemente poco rilevanti, o questioni addotte dalle parti o rilevabili di ufficio, che invece sono idonee a dare spazio per formulare censure davanti alla Cedu. D'altra parte, è indubitabile che il magistrato distaccato, forte della sua esperienza teorica e sul campo a livello nazionale, non può che fornire un contributo molto importante se non essenziale all'istituzione che lo ospita.

L'agente del governo nel sistema convenzionale

di *Maria Giuliana Civinini*

L'Autrice tratteggia la figura convenzionale dell'agente del governo, il suo ruolo e le sue funzioni, per poi concentrarsi sul sistema italiano, qual è oggi e come potrebbe evolvere in futuro.

1. Introduzione

Il Consiglio d'Europa (CdE) è stato creato dopo la Seconda guerra mondiale grazie all'iniziativa di dieci Paesi, tra cui l'Italia, persuasi che il consolidamento della pace fondata sulla giustizia e la cooperazione internazionale è un elemento vitale per preservare la società umana e la civilizzazione. Come si legge all'art. 1 del Trattato istitutivo, aperto alla firma il 5 maggio 1949, «Il fine del Consiglio d'Europa è quello di realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri al fine di salvaguardare e promuovere gli ideali e i principi che sono il loro patrimonio comune e di favorire il loro progresso economico e sociale». Per esserne membri, ai sensi dell'art. 3, gli Stati devono riconoscere il principio della preminenza del diritto e il principio in virtù del quale ogni persona collocata sotto la sua giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Gli Stati devono anche impegnarsi a collaborare sinceramente e attivamente al perseguimento del fine fissato all'art. 1.

Se, nel sistema originario del Trattato, il raggiungimento di quel fine era affidato al Comitato dei ministri e all'Assemblea parlamentare (detta originariamente «consultativa»), la Convenzione (adottata nel 1950 ed entrata in vigore nel 1953) e la Corte europea dei diritti dell'uomo (entrata in funzione nel 1959) ne sono divenuti progressivamente il cuore palpitante, con l'affermazione solenne di un catalogo di diritti umani accompagnata alla volontaria sottomissione dei Paesi membri alla giurisdizione di una Corte europea: accessibile da chiunque si affermi vittima di una violazione di tali diritti a opera delle autorità nazionali, essa può constatare la sussistenza di una

violazione, condannare lo Stato, spingerlo a mettere in atto tutte le misure necessarie per evitare nuove violazioni in futuro.

Il Consiglio d'Europa è un complesso meccanismo in cui la realizzazione dei diritti umani di oltre 800 milioni di europei dipende dall'interazione tra decisioni sui casi concreti della Corte Edu e rafforzamento dello Stato di diritto e delle sue garanzie formali e sostanziali nei 47 Paesi membri grazie all'azione del Comitato dei ministri e dell'Assemblea parlamentare, combinata con quella del Commissario per i diritti umani e di altri organi specifici – come, tra gli altri, il GRECO (Gruppo di Stati contro la corruzione), il CPT (Comitato per la prevenzione della tortura), la CEPEJ (Commissione per l'efficacia della giustizia), il CCJE et il CCPE (Consigli consultivi dei giudici e dei procuratori).

Non è inutile sottolineare che la volontarietà del raggruppamento degli Stati sotto l'ala del Consiglio d'Europa ne è, allo stesso tempo, la forza (la determinazione nel perseguimento del fine comune) e la debolezza. In particolare, vivendo dei contributi dei Paesi membri, questi hanno nelle loro mani una leva fin troppo facile da azionare. Se l'Italia è uno dei grandi contribuenti del CdE assieme a Francia, Germania e Gran Bretagna, il mancato pagamento del contributo per quasi due anni da parte della Russia e il ritiro turco dalla posizione di grande contributore stanno mettendo a serio rischio la capacità operativa di questa grande macchina. Vale la pena aggiungere, a riprova della delicatezza degli ingranaggi in azione, che la Turchia si è ritirata dal gruppo dei sei grandi contribuenti dopo che l'Assemblea parlamentare aveva attribuito il Premio Václav Havel per i diritti umani

2017 al giudice costituzionale e presidente dell'associazione giudiziaria YARSAV Murat Arslan, arrestato nel 2016 e ancora detenuto, sotto l'accusa di aver partecipato al gruppo gulenista FETO.

2. Ruolo e funzioni dell'agente del governo

L'agente del governo, una figura chiave del sistema convenzionale, è l'istituzione nazionale chiamata ad assicurare la protezione effettiva dei diritti umani e a garantire la compatibilità della normativa e della pratica con gli *standard* europei, secondo il principio convenzionale della cd. *shared responsibility*, la "responsabilità condivisa".

L'agente del governo opera su tre "tavoli": la Corte Edu, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, il governo e le istituzioni nazionali. Formalmente previsto all'art. 35 del Regolamento della Corte come il soggetto che rappresenta il governo nelle controversie davanti alla Corte Edu medesima, questa figura ha finito generalmente per inglobare anche quella di coordinatore dell'esecuzione delle sentenze di cui alla raccomandazione CM/Rec(2008)2 del Comitato dei ministri agli Stati membri per un'efficiente organizzazione nazionale finalizzata alla rapida esecuzione delle sentenze della Corte Edu, adottata il 6 febbraio 2008.

Le sue funzioni sono molteplici e complesse. Le principali sono: 1) rappresentare il governo davanti alla Corte Edu (rappresentanza e difesa in giudizio nei casi contro lo Stato; predisposizione di interventi nei casi contro altri Stati rilevanti per il proprio Paese o nelle relazioni inter-statali; tenuta dei rapporti con la Divisione della Cancelleria della Corte che segue i casi dello Stato a fini di una ottimale gestione dell'arretrato e delle sopravvenienze; individuazione dei casi in cui, alla luce della giurisprudenza consolidata della Corte, è opportuno o finanche necessario pervenire a una soluzione amichevole o unilaterale del caso); 2) curare l'esecuzione delle sentenze (contribuire all'opera necessaria per l'esecuzione delle sentenze della Corte Edu e delle raccomandazioni del Comitato dei ministri; intraprendere attività finalizzate all'attuazione della Convenzione nel sistema interno nonché a evitare nuove violazioni nel futuro); 3) assicurare la compatibilità della legislazione e delle prassi applicative con gli *standard* della Cedu; 4) diffondere conoscenza e consapevolezza dei principi convenzionali quali interpretati dalla Corte in tutti i corpi e le amministrazioni pubbliche; diffondere e pubblicare le sentenze; curare e diffondere pubblicazioni che facilitano la conoscenza e l'applicazione del sistema convenzionale, promuovere e organizzare attività di formazione; 5) intervenire nei lavori del Comitato direttivo per

i diritti umani quale organo di consulenza giuridica del Comitato dei ministri e intrattenere le opportune relazioni con gli agenti degli altri Paesi membri.

In generale, date le funzioni da svolgere e la loro natura parzialmente bifronte, politico-giuridica, l'agente dovrebbe poter agire con un grado elevato di autonomia rispondendo al governo della propria azione; l'ufficio dell'agente dovrebbe essere una struttura dotata di adeguate risorse umane, materiali e tecnologiche.

La struttura dell'ufficio varia da Paese a Paese in considerazione di più fattori: la consistenza del contenzioso europeo, l'arretrato davanti alla Corte, l'arretrato davanti al Comitato dei ministri per le esecuzioni, il livello di attuazione della Convenzione nel sistema interno, l'esistenza di rodati meccanismi interni di attuazione della Convenzione e protezione dei diritti umani. Nella maggior parte dei Paesi, l'ufficio dell'agente è collocato presso il Ministero degli esteri (Francia, Regno Unito, Estonia, Lettonia, Olanda) o presso il Ministero della giustizia (Belgio, Austria, Germania, Repubblica Ceca, Russia, Slovacchia, Spagna, Ucraina, Moldavia, Georgia), di cui costituisce un servizio o un dipartimento. Talvolta, specie nei Paesi con contenzioso quantitativamente limitato, l'ufficio di agente del governo è ricoperto di diritto dal procuratore generale (Portogallo, Norvegia) o dal presidente del Consiglio di Stato (Grecia). Nelle esperienze più recenti vengono adottate formule organizzative più innovative: in Slovenia, l'ufficio dell'agente è un dipartimento del Ministero della giustizia, che vede la partecipazione di alti funzionari dei vari ministeri il cui operato è più rilevante per la tutela dei diritti umani, assicurando capacità decisionale e approccio multidisciplinare, particolarmente utili in sede esecutiva; in Croazia e in Montenegro è un ufficio autonomo o un'agenzia facente capo al governo; in Bosnia è un dipartimento del Ministero per i diritti umani e i rifugiati. Paesi – come la Danimarca – con un contenzioso insignificante non hanno strutture *ad hoc*.

In alcuni Paesi (Repubblica Ceca, Francia, Olanda) l'ufficio dell'agente, oltre a esercitare le funzioni già indicate, rappresenta il governo anche nelle controversie collettive davanti al Comitato europeo per i diritti sociali.

3. L'agente del Governo italiano

L'agente del Governo italiano ha tradizionalmente sede presso il Ministero degli affari esteri ed è dotato di un ufficio in Strasburgo, presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso il Consiglio d'Europa.

In passato, fino al 2008, la funzione di agente è stata esercitata dal capo del Servizio del contenzioso

diplomatico del Ministero e la funzione di rappresentanza innanzi alla Corte Edu è stata espletata essenzialmente dal co-agente del governo con sede a Strasburgo, una particolarità del nostro Paese, sedendo gli agenti e co-agenti degli altri Stati nelle capitali.

Le esigenze gestionali connesse al rilevante aumento del contenzioso contro l'Italia hanno fatto emergere nel tempo la necessità di un agente funzionalmente distinto dal capo del Servizio. Sulla base di un parere del Consiglio di Stato, che esaltava il carattere poliedrico e non limitato alla gestione del contenzioso del ruolo dell'agente, si è ritenuto che la sua nomina rientrasse nelle competenze del Ministro degli esteri, che vi ha provveduto con proprio decreto.

L'agente ha progressivamente arricchito l'ufficio ottenendo l'apporto di due magistrati in funzione di esperti giuridici e, dal gennaio 2017, un co-agente con sede in Roma si è aggiunto ai (divenuti nel frattempo) due co-agenti con sede in Strasburgo.

I co-agenti sono scelti tra i magistrati ordinari e sono nominati con decreto del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale di concerto con i Ministri della giustizia e dell'economia e finanze, all'esito di una procedura che prevede la pubblicazione di un bando per dichiarazioni di disponibilità, una pre-selezione a opera di una commissione composta da capi dipartimento del Ministero della giustizia e l'individuazione di una rosa su cui viene operato il concerto.

Un contributo importante all'opera dell'agente, sia in sede contenziosa che in sede esecutiva, è fornito dal Ministero della giustizia, il che non stupisce se si riflette sul fatto che l'80% del contenzioso individuale Cedu nasce dall'esito di procedimenti trattati dalla magistratura ordinaria. Qui è istituita all'interno della Direzione generale degli affari giuridici e legali una Direzione contenzioso Cedu (l'«Ufficio II») cui sono dedicati tre magistrati. Questi, sotto il coordinamento del direttore generale, provvedono all'acquisizione degli atti e documenti dei procedimenti giudiziari, forniscono una valutazione fattuale e legale del caso, esprimono un parere sull'opportunità di un regolamento amichevole. Negli altri ministeri e amministrazioni di volta in volta interessati, il riferimento è normalmente l'ufficio legale e del contenzioso; nelle amministrazioni più frequentemente coinvolte (Interno, Lavoro, Salute) sono presenti dei *focal point*.

Benché non sia formalmente previsto un raccordo funzionale tra ufficio dell'agente e Presidenza del Consiglio, quest'ultima svolge un ruolo chiave nel sistema grazie alle sue competenze in materia di definizione amichevole o unilaterale dei casi e di esecuzione delle sentenze.

Infatti, a seguito della legge n. 12/2006, che ha modificato la legge n. 400/1988, la Presidenza del Consiglio «promuove gli adempimenti di competen-

za governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano; comunica tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti e presenta annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce».

Il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 1° febbraio 2007 ha attribuito gli adempimenti conseguenti alle pronunce della Corte Edu di cui alla legge n. 12/2006 al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, il quale: a) previo raccordo con la Rappresentanza permanente d'Italia presso il Consiglio d'Europa, comunica tempestivamente all'amministrazione interessata nonché al Ministero dell'economia e delle finanze le sentenze di condanna della Corte per violazioni di norme della Cedu a carico dell'Italia, al fine di avviare le procedure di esecuzione degli obblighi derivanti dalle sentenze stesse; b) «invita l'Amministrazione competente a conformarsi ai principi convenzionali nonché alle eventuali statuizioni contenute nelle sentenze, suggerendo, se del caso, l'adozione delle misure individuali o generali ritenute necessarie; coordina e favorisce, altresì, l'individuazione di misure idonee a prevenire ed evitare constatazioni di violazione della Convenzione; c) tramite raccordo con la Rappresentanza, può favorire o assumere, nel rispetto delle procedure di legge vigenti e secondo i parametri di equità adottati dalla Corte, ogni opportuna iniziativa in relazione alla definizione delle controversie nelle forme dell'offerta unilaterale finalizzata alla radiazione della causa dal ruolo ai sensi dell'art. 37, paragrafo 1, lettera c) della Convenzione o del regolamento amichevole previsto dagli articoli 38 e 39 della Convenzione. In tale attività può essere sentito il parere dell'Avvocatura generale dello Stato. Tale parere è sempre richiesto per le pratiche di particolare rilevanza» (art. 2).

Nella prassi, dal 2007 i co-agenti in servizio presso l'ufficio di Strasburgo coadiuvano la Presidenza del Consiglio dei ministri nella attività e nelle procedure di esecuzione degli obblighi derivanti dalle sentenze di condanna ai sensi degli artt. 41 e 46 della Convenzione. Inoltre, l'agente e i co-agenti sottopongono alla Presidenza i casi per i quali è opportuno pervenire a una soluzione amichevole o unilaterale, al fine di ottenere la relativa autorizzazione. Si può dunque dire che, fino a oggi, il sistema convenzionale si è realizzato, quanto ai profili legati al contenzioso individuale e all'esecuzione delle misure individuali e generali legate alle sentenze di condanna, a opera dell'agente e dei co-agenti, sotto l'«ombrello» della Presidenza del Consiglio.

Una recentissima disposizione (art. 15, comma 1, legge di conversione del decreto-legge su immigrazione

e sicurezza pubblica n. 113/2018) ha innovato in materia di nomina dell'agente prevedendo che: «Le funzioni di agente del governo a difesa dello Stato italiano dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo sono svolte dall'avvocato generale dello Stato, che può delegare un avvocato dello Stato». Nel «*Dossier per l'Assemblea*» del dl, con gli emendamenti approvati dalla Commissione affari costituzionali in sede referente, si legge: «Il Regolamento della Cedu, all'articolo 35, prevede infatti che gli Stati membri della Convenzione siano rappresentati da agenti, che possono farsi assistere da avvocati o consulenti. Attualmente l'agente del governo ha sede presso il Ministero degli affari esteri ed è coadiuvato da due co-agenti, residenti a Strasburgo, i quali assicurano la difesa scritta ed orale del governo, curano i rapporti tra la Corte e le Autorità nazionali di volta in volta interessate e coordinano le attività processuali necessarie. Dopo ogni sentenza della Corte, recante la constatazione di una violazione della Convenzione a carico dell'Italia, i co-agenti seguono, in qualità di esperti giuridici della Rappresentanza Permanente d'Italia presso il Consiglio d'Europa, la fase di esecuzione degli obblighi scaturenti dalla decisione (ai sensi degli articoli 41 e 46 della Convenzione stessa). La disposizione in commento viene a colmare una lacuna normativa in merito all'individuazione, nell'ordinamento interno, della figura dell'agente di governo presso la Corte Edu. Attualmente, infatti, la materia è regolata dalla prassi, in base alla quale la nomina dell'agente viene effettuata dal Ministro per gli affari esteri su proposta del Ministro della giustizia. Non vi è alcuna disposizione che preveda specifici requisiti per la nomina. Con riguardo all'attribuzione delle funzioni all'Avvocatura dello Stato, si ricorda peraltro che anche nel caso dell'agente del Governo italiano presso la Corte di giustizia dell'Unione europea, le funzioni dello stesso sono già attualmente svolte da un avvocato dello Stato. In tale caso però, a differenza di quanto previsto dalla disposizione in commento, la nomina dell'avvocato di Stato è di competenza della Presidenza del Consiglio, o del Ministro per gli affari europei e del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, sentito l'avvocato generale dello Stato (articolo 42, comma 3, della legge 24 dicembre 2012, n. 234)».

La pluralità delle funzioni dell'ufficio dell'agente, non limitate alla rappresentanza in sede contenziosa davanti alla Corte Edu, e la loro interconnessione implicano il mantenimento dell'attuale struttura organizzativa. Sembra, peraltro, opportuno che in un prossimo futuro non solo l'individuazione dell'agente, ma anche le sue funzioni e la struttura dell'ufficio siano disciplinate in dettaglio per legge.

Dovrebbero, in particolare, dettarsi disposizioni più specifiche sull'esercizio della funzione di rappresentanza, armonizzandole con le funzioni della Presidenza del Consiglio in materia di esecuzione delle sentenze. Quanto alla definizione amichevole o unilaterale dei casi, l'attribuzione della funzione di agente all'avvocato generale dello Stato richiede una completa rivisitazione del meccanismo di autorizzazione su parere facoltativo o obbligatorio dell'Avvocatura.

Quello che è essenziale – al di là delle molte possibili opzioni organizzative e istituzionali – è mantenere l'unitarietà o quanto meno lo stretto coordinamento tra i vari aspetti del “lavoro” di attuazione della Convenzione. Diplomazia, difesa davanti alla Corte Edu, esecuzioni, presenza e azione negli organismi del Consiglio d'Europa sono gli ingranaggi di una sola grande macchina. Per funzionare bene, devono essere oliati e marciare all'unisono.

4. Una prospettiva possibile... anzi, necessaria

Se, poi, si volesse adottare una prospettiva di lungo termine, si dovrebbe – secondo la personale opinione di chi scrive – prevedere la creazione di un nuovo soggetto, agenzia o altra istituzione autonoma, preposto alla realizzazione dei diritti umani e all'attuazione della Convenzione nel nostro Paese.

In questo modo, si darebbe finalmente attuazione ai cd. *Principi di Parigi* adottati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1993, che prevedono la creazione di un'istituzione nazionale con competenze per la promozione e la tutela dei diritti umani (ad agosto 2018, erano 122 i Paesi delle Nazioni Unite che hanno creato tali autonome istituzioni, di cui 10 ritenute non conformi ai Principi di Parigi¹). Secondo gli *standard* fissati dall'Assemblea generale, tale istituzione deve: 1) avere un mandato il più ampio possibile, chiaramente definito a livello costituzionale o legislativo, che specifichi la sua composizione e la sua sfera di competenza; 2) avere, tra l'altro, le seguenti responsabilità: « (a) Presentare al governo, al Parlamento e a qualsiasi altro organo competente, su base consultiva, su richiesta delle autorità interessate o nell'esercizio del suo potere di iniziativa senza che sia necessario un rinvio da altra autorità superiore, pareri, raccomandazioni, proposte e relazioni su qualsiasi questione riguardante la promozione e la tutela dei diritti umani; (...) tali pareri, raccomandazioni, proposte e relazioni, nonché qualsiasi prerogativa dell'istituzione nazionale, riguardano i seguenti settori: i) le disposizioni legislative o amministrative, nonché

1. Si veda, in proposito: www.ohchr.org/en/countries/nhri/pages/nhrimain.aspx.

le disposizioni relative alle organizzazioni giudiziarie, volte a preservare ed estendere la tutela dei diritti umani; (...) ii) qualsiasi situazione di violazione dei diritti umani su cui decida di intervenire; iii) la preparazione di relazioni sulla situazione nazionale per quanto riguarda i diritti umani in generale e su questioni più specifiche; iv) richiamare l'attenzione del governo sulle situazioni di violazione dei diritti umani in qualsiasi parte del Paese e proporgli iniziative per porre fine a tali situazioni e, se necessario, esprimere un'opinione sulle posizioni e le reazioni del governo; (b) promuovere e garantire l'armonizzazione delle legislazioni, dei regolamenti e delle pratiche nazionali con gli strumenti internazionali in materia di diritti umani di cui lo Stato è parte e la loro effettiva attuazione; (c) incoraggiare la ratifica dei suddetti strumenti o l'adesione a tali strumenti e garantirne l'attuazione».

I compiti di questa istituzione autonoma, come indicati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, corrispondono a quelli che, nel sistema convenzionale del Consiglio d'Europa, dovrebbero assegnarsi all'agente quale soggetto che opera per l'attuazione della Convenzione nel sistema interno².

L'agente potrebbe essere il capo di questa nuova istituzione. Che si tratti di un soggetto individuato di diritto (com'è oggi) o di un soggetto nominato *ad hoc* (dal Presidente del Consiglio di concerto con i Ministri della giustizia e degli affari esteri o da questi due Ministri di concerto tra loro) è relativamente rilevante, l'essenziale essendo che a lui siano accordate garanzie di autonomia e imparzialità, bilanciate da responsabilità di fronte al Governo (o al Parlamento).

La legge dovrebbe disciplinare la durata (nel caso di persona nominata *ad hoc*) della carica, l'eventuale indennità ad essa collegata e le competenze, quali:

- a) promuovere l'attuazione della Cedu e della normativa europea e nazionale vigenti in materia di protezione dei diritti umani;
- b) rappresentare lo Stato nei ricorsi individuali davanti alla Corte Edu;
- c) proporre, sentite le amministrazioni interessate, la soluzione delle controversie con regolamento amichevole e, se non accettato dal ricorrente, con dichiarazione unilaterale, qualora l'esito prevedibile sulla base della giurisprudenza consolidata della Corte Edu sia una condanna dello Stato;
- d) curare l'esecuzione e tutti gli adempimenti conseguenti alle sentenze di condanna della Corte Edu;

- e) curare la diffusione a livello nazionale della giurisprudenza della Corte Edu;
- f) rappresentare lo Stato nelle controversie collettive davanti al Comitato europeo dei diritti sociali;
- g) partecipare, in rappresentanza dello Stato e d'intesa con il Rappresentante permanente d'Italia a Strasburgo, alle attività del Consiglio d'Europa connesse al sistema della Cedu;
- h) segnalare al governo, alle regioni, agli enti locali e territoriali interessati, al Consiglio superiore della magistratura, alla Scuola superiore della magistratura, agli ordini professionali, negli ambiti di rispettiva competenza, tutte le iniziative opportune per assicurare la piena promozione e tutela dei diritti umani;
- i) esprimere il proprio parere su iniziative di legge aventi una possibile incidenza sulla protezione e sull'attuazione dei diritti umani;
- l) collaborare alle attività comuni degli agenti del governo dei Paesi del Consiglio d'Europa e all'attività di organizzazioni e istituti internazionali – o appartenenti ad altri Paesi – di tutela e di promozione dei diritti umani;
- m) assicurare forme idonee di consultazione e di collaborazione con tutte le organizzazioni, le associazioni, le ong e le reti internazionali operanti in Italia e negli altri Paesi nell'ambito della tutela e della promozione dei diritti umani.

La gestione del contenzioso individuale potrebbe essere affidata al coordinamento di un co-agente o agente aggiunto, nell'ambito delle direttive impartite dall'agente.

L'istituzione dovrebbe avere risorse umane e materiali sufficienti per consentire l'espletamento efficace delle competenze. L'agente e il co-agente dovrebbero essere coadiuvati da personale di supporto amministrativo e legale con una dotazione organica di almeno 22 unità (sette esperti giuridici provenienti dalla magistratura ordinaria e amministrativa e dall'avvocatura dello Stato con almeno dieci anni di anzianità di servizio e conoscenza professionale dell'inglese e del francese; tre giovani giuristi con conoscenze linguistiche; un consigliere diplomatico; un dirigente di prima fascia, un dirigente di seconda fascia, sei funzionari, due traduttori, un commesso). Un esperto giuridico e un giovane giurista presso la Rappresentanza permanente d'Italia a Strasburgo dovrebbero coadiuvare l'agente e il co-agente nelle attività concernenti l'esecuzione delle sentenze di condanna e la partecipazione agli orga-

2. Vds. *Applying and supervising the ECHR. The role of government agents in ensuring effective human rights protection*, atti del seminario tenuto a Bratislava sotto la Presidenza Slovaca del CdE il 3 e 4 aprile 2008, pubblicati dal Consiglio d'Europa.

nismi del Consiglio d'Europa, in coordinamento e col supporto del personale diplomatico della Rappresentanza medesima.

Per l'espletamento delle competenze indicate e per le attività connesse e strumentali, nonché per il funzionamento dell'ufficio dell'agente, dovrebbe essere istituito un fondo speciale a carico del bilancio della Presidenza del Consiglio. L'agente disporrebbe del fondo e sarebbe soggetto agli ordinari controlli contabili.

Al momento in cui si scrive (dicembre 2018) sono pendenti davanti alla Corte poco più di 4000 richieste individuali, che ci pongono ancora (nonostante gli immensi sforzi sia della Corte che dell'ufficio dell'agente per ridurre un arretrato che, solo pochi anni fa, aveva raggiunto quota 17.000) tra i primi cinque o sei Paesi con maggiori pendenze, in compagnia di Russia, Ucraina, Turchia, Romania.

Davanti al Comitato dei ministri pendono circa 200 esecuzioni, di cui ben 57 sono leading case in procedura di monitoraggio rafforzato. Il segretariato e il Comitato dei ministri hanno compiuto un atto di fiducia verso il nostro Paese chiudendo i casi clone dei leading case in cui è intervenuta l'esecuzione delle misure individuali (con diminuzione drastica delle pendenze). Si tratta, ora, di porre mano ad antichi e irrisolti problemi strutturali (a partire da quello della durata dei processi).

Solo un'istituzione autonoma, dedicata, con adeguate risorse, dotata di mission e vision può coordinare, costruire e rappresentare, nelle relazioni con le istituzioni convenzionali, quel livello di adempimento e realizzazione dei principi convenzionali che sono già la stella polare dei servitori dello Stato, siano essi magistrati o forze di polizia, servizi sociali o amministrazioni attive.

Otto anni da agente con la Corte Edu

di Paola Accardo

Il non facile equilibrio tra difesa del sistema interno e rispetto della Cedu per gli Stati che ne sono parte si riflette nella personale esperienza di chi, pur nel diverso e specifico ruolo di agente del governo, riconosce nell'obiettività del giudice una preziosa risorsa di mediazione. I correttivi adottati per superare forti criticità quali l'inefficacia del rimedio interno o il sovraffollamento delle carceri, fonti di contenzioso ripetitivo dinanzi alla Corte Edu, sono esempi significativi di una collaborazione riuscita tra quest'ultima e il Governo nazionale.

1. Ci vuole un certo sforzo di adattamento, per chi ha sempre fatto il magistrato con funzioni giudicanti, per proiettarsi in un ruolo così diverso come quello del co-agente del governo, la cui attività è inserita in un contesto organizzativo complesso, che non ha nulla a che vedere con quello di un ufficio giudiziario.

Eppure, l'esperienza di magistrato appare quella più in sintonia con la funzione di rappresentanza del governo, funzione comprendente non solo la difesa, ma anche il ruolo collaborativo del governo stesso nell'attuazione della Convenzione¹.

È compito della difesa del governo valorizzare gli aspetti positivi del sistema interno e prospettare – all'occorrenza – l'impatto che alcune pronunce possono avere, anche con riflessi negativi su altre posizioni soggettive, non dedotte nel caso sul quale la Corte è sollecitata a pronunciarsi e, nondimeno, tutelate dalla Convenzione.

In sinergia con l'attività di difesa del Governo italiano, è fondamentale altresì l'impegno ad assicurare un costante scambio di informazioni con la Presidenza del Consiglio e i ministeri competenti sulle questioni via via in esame, anche ai fini di segnalare eventuali criticità che possano dar luogo a futuro contenzioso,

promuovendo così l'adozione di «misure preventive» a diverso livello.

Il bagaglio di esperienza nell'attività giudicante aiuta certamente a capire le ragioni che possono essere rilevanti, secondo l'angolo di visuale di una corte internazionale quale la Corte Edu, per la difesa del sistema interno, messo in discussione da chi ricorre affermandosi vittima di una violazione della Convenzione. D'altro canto, l'obiettività, acquisita nell'esercizio in passato di un ruolo che, per definizione, deve essere imparziale, aiuta anche in una possibile mediazione per la scelta del più appropriato strumento per superare le criticità, in armonia con il ruolo collaborativo che la Convenzione richiede a ogni Stato aderente.

2. Quando, nel giugno 2010, arrivai a Strasburgo, presi atto che l'Italia aveva un elevato contenzioso pendente dinanzi alla Corte Edu, in buona parte costituito da casi ripetitivi sull'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari.

Non era bastato il rimedio interno, istituito con la legge 24 marzo 2001, n. 89 (cd. "legge Pinto"), per attribuire un equo indennizzo alle vittime di una irra-

1. La Convenzione esordisce, all'art.1, con l'impegno di tutti gli Stati contraenti al riconoscimento dei «diritti» e delle «libertà» fondamentali ivi enunciati a tutti coloro che son soggetti alla loro giurisdizione. L'art 19 istituisce la Corte europea dei diritti dell'uomo, ai fini di «assicurare il rispetto degli impegni» assunti dagli Stati contraenti.

gionevole durata di procedimenti giudiziari, a risolvere a livello interno almeno l'aspetto compensativo di un'eccessiva durata già subita, perché la nuova via di ricorso nazionale, che avrebbe dovuto erigere una definitiva barriera alla ricevibilità di ricorsi alla Corte Edu ai sensi dell'art. 35 Cedu, rivelava poi una sistematica criticità, soprattutto nella fase di esecuzione dei decreti delle corti d'appello che liquidavano gli indennizzi.

Succedeva, infatti, che gli indennizzi, accordati all'esito del procedimento interno, non venissero poi tempestivamente corrisposti, per la del tutto inadeguata copertura finanziaria prevista in bilancio in un apposito capitolo (n. 1264).

Con il tempo, la situazione si era progressivamente aggravata in quanto i pagamenti, non effettuati per insufficienza di stanziamento, passavano a debito per l'anno successivo, mentre cresceva sempre più il divario tra debito complessivo accumulatosi e stanziamento annuale.

Si verificava così una dispendiosa duplicazione del contenzioso: dapprima dinanzi alle nostre corti d'appello, ai sensi della "legge Pinto"; poi, a seguito di prolungati ritardi nei pagamenti, dinanzi alla Corte Edu. Quest'ultima accordava, oltre agli importi non pagati a livello interno con gli interessi moratori, un ulteriore indennizzo per il ritardo e spese del procedimento.

Altre questioni sulle modalità di calcolo dell'eccessiva durata e sull'ammontare dell'indennizzo avevano, invece, un impatto numericamente più limitato ed erano state in parte superate con l'adeguamento della giurisprudenza interna, nonché a seguito dell'affermarsi di una valutazione un po' più ampia del *margin di apprezzamento* riconosciuto ai giudici nazionali, da parte della stessa Corte Edu².

3. L'insostenibilità della situazione, pesante per il nostro Paese sia in termini di onere economico che di immagine, per l'evidente incongruenza dell'istituzione di un rimedio interno inefficace a risolvere il problema di un ingente contenzioso ripetitivo dinanzi alla Corte Edu (divenuto, a sua volta, fonte di ulteriore contenzioso), era stata stigmatizzata in ripetute risoluzioni *ad interim* del Comitato dei ministri,

ove si proponevano pressanti inviti all'Italia affinché prendesse adeguati provvedimenti, anche di copertura finanziaria³.

Questa pressante criticità fu prospettata nel febbraio 2012 all'allora ministro della giustizia Paola Severino, che in una successiva visita ufficiale al Consiglio d'Europa assicurò l'impegno per un'azione coordinata ed efficace, che avrebbe portato alla riduzione del contenzioso dinanzi alla Corte Edu.

In effetti, una serie di interventi sulla "legge Pinto", iniziati con le modifiche introdotte con il dl 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella l. 7 agosto 2012, n. 134, proseguiti nella successione di governi e ministri della giustizia, semplificavano e velocizzavano la procedura e, finalmente, risolvevano in via definitiva il problema dell'insufficiente destinazione finanziaria ai pagamenti degli indennizzi liquidati dalle corti d'appello nei procedimenti Pinto.

Si susseguivano, nel contempo, varie misure di carattere normativo e organizzativo per ridurre l'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari, che agivano così alla fonte della criticità sotto il profilo degli obblighi derivanti dell'art. 6, par. 1, Cedu. Dei buoni risultati ottenuti in questa direzione, soprattutto in alcuni settori civili, dava atto il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, chiudendo, a partire dal 2016, il monitoraggio dell'esecuzione di molte vecchie sentenze di condanna per violazione dell'art 6, par. 1, Cedu per eccessiva durata del procedimento. Si trattava di ricorsi proposti anteriormente all'istituzione del rimedio interno, per i quali, pur essendo intervenuto il pagamento dell'equa soddisfazione accordata dalla Corte Edu ai ricorrenti (misura individuale di adempimento alla sentenza), continuava ancora il monitoraggio dell'esecuzione da parte del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulle misure generali per evitare il ripetersi di simili violazioni, cioè sulle misure che riducessero in termini ragionevoli la durata dei procedimenti giudiziari.

In effetti, erano stati intrapresi vari piani d'azione per ridurre la durata dei procedimenti civili e penali. Nel corso di visite dei ministri della giustizia al Consiglio d'Europa e alla Corte Edu, ripetute più volte dal ministro Andrea Orlando, erano stati debitamente messi in evidenza, dando un segno tangibile dell'impegno italiano, particolarmente mirato alle

2. È da ricordare che il problema della liquidazione di indennizzi troppo esigui era stato risolto, con l'intervento a sezioni unite della Corte di cassazione, dalle sentenze nn. 1338-1341 del 2004, che orientavano le corti d'appello sull'allineamento con i parametri della Corte Edu. D'altro canto, quest'ultima, nella sentenza a Grande Camera *Cocchiarella c. Italia* (ric. n. 64886/01), del 29 marzo 2006, affermava che «quando uno Stato fa il significativo passo di introdurre un ricorso indennitario per rimediare alla violazione di un diritto assicurato dalla Convenzione» – nella specie, alla durata ragionevole del processo – «si deve lasciargli il più ampio margine d'apprezzamento perché possa organizzare il rimedio interno in modo coerente con il proprio sistema giuridico e le sue tradizioni, in conformità con il tenore di vita del Paese». Sulla base di queste considerazioni, la giurisprudenza Cedu si orientò nel considerare sufficiente che il rimedio interno avesse assicurato almeno il 45% di quanto la stessa Corte Edu avrebbe attribuito in assenza del rimedio stesso.

3. Si vedano le risoluzioni CM/Res(2009)42 e CM/Res(2010)224.

problematiche del contenzioso a Strasburgo⁴.

Per quanto riguarda la giustizia amministrativa, dopo qualche anno, questa cominciava progressivamente a risentire degli effetti positivi della riforma del processo amministrativo intervenuta nel 2010.

4. L'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari non era, però, un problema esclusivamente italiano; oltre all'Italia e ad alcuni altri Stati membri del Consiglio d'Europa, la stessa Corte Edu aveva iniziato, già da tempi non troppo recenti, a soffrire di questa disfunzione. Orbene, se è vero che la Cedu è intervenuta tra gli Stati che l'hanno stipulata, ai quali si indirizza, mentre la Corte – ai sensi dell'art. 19 della Convenzione – è istituita quale garante finale per assicurare l'adempimento degli impegni che gli Stati stessi hanno assunto, sembrava non troppo coerente con il sistema il fatto che lo stesso organo garante, non riuscisse a gestire adeguatamente i tempi di durata dei procedimenti dinanzi a sé pendenti.

Certo, come è stato da molti osservato, la Corte è progressivamente divenuta essa stessa «vittima del suo successo», quantomeno sotto il profilo dell'enorme carico di lavoro conseguente; di fronte al moltiplicarsi – anno per anno, e da un quarto di secolo – del numero dei ricorsi individuali, non è certamente facile adottare misure adeguate per gestire, in tempi adeguati alle prescrizioni dell'art 6, par.1, l'ondata crescente di contenzioso.

Nel 2011, i procedimenti pendenti dinanzi alla Corte Edu erano oltre 150.000; tra questi, oltre 14.000 erano contro l'Italia.

Per necessità, la Corte e il Governo italiano avrebbero dovuto collaborare nel ridurre il contenzioso pendente per i casi ripetitivi, quali i casi aventi origine dall'inefficacia del rimedio interno – secondo quanto prima ricordato.

Da aprile 2012, era aggiunto al Regolamento della Corte l'art. 62A, che dava la possibilità ai governi di chiudere il contenzioso senza condanna, anche in caso di non accettazione della parte ricorrente di una proposta di regolamento amichevole, tramite una dichiarazione unilaterale di riconoscimento di violazione accompagnata dalla messa a disposizione di un'adeguata riparazione.

Un primo segnale di incoraggiamento dalla Corte Edu arrivò con la sentenza *Gaglione e altri*, del 21 dicembre 2010, che definiva 475 ricorsi per lungo ritardo nel pagamento degli indennizzi Pinto con una condanna che accordava un'equa soddisfazione di 200 euro a ricorrente, oltre a 10.000 euro globali per spese. La sentenza, resa peraltro con due espresse manifestazioni dissidenti per quanto concerne l'ammontare dell'equa soddisfazione, valutato come troppo esiguo⁵, forniva i parametri per risolvere, con un impegno economico contenuto, un gran numero di ricorsi.

Nacque, così, il primo piano di eliminazione massiccia dinanzi alla Corte Edu del contenzioso ripetitivo, relativo ai ritardi/mancati pagamenti degli indennizzi accordati dalle corti d'appello nei procedimenti ai sensi della «legge Pinto». Il Governo italiano, utilizzando gli elenchi dei ricorsi ripetitivi pendenti con i dati rilevanti predisposti dalla Cancelleria della Corte Edu, in sinergica collaborazione, offriva un regolamento amichevole di importi secondo il parametro della sentenza *Gaglione* e, in caso di rifiuto del ricorrente, effettuava una dichiarazione unilaterale ai sensi del precedentemente ricordato art. 62A del Regolamento della Corte. Si otteneva, in questo modo, la cancellazione dal ruolo di oltre 6.000 ricorsi nell'arco di tre anni (dal 2014 al 2016).

5. Un'altra fonte di contenzioso ripetitivo era causata dal sovraffollamento carcerario, che poneva problemi sotto il profilo dell'art. 3 Cedu, come possibile trattamento disumano e degradante, al di là di una certa soglia minima di spazio.

La Corte, con la sentenza *Sulejmanovic c. Italia* (ric. n. 22635/03), del 16 luglio 2009, aveva ritenuto che il mantenimento di una persona detenuta, in situazione di insufficienza di spazio individuale a disposizione, concretasse un trattamento disumano e degradante ai sensi dell'art. 3 della Convenzione.

Dopo di ciò, molti altri ricorsi erano stati presentati da persone detenute, che lamentavano condizioni disumane per situazioni di sovraffollamento e inadeguatezza degli istituti penitenziari ai quali erano state assegnate e l'indisponibilità di rimedi effettivi a livello interno.

4. Da una formula organizzativa virtuosa per la rapidità e l'efficienza degli uffici giudiziari, realizzata per il suo distretto dal presidente della Corte d'appello di Torino, Mario Barbuto, sorgeva, nel maggio 2011, il programma «Strasburgo 1», segnalato all'attenzione di tutti i presidenti delle corti d'appello italiane dal ministro della giustizia Severino, con comunicazione del 24 agosto 2012. Nel dicembre 2014, veniva lanciato dal ministro della giustizia Orlando il programma «Strasburgo 2», coordinato da Mario Barbuto nelle sue mutate funzioni di capo Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria. Il progetto organizzativo si inseriva nell'ambito degli interventi con portata deflattiva del contenzioso di cui al dl 12 settembre 2014, n. 132, convertito in l. 12 settembre 2014, n. 162.

5. Nelle pronunce della Corte Edu è indicato espressamente, in relazione a ciascuno dei capi decisi, se esse sono prese all'unanimità o a maggioranza, con l'indicazione della proporzione numerica, e sono allegate le opinioni convergenti o divergenti (in tutto o in parte) che i giudici abbiano inteso formulare per iscritto.

Nel luglio del 2012, le pendenze su questo oggetto ammontavano a circa 1.200 e la Corte interveniva, l'8 gennaio 2013, definendo sette ricorsi con la sentenza pilota *Torreggiani e altri c. Italia* (ric. n. 43517/09), che fissava i principi ai quali l'Italia si doveva adeguare per assicurare il rispetto dell'art. 3 Cedu, statuendo espressamente che l'Italia doveva fornire alle vittime della violazione uno strumento efficace di ricorso in prevenzione e in riparazione della violazione.

La sentenza interveniva quando già il problema del sovraffollamento carcerario era posto alla sofferza attenzione delle massime autorità dello Stato, dando comunque atto, nella motivazione (par. 92), delle misure prese per cercare di arginare la situazione creatasi, comunicate al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa. Occorreva andare avanti e dotarsi di una via di ricorso interna di carattere preventivo e per la riparazione del pregiudizio subito a causa della detenzione in condizioni di sovraffollamento. La Corte dava un termine a tal fine, accordando solo ai sette ricorrenti l'equa soddisfazione, ma sospendendo l'esame di tutti gli altri ricorsi pendenti e successivamente proposti fino allo scadere del termine per l'istituzione del rimedio interno.

Dopo vari interventi legislativi e strutturali⁶, operanti favorevolmente in maniera diretta o indiretta nella progressiva riduzione del sovraffollamento carcerario, con la legge 11 agosto 2014, n. 117, si aveva la definitiva configurazione del rimedio interno preventivo e compensatorio. La Corte Edu poteva dichiarare, così, irricevibili i ricorsi che lamentavano condizioni di sovraffollamento carcerario per l'esistenza del rimedio interno, che doveva essere preventivamente esperito. Il Comitato dei ministri, con risoluzione dell'8 marzo 2016, chiudeva il monitoraggio della sentenza pilota *Torreggiani* e del precedente *Sulejmanovic*.

Un'altra consistente porzione di contenzioso ripetitivo dinanzi alla Corte Edu era stata eliminata, mentre il rimedio interno veniva, questa volta, proposto a modello esemplare ad altri Paesi, pure monitorati per sovraffollamento carcerario⁷.

Il nostro Paese poteva essere soddisfatto del successo, tenuto conto anche del grande risparmio che il sistema compensatorio, disciplinato dal nuovo art. 35-ter dell'ordinamento penitenziario, realizzava,

accordando uno sconto nella pena detentiva ancora da espiare nella misura di un giorno per ogni dieci di detenzione subita in condizioni disumane e, solo in caso d'impossibilità di attuare tale riparazione, un indennizzo di otto euro per giorno passato in condizioni detentive disumane – indennizzo ben più contenuto di quanto aveva accordato la Corte nella sentenza pilota ai sette ricorrenti.

6. La riduzione dell'arretrato pendente dinanzi alla Corte Edu è stato uno dei principali obiettivi di Guido Raimondi, suo presidente dal 1° novembre 2015: obiettivo brillantemente raggiunto, come risulta dai più recenti dati statistici, anche grazie alla collaborazione dell'Italia. Basti pensare che, nel 2017, sono stati definiti 4.600 ricorsi contro l'Italia corrispondenti all'8% dell'arretrato totale della Corte.

Un grande lavoro di sinergia tra le amministrazioni coinvolte ha consentito di raggiungere una positiva o, comunque, onorevole chiusura di tanto contenzioso dinanzi alla Corte Edu, grazie al sapiente coordinamento e alle attente determinazioni dell'«Ufficio contenzioso per la consulenza giuridica e i rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo» del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Il ruolo primario di osservatore rispettoso della Convenzione per lo Stato aderente al sistema Cedu, e quello sussidiario di garanzia svolto dalla Corte Edu richiedono reciproco rispetto e collaborazione. Mi è sembrato giusto ricordare, in questa occasione, alcuni momenti salienti di tale collaborazione, alla quale ho avuto la fortuna di assistere da vicino, cooperando insieme ai colleghi co-agenti che si sono avvicendati durante gli otto anni di mia permanenza nell'incarico: Nicola Lettieri, che ho trovato al mio arrivo a Strasburgo e mi ha subito messo a disposizione la sua grande esperienza, orientandomi nelle nuove funzioni; Silvia Coppari, nel suo pur breve ma incisivo periodo di permanenza; Gianluca Mauro Pellegrini, con il quale si è costituito un tandem di felice sinergia per due anni; infine, Maria Giuliana Civinini, che ha portato un'ondata di dinamismo e innovazione nell'organizzazione dell'ufficio, alla quale va il mio affettuoso augurio di proseguire sempre al meglio.

6. Gli interventi mantennero una opportuna continuità di azione anche nell'avvicendamento del Ministro della giustizia. Così, la Commissione per l'elaborazione degli interventi in materia penitenziaria continuò i lavori intrapresi sotto il ministro Annamaria Cancellieri con il ministro Andrea Orlando, sotto la guida del suo presidente Mauro Palma, che era stato nominato nel giugno 2013 dalla Cancellieri.

7. Si veda la decisione nei gruppi di casi *Ananyev c. Federazione Russa*, presa dal Comitato dei ministri il 7 giugno 2017, che al par. 11 invita le autorità sovietiche a ispirarsi al modello italiano.

La Corte e la stagione dei protocolli con le corti supreme

di Guido Raimondi

Negli ultimi anni, la pratica dei protocolli d'intesa conclusi tra la Corte di Strasburgo e corti superiori nazionali – nell'ottica di una sempre migliore applicazione della Cedu – è legata al grande tema della sussidiarietà, o responsabilità condivisa. Lo scritto tratta della rete delle corti superiori europee e, in particolare, della cooperazione della Corte Edu con le corti superiori italiane, citando le intese concluse con queste ultime.

1. Sussidiarietà

Lo sviluppo, negli ultimi anni, della pratica dei protocolli d'intesa conclusi tra la Corte di Strasburgo e corti superiori nazionali e, più in generale, di varie forme di collaborazione tra queste corti, nell'ottica di una sempre migliore applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è legato al grande tema della sussidiarietà.

Per il sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali, incentrato sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), questa è certamente l'era della sussidiarietà.

Specialmente negli ultimi tempi è sempre più maturata la consapevolezza che la Corte europea dei diritti dell'uomo, unico interprete autorizzato della Cedu, è – certamente senza volerne sminuire il ruolo – solo *uno* degli attori del sistema di tutela dei diritti fondamentali. Si pone così l'accento su quello che è il tema imprescindibile nel dibattito attuale sul sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quello cioè della cd. *responsabilità condivisa* (*responsabilité partagée*), che è un modo moderno di riferirsi alla sussidiarietà.

La riflessione sulla responsabilità condivisa – s'intende, tra il livello internazionale, al quale operano la Corte di Strasburgo e il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (CdE), e quello interno – è stata centrale in occasione della recente Conferenza intergovernativa sul futuro della Corte Edu che si è tenuta a Bruxelles, nell'ambito della presidenza

belga del CdE, nel mese di marzo 2015, e anche nella successiva Conferenza tenutasi a Copenaghen il 12 aprile 2018, sotto l'egida della presidenza danese del CdE.

L'idea è che solo uno Stato che sia in grado di tutelare efficacemente i diritti umani al suo interno può aderire alla Convenzione. Questo significa che il primo difensore, il primo giudice dei diritti umani nel sistema europeo non è la Corte di Strasburgo, ma il giudice interno: soprattutto le corti supreme e le corti costituzionali, ma anche il giudice di merito, il giudice di primo grado. Il livello internazionale del sistema è destinato a funzionare solo per riparare a quelle violazioni che, per così dire, sfuggono a un livello – quello nazionale – che già per suo conto dovrebbe essere in grado di prevenire o riparare la violazione dei diritti della persona umana. Il principio di sussidiarietà è espresso, in primo luogo, da una precisa disposizione della Convenzione, l'art. 35, che pone la regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, ed è stato sviluppato nella giurisprudenza della Corte Edu, che ha cercato di definire i ruoli rispettivi dei giudici interno ed europeo nell'assolvimento di un compito comune, cioè la corretta applicazione della Convenzione. In quest'ambito è stata elaborata la dottrina del *margin of appreciation*, cioè della relativa "deferenza" della Corte verso le soluzioni adottate a livello nazionale, sia dal legislatore sia dal giudice.

Questo è il concetto "classico" di sussidiarietà nell'ambito del sistema della Convenzione: un con-

cetto che, certamente, corrisponde all'idea di sussidiarietà emergente dalla giurisprudenza della Corte.

Si deve avvertire, però, che si è recentemente fatta strada un'altra idea di sussidiarietà. Più che dai testi convenzionali e dalla giurisprudenza della Corte, essa trae origine da un atteggiamento critico di taluni Stati contraenti verso quello che è considerato un certo "attivismo giudiziario" da parte della Corte, che non sarebbe sufficientemente rispettosa del margine di apprezzamento di cui si è detto, che spetta agli Stati contraenti secondo la stessa giurisprudenza della Corte. In particolare – si trova traccia di questa idea nella Dichiarazione che ha chiuso la Conferenza inter-governativa di Brighton dell'aprile 2012 –, secondo questa visione la Corte di Strasburgo non dovrebbe rimettere in discussione l'applicazione della Convenzione fatta dai giudici nazionali, salvo che sia riscontrabile un *errore manifesto*. In questa prospettiva, la sussidiarietà, piuttosto che riferirsi alle responsabilità degli Stati nell'applicazione della Convenzione, esprime l'idea secondo la quale l'azione della Corte dovrebbe essere caratterizzata da *self-restraint* e deferenza verso le decisioni statali.

Come si sa, i concetti di "sussidiarietà" e di "margine di apprezzamento" sono destinati a fare il loro ingresso nel preambolo della Cedu quando entrerà in vigore il Protocollo n. 15, uno dei due prodotti principali della Conferenza di Brighton. L'altro è il Protocollo n. 16, sul quale mi soffermerò in seguito, che attiene alla possibilità per le corti interne più alte, incluse le corti costituzionali, di rivolgere alla Corte Edu una richiesta di parere sull'interpretazione o l'applicazione della Convenzione. Ora, tornando al Protocollo n. 15, ci sono pochi dubbi su quale delle due visioni della sussidiarietà gli Stati contraenti avessero in mente quando hanno deciso di emendare il preambolo. Naturalmente, è presto per dire se queste modifiche potranno avere un effetto sulla giurisprudenza della Corte. Non è, tuttavia, inutile ricordare che, secondo gli artt. 19 e 32 Cedu, spetta alla Corte di Strasburgo la parola finale sull'interpretazione di questo strumento.

2. Dialogo tra i giudici

Le corti costituzionali e supreme nazionali sono l'interlocutore naturale della Corte di Strasburgo. Normalmente, per effetto della regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, la Corte Edu si trova a operare avendo a disposizione una decisione della corte costituzionale o suprema del Paese

convenuto. Nella maggior parte dei casi, la questione sottoposta alla Corte è stata già esaminata dalla corte più alta dello Stato interessato: pertanto, è con la soluzione data dalla corte nazionale che la Corte Edu si dovrà confrontare.

La parola chiave in questo contesto è, ovviamente, "dialogo" – parola che si deve continuare a usare, anche se non si può negare che ne sia stato fatto un certo abuso. Il dialogo avviene a vari livelli. Innanzitutto, evidentemente, attraverso le giurisprudenze delle rispettive giurisdizioni interessate, ma anche attraverso scambi diretti tra i membri delle stesse giurisdizioni mediante visite *ad hoc*, o in occasione della cerimonia inaugurale dell'anno giudiziario alla Corte Edu, alla quale sono invitati tutti i presidenti delle corti supreme e costituzionali europee, e a margine della quale è sempre organizzato un seminario tematico inquadrato in una serie significativamente denominata «Dialogo tra i giudici».

In questo contesto va inquadrata la prassi dei protocolli d'intesa conclusi dalla Corte di Strasburgo con diverse corti superiori europee. Questi documenti, che non contengono disposizioni vincolanti, esprimono generalmente il desiderio delle giurisdizioni interessate di proseguire e sviluppare il dialogo nelle varie forme possibili, inclusa quella degli incontri diretti, e hanno un alto valore simbolico. La prassi dei protocolli d'intesa ha accompagnato la nascita e lo sviluppo della *Rete delle corti superiori europee*, una realizzazione di grande importanza sulla quale vorremmo soffermarci. Normalmente, un protocollo d'intesa tra la Corte di Strasburgo e una corte superiore nazionale segna in modo solenne l'ingresso di quest'ultima nella Rete.

3. La Rete delle corti superiori europee

Quando si evoca il riavvicinamento tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e le giurisdizioni supreme degli Stati parte della Convenzione, uno dei punti forti da sottolineare è certamente la creazione, nel 2015, della Rete delle corti superiori¹. L'iniziativa fu dell'allora presidente della Corte, Dean Spielmann. Chi scrive ne ha, poi, fatto una priorità del suo mandato presidenziale, iniziato il 1° novembre 2015.

Si trattava di favorire ulteriormente la collaborazione tra le corti nazionali e la Corte Edu. Qualche mese dopo essere stata annunciata, in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario 2015, questa iniziativa era salutata nella Dichiarazione di Bruxelles, adottata a chiusura della Conferenza sull'avvenire della Corte cui accennavamo più sopra.

1. Il sito *internet* della Rete può essere consultato all'indirizzo: www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/network&c.

Qualche mese dopo, il progetto – basato essenzialmente sulla creazione di una piattaforma digitale per lo scambio d’informazioni sulle giurisprudenze rispettive – vedeva infine la luce nell’ottobre del 2015, con il sostegno delle due corti superiori francesi, il *Conseil d’État* e la *Cour de cassation*. Queste due giurisdizioni dello Stato che ospita la Corte, in effetti, avevano manifestato per questa iniziativa il loro più vivo interesse. Con loro, alla Corte di Strasburgo abbiamo redatto, in uno spirito di grande collaborazione, le regole operative della Rete e il suo statuto, elaborando anche gli strumenti necessari alla sua gestione.

Certamente, l’idea non era quella di limitare questa iniziativa a un solo Stato parte: nel 2016, il progetto è entrato felicemente nella sua fase multilaterale. In effetti, sin dall’inizio un certo numero di corti aveva espresso il proprio interesse per il progetto. Tra le primissime, la Corte di cassazione italiana, con la quale veniva firmato un documento preliminare già l’11 dicembre 2015. Naturalmente, prima di passare dalla fase sperimentale a quella a regime, è stato necessario valutare le implicazioni della creazione di questo nuovo strumento – anche tenendo conto della limitatezza delle risorse della Corte – e apprezzarne la funzionalità prima di procedere al suo allargamento. Non appena è stato possibile, abbiamo offerto la possibilità di entrare nelle Rete a tutte le corti interessate.

I mezzi a disposizione della Rete sono limitati, ma si tratta di un progetto di grande valore. La Corte ha la responsabilità di farlo evolvere in maniera utile, di ascoltare i partecipanti, di riflettere e di individuare vie appropriate per il suo sviluppo. Certamente, in futuro, si dovrà avanzare con prudenza per accompagnare lo sviluppo della Rete verso una piattaforma ancora più compiuta di scambi sulla giurisprudenza della Convenzione. In ogni caso, in due anni di esistenza, la Rete ha ampiamente dimostrato la sua utilità.

Nel corso del 2016 e del 2017, la Rete ha conosciuto un’espansione che ha superato tutte le attese. Costituita da 23 corti superiori di 17 Stati alla fine del 2016, essa ha percorso un cammino impressionante. In effetti, al giorno d’oggi essa conta 69 corti di 35 Stati parte. La Rete fa ormai parte del “paesaggio” della Convenzione. È chiaro a tutte le corti superiori che partecipano alla Rete che il progresso dei diritti garantiti dalla Cedu è affidato, in primo luogo – come dicevamo poc’anzi – al giudice nazionale, primo giudice incaricato dell’applicazione

della Convenzione. L’accessibilità ottimale della giurisprudenza della Corte è un elemento cruciale per assicurare il successo di questa missione. Questo risultato si può ottenere, in particolare, fornendo informazioni sulla giurisprudenza, traducendole all’occorrenza, aggiornandole, ma anche garantendo la leggibilità di queste informazioni, che vanno selezionate, strutturate e, qualche volta, “decrittate”. Diversi lavori condotti in seno alla Cancelleria della Corte assicurano già una diffusione efficace della giurisprudenza. Oltre al materiale che proviene da questi lavori – accessibile in rete –, le corti superiori che partecipano alla Rete beneficiano di un accesso privilegiato ad altri documenti, come i commenti del *giureconsulto*² sui nuovi casi decisi dalla Corte e i rapporti di ricerca sulla giurisprudenza di Strasburgo su diverse tematiche. Le corti partecipanti adottano pratiche diverse per disseminare queste informazioni al loro interno e presso le corti inferiori, nel rispetto delle regole di funzionamento della Rete.

La Rete è basata sull’idea che le garanzie della Cedu possono trovare concreta realizzazione solo attraverso una cooperazione affidabile e permanente tra la Corte Edu e le corti superiori nazionali. Durante tutto il 2017, scambi fruttuosi hanno avuto luogo tra la Corte e le corti superiori, creando risorse che sono state poi condivise all’interno della Rete. Da parte sua, la Corte di Strasburgo ha beneficiato delle informazioni fornite dalle corti partecipanti, in particolar modo quando essa ha avuto bisogno di lavori di diritto comparato per i quali le corti partecipanti sono state e sono fonti preziose. Contribuendo regolarmente agli studi di diritto comparato condotti dalla Divisione delle ricerche e della biblioteca della Corte, queste giurisdizioni hanno facilitato la conoscenza, da parte della Corte, del diritto nazionale, in particolare della giurisprudenza.

Al di là di questi scambi regolari, esiste la possibilità per le corti superiori di porre domande specifiche legate alla giurisprudenza relativa alla Convenzione, alle quali il *giureconsulto* risponde con una lista di riferimenti giurisprudenziali. Le risposte non vincolano la Corte nella sua attività giurisdizionale perché sono fornite sotto la sola responsabilità del *giureconsulto*.

Gli scambi della Rete si svolgono normalmente attraverso le persone di contatto (*focal points*) designate dalla Corte di Strasburgo e dalle corti partecipanti. Il 16 giugno 2017, si è tenuto a Strasburgo il primo *forum* delle persone di contatto e altri rappresentanti di 44 corti superiori e dei loro omologhi designati dalla Corte. In quest’occasione le persone di

2. Il *giureconsulto* (*jurisconsult*, *jurisconsulte*) è un alto funzionario della Cancelleria della Corte, giurista esperto che ha il compito di assistere la Corte – in particolare, le formazioni giudicanti –, fornendo informazioni e opinioni sulla giurisprudenza (cfr. art. 18B Regolamento della Corte).

contatto hanno avuto la possibilità, in una atmosfera conviviale, di fare conoscenza e di discutere del funzionamento e dell'avvenire della Rete.

Alla fine del 2017, la Rete è diventata uno strumento privilegiato di dialogo: un modo molto concreto di mettere in pratica la *responsabilità condivisa* dell'applicazione della Cedu tra livello nazionale e livello europeo. In effetti, la Rete potrebbe avere un ruolo precursore – non giurisdizionale – nella cooperazione giudiziaria, che il Protocollo n. 16, entrato in vigore il 1° agosto 2018, prevede tra le corti. Rendere permanente e arricchire la cooperazione tra la Corte Edu e le corti superiori in seno alla Rete resta una priorità per la Corte. Era così prima dell'entrata in vigore di questo strumento ed è così ora, nel tempo della sua vigenza, per i dieci Stati parte che finora lo hanno ratificato.

Oggi, a due anni dalla sua creazione, si può dire che la Rete è un vero successo, a testimonianza della fede della Corte di Strasburgo e delle corti superiori partecipanti nel dialogo, nella cooperazione e nella messa in opera congiunta della Convenzione. I predecessori di chi scrive, i presidenti che si sono avvicinati alla guida della Corte, hanno sempre attribuito un'importanza considerevole allo sviluppo di un dialogo intenso con le corti superiori nazionali. La Rete fornisce una struttura a questo dialogo intorno alla giurisprudenza della Corte.

Con l'entrata in vigore del Protocollo n. 16, che non è stato ancora applicato, al dialogo è stata fornita una cornice istituzionale. Il nuovo strumento permette alle corti superiori designate dagli Stati ratificanti di richiedere, in casi concreti dinanzi a loro pendenti, il parere della Corte sull'interpretazione e l'applicazione della Convenzione. Come è noto, le corti nazionali non saranno *tenute* a richiedere il parere, che non sarà *vincolante*. Come dicevamo, questo nuovo strumento pattizio nulla toglie all'importanza della Rete e alle sue ulteriori prospettive di sviluppo.

4. La Rete e le corti italiane

Le corti superiori italiane si sono dimostrate subito molto sensibili allo sviluppo della cooperazione con la Corte Edu.

Prima ancora che la Rete superasse la fase sperimentale e fosse aperta alle corti superiori di tutti i Paesi parte della Convenzione, l'11 dicembre 2015 era firmato a Strasburgo, come accennavamo più sopra, un «Progetto per il dialogo tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di cassazione italiana», in occasione della visita alla Corte europea dell'allora primo presidente della Corte di cassazione, il compianto Giorgio Santacroce, accompagnato dal consigliere Roberto Giovanni Conti. Oltre alla volontà espressa

dalla Corte di cassazione di partecipare alla Rete non appena possibile, si affermava nel documento il desiderio di continuare il dialogo per «approfondire i meccanismi di funzionamento delle due giurisdizioni e i temi di attualità giurisprudenziale, confrontando la prospettiva del diritto interno e quella della Cedu anche attraverso uno scambio reciproco di informazioni sulla rispettiva giurisprudenza, interna ed europea. Una speciale importanza sarà dedicata all'analisi del ragionamento giuridico delle corti e alle eventuali modalità di dialogo “attraverso le sentenze”». Tali intese erano ribadite, una volta aperta la Rete, con il *Memorandum* firmato a Strasburgo il 26 maggio 2016 in occasione della visita alla Corte europea di una delegazione della Corte di cassazione condotta dal primo presidente aggiunto, Renato Rordorf, in rappresentanza del primo presidente Giovanni Canzio, del quale va ricordato l'impegno nel proseguire proficuamente il dialogo con la Corte di Strasburgo, in perfetta continuità con il suo predecessore.

Dopo la Corte di cassazione, entrava nella Rete la Corte di conti, il cui ingresso era solennizzato con la firma a Varenna, il 22 settembre 2017, tra l'allora Presidente della Corte dei conti, Arturo Martucci di Scarfizzi, e chi scrive, di un «Progetto per il dialogo e la formazione tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte dei conti». Con questo documento, i presidenti delle due giurisdizioni si impegnavano in particolare «a organizzare attività di scambio e di formazione al fine di favorire il dialogo tra le due istituzioni. Compatibilmente con le disponibilità delle due istituzioni potranno tenersi incontri, anche di tipo seminariale, durante i quali sarà possibile approfondire i meccanismi di funzionamento delle due giurisdizioni e i temi di attualità giurisprudenziale, confrontando la prospettiva del diritto interno e quella della Cedu anche attraverso uno scambio reciproco di informazioni sulla rispettiva giurisprudenza. Una particolare attenzione sarà dedicata all'analisi del ragionamento giuridico delle corti e alle eventuali modalità di dialogo “attraverso le sentenze”».

Poco dopo, il 16 novembre 2017, veniva firmato a Roma, a Palazzo Spada, un «Protocollo di intesa per l'attuazione del progetto per il dialogo tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e il Consiglio di Stato italiano», in occasione di due giorni di incontri romani con una delegazione della Corte Edu, organizzati congiuntamente dal Consiglio di Stato e dalla Corte di cassazione. Il Protocollo, firmato dal presidente del Consiglio di Stato Alessandro Pajno e da chi scrive, segnava l'ingresso nella Rete della suprema giurisdizione amministrativa italiana. In particolare, il documento si riferisce alla cooperazione tra le due istituzioni come a «uno strumento proficuo ed efficace al fine di consentire l'approfondimento reciproco dei meccanismi di funzionamento delle due giurisdizioni e dei temi di

maggior attualità, confrontando la prospettiva del diritto interno e quella della Corte Edu, anche mediante lo scambio di informazioni sulla rispettiva giurisprudenza interna ed europea e sulle specificità dell'ordinamento interno». Vale la pena di ricordare la partecipazione agli incontri dell'allora primo presidente della Corte di cassazione, Giovanni Canzio, del presidente aggiunto del Consiglio di Stato, Filippo Patroni Griffi, dell'allora procuratore generale della Corte dei conti, Claudio Galtieri, e del futuro primo presidente della Corte di cassazione, Giovanni Mammone.

Recentemente anche la Corte costituzionale ha fatto conoscere il suo interesse per la Rete e la firma di un protocollo d'intesa con la Corte di Strasburgo. Non c'è bisogno di sottolineare l'importanza, anche simbolica, della possibile partecipazione alla Rete del giudice delle leggi del nostro Paese.

Il quadro non sarebbe completo senza la menzione del «Protocollo per il dialogo tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e il Consiglio superiore della magistratura», firmato a Strasburgo il 4 ottobre 2017, in occasione della visita alla Corte europea di una delegazione del Csm guidata dal vicepresidente Giovanni Legnini.

5. Conclusioni

Come si vede, il dialogo tra la Corte di Strasburgo e le corti superiori nazionali, costituzionali o supreme, è intenso. Queste giurisdizioni sono *partner* essenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo. Non devono risparmiarsi gli sforzi perché il dialogo si traduca in un'armonizzazione delle rispettive giurisprudenze. Due anni di fruttuoso funzionamento della Rete e la prospettiva del "dialogo istituzionalizzato" nel quadro del Protocollo n. 16 autorizzano, a parere di chi scrive, un moderato ottimismo. Certamente, vi saranno sempre delle difficoltà e dei casi nei quali si dovranno registrare divergenze tra la Corte Edu e le corti nazionali.

L'importante è che, una volta interiorizzata l'idea della comune responsabilità nella realizzazione degli obiettivi della Convenzione, vi siano sempre, dalle due parti, rispetto e disponibilità all'ascolto. Crediamo che il costante avvicinamento tra la Corte di Strasburgo e le corti superiori nazionali, perseguito negli ultimi anni, abbia grandemente facilitato la nascita e lo sviluppo di un clima di fiducia che è condizione indispensabile di un dialogo proficuo.

La Corte di cassazione e la Corte Edu

di Renato Rordorf

Nel rapporto tra giudici nazionali – Corte di cassazione compresa – e Corte Edu, permangono ancora delle ambiguità, tra cooperazione e soggezione, nella diversità del rispettivo *modus operandi* e delle tradizioni giuridiche che lo ispirano. La sola via per affrontare tali difficoltà è lo sviluppo del dialogo tra corti nazionali ed europee: un dialogo al quale è indispensabile l'apporto di protocolli d'intesa che valgano a favorire l'affermarsi di una nomofilachia comune.

1. Premessa

Benché la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia stata ratificata dall'Italia oltre sessant'anni fa, è quasi soltanto nell'ultimo quarto di secolo che i giudici italiani hanno cominciato davvero seriamente a fare i conti con essa; e hanno, perciò, cominciato a fare i conti anche con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, alla quale primariamente compete l'interpretazione della Convenzione. Forse è normale che sia così: l'attitudine del giurista, salvo che per pochi spiragli, è stata tradizionalmente sempre condizionata da un'impostazione di studi prevalentemente ancorata al quadro giuridico nazionale. D'altronde, in epoca moderna, dopo il tramonto dell'*ancien régime*, il diritto positivo è stato considerato tipica espressione e appannaggio tendenzialmente esclusivo della sovranità politica dello Stato, e ciò ha storicamente comportato una visione dell'ordinamento prevalentemente circoscritta entro l'ambito nel quale la sovranità di ciascuno Stato poteva esercitarsi.

Se è vero che quella tradizionale concezione è oggi in via di superamento e che, nell'epoca definita da Paolo Grossi in termini di «pos-modernità giuridica», il mito dell'onnipotenza del legislatore nazionale va svanendo, resta tuttavia una qualche difficoltà del giurista (e del giudice) a pensare gli strumenti giuridici in chiave sovranazionale, sia pure attraverso la mediazione di una convenzione circoscritta allo spazio europeo, debitamente ratificata dal nostro Parlamento e perciò stesso inserita nel tessuto costituzionale

italiano. Non è stato facile abituarcisi, e il farlo tuttora richiede un qualche sforzo di adattamento culturale.

Credo, però, si possa dire che ormai la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo hanno cominciato a penetrare davvero profondamente nella carne e nel sangue del nostro diritto vivente: la crescente frequenza dei riferimenti alle pronunce della Corte Edu nelle motivazioni delle decisioni dei giudici italiani ne fornisce un'eloquente testimonianza. Anche la Corte di cassazione, com'è naturale, si mostra sempre più attenta a riportare la propria giurisprudenza a quella elaborata in sede europea, e l'indirizzo assunto dalla Corte costituzionale nel considerare i principi e le regole della Convenzione quali norme interposte – la cui eventuale violazione da parte del legislatore nazionale determina un vizio di costituzionalità, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. – ha vieppiù favorito l'espandersi della cd. interpretazione *convenzionalmente orientata* del diritto interno, ossia lo sforzo di dare alle disposizioni di legge italiana un significato e una portata il più possibile conformi ai principi e alle norme della Convenzione, letti attraverso il filtro della giurisprudenza della Corte Edu.

2. Giudici nazionali e sovranazionali: un rapporto ambiguo

In questo come in molti altri aspetti del rapporto tra dimensione nazionale e dimensione europea, tuttavia, ancora si manifestano talvolta ambivalenze, o

vere e proprie ambiguità: la spinta da cui molti sono animati verso il riconoscimento e il rafforzamento di comuni valori di civiltà giuridica si alterna, non di rado, a momenti di diffidenza e persino d'insofferenza. Il giudice nazionale non è ancora del tutto assuefatto all'idea che quanto da lui stabilito possa, in una sede sovranazionale, per certi versi e a determinati fini, essere rimesso in discussione.

D'altro canto, su un piano più generale, è evidente che gli umori "sovrani" da un po' di tempo circolanti per l'Europa (e non solo) e la crescente disaffezione di molti per lo stesso progetto di costruzione di una casa comune europea non hanno certo giovato al modo in cui da alcune parti sono viste le giurisdizioni sovranazionali europee; è noto che, tra le ragioni che hanno spinto la Gran Bretagna a uscire dall'Unione europea, vi sia anche una certa qual dose d'insofferenza per l'obbligo di sottostare alle decisioni della Corte di Lussemburgo.

Se queste difficoltà si sono soprattutto manifestate nel rapporto tra le giurisdizioni nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea, non v'è da meravigliarsi certo che, quasi per contagio, qualcosa di analogo avvenga anche nei confronti della Corte Edu. Se è vero che diverso è, per il giudice nazionale, il vincolo derivante dalle pronunce delle due corti europee, è vero del pari che l'assai maggiore ampiezza del consesso di nazioni da cui è composto il Consiglio d'Europa concorre, sotto certi profili, a far sentire meno vicina la Corte di Strasburgo, e quindi fa sì che i principi giurisprudenziali da quest'ultima elaborati siano, talvolta, meno immediatamente assimilati a sentiti come propri dal giudice nazionale che vi si debba adeguare.

In questo quadro, composto da luci e ombre, appare oggi quanto mai attuale e importante la relazione funzionale tra la Corte Edu e la nostra Corte di cassazione, cui primariamente compete in ambito nazionale la cura della nomofilachia. Da questo, in larga parte, dipende la possibilità di costruire man mano una nomofilachia europea, e ve ne è gran bisogno, soprattutto in un'epoca che, anche per effetto della sovrapposizione non sempre armonica e ordinata di fonti nazionali e sovranazionali diverse (queste ultime in larga misura di origine giurisprudenziale), vede viepiù affermarsi un'idea di diritto vivente che largamente si fonda sull'operato dei giudici e che perciò richiede loro un particolare sforzo di razionalizzazione e armonizzazione delle proprie decisioni, in una dimensione che non può essere più soltanto nazionale, ma deve necessariamente aprirsi al più vasto ambito europeo.

Il superamento delle difficoltà in cui la costruzione europea oggi si dibatte passa anche attraverso l'opera comune dei giudici.

La costruzione di una casa comune europea, quale che ne sia il perimetro, non può prescindere

dall'individuazione e dal riconoscimento di un nucleo di valori di civiltà condivisi dai quali discendono i diritti fondamentali che, per essere tali, debbono rispecchiarsi tanto nelle costituzioni dei singoli paesi europei quanto in una carta dei diritti a essi comune. Non solo la Carta di Nizza, ma anche e prima ancora la Convenzione europea dei diritti umani svolgono appunto questa funzione. Il legame che deve esistere tra le une e le altre necessariamente implica che coloro i quali sono chiamati a interpretarne le disposizioni (non soltanto di rango costituzionale, ma anche quelle dettate da leggi ordinarie, che dalle norme e dai principi costituzionali dovrebbero essere naturalmente ispirate) debbano tenere reciprocamente conto del modo in cui assolvono tale loro compito.

La necessità di un dialogo permanente – e di uno spirito di dialogo che dev'esservi sotteso – tra giudici nazionali, a cominciare dalla Corte di cassazione, e giudici europei di Strasburgo costituisce, perciò, un presupposto naturale del funzionamento dell'intero sistema ideato dalla Convenzione, prima ancora che il portato di singole disposizioni. Ma non basta invocare lo spirito del dialogo: bisogna porre le premesse perché il dialogo possa davvero svilupparsi ed essere proficuo. Occorre quindi, anzitutto, comprendere dove risiedono le difficoltà e come si può cercare di superarle o, almeno, di attenuarle.

Ho l'impressione che la prima difficoltà sia, in qualche misura, soprattutto (o anche) psicologica. Essa nasce dal fatto che il giudice nazionale – e *in primis* la Corte di cassazione quale giudice di ultima istanza nell'ordinamento interno – vede se stesso, rispetto alla Corte Edu, in una posizione, per così dire, duplice: da un lato, avverte di essere chiamato anch'egli ad assolvere il fondamentale compito di giudice dei diritti umani, applicando nelle proprie decisioni i principi della Convenzione, interpretando il diritto interno in modo il più possibile conforme a quei principi o altrimenti promuovendo il vaglio di costituzionalità della normativa italiana difforme. In questa logica, il giudice nazionale è il miglior collaboratore dei suoi colleghi di Strasburgo, con i quali egli condivide lo sforzo di conseguire un fine comune. Dall'altro lato, però, la struttura avversariale (e *lato sensu* sanzionatoria) del processo europeo fa sì che il medesimo giudice nazionale, in quanto organo dello Stato convenuto, si senta spesso egli stesso sotto accusa dinanzi alla Corte Edu, in cui teme di scorgere i lineamenti di un giudice arcigno del quale, talvolta, è spinto a diffidare.

Una seconda difficoltà, in certo qual modo più oggettiva, dipende dalla diversa impostazione del giudizio cui sono chiamati il giudice italiano (in specie, il giudice di legittimità) e quello europeo. Essendo figlio di una antica e ben radicata tradizione, propria dei paesi di *civil law*, il giudice italiano è ancora in larga

misura propenso a ricercare soprattutto (se non esclusivamente) nel diritto scritto la chiave di risoluzione delle questioni che è chiamato ad affrontare, operando un confronto tra i tratti salienti della vicenda concreta sottoposta al suo esame e la fattispecie astratta disegnata dal legislatore. Anche quando l'interpretazione della *voluntas legis* è dubbia e richiede l'opera interpretativa della giurisprudenza per tradursi in norma di diritto vivente, egli si sforza di archiviare la soluzione interpretativa in principi di diritto che tendenzialmente mirano a integrare la disposizione di legge interpretata, restando però anch'essi su un piano di astrattezza e generalità. Il sistema delle massime della Corte di cassazione – che, nel suo insieme, appare quasi come una gigantesca glossa del diritto di produzione legislativa – ne è una chiara testimonianza, e si sa che le massime, pur quando si sforzano di contenere riferimenti al caso di specie, restano sempre tendenzialmente sul piano dell'astrattezza e della generalità. Il giudice della Corte di Strasburgo muove anch'egli, evidentemente, da un dato normativo scritto – quale è la Convenzione dei diritti umani – e lo interpreta, ma in una logica e con strumenti concettuali che inevitabilmente risentono anche (se non principalmente) di una diversa tradizione giuridica, propria dei paesi di *common law*, largamente improntata alla ricerca e al rispetto del precedente: che raramente si traduce, però, in un principio di diritto astrattamente enunciato, ma (come la logica stessa del precedente suggerisce) comporta una assai maggiore attenzione alle caratteristiche specifiche di ogni concreta vicenda per misurarne la maggiore o minore affinità con il caso da decidere. E, infatti, a differenza di quel che accade da noi, la Corte Edu non dispone di un Ufficio del massimario e non pubblica massime ufficiali.

3. La necessità del dialogo: i protocolli d'intesa

Di queste difficoltà occorre essere ben consapevoli, se si vuole cercare di superarle, e per farlo è indispensabile sviluppare sempre più il dialogo tra giudici nazionali e giudici europei, a cominciare dal dialogo tra la nostra Corte di cassazione e la Corte Edu.

Perché questo dialogo progredisca, è indispensabile alimentarlo attraverso strumenti che non siano la mera applicazione delle regole procedurali da cui è disciplinato l'operare dei giudici nelle diverse loro attività giurisdizionali, ma che valgano a realizzare forme di comunicazione reciproca e riescano a garantire un flusso di informazioni tempestive e agevolmente fruibili dall'una e dall'altra parte.

In questo, io credo, risiedono il significato e il valore del protocollo d'intesa tra la Corte di Strasburgo e la Corte di cassazione italiana, che (inserendola nella Rete delle corti superiori europee dei Paesi aderenti alla Cedu) accentua il carattere, per così dire, *corale* dell'operare di quest'ultima, favorendone la conoscenza delle specificità di ogni singolo ordinamento nazionale e, perciò, facendo sì che la sua giurisprudenza riesca meglio a esprimere la sintesi dei valori e dei principi fondamentali ai quali sono ispirati gli ordinamenti dei singoli Paesi aderenti alla Cedu. Al medesimo tempo, si consente alla Corte suprema nazionale di sentirsi essa stesa partecipe del processo di elaborazione del diritto vivente sovranazionale e di sentirlo non come un corpo estraneo col quale faticosamente e a malavoglia si deve convivere, bensì come parte integrante del proprio patrimonio giuridico di riferimento.

Naturalmente, occorrerà altro tempo perché questo relativamente nuovo strumento di dialogo e di confronto possa essere messo perfettamente a punto e, senza dubbio, si dovrà ancora lavorare prima di realizzarne a pieno tutte le potenzialità, ma credo che sia questa la strada giusta da percorrere.

Il diritto, oggidi, non è più fatto solo da disposizioni cogenti di legge e non è più solo espressione della sovrastante volontà dello Stato legislatore (ammesso che mai, davvero, così sia stato), ma sempre più è integrato da strumenti complementari (che li si voglia o meno definire di *soft law*), che nascono dal basso e sono destinati a indirizzare il comportamento degli operatori tutti, compresi i giudici. I protocolli d'intesa, in questo come in molti altri campi, sono ormai sempre più presenti nella "cassetta degli attrezzi" del giurista. Talvolta fanno storcere un po' il naso ai tradizionalisti, ma assai più proficuo è prenderne atto e cercare di utilizzarli al meglio.

Organizzazione del lavoro nella Corte Edu, riforme e buone prassi per l'Italia*

di Pierpaolo Gori

La discesa delle pendenze dei ricorsi contro l'Italia davanti alla Corte Edu è parallela a quella delle pendenze generali (da oltre 150.000 a metà del 2012, a 54.350 al 30 giugno 2018). Come è stato possibile arrivare a questo risultato? È dipeso solo da interventi normativi deflattivi o anche da riusciti metodi auto-organizzativi? Esiste lo spazio per importare in Italia alcune buone prassi?

1. Il sistema Cedu è basato sul principio del ricorso individuale. Una controversia può essere instaurata innanzitutto da una persona fisica e, per ormai costante interpretazione giurisprudenziale, nonostante la formulazione non precisa dei due testi ufficiali – inglese e francese – dell'art. 34 Cedu in merito allo *status* di «vittima»¹, le persone giuridiche possono invocare in proprio violazioni di diritti umani anche non strettamente attinenti a diritti economici. Ricorrente può essere uno Stato membro, ipotesi che attiene per lo più a casi di guerre, come nella controversia che ha visto contrapposte Georgia e Russia a seguito dei conflitti armati sfociati nella guerra in Ossezia, combattuta dai due Stati nel 2008², o situazioni belligeranti parificabili, come la questione di Cipro Nord, che ha visto contrapposti Cipro e la Turchia³.

2. Il ricorso è oggi indirizzato direttamente alla Corte Edu, ma non è sempre stato così. Infatti, dalla

data di istituzione (1959) sino al 1997, gli organismi originariamente preposti all'applicazione della Cedu erano due, corrispondenti a due livelli: la Commissione (*Commission*) e la Corte per i diritti umani (*Court on human rights*). Quest'ultima era un organo giurisdizionale che si riuniva per alcuni giorni al mese soltanto. Nel 1998, l'entrata in vigore del Protocollo n. 11 ha cambiato lo stato delle cose, al fine di garantire maggior corso alla domanda di giustizia. Così, è stata anzitutto eliminata la funzione di “filtro” svolta, fino ad allora, dalla Commissione, e si è consentito al ricorrente, per la prima volta, di adire direttamente l'organo giurisdizionale per sottoporre alla Corte la denunciata violazione dei diritti protetti dalla Convenzione.

Questo nuovo assetto ha immediatamente portato all'esplosione dei ricorsi, che nel 1997 erano appena 4.750, mentre a maggio 2012 avevano raggiunto cifre da capogiro (più di 150.000), oltre trenta volte superiori al dato di quindici anni prima, con la creazione

* Il presente contributo si propone di sviluppare, aggiornare e integrare, se possibile, gli spunti offerti dalla *Relazione* del maggio 2002 diretta al primo presidente della Cassazione sul tema «*Organizzazione del lavoro giudiziario alla Corte europea dei diritti dell'uomo e su eventuali profili di importabilità di alcune delle tecniche organizzative nella Cassazione civile*», elemento conoscitivo che si inserisce in tema organizzativo complesso, e che compete nella sua pienezza alle valutazioni superiori della prima presidenza della Corte di cassazione e dei dirigenti dei vari uffici interessati. Autore di quel contributo è Francesco Buffa, consigliere della Cassazione (che all'epoca terminava un periodo di distacco annuale presso la Corte Edu), che ringrazio per i numerosi stimoli di studio sempre offerti nella materia dei diritti umani. Ringrazio, inoltre, calorosamente la dott.ssa Eleonora Giorgis, per la rilettura e i suoi suggerimenti al testo finale.

1. Il *victim status* è la legittimazione attiva, nella terminologia della Convenzione.

2. Corte Edu [GC], *Georgia c. Russia*, ric. n. 13255/07, 3 luglio 2014.

3. Corte Edu [GC], *Cipro c. Turchia*, ric. n. 25781/94, 10 maggio 2001.

di un gravoso arretrato concentrato, soprattutto, in determinate sezioni (Russia, Turchia, Polonia, Italia).

Una volta constatato che la Corte era divenuta “vittima del suo successo”, tale situazione ha spinto il Consiglio d’Europa a intervenire, introducendo il Protocollo n. 14, adottato già il 13 maggio 2004, ma entrato in vigore il 1° giugno 2010, solo a seguito della ratificazione dello stesso da parte della Federazione russa, intervenuta il 18 febbraio 2010.

3. Questa seconda, fondamentale, riforma, ha avuto come obiettivo non la riduzione della domanda di giustizia, ma la dotazione, in favore della Corte, degli strumenti per affrontare l’elevato incremento del numero di ricorsi e il consistente arretrato accumulato. Per questo, principalmente, è stato prorogato il mandato dei giudici a nove anni, non rinnovabile; è stato introdotto un nuovo criterio di ricevibilità, ossia la sofferenza di un «pregiudizio significativo» (art. 12 Protocollo n. 14) per il ricorrente, al di sotto del quale non è data tutela; è stato normato il meccanismo della sentenza pilota; è stata rimodulata la composizione dell’organo giudicante. Si è, così, introdotto il *single judge*, cui sono rimesse gran parte delle decisioni di inammissibilità. Il giudice unico è, oggi, la composizione giudicante che definisce la larga parte dei casi. Vi è poi un comitato (*committee*) composto da un *panel* di tre giudici, che si occupa dei ricorsi classificati da giuristi esperti, al momento dell’iscrizione a ruolo, come vertenti su materie di *jurisprudence bien établie*, in cui la Corte ha già reso una o più decisioni fondamentali (*landmark case*). Il meccanismo del precedente vincolante, seppure con caratteristiche peculiari che lo distinguono dal *binding case* della giurisprudenza di *common law*, orienta la giurisprudenza successiva. Negli altri casi numericamente esigui, in cui non vi sia ancora una giurisprudenza consolidata, la Corte decide in camera (*chamber*), con una composizione di sette giudici. Infine, non è previsto un appello sistematico, ma i casi più controversi e importanti per una delle parti o per il presidente della Corte, sono devoluti alla Grande Camera, composta da diciassette giudici, attraverso il duplice meccanismo del *relinquishment* e del *referral*.

4. La “vita di un ricorso” comincia con la sua registrazione, quando le condizioni minime per l’identificazione delle parti e del suo oggetto sono soddisfatte.

Nella fase iniziale, il giurista incaricato del ricorso, evidenziando i fatti e fornendo una breve analisi sulla possibile violazione della Convenzione, trasmette la proposta di decisione al titolare della divisione (*chef de division*) – il quale generalmente lavora a stretto contatto con il giudice nazionale relatore – e, quindi, al cancelliere della sezione.

Questo ruolo di “spoglio” include la “pesatura” della complessità del ricorso⁴, successivamente rivalutabile alla luce di fatti sopravvenuti, anche processuali. Di regola, ciò è effettuato una volta sola, all’inizio della “vita del ricorso”, attraverso la compilazione di una scheda sul *file* di un applicativo informatico, il *database DM*. La scheda prevede la descrizione dei fatti, l’enunciazione dei motivi di ricorso, l’indicazione degli articoli della Convenzione applicabili, e dei precedenti rilevanti.

I ricorsi sono assegnati alla competente camera composta da sette giudici, o al comitato composto da tre giudici o, nella grande maggioranza dei casi, a un giudice in funzione monocratica. Non appena si accertano i requisiti per la ricevibilità, si effettua anche la “comunicazione” del ricorso al governo dello Stato responsabile dell’allegata violazione. In generale, la distribuzione delle controversie contro uno Stato è legata alla nazionalità del giudice membro della sezione. Tuttavia, il giudice nazionale non può giudicare come *single judge* un ricorso depositato contro lo Stato rispetto al quale è stato eletto.

La Corte si compone di cinque sezioni ed entro una data sezione sono costituite le diverse camere, da non confondersi con i singoli collegi giudicanti. Questi ultimi infatti, a differenza dei giudici della sezione, possono variare nella composizione. Ogni sezione è presieduta da un giudice con funzioni di presidente, eletto dalla sessione plenaria della Corte.

Di regola, non vi è istruttoria costituenda e dopo l’interlocuzione scritta con le parti si giunge subito alla fase decisoria. La bozza della decisione è poi sottoposta a un apposito ufficio per il *quality check*, sia linguistico in relazione alla lingua ufficiale scelta dal relatore (l’inglese o il francese), sia per la verifica della conformità o consapevole distinzione rispetto alla giurisprudenza della Corte già consolidata.

La frequenza assunta fin da subito dalle decisioni monocratiche emerge dalle statistiche ufficiali per il 2012, allorquando l’introduzione del giudice unico era intervenuta da poco più di un anno. Secondo i dati ufficiali, nel 2012 la Corte ha emesso complessivamente 1.093 sentenze, di cui 861 pronunciate dalle camere e 206 da commissioni di tre giudici, mentre

4. Ad esempio, le rilevazioni statistiche attestano che, nel 2012, il 41% di tutte le sentenze di camera pubblicate erano classificate come di «media» o «elevata difficoltà» (*importance*) nel motore di ricerca HUDOC. Tutte le sentenze di Grande Camera dell’anno sono classificate in HUDOC almeno come di «grande complessità».

26 sentenze sono state pronunciate dalla Grande Camera. Circa 1.300 domande sono state dichiarate inammissibili o cancellate dalla lista da camere, e circa 3.150 da commissioni⁵. Si tratta, all'evidenza, di un numero di provvedimenti decisori da parte di commissioni, camere e Grande Camera esiguo rispetto all'imponente numero dei casi definiti in quell'anno. Il dato dei definiti per l'anno non è reso noto dalle statistiche ufficiali, ma, per avere un'idea della proporzione, si consideri che l'aggregato dei ricorsi decisi dal 1959 al 2017 è di 798.610 unità, di cui 46.195 con una sentenza o decisione non monocratica, a fronte di 752.415 dichiarati inammissibili o cancellati dal ruolo⁶. Tenendo a mente che, prima del giugno 2010, il giudice monocratico non esisteva, si deve ritenere che le inammissibilità sono molto aumentate in seguito alla sua entrata in vigore; ciò significa che, nell'anno, il rapporto tra provvedimenti diversi e ordinanze di inammissibilità o cancellazioni dal ruolo è, con ogni probabilità, superiore all'1 : 16⁷.

5. Il *Registry* gioca un ruolo cruciale nel meccanismo di protezione dei diritti umani. Il corpo dei giuristi permanenti che lavorano presso la Corte è selezionato attraverso concorsi per titoli ed esami che garantiscono loro professionalità e indipendenza dagli stessi giudici. Questi ultimi, infatti, sono temporanei ed eletti, per ciascuno Stato contraente, dal Consiglio d'Europa per un mandato novennale non rinnovabile.

In particolare, il ruolo dei giuristi è importante per l'istruzione della controversia, in quanto il singolo fascicolo è assegnato a un dato giurista, che si occupa di seguire tutti gli adempimenti e le fasi processuali del ricorso (come, ad esempio, la comunicazione al governo), ma anche per la decisione, dal momento che il giurista incaricato scrive la bozza del provvedimento decisorio (*drafting lawyer*).

Il responsabile del fascicolo deve redigere la bozza di decisione o la sentenza secondo le istruzioni del giudice relatore e deve seguire la linea di ragionamento fatta propria dalla maggioranza dei voti espressi entro la camera di consiglio cui partecipa, normalmente senza intervenire attivamente – prerogativa riservata ai giudici. Nondimeno, nei numerosi casi in

cui la Corte decide in composizione monocratica, si applica una procedura semplificata. In questo caso, la decisione è, di regola, scritta direttamente dal giurista, controllata *ex post* ed eventualmente corretta e sottoscritta dal giudice.

Il giudice in composizione monocratica decide se un determinato ricorso è immediatamente riconosciuto come inammissibile, per una delle condizioni fissate dall'art. 35 della Convenzione.

Questo capita, in primo luogo, quando non tutti i rimedi domestici siano stati esauriti. In secondo luogo, è dichiarata l'inammissibilità *ratione temporis* se il ricorso non è stato radicato successivamente alla ratificazione della Convenzione da parte dello Stato contraente, o anche se il ricorso non è stato depositato entro sei mesi dal passaggio in giudicato della decisione interna. Inoltre, un ricorso è inammissibile anche se l'allegata violazione è *ratione materiae*, non compatibile con la Cedu o manifestamente infondata, o ancora il suo esercizio costituisce abuso del diritto. Il 1° giugno 2010 è entrato in vigore un ulteriore, importante, criterio di inammissibilità, che si applica quando la violazione è di minima rilevanza (*significant disadvantage*). Sino al 1° maggio 2012, tale innovativo criterio è stato applicato dalle sole camere, e l'interpretazione della nuova regola data da ciascuna delle camere è stata attentamente monitorata dai servizi del giureconsulto per evitare rilevanti contrasti interpretativi nella giurisprudenza. Ora, l'innovativo criterio è adottato anche nelle migliaia di casi devoluti alla competenza del giudice monocratico.

Il *Registry* si vale non solo di giuristi permanenti, ma anche di giuristi non permanenti, presenti nella Corte a vario titolo: ad esempio, ricercatori universitari in visita di studio, brillanti studenti provenienti da università cinesi, magistrati che lavorano presso le Corti costituzionali di Turchia e Corea del Sud, ufficiali nazionali europei distaccati nel quadro della formazione dei magistrati⁸, neolaureati stagisti e tirocinanti. La presenza di questi giuristi, che sostanzialmente non comporta oneri economici per la Corte, ma richiede una costante attività di formazione e un'organizzazione puntuale di diversi livelli di controllo sul rispetto degli *standard* qualitativi nonché dei doveri e degli obblighi contrattati (obiettivi da raggiungere,

5. Corte Edu, *Short survey of the main judgments and decisions delivered by the Court in 2012*, Strasburgo, 2012.

6. Quest'ultima (*strike out*) è la rapida cancellazione della pendenza, il più delle volte legata a condizioni procedurali non rispettate o a una definizione nelle more. Ad esempio, ha riguardato 4.200 ricorsi dopo l'accertamento, da parte del Consiglio dei ministri presso il Consiglio d'Europa, dell'esecuzione da parte dell'Italia della sentenza *Torreggiani, pilot judgment* sul sovraffollamento carcerario.

7. È difficile fare un confronto quantitativo con la corte suprema di un ordinamento giuridico nazionale di *civil law*, qual è la Corte di cassazione. Tuttavia, per avere un'idea, i provvedimenti da questa emessi nel medesimo anno (il 2012), secondo l'Ufficio di statistica, sono stati: 24.159 per le sezioni civili, di cui 14.692 sentenze (61%), 7.328 ordinanze (30%), 473 ordinanze interlocutorie (2%) e 1.666 decreti (7%); per le sezioni penali, su un totale di ben 51.450 provvedimenti, le sentenze sono state 26.826 (52,1%) e le ordinanze 24.634 (47,9%).

8. EJTN - *European Judicial Training Network*.

confidenzialità), costituisce un apporto strutturale e non episodico al funzionamento della Corte. Nei casi di maggiore professionalità – soprattutto di *study visitor* di durata superiore ai sei mesi – l’attività da loro svolta è assimilabile a quella dei giuristi permanenti stabilmente inseriti in pianta organica.

6. Il supporto informatico al lavoro della Corte è costante ed è articolato su più livelli. Innanzitutto, vi è un *database* di tutte le sentenze e decisioni, accessibile gratuitamente sul *web* anche agli esterni e fruibile attraverso un moderno motore di ricerca, HUDOC. La versione attuale, operativa dal 2012, è stata interamente riprogettata ed è utilizzabile attraverso numerosi filtri e “chiavi” per la selezione delle decisioni, costantemente arricchita da contribuzioni nazionali che effettuano le traduzioni “non ufficiali” delle sentenze e delle decisioni più importanti nelle lingue dei rispettivi Stati contributori. Ciò favorisce un ampio incremento della diffusione e della conoscibilità delle decisioni della Corte Edu che, altrimenti, sarebbero redatte esclusivamente in una delle due lingue ufficiali della Cedu, il francese e l’inglese – nei casi più importanti, in entrambe. Anche l’Italia, a seguito di una convenzione stipulata nel 2012 tra Corte Edu e Ministero della giustizia, inserisce in HUDOC le traduzioni delle sentenze più importanti che la riguardano.

Oltre alla rete *intranet* della Corte, utile soprattutto per lo scambio di informazioni organizzative e giurisprudenziali attraverso un servizio “novità”, troviamo anche un applicativo interno alla Corte, il CMIS, che reca informazioni sui dati esterni del singolo processo e consente di conoscere rapidamente, ad esempio, gli eventi processuali occorsi sul singolo ricorso, come l’assegnazione del ricorso al relatore o la decisione recante il superamento delle eccezioni di inammissibilità, unitamente alle date di compimento dell’adempimento processuale.

Il DM è il *database* utilizzato per effettuare e conservare tutto il lavoro di scrittura dei singoli provvedimenti, da quelli iniziali alla decisione finale. In DM sono contenuti tutti gli atti dei fascicoli e tutti i provvedimenti, sia in corso di redazione sia già firmati e pubblicati, in relazione al singolo fascicolo. Nello stesso *database* sono eventualmente inseriti anche semplici bozze, schede riassuntive e appunti vari aggiornati nel tempo (2.0, 3.0, ecc.) su supporto modificabile – ma, di regola, non sovrascrivibile – al fine di limitare al massimo la dispersione del lavoro già svolto dal singolo giurista e renderlo fruibile da chi, successivamente, sarà incaricato di proseguire nell’attività redazionale. Gli atti delle parti provenienti dall’esterno sono, generalmente, scansionati.

Vi è, infine, il sito *internet* della Corte, accessibile liberamente anche dall’esterno, in cui sono inserite

numerose funzioni utili alla ricerca e alla conoscenza del sistema della Convenzione: dai testi ufficiali alle schede e prontuari di giurisprudenza, dai dati statistici ufficiali agli aggiornamenti periodici sulle novità ripartite per materia, sino all’accesso alla giurisprudenza completa attraverso il motore HUDOC. L’utilizzo, per ogni atto, di questi fondamentali strumenti di lavoro, unitamente alla importante biblioteca della Corte Edu, è consentito da un efficiente sistema *wi-fi* che copre interamente i locali della Corte.

A supporto della decisione e della coerenza della giurisprudenza, non vi è un Ufficio del massimario come presso la Corte di cassazione, ma operano due istituti tipici del sistema Cedu: la Divisione della ricerca, presieduta da un presidente esperto, e l’Ufficio che fa capo al giureconsulto, figura di grande prestigio e di importanza paragonabile, ai fini del contributo decisionale, a quella di cui gode un importante giudice della Corte. Alla Divisione della ricerca accedono alcuni giuristi permanenti esperti ma, tipicamente (e soprattutto) qualificati giuristi temporanei in visita di studio presso la Corte, come giudici nazionali distaccati, professori e ricercatori universitari in visita di studio. L’attività svolta riguarda sia la sistemazione della giurisprudenza della Corte in chiave tematica a supporto interno di giudici e *Registry*, sia la preparazione di documenti informativi pubblicati sul sito della Corte e accessibile dall’esterno, quali l’*Admissibility criteria report*, o l’*Article 6 case-law guide*. Talvolta, i singoli giudici o anche il *drafting lawyer* commissionano ricerche di approfondimento tematico, ad esempio di diritto internazionale, o *survey* sulla giurisprudenza della Corte a supporto di una singola decisione. Ancora, sono richieste analisi comparative ricostruttive dell’applicazione di un singolo istituto giuridico nei 47 Stati membri ai fini della decisione di un caso di Grande Camera, in particolare per la verifica dell’esistenza o meno di un *consensus* o, almeno, di un *trend* consolidato tra i singoli ordinamenti giuridici, che possa contribuire a determinare l’ampiezza del margine di apprezzamento in capo al singolo Stato. Si tratta di un elemento conoscitivo utile per la decisione di molti dei casi più complessi della Corte.

Il servizio del giureconsulto opera, in coordinamento con le divisioni – e, in particolare, con quella della ricerca –, nell’interesse della legge ai fini della corretta interpretazione della Cedu, e svolge una funzione interna particolarmente delicata, diretta a favorire la coerenza complessiva della giurisprudenza della Corte: una funzione, potremmo dire, nomofilattica. La *task-force* è composta da un giurista proveniente da ogni diversa sezione della Corte, tra quelli con maggiore esperienza e capacità. Ogni settimana, il servizio esamina in un incontro tutti i casi rilevanti, prima che le udienze di camera e le deliberazioni abbiano luogo. I possibili contrasti giurisprudenziali

tra diverse camere sono evidenziati e, se necessario, è preparata una breve nota per le camere, informandole in anticipo su eventuali contrasti, anche sulla base di bozze di decisione, con la proposta di possibili soluzioni. Le sentenze fondamentali, soprattutto su nuove problematiche o prassi, sono selezionate dal servizio del giuriconsulto ed evidenziate sulla rete *intranet* attraverso il servizio novità, per essere portate all'attenzione dell'intero *Registry* e della Corte. All'esterno della Corte, su *internet*, l'Ufficio stampa e pubblicazioni fornisce poi un'informazione (*press release*) tempestiva su tali casi e sulle altre novità della Corte, attraverso una scheda descrittiva utile soprattutto per ricostruire il fatto, più che le analitiche *rationes decidendi*, in quanto tale Ufficio non è composto integralmente da giuristi.

7. Per i casi più complessi, come ad esempio quando il comitato non è unanime sulla proposta del giudice relatore, trova applicazione la competenza della camera e, di regola, la controversia è decisa nel merito con sentenza, talvolta con una decisione di inammissibilità. Ogni organo collegiale che sia riconducibile a un comitato o a una camera decide a maggioranza, ma ogni giudice può allegare alla sentenza un'opinione dissenziente o, anche, un'opinione concorrente. Quest'ultima è redatta quando un giudice non condivide la motivazione dei colleghi, ma condivide le conclusioni della maggioranza.

L'apertura di un procedimento davanti alla Grande Camera, composta da diciassette giudici, è dovuta a una delle due procedure di *referral* o di *relinquishment*. La prima procedura è una sorta di appello contro una sentenza di camera già emessa, e viene proposta su richiesta di una o di entrambe le parti. Tuttavia, il *referral* è dichiarato ammissibile, solo in casi eccezionali, da un collegio di cinque giudici che filtra un elevato numero di istanze.

Diversa procedura è il *relinquishment* da parte di una camera, che pure è un rimedio eccezionale. Esso può ricorrere quando il caso solleva seri problemi di interpretazione della Convenzione, o se ci sono rischi di contrasto con la precedente giurisprudenza della Corte.

Mentre una controversia è pendente, o anche se un ricorso non è stato ancora depositato, ai sensi dell'art. 39 del Regolamento di procedura, è possibile proporre alla Corte un ricorso cautelare. In linea di principio, le misure cautelari sono concesse solo in casi di particolare urgenza, in riferimento a una violazione di basilari diritti umani protetti dalla Convenzione: ad esempio, nei casi di allegazione della viola-

zione del diritto alla vita (art. 2 Cedu), della proibizione della tortura (art. 3 Cedu) o del diritto alla vita privata e familiare (art. 8 Cedu) coinvolgente minori.

Tanto più importante è il caso, tanto più è complessa l'interazione tra i giuristi incaricati della redazione dei provvedimenti e i giudici, soprattutto il giudice relatore.

Ad esempio, in un ordinario caso di Grande Camera, all'udienza pubblica segue la camera di consiglio. Dopo la deliberazione e il voto su una possibile violazione della Convenzione, il presidente della Grande Camera nomina un comitato di redazione (*drafting committee*). Quest'ultimo, che lavora in una delle due lingue ufficiali, ha la funzione di redigere materialmente la motivazione della sentenza, recependo le indicazioni emerse nella camera di consiglio tenuta dai giudici.

Dopo diverse riunioni di redazione, una riunione finale della Grande Camera controlla la motivazione paragrafo per paragrafo e, apportate le necessarie correzioni, approva i risultati del comitato. Una o più opinioni dissenzianti possono essere allegate alla sentenza, prassi frequente nelle sentenze più complesse e su questioni controverse. Segue la traduzione nella seconda lingua ufficiale, sia della sentenza che delle opinioni allegate.

8. Il risultato della deflazione del contenzioso e dell'abbattimento del *backlog* in pochi anni è stato raggiunto anche grazie al rafforzamento dell'efficacia delle sentenze della Corte Edu, che in parte si è valsa, con vigore, di strumenti peculiari del sistema Cedu difficilmente inseribili in un sistema nazionale di *civil law*.

Efficace è il meccanismo del precedente, rilevante in primo luogo ai fini dello spoglio del ricorso e della sua collocazione nell'alveo di una ben stabilita giurisprudenza che ne assicura la rapida definizione in composizione monocratica o, eventualmente, in sede di comitato, con una decisione succintamente motivata. Benché non formalmente legata al principio del *binding case* tipico del *common law*, la Corte utilizza regolarmente la propria pregressa consolidata giurisprudenza, richiamandola ampiamente per assicurare un'adeguata certezza del diritto. A titolo di esempio, la giurisprudenza sulla condizione carceraria affermata nel 2013 nei confronti dell'Italia, attraverso *pilot judgment*, è poi stata applicata nel 2014, sostanzialmente senza modifiche interpretative di rilievo, nei confronti del Belgio⁹.

È di grande interesse lo sforzo della giurisprudenza degli ultimi anni di ricorrere, in alcuni dei casi più importanti, a sentenze auto-esecutive, che defla-

9. Corte Edu, *Vasilescu c. Belgio*, ric. n. 64682/12, 25 novembre 2014.

zionano ampiamente il contenzioso, impedendo di proporre una coda processuale per l'inadempimento dello Stato alla sentenza di merito e la commissione di analoghe violazioni.

Tradizionalmente, si afferma che la Convenzione vincola solo gli Stati coinvolti nel singolo processo e che la sentenza della Corte Edu non ha, di per sé, efficacia *erga omnes*. Inoltre, per una scelta precisa degli Stati nazionali, di cui vi è ampio riscontro nei *travaux préparatoires* della Cedu, la Corte non è stata dotata del potere di pronunciare sentenze di condanna, né costitutive, capaci di incidere direttamente sugli atti posti in essere in violazione della Convenzione, ma solo di accertare la violazione di quest'ultima e di individuare una *satisfaction équitable*, ossia un indennizzo e non un risarcimento vero e proprio, ai fini della *restitutio in integrum*¹⁰. Quindi, in applicazione di una logica di riparto di poteri tra giudiziario ed esecutivo, l'attuazione concreta della sentenza della Corte Edu è stata lasciata alla competenza istituzionale del Comitato dei ministri presso il Consiglio d'Europa.

L'insufficienza di questo limitato presidio all'esecuzione delle decisioni è progressivamente divenuta evidente per il numero elevatissimo di sentenze dichiarative della violazione di diritti umani e rimaste ineseguite dagli Stati responsabili, in particolare dall'Italia. A questo fenomeno la Corte Edu ha risposto in modo progressivo, da un lato, orizzontalmente, valorizzando il fatto che le sue sentenze non solo obbligano gli Stati a provvedere all'esecuzione in conseguenza dell'obbligo internazionale derivante dalla ratifica della Cedu, ma hanno portata generale perché affermano valori fondamentali comuni agli Stati membri. Dall'altro, verticalmente, entrando in modo più profondo nella fase dell'esecuzione attraverso un dispositivo preciso e dettagliato che vincoli il governo a determinati obblighi di *facere* individuati, almeno in certi gravi casi – pur formalmente reiterando il principio della sentenza dichiarativa e affermando che, nel caso concreto, non vi era alternativa esecutiva all'obbligo di *facere*, in quanto infungibile¹¹.

Più in generale, in determinati casi di violazione dei diritti umani, il mero indennizzo è manifestamente non adeguato a costituire un ristoro per la violazione subita. Ad esempio, nel caso *Assanidze*, la Grande Camera, all'unanimità, ha ordinato alla Georgia l'immediata liberazione di un detenuto in violazione dell'art. 5, § 1, Cedu¹². Ancora, in esecuzione della decisione assunta dalla Corte nel caso *Del Rio Prada*¹³, la Corte suprema spagnola ha disposto la liberazione immediata della detenuta, condannata in sentenza passata in giudicato, senza necessità di un rinvio alla Corte costituzionale spagnola. In tal caso, la Corte suprema aveva applicato retroattivamente alla ricorrente, e a decine di altri casi analoghi di imputati per reati di terrorismo, una nuova interpretazione di legge utile a estendere la pena detentiva, e ciò è stato ritenuto in violazione della Convenzione.

Emblematico, ancora, è il caso *Volkov*, per le ricadute sugli importanti principi del giudice naturale preconstituito per legge e della separazione dei poteri tra esecutivo e giudiziario. Nel dispositivo della sentenza, è stato statuito che l'Ucraina dovesse provvedere immediatamente al reinsediamento del ricorrente quale giudice della Corte suprema¹⁴. In presenza di tali elementi, non sorprende l'opinione concorrente del Giudice Pinto de Albuquerque, annessa alla sentenza *Fabris*, opinione che si è spinta a dichiarare, in modo acutamente provocatorio come «*le sentenze della Corte non sono più puramente dichiarative ma prescrittive*»¹⁵. In realtà, si tratta di eccezioni: nella stragrande maggioranza dei casi, alle violazioni accertate non seguono ordini consequenziali, per una precisa volontà di non interferire negli affari interni dello Stato sovrano¹⁶, talvolta preferendosi raccomandazioni o indicazioni contenute – anziché nel dispositivo – nel corpo della motivazione, che non è suscettibile di passare in giudicato.

9. Ulteriore, importante innovazione è la procedura delle sentenze pilota, in quanto suscettibile di

10. E. Steiner, *Just Satisfaction under 41 ECHR: A Compromise in 1950 – Problematic Now*, in A. Fenyves - E. Karner - H. Koziol - E. Steiner (a cura di), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, De Gruyter, Berlino, 2011, §§ 1-9.

11. J. Laffranque, *Can't Get Just Satisfaction*, in A. Seibert-Fohr e M. E. Villiger (a cura di), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, Nomos, Baden-Baden; Ashgate, Farnham e Burlington, VT (Usa), 2014, pp. 75 ss.

12. Corte Edu [GC], *Assanidze c. Georgia*, ric. n. 71503/01, 8 aprile 2004.

13. Corte Edu [GC], *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09, 21 ottobre 2013.

14. Corte Edu, *Oleksandr Volkov c. Ucraina*, ric. n. 21722/11, 9 gennaio 2014. Al punto 9 del dispositivo si legge: «*Holds that Ukraine shall secure the applicant's reinstatement to the post of judge of the Supreme Court at the earliest possible date*».

15. Corte Edu, *Fabris c. Francia* [GC], ric. n. 16574/08, 7 febbraio 2013, opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque annessa alla sentenza.

16. Corte Edu, *Iskandarov c. Russia*, ric. n.17185/05, 23 settembre 2010, § 161.

rafforzare l'esecuzione delle decisioni della Corte, per il condizionamento che impone allo Stato responsabile sulla scorta del rischio di subire numerose condanne in casi analoghi, una volta decorso inutilmente il termine per conformarsi al precedente. Introdotto prima in via pretoria e poi recepito dal Protocollo n. 14, il meccanismo del *pilot judgment* prevede la selezione di un caso, tra i molti seriali, cui dare la priorità di celere trattazione, con la contestuale sospensione degli altri processi analoghi. Attraverso questa procedura di infrazione, è stata *de facto* estesa l'efficacia della sentenza a un numero molto ampio di ricorrenti, formalmente non parti di quel processo. Inoltre, lo Stato responsabile è stato vincolato a un *facere* puntuale entro un orizzonte temporale definito, per ottenere la declaratoria di improcedibilità dei ricorsi sospesi, previa dimostrazione di aver rimosso la causa della violazione. Il primo, in questo senso, è stato il caso *Broniowski*¹⁷, originato da un vasto progetto espropriativo; ma in Italia è ben più famoso il caso *Torreggiani*, nel quale, accertata la violazione della Cedu per condizioni di detenzione inumane e degradanti nelle carceri, sono stati dati all'Italia dodici mesi decorrenti dalla definitività della decisione, intervenuta il 27 maggio 2013, per iniziare a risolvere concretamente il problema sistemico¹⁸. Nel 2014, dopo una prima verifica degli strumenti normativi e organizzativi concretamente adottati – in particolare, il nuovo art. 35-ter ordinamento penitenziario – il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, organo preposto al controllo dell'esecuzione, ha riconosciuto i progressi ottenuti disponendo un differito riesame dei progressi effettuati a giugno 2015. A fine 2014, all'esito positivo, circa 4.200 ricorsi analoghi al caso *Torreggiani* sono stati cancellati dal ruolo della Corte. Di questa efficacia accresciuta per effetto della procedura della sentenza pilota sono ben consapevoli le sezioni unite della Cassazione, secondo cui «L'effettività dell'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo è stata, inoltre, accresciuta sensibilmente, sul piano internazionale, dall'entrata in vigore, nel giugno 2010, del Protocollo n. 14 alla Cedu, il quale, modificando l'art. 46 della Convenzione, ha introdotto una procedura di infrazione, che "giurisdizionalizza il meccanismo di supervisione sull'attuazione delle

sentenze della Corte", meccanismo certamente attivabile anche in caso di mancato rispetto di "sentenza pilota"»¹⁹.

10. Dal 2010 al momento in cui si è raggiunto il picco massimo dei ricorsi pendenti, sono state convocate diverse Conferenze di alto livello sul futuro della Corte per identificare i metodi tesi a garantire l'efficacia a lungo termine del sistema della Convenzione. Tali Conferenze hanno, in particolare, portato all'adozione dei Protocolli nn. 15 e 16, quest'ultimo entrato in vigore il 1° agosto 2018²⁰, mentre il primo non è ancora efficace, mancando, tra l'altro, anche la ratifica della Repubblica italiana, che pure l'ha sottoscritto il 23 giugno 2013.

A seguito della conclusione di tre Conferenze di alto livello sul futuro della Corte, tenutesi a Interlaken (il 18 e 19 febbraio 2010), Smirne (il 26 e 27 aprile 2011) e Brighton (il 18, 19 e 20 aprile 2012), gli Stati contraenti hanno deciso di apportare cinque emendamenti alla Convenzione per dare attuazione alla decisione raggiunta dalla Conferenza di Brighton e all'auspicio dello *Steering Committee on human rights* (del marzo 2012) di introdurre un nuovo protocollo che possa adeguare il testo della Cedu al carico di lavoro della Corte, cresciuto esponenzialmente negli ultimi anni.

È stato così adottato, il 23 giugno 2013, il Protocollo n. 15, i cui più importanti passaggi prevedono la riduzione del termine per proporre un ricorso ammissibile da sei a quattro mesi, e la rimozione del potere di veto delle parti al *relinquishment* del caso alla Grande Camera. Il Protocollo non è ancora entrato in vigore e, quando lo sarà – a seguito della ratifica degli Stati membri –, inserirà nel corpo della Convenzione i riferimenti al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento. Alla fine del preambolo Cedu, sarà aggiunto un nuovo considerando così redatto: «Affermando che spetta in primo luogo alle Alte Parti Contraenti, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi protocolli e che, nel fare ciò, esse godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo del-

17. Corte Edu, *Broniowski c. Polonia*, ric. n. 31443/96, 22 giugno 2004, §§ 188 ss.

18. Il *pilot judgment Torreggiani* ha posto le condizioni per tentare di trovare una soluzione al problema sistemico del sovraffollamento carcerario in Italia. Da un lato, la sentenza ha sospeso i processi analoghi pendenti avanti alla Corte e, dall'altro, ha assegnato un termine all'Italia di dodici mesi per provvedere ad «adottare un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei a offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario, in conformità con i principi della Convenzione come interpretati dalla giurisprudenza della Corte».

19. Cass. pen., sez. unite, 7 maggio 2012, n. 34472, Ercolano.

20. Alla data di redazione del presente contributo, il Protocollo n. 16 è stato ratificato da Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia, Ucraina e Francia, e trova applicazione oggi unicamente tra questi Stati, dunque non nei confronti dell'Italia.

la Corte europea dei Diritti dell'Uomo istituita dalla presente Convenzione».

L'applicazione del principio di sussidiarietà, una volta che tale Protocollo entrerà in vigore²¹, terrà conto dei risultati cui, successivamente, è approdata la Conferenza di alto livello sul futuro della Corte di Bruxelles del 26-27 marzo 2015, che ha posto l'accento sull'esistenza di responsabilità condivise tra autorità nazionali e Corte Edu nel rispetto dei diritti umani²².

È, poi, seguita l'adozione, il 2 ottobre 2013, del Protocollo n. 16 contenente, tra l'altro, l'introduzione del rinvio interpretativo facoltativo. Sul punto, la nuova opinione espressa dalla plenaria della Corte Edu è un chiaro incoraggiamento al dialogo tra Corti: «Lo scopo del Protocollo di consentire il dialogo tra le più alte corti nazionali e la Corte europea è ben descritta al terzo paragrafo del Preambolo al Protocollo, che si riferisce ad una maggiore interazione tra la Corte e le autorità nazionali e alla accresciuta attuazione della Convenzione nel rispetto del principio della sussidiarietà. La Corte sottoscrive integralmente questi propositi»²³.

Le modalità di interazione tra giudici nazionali e Corte Edu sono precisate all'art. 1, par. 1, del citato Protocollo provvisorio, secondo cui «le più alte corti e tribunali» saranno autorizzate, ai sensi dell'art. 10, a chiedere alla Corte di Strasburgo un'opinione interpretativa della Convenzione e dei Protocolli. Si tratta di un meccanismo di rinvio che, in parte, si rifà al rinvio pregiudiziale alla Cgue secondo l'art. 267 Tfu, in quanto presuppone l'esistenza di una effettiva controversia pendente e la necessità di interpretare una norma convenzionale, ma se ne distingue dal momento che il rinvio previsto è facoltativo e la legittimazione attiva è limitata.

Il rapporto esplicativo del testo provvisorio del Protocollo 16, condiviso dalla plenaria della Corte, motiva in merito alla *ratio* della limitazione del numero delle autorità giurisdizionali nazionali legittimate a chiedere l'opinione, pur lasciando agli Stati contraenti un certo margine di flessibilità nel fissare la procedura di sollevamento della questione, a secon-

da delle peculiarità del sistema giuridico nazionale. Il giudice remittente, usando anche la sua lingua nazionale, sarà tenuto a motivare la richiesta, a fornire sufficienti elementi di fatto e di diritto per inquadrare il caso, e ad evidenziare la questione di principio da interpretare utile a decidere il caso concreto, compito comunque riservato al solo giudice nazionale.

Il Protocollo n. 16 ha rafforzato il ruolo delle corti nazionali, sia pure concentrando, in Italia, nelle sole giurisdizioni superiori²⁴ – pare, per scelta del legislatore nazionale – la possibilità di promuovere un rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte Edu, strumento idoneo a stimolare il dialogo istituzionale tra corti. Proprio questo è stato uno dei rilievi che hanno contribuito a spingere la Cgue, nel parere 2/13 del 18 dicembre 2014, a rigettare il progetto di adesione dell'Ue alla Convenzione. Se è previsto un rinvio interpretativo a Strasburgo, prima che le corti supreme nazionali decidano la controversia, significa che il giudice europeo si potrà pronunciare sulla questione di diritto sul versante della compatibilità con la Convenzione, sollevando nuovi interrogativi sulla possibilità, a seguito di tale pronuncia, di una eventuale disapplicazione della norma interna, secondo la tecnica della giurisprudenza *Simmmenthal*. Si tratta di una delle ragioni principali di attrito con la Cgue, sebbene il rimedio del Protocollo n. 16 sia molto distante dal rinvio pregiudiziale dell'art. 267 Tfu, il quale, oltretutto, è consentito a qualsiasi giudice nazionale non solo per l'interpretazione ma anche per la validità di una norma comunitaria, avendo dunque una portata diversa.

11. Dalla rapida disamina sopra condotta, si evince la grande importanza che hanno avuto le riforme normative apportate dal Consiglio d'Europa per consentire alla Corte Edu di affrontare, tra il 2012 e il 2018²⁵, il massiccio arretrato accumulato a cavallo del primo decennio degli anni 2000, e soddisfare un'imponente domanda di giustizia. Tuttavia, in numerosi casi, questi emendamenti della Convenzione hanno

21. È la prima volta che il principio di sussidiarietà, già enucleato giurisprudenzialmente dalla Corte Edu per derivazione dal diritto dell'Unione europea, viene esplicitato nei testi ufficiali che compongono il sistema della Convenzione. Si veda in proposito D. Walton, *Subsidiarity and the Brighton Declaration*, in A. Seibert-Fohr e M. E. Villiger (a cura di), *op. cit.*, p. 200.

22. Si veda, a questo proposito, la *high-level Conference on the «Implementation of the European Convention on Human Rights: our shared responsibility»*, che ha approvato la Dichiarazione di Bruxelles del 27 marzo 2015. Si tratta di un eminente strumento di interpretazione del principio di sussidiarietà.

23. Corte Edu, plenaria del 6 maggio 2013, § 4.

24. Il riferimento è a: Corte di cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti, Consiglio di giustizia per la Regione siciliana, secondo il ddl n. 2921, approvato dalla Camera dei deputati in data 26 settembre 2017, passato all'esame del Senato della Repubblica.

25. L'arco temporale coincide con la vicepresidenza (prima) e la presidenza (poi) di Giulio Raimondi, giudice eletto dal Consiglio d'Europa nei confronti dell'Italia.

recepto e istituzionalizzato forme di auto-organizzazione anticipate dalla Corte stessa. Questo è avvenuto anche per la difficoltà e la complessità di introdurre innovazioni al sistema convenzionale condivise dai 47 Stati membri del Consiglio d'Europa, non di rado perseguiti eterogenee agende di rispetto degli *standard* di protezione dei diritti umani, e con diversi obiettivi anche in merito all'efficienza dell'organismo preposto ad accertare eventuali violazioni e responsabilità degli Stati. In conseguenza, l'entrata in vigore dei protocolli di emendamento è intervenuta solo in parte, e comunque diversi anni dopo la loro adozione, a seguito del raggiungimento di un numero sufficiente di ratifiche da parte dei singoli Stati.

La tendenziale inerzia da parte del "legislatore" è dunque un dato da tenere presente per valutare le riforme introdotte che, pure, hanno profondamente modificato il meccanismo di decisione dei ricorsi presso la Corte Edu, incluso il Regolamento di procedura, e traggono origine in consistente misura da buone prassi inaugurate dalla Corte stessa.

La seconda constatazione, conseguente alla prima, è il fatto che, proprio perché frutto in larga parte di auto-organizzazione, queste riforme sono state attuate, se non sempre "a costo zero", comunque attraverso un attento contenimento delle risorse di cui tradizionalmente la Corte Edu risulta "povera", rispetto, ad esempio, ai molti mezzi di cui dispone la Corte di Lussemburgo, idonei a finanziare traduttori e interpreti in tutte le lingue ufficiali, referendari, cancelleria, pluralità di organi giurisdizionali, biblioteche e sofisticati applicativi informatici.

Tra le varie *best practice*, ve ne sono alcune che paiono compatibili con l'ordinamento italiano e, in particolare, con la Corte di cassazione posta al suo vertice, nella sua articolazione civile, adottabili sostanzialmente a normativa primaria e secondaria invariata, e con un modesto costo aggiuntivo, riassumibili secondo quattro direttrici:

1) Nella Corte Edu ha una considerevole importanza l'apporto fornito da *study visitor*, stagisti e tirocinanti, e soprattutto da giuristi temporanei (cd. *assistant lawyer* o "giuristi B"), immediatamente inseriti sin dal loro arrivo nel funzionamento della Corte, a partire dal semplice inserimento nel *database* dei dati del singolo ricorso, sin dalla fase di spoglio. Ciò avviene in una forma non sommaria, attraverso la redazione del fatto, la trascrizione dei motivi di ricorso,

l'enucleazione degli elementi di diritto invocati e l'individuazione della giurisprudenza ritenuta applicabile. Il *database* così compilato costituisce un'utile base di lavoro per la successiva fase di decisione, cui dopo qualche tempo i giuristi non permanenti accedono, almeno nei ricorsi più semplici. Questi giuristi selezionati, spesso neolaureati, sono formati dalla Corte gratuitamente, secondo *standard* elevati. A loro si applicano molti dei doveri e obblighi che gravano sui giuristi permanenti del *Registry*, in particolare confidenzialità e obiettivi di rendimento, e il loro apporto è strutturale per l'ordinario funzionamento della Corte: il lavoro del *Registry* si basa, infatti, in modo massiccio e continuo sul personale temporaneo assegnato alla Corte. In sede preparatoria della decisione, questi giuristi si valgono del supporto di standardizzati *templates*, preparati da giuristi esperti e sempre aggiornati, che essi modificano adattandoli al caso di specie. Un ulteriore loro tipico contributo alla decisione è la ricerca della giurisprudenza e della normativa utile, da sottoporre al *drafting lawyer* o al giudice. Man mano che la professionalità è affinata dall'esperienza, anche grazie alla formazione interna, diventa più autonomo il lavoro di scrittura della bozza delle decisioni – a partire dalle più semplici decisioni di inammissibilità – sulla base delle indicazioni ricevute. L'importanza di tale attività non va sottovalutata, in quanto le decisioni di inammissibilità del giudice unico non sono impugnabili. La bozza di decisione così redatta è poi sempre sottoposta al vaglio di una pluralità di supervisori, dal giurista permanente al capo della divisione, dall'apposito ufficio del *quality check* (sia linguistico e sia di rispetto della *consistency* giurisprudenziale) al giudice che, se condivide, firma il provvedimento. Ciò implica, in capo al *Registry* e al giudice, un'attitudine a organizzare il lavoro non in chiave individuale, ma di ufficio del processo, con la capacità di individuare le attività delegabili a *study visitor*, tirocinanti e stagisti secondo le loro attitudini; dall'altro lato, in capo al personale temporaneo della Corte, la capacità di impartire in modo chiaro, rapido e costante le indicazioni sul singolo fascicolo, e di svolgere un'attività di correzione e modifica *ex post*, senza mortificare l'autonomia argomentativa della singola risorsa umana, che si inserisce a tutti gli effetti nella preparazione del provvedimento decisorio, ed è gratificata dalla significativa professionalità maturata, spendibile presso studi legali e concorsi²⁶.

26. Le proposte fatte nella relazione destinata al presidente Ernesto Lupo, indicata in premessa, hanno avuto, in parte, attuazione negli anni seguenti. È utile ricordare in proposito che il sistema italiano prevede l'utilizzazione fino a un anno negli uffici giudiziari nazionali di specializzandi del secondo anno delle scuole di specializzazione delle professioni legali (ai sensi dell'art. 9, comma 6, l. n. 27/2012 e dell'art. 7 dm 21 dicembre 1999, n. 537) nonché di specializzandi, dottorandi e praticanti procuratori ai sensi dell'art. 37, comma 4, dl n. 68/2011 (convertito in l. n. 111/2011). Per quanto riguarda in particolare questi ultimi, il documento organizzativo generale del

2) Presso la Corte Edu è interamente informatico l'inserimento dei dati relativi ai ricorsi, attraverso un duplice sistema, innanzitutto il sistema informativo CMIS, ove sono reperibili i dati esterni del processo, le date dei singoli adempimenti e degli eventi processuali. Vi è poi un *database*, DM, in cui sono contenuti tutti i provvedimenti e gli atti in relazione al singolo fascicolo, oltre che i *templates* standardizzati, e sono salvati quelli compilati nel singolo processo.

Fondamentale è l'utilizzo di un applicativo informatico unico, contenente numerosi *templates*, ossia non semplici intestazioni della decisione, ma veri e propri modelli redazionali standardizzati e ripartiti per materia, con la possibilità di inserire elementi di personalizzazione precompilati attraverso punti di motivazione da adattare, motivi di ricorso *standard* ed eccezioni ricorrenti, oltre che griglie contenenti gli snodi processuali da verificare d'ufficio (come, ad esempio, il termine di decadenza per proporre ricorso). Questo metodo di lavoro favorisce il superamento del *gap* linguistico e consente di sopperire alla scarsa esperienza giurisdizionale dei giuristi temporanei, oltre a permettere l'assimilazione, attraverso l'uso pratico, della giurisprudenza anche da parte di chi, come gli stagisti e i tirocinanti, non vanta anni di servizio presso la Corte Edu. Parallelamente allo svolgimento di tale attività lavorativa, lo *study visitor*, lo stagista o il tirocinante sono inseriti in un circuito di formazione continua che, per diverse ore a settimana, permette loro di alzare lo sguardo dalle incombenze della singola divisione in cui lavorano, per consentirgli di assimilare anche elementi teorico-pratici impartiti per argomento da vari *speaker*. È questo inserimento immediato nel lavoro quotidiano della Corte partendo dalle mansioni più semplici e, al tempo stesso, nella formazione continua più spesso impartita, oltre che da giudici e professori, dagli stessi giuristi interni alla Corte, a consentire in pochissimo tempo alla risorsa umana di fornire un apporto apprezzabile al funzionamento attivo della Corte. Pertanto, l'approccio è duplice, pratico e formativo, e contribuisce a disseminare in modo trasparente anche all'interno dell'ufficio i vari metodi di lavoro, favorendo la scelta dei migliori attraverso il loro confronto pubblico, e contribuendo all'omogeneità e, in una certa misura, alla standardizzazione della decisione e del metodo di scrittura

dei casi più semplici (decisione di inammissibilità del giudice unico), alimentando così la *consistency* della giurisprudenza.

3) L'utilizzo esclusivo degli applicativi informatici è supportato da una moderna rete *wi-fi* in ogni locale della Corte, il che consente a tutti i giuristi e giudici che si avvicinano sul medesimo fascicolo di utilizzare per le ricerche i propri *laptop*, sempre in un'ottica di contenimento della spesa. La rete efficiente consente al singolo di reperire in autonomia, in primo luogo, la giurisprudenza rilevante attraverso il sofisticato motore di ricerca HUDOC, accessibile a tutti senza necessità di *password*.

Solo in un secondo momento è possibile il caricamento dei dati e dei *file* sugli applicativi interni, CMIS e DM, dal momento che, per ragioni di sicurezza dei sistemi e di maggiore controllo della confidenzialità dei dati processuali e delle bozze di decisione, questi sono operativi soltanto sui terminali della Corte. Ulteriore conseguenza virtuosa dell'utilizzo di un *database* unico, che consente a più soggetti l'inserimento di bozze non sovrascritte sul medesimo processo, è evitare al massimo grado rischi di dispersione del lavoro svolto. Così, il giurista che successivamente interviene sul fascicolo, ha già una base su cui operare correzioni, modifiche e integrazioni, e ciò è tanto più importante quanto maggiore è il numero di passaggi del fascicolo tra soggetti che nelle varie fasi processuali se ne occupano.

4) L'utilizzo delle decisioni pilota da parte della Corte Edu è iniziato ben prima dell'entrata in vigore del Protocollo n. 14, se si considera che il caso *Broniowski*, primo esempio di *pilot judgment*, è del 2004 e che il Protocollo n. 14, che ha normato tale buona prassi, è entrato in vigore il 1° giugno 2010. In altri termini, la sentenza pilota è stata subito riconosciuta come *best practice* da reiterare in casi, almeno in parte, seriali e – senza necessità di variazioni normative od organizzative interne, né di costi aggiuntivi – ha consentito di affrontare violazioni sistematiche, soprattutto in settori specialistici. Così facendo, in deroga agli ordinari criteri cronologici di iscrizione a ruolo, è stata data priorità assoluta alla risoluzione di un caso rappresentativo per consentire alle autorità nazionali di darvi esecuzione,

2018 della prima presidenza della Corte di cassazione evidenzia, con riferimento alla convenzione stipulata il 10 gennaio 2012 con la Scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Università di Roma «La Sapienza» per lo svolgimento, a favore dei tirocinanti della Scuola, di 500 ore annuali, che «il tirocinio si è rivelato proficuo sia per i diretti interessati che per l'attività di ufficio. La gestione del tirocinio, coordinata da un consigliere di questa Corte, ha previsto che i giovani tirocinanti fossero assegnati alle Sezioni civili (salvo sporadici casi di assegnazione al Massimario penale) – con larga prevalenza della Sesta Sezione civile e, quindi, delle sue sottosezioni – per collaborare con i consiglieri nella preparazione delle relazioni ex art. 380 bis cod. proc. civ., con partecipazione alle adunanze camerale ed alla stesura delle bozze delle ordinanze. Il bilancio dell'esperienza formativa è dunque positivo, sia dal punto di vista dei tirocinanti che di quello dei consiglieri loro affidatari, i quali ultimi hanno posto in evidenza la reale utilità del contributo dei giovani per il servizio alla Sesta civile».

ponendo rimedio alla violazione sistematica entro un congruo termine, prima di subire una pioggia di condanne.

Non paiono esservi ostacoli particolari al recepimento di tale buona prassi in Italia, anche senza necessariamente ricorrere alla sospensione formale dei processi analoghi, alla luce dei tempi medi delle pendenze, soprattutto presso le sezioni specialistiche civili della Corte di cassazione. La soluzione pare utile, infatti, nelle controversie appartenenti a filoni in cui sono parte lo Stato ed enti come i ministeri, l'Agenzia delle entrate, l'Inps, l'Inail, in cui l'esecuzione della decisione pilota potrebbe orientare la difesa tecnica in un gran numero di cause facenti capo a un unico centro di interessi, in larga parte difeso unicamente dall'Avvocatura dello Stato, e suscettibile di dover

rispondere, a vario titolo, della mancata esecuzione delle sentenze pilota.

Parte di questi elementi sembrano essere stati fatti propri dalla Corte di cassazione civile in un recente provvedimento organizzativo, adottato da una sezione specialistica²⁷, che ha regolato l'articolazione della sotto-sezione IV (lavoro) presso la sezione VI (filtro). È stata, così, individuata una serie di sequenze da osservare presso l'ufficio spoglio delle due sezioni, che comprende, oltre ai consiglieri e ai magistrati dell'Ufficio del massimario, anche i tirocinanti presso gli uffici giudiziari *ex art.73 dl n. 69/2013*, e suggerisce, in sede di spoglio, la possibilità di accorpate cause connesse, anche in deroga ai criteri cronologici di iscrizione a ruolo. Un segnale che merita di essere incoraggiato e ulteriormente proseguito.

27. Decreto della Corte suprema di cassazione, sez. V lavoro, n. 1/2018, presidente Vincenzo Di Cerbo.

Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

di Maria Giuliana Civinini

L'Autrice affronta la questione del precedente della Corte europea dei diritti dell'uomo sotto il duplice punto di vista della formazione della giurisprudenza della Corte e del vincolo sul giudice nazionale, mettendo in evidenza le particolarità del sistema convenzionale.

1. Premessa. Una pluralità di approcci possibili

Quando ci si accosta al tema del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu), almeno due sono gli approcci possibili.

Può farsi in primo luogo riferimento all'uso *del precedente da parte della Corte Edu nel formarsi della sua giurisprudenza* al fine di accrescere la sua legittimazione (sentenza *Chapman c. Regno Unito*, 18 gennaio 2001: « è nell'interesse della sicurezza giuridica, della prevedibilità e dell'uguaglianza davanti alla legge ch'essa non si discosti senza un valido motivo dai propri precedenti » – *tdA*) e, sempre più, di ridurre l'imponente arretrato che l'affligge e le impedisce di intervenire in modo tempestivo su casi importanti di violazione dei diritti umani.

Può farsi riferimento, altresì, all'uso *nelle giurisdizioni nazionali delle sentenze Cedu come «precedente»* o, meglio (considerato che i giudici nazionali e il giudice di Strasburgo non fanno parte di un unico ordinamento gerarchicamente strutturato dal punto di vista del sistema dei rimedi), come fonte esterna che guida il giudice interno nell'applicazione a casi concreti di principi e norme al cui rispetto lo Stato e i suoi agenti sono convenzionalmente obbligati.

Il primo punto di vista influenza necessariamente il secondo.

Poiché giudice nazionale e giudice europeo dialogano da pari a pari e non all'interno di un sistema giurisdizionale chiuso, il primo sarà evidentemente tanto più disponibile a utilizzare le sentenze della Corte

Edu come «precedenti» ai fini della decisione dei casi che gli sono sottoposti (e, ovviamente, nei limiti in cui il sistema normativo e istituzionale lo consente) quanto più la creazione del precedente (cioè l'utilizzazione di casi passati per risolvere casi presenti) – e il dipartirsi dallo stesso – da parte della Corte Edu è coerente, lineare, adeguatamente motivato, trasparente, consistente, rispettoso del principio di parità di trattamento degli Stati membri, che è una sorta di corollario del principio di sussidiarietà e del rispetto del margine di apprezzamento degli Stati.

Il fatto che i due livelli, europeo e nazionale, del concetto in esame siano strettamente interconnessi è, del resto, ben illustrato dal meccanismo delle esecuzioni, affidate a un organo politico intergovernativo – il Comitato dei ministri in composizione diritti umani o CMDH – davanti al quale il ruolo chiave è giocato dallo Stato membro interessato. Per essere effettiva, una pronuncia, destinata a divenire nel futuro precedente, deve essere correttamente eseguita a opera degli organi interni dello Stato, in primo luogo le giurisdizioni.

Per quanto il tema del precedente nel sistema della Corte Edu sia universalmente ritenuto di grande importanza, non si rinvengono sullo stesso studi accademici di rilievo. Si segnala, per ampiezza e profondità della ricerca, la tesi per il dottorato di ricerca di Alexandre Palanco, *Il precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, presentata il 27 novembre 2017 all'Università di Montpellier sotto la direzione del professor Frédéric Sudre, davanti a una giuria di cui faceva parte anche la professoressa Françoise Tulkens, già vicepresidente della Corte Edu. Il testo è reperibile in *open source*.

2. Ancora una premessa. La Corte Edu e il contesto convenzionale

Il Consiglio d'Europa è stato creato dopo la Seconda guerra mondiale grazie all'iniziativa di dieci Paesi, tra cui l'Italia, persuasi che il consolidamento della pace fondata sulla giustizia e la cooperazione internazionale fosse un elemento vitale e imprescindibile per preservare la società umana e la civilizzazione. Come si legge all'art. 1 del Trattato istitutivo, aperto alla firma il 5 maggio 1949, «Il fine del Consiglio d'Europa è quello di realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri al fine di salvaguardare e promuovere gli ideali e i principi che sono il loro patrimonio comune e di favorire il loro progresso economico e sociale». Per esserne membri, ai sensi dell'art. 3, gli Stati devono riconoscere il principio della preminenza del diritto e il principio in virtù del quale ogni persona collocata sotto la sua giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Gli Stati devono anche impegnarsi a collaborare sinceramente e attivamente al perseguimento del fine fissato all'art. 1.

La Convenzione (adottata nel 1950 ed entrata in vigore nel 1953) e la Corte europea dei diritti dell'uomo (entrata in funzione nel 1959 affiancandosi ai preesistenti organi, Comitato dei ministri e Assemblea parlamentare) – con l'affermazione solenne di un catalogo di diritti umani accompagnata alla volontaria sottomissione dei Paesi membri alla giurisdizione di una Corte europea, accessibile da chiunque si affermi vittima di una violazione di tali diritti ad opera delle autorità nazionali, che può constatare la sussistenza di una violazione condannando lo Stato che ne è autore – hanno acquisito un'importanza progressivamente crescente nel sistema del Consiglio d'Europa. Ciò anche a seguito dell'allargamento di questo ai Paesi dell'Est e alle nuove democrazie di quest'area geografica.

Una certa crisi di credibilità dell'Assemblea parlamentare (colpita anche da uno scandalo che ha coinvolto uno dei suoi presidenti) e le difficoltà di bilancio del Consiglio, conseguenti alla sospensione del pagamento del proprio contributo da parte della Russia e alla revoca dello *status* di grande contribuente da parte della Turchia, hanno spinto ancor più la Corte in prima linea, come organo di punta del sistema convenzionale. Ciò nonostante, sarebbe un errore sottovalutare la natura di meccanismo complesso del Consiglio d'Europa, in cui la realizzazione dei diritti umani degli uomini e delle donne dei Paesi che ne fanno parte dipende dall'interazione tra decisioni sui casi concreti della Corte Edu e rafforzamento dello Stato di diritto e delle sue garanzie formali e sostanziali nei 47 Paesi membri, grazie all'azione del

Comitato dei ministri e dell'Assemblea parlamentare combinata con quella del Commissario per i diritti umani e di altri organi specifici, tra cui: il Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO); il Comitato per la prevenzione della tortura (CPT); la Commissione per l'Efficacia della Giustizia (CEPEJ); il CCJE et il CCPE, Consigli consultivi dei giudici e dei procuratori.

3. L'oggetto di questo breve saggio

In un recente numero di *Questione Giustizia* (*Rivista trimestrale*, n. 4/2018), autorevoli studiosi hanno affrontato i temi del precedente, delle modificazioni giurisprudenziali, del rapporto tra normazione per clausole generali e precedente. Questo esonera dalla ripetizione o rielaborazione di concetti complessi, che costituiscono l'indispensabile "conoscenza di sfondo". Del resto, oggetto di questo breve saggio non è lo studio del precedente applicato al vasto campo della giurisprudenza della Corte Edu (che richiederebbe altri approfondimenti, tempi e spazi) bensì la posizione di alcuni problemi, pratici e non solo teorici, che ruotano attorno a questo tema. A tali scritti si rimanda.

Ci limitiamo qui a ricordare che la questione del precedente è quella dell'eventuale vincolo o elemento di referenza esercitato dalla decisione di un giudice (in genere sovraordinato) sulla decisione, successiva nel tempo, che un altro giudice deve adottare in una situazione fattuale simile a quella già decisa. La medesima questione può porsi orizzontalmente allorché il medesimo giudice (singolo o organo) deve adottare una decisione in una situazione fattuale simile a quella da lui decisa in passato. Il legame che sussiste tra la decisione del passato e quella del presente è il legame che esiste tra il fatto e il diritto, tra la situazione fattuale e la soluzione giuridica. L'intensità del legame dipende dall'ordinamento giuridico in cui si colloca e dal livello di libertà che ha il secondo giudice nel definire la situazione fattuale a lui sottoposta (se, cioè, sia suo compito ricostruire la fattispecie concreta o se, invece, debba tener conto del fatto così come ricostruito, ad esempio, da un altro giudice).

Merita anche sottolineare che, indipendentemente dai sistemi e dalle culture giuridiche, è universalmente accettato che stabilità e movimento devono andare di pari passo e che un certo margine di flessibilità è indispensabile per adattare la norma all'evoluzione della società in senso lato.

Come un grande giudice e giurista ci ricorda: «Il giudice deve garantire la stabilità nel cambiamento così come il cambiamento nella stabilità. Proprio come l'aquila in volo che mantiene la sua stabilità

solo quando è in movimento, il diritto, anch'esso, è stabile solo quando si evolve»¹.

4. Il precedente della Corte Edu

Il precedente della Corte Edu in relazione allo sviluppo della sua giurisprudenza non è un precedente vincolante, ma un precedente persuasivo che promana da una Corte superiore e che, per questa ragione, è dotato non solo di forza di convincimento e di razionalità, ma anche di autorevolezza. La regola dello *stare decisis* non vige davanti alla Corte Edu. In quanto precedente persuasivo, lo stesso si coniuga, secondo la tradizione civilista, col concetto di “giurisprudenza costante”. Quest'ultimo concetto è espressamente richiamato dall'art. 28 Cedu, al fine di fondare la competenza del comitato di tre giudici (vds. *infra*), ma è anche comunemente utilizzato dalla Corte Edu allorché, nel suo ragionamento, si appoggia sul precedente – le formule utilizzate dalla Corte sono: «*jurisprudence bien établie*», «*established case-law*» (solo a titolo di esempio, *inter alia*, *Hämäläinen c. Finlandia*, *Frydlender c. Francia*, *Salduz c. Turchia*, *Correia De Matos c. Portogallo*, *Süssmann c. Germania*, *Ruiz-Mateos c. Spagna*), «*jurisprudence constante*» *inter alia*, *Maslov c. Austria*, *Sürmeli c. Germania*, *Mckay c. Regno Unito*). Che la Corte, nell'utilizzare tale concetto, faccia riferimento a una serie di pronunce che hanno affermato i medesimi principi rispetto a situazioni similari trova conferma sia nel fatto che, quando richiama la sua giurisprudenza consolidata, la Corte citi espressamente una pluralità di sentenze accompagnando la citazione da «*inter alia*», «*ex multis*», «*voir, parmi d'autres précédents*» ed espressioni simili, sia nell'utilizzo del concetto di giurisprudenza consolidata dei tribunali e delle corti nazionali (vds. *inter alia*, *Centro Europa 7 Srl e Di Stefano c. Italia*: «*base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu'il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux*»; *Maslov c. Austria*, *Sürmeli c. Germania*: «*jurisprudence constante [des tribunaux]*»). Un'ulteriore conferma si ha nel rapporto esplicativo al Protocollo addizionale n. 14 che ha modificato l'art. 28, laddove si afferma che «una “giurisprudenza consolidata della Corte” è il più delle volte una giurisprudenza costante di una camera. È tuttavia possibile, in via eccezionale, che una sola sentenza di principio della Corte possa costituire una “giurisprudenza consolidata”, in particolare

nel caso di una sentenza della Grande Camera». L'eccezionalità del valore di precedente conferito a una sola sentenza, unita alla sua preferibile promanazione dalla Grande Camera, confermano che il valore di precedente è attribuito di regola alla giurisprudenza costante. Conviene anche ricordare che le sentenze di principio non sono tutte le sentenze che per contenuto hanno portata generale, ma le sentenze pilota. Si veda, in proposito, quanto affermava nel 2009 il professor Linos-Alexandre Sicilianos, oggi vicepresidente della Corte Edu: «Sapere se esiste una giurisprudenza “consolidata” è questione di interpretazione. Non è tuttavia necessario che si tratti di una giurisprudenza “costante”, termine che allude a una pratica giurisprudenziale più o meno lunga. È possibile infatti che una sola sentenza di principio, in specie se emessa dalla Grande Camera, esprima la posizione “consolidata” della Corte. Ne consegue che, dal momento in cui la Corte si pronuncia con una sentenza “pilota” sull'esistenza di un problema strutturale nell'ordine giuridico interno di uno Stato membro, tutte le richieste conseguenti che sollevano essenzialmente la stessa questione potranno essere giudicate da un comitato di tre giudici»² (*tdA*).

Se il principio del precedente opera certamente nella giurisprudenza della Corte Edu, in funzione sia di legittimazione della Corte sia di creazione di un *acquis* in materia di diritti umani dal quale in principio non si può retrocedere, siamo certamente di fronte a un concetto fluido in relazione alle molteplici particolarità del sistema convenzionale, della struttura, delle prassi della Corte. La complessità della questione si apprezza in un passo dell'opinione parzialmente concorrente e parzialmente dissidente del giudice Pinto de Albuquerque alla sentenza *Herrmann c. Germania*: «È nell'interesse della certezza del diritto, della prevedibilità e dell'uguaglianza dinanzi alla legge che la Corte non si discosti dalla sua precedente giurisprudenza senza valide ragioni se le circostanze della nuova causa non sono “materialmente” distinte da quelle dalla causa precedente. Un precedente consolidato della Corte può essere accantonato quando vi è un consenso emergente, sia negli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri del Consiglio d'Europa, nell'ordinamento giuridico interno dello Stato convenuto o in base a strumenti internazionali specializzati, a favore di uno *standard* giuridico diverso, o quando vi sono nuove conoscenze scientifiche che incidono sulla questione in esame. Tuttavia, mentre l'effetto di una precedente senten-

1. A. Barak, *L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge: le rôle de la Cour suprême dans une démocratie*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 2/2006, pp. 227-302, spec. p. 233.

2. L.-A. Sicilianos, *Le Protocole 14 bis à la Convention européenne des droits de l'homme: un instrument (heureusement) éphémère*, in *Annuaire français de droit international*, vol. LV, 2009, pp. 729-742, spec. p. 739.

za della Corte non si limita alla persuasività delle ragioni che essa fornisce, essa non possiede la forza della regola dello *stare decisis* (...). Infatti, la Corte è pronta a rivedere la propria giurisprudenza quando quest'ultima è incerta o ha bisogno di "ulteriore sviluppo", al fine di ampliare l'ambito di protezione offerto dalla Convenzione. Inoltre, l'interpretazione della Convenzione come "strumento vivente" che garantisce diritti effettivi, non illusori, è intrinsecamente incompatibile con un effetto orizzontale di "*stare decisis*" della giurisprudenza della Grande Camera. Poiché la Convenzione deve essere interpretata alla luce delle circostanze attuali, la Grande Camera non è vincolata dalla propria giurisprudenza precedente. Al contrario, la struttura interna della Corte implica un effetto di "*stare decisis*" verticale della giurisprudenza della Grande Camera sulle sentenze di camera. Esiste un'unica eccezione a questa regola: nei casi in cui la camera intenda discostarsi dalla precedente giurisprudenza della Grande Camera e spogliarsi del caso, ma una delle parti vi si opponga, la camera può discostarsi successivamente dalla suddetta giurisprudenza. Il successivo rinvio della causa darà la possibilità alla Grande Camera di riesaminare la propria giurisprudenza alla luce della sentenza della camera impugnata. La stessa situazione eccezionale può verificarsi anche quando una camera desideri discostarsi dalla precedente giurisprudenza della camera. In considerazione dell'effetto orizzontale delle sentenze camerale sulle future sentenze camerale, la sezione è vincolata dalla propria giurisprudenza precedente o da quella di altre sezioni, tranne quando si spoglia della causa e una delle parti vi si opponga. Pertanto, la coerenza della giurisprudenza della Corte dipende da una delicata e intricata differenziazione dei problemi giuridici e delle circostanze di fatto delle cause che le sono sottoposte. Tuttavia, questo delicato compito di differenziazione tra le cause non deve evolvere in una sottile manipolazione delle caratteristiche specifiche della causa per evitare l'applicazione di un principio stabilito dalla giurisprudenza della Corte. Una simile manipolazione screditerebbe la Corte e indebolirebbe l'autorità delle sue sentenze» (*tdA*)³.

Non possiamo, in questa sede, che limitarci a un'elencazione delle particolarità del sistema, ognuna delle quali merita di formare oggetto di futuri approfondimenti.

- La Cedu non è uno strumento di uniformazione del diritto interno degli Stati contraenti, che conservano le loro caratteristiche di fondo e di procedura; è uno strumento di armonizzazione minima del diritto degli Stati contraenti che hanno «un patrimonio co-

mune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto» (preambolo alla Convenzione).

- La Corte Edu è l'unico organo che, nel sistema convenzionale, decide sulle eventuali violazioni; inoltre, non esiste un organo legislativo che può intervenire facendo evolvere il sistema normativo e, se del caso, incidendo sull'interpretazione datane dalla giurisprudenza.

- Le sentenze della Corte Edu hanno per funzione primaria quella di risolvere i casi concreti, accertando se nello specifico e nell'ambito di un ricorso individuale, vi sia stata violazione di un diritto stabilito dalla Convenzione; peraltro, allo stesso tempo, chiarificano, salvaguardano e sviluppano le norme della Convenzione, contribuendo in questo modo al rispetto degli impegni che gli Stati hanno assunto (*Irlanda c. Regno Unito*, par. 154).

- Le norme della Convenzione sono di tipo costituzionale e, di per sé, mal si adattano a un discorso di precedente rigido, dovendosi adattare la loro interpretazione alle modificazioni della vita pubblica e della società.

- La Corte Edu non è un organo che si colloca al vertice di un sistema giudiziario organizzato – in maniera più o meno ampia – in modo gerarchico, per cui si può parlare di precedente solo in senso orizzontale, salvo che nella relazione tra camera e Grande Camera, che è di tipo verticale.

- La Corte Edu adotta una sorta di "nozione autonoma" di precedente, come è dimostrato dal fatto che si fa ricorso ai "precedenti" per ricordare le regole d'interpretazione delle norme convenzionali prima dell'analisi delle similarità fattuali o, anche, a prescindere da tale analisi; in tal modo, non è chiaro o non è esplicitato il nesso che lega il precedente al nuovo caso sottoposto all'esame del giudice europeo, il che è particolarmente evidente quando i precedenti citati fanno riferimento a contesti fattuali e normativi completamente diversi dalla fattispecie concreta da decidere (vds. *McKay c. Regno Unito* in relazione alla citazione del precedente *Kudla c. Polonia*; *Idalov c. Russia* in relazione ai precedenti *Irlanda c. Regno Unito*, *Vasyukov c. Russia* e *Alver c. Estonia*; *Brazzi c. Italia* in relazione ai precedenti *Smirnov c. Russia*, *Modestou c. Grecia*, *Gustanovi c. Bulgaria*; *Arnoldi c. Italia* in relazione ai precedenti *Patrono, Sottani, Michova*).

- Le motivazioni delle sentenze sono redatte secondo un modello *standard*, col concorso predominante della Cancelleria: svolgimento dei fatti, normativa interna o internazionale rilevante, questioni

3. Non sono state tradotte e riportate le note all'opinione per non appesantire il testo; le medesime possono essere lette nel testo originale su HUDOC.

di ammissibilità, questioni di merito; entrambi i tipi di questioni sono trattati secondo lo schema: prospettiva delle parti, giurisprudenza della Corte, applicazione dei principi al caso di specie; di regola, il precedente e la sua motivazione non sono discussi e il caso può essere risolto con una condanna o una non-violazione, come nei precedenti invocati, senza un'analisi fattuale delle ragioni della sussunzione della fattispecie concreta sotto un precedente.

- La presenza statisticamente rilevante di opinioni separate – non solo dissidenti, ma anche concorrenti – dei giudici implica che, in alcuni casi, il ragionamento seguito dalla maggioranza sia abbastanza fluido (vedi *Moreira Ferreira c. Portogallo*, decisa con una maggioranza di 9 a 8, con opinione dissidente comune ai giudici Raimondi, Nußberger, De Gaetano, Keller, Mahoney, Kjølbros e O'Leary; opinione dissidente del giudice Pinto de Albuquerque, a cui si sono associati i giudici Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović et Kūris; opinione dissidente del giudice Kūris, a cui si sono associati i giudici Sajó, Tsotsoria et Vehabović; opinione dissidente del giudice Bošnjak).

- Le nozioni cui si fa riferimento per allontanarsi dal precedente non sono stringenti («*raisons impérieuses*» o «*motif valable*»).

- Mentre i principi di sussidiarietà e del margine di apprezzamento acquistano sempre più importanza (vds. Dichiarazione di Copenaghen e Protocollo addizionale alla Cedu n. 15), nella giurisprudenza della Corte e nella prospettiva di lungo termine degli Stati membri, le problematiche istituzionali che affliggono le “nuove democrazie”, che a partire dagli anni Novanta hanno allargato i confini geografici del Consiglio d'Europa, e i chiari attacchi allo Stato di diritto cui assiste anche all'interno dell'Unione europea rendono ormai impossibile per la Corte Edu considerare i 47 Stati come “membri di un club” dove tutti rispettano le medesime regole di base⁴.

5. Antecedente, precedente *tout court* o precedente consolidato?

5.1. Il precedente consolidato Cedu nella giurisprudenza della Corte costituzionale; la sentenza n. 49/2015 (legittimità della confisca urbanistica alla luce della sentenza Varvara)

Il confronto a distanza, che occupa in particolare le corti supreme nazionali e le Corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo, e che viene riassunto con

la formula positiva del “dialogo fra Corti”, non poteva non trovare nella questione del precedente un terreno di elaborazione. Particolarmente significativa, a questo proposito, è la sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale.

La questione rimessa al vaglio del giudice delle leggi era, in estrema sintesi, la legittimità della confisca urbanistica alla luce della sentenza della Corte Edu nel caso *Varvara c. Italia*, ritenendo il giudice remittente che l'art. 44, comma 2, DPR n. 380/2001 dovesse ormai assumere il significato attribuitogli dalla Corte di Strasburgo. La Corte costituzionale perviene ad una pronuncia di inammissibilità fissando i canoni ermeneutici che il giudice interno deve adottare e in particolare il valore da attribuire alle pronunce del giudice europeo.

La Corte costituzionale ha riaffermato i principi, già presenti nella sua giurisprudenza, secondo cui: a) compete al giudice comune di assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente alla «dimensione ermeneutica che la Corte Edu adotta in modo costante e consolidato» (sentenza n. 239 del 2009); b) a condizione che non si riveli del tutto eccentrico rispetto alla lettera della legge (sentenze nn. 1 del 2013 e 219 del 2008); c) il dovere del giudice di cui *sub a*) è subordinato al «prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu» (sentenze nn. 349 e 348 del 2007). Ed ha aggiunto che «Il più delle volte, l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, offrirà una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana». Dopo aver ricordato che le sentenze della Corte Edu, anche se tendenti ad assumere un valore generale e di principio, restano legate alla concretezza delle situazioni che l'hanno originata (cfr. sentenza n. 236 del 2011), la Corte costituzionale ribadisce, da un lato, che «alla Corte di Strasburgo compete di pronunciare la “parola ultima” (sentenza n. 349 del 2007) in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, secondo quanto le parti contraenti hanno stabilito in forza dell'art. 32 della Cedu. Si tratta di una “funzione interpretativa eminente” (sentenza n. 348 del 2007), con la quale si assicura che, all'esito di un confronto ermeneutico, tale da coinvolgere nel modo più ampio

4. Su questa importante problematica, si veda R. Spano, *The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law*, in *Human rights law Review*, n. 18/2018, pp. 473 ss.

possibile la comunità degli interpreti, sia ricavata dalla disposizione convenzionale una norma idonea a garantire la certezza del diritto e l'uniformità presso gli Stati aderenti di un livello minimo di tutela dei diritti dell'uomo»; dall'altro, che «la Cedu non ha reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale». Infatti, «Il giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall'art. 101, secondo comma, Cost., con il quale si “esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto”» (sentenza n. 40 del 1964; in seguito, sentenza n. 234 del 1976), «e ciò vale anche per le norme della Cedu, che hanno ricevuto ingresso nell'ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento».

Dopo aver ben distinto la diversa situazione in cui il giudice debba dar corso alla sentenza Cedu per rimuovere la violazione accertata dalla Corte Edu nel caso concreto, ha ribadito che l'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito, in prima battuta, al giudice comune (cfr. sentenza n. 349 del 2007), il quale, in forza del coordinato disposto degli artt. 101, comma 2, e 117, comma 1, Cost., è tenuto a uniformarsi alla «giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente» (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), «in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza» (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze nn. 15 del 2012 e 317 del 2009). È, pertanto, solo un “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo. Del resto, tale asserzione non solo si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte Edu sul senso da attribuire ai diritti dell'uomo, ma si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo. Esso, infatti, si articola per sezioni, ammette l'opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera. La nozione stessa di “giurisprudenza consolidata” trova riconoscimento nell'art. 28 della Cedu, a riprova che, anche nell'ambito di quest'ultima, si ammette che lo spessore di persuasività delle pronunce sia soggetto a sfumature di grado, fino a quando non emerga un *well-established case-law* che «normally means

case-law which has been consistently applied by a Chamber», salvo il caso eccezionale su questione di principio, «particularly when the Grand Chamber has rendered it» (così le spiegazioni all'art. 8 del Protocollo n. 14, che ha modificato l'art. 28 della Cedu). Sottolineate le difficoltà nell'individuazione del consolidamento della giurisprudenza, la Corte costituzionale offre al giudice italiano una serie di indicatori: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano. Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte Edu per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto.

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».

Sono noti gli ampi dibattiti sollevati da questa pronuncia, il cui chiaro argomentare si è voluto citare ampiamente per esteso, condividendolo e non potendolo rendere in forma migliore.

È noto anche che, almeno in suoi settori maggioritari, la Corte Edu non abbia apprezzato particolarmente questa sentenza, che allontana da quella funzione di corte costituzionale europea cui, in alcune sue componenti, aspira. Significativo un breve passaggio della sentenza *GIEM e altri c. Italia*, ancora in materia di confisca urbanistica. Pur pervenendo tale decisione ad approdi ermeneutici sostanzialmente armonici rispetto all'elaborazione della nostra Corte costituzionale, si afferma: «252. Tuttavia, se da un lato è chiaro che, come indicato nella sentenza Varvara (...), la dichiarazione di responsabilità penale richiesta è spesso contenuta in una sentenza penale che condanna formalmente l'imputato, in ogni caso ciò non costituisce una norma imperativa. In effetti, la sentenza Varvara non permette di concludere che le confische per lottizzazione abusiva devono necessariamente essere accompagnate da condanne penali ai sensi del diritto nazionale. Da parte sua, la Corte

deve assicurarsi che la dichiarazione di responsabilità penale rispetti le tutele di cui all'articolo 7 e derivi da un procedimento che soddisfi le esigenze dell'articolo 6. *In proposito, la Corte sottolinea che le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico. Il loro carattere vincolante e la loro autorità interpretativa non possono pertanto dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate*» (corsivo aggiunto), laddove la frase da noi messa in evidenza non ha alcuna funzione argomentativa, ma esprime, almeno per chi legge, solo il desiderio di rispondere alla nostra Corte costituzionale. In proposito osserva il giudice Pinto de Albuquerque (alla nota n. 96 della sua opinione parzialmente concordante e parzialmente dissidente): «L'inserimento di questa frase può sembrare singolare, ma ha una spiegazione. La Corte voleva porre un principio prima di iniziare l'analisi del valore della sentenza Varvara nei successivi paragrafi 255–261. Il principio, che riguarda il “carattere vincolante” e “l'autorità interpretativa” di tutte le sentenze della Corte, è una risposta diretta alla sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale nonché un messaggio rivolto a tutte le corti supreme e costituzionali in Europa».

Quel desiderio appare evidente nell'opinione concordante della giudice Motoc, preceduta da alcuni versi tratti dal Canto V del Paradiso dantesco («*Apri la mente a quel ch'io ti paleso/ e fermalvi entro; ché non fa scienza,/ senza lo ritenere, avere inteso*»), dove si osserva che, all'affermazione del giudice delle leggi secondo cui la Costituzione è “assiologicamente” predominante sulla Convenzione, «la nostra Corte ha solo reagito in modo fermo ma moderato, sottolineando che “le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico. Il loro carattere vincolante e la loro autorità interpretativa non possono quindi dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate”». Ancor più significativa la lunga e articolata (circa 30 pagine) opinione parzialmente concordante e parzialmente dissidente che il giudice Pinto de Albuquerque dedica a una replica minuziosa alla sentenza n. 49/2015, ritenendo che la sentenza *GIEM* abbia mandato un messaggio «forte e chiaro: tutte le sentenze della Corte hanno lo stesso valore giuridico, la stessa natura vincolante e la stessa autorità interpretativa». Rinviano alla lettura della complessa opinione, è interessante, anche ai fini del prosieguo della trattazione, sottolineare un passaggio, ove si afferma: «39. Tuttavia, il concetto di giurisprudenza consolidata differisce radicalmente da quello di “diritto consolidato” utilizzato dalla Corte costituzionale, nonostante un'apparente similitudine. In primo luogo, la funzione di una giurisprudenza consolidata non è in alcun modo quella di

modulare la forza normativa o la “densità persuasiva” delle sentenze e delle decisioni della Corte in funzione del grado di “consolidamento”. L'unica funzione di una giurisprudenza consolidata è quella di conferire a un comitato la “competenza” di decidere su una causa invece di rinviarla a una sezione della Corte. Ciò non è dovuto al fatto che una giurisprudenza consolidata sarebbe in un certo modo superiore al resto della giurisprudenza, ma semplicemente al fatto che consente il ricorso a una procedura “semplificata” per le cause ripetitive. Inoltre, i ricorrenti possono contestare la natura consolidata della giurisprudenza appellandosi all'articolo 28 § 3 della Convenzione. La giurisprudenza consolidata permette alla Corte di operare una distinzione nella sua giurisprudenza sulla base della semplicità d'interpretazione, ma non è in alcun modo indicativa del carattere vincolante delle sue sentenze. 40. La Convenzione significa ciò che la Corte ritiene che la Convenzione significhi, né più né meno».

Sembra utile precisare che l'evoluzione della giurisprudenza italiana, che ha cercato di effettuare un efficace bilanciamento tra principi affermati dalla Corte di Strasburgo e scelte politiche del legislatore in materia di tutela ambientale, trova considerazione nell'opinione parzialmente dissidente dei giudici Spano e Lemmens.

L'11 gennaio 2019 si è tenuto presso la Corte costituzionale un incontro dedicato al dialogo tra la Corte di Strasburgo e le corti italiane, con la partecipazione dei vertici della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Corte costituzionale, della Cassazione e della relativa Procura generale, del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e del Consiglio superiore della magistratura. Come si legge nel comunicato stampa, «dalla discussione è emersa anzitutto la necessità che le Corti europee – in una fase storica di debolezza, in alcuni Paesi, dei diritti fondamentali – dialoghino tra loro per la piena tutela di questi diritti, anche assicurando l'armonizzazione delle rispettive giurisprudenze».

Ci attendiamo dunque ulteriori positivi sviluppi e una rinnovata reciproca comprensione⁵.

5.2. *WECL – well established case law: dal “precedente consolidato” al “precedente tout court” nella giurisprudenza della Corte Edu*

L'insistenza della Corte Edu nell'affermare che tutte le sue sentenze e decisioni hanno la stessa efficacia vincolante, indipendentemente dal collegio che le ha adottate, è sorretta certamente da una ragione ulteriore a quella di rispondere “per le rime” alla Corte costituzionale italiana. È, infatti, da tempo in corso

5. vedi da ultimo Romboli, L'influenza della CEdu e della Corte Europe dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento costituzionale italiano in Consulta on Line, 2018, fascicolo III, pag 618 ss.

una revisione delle procedure interne della Corte tendente alla semplificazione delle procedure (in via di prassi e non di modifiche alle Regole della Corte), alla risoluzione dei casi con regolamenti amichevoli, alla riduzione del numero di casi decisi dalla camera composta da sette giudici, all'accoglimento delle richieste di rinvio alla Grande Camera di diciassette giudici tendenzialmente solo per casi idonei a tracciare la politica giudiziaria dell'organo. L'obiettivo è quello di consentire alla Corte, nelle sue composizioni maggiori (camera e Grande Camera) di concentrarsi sui casi "più rilevanti". Lo strumento è la canalizzazione della stragrande maggioranza dei casi ammissibili (*id est* che hanno passato il vaglio di non manifesta inammissibilità) verso il comitato dei tre giudici. Questa operazione di *court management* passa attraverso l'estensione della nozione di "giurisprudenza consolidata" ai sensi dell'art. 28 Cedu.

Ma cominciamo dall'inizio.

A fronte delle problematiche gestionali del flusso di richieste, a partire dal 2010 si sono tenute varie conferenze di alto livello, su iniziativa della Presidenza di turno del Consiglio d'Europa, aventi ad oggetto il futuro della Corte Edu e il rafforzamento dell'efficacia e qualità della sua azione; ognuna si è conclusa con l'adozione di una dichiarazione che individuava obiettivi e formulava raccomandazioni per la Corte, gli Stati membri (SM) e il Consiglio d'Europa.

Fin dalla prima Dichiarazione, quella di Interlaken, gli SM si sono posti il problema del crescente arretrato della Corte Edu e del suo impatto negativo sull'efficacia e la tempestività del suo intervento. Nelle Dichiarazioni succedutesi tra il 2010 e il 2015 (Interlaken, Smirne, Brighton, Bruxelles) – pur centrate sulle obbligazioni degli Stati che, attraverso attuazione dei diritti convenzionali ed esecuzione delle sentenze, dovrebbero favorire la diminuzione del flusso delle richieste –, vari inviti sono rivolti alla Corte per l'adozione di misure (un "filtro" efficace, "decisioni pilota", incentivazione dei regolamenti amichevoli) idonee all'eliminazione delle pendenze di ricorsi inammissibili e ripetitivi. In quegli anni, l'art. 61 delle Regole della Corte introduce le sentenze pilota, entra in vigore il Protocollo 14 alla Convenzione, che introduce la formazione del giudice unico e quella del comitato di tre giudici, viene creato un filtro efficace. Sia la Dichiarazione di Smirne che quella di Brighton incoraggiano l'applicazione dell'art. 28 e un'ampia interpretazione del concetto di precedente consolidato («*well established case-law*» – WECL), in modo da aumentare il numero di casi giudicati con la procedura di comitato, senza pregiudizio di un adeguato esame delle circostanze del caso e dell'efficacia non vincolante delle decisioni contro Stati diversi da quello che ne è destinatario (punto 20, lett. f). Filtro, giudice unico per le inam-

missibilità, distacco di giuristi nazionali hanno come risultato l'eliminazione dell'arretrato costituito da ricorsi manifestamente irricevibili.

Nel marzo 2015 la Conferenza di Bruxelles si è conclusa ponendo l'obiettivo imprescindibile della riduzione dell'arretrato come preconditione di una decisione in un termine ragionevole dei nuovi casi. È stata sottolineata l'importanza di individuare efficaci metodi di gestione dei casi secondo criteri di priorità e nuovi metodi di trattazione degli affari ripetitivi e gli SM sono stati incoraggiati a privilegiare soluzioni alternative alle procedure contenziose.

La Corte Edu ha individuato tali metodi nell'allargamento del concetto di "precedente consolidato" che consente l'aumento esponenziale dell'assegnazione dei casi ai comitati di tre giudici. A giugno 2017, la Corte ha adottato un *Rapporto sui metodi di lavoro per aumentare il numero di casi decisi dal comitato di tre giudici*, anticipato per estratto agli SM nel luglio e presentato durante la riunione degli agenti del governo del dicembre dello stesso anno. Di particolare rilievo, ai nostri fini, le linee guida fissate per l'assegnazione dei casi al comitato; in sintesi:

- a) un nuovo caso, che abbia superato il filtro di ammissibilità, va assegnato al comitato a meno che: sollevi una questione di interpretazione o di applicazione nuova, riguardante la Convenzione o i Protocolli, o, pur in presenza di principi generali consolidati, vi siano dubbi sufficientemente seri sulla sussistenza della violazione, nei quali casi va assegnato alla camera;
- b) un caso va sempre assegnato alla camera se "di primo piano" o "sensibile", intendendo per tale un caso sul quale c'è molta attenzione a livello interno o che ha riflessi sui *mass media*;
- c) rientrano nella procedura WECL-comitato:
 - c1) i casi che pongono questioni che sono già risolte con giurisprudenza costante, cioè: gli affari *ripetitivi in senso stretto*, gli affari "clone", gli affari che rientrano in una *sentenza pilota* (ad esempio: durata eccessiva dei processi, mancanza o ritardo nell'esecuzione dei giudicati interni, durata eccessiva della detenzione provvisoria, condizioni di detenzione inadeguate);
 - c2) i casi ripetitivi secondo un'*interpretazione estensiva* dell'art. 28 Cedu – «si deve (...) interpretare [l'articolo 28] più estensivamente, in modo da ricomprendervi anche gli affari che vi si presterebbero, attualmente registrati come casi di camera *standard* e classificati nella categoria IV, allorquando le questioni sollevate sul terreno della Convenzione possono essere considerate come oggetto di una giu-

- risprudenza costante – consolidata – nel senso precisato nel rapporto» – (tdA)⁶;
- c3) casi che rientrano «*grosso modo*» in un precedente senza che vi sia necessità che un affare identico sia stato deciso;
- c4) casi decisi da *una sentenza recente* di camera;
- c5) casi che *non pongono questioni nuove, che non hanno un interesse giurisprudenziale, che non hanno un interesse rilevante per lo Stato*;
- c6) casi che rientrano in *tre precedenti adottati verso altri Stati*.

Il 18 aprile 2018, è intervenuta la Dichiarazione di Copenaghen, la quale si è limitata a prendere atto delle nuove misure, invitando la Corte a ricercare, in cooperazione con gli Stati membri, nuovi ed efficaci modelli di gestione, nel rispetto del principio del ricorso individuale e del diritto di difesa delle parti, che la moltiplicazione di procedure semplificate e l'estensione del concetto di precedente potrebbero mettere a rischio.

L'obiettivo di un aumento dell'efficacia gestionale dei flussi dei ricorsi e dell'effettività della tutela dei diritti umani da parte della Corte è primario e condiviso. Non può, peraltro, non chiedersi se ciò possa avvenire senza danni abbandonando – in via di decisione “amministrativa” o manageriale anziché attraverso un processo di evoluzione della giurisprudenza che si confronti con la necessità di motivazione e convinzione – un chiaro concetto di giurisprudenza consolidata quale «pluralità di decisioni omologhe di una Camera o una sentenza pilota o una sentenza della Grande Camera» (emergente dall'art. 28 Cedu, dal rapporto esplicativo al Protocollo n. 14 e, soprattutto, dalla giurisprudenza della Corte) per sostituirlo col «precedente unico di Camera» o coi «tre precedenti contro altri Stati». Le implicazioni, anche sulla base di quanto fin qui esposto, sono evidenti. Le conseguenze possibili sono rilevanti e non possono essere

sottostimate: si va dall'erosione delle prerogative degli Stati membri (pericolosa in un periodo di crisi del Consiglio d'Europa quale l'attuale)⁷ all'involuzione del rapporto di fiducia con i giudici nazionali. Questi ultimi, infatti, per farsi doverosamente applicatori delle opzioni ermeneutiche della Corte Edu, devono essere convinti (il giudice, per sua funzione, esercita la ragione critica e non fa atti di fede). La “*never-ending story*” del concorso esterno in associazione a delinquere di stampo mafioso lo dimostra.

5.3. Il ruolo delle esecuzioni (e del CMDH)

Almeno per grandi linee deve, infine, riflettersi sul ruolo che hanno le esecuzioni nella formazione del precedente consolidato, in specie ai fini dell'applicazione di quel precedente a livello di sistema interno. La responsabilità dell'esecuzione delle sentenze Cedu appartiene agli Stati membri, coadiuvati dal Comitato dei ministri. Le misure individuali (pagamento dell'equa soddisfazione e delle spese giudiziali; eventuale revisione del processo o adozione dei provvedimenti atti a rimuovere la violazione individuale) sono di facile individuazione, esecuzione e accertamento. Più complessa è, evidentemente, l'individuazione e l'attuazione di tutte quelle misure che siano idonee a impedire che violazioni simili si ripetano nel futuro. Possono essere necessarie riforme normative, attività di formazione, messa a disposizione delle autorità competenti delle risorse umane e materiali necessarie per rendere le riforme operative, attività di diffusione di consapevolezza (si pensi alla violenza di genere o ai trattamenti disumani e degradanti). Il Comitato dei ministri in composizione diritti umani supporta, consiglia, indirizza lo Stato in questo compito, non sempre facile, di concreta realizzazione dei diritti umani nel sistema interno. Accanto a casi che richiedono un grande sforzo ideativo e applicativo dello Stato (si pensi ai casi *Talpis*, *Nasr e Ghali*, *Khlaifia*, *Scoppola*, i cui atti si possono leggere su HUDOC EXEC), ve ne sono altri nei quali non esiste un problema strutturale o sistemico, non

6. «il faudrait (...) interpréter [l'article 28] plus extensivement, de manière à englober aussi les affaires qui s'y prêteraient, actuellement enregistrées comme affaires de chambre standard et classées dans la catégorie IV, lorsque les questions soulevées sur le terrain de la Convention peuvent être regardées comme faisant l'objet d'une jurisprudence constante – bien établie – comme le précisent les observations faites dans le rapport explicatif».

7. Lo Stato può opporsi, ma non ha un diritto di veto rispetto al rinvio davanti al comitato, al cui collegio non partecipa necessariamente, come alla camera, il giudice nazionale – l'unico che, in principio, conosce il diritto interno e può leggere integralmente gli atti –, le cui decisioni sono definitive senza che possa essere chiesto il rinvio in Grande Camera. Per valutare l'ampiezza della lesione delle prerogative degli Stati membri, deve considerarsi che la previsione ha avuto carattere di “concessione” degli stessi, la quale dovrebbe pertanto essere applicata secondo il suo significato originario e non innovandone il senso. Sulla mancanza del potere di veto e sulla non obbligatorietà della presenza del giudice nazionale, si veda L.-A. Sicilianos, *Le Protocole 14 bis*, op. cit., il quale sottolinea come gli Stati più reticenti si siano infine convinti sia per non rendere troppo difficile il funzionamento del comitato sia perché «la presenza di questo giudice non è necessaria tenuto conto del fatto che il comitato si pronuncerà su questioni già definite [*déjà tranchées*] dalla Corte». *Quid* quando a definire la questione siano state le camere che si occupano di altri Stati con altri ordinamenti giuridici? O la camera dello Stato, ma con una sola decisione, che potrebbe avere profili di problematicità?

vi sono rischi (salvo patologie imprevedibili) di ripetizione della violazione, che si rivela essere stato un caso isolato, il frutto di una decisione sbagliata (l'errore umano), che nessuna norma o meccanismo di allerta potrà mai prevenire. Le decisioni del Comitato dei ministri di chiusura dell'esecuzione (o mantenimento del monitoraggio sostenuto) sono, in tal senso, una guida sicura per comprendere di fronte a che tipo di decisione ci si trovi: una violazione siste-

mica o ricorrente, che richiede azioni di correzione e (secondo i casi) adeguamento alle scelte ermeneutiche da parte del giudice nazionale (coi limiti segnati dalla Corte costituzionale), o una violazione isolata, rispetto alla quale la condanna ha rilevanza individuale, ma non di sistema. Le decisioni di quest'ultimo tipo non possono evidentemente svolgere un ruolo di precedente ma, al massimo, di campanello d'allarme contro il rischio di errore del singolo.

Le risorse informatiche per la conoscenza della giurisprudenza della Corte e la banca dati HUDOC

di *Francesco Buffa*

Chiamato ad applicare la Cedu e a dare interpretazione convenzionalmente orientata delle norme interne, il giudice ordinario dispone di strumenti informatici funzionali alla necessaria conoscenza della giurisprudenza della Corte Edu. Residuano, peraltro, diverse criticità, correlate soprattutto alla non pubblicazione delle decisioni dei *single judges* (oltre il 98% delle decisioni della Corte) e alla mancanza di un sistema di massimazione delle sentenze della Corte.

1. L'informatica in Corte

La Corte ha un sistema informativo sui ricorsi (*Case management information system* - CMIS), ove sono contenuti i dati esterni del processo, l'indicazione degli eventi processuali e delle relative date. Il sistema contiene anche i provvedimenti del giudice unico, nonché i dati di alcuni procedimenti (quali, ad esempio, i WECL in materia di durata della procedura, ove sono conservati i dati della procedura principale e i dati numerici necessari per la predisposizione automatizzata del provvedimento finale).

Il sistema gestisce altresì il *workflow*, ossia la procedura attraverso la quale i vari atti circolano tra i vari attori, ad esempio tra il *drafting lawyer* (DL) e il *non-judicial rapporteur* (NJR), ossia tra il redattore della bozza di decisione di *single judge* e l'organo amministrativo di vertice del procedimento che costituisce il tramite tra la Cancelleria e la Corte, e tra il NJR ed il giudice monocratico.

Consultando CMIS è possibile, in ogni momento, da parte di tutti i soggetti abilitati (normalmente tutti i giuristi e gli assistenti della Corte), conoscere lo stato della procedura per un dato fascicolo.

Vi è, poi, un *database* degli atti dei fascicoli (*document management*, DM), nel quale sono contenuti tutti i provvedimenti redatti in relazione al fascicolo, anche semplici appunti e schede riassuntive, nelle varie versioni che si sono succedute nel tempo, e tutti gli atti del fascicolo, che – per lo più, con l'eccezione del ricorso introduttivo – sono scansionati ove siano atti provenienti dall'esterno, mentre negli altri casi sono

direttamente inseriti dal redattore in formato elettronico.

Le due banche dati, CMIS e DM, sono collegate tra loro informaticamente sicché, aperto il CMIS per conoscere lo stato della procedura di un dato fascicolo, si possono poi consultare tutti i documenti (contenuti in DM) redatti con riferimento al detto fascicolo: sia i provvedimenti del processo, sia le lettere amministrative, e così via.

I sistemi CMIS e DM sono banche dati molto ricche e complesse, ma destinate ai soli utilizzatori interni.

Per gli utenti esterni, occorre far riferimento alle risorse del sito *internet* della Corte, in particolare alla banca dati HUDOC.

2. Fonti di conoscenza della giurisprudenza della Corte

Come riconosciuto dalla Corte costituzionale italiana, le disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo vivono nell'interpretazione che viene loro data dalla Corte Edu. Il giudice ordinario, chiamato quale giudice europeo della Convenzione ad applicare la stessa, e nell'interpretazione convenzionalmente orientata delle norme interne, ha dunque il dovere di conoscere la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

A tal fine, il sito *internet* della Corte Edu, aperto al pubblico e gratuito, offre una serie di strumenti informatici allo scopo.

Lo strumento principale di conoscenza della giurisprudenza della Corte è HUDOC, un database delle sentenze e decisioni accessibile gratuitamente via *internet*.

Su *internet*, l'Ufficio stampa e pubblicazioni fornisce poi un'informazione (*press release*) tempestiva su tali casi e sulle altre novità della Corte, attraverso una scheda descrittiva utile soprattutto per ricostruire il fatto e le problematiche giuridiche emerse.

Sul sito sono disponibili anche delle guide di giurisprudenza, organizzate secondo l'articolo della Convenzione rilevante ovvero secondo l'argomento di riferimento o, ancora, in base al Paese interessato: è così possibile conoscere le principali decisioni della Corte su un dato argomento, un dato articolo o relativamente a un certo Paese; per ciascun caso, abbiamo la descrizione dei fatti, dei motivi di ricorso e la decisione della Corte.

Sul sito della Corte si trovano vari documenti ulteriori di analisi della giurisprudenza: le note informative sulla giurisprudenza, la panoramica della giurisprudenza della Corte Edu, la guida all'ammissibilità dei ricorsi, alcuni dei rapporti di ricerca sulla giurisprudenza redatti dalla Divisione ricerca della Corte (la gran parte delle ricerche di questa Divisione, contenente un vastissimo numero di studi comparativi e di giurisprudenza della Corte, è invece disponibile solo per gli utenti interni).

Sono, infine, pubblicate in rete e scaricabili in *download* come pdf altre pubblicazioni, quali le pubblicazioni congiunte della Corte Edu e della FRA (Fundamental rights Agency), le Pubblicazioni congiunte della Corte Edu e della Corte interamericana dei diritti umani, le Pubblicazioni del Consiglio d'Europa: si tratta di studi ufficiali su vari argomenti, utilissimi per avere un quadro generale degli orientamenti della comunità internazionale su date tematiche.

3. La banca dati HUDOC

La versione attuale, operativa dal 2012, è stata interamente riprogettata ed è utilizzabile attraverso numerosi filtri e chiavi per la selezione delle decisioni.

In HUDOC sono disponibili i provvedimenti degli organi della Convenzione, classificata in raccolte separate, che possono essere consultate individualmente o congiuntamente: sentenze (Grande Camera, camera e comitato), decisioni (Grande Camera, camera, comitato, commissione), casi comunicati, riepiloghi giuridici, pareri consultivi, relazioni e risoluzioni (esecuzione e meriti) del Comitato dei ministri.

Sono escluse dalla banca dati le decisioni del *single judge*, che pur oggi costituiscono oltre il 98% delle sentenze definitive della Corte Edu (molte delle quali relative a domande *manifestement mal fondées*); tali

sentenze, infatti, non sono conosciute nemmeno dalle parti del processo (che ricevono solo una lettera del *Registry* che le informa dell'irricevibilità della loro pretesa con una motivazione *standard*).

In HUDOC, sentenze, decisioni e altri testi sono disponibili di regola solo in una o in entrambe le lingue ufficiali della Corte (inglese e francese); talvolta, sono disponibili anche contribuzioni nazionali con la traduzione "non ufficiale" delle sentenze (e anche l'Italia, a seguito di una convenzione stipulata nel 2012 tra Corte e Ministero della giustizia, invia per inserimento in HUDOC le traduzioni delle sentenze più importanti che la riguardano).

Si può restringere facilmente la ricerca con i vari filtri allo scopo predisposti. I filtri sono composti da: «Lingua», «Importanza», «Stato», «Articolo», «Non violazione» e «Violazione». Si può anche filtrare la ricerca per «Parole chiave» o con i filtri «Data», «Corti», «Giudici», «Organo di provenienza (del documento)» («*Originating body*») e «Organizzazione». La funzione di ricerca del testo consente di cercare una parola, una frase o una sequenza di parole all'interno dei documenti negli archivi pertinenti. Le questioni legali trattate in ciascun caso sono riassunte in un elenco di parole chiave, scelto in un *thesaurus* dei termini presi (nella maggior parte dei casi) direttamente dal testo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dai protocolli aggiuntivi. La ricerca effettuata con queste parole chiave consentirà di trovare un gruppo di documenti con contenuti legali simili.

4. Una grave lacuna: l'assenza di un sistema di massimazione delle sentenze

HUDOC è un sistema molto ben organizzato di recupero delle informazioni (specie se si parte nella ricerca avendo già riferimenti specifici del caso da ricercare), ma fornisce solo il testo completo della decisione e non offre la possibilità di sapere – in modo rapido, ma esauriente – l'orientamento della giurisprudenza su un determinato argomento, né il *trend* che si forma in dato periodo di tempo.

Su HUDOC, il giudice nazionale può utilizzare parole chiave, ma – una volta ottenuti i risultati forniti dal sistema – è costretto a leggere il testo completo delle decisioni e delle sentenze: ciò non è senza difficoltà e richiede molto tempo, costringendo il ricercatore a leggere pagine e pagine di documenti scritti in una lingua diversa da quella usata dal giudice nazionale, magari solo per scoprire, al termine della ricerca, che la maggior parte dei documenti consultati non sono rilevanti per i suoi bisogni.

Al contrario, un sistema di massime (basato su parole chiave) sarà più utile e consentirà di rispar-

miare tempo, consentendo da un lato di trovare in modo rapido il documento che si è occupato di una data materia evidenziata dalla parola chiave e, dall'altro lato, di selezionare i documenti reperiti ulteriormente solo leggendo le relative massime (salvo, in seguito, un eventuale approfondimento sul testo integrale del provvedimento).

La Corte Edu non ha, però, un proprio sistema di massimazione delle sentenze.

HUDOC è privo di un sistema di *information retrieval* basato su un'attività di massimazione, intesa non solo come estrazione di principi giuridici, ma – com'è proprio del Centro elettronico di documentazione (Ced) della Cassazione italiana – come inserimento di questi in un sistema ordinato di precedenti giurisprudenziali.

Il compito di un massimario, infatti, è non solo quello di estrarre dalle decisioni e dalle sentenze della Corte i principi affermati seguendo criteri scientifici, bensì anche quello di integrarli in un "sistema" di giurisprudenza capace di collegare il principio (la massima) a tutte le decisioni e sentenze inerenti a

quell'argomento specifico, evidenziando precedenti giurisprudenziali conformi e difformi o resi in materia simile.

Il sistema delle massime è anche più preciso, in quanto fornisce la certezza di trovare tutti i giudizi certamente rilevanti su un determinato argomento, escludendo nello stesso tempo quelli che non siano specificamente pertinenti.

La Corte Edu, tra i tanti strumenti di informazione (HUDOC, comunicato stampa, schede informative, relazioni annuali, etc.), ha i *flash* di giurisprudenza: una risorsa molto diversa dal sistema di massime, posto che essi presentano solo una descrizione dei fatti e del contenuto delle decisioni, mentre la massima contiene – di solito, in una sola frase – il principio della decisione, la *ratio decidendi* (che è la ragione giuridica fondamentale del giudizio) e un riassunto molto breve del caso.

Se applicato alla Cedu, un sistema di massime potrebbe fornire uno strumento molto potente per trovare il precedente, ridurre i conflitti di giurisprudenza e mantenere la *consistency* di quest'ultima.

Autosufficienza del ricorso alla Corte Edu e formalismo giuridico

di Maria Luisa D'Addabbo

Il contributo analizza la portata del ricorso individuale innanzi alla Corte Edu alla luce del maggior rigore – in termini di tempo e di forma – che ne connota la ricevibilità per effetto della riforma del 2014. La nuova procedura semplificata ha suscitato non poche critiche, in primis da parte dei difensori. Tuttavia, è dalla stessa diminuzione dei fascicoli non ricevibili che può derivare, oltre alla sopravvivenza funzionale del sistema Cedu, una maggiore attenzione alla tutela reale ed effettiva dei diritti umani.

1. Premessa

Il diritto di ricorso individuale alla Corte Edu è, a ragione, considerato la maggiore conquista della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Le persone fisiche o giuridiche che ritengono di aver subito la violazione di diritti umani hanno la possibilità di adire la Corte europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, perché una causa sia esaminata dalla Corte, devono essere soddisfatti importanti requisiti di ricevibilità indicati nella Convenzione stessa all'art. 35.

La procedura di presentazione del ricorso è disciplinata dalla *rule 47*¹ del Regolamento di procedura della Corte Edu², che costituisce «la base normativa della fase preliminare di esame del ricorso oltre che uno strumento pratico per la gestione della stessa»³. L'art. 47, par. 1, disciplina il contenuto concreto del ricorso, che deve essere presentato mediante il formulario fornito dalla Cancelleria, e indica tutti gli elementi essenziali per la sua validità ed efficacia affinché sia esaminato nel merito. Al par. 2 è disciplinato il principio di autosufficienza del ricorso stesso, laddove è specificato che: «Tutte le informazioni di cui al succitato paragrafo 1, lettere da e) a g), devono essere riportate nella parte corrispondente del formulario di ricorso ed

essere di per sé sufficienti a consentire alla Corte di determinare natura e oggetto del ricorso senza dover consultare altri documenti» (corsivo aggiunto).

2. L'art. 47 del Regolamento della Corte dopo le riforme del 2014 e del 2016

Il 1° gennaio 2014 è entrato in vigore il nuovo articolo 47 del Regolamento della Corte Edu, che ha introdotto condizioni più rigorose per adire la Corte. Tale modifica del Regolamento ha introdotto due cambiamenti di primaria importanza, che determinano il rigetto del ricorso in via preliminare.

La prima condizione di *ricevibilità* del ricorso riguarda il nuovo formulario di ricorso semplificato, che deve essere compilato integralmente e corredato della copia di tutta la relativa documentazione giustificativa, pena il non esame nel merito.

In secondo luogo, è stato stabilito che il ricorso alla Corte è valido unicamente se il formulario inviato è stato correttamente e completamente compilato dal ricorrente nei sei mesi successivi alla decisione interna definitiva.

1. www.echr.coe.int/Documents/Rule_47_ITA.pdf.

2. www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ITA.pdf.

3. Cardamone, *Il ricorso alla Corte Europea dei diritti dell'uomo*, disponibile online (www.europeanrights.eu/public/commenti/Bronzini-Commento_Cardamone.pdf).

In epoca antecedente a tale riforma, ovvero fino al dicembre 2013, esisteva la cd. lettera interrutiva del termine dei detti sei mesi. In pratica, per presentare un ricorso dinanzi alla Corte, l'art. 47 - nella precedente formulazione - imponeva semplicemente al ricorrente di inoltrare alla Cancelleria della Corte il suo ricorso, senza formalità particolari, entro sei mesi dalla decisione definitiva emessa dall'organo giurisdizionale del proprio Stato. Successivamente, l'Ufficio del registro della Corte Edu inviava al ricorrente un modulo da compilare e da restituire entro otto settimane. La domanda era allora "ricevibile".

In seguito alla riforma del 2014, un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo deve ora essere "completato" entro sei mesi dalla data dell'ultima sentenza emessa dal più alto tribunale nazionale. Pertanto, il documento che interrompe il decorso del termine non è più la «richiesta iniziale», ma il «modulo correttamente e completamente compilato».

Al fine di superare il vaglio di ricevibilità del ricorso, diventa di fondamentale importanza che siano rispettati i criteri di redazione e di allegazione indicati dalla Corte stessa.

Dal 1° gennaio 2016, sono entrate in vigore altre modifiche della procedura di introduzione del ricorso, che riguardano essenzialmente le domande presentate da persone giuridiche e quelle presentate dai ricorrenti, rappresentati da un avvocato fin dall'inizio del procedimento. Tali ulteriori modifiche, pur di ridotta rilevanza, hanno determinato l'introduzione di un nuovo formulario di ricorso, il cui utilizzo è indispensabile a partire dal 1° gennaio 2016.

3. Le condizioni per la corretta redazione del ricorso

Le condizioni da rispettare al fine di compilare in maniera corretta il formulario di ricorso sono contenute - oltre che nell'art. 47 del Regolamento - nelle istruzioni pratiche relative all'introduzione al ricorso, disponibili in allegato al Regolamento oltre che sul sito *internet* della Corte⁴.

In esse è espressamente richiesto di compilare tutte le rubriche del formulario senza alcuna eccezione, di utilizzare uno stile chiaro, conciso e preciso nell'esposizione, di fornire le informazioni essenziali relative al caso oggetto di ricorso, indicando fatti e decisioni pertinenti, nonché quelle relative alla modalità di violazione dei diritti del ricorrente.

È decisivo che i fatti e le doglianze siano inseriti ed esposti in modo completo ed esauriente nello

spazio previsto all'interno del formulario di ricorso, affinché la Corte possa stabilire natura e oggetto del ricorso senza doversi riferire ad altri documenti. Tali informazioni sono fondamentali per un'analisi efficace e rapida dello stesso e devono essere contenute nelle pagine corrispondenti del formulario di ricorso, e non su documenti allegati.

È richiesto espressamente che i fatti, le doglianze e le informazioni relative al rispetto dei criteri di ricevibilità siano esposti in maniera chiara, concisa e leggibile.

È, inoltre, fatto divieto di menzionare circostanze irrilevanti e/o questioni secondarie, o di inserire lunghe citazioni. È sempre possibile rinviare a documenti allegati, ma evitando di ricorrere a mere formule di stile del tipo: «vedasi documento allegato».

Il ricorrente è obbligato a rispettare il numero di pagine del formulario; peraltro, se necessario, è previsto che possa allegare al formulario di ricorso un documento separato, di un totale di venti pagine al massimo, nel quale inserire informazioni o spiegazioni supplementari.

Tuttavia, in queste pagine suppletive non possono essere indicate ulteriori doglianze rispetto a quelle contenute nel formulario del ricorso, né esse possono essere utilizzate in prosecuzione dell'esposizione dei fatti o delle doglianze iniziata e non completata nel formulario di ricorso.

Tale memoria supplementare completa un'esposizione concisa dei fatti, delle doglianze e delle informazioni relative al rispetto dei criteri di ricevibilità, la quale deve comunque essere contenuta in modo esaustivo nelle rubriche pertinenti del formulario di ricorso.

4. Le conseguenze della scorretta o incompleta redazione del ricorso

Come prima accennato, il mancato utilizzo del nuovo formulario per i ricorsi introdotti dopo il 1° gennaio 2016, così come il mancato rispetto dei requisiti formali del ricorso come descritti nella *rule* 47 del Regolamento della Corte, comportano il mancato esame nel merito del ricorso, ossia il rigetto della domanda in via amministrativa.

In buona sostanza, il ricorso è dichiarato irricevibile dalla Cancelleria della Corte e distrutto senza che arrivi mai al vaglio di una delle formazioni giudiziarie (giudice unico o camera). In altre parole, agendo su indicazioni fornite dall'assemblea plenaria della Corte, la Cancelleria può non sottoporre il formulario incompleto all'attenzione dei giudici.

4. www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/ita&c.

In questo caso, la Cancelleria invia una lettera all'avvocato procuratore con la quale si comunica che il ricorso non sarà sottoposto all'esame della Corte, con l'indicazione degli elementi mancanti e/o scorretti presenti nel formulario. L'assemblea plenaria dei giudici della Corte Edu ha stabilito eccezioni a questa regola - la cd. "chiusura amministrativa dei ricorsi" - per i ricorsi nei quali siano lamentate violazioni gravi di diritti umani, quali sono i diritti tutelati dagli artt. 2, 3, 4 e 8 Cedu: in tali circostanze, si presume che il ricorrente possa trovarsi nell'impossibilità materiale di inviare tempestivamente il formulario completo, con la documentazione integrale allegata. Il fascicolo, in questi casi, non sarà chiuso amministrativamente e quindi distrutto dalla Cancelleria, la quale attenderà l'invio anche successivo della documentazione o del formulario completo da parte del ricorrente al fine di inoltrarlo a una formazione giudiziaria. Nondimeno, sarà comunque necessario giustificare in maniera adeguata e sufficiente l'omissione o l'eventuale mancato rispetto del termine dei sei mesi per l'invio di documenti o di elementi ritenuti rilevanti dalla Corte ovvero dalla Cancelleria, che agisce su istruzione della Corte (in tal senso si è espressa la Corte in due decisioni di inammissibilità, pronunciate nel settembre 2014 contro la Russia).

Tuttavia, poiché il ricorso che interrompe il termine semestrale non è più la «richiesta iniziale» (come avveniva con la precedente formulazione dell'art. 47 del Regolamento), ma il «modulo correttamente e completamente compilato», i ricorsi introdotti nell'imminenza dello scadere del termine che non siano completi o manchino di documenti rilevanti non potranno essere ripresentati corretti e completi, e saranno dichiarati irricevibili per violazione del termine semestrale.

5. Riflessioni

Si sono levate molte voci contrarie alle modifiche dell'art. 47 del Regolamento, entrate in vigore il 1° gennaio 2014, ritenendo che, nella pratica, l'inasprimento delle condizioni di ricevibilità dei ricorsi e l'aumento di formalismo giuridico nella redazione degli stessi finiscono per ridurre la tutela concreta ed effettiva dei diritti umani, in quanto molti avvocati e ricorrenti potrebbero «cadere in questa trappola».

L'accesso alla Corte europea dei diritti dell'uomo non è ora, con certezza, un "diritto umano"!»⁵.

L'uso di un formulario nel quale – seppur sia prevista un'eventuale memoria suppletiva di venti pagine –, in due sole pagine, devono comunque essere esposte in modo esaustivo tutte le ragioni di fatto e di diritto a fondamento del ricorso, è stato visto come una limitazione del diritto di difesa, essendo molto spesso difficile, in casi complessi, limitare le argomentazioni entro spazi così angusti.

Numerose critiche da parte degli avvocati aveva sollevato anche la decisione iniziale della Corte di non motivare questo tipo di rigetto "amministrativo", se non attraverso una lapidaria menzione del mancato rispetto delle condizioni di cui all'art. 47 del Regolamento della Corte.

Tale prassi aveva dato l'impressione di arbitrarietà, poiché l'assenza di informazioni sui motivi del rigetto rende difficile ripresentare il ricorso in termini corretti prima della scadenza del termine. Inoltre, la possibilità di risposte sintetiche e lapidarie che facessero riferimento alla "inammissibilità per motivi procedurali" induceva i ricorrenti a ritenere la scarsa professionalità dei propri difensori⁶.

A partire dalla fine del 2014, fortunatamente, la lettera di chiusura amministrativa del ricorso è stata, invece, opportunamente integrata dall'indicazione delle omissioni contenute nel formulario, in modo che l'avvocato possa colmarle e riproporre correttamente il ricorso - sempre che non sia spirato il termine dei sei mesi.

Occorre, peraltro, tener conto del fatto che la Corte Edu è sopraffatta da un numero impressionante di ricorsi da parte di persone che affermano di essere vittime di una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Al 1° gennaio 2013, il numero di cause pendenti dinanzi alla Corte era pari a 128.100. Benché, nei tre anni precedenti alle modifiche apportate all'art. 47 del Regolamento, quel numero si fosse ridotto quasi del 50%, esso continuava a essere ingente e a mettere a repentaglio l'effettività del diritto di ricorso sancito dalla Convenzione.

La grande maggioranza dei ricorsi (per esempio, nel 2013, il 92% delle cause giudicate) era stata rigettata dalla Corte in quanto irricevibile. Il relativo accertamento era effettuato da giudici, comportando uno spreco di energie e risorse che poteva compromettere l'esame di cause di maggiore interesse, meri-

5. Si veda il commento esplicativo disponibile sul sito online dello Studio legale W. Woll (Parigi): *Nouvelle procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme* (<http://woll-avocat.fr/nouvelle-procedure-cour-europeenne-droits-homme/> - 9 luglio 2014).

6. Si veda il commento esplicativo disponibile sul sito online dello Studio legale C. Meyer & C. Nouzha (Strasburgo): *Durcissement des conditions pour saisir la Cour européenne des droits de l'homme* (www.meyer-nouzha-avocats.com/actualites-de-la-cedh/conditions-pour-saisir-la-cedh-plus-strictes/).

tevoli di considerazione anche perché soddisfacevano i requisiti di ricevibilità o riguardavano gravi accuse di violazioni dei diritti umani.

Successivamente all'entrata in vigore della riforma, si è verificato come un numero elevatissimo di ricorsi non superi neanche il vaglio preliminare di ricevibilità, e come essi siano quindi cancellati in applicazione del più volte citato art. 47, determinando lo snellimento del lavoro della Cancelleria (che può quindi dedicarsi a fascicoli giacenti da anni) e l'aumento del numero dei casi definiti da decisioni emesse dalle formazioni giudiziarie della Corte.

Infatti, nel corso degli ultimi anni, a Strasburgo diminuiscono i casi pendenti: 56.250 nel 2017 a fronte dei 79.750 nel 2016, che vuol dire un calo del 29%. «Una diminuzione», scrive il presidente della Corte Edu Guido Raimondi, nella relazione annuale presentata il 25 gennaio⁷, «dovuta all'elevato numero di ricorsi dichiarati inammissibili», con il contestuale aumento dei ricorsi attribuiti a una formazione giudiziaria della Corte.

Nel 2017, i ricorsi attribuiti a una formazione giudiziaria sono stati 63.350, ossia più del 19% rispetto ai 53.400 del 2016. Ben 70.356 ricorsi sono stati dichiarati inammissibili o radiati dal ruolo rispetto ai 36.579 dell'anno precedente. Si è registrato un netto balzo in avanti delle sentenze pronunciate nel 2017: la Corte ha deciso su 15.595 casi a fronte dei 1.927 nel 2016 (un aumento del 709%!). Tenendo conto che i casi sono stati riuniti o cancellati dal ruolo, le sentenze sono state 1.086 (+8%).

Nel 2017, i ricorsi definiti dal punto di vista amministrativo sono stati 22.650 a fronte dei 20.950 del 2016, con un incremento dell'8%.

Grazie all'elevato numero di decisioni prese negli ultimi sei mesi, la Corte è riuscita a diminuire il carico di lavoro: era partita con 79.750 casi nei primi mesi del 2017, poi saliti a 93.200 in giugno, per scendere, alla fine dell'anno, a 56.520. Il che rappresenta comunque una notevole mole di lavoro per una Corte complessivamente composta da soli 47 giudici!

In ultima analisi, l'applicazione dei criteri previsti dall'art. 47 ha ridotto il numero delle registrazioni di fascicoli non ricevibili e semplificato notevolmente il lavoro della Cancelleria al fine di garantire una tutela reale ed effettiva dei diritti umani⁸.

D'altronde, il rispetto di questi requisiti può risultare problematico o difficilmente accettabile, soprattutto in un contesto giuridico con tradizione retorica e romanista come il nostro, fondato sulla presunta maggiore idoneità alla persuasione del giudice attra-

verso un'argomentazione ridondante, abbondante o ripetuta.

Bisogna, tuttavia, fare i conti con le modifiche introdotte e tener conto del fatto che la Corte va adita immediatamente dopo la decisione interna definitiva per non incorrere nello spirare del termine dei sei mesi. La presentazione di un ricorso in una data prossima alla scadenza del termine dei sei mesi può, infatti, rendere impossibile "sanare" eventuali mancanze e presentare un nuovo ricorso completo dopo il primo rigetto amministrativo, considerando anche che il termine di sei mesi sarà ridotto a quattro mesi con l'entrata in vigore del Protocollo n. 15 alla Cedu.

In questo senso, la Corte ha potenziato i propri apparati comunicativi, ampliando la gamma di materiale informativo in tutte le lingue ufficiali degli Stati parte della Convenzione. Il materiale comprende anche una lista di controllo interattiva e video che spiegano le condizioni di ricevibilità e le corrette modalità di compilazione del formulario di ricorso.

Tali documenti, così come le avvertenze per compilare il ricorso, sono tradotti in tutte le lingue.

D'altro lato, lo sforzo al quale sono chiamati gli operatori del diritto, in particolare gli avvocati, è con ogni evidenza teso a rendere la difesa di diritti fondamentali, quali sono i diritti sanciti nella Convenzione europea, una difesa effettiva, eliminando le difese sovrabbondanti, non giustificate né proporzionate alla complessità o all'importanza giuridica della questione veicolata.

La semplificazione dell'esposizione non significa rendere meno incisivo il ragionamento giuridico; essa porta, anzi, al rafforzamento dei punti centrali dell'argomentazione e a facilitare una chiara e immediata individuazione degli elementi di fatto e di diritto necessari per la comprensione della domanda.

I principi di chiarezza, sinteticità espositiva e, quindi, di autosufficienza del ricorso sono oggi principi di civiltà giuridica, riconosciuti finalmente anche in ambito nazionale nella redazione dei ricorsi innanzi alla Corte di cassazione, sia in materia civile che, più di recente, in materia penale, nonché nella giustizia amministrativa, in quanto ritenuti strumenti necessari per arginare la crisi di funzionalità del processo civile e penale, soprattutto di quello di legittimità, e di garantire effettività al diritto di difesa costituzionalmente e convenzionalmente garantito.

In ultima analisi, anche l'uso di formulari, che possono apparire limitativi del diritto di difesa, può quindi consentire di coniugare efficienza ed efficacia,

7. www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2017_ENG.pdf.

8. Paolo Cancemi, cancelliere presso la Corte Edu, intervento presso l'Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza: «Il diritto penale europeo. Le tensioni del presente e le aspettative per il futuro», 5 e 6 dicembre 2014.

dando la necessaria enfasi alle ragioni della difesa, che vengono concentrate in pochi elementi chiari e sintetici.

Tutto ciò per fare in modo che la difesa sia più efficace e, soprattutto, che a Strasburgo arrivino ricorsi

e fascicoli completi per ridurre i tempi di esame e di decisione degli stessi, affinché ogni cittadino europeo che si ritenga leso nei suoi diritti fondamentali possa vedersi riconosciuta “giustizia” dalla Corte Edu in tempi equi e ragionevoli.

Tecniche redazionali dei provvedimenti della Corte

di *Francesco Buffa*

Vengono qui esaminati i provvedimenti della Corte europea dei diritti dell'uomo e le relative tecniche redazionali. Ci si sofferma, in particolare, sul tipo di motivazione resa pubblicamente dalla Corte, distinguendosi tra provvedimenti con motivazione - a seconda dei casi - occulta, sintetica, standardizzata o uniforme.

1. La motivazione occulta

Con l'entrata in vigore del Protocollo n. 14, la decisione di irricevibilità - già di competenza di tre giudici - è stata attribuita a un giudice monocratico, il *single judge*, con una semplificazione non solo sul piano organizzativo, ma anche su quello funzionale, in quanto la decisione del giudice monocratico segue un modello redazionale più snello e sintetico.

Nei casi di irricevibilità, il *Registry* della Corte preparava (come prepara ancora oggi) una nota - in una delle due lingue ufficiali della Corte, ossia l'inglese o il francese - per il giudice unico, nel quale venivano descritti sinteticamente i fatti, i motivi del ricorso alla Corte e, infine, le ragioni della decisione proposta nello stesso atto.

La nota era, però, destinata solo al giudice e restava un atto interno; non era conosciuta nemmeno dalle parti del processo, non dal governo (cui il ricorso non era comunicato, atteso il suo esito immediato) né dalla parte ricorrente, che riceveva dalla Cancelleria solo una lettera che la informava dell'irricevibilità della domanda, senza alcuna indicazione dei motivi del rigetto.

La motivazione della decisione di irricevibilità, decisione che riguarda statisticamente quasi il 98% dei ricorsi sottoposti alla Corte, non solo non veniva partecipata alle parti, ma non costituiva neppure *case-law* pubblicato in HUDOC o suscettibile di essere citato in altre pronunce (anche per tale profilo, la situazione risulta oggi immutata).

Ciò assume particolare rilievo (in negativo) non solo per le decisioni che definiscono questioni procedurali (la tempestività della domanda, la legittimazione attiva o passiva ad agire, l'interesse ad agire, l'esaurimento corretto dei ricorsi interno, etc.), ma anche e soprattutto per le decisioni che definiscono una domanda manifestamente infondata; la conoscenza della motivazione di tali decisioni, infatti, ben potrebbe dare utili indicazioni per il merito di controversie analoghe.

Il ricorrente riceveva (come tuttora riceve) una lettera della Cancelleria, che precisa che la Corte Edu, in persona del giudice unico, ha dichiarato irricevibile il ricorso, non avendo la Corte ritenute soddisfatte le condizioni fissate dalla Convenzione. In particolare, tenuto conto dell'insieme degli elementi di cui dispone e nell'ambito della sua competenza a conoscere delle circostanze esposte, la Corte non ha rilevato nessuna apparenza di violazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli.

La lettera informa altresì il ricorrente che la decisione della Corte è definitiva e non può essere oggetto di ricorsi davanti alla Corte, compresa la Grande Camera, o ad altri organi. La lettera precisa pure che la Cancelleria della Corte non sarà in grado di fornire altre precisazioni sulla deliberazione assunta e nemmeno di rispondere alle eventuali lettere riguardo alla decisione resa nel ricorso, che la parte non riceverà ulteriori documenti dalla Corte in relazione alla decisione assunta e che, conformemente alle direttive della Corte, il fascicolo in questione verrà distrutto entro un anno dalla data della decisione.

2. La motivazione sintetica

Al fine di velocizzare ulteriormente la procedura e definire il maggior numero di ricorsi, è stata quindi introdotta la politica del *one in - one out*, ossia della tendenziale definizione, in un dato periodo di riferimento, del numero di ricorsi pervenuti nel medesimo arco temporale, in modo da evitare il formarsi stesso dell'arretrato (all'epoca già pesante per la Corte).

Per rendere possibile in concreto tale *policy*, si è inciso sulla lunghezza della nota per il giudice unico: la nota all'origine aveva lunghezza contenuta, non superiore alle tre pagine, ma presto la Corte, allo scopo di velocizzare la procedura, ha ritenuto opportuno ridurre la lunghezza delle note di *single judge* e, per altro verso, differenziare i casi secondo l'importanza delle questioni sollevate e del tipo di valutazione fatta dal giudice unico.

Si è, così, fissata espressamente – nelle istruzioni redazionali dettate per il *drafting lawyer* e, ciò che assicura il rispetto della previsione in ogni caso, nel sistema informatico CMIS – una limitazione del numero di battute per ciascuna nota: di regola, fino a 920 caratteri; solo nei casi più complessi, fino a 6.000 caratteri¹.

Si riporta il dato quantitativo proprio al fine di segnalare che la nozione di *sintesi* recepita a livello europeo è ben diversa da quella in uso nelle corti nazionali, anche ove vi siano stati provvedimenti che dispongano forme semplificate di redazione delle sentenze. La sintesi non è un criterio tendenziale puramente qualitativo e logico, ma implica necessariamente – oltre a quanto detto – anche l'essenziale rispetto di un limite quantitativo massimo.

Il principio appare di importanza fondamentale con riferimento alla motivazione della sentenza, la cui redazione costituisce, come noto, il “collo di bottiglia” che determina la scarsa velocità della risposta giudiziaria alla domanda di giustizia dei cittadini.

Va, peraltro, sottolineato come la detta limitazione quantitativa della nota trovi corrispondenza nella limitazione, del pari puramente quantitativa, prevista per la redazione del ricorso alla Corte, ove sono fissati alcuni campi nel formulario con limitata estensione non superabile, pena il rigetto amministrativo del ricorso².

I diversi motivi di irricevibilità possono incidere sulla lunghezza del processo motivazionale.

Così, ad esempio, per dichiarare un ricorso irricevibile perché tardivo, non occorre spendere troppe parole: né per riassumere gli aspetti sostanziali e processuali del caso, né l'evoluzione del processo a livello interno, né infine i motivi di ricorso e l'indicazione delle ragioni asserite di violazione delle norme della convenzione; è sufficiente indicare, in poche parole e in termini assertivi, che il ricorso è tardivo, precisando *dies a quo* e *ad quem* del termine.

Lo stesso vale per altri motivi di irricevibilità.

Solo ove il giudizio della Corte effettui il cd. *proportionality test*, ossia vada a verificare se l'ingerenza statutale nel godimento individuale del diritto fondamentale protetto sia “necessaria in una società democratica”, ossia giustificata e ragionevole, allora il discorso giuridico può richiedere una dissertazione più lunga, ma ciò sempre nell'ambito del criterio generale redazionale del tipo di provvedimento, che prescrive la sintesi estrema.

3. La motivazione standardizzata

Fino alla metà del 2017, alla parte perveniva – come detto – solo la lettera della Cancelleria, che la informava del rigetto della domanda senza alcuna indicazione dei motivi del rigetto.

A seguito della Conferenza di Bruxelles, si è ritenuto opportuno aumentare la trasparenza del processo decisionale di irricevibilità e, nell'aprile 2017, sono state approvate delle «*listes des textes standards pour les motifs d'irrecevabilité*» – «*List of standard texts for grounds of inadmissibility*».

Il sistema prevede oggi decisioni con una motivazione standardizzata, che esplicita il motivo di irricevibilità ravvisato dal giudice unico.

Il nuovo sistema assicura dunque una trasparenza delle decisioni di irricevibilità, rendendo l'esito procedurale più controllabile e assicurando ai ricorrenti e ai loro legali quella consapevolezza che in passato mancava.

Così, ad esempio, nel caso di ricorso «*manifestement mal fondé[e]*», il provvedimento partecipato al ricorrente indicherà che «*La Cour juge à la lumière de l'ensemble des éléments en sa possession que les faits dénoncés ne révèlent aucune apparence*

1. Per un approfondimento di questi aspetti, rimando al mio *Il ricorso alla CEDU ed il filtro*, Key, Vicalvi (FR), 2017.

2. In materia, si richiama la *Guida alla ricevibilità*, reperibile sul sito della Corte Edu. Si richiama, per altro verso, il protocollo tra la Cassazione ed il Consiglio nazionale forense sui criteri di redazione degli atti; sul tema, vds. D. Cerri, *La scrittura degli atti processuali e il Protocollo d'intesa C.N.F. / Cassazione sulla redazione dei ricorsi*, in *Questione Giustizia online* del 5/02/2016 (www.questionegiustizia.it/articolo/la-scrittura-degli-atti-processuali-e-il-protocollo-d-intesa-c_n_f_cassazione-sulla-redazione-dei-ricorsi_05-02-2016.php).

de violation des droits et libertés énumérés dans la Convention ou ses Protocoles. Il s'ensuit que ces allégations sont manifestement mal fondées au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention»; ovvero, nel testo inglese: «The Court finds, in the light of all the material in its possession, that the matters complained of do not disclose any appearance of a violation of the rights and freedoms set out in the Convention or the Protocols thereto. Accordingly, these complaints are manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a)».

Nel caso della cd. «quarta istanza», il ricorrente riceverà un provvedimento che statuisce che *«La Cour juge que, dans la mesure où la partie requérante dénonce l'appréciation des éléments de preuve et l'interprétation du droit par les juridictions internes et conteste l'issue de la procédure, l'application relève d'une "quatrième instance". La partie requérante a été en mesure de présenter ses arguments devant les tribunaux, qui y ont répondu par des décisions qui n'apparaissent ni arbitraires ni manifestement déraisonnables, et rien ne permet de dire que la procédure fût inéquitable pour une autre raison. Il s'ensuit que ces allégations sont manifestement mal fondées au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention»; ovvero, nel testo inglese: «The Court finds that, in so far as the applicant complains of the domestic courts' assessment of the evidence and interpretation of the law and challenges the outcome of the proceedings, the application is of a "fourth-instance" nature. The applicant was able to make submissions before the courts, which answered those submissions in decisions that do not appear arbitrary or manifestly unreasonable, and there is nothing to suggest that the proceedings were otherwise unfair. Accordingly, these complaints are manifestly illfounded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention».*

Solo in casi eccezionali, la decisione da inviarsi può recare indicazioni aggiuntive, rese necessarie dal tipo di controversia e dai motivi del rigetto. Si tratta, peraltro, di opzione assai rara nella prassi, che richiede una serie di deroghe anche di natura informatica alla procedura.

La decisione del *single judge* rimane comunque conoscibile – nei limiti suddetti – dal solo ricorrente e non è inserita nella banca dati della giurisprudenza, non costituendo *case-law* richiamabile in futuro.

Le decisioni con motivazione standardizzata sono inviate al ricorrente in una delle lingue ufficiali, inglese o francese, e sono accompagnate da una lettera nella lingua del ricorrente – a firma della Cancelleria – che indica che il caso è stato dichiarato inammissibile con le solite informazioni amministrative.

4. La motivazione uniforme

La decisione sul ricorso redatta da altre formazioni giudiziarie, ossia dal comitato, dalla camera o dalla Grande Camera, sono invece sempre comunicate alle parti, sia al ricorrente, sia al governo del Paese convenuto (il quale, in precedenza, ha già avuto notizia del procedimento all'esito di apposita comunicazione e ha potuto presentare le sue osservazioni).

Tale decisione può avere qualsiasi contenuto, potendo essere una decisione in senso tecnico, che dichiara l'irricevibilità della domanda, ovvero un giudizio sul merito della controversia: entrambi i provvedimenti sono resi noti alle parti e sono pubblicati nella banca dati HUDOC, costituendo *case law*.

Sul piano della tecnica redazionale, la Corte ha fissato criteri redazionali analitici per tali provvedimenti.

In particolare, va rilevato che la Corte usa in primo luogo modelli di documento base, i cd. *template*.

I provvedimenti sono redatti automaticamente per ciò che riguarda i dati formali del processo e la sua evoluzione (cd. "dati esterni"), attraverso il collegamento con il programma CMIS; tali dati sono inseriti in una struttura predeterminata, secondo un modello che reca alcuni elementi necessariamente presenti (cd. "fissi") e altri campi a contenuto aperto.

La redazione si avvale di un manuale di istruzioni, la *«User guide on style sheets for decisions and judgments»*, nonché dei testi *«English style manual»* e *«French style manual»*, a seconda della lingua utilizzata dal *drafting lawyer*, e deve seguire le regole per la citazione dei precedenti di giurisprudenza e le regole per evitare gli errori più frequenti (*«common drafting confusions»*).

Nel manuale per la redazione si dettano istruzioni analitiche, che specificano le regole relative non solo al carattere di scrittura e alla formattazione del documento, alla intestazione del documento e dei paragrafi, ma anche alla strutturazione del provvedimento, con la previsione dei cd. *headers* della sentenza.

Da un'analisi delle sentenze si evince una costante distinzione del provvedimento nelle parti di seguito riportate:

- *«Procedure»*;
- *«The facts/The circumstances of the case»*;
- *«The law»* (con distinzione in *«relevant domestic law and practice»* e *«international materials concerning the protection of human rights»*);
- il *singolo motivo di ricorso* (allegata violazione

- dell'art. "..." Cedu o dei suoi protocolli addizionali);
- la *ricevibilità* («A. *Admissibility* 1. *The parties' submissions* 2. *The Court assessment*»);
 - il *merito* («B. *Merits* 1. *The parties' submissions* 2. *The Court assessment*»);
 - il *risarcimento del danno* (applicazione

- dell'art. 41 Cedu - «A. Danni B. Costi e spese C. Interessi»);
- il *dispositivo*.

Di conseguenza, la Corte Edu si esprime attraverso modalità del tutto omogenee³.

3. Tale uniformità, del tutto sconosciuta agli uffici giudiziari nazionali, sembra esser stato un obiettivo perseguito, negli ultimi anni, nella Corte di cassazione italiana, essendosi uniformato il carattere tipografico delle sentenze nella forma del testo e nel carattere di scrittura - «Verdana 12» - (non ancora, invece, la struttura della sentenza e dell'argomentare). Si veda, in proposito, il provvedimento del primo presidente del 16 dicembre 2015, che ha dettato criteri formali per la redazione dei provvedimenti delle sezioni civili (unite e semplici) e, sulle sentenze con motivazione semplificata, il provvedimento n. 27 del 2011.

Efficacia della *dissenting opinion*

di *Paulo Pinto de Albuquerque* e *Daniela Cardamone*

La Convenzione è uno strumento vivente che si adatta ai cambiamenti della società. Il suo diritto, in continua evoluzione, si costruisce poco a poco, nel dialogo tra giudici e tra questi ultimi e le parti. La visibilità di questo procedimento deliberativo, mediante la pubblicazione delle opinioni separate dei giudici, contribuisce non solo alla migliore comprensione della decisione, ma anche allo sviluppo della giurisprudenza e alla trasparenza della Corte.

1. L'opinione separata nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: un'analisi quantitativa

Le opinioni separate, sia concorrenti che dissenzienti, sono sempre state una caratteristica delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, sin dai suoi esordi. L'art. 45 della Convenzione richiede che le sentenze e le decisioni della Corte siano motivate. La motivazione è la principale fonte di autorevolezza e di legittimazione dei provvedimenti di natura giurisdizionale. Ciò vale, ancora di più, per la Corte di Strasburgo, il cui mandato scaturisce dal consenso degli Stati, che è una fonte di legittimazione derivata, del tutto diversa rispetto a quella delle autorità giudiziarie interne.

Qualora la sentenza non esprima in tutto o in parte l'opinione unanime dei giudici, l'art. 45 citato prevede che ogni giudice ha diritto di allegarvi l'esposizione della sua opinione separata. L'art. 74, par. 2, del Regolamento di procedura prevede poi che «i giudici (...) hanno il diritto di allegare alla sentenza l'esposizione della loro opinione separata, concordante o dissenziente, o una semplice dichiarazione di dissenso».

Il numero di studi dettagliati sulle opinioni separate allegate alle sentenze della Corte di Strasburgo è scarso, nonostante la loro consistente presenza e il carattere variegato che possono assumere¹. Le due principali tipologie di opinioni sono quelle *dissenzienti*, nelle quali il disaccordo è sull'esito della decisione, e quelle *concorrenti*, nelle quali, invece, vi è accordo sul risultato, ma non sul modo in cui questo è stato raggiunto dalla maggioranza. Vi sono, poi, opinioni *parzialmente dissenzienti* o *parzialmente concorrenti*, dove tale divergenza di convincimento riguarda solo alcuni motivi di ricorso. In altri casi, vi sono opinioni dissenzienti e/o concorrenti o parzialmente dissenzienti e/o parzialmente concorrenti comuni a più giudici. Infine, può esistere un'opinione in parte concorrente e in parte dissenziente comune a più giudici o una semplice *dichiarazione di dissenso*.

A parte il numero delle diverse tipologie di opinioni separate, ciò che sorprende è la frequenza con cui esse sono presenti all'interno delle sentenze. Ad esempio, dall'inizio dell'attività della Corte al 1998, vi sono state ben 908 opinioni separate nelle sentenze di merito, di cui ben 413 dissenzienti, 204 concorrenti e 170 parzialmente dissenzienti². Successivamente,

1. Per uno studio qualitativo, oltre che quantitativo, delle opinioni separate nelle sentenze della Corte Edu, basato sulle diverse provenienze dei giudici e sulle loro esperienze professionali pregresse, si veda, ad esempio: F.J. Bruinsma, *The Room at the Top: Separate Opinions in the Grand Chambers of the ECHR (1998-2006)*, 2008, disponibile sulla piattaforma digitale *Ancilla Iuris* (www.anci.ch/articles/ancilla2008_32_bruinsma.pdf).

2. Per maggiori dettagli su tale studio, si veda F. Rivière e F. Sudre, *Les opinions séparées des Juges à la Cour Européenne des Droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004. La ricerca non indica il numero di sentenze nelle quali sono state riportate queste opinioni separate.

uno studio condotto sulle sentenze emesse dal 1999 al 2004, che rappresentano i primi sei anni di funzionamento della Corte permanente istituita con il Protocollo n. 11, ha rilevato che il numero delle pronunce non unanimesi è stato pressoché costante, oscillando dal 69,5 % nel 1999 all' 85,5 % nel 2001³. Un'analisi condotta sulle sole sentenze della Grande Camera, emesse dal 1 gennaio 1999 al 31 dicembre 2007, ha consentito di evidenziare che, di 166 sentenze, solo 24 erano state decise all'unanimità (ossia il 14,5 %). Il divario si assottiglia a seguito di un esame più approfondito, in quanto emerge che la Corte è stata sostanzialmente unanime sulle questioni essenziali nel 42 % dei casi⁴.

Quindi, almeno fino al 2007, si può dire che, approssimativamente, solo il 25 % delle sentenze della Corte Edu sono frutto di un giudizio espresso all'unanimità, mentre il resto delle pronunce contiene almeno un'opinione dissenziente (percentuale stimata nel 15 %) o concorrente (approssimativamente, in misura del 60 %)⁵.

Le proporzioni appaiono mutate nel periodo successivo. Dai dati estratti dal *database* della Corte (HUDOC) emerge che, dal 1° gennaio 2008 al 30 giugno 2018, delle 9841 sentenze di camera e di Grande Camera, solo 1596 pronunce recano opinioni separate (173 di Grande Camera e 1423 di camera), pari a una percentuale del 16,22 %, mentre ben 8245 sentenze (pari all'83,78 %) non recano tali opinioni.

Ci si domanda, allora, quali siano i motivi di questa rilevante inversione di tendenza nella manifestazione del dissenso nell'ambito delle pronunce della Corte Edu.

Da uno studio contenutistico delle opinioni separate, apprendiamo che esiste un diverso approccio tra i "pratici" – cioè i giudici che hanno svolto in precedenza attività forense – e gli "accademici" – cioè coloro che, invece, provengono dal mondo delle università. Mentre i primi mostrerebbero una maggiore tendenza ad accettare l'opinione della maggioranza in

nome della collegialità, i giudici che hanno svolto attività accademica, quali ricercatori o docenti universitari, hanno una propensione più spiccata a formulare opinioni separate⁶.

Per comprendere i motivi della progressiva riduzione della presenza di queste ultime nelle sentenze della Corte Edu si dovrà guardare, piuttosto, al complesso sistema di riforme della Convenzione e della Corte che è stato intrapreso negli ultimi anni per far fronte al massiccio numero di ricorsi e al conseguente ritardo nella loro trattazione. Tale sistema è stato inaugurato con il Protocollo n. 14 ed è proseguito con le Conferenze intergovernative tenutesi a Interlaken nel 2010, a Izmir nel 2011 e a Brighton nel 2012, alle quali sono seguite le Conferenze di Bruxelles del 2015 e, da ultimo, di Copenaghen del 2018.

Come evidenziato recentemente da alcuni studiosi, il processo di riforma della Corte Edu – specie quello sancito dalla Conferenza di Brighton del 2012 – ha inciso profondamente sull'attività della Corte e ha avuto come effetto una limitazione del suo spazio d'intervento, con l'introduzione dei principi di sussidiarietà e del margine di apprezzamento nel preambolo della Convenzione. Dopo la sentenza *Hirst*⁷ del 2005, la Gran Bretagna era stata molto critica nei confronti della Corte di Strasburgo, arrivando a minacciare di abbandonare la sua giurisdizione. Il Governo inglese avrebbe, quindi, utilizzato la sua presidenza del Consiglio d'Europa per proporre riforme istituzionali finalizzate a restringere lo spazio di azione della Corte⁸.

Un recente lavoro di ricerca, in particolare, tenta di comprendere quale impatto abbia avuto questo mutato quadro politico sulle pronunce della Corte Edu, analizzando una serie di dati estrapolati dalle sentenze fino al giugno 2016⁹.

In primo luogo, emerge che la percentuale di sentenze nelle quali si va oltre la semplice applicazione della giurisprudenza esistente e la Corte Edu ha trovato almeno una violazione, negli ultimi anni, è calata

3. Si tratta del progetto di ricerca dell'*Art and Humanities Research Council*, sul quale si veda R.C.A. White e I. Boussiakou, *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, *Human rights law Review*, n. 9/2009, pp. 37-61.

4. R.C.A. White e I. Boussiakou, *op. ult. cit.*, p. 50.

5. Queste le conclusioni, *Ibid.* p. 53.

6. In tal senso, si veda F.J. Bruinsma, *The Room at the Top*, *op. cit.*

7. *Hirst c. Regno Unito* (n. 2) [GC], ric. n. 74025/01, 6 ottobre 2005, nella quale la Corte di Strasburgo ha affermato che il divieto di esercizio del diritto di voto da parte dei detenuti è contrario alla Cedu.

8. In tal senso si vedano: M.R. Madsen, *Rebalancing European Human Rights: has the Brighton Declaration engendered a new deal on Human Rights in Europe?*, in *Journal of international dispute settlement*, vol. 9, n. 2/2018, pp. 199-222; P. Popelier - S. Lambrecht - K. Lemmens (a cura di), *Criticism of the European Court of Human Rights*, Intersentia, Cambridge (UK), 2016.

9. Il riferimento è al recente lavoro di ricerca di O. Stiansen e E. Voeten, *Backlash and Judicial Restraint: evidence from the European Court of Human Rights*, 17 agosto 2018, disponibile sull'archivio SSRN (<https://ssrn.com/abstract=3166110>) o al seguente link: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3166110>.

di almeno quindici punti percentuali. Per comprendere le ragioni di questo fenomeno, la ricerca prende in considerazione alcuni dati tratti dalle opinioni separate dei giudici, analizzando quelle “pro-governo”, in cui si afferma che la maggioranza ha trovato una violazione dove non avrebbe dovuto, e quelle “pro-ricorrente”, in cui si afferma che la maggioranza ha sbagliato nel non sancire una violazione laddove avrebbe dovuto.

Ebbene, tale analisi fa notare che l’atteggiamento critico di alcuni Stati nei confronti della Corte Edu ha avuto ripercussioni sulla procedura di nomina dei giudici, la quale, com’è noto, prevede che l’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa elegga il giudice nell’ambito di una terna di nomi proposta dal governo dello Stato membro.

In particolare, i dati statistici raccolti dimostrerebbero che, mentre tra la fine degli anni Novanta e i primi anni Duemila, i governi delle nuove democrazie, specie di quelle candidate per l’ingresso nell’Unione europea, avevano nominato in prevalenza giudici chiaramente indicati quali attivisti dei diritti umani – per dimostrare il loro impegno nella tutela dei diritti fondamentali –, dal 2005 in poi vi sarebbe stata un’inversione di tendenza¹⁰. Infatti, i governi avrebbero iniziato a nominare giudici più propensi a concedere agli Stati un più ampio margine di apprezzamento piuttosto che giudici favorevoli a una maggiore espansione della tutela dei diritti fondamentali.

Il lavoro di ricerca osserva, quindi, che il procedimento di nomina dei giudici sarebbe divenuto progressivamente più “politicizzato”, nell’ambito di una logica “destra/sinistra”, e che vi sarebbe una tendenza più spiccata dei governi di destra a nominare giudici più attenti alla protezione degli interessi degli Stati¹¹. Inoltre, la Corte stessa, quale istituzione, starebbe intraprendendo una “strategia difensiva” nell’esaminare i casi contro gli Stati che rappresentano i suoi tradizionali sostenitori e che, di recente, hanno minacciato di far mancare alla Corte il loro supporto. Secondo questo studio, infatti, a causa del-

le forti critiche provenienti dalla Gran Bretagna e da altre democrazie consolidate, la Corte Edu sarebbe progressivamente divenuta più moderata nell’esaminare i casi che le riguardano¹².

Pertanto, alla luce di studi recenti, risulta che l’attivismo della Corte di Strasburgo, tra la fine degli anni Novanta e l’inizio degli anni Duemila, ha subito un’inversione di tendenza, circostanza che avrebbe favorito progressivamente una minore propensione alla manifestazione di un motivato dissenso¹³.

2. Natura giuridica e funzione delle opinioni separate

La prima questione che si pone con riferimento alle opinioni separate dei giudici è quella della loro natura giuridica. Le diverse opinioni sono allegate alla sentenza e ne costituiscono parte integrante, essendo pubblicate insieme ad essa. Tuttavia, esse non hanno valore giuridicamente vincolante in quanto è solo l’opinione della maggioranza che sostanzia la decisione e assume tale forza. Peraltro, le opinioni separate non diminuiscono in alcun modo l’efficacia vincolante delle sentenze alle quali sono allegate¹⁴. Il sistema Cedu, da questo punto di vista, è più vicino a quelli di *common law*, che consentono opinioni multiple, rispetto a quelli di *civil law* che, invece, per lo più, concepiscono una decisione unica, adottata nel segreto della camera di consiglio, senza consentire opinioni dissenzienti¹⁵. Alla base di quest’ultima concezione vi è l’idea, ispirata al positivismo normativo, che il diritto è uno solo e che la decisione giudiziaria sia un sillogismo. La risposta a una questione giuridica non può che essere, tendenzialmente, unica e la pubblicazione di opinioni dissenzienti minerebbe alla base l’autorità della decisione stessa nonché la certezza del diritto. In quest’ottica, le decisioni dei giudici non possono essere influenzate dai cambiamenti sociali, in quanto solo il legislatore può, modificando il quadro normativo, adattare il diritto alla società in evoluzione.

10. E. Voeten, *The politics of international judicial appointments: evidence from the European Court of Human Rights*, in *International Organization*, vol. 61, n. 4/2007, pp. 669-701.

11. O. Stiansen e E. Voeten, *Backlash and Judicial Restraint*, *op. cit.*, pp. 22 ss.

12. *Ibid.*, pp. 29 ss.

13. Si vedano, ad esempio: M. R. Madsen, *Rebalancing European Human Rights*, *op. cit.*; O. Stiansen e E. Voeten, *Backlash and Judicial Restraint*, *op. cit.*

14. Si veda, in *GIEM Srl e altri c. Italia* [GC], ricc. nn. 1828/06 e altri 2, 28 giugno 2018, par. 45, l’opinione parzialmente concorrente e parzialmente dissenziente di Paulo Pinto de Albuquerque.

15. Per uno studio comparato dei vari sistemi in una prospettiva storica, si veda M.D. Kirby, *Judicial dissent – Common Law and Civil Law Traditions*, in *Law Quarterly Review*, vol. 123, 2007, disponibile online (www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/kirby/kirbyj_06.pdf).

Il sistema della Convenzione appare ispirato da una concezione del tutto diversa, in base alla quale la certezza del diritto appartiene più al *dover essere* che all'essere e il diritto è sostanzialmente costituito da ciò che dicono i giudici: perciò, essenzialmente, un diritto di formazione giurisprudenziale. La giurisprudenza assurge a fonte del diritto e il diritto stesso *si forma* nel dialogo tra le parti e tra le parti stesse e i giudici. La Cedu, con le sue clausole generali e le sue formule aperte, ben si presta a una interpretazione evolutiva, alla luce dei cambiamenti della società. La Corte, il cui ruolo è interpretare la Cedu e assicurare il rispetto dei diritti fondamentali in essa sanciti (art. 32), compie costantemente delle scelte per conferire sostanza a tali norme. In alcuni casi, la sua posizione muta nel tempo, riflettendo la natura della Convenzione come «strumento vivente», come viene per la prima volta definita nel caso *Tyrer*¹⁶.

In quest'ottica, la pubblicità delle opinioni dissenzienti consente di chiarire meglio il senso della decisione maggioritaria, informando in merito ai termini delle questioni discusse nella camera di consiglio e sullo stato dell'evoluzione e del dibattito giuridico su determinate questioni. Le opinioni dissenzienti di oggi potranno essere, domani, le conclusioni della maggioranza e, in questo senso, informando il pubblico circa le opinioni interne della Corte, esse favoriscono i futuri sviluppi del diritto.

3. Aspetti critici delle opinioni separate e argomenti a favore del segreto

Il primo aspetto critico delle sentenze della Corte che recano diverse opinioni è che i pareri contrari di alcuni giudici, motivati sulla base di argomentazioni convincenti tanto quanto quelle della maggioranza, fanno apparire la sentenza meno autorevole¹⁷. Offrire pubblicamente diverse chiavi di lettura della medesima questione giuridica può far perdere di credibilità a quella che, tra loro, è posta alla base della decisione della maggioranza compromettendo la certezza

del diritto. I destinatari della sentenza potrebbero, inoltre, percepire la decisione come meno “giusta” in quanto non espressione della totalità del collegio giudicante.

Vi è, poi, da chiedersi se la pubblicità delle opinioni separate dei giudici possa pregiudicarne l'indipendenza, rendendo noti i loro orientamenti, specie tenuto conto che i giudici della Corte di Strasburgo hanno un mandato temporaneo¹⁸.

Inoltre, rendere noti i propri orientamenti potrebbe indurre un giudice – per non smentirsi – a non mutare opinione nei casi successivi e questo potrebbe rendere più difficile il raggiungimento di compromessi all'interno della Corte. Tale situazione renderebbe ancora più ardua la già complessa realizzazione della collegialità in una Corte in cui siedono 47 giudici provenienti da esperienze professionali e sistemi giuridici diversi. In tal senso, le opinioni separate potrebbero accentuare le individualità a discapito, appunto, della collegialità.

4. Le ragioni della divulgazione delle opinioni separate

Se è vero che la possibilità di rendere pubbliche le proprie opinioni dissenzienti o concorrenti può accentuare le diversità delle impostazioni individuali e scoraggiare il loro componimento, è anche vero che questo favorisce il pluralismo, aspetto non meno rilevante in una Corte internazionale che si rivolge a una platea di destinatari molto ampia e potenzialmente indeterminata¹⁹.

Inoltre, la pubblicità delle opinioni e la conseguente responsabilizzazione diretta dei giudici incide positivamente sulla loro indipendenza personale e istituzionale, proprio perché consente di individuare il punto di vista del singolo giudice.

In questo contesto, l'autorevolezza della sentenza e la forza persuasiva della motivazione sarebbe, anzi, ulteriormente rafforzata dalla capacità dei giudici di dissentire, in tutto o in parte, dalla decisione della maggioranza.

16. *Tyrer c. Regno Unito*, ric. n. 5856/72, 25 aprile 1978, serie A, n. 26, par. 31.

17. Per una disamina delle principali argomentazioni *pro* e contro la pubblicazione delle opinioni separate, si vedano, tra gli altri: S. Cassese, *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2009, pp. 973-986; Hon. R.B. Ginsburg, *The role of dissenting opinions*, presentazione all'Harvard Club di Washington (D.C.), 17 dicembre 2009.

18. Per i rapporti tra dissenso giudiziario, indipendenza e collegialità, si veda J.L. Dunoff e M.A. Pollack, *International Judicial Dissent: Causes and Consequences*, presentazione alla conferenza biennale della *European Union Studies Association* (EUSA), 5-7 marzo 2015, Boston (MA).

19. Sostiene che la regola della presunta unanimità non appare affatto ragionevole, Davide Galliani: “È più facile perdonare un nemico che un amico”. *La Corte Europea dei diritti dell'uomo, la giusta giustizia, la giurisprudenza consolidata, l'ordinamento italiano*, in Pinto de Albuquerque, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 5-45.

A parte tali considerazioni, le ragioni della pubblicità delle opinioni separate dei giudici della Corte Edu risiedono nella stessa struttura del sistema Cedu.

La Convenzione trae la propria forza vincolante dalla sua natura giuridica di trattato internazionale ed è interpretata ricorrendo ai criteri offerti dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati²⁰. Tra questi criteri, oltre – naturalmente – al testo, ha un valore fondamentale il richiamo all'oggetto e allo scopo del trattato. Oggetto e scopo della Convenzione, dice la Corte, sono la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, titolare di diritti nei confronti delle pretese dello Stato, e la Corte è stata istituita per assicurare l'ottemperanza degli impegni assunti dagli Stati contraenti nella Convenzione e nei suoi Protocolli²¹. Tale essendo lo scopo del trattato, il margine di azione creativa da parte della Corte Edu è amplissimo, con l'unico limite del consenso degli Stati.

Nonostante la lettera dell'art. 46, par. 1, Cedu, la Corte ha infatti chiarito che le sentenze producono l'effetto della cosiddetta *res interpretata*, nel senso che l'interpretazione della Corte impone, al di là del caso concreto, il significato delle disposizioni della Convenzione da essa risultante. In questo senso, le sentenze della Corte hanno efficacia *erga omnes* in tutti gli Stati contraenti, nonostante siano state emesse nei confronti di uno o più Stati²² e a prescindere dalla formazione giudiziaria (comitato, camera, Grande Camera) dalla quale sono state emesse²³. Tale effetto deriva dalla circostanza che le sentenze della Corte contribuiscono a chiarire la portata delle norme

convenzionali e a consentire l'applicazione della Convenzione come diritto vivente²⁴.

Sulla base di tale assunto, il dibattito tra i giudici, che si riflette nelle opinioni della maggioranza e della minoranza, è di particolare interesse e importanza, in quanto consente di rendere visibile la fase di sviluppo del diritto vivente della Convenzione²⁵.

Proprio perché il diritto convenzionale è in continua evoluzione e si costruisce poco a poco, nel dialogo tra le parti e i giudici e tra i giudici stessi, la visibilità di questo procedimento deliberativo contribuisce non solo alla migliore comprensione della decisione presa, ma anche allo sviluppo della giurisprudenza e alla trasparenza della Corte²⁶.

5. La questione delle opinioni separate nelle pronunce di inammissibilità

Il tema della trasparenza della Corte Edu e delle sue procedure è di centrale importanza e, ancora oggi, nonostante le richieste degli Stati²⁷, vi sono molti interrogativi quanto alla mancanza di pubblicità che caratterizza diversi aspetti cruciali della sua procedura.

Primo fra tutti, ad esempio, quello della mancanza di pubblicità delle decisioni di inammissibilità, a loro volta assunte da un giudice unico, con l'assistenza di un relatore non giudiziario, entrambi nominati dal presidente della Corte, senza che i criteri della nomina siano resi pubblici. La criticità della questione appare molto rilevante se solo si consideri la percen-

20. Nella sentenza *Golder c. Regno Unito*, ric. n. 4451/70, 21 febbraio 1975, serie A, n. 18, par. 29, la Corte afferma che «gli articoli da 31 a 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati enunciano in sostanza un principio generalmente accettato di diritto internazionale».

21. Si tratta di un principio affermato in molte sentenze, tra le quali: *Zolotukhin c. Russia* [GC], ric. n. 14939/03, 10 febbraio 2009, par. 80; *Tyrer c. Regno Unito*, cit., par. 31; *Goodwin c. Regno Unito* [GC], ric. n. 28957/95, par. 75; *Scoppola c. Italia* (n. 2) [GC], ric. n. 10249/03, par. 104; *Micallef c. Malta* [GC], ric. n. 17056/06, par. 81.

22. Si veda, in *GIEM Srl e altri c. Italia* [GC], cit., il par. 76 dell'opinione parzialmente concorrente e parzialmente dissenziente di Paulo Pinto de Albuquerque.

23. Si veda *GIEM Srl e altri c. Italia* [GC], cit., par. 252.

24. Si veda *Irlanda c. Regno Unito*, ric. n. 5310/71, 18 gennaio 1978, par. 154.

25. Parla di giurisprudenza della Corte come vera e propria «fonte del diritto», e del conseguente ruolo fondamentale delle opinioni separate nel rendere conto dello stato di evoluzione del diritto della Convenzione, I. Ziemele, *Separate opinions at the European Court of Human Rights - Interdisciplinary studies*, vol. 1, Riga Graduate School of Law, Riga, 2017.

26. Si veda anche P. Pinto de Albuquerque, *Plaidoyer for the European Court of Human Rights*, in *European human rights law Review*, n. 2/2018, pp. 119-133.

27. Ci si riferisce alla Dichiarazione di Bruxelles del 27 Marzo 2015, che nel suo «Action plan» recita: «[la Conferenza] accoglie l'intenzione espressa dalla Corte di prevedere una breve motivazione per le decisioni di inammissibilità del giudice unico, e la invita a farlo entro il gennaio 2016» (A, par. 1, lett. c); «[la Conferenza] invita la Corte a considerare di provvedere a una breve motivazione nelle decisioni indicanti misure provvisorie e nelle decisioni del collegio di cinque giudici che rifiutino le richieste di rinvio alla Grande Camera» (A, par. 1, lett. d).

tuale enorme di decisioni di inammissibilità, che si avvicina di molto al totale, emesse dalla Corte²⁸.

Si pensi, poi, alla mancanza di pubblicità delle decisioni del collegio della Grande Camera, composto da cinque giudici, in merito alle richieste di trasmissione del caso alla Grande Camera²⁹ o alla segretezza delle linee guida in base alle quali è calcolato l'importo dell'equa soddisfazione.

Nella stessa logica, anche le decisioni di rimessione del caso alla Grande Camera, ai sensi dell'art. 30 Cedu, dovrebbero essere motivate, considerato che esse privano le parti di un grado di giurisdizione, laddove invece l'art. 72, par. 3, del Regolamento di procedura prevede espressamente il contrario.

Un problema interpretativo di grande complessità, connesso al tema della trasparenza, si pone anche con riferimento alla possibilità di rendere pubbliche le opinioni separate dei giudici aventi a oggetto le cause di inammissibilità³⁰, in caso di esame congiunto di ammissibilità e merito.

Con il nuovo art. 29 Cedu, introdotto dal Protocollo n. 14, è stato affermato il principio in base al quale la Corte si pronuncia, allo stesso tempo, sull'ammissibilità e sul merito del ricorso. Si pone, quindi, la questione se un giudice, nell'ambito di tale esame congiunto, abbia la possibilità di allegare alla sentenza un'opinione separata su un motivo di ricorso dichiarato inammissibile. Nessun dubbio vi è, infatti, in merito alla possibilità di allegare un'opinione separata su un motivo di ricorso che la maggioranza ha dichiarato ammissibile e che il giudice "dissidente" ritiene, invece, inammissibile. La differenza pratica tra le due situazioni appare evidente nel caso di rinvio della causa alla Grande Camera, che potrà riesaminare i motivi di ricorso che siano stati dichiarati ammissibili dalla camera, ma non quelli dichiarati inammissibili.

La Convenzione, nella sua iniziale formulazione, prevedeva che se la sentenza non esprimeva, in tutto o in parte, l'opinione unanime dei giudici, ogni giudice aveva il diritto di allegare la propria opinione separata (art. 51). La Convenzione nulla diceva in merito alla possibilità di allegare un'opinione separata a una decisione di inammissibilità, all'epoca di competenza della Commissione. Tuttavia, per quanto riguarda i rapporti della Commissione sul merito del ricorso, adottati in base al testo previgente dell'art. 31, era previsto che «le opinioni di tutti i membri della Commissione (...) possono essere espressi in questo rapporto».

Il problema interpretativo, oggi, si pone perché la lettera delle norme pertinenti (artt. 45 Cedu e 74 Regolamento di procedura) menziona unicamente le sentenze e non, anche, le decisioni quanto alla possibilità per i giudici di allegare le loro opinioni separate, né si fa alcuna menzione della possibilità di allegarle nell'ambito di una decisione separata di inammissibilità. Inoltre, quando il collegio giudicante decide di dichiarare inammissibili alcune doglianze e altre invece ammissibili, nella sentenza, per quanto riguarda il giudizio di inammissibilità, non compare il numero dei giudici che hanno votato a favore o contro, ma solo l'indicazione "a maggioranza" o "all'unanimità".

Vi sono due possibili soluzioni interpretative in proposito. Secondo la tesi che nega la possibilità di allegare un'opinione separata relativa a una doglianza dichiarata inammissibile da una sentenza, tale soluzione sarebbe imposta dal dato letterale della Cedu: l'attuale art. 45, par. 1, prevede che sia le sentenze sia le decisioni che dichiarano il ricorso ammissibile o inammissibile siano motivate. La menzione specifica dell'esigenza di motivazione delle decisioni sulla ricevibilità non figurava, invece, nella Convenzione prima delle modifiche introdotte dal Protocollo n. 11, i cui redattori hanno introdotto un nuovo inciso per prevedere espressamente l'obbligo di motivare le decisioni, ma non le hanno in alcun modo menzionate al secondo comma, quando hanno previsto la possibilità di opinioni separate.

Anche la prassi sembrerebbe confermare la tesi negativa in quanto, storicamente, prima del Protocollo n. 11, la decisione sull'ammissibilità era presa separatamente da quella nel merito e la situazione attuale, nella quale, in virtù dell'art. 29 Cedu, l'esame dei motivi di ricorso inammissibili si fa nella medesima sentenza sul merito, sarebbe unicamente dovuta a esigenze di semplificazione e di celerità, non a ragioni di carattere sistematico.

Le argomentazioni a favore della tesi negativa non sono, però, così convincenti come lo sono, invece, quelle che fondano la tesi positiva.

In primo luogo, l'assenza di un riferimento testuale specifico alle opinioni separate in materia di decisioni si spiega alla luce dell'organizzazione iniziale degli organi della Convenzione, dove le questioni di inammissibilità erano trattate dalla Commissione e non dalla Corte. In realtà, l'art. 45 sembra largamente ispirato dal fatto che l'idea di fondo del Protocollo 11 n. era che le decisioni di inammissibilità dovessero essere prese

28. Nel 2017, 66.156 ricorsi sono stati dichiarati inammissibili dal giudice unico. Si vedano le statistiche della Corte pubblicate sul suo sito *web*.

29. Art. 43, par. 2, Cedu.

30. Art. 35 Cedu.

principalmente dal comitato di tre giudici. Ebbene, le decisioni del comitato devono essere prese all'unanimità: di qui, la mancata menzione della possibilità di opinioni separate. Ecco perché l'art. 45 si riferisce alle opinioni separate solo con riferimento alle sentenze.

Inoltre, è proprio il dato letterale a far ritenere che non esista una differenziazione chiara tra decisioni e sentenze. Lo stesso art. 29 Cedu, infatti, è titolato «Decisioni delle Camere sulla ricevibilità e il merito».

A parte il dato letterale, vi sono argomenti sostanziali a favore della tesi positiva. La linea di confine tra la valutazione di un motivo di ricorso come manifestazione infondata ai sensi dell'art. 35, par. 3, lett. (a), Cedu, o come non integrante una violazione è difficile da definire. Allo stesso modo, è difficile in molti casi distinguere le questioni di inammissibilità da quelle di merito, in quanto molte ragioni di inammissibilità implicano, di per se stesse, decisioni nel merito del ricorso. Primo fra tutti, il criterio di inammissibilità della manifesta infondatezza, i cui confini con la pronuncia nel merito di non violazione sono molto sottili e che comporta valutazioni di carattere sostanziale sui diritti garantiti dalla Convenzione. Nemmeno può negarsi che, talvolta, anche sul criterio del previo esaurimento dei ricorsi interni può esservi spazio per opinioni differenti sulla effettività di un rimedio, essendo onere del ricorrente esperire previamente solo i rimedi effettivi³¹. Talvolta, tale valutazione può incidere anche sul criterio dei sei mesi, non essendo infrequenti i casi in cui, avendo il ricorrente esperito ulteriormente un rimedio non effettivo, sono trascorsi più di sei mesi da quando è diventata definitiva l'ultima decisione interna³². Si pensi, poi, alla ragione di inammissibilità della incompatibilità *ratione materiae*, la quale richiede di valutare se un determinato diritto invocato dal ricorrente è oggetto di tutela da parte della Convenzione e che investe profili decisamente sostanziali.

È innegabile, quindi, che anche tali aspetti contribuiscono notevolmente allo sviluppo della giurisprudenza, essendo strettamente connessi a profili di merito, e non ha alcun senso impedire ai giudici di esprimere appieno le loro opinioni su tali questioni.

Nella pratica, peraltro, vi sono esempi di opinio-

ni separate (su questioni di inammissibilità) allegate a sentenze nel merito che contengono anche decisioni di inammissibilità³³. Non vi è, quindi, motivo per negare che tale prassi si estenda anche alle semplici decisioni.

In tale ottica, l'omissione – contenuta nell'art. 45, par. 2, Cedu – del riferimento alle decisioni appare essere frutto di un mero incidente di percorso, a causa della originaria competenza degli organi della Convenzione dove le questioni di inammissibilità erano di competenza esclusiva della Commissione³⁴. Inoltre, l'art. 74, par. 2, del Regolamento di procedura è andato già *praeter legem* quando ha previsto la possibilità di allegare alla sentenza una «semplice dichiarazione di dissenso». Tale tipo di dichiarazione, non essendo in alcun modo motivata, contraddice la vera essenza delle opinioni separate, ossia meglio chiarire il senso complessivo della decisione dando conto di tutte le principali argomentazioni discusse durante le deliberazioni in camera di consiglio.

Inoltre, considerato che, ad esempio, i pareri consultivi possono essere accompagnati da opinioni separate e da dichiarazioni di dissenso³⁵, non è logico che i giudici non possano esprimere la propria opinione in merito alle questioni di inammissibilità, che peraltro sono definitive.

Una soluzione di compromesso, che può consentire ai giudici dissidenti di esprimere la loro opinione separata in caso di motivo di ricorso manifestamente infondata, è quella di trasferire la conclusione di manifesta infondatezza dalla parte sull'ammissibilità a quella sul merito della sentenza. In questo modo, l'opinione separata può essere espressa e tenuta in conto in caso di rinvio alla Grande Camera.

6. Ulteriori questioni aperte: le opinioni dissidenti nelle pronunce interpretative e di infrazione ai sensi dell'art. 46 Cedu

Un'altra questione interpretativa si pone con riferimento alle pronunce interpretative e di infrazione ai

31. Si veda, ad esempio, il giudizio di inammissibilità per mancato previo esaurimento dei rimedi interni in *Mercan c. Turchia*, ric. n. 56511/16, 17 novembre 2016, par. 21-30.

32. Si veda, ad esempio, *Wind telecomunicazioni Spa c. Italia*, ric. n. 5159/14, 8 settembre 2015, sulla natura non effettiva del ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 8, Costituzione.

33. Si vedano, tra gli esempi più recenti, le opinioni dei giudici: Keller e Dedov in *Navalnyye c. Russia*, ric. n. 101/15, 17 ottobre 2017; Karakas, Vucinic e Laffranque in *Tibet Mentés e altri c. Turchia*, ric. n. 57818/10, 24 ottobre 2017; Pinto de Albuquerque in *De Tommaso c. Italia* [GC], ric. n. 43395/09, 23 febbraio 2017; Pinto de Albuquerque e Sajò in *Somorjai c. Ungheria*, ric. n. 60934/13, 28 agosto 2018.

34. Come dimostrato dalla prassi della Corte anche durante l'epoca della Commissione: si vedano *Van Oosterwijk c. Belgio*, ric. n. 7654/76, 6 novembre 1980, e *Cardot c. Francia*, ric. n. 11069/84, 19 marzo 1991.

35. Così l'art. 88 del Regolamento di procedura.

sensi dell'art. 46 della Convenzione. Si tratta, rispettivamente, delle decisioni con le quali la Corte si pronuncia su una questione interpretativa, di cui è stata investita dal Comitato dei ministri, e delle decisioni con le quali la Corte stabilisce se uno Stato abbia o meno violato l'obbligo di eseguire una sentenza. Per entrambi i tipi di pronuncia, l'art. 46 non esclude espressamente la possibilità di allegare opinioni separate.

Nelle corrispondenti norme di procedura, invece, l'art. 93 del Regolamento vieta espressamente le opinioni separate nelle decisioni emesse su questioni interpretative; diversamente, l'art. 99 non le vieta nelle sentenze emesse a seguito di rimessione del caso dal Comitato dei ministri a norma dell'art. 46, par. 4, Cedu. Tale incoerenza potrebbe essere sanata con la modifica dell'art. 93 del Regolamento di procedura, in linea con la previsione di cui all'art. 46, par. 4, della Convenzione.

7. Conclusioni

La possibilità di esprimere opinioni separate, dissenzienti o concorrenti che siano, e di renderle pubbliche appare uno strumento inestimabile di trasparenza della Corte di Strasburgo nonché di sviluppo della sua giurisprudenza.

La forza delle sue decisioni risiede essenzialmente nella motivazione, ossia nella capacità di esporre

in modo articolato e convincente argomentazioni persuasive. Le opinioni separate sono lo strumento mediante il quale il singolo giudice argomenta in termini giuridici, razionali e coerenti il proprio convincimento in merito alla decisione presa dalla maggioranza.

Si tratta di uno strumento formidabile, che consente di comprendere appieno il ragionamento più complessivo della Corte e di porre in evidenza gli argomenti che hanno destato le maggiori perplessità e discussioni durante le deliberazioni. Le opinioni dissenzienti rappresentano, infatti, il punto di vista che è stato portato nella camera di consiglio, ma che è stato disatteso dalla maggioranza.

Dalla lettura delle opinioni si possono trarre anche interessanti spunti sulla possibile futura evoluzione della giurisprudenza della Corte Edu. Nelle questioni che riguardano i diritti fondamentali, che sono intrinsecamente connesse all'evoluzione della società, l'interazione tra la maggioranza e la minoranza rappresenta una "istantanea" dello stato del dibattito all'interno della Corte.

Le opinioni separate offrono, quindi, un contributo di chiarezza e di conoscenza che va a integrare la stessa motivazione della sentenza. Si potrebbe anche aggiungere che esse costituiscono, probabilmente, il primo punto di partenza per uno studio della sentenza stessa³⁶.

36. Le opinioni separate sono considerate uno strumento di ricerca giuridica da Katalin Kelemen, *Dissenting opinions in Constitutional Courts*, in *German law Journal*, 2013, vol. 14, n. 8/2013, pp. 1345-1371.

La Divisione della ricerca della Corte Edu: teoria, metodo, pratica

di *Stefano Piedimonte Bodini*

Il presente contributo esplora l'uso che la Corte europea dei diritti dell'uomo fa del metodo comparativo quando interpreta la Cedu in maniera "evolutiva" o "autonoma". Dopo averne brevemente spiegato la teoria e le critiche della dottrina, si sofferma sul ruolo della «Divisione ricerca» della Corte e sulla metodologia da essa applicata nell'elaborazione delle ricerche di diritto comparato sulle quali si basa la Corte.

1. Introduzione

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) è stata redatta in termini relativamente vaghi e, soprattutto, è stata redatta quasi 70 anni fa.

Nel 1950, i redattori della Convenzione non avrebbero mai immaginato che, con un telefono senza filo di dieci centimetri, si sarebbe potuto filmare chiunque per strada, nell'autobus o sott'acqua e, nel giro di pochi secondi, mettere il filmato a disposizione di miliardi di esseri umani localizzando le persone filmate via satellite. All'epoca, era impensabile che due uomini potessero sposarsi tra di loro e diventare legalmente genitori di un figlio partorito a pagamento da una "madre portante". Nel 1950, si pensava ancora che il fumo facesse bene alla salute e i redattori dell'art. 3 della Convenzione, che proibisce la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, di certo non pensavano che uno Stato contraente sarebbe stato condannato a Strasburgo, sulla base di questa disposizione, per aver messo un detenuto non fumatore in cella con dei fumatori... O che lo stesso art. 3 avrebbe impedito a uno Stato sovrano di respingere centinaia di migliaia di stranieri intenti a varcare illegalmente i propri confini.

Nel 1950, la popolazione mondiale era di 2,5 miliardi di esseri umani. Oggi è di 7,5 miliardi. Nel 2050, a 100 anni dalla stesura della Convenzione, su questa terra ci saranno 9,5 miliardi di persone (un aumento del 380%). Gran parte di queste persone vorrà venire a vivere in Europa per beneficiare, in

primis, dei diritti garantiti dalla Cedu, conservando però usi, tradizioni e idee non necessariamente compatibili con questi diritti. Il mondo di oggi è, quindi, molto diverso da quello del 1950 e le sfide che deve e dovrà affrontare l'Europa, se vuole preservare il suo modello di protezione dei diritti fondamentali, sono molteplici.

Che le disposizioni relativamente vaghe della Convenzione dovessero, quindi, essere interpretate in modo dinamico, seguendo l'evolversi della società, e non staticamente, in base al modello di società del 1950, apparve presto come un'evidenza.

Nel 1978, la Corte si pronunciò sul caso di Anthony M. Tyrer, un ragazzo di 15 anni residente sull'Isola di Man, il quale, per essersi reso colpevole di un'aggressione su di un compagno di scuola, era stato condannato a tre colpi di verga («*three strokes of the birch*»). Il giorno stesso, al posto di polizia locale, al Signor Tyrer era stato intimato di calarsi i pantaloni e piegarsi su un tavolo. Un poliziotto gli aveva quindi amministrato la sanzione, mentre altri due gli impedivano di muoversi. Davanti alla Corte, Tyrer sosteneva che le punizioni fisiche previste dalla legge applicabile nell'Isola di Man erano incompatibili con l'art. 3 della Convenzione. Il Governo britannico sosteneva il contrario, sottolineando come questo tipo di sanzione fosse radicato nella cultura locale e apprezzato dalla popolazione. Per affrancare il proprio ragionamento dalle tradizioni giuridiche e dal contesto locali, la Corte stabilì che la Convenzione era «uno strumento vivo da interpretare alla luce delle condizioni attuali»

e che essa non poteva non essere influenzata «dagli sviluppi e dagli *standard* comunemente ammessi nella politica penale degli Stati membri del Consiglio d'Europa»¹.

Per l'interpretazione dell'art. 3 Cedu in quel caso specifico, la Corte adottò quindi il metodo detto *evolutivo* («strumento vivo da interpretare alla luce delle condizioni attuali»), di cui il metodo o esercizio *comparativo* («sviluppi e standard comunemente ammessi (...) negli Stati membri del Consiglio d'Europa») è lo strumento inerente².

Come vedremo, il metodo comparativo svolge un ruolo notevole nell'elaborazione della giurisprudenza della Corte (si veda il successivo paragrafo). Da un lato, questo approccio è stato dettato dalla rapida evoluzione della società europea; dall'altro, è stato reso possibile, e forse anche incoraggiato, dal lavoro della «Divisione ricerca» della Corte (di cui si parlerà nel par. 3), la cui funzione di supporto sia «scientifico» che operativo è cresciuta negli anni sino a diventare oggi centrale.

2. Il ruolo del metodo comparativo nell'elaborazione della giurisprudenza della Corte

2.1. Necessità del metodo comparativo

I termini relativamente vaghi in cui sono state redatte le disposizioni sostanziali della Convenzione, combinati con il monopolio interpretativo che l'art. 32 Cedu attribuisce alla Corte, lasciano un amplissimo margine di discrezione ai giudici di Strasburgo, i quali, come sottolineano alcuni autori, svolgono un vero e proprio ruolo «attivo» di «legislatori»³. Questo ruolo non poteva, ovviamente, essere esercitato in maniera arbitraria, in una sorta di vuoto ermeneutico, altrimenti il sistema Cedu si sarebbe trovato in contraddizione con il principio alla base dello Stato di diritto, che è precisamente quello di limitare il margine di discrezionalità del *potere*, compreso il potere giudiziario⁴.

In assenza di disposizioni esplicite della Convenzione, è stata la Corte ad aver empiricamente stabilito il metodo o, piuttosto, i metodi di interpretazione ad essa applicabili.

Secondo l'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati internazionali del 1969⁵, la regola generale d'interpretazione di tali trattati prevede che un trattato debba «essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo». Per determinare il contesto del trattato, l'art. 31 prevede che si guardi, oltre al preambolo e agli eventuali allegati, anche agli accordi, strumenti e pratiche intervenuti tra le parti. L'art. 32 della stessa Convenzione prevede, come «mezzi complementari di interpretazione», i «lavori preparatori» e le «circostanze nelle quali il trattato è stato concluso». Si tratta di un metodo di interpretazione che si può definire *oggettivo/originario*, basato sia sulla lettera delle norme previste dal trattato, sia sulla volontà originale degli Stati contraenti.

Malgrado il fatto che la Convenzione di Vienna non fosse ancora entrata in vigore, le regole di interpretazione previste dagli artt. 31-33 furono esplicitamente adottate dalla Corte di Strasburgo in una celebre sentenza del 1975, *Golder c. Regno Unito*⁶, a proposito dell'interpretazione dell'art. 6 Cedu («Diritto a un equo processo»).

Questo metodo di interpretazione, perfettamente adatto all'interpretazione di trattati commerciali o militari che regolano questioni ad alto contenuto tecnico tra Stati assolutamente sovrani, trova i suoi limiti quando si tratta di interpretare un trattato regionale di protezione dei diritti umani, cioè un trattato il cui scopo è garantire la protezione dell'individuo contro eventuali abusi commessi proprio dallo Stato e che, di conseguenza, ne limita la sovranità⁷.

La Corte ha, quindi, sviluppato *motu proprio* un altro metodo di interpretazione, detto «autonomo» («*autonomous interpretation*»)⁸, in applicazione del quale essa ha attribuito a determinate nozioni un

1. *Tyrer c. Regno Unito*, ric. n. 5856/72, 25 aprile 1978, serie A, n. 26, par. 31.

2. M. Ambrus, *Comparative law method in the jurisprudence of the European Court of Human Rights in the light of the rule of law*, in *Erasmus law review*, vol. 2, n. 3/2009, p. 359.

3. P. Mahoney, *The comparative method in judgements of the European Court of Human Rights: reference back to national law*, in G. Canivet - M. Andenas - D. Fairgrieve (a cura di), *Comparative law before the courts*, pubblicazione a cura del «British Institute of International and Comparative Law» (BIICL), Londra, 2004, p. 136.

4. M. Ambrus, *Comparative law method*, op. cit., p. 354.

5. www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19690099/201502240000/0.111.pdf.

6. *Golder c. Regno Unito*, ric. n. 4451/70, 21 febbraio 1975, serie A, n. 18, par. 29 e 30.

7. Si veda E. Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff, L'Aia, 2001, p. 393.

8. *Id.*, p. 394.

significato “convenzionale” («*within the meaning of the Convention*», «*au sens de la Convention*») che non corrisponde necessariamente a quello attribuito alle stesse nozioni negli Stati contraenti. Questo approccio, che in qualche modo si affranca dalla volontà originale degli Stati contraenti (distinguendosi, così, dal metodo oggettivo/orinario), si è reso necessario per evitare che una diversa classificazione, da Stato a Stato, di medesimi concetti regolati dalla Cedu producesse un’applicazione a geometria variabile della protezione offerta dalla Convenzione stessa, a seconda delle giurisdizioni. La necessità di un’interpretazione autonoma fu delineata dalla Corte nella sentenza *Engel c. Paesi Bassi*⁹, dove si trattava di decidere se un procedimento a carico di alcuni militari, che il diritto interno qualificava come disciplinare, presentava elementi di diritto penale che lo facessero entrare nell’ambito di applicazione dell’art. 6 Cedu. La Corte stabilì che la nozione di «accusa penale», prevista dalla lettera dell’art. 6, era una nozione autonoma¹⁰ della Convenzione. Lo stesso ragionamento fu seguito per altre nozioni, come, per esempio, quella di «diritti e doveri di carattere civile»¹¹, «autorità e indipendenza del potere giudiziario»¹² o quella di «funzione pubblica», che fu delineata nel caso *Pellegrin c. Francia*¹³.

Il caso *Pellegrin* sollevava la questione dell’applicabilità dell’art. 6, par. 1, al contenzioso tra i dipendenti pubblici e le loro amministrazioni. La Corte, seguendo un approccio comparativo basato sull’esame delle legislazioni pertinenti degli Stati membri, nonché dei testi comunitari applicabili e della giurisprudenza dell’allora Corte di giustizia delle Comunità europee (Cgce), dopo aver esplicitamente sottolineato la necessità di dare un senso convenzionale (autonomo) alla nozione di funzione pubblica per garantire che dipendenti pubblici e privati con funzioni equivalenti beneficiassero di un’uguale protezione dei loro diritti convenzionali, stabilì un criterio di applicabilità funzionale, basato sulla natura dei doveri e delle funzioni del dipendente pubblico.

Il metodo comparativo viene, quindi, ad affiancare il metodo autonomo e, come nel caso *Pellegrin*, ne diventa persino lo strumento.

Lo scopo dell’esercizio comparativo è la ricerca del cosiddetto “*consensus*”¹⁴, in particolare il “*consensus europeo*”. Più ci sarà convergenza nelle legislazioni, nelle giurisprudenze e nelle pratiche amministrative dei 47 Stati membri del Consiglio d’Europa sul modo di regolamentare una data situazione nell’ambito della Convenzione, meno sarà ampio il loro margine di apprezzamento nell’applicazione della Convenzione a quella data situazione. Meno ci sarà *consensus*, più ampio sarà il margine di apprezzamento¹⁵.

È difficile tracciare una tipologia precisa dei casi che richiedono l’applicazione del metodo comparativo. Questo avviene, in genere, laddove il caso in esame sollevi questioni sulle quali l’evoluzione della società – in termini etici, economici, sociali, scientifici, tecnologici o, magari, di costume – necessita un adattamento o una chiarificazione della giurisprudenza della Corte Edu. La lista di sentenze che evidenziano l’uso del metodo comparativo da parte della Corte è molto lunga. Per avere un’idea di come questo avviene in pratica, basterà guardare ad alcune sentenze emblematiche.

Nel caso *Lautsi c. Italia*, una madre e i suoi due figli contestavano la presenza del crocifisso nelle aule della scuola pubblica dove avevano studiato i ragazzi, considerando che quella presenza avesse violato il loro diritto all’istruzione (art. 2 Protocollo n. 1) e il loro diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9 Cedu). In un primo tempo, una camera di sette giudici della seconda sezione riconobbe, all’unanimità, la violazione dell’art. 2 del Protocollo n. 1, combinato con l’art. 9 della Convenzione. Il Governo italiano chiese immediatamente il rinvio dinnanzi alla Grande Camera, che fu accolto. La Grande Camera rovesciò la sentenza con una larghissima maggioranza (15 a 2). Da un esame dettagliato della situazione negli Stati membri del Consiglio d’Europa risultava, infatti, che solo tre Stati proibivano l’esposizione di simboli re-

9. *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ricc. nn. 5100/71 e altri 4, 8 giugno 1976, parr. 82 e 83, serie A, n. 22, parr. 82 e 83.

10. Per un’analisi delle “nozioni” autonome e, in particolare, della differenza tra “autonomia organica” e “autonomia sostanziale”, si veda F. Sudre, *Le recours aux notions autonomes*, in *Id.* (a cura di), *L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 99.

11. *König c. Germania*, 28 giugno 1978, ric. n. 6232/73, serie A, n. 27, par. 88.

12. *The Sunday Times c. Regno Unito* (n. 1), ric. n. 6538/74, 26 aprile 1979, serie A, n. 30, par. 55.

13. *Pellegrin c. Francia* [GC], ric. n. 28541/95, 8 dicembre 1999, parr. 59-67.

14. Sia in termini di diritto internazionale che di diritto nazionale.

15. La letteratura su metodo comparativo, *consensus europeo* e margine di apprezzamento è abbondante. Per un’analisi recente, si veda F. Elens-Passos, *Le consensus européen est-il tendance ?*, in G. Raimondi – I. Motoc – P. Pastor Vilanova – C. Morte Gómez (a cura di), *Human rights in a global world. Essays in honour of Judge Luis López Guerra*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2018, pp. 5-19.

ligiosi nelle scuole pubbliche. La Grande Camera ne concluse che, in assenza di *consensus* europeo sulla questione, la presenza di simboli religiosi nelle scuole pubbliche rientrava nel margine d'apprezzamento degli Stati e l'Italia poteva, quindi, regolamentare la questione in base ai propri canoni culturali e identitari. Se si paragona questa soluzione con quella adottata dalla Corte in *Tyrer c. Regno Unito*, a proposito delle punizioni fisiche, il meccanismo del *consensus* e del margine di apprezzamento è evidente. In *Tyrer*, la convergenza degli "standard" negli Stati membri del Consiglio d'Europa (anche se fu menzionata in modo sommario) restringeva il margine di apprezzamento rendendo inoperanti le tradizioni e la cultura locale. In *Lautsi*, la divergenza degli standard lasciava ampio spazio a questi fattori. Si noterà che l'approccio comparativo fu da subito l'elemento cruciale della procedura dinnanzi alla Grande Camera. Nelle sue osservazioni difensive, il Governo italiano, che era sostenuto dai Governi di altri dieci Stati contraenti¹⁶ e da 33 membri del Parlamento europeo, aveva espressamente lamentato il fatto che la camera che aveva pronunciato la prima sentenza non avesse tenuto minimamente conto di elementi di diritto comparato per determinare il margine di apprezzamento. L'analisi comparata della grande varietà di tradizioni in Europa fu brillantemente esposta anche dal professor Joseph Weiler, che rappresentava i Governi di Bulgaria, Cipro, Grecia, Lituania, Malta, Russia e San Marino¹⁷. Per l'aneddoto, all'udienza del 30 giugno 2010, tenutasi a Strasburgo – Alsazia, l'unica parte del territorio francese (con il Dipartimento della Mosella) a non essere sottoposta al principio costituzionale di *laïcité*, ma a un regime concordatario ereditato dal Secondo Impero tedesco –, Weiler difese la presenza del crocifisso nelle scuole italiane portando una kippah sulla testa.

Come si vede, il metodo comparativo costruisce un «ponte a due sensi» («*a two way bridge*»¹⁸) tra il diritto internazionale e il diritto nazionale: in un senso, transita l'obbligazione internazionale, per gli Stati contraenti, di porre il loro ordinamento interno in conformità con gli *standard* comuni riconosciuti dalla Convenzione; in senso opposto, transita l'ispirazione di quegli *standard* comuni, che trova le sue fonti proprio negli ordinamenti giuridici degli Stati contraenti. In realtà, si dovrebbe parlare di «ponte a

tre sensi», perché la Corte Edu non trova solo l'ispirazione dal *consensus* europeo, ma anche dal diritto internazionale – che la Corte, a sua volta, contribuisce a formare.

In una sentenza di pochi mesi fa, *Naït-Liman c. Svizzera*¹⁹, la Corte si è servita quasi esclusivamente dell'analisi comparativa di vari strumenti di diritto internazionale e degli ordinamenti di 39 Stati membri del Consiglio d'Europa, più il Canada e gli Stati Uniti, per concludere che nessuna norma di diritto internazionale, convenzionale o consuetudinario, obbligasse le giurisdizioni civili svizzere a dichiararsi competenti in base al principio di "competenza universale" o a quello del "foro di necessità" per i casi di tortura commessi in Stati terzi. Il ricorrente, un cittadino tunisino naturalizzato svizzero, aveva intentato una causa civile in Svizzera contro la Tunisia per atti di tortura che diceva di aver subito in quel Paese. Il Tribunale federale svizzero aveva rifiutato di riconoscere la competenza delle giurisdizioni svizzere. In assenza di una norma internazionale in tal senso, la Corte ha concluso che il rifiuto delle giurisdizioni svizzere di dichiararsi competenti non violava il «diritto di accesso a un tribunale», una delle componenti del diritto a un equo processo sancito dall'art. 6 della Convenzione. Questa sentenza ha una portata notevole perché indica che, da fonti di diritto nazionale, la Corte può dedurre l'esistenza o meno di una norma di diritto internazionale consuetudinario.

Un altro caso recente, che vale la pena di essere esaminato, è *Bărbulescu c. Romania*²⁰. Il ricorrente era stato licenziato per aver utilizzato, a fini privati, e durante l'orario di lavoro, l'*account* «*yahoo messenger*» dell'azienda nella quale lavorava, contravvenendo al regolamento interno dell'azienda. Il caso sollevava la questione dell'obbligazione positiva dello Stato di proteggere la vita privata del ricorrente. Basandosi sulle caratteristiche specifiche delle relazioni di lavoro e su di un'analisi comparativa delle legislazioni di 34 Stati contraenti, che delineava l'assenza di *consensus* europeo sulla regolamentazione della sorveglianza della corrispondenza dei dipendenti da parte dei datori di lavoro, la Corte ha ritenuto che la Romania beneficiava di un ampio margine di apprezzamento («*une marge d'appréciation étendue*»). Malgrado questa constatazione, la Corte ha però considerato che le autorità romene non avevano preso in

16. Armenia, Bulgaria, Cipro, Grecia, Lituania, Malta, Monaco, Romania, Russia e San Marino.

17. «*Oral submission by Professor JHH Weiler*».

18. P. Mahoney, *The comparative method*, op. cit., p. 135.

19. *Naït-Liman c. Svizzera* [GC], ric. n. 51357/07, 15 marzo 2018.

20. *Bărbulescu c. Romania* [GC], ric. n. 61496/08, 5 settembre 2017 (estratti).

considerazione gli interessi dell'una e dell'altra parte con sufficiente equilibrio e ha concluso riconoscendo (11 voti a 6) la violazione dell'art. 8 («Diritto al rispetto della vita privata e familiare»). Si noterà che, nella loro opinione dissenziente comune, i sei giudici della minoranza hanno criticato la scelta della maggioranza mettendo in risalto come questa si scontrasse con l'assenza di *consensus* europeo, e il conseguente ampio margine di apprezzamento, che la stessa maggioranza aveva riconosciuto.

Se le critiche espresse dai giudici dissenzienti nel caso *Bărbulescu* sono da leggersi nel contesto di quel caso specifico, dubbi di carattere più generale sull'uso del metodo comparativo da parte della Corte Edu sono stati espressi da una parte della dottrina.

2.2. Alcune critiche della dottrina sull'uso del metodo comparativo

Le critiche sull'uso del metodo comparativo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo riguardano sia l'opportunità della scelta di tale metodo, sia la maniera in cui la Corte lo mette in pratica.

Secondo alcuni autori²¹, il metodo autonomo e il metodo comparativo sarebbero in contraddizione l'uno con l'altro, in quanto il primo rifletterebbe il principio in base al quale il sistema della Convenzione consacrerrebbe un ordinamento giuridico distinto dagli ordinamenti giuridici degli Stati contraenti, mentre il metodo comparativo troverebbe le sue fonti proprio in quegli ordinamenti giuridici. Si potrebbe anche sostenere che il metodo comparativo è in contraddizione con il metodo oggettivo/originario basato sulla Convenzione di Vienna, in quanto il metodo comparativo guarda alla volontà degli Stati contraenti al momento in cui la Corte esamina un dato ricorso, mentre il metodo oggettivo/originario vorrebbe che si guardasse alla volontà degli Stati contraenti al momento della redazione della Convenzione.

Per quanto riguarda una presunta contraddizione tra il metodo autonomo e il metodo comparativo, si deve tener presente che il sistema Cedu, come si sa, è basato sul principio di sussidiarietà²², secondo il quale sono in primo luogo le giurisdizioni degli Stati contraenti a dover applicare la Convenzione nella loro pratica quotidiana, dando così vita allo spazio giuri-

dico comune voluto dai suoi redattori. Il ruolo della Corte, quale interprete e guardiano ultimo del sistema convenzionale, interviene unicamente a fronte di un errore del giudice nazionale, che il meccanismo di ricorsi interni, perno del principio di sussidiarietà, non ha permesso di correggere. Ora, l'esistenza di nozioni convenzionali autonome, destinate a garantire uguale protezione nello spazio giuridico comune, non è affatto in contraddizione con il principio di sussidiarietà, perché, se è vero che è la Corte a delineare tali nozioni, sarà *in primis* proprio il giudice nazionale a doverle applicare.

Anche l'idea secondo la quale il metodo comparativo sarebbe in contraddizione con il metodo oggettivo/originario basato sulla Convenzione di Vienna non convince. Da un lato, è la Convenzione di Vienna stessa a prevedere, in parte, un approccio comparativo. L'art. 31, par. 3, lett. (c), precisa infatti che «ai fini dell'interpretazione di un trattato», oltre al contesto, «verrà tenuto conto di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni tra le parti». Dall'altro, non bisogna dimenticare che i «lavori preparatori» della Convenzione facevano ampio riferimento alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, che figura, peraltro, esplicitamente nel preambolo della Convenzione, così come alle tradizioni e ai sistemi giuridici degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Pertanto, si può affermare che il metodo comparativo è oggettivamente iscritto nella genesi della Convenzione²³ e rispecchia una precisa volontà originale degli Stati contraenti.

Le critiche sulla maniera in cui la Corte Edu mette in pratica il metodo comparativo sono, invece, meno facilmente dissipabili.

Alcuni autori, e a volte gli stessi giudici della Corte (come si è visto nel caso *Bărbulescu*), considerano che la Corte applica il metodo comparativo in modo incoerente, sia perché non lo applica a tutti i casi appartenenti a una stessa tipologia²⁴ sia perché lo applica con diversa profondità di analisi, sia perché non trae dall'esistenza o meno del *consensus* e dall'ampiezza del margine di apprezzamento le stesse conclusioni²⁵. Queste critiche non sono necessariamente infondate, ma potrebbero essere emesse in uguale misura per quanto riguarda l'uso del metodo autonomo o del

21. M. Ambrus, *Comparative law method*, op. cit., p. 359.

22. Si veda, ex multis, P. Harvey, *The principle of subsidiarity: a more positive approach*, in *Human rights law journal* (HRLJ), vol. 36, nn. 7-12/2016, pp. 335-339.

23. M. Enrich-Mas, *Le droit comparé dans la cohérence interne du système de la Convention européenne des droits de l'homme*, in L. Berg - M. Enrich-Mas - P. Kempees (a cura di), *Cohérence et impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Liber amicorum Vincent Berger*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2013, pp. 151-166.

24. Si veda, ex multis, M. Ambrus, *Comparative law method*, op. cit., pp. 362-370.

25. K. Dzehtsiarou e V. Lukashevich, *Informed decision-making: the comparative endeavours of the Strasbourg Court*, in *Netherlands*

metodo oggettivo/originario. La variabilità della geometria delle decisioni della Corte, come di qualsiasi giurisdizione, dipende infatti da una miriade di fattori, che possono mutare da caso a caso e di cui l'*in-time conviction* di ogni singolo giudice non è il meno influente.

Spesso, la dottrina s'interroga anche sulla qualità delle informazioni che la Corte usa nell'esercizio comparativo e sulla metodologia applicata per la loro elaborazione²⁶. Sarà, perciò, opportuno spiegare in che modo queste informazioni vengono elaborate e trasmesse alla Corte dalla sua Divisione della ricerca.

3. La «Divisione ricerca» della Corte

3.1. Collocazione e struttura

La Divisione della ricerca (o «Divisione ricerca») è una struttura *sui generis* della Cancelleria della Corte Edu. Per capirne la collocazione è necessario ricordare brevemente come funzionano la Corte e la sua Cancelleria.

La Corte è suddivisa in cinque sezioni, più una sezione detta “di filtraggio” (*filtering/filtrage*). Non si tratta di formazioni giudiziarie, ma di strutture amministrative. Alle cinque sezioni è assegnato un numero variabile di giudici (da nove a undici), che siedono in formazioni giudiziarie composte in funzione del tipo di caso in esame: una camera di sette giudici per i casi complessi, che richiedono un'analisi approfondita sul merito, o un comitato di tre giudici per i casi su cui esiste una giurisprudenza consolidata (*well-established case-law/jurisprudence bien-établie*). I giudici appartenenti a una sezione possono anche sedere in qualità di giudice unico, per disporre dei casi manifestamente inammissibili. I giudici sono assegnati alle cinque sezioni cercando di mantenere un equilibrio in termini geografici, di tradizione giuridica e di genere. Ciascuna delle cinque sezioni è presieduta da un giudice al quale è affiancato un cancelliere di sezione, che ha l'autorità sul personale della Cancelleria addetto a quella sezione. Il personale della Cancelleria addetto a ogni sezione è ripartito in divisioni, generalmente organizzate per nazionalità: i giuristi ungheresi faranno parte della divisione che tratta i ricorsi ungheresi, quelli francesi della divisione francese, etc. Per gli Stati con un elevato numero di ricorsi sono necessarie più divisioni; per quelli, invece, con un numero di ricorsi relativamente limitato, sono state formate di-

visioni multi-Stato, come la divisione che si occupa di Germania, Austria, Svizzera e Liechtenstein.

Dopo essere stati smistati dal cd. Ufficio centrale, i ricorsi presentati contro uno Stato sono diretti alla sezione di cui fa parte il giudice eletto a titolo di quello Stato. Il ruolo della sezione di filtraggio consiste nel classificare i ricorsi diretti contro i cinque Stati con il più alto numero di casi pendenti, in base al tipo di ricorso (camera, comitato o giudice unico), centralizzare le decisioni sulle misure provvisorie (art. 39 del Regolamento della Corte) e gestire i flussi delle decisioni di giudice unico.

Ogni ricorso assegnato a una camera di sette giudici – che, perciò, solleva questioni complesse – è attribuito a un giudice relatore il quale, con l'assistenza di un giurista (referendario), presenta una bozza di sentenza (o di decisione d'inammissibilità) che verrà deliberata in camera di consiglio. Le camere di consiglio si tengono, in generale, il martedì. La settimana precedente, tutte le bozze di sentenza o di decisione vengono esaminate dal giureconsulto della Corte, che ha rango di vice-cancelliere ed è assistito da un *team* di giuristi, diciamo, di “lungo corso”. Il suo ruolo²⁷ è di vegliare alla qualità e alla coerenza del lavoro delle sezioni, evitando interpretazioni non ortodosse della giurisprudenza della Corte o soluzioni divergenti, da sezione a sezione, per una stessa tipologia di questione giuridica. Se necessario, prima della camera di consiglio, il giureconsulto esprime delle “osservazioni” formali, dando il suo parere sulla corretta applicazione della giurisprudenza e impostazione logica del ragionamento. Queste osservazioni saranno inserite nel fascicolo per la camera di consiglio, fermo restando che il parere del giureconsulto non è vincolante e i giudici mantengono, quindi, una libertà totale quanto alla decisione finale.

Al momento dell'esame della bozza di sentenza, la camera di sette giudici decide se accettare la proposta del giudice relatore o modificare il senso della sentenza. Una volta pronunciata la sentenza, le parti hanno tre mesi per chiedere il rinvio dinnanzi alla Grande Camera della Corte, composta da diciassette giudici. Le domande di rinvio sono esaminate da un collegio *ad hoc* di cinque giudici, che verifica se «la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale», come previsto all'art. 43 Cedu. Qualora sia una camera di sette giudici a considerare che la questione oggetto del ricorso sollevi gravi pro-

quarterly of human rights, vol. 30, n. 3/2012, pp. 272-298.

26. *Ibid.*

27. Si veda l'art. 18B del Regolamento della Corte.

blemi d'interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, essa può decidere *motu proprio* di rimettere l'esame del ricorso alla Grande Camera.

La Divisione ricerca, che opera sotto l'autorità del giureconsulto, è stata creata nel 2002 con un effettivo esiguo e, in sostanza, un ruolo limitato alla gestione della biblioteca della Corte. L'idea era, però, di dar vita gradualmente a un polo di eccellenza che concentrasse il supporto scientifico al lavoro delle sezioni e, soprattutto, della Grande Camera. Oggi la Divisione è composta da circa quattordici giuristi, di cui nove *senior lawyer* con contratto permanente, due *assistant lawyer* con contratto di quattro anni e due magistrati distaccati per una durata di un anno (attualmente, un norvegese e una slovena)²⁸. I giuristi della Divisione sono specialisti del diritto internazionale e comparato, tra quelli con maggiore esperienza alla Corte di Strasburgo. La maggior parte di loro ha studiato in più di uno Stato e tutti hanno un livello di *master* e/o di dottorato. Nel loro lavoro sono coadiuvati da due assistenti amministrativi e da un numero variabile di stagisti o di *study visitor*. Questi ultimi meritano un discorso a parte in quanto, oltre agli stagisti selezionati dal programma di *stage* del Consiglio d'Europa per tirocini brevi, generalmente di tre mesi, la Divisione si avvale di *study visitor* di lunga durata (da sei mesi a un anno), selezionati sulla base di accordi con altre istituzioni. Attualmente, tali accordi sono stati conclusi con l'Università di Yale, negli Stati Uniti, l'Istituto di studi politici di Parigi ("*Sciences Po*"), l'Università di Renmin a Pechino, le Università di Tolosa e Strasburgo, l'«*École Nationale d'Administration*» (ENA), con sede a Strasburgo. Accordi sono stati conclusi anche con la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte interamericana dei diritti umani per lo scambio di giuristi per un periodo di sei mesi. Attualmente, alla Divisione ricerca sono rappresentate sedici nazionalità²⁹ e si parlano più di venti lingue.

Dalla Divisione dipende anche la biblioteca della Corte, che conserva più di 68.000 documenti e gestisce le banche dati di cui si serve la Corte. Attualmente, lo *staff* della biblioteca è di cinque persone.

3.2. Ruolo

La Divisione ricerca è stata creata, come si è detto, per centralizzare il supporto scientifico a sostegno

del lavoro della Corte. Questo avviene essenzialmente in due modi: la produzione delle cosiddette "guide di giurisprudenza" e l'elaborazione di rapporti di ricerca su questioni specifiche, nel contesto di un particolare ricorso.

Le guide di giurisprudenza sono analisi esaustive della giurisprudenza della Corte, redatte per articolo e destinate non solo all'uso dei giudici e dei giuristi delle Corti, ma anche alla pubblicazione. Attualmente ne sono state pubblicate quindici³⁰, più la guida sui criteri di ammissibilità. È stato previsto di poter disporre della collezione completa delle guide su tutti gli articoli della Convenzione e dei suoi Protocolli per la fine del 2019. In precedenza, la mole di lavoro della Divisione e la relativa scarsità di risorse umane permettevano di aggiornare le pubblicazioni, nel migliore dei casi, ogni due anni. Ciò rischiava di rendere le guide sugli articoli che davano luogo alla giurisprudenza più dinamica, come l'art. 6 (equo processo) o l'art. 8 (vita privata e familiare), rapidamente obsolete. Da circa un anno a questa parte, la Divisione ricerca ha messo a punto un sistema impegnativo, ma molto efficace per aggiornare le guide (versione elettronica) su base trimestrale. Ogni guida è assegnata a un giurista specialista dell'articolo in questione, che serve anche da "coordinatore di giurisprudenza" per quell'articolo in seno alla Cancelleria. Il ruolo del coordinatore di giurisprudenza, oltre a quello di redattore della guida in questione, consiste nel gestire la pagina *intranet* della Corte che raccoglie tutte le informazioni possibili su quel particolare articolo e di rispondere a tutti i quesiti a esso relativi eventualmente posti dai giudici o da altri giuristi³¹.

I rapporti di ricerca sono, invece, documenti confidenziali redatti a richiesta del giudice relatore nel contesto di un ricorso specifico. Come si è prima accennato, la maggior parte dei rapporti di ricerca sono elaborati per casi pendenti davanti alla Grande Camera, quelli più complessi e che sollevano «gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione». Detto questo, nulla vieta a un giudice relatore responsabile di un ricorso pendente davanti a una camera di sette giudici di richiedere un rapporto di ricerca, se lo ritiene necessario, per un corretto esame del ricorso. Da un paio di anni si è, d'altronde, notato un netto aumento di richieste da parte delle camere.

28. Dati aggiornati al 21 settembre 2018.

29. Croazia, Estonia, Francia, Germania, Irlanda, Italia, Lettonia, Norvegia, Slovenia, Spagna, Turchia, Ungheria, Canada, Corea del Sud, Cina e Stati Uniti.

30. www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=fre.

31. La Corte ha, recentemente, adottato un nuovo metodo di lavoro basato sulla disseminazione orizzontale delle conoscenze e messo in pratica tramite una piattaforma *intranet* denominata «*Knowledge sharing*».

I rapporti di ricerca sono di tre tipi: rapporti sulla giurisprudenza degli “organi della Convenzione” (Corte, “vecchia Corte”, Commissione), rapporti di diritto internazionale e rapporti di diritto nazionale comparato.

I primi servono a dare al giudice relatore una visione esaustiva della giurisprudenza di Strasburgo, che il giurista referendario incaricato del caso in esame non è, per motivi di tempo, necessariamente in grado di produrre. I secondi portano sulle norme di diritto internazionale applicabili a una data materia, la giurisprudenza di altre corti internazionali, le decisioni di organi internazionali non-giurisdizionali come il Comitato europeo dei diritti sociali o il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni unite, e possono includere anche elementi di *soft law* e di dottrina.

I rapporti di diritto nazionale comparato sono quelli la cui elaborazione è più complessa e meritano un capitolo a parte.

È importante, infine, sottolineare che i giuristi della Divisione, oltre a far parte del *team* del giureconsulto e a lavorare sulle guide di giurisprudenza e sui rapporti di ricerca, si occupano anche di ricorsi complessi, soprattutto attribuiti alla Grande Camera, in qualità di referendari. Quest’ultimo aspetto è importante perché gli permette di elaborare i rapporti di ricerca con l’occhio del referendario, in modo funzionale all’esame collegiale di un ricorso da parte della Corte.

3.3. Metodologia utilizzata per i rapporti di diritto comparato

Come si è visto, i rapporti di diritto internazionale e comparato servono alla Corte per individuare le tendenze attuali (*trend*) e stabilire l’esistenza o l’assenza di *consensus* in merito a un determinato problema. Per determinare l’esistenza o meno di un *consensus* “europeo”, si va a vedere in che modo quel problema è risolto dalle leggi, dalla giurisprudenza, o anche dalle pratiche amministrative degli Stati membri del Consiglio d’Europa. La regola empirica stabilita dalla Corte è che, per i casi che sollevano «gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli», giudicati dalla Grande Camera, è necessario analizzare il maggior numero possibile di Stati membri. Per i casi giudicati da una camera di sette giudici, un numero minore di Stati (tra i 20 e i 30) è sufficiente. L’idea è che ci sarà sempre la possibilità di allargare la ricerca, se il caso dovesse essere rinviato alla Grande Camera. Per maggiore comple-

tezza, la Divisione ricerca ha l’abitudine di includere nei rapporti di diritto comparato anche l’analisi di ordinamenti giuridici non europei, in particolare quelli di Stati Uniti e Canada.

Nella pratica, le cose avvengono come segue. Quando il giudice relatore, in accordo con il referendario incaricato del caso e il Cancelliere della Grande Camera o della sezione competente, decide che l’esame del ricorso necessita un approccio di diritto comparato, è inviata – su apposito formulario – una domanda formale alla Divisione ricerca. La domanda contiene una spiegazione dettagliata del caso e una serie di quesiti giuridici. Appena ricevuta la domanda, il capo della Divisione ricerca verifica se i quesiti sollevati siano già stati trattati in altri rapporti di ricerca (nel qual caso, basterà aggiornarli) e nomina un giurista responsabile del rapporto. La scelta del giurista dipende non solo dal carico di lavoro e dalle priorità della Divisione, ma anche e soprattutto dalla specializzazione dei giuristi.

A partire dal momento in cui è recepita una domanda di ricerca di diritto comparato, ci vogliono almeno tre mesi per completare il rapporto. In una prima fase, il giurista responsabile analizza il caso in esame e le questioni sollevate, discutendone con il giurista referendario; se necessario, in accordo con il referendario, modifica i quesiti. A questo punto, ha inizio la fase di ricerca vera e propria. La selezione degli Stati da analizzare si fa cercando, per quanto possibile, di rappresentare tutte le tradizioni e i sistemi giuridici in modo equilibrato. Per gli Stati³² che fanno parte del *Superior Courts Network* (SCN)³³, la Rete delle corti superiori creata nell’ottobre del 2015 su iniziativa della Corte di Strasburgo, i quesiti vengono trasmessi tramite il sito *intranet* del SCN. I quesiti sono formulati nelle due lingue ufficiali della Corte (francese e inglese) e prevedono una data limite per le risposte. Quando le corti italiane³⁴, per esempio, ricevono una richiesta, i *focal point* (magistrati di collegamento) si concertano tra di loro per decidere quale corte sia la più competente per rispondere o se sia il caso di preparare una risposta comune. La risposta, redatta in francese o in inglese, è poi trasmessa alla Divisione ricerca sempre attraverso la piattaforma *intranet*. Se necessario, il *focal point* della Corte Edu responsabile per l’Italia può contattare le sue controparti a Roma per chiarimenti.

Per i dodici Stati che non sono membri del SCN, le ricerche sono effettuate dai giuristi della Divisione ricerca competenti per tali Stati o da giuristi delle altre

32. Al 28 giugno 2018: 35 Stati, per un totale di 69 corti.

33. www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/network&c.

34. Per l’Italia, che è stato il secondo Paese ad aderire, sono membri del *Network*: la Corte di cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti.

divisioni della Cancelleria che trattano i ricorsi contro quegli Stati. Per le ricerche di diritto nazionale, i giuristi della Corte dispongono, oltre alle pubblicazioni raccolte dalla biblioteca della Corte, delle principali banche dati *online* degli Stati contraenti. Sono, inoltre, presi in considerazione studi di diritto comparato pubblicati da altre autorevoli istituzioni.

Tutte le contribuzioni, comprese quelle pervenute via SCN, saranno trasmesse ai rispettivi giudici della Corte per essere verificate ed eventualmente completate.

Quando il giurista responsabile del rapporto di ricerca dispone di tutte le contribuzioni, comincia la fase analitica. La difficoltà della parte analitica sta nell'applicare una corretta metodologia comparativa che prevede, in particolare, di avere ben chiari i concetti da comparare, porli nel giusto contesto e dare loro il giusto peso. Il rapporto è poi trasmesso al capo della Divisione ricerca o al vice-giureconsulto della Corte, che ne verificano la qualità, sia in termini di forma che di sostanza, e danno l'*imprimatur*. Il rapporto di ricerca è allora inviato alla sezione competente o alla Grande Camera, e incluso nel fascicolo del ricorso come documentazione confidenziale del giudice relatore. In camera di consiglio, i giudici restano, naturalmente, liberi di tenere conto o meno delle conclusioni del rapporto.

Nel 2017, la Divisione ricerca ha elaborato 42 rapporti di ricerca, di cui 16 sulla giurisprudenza degli organi della Convenzione, 17 di diritto comparato e 9 di diritto internazionale e dell'Unione europea.

4. Conclusione

Se la pratica del metodo comparativo ha suscitato qualche critica in termini di metodologia e di coerenza, non ci sono dubbi circa la sua centralità nell'interpretazione evolutiva della Convenzione da parte della Corte. La questione che si pone in questo particolare momento storico interessa, a mio parere, il concetto stesso di "evoluzione".

Riprendiamo l'esempio dell'art. 3, che proibisce la «tortura» e i trattamenti «inumani» e «degradanti». Solo nel 1989, con la sentenza *Soering c. Regno Unito*, la Corte, usando una combinazione di metodo oggettivo/originario ed evolutivo/comparativo, ammise l'effetto extra-territoriale dell'art. 3, considerando che l'eventuale estradizione del ricorrente verso gli Stati Uniti, dove sarebbe stato rinchiuso nel "braccio della morte" di un carcere della Virginia, avrebbe co-

stituito una violazione di tale disposizione. Per la Corte, il tempo passato nel braccio della morte avrebbe provocato sofferenze psicologiche («*death row phenomenon*») contrarie all'art. 3.

Il ragionamento del caso *Soering* è stato, in seguito, esteso non solo ai casi di estradizione, ma anche ai casi di espulsione di richiedenti asilo entrati illegalmente sul territorio di uno Stato membro. La Convenzione vieta in modo assoluto l'espulsione di qualsiasi persona dal territorio di uno Stato contraente verso un Paese dove la stessa persona rischierebbe di subire trattamenti di una gravità sufficiente da entrare nell'ambito di applicazione dell'art. 3³⁵. La Corte si è, poi, spinta a usare lo stesso approccio nei casi di migranti soccorsi dalle autorità di uno Stato contraente in acque internazionali, cioè al di fuori della giurisdizione territoriale di quello Stato, ma considerati *de facto* sotto il suo controllo³⁶.

È evidente che questa evoluzione nell'interpretazione dell'art. 3 ha avuto conseguenze notevoli sulla gestione dei flussi migratori massicci ai quali oggi è confrontata l'Europa. Da un lato, gli Stati contraenti hanno l'obbligo di accertare che, in caso di espulsione, ciascuna persona, tra le centinaia di migliaia di richiedenti asilo, non rischi, a titolo individuale, trattamenti contrari all'art. 3. Ciò richiede risorse notevoli sia per l'esame di ogni singola richiesta di asilo e di ogni singolo ricorso contro una misura di espulsione, sia per la permanenza degli interessati sul territorio nazionale in attesa di una decisione finale. Dall'altro lato, per effetto del principio del ricorso individuale sancito dall'art. 34 Cedu, ogni richiedente asilo destinatario di una misura definitiva di espulsione può introdurre un ricorso a Strasburgo e chiedere una misura provvisoria per fermare l'espulsione.

Viste le gravi difficoltà che questi flussi stanno creando in Europa, e le preoccupazioni diffuse che essi suscitano nella popolazione dei rispettivi Paesi europei, è possibile – anzi, sta già accadendo – che dapprima gli Stati più esposti e, mano a mano, gli altri Stati decidano di adottare politiche più restrittive in materia di respingimenti ed espulsioni, venendo inesorabilmente a scontrarsi con la giurisprudenza attuale della Corte. È anche possibile che l'Unione europea, su impulso di questi Stati, decida anch'essa di modificare le proprie norme in senso più restrittivo.

La domanda che, allora, sorge spontanea – provocatoria, ma inevitabile – è: che cosa farebbe la Corte di fronte ad una tale evoluzione (alcuni vi vedranno, piuttosto, un'involuzione) del *consensus* europeo in materia di immigrazione extra-europea?

35. In base all'art. 15 Cedu, l'art. 3 non ammette alcuna deroga.

36. *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* [GC], ric. n. 27765/09, 23 febbraio 2012.

La Divisione ricerca della Corte Edu: impatto sulle decisioni della Corte e profili di criticità

di *Francesco Perrone*

Il contributo prende in esame alcuni aspetti pratici del metodo di lavoro osservato dalla «Divisione ricerca», analizzando il loro impatto sulla struttura argomentativa delle decisioni – ad esempio, rispetto alla ricognizione di un eventuale *consensus* europeo su una determinata questione *sub iudice* – e mettendo in luce profili di criticità connessi all'esigenza di ricondurre a una comune ratio realtà culturali, linguistiche e tecnico-giuridiche affatto eterogenee.

1. La composizione della «Divisione ricerca» e il suo metodo di lavoro

La «Divisione ricerca» è un'articolazione della Cancelleria della Corte la cui funzione principale è fornire un particolare supporto scientifico strumentale alla decisione dei casi più complessi, deferiti alla Grande Camera o a una camera di sette giudici. La rimessione alla Grande Camera riguarda casi implicanti la soluzione di particolari problemi di interpretazione o applicazione della Convenzione o di uno dei suoi protocolli, ovvero casi la cui soluzione rischi di dar luogo a contrasto giurisprudenziale (artt. 30 e 43 Cedu). La rimessione a una camera di sette giudici avviene quando la Corte non si sia già espressa in un caso pilota o non vi sia una giurisprudenza consolidata sulla questione (art. 29 Cedu).

La composizione dello *staff* di giuristi (*lawyer* o *juriste*) assegnati al servizio di ricerca è molto eterogenea per estrazione professionale (professori e ricercatori universitari, giudici distaccati, giovani giuristi), provenienza geografica – anche extraeuropea – e competenza linguistica. Il ruolo del giurista è quello di approfondire lo studio e di curare la redazione, in lingua inglese o francese, dei rapporti di ricerca su specifiche questioni rilevanti ai fini della

decisione di un particolare caso pendente dinanzi alla Corte. Le questioni sono approfondite sotto il particolare angolo prospettico del diritto comparato, del diritto internazionale e del diritto giurisprudenziale della Corte stessa.

Le ricerche di diritto giurisprudenziale ricordano, per metodo e struttura, le relazioni tematiche elaborate dall'Ufficio del massimario della Corte di cassazione. Quest'ultime, come noto, sono dirette a compendiare a 360 gradi un determinato argomento di particolare attualità e rilevanza applicativa, alla luce delle elaborazioni della giurisprudenza nazionale e, sovente, anche europea. Si considerino, ad esempio, le relazioni elaborate in occasione dell'entrata in vigore di testi legislativi innovativi o di importante impatto sistematico¹. Occorre, tuttavia, precisare che mentre le relazioni del Massimario presentano la struttura propria del trattato di tipo teorico, in quanto non strumentali alla decisione di un caso concreto, le ricerche di giurisprudenza della Corte Edu sono strettamente funzionali alla decisione di circoscritte questioni giuridiche afferenti a un particolare caso su cui la Corte è chiamata a pronunciarsi. Anche in ragione di questa diversa funzione pratica, le relazioni dell'Ufficio del massimario sono liberamente consultabili sul sito *web* della Corte di cassazione, mentre le relazioni giurisprudenziali della Divisione ricerca

1. Si veda, ad esempio, la recente relazione al dl 24 settembre 2015, n. 158, in materia di revisione del sistema sanzionatorio (www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RelIII515.pdf).

sono, salvo casi particolari, accessibili al solo personale incardinato nello *staff* della Corte Edu.

Le ricerche di diritto giurisprudenziale, comparato e internazionale svolgono spesso un ruolo sinergico ai fini dell'istruzione del caso *sub iudice*. L'interrelazione dei tre profili tematici è ben percepibile nella motivazione della sentenza di Grande Camera *Paradiso e Campanelli c. Italia*, del 24 gennaio 2017, il cui fulcro decisorio fondamentale è costituito dall'individuazione della linea di demarcazione intercorrente tra i concetti di «vita privata» e «vita familiare», entrambi contemplati dall'art. 8 della Convenzione. La Corte ha ritenuto di ricostruirne il significato facendo tesoro sia del proprio bagaglio giurisprudenziale in tema di vincoli *de facto* rilevanti ai fini della costituzione di una «vita familiare» nel inteso dall'art. 8, puntualmente approfondito dalla Divisione ricerca in uno specifico *case-law report*, sia dell'esame comparatistico dei differenti regimi legali, più o meno permissivi, adottati dagli Stati europei in materia di gestazione per conto terzi (cd. «maternità surrogata»)². Si osservi, peraltro, anche l'importanza strategica rivestita dall'analisi delle fonti del diritto internazionale sviluppata nell'opinione concorrente dei giudici De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek e Dedov. Muovendo dall'esame di alcuni principi di diritto contenuti, in particolare, nella Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e nel Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, tale opinione concorrente giunge a conclusioni ancor più rigorose – per quanto adesive – rispetto a quelle cui è pervenuta la Grande Camera.

Analogamente, nel caso *Parrillo c. Italia*, in occasione del quale la Corte, con sentenza del 27 agosto 2015, ha riconosciuto agli Stati membri un ampio margine di apprezzamento in merito alla scelta di introdurre restrizioni legali alla distruzione di embrioni umani a fini di ricerca scientifica, è facile riscontrare come le analisi di diritto comparato e di diritto internazionale – quest'ultima ampiamente approfondita in uno studio *ad hoc* della Divisione ricerca – abbiano permesso alla Corte di ancorare la propria discrezionalità decisionale, in un materia eticamente così sensibile, al solido fondamento oggettivo della riscontrata assenza di un *consensus* europeo sulla questione (vds., in particolare, i parr. 174-198).

L'attività di ricerca svolta dai giuristi della Divisione si concentra su un oggetto ben individuato da un questionario, «confezionato» a iniziativa del giudice relatore, il quale enuclea, questione per questione,

i singoli temi – solitamente due o tre, ma talora ben più numerosi³ – sui quali il rapporto di ricerca è chiamato a fornire una risposta analitica. Il questionario contiene una descrizione dettagliata degli elementi essenziali del caso su cui la Corte è chiamata a decidere. L'elaborazione del *report* di diritto comparato è preceduta da una fase preliminare di raccolta delle contribuzioni sul diritto nazionale, preparate dalle corti nazionali aderenti alla Rete delle corti superiori («Superior Courts Network» – SCN), che costituiscono la base del lavoro di comparazione. Quanto al diritto di Stati non associati al SCN, la contribuzione sul diritto nazionale è preparata da un giurista della stessa Divisione ricerca o, in caso di indisponibilità, da un giurista di divisione nazionale competente a ricevere i ricorsi riguardanti quello Stato. Di regola, i rapporti di diritto nazionale di Stati che non siano membri del Consiglio d'Europa (solitamente: USA, Canada, Cina – compreso il particolare caso della Regione di Hong Kong) sono preparati da giuristi della Divisione ricerca con specifica competenza sul quel diritto. Il giurista incaricato del rapporto di diritto comparato ha sempre a disposizione gli strumenti di ricerca scientifica messi a disposizione dalla biblioteca della Corte, oltre che l'accesso alle banche dati delle corti nazionali e delle scuole della magistratura di un gran numero di Stati membri. I rapporti, una volta ultimati, confluiscono nel fascicolo del procedimento e sono a disposizione di tutti i giudici della camera investita della decisione sul ricorso. È previsto, inoltre, che lo stesso giurista possa partecipare alla deliberazione di camera o Grande Camera, essendo a disposizione del collegio per eventuali chiarimenti sulle questioni giuridiche analizzate nel rapporto.

2. La funzione pratica dei rapporti di diritto comparato

I rapporti di diritto comparato hanno il precipuo scopo di fornire alla Corte Edu gli strumenti conoscitivi necessari a verificare se, in merito a una determinata questione giuridica, esista o meno un *consensus* tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, e quindi se e in che misura vi sia una convergenza nella regolamentazione di una determinata situazione ricadente nell'ambito applicativo della Convenzione. Come noto, tanto più ampio è il *consensus* tra gli Stati ravvisato nel disciplinare una certa situazione convenzionalmente rilevante, tanto minore è il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati nel discostar-

2. Si veda, *per relationem*, *Memesson c. Francia*, ric. n. 65192/11, 26 giugno 2014, parr. 40-42 (estratti), e *Labassee c. Francia*, ric. n. 65941/11, 26 giugno 2014, parr. 31-33.

3. *V. Beuze c. Belgio*, ric. n. 71409/10, 9 novembre 2018 (*relinquishment*).

si dal *trend* europeo. È fatto sempre salvo il nucleo convenzionalmente intangibile dei diritti cd. “*core*”, i quali non ammettono alcun margine di disponibilità da parte degli Stati, né tollerano che il contenuto definitorio convenzionalmente imposto di tali diritti subisca forme di indebita erosione a opera di prassi interpretative e/o applicative difformi poste in essere dalle autorità nazionali. Si consideri, ad esempio, il contenuto del diritto – di tipo cd. “assoluto” – a non subire «trattamenti inumani o degradanti» sancito dall’art. 3 Cedu, rispetto al quale gli Stati sono privi di qualsivoglia margine di apprezzamento nell’adottare una propria definizione di «tortura» incompatibile con il nucleo sostanziale originariamente elaborato dalla Corte nel celebre caso *Irlanda c. Regno Unito* del 1978. Ne consegue, per quanto concerne l’ordinamento italiano, che nessun margine di apprezzamento può essere riconosciuto allo Stato nella valutazione di compatibilità convenzionale della definizione di «tortura» tratteggiata dagli artt. 613 *bis* e *ter* cp, introdotti dalla legge 14 luglio 2017, n. 110, a seguito delle molteplici sentenze di condanna pronunciate dalla Corte Edu sul punto (si vedano, solo a citarne alcune: *Cirino e Renne c. Italia*, del 2017; *Enea c. Italia*, del 2009).

L’importanza di tale attività ricognitiva è dettata dalla necessità di ancorare a parametri oggettivi e riconoscibili l’interpretazione di quelle clausole convenzionali che, in ragione dell’essenzialità della loro formulazione, maggiormente si aprono a un ampio ventaglio di possibilità interpretative, ma anche alla possibile influenza di soggettivismi intrinseci alle concezioni etiche, politiche e filosofiche dei degli stessi giudici, oltre che alla cultura giuridica “nazionale” posseduta da ciascuno. Il diritto della Convenzione si fonda su un testo normativo “breve” (l’elenco dei diritti convenzionali è contenuto in appena diciotto articoli, oltre che in poche disposizioni ulteriori inserite nei protocolli addizionali), la cui struttura costitutiva, di matrice essenzialmente giurisprudenziale, è per molti versi lontana dalla concezione giuridica propria degli ordinamenti a legalità formale di tradizione continentale, radicati sul principio di primazia della legge scritta. Non a caso, l’attività di ricognizione del *consensus* prende in esame non semplicemente il diritto legislativo dei singoli Stati, bensì anche le concrete soluzioni interpretative praticate dalle corti nazionali, e persino le prassi amministrative, negoziali e consuetudinarie, qualora effettivamente concorrano a dare concreta fisionomia al diritto vivente così come applicato nei diversi Stati membri. Nella prospettiva convenzionale il valore formale del diritto scritto recede dinanzi alla valorizzata efficacia conformativa promanante dalla *ratio* regolativa effettivamente applicata nel caso concreto. Si comprende, pertanto, l’importante ruolo svolto nelle ricerche di

diritto comprato dall’analisi delle giurisprudenze nazionali.

Nemmeno deve stupire che le sentenze della Corte, talora, rinviino persino a diritti propri di ordinamenti estranei alla comunità degli Stati membri del Consiglio d’Europa, evidentemente valorizzando la preminenza del valore conformativo che promana dalla ragionevolezza intrinsecamente riconoscibile in una determinata scelta regolativa – giurisprudenziale o legislativa che sia – indipendentemente dalle barriere imposte dal principio di territorialità del diritto rigorosamente inteso. Nella sentenza della Grande Camera del 22 maggio 2012, *Scoppola c. Italia* (3), la Corte, pronunciandosi in tema di limitazioni del diritto di elettorato delle persone detenute o condannate per taluni gravi reati (art. 3 Protocollo n. 1), nel rilevare l’eterogeneità delle soluzioni normative adottate nei diversi Stati e, quindi, l’inesistenza di un chiaro ed univoco *consensus* in merito alla necessità di disporre restrizioni del diritto di voto dei detenuti (parr. 45-48 e 101-102), non esita a prendere in considerazione modelli legislativi e giurisprudenziali propri di Stati estranei al Consiglio d’Europa quali Canada, Australia e Sudafrica. Si consideri, altresì, l’analisi comparatistica sviluppata nella sentenza di Grande Camera *Naït-Liman c. Svizzera*, del 15 marzo 2018, in tema di giurisdizione universale, ove la Corte include nel fuoco della propria analisi comparatistica i regimi giuridici vigenti anche in Canada e Stati Uniti d’America.

Si comprenderà meglio, allora, l’importante ricchezza rappresentata dall’eterogeneità culturale e linguistica che connota la composizione cosmopolita della Divisione ricerca.

3. Un caso concreto: il ruolo del rapporto di diritto comparato nella decisione di Grande Camera *Bărbulescu c. Romania* (2)

Per dare conto di alcuni pratici risvolti applicativi su cui il lavoro della Divisione ricerca ha diretto impatto, l’analisi comparativa è essenziale ai fini della determinazione del significato convenzionale di quelle clausole normative contemplate dal secondo paragrafo dell’art. 8 Cedu («Diritto al rispetto della vita privata e familiare»), le quali richiamano i concetti di «sicurezza nazionale», «pubblica sicurezza», «protezione della salute o della morale», «protezione dei diritti e delle libertà altrui». A differenza di quanto avviene – come si è visto sopra – in merito alla definizione di «trattamento inumano o degradante» (art. 3 Cedu), le definizioni di tali entità normative non sono rigidamente indisponibili per lo Stato membro. L’art. 8, infatti, così come gli altri diritti convenzionali cd.

“non assoluti” (vedi, ad esempio, gli artt. 9, 10, 11, 12 del Protocollo n. 4), presenta una struttura bipartita, costituita da un primo paragrafo enunciante il contenuto del diritto tutelato, e da un secondo paragrafo enucleante i tre presupposti in presenza dei quali ogni Stato membro è legittimato a sottoporre a restrizioni (*interferences*) l’esercizio del diritto definito dal primo paragrafo: a) che la restrizione trovi fondamento nella legge; b) che la restrizione sia giustificata dalla necessità di perseguire almeno una delle finalità legittime tassativamente elencate dalla norma; c) che la restrizione sia necessaria in una società democratica. Nella sentenza della Grande Camera *Bărbulescu c. Romania* (2), del 5 settembre 2017, la Corte, nel sindacare se le misure di controllo concretamente adottate da un datore di lavoro sull’*account yahoo* del dipendente fossero o meno necessarie in una società democratica al fine di assicurare la «*protezione dei diritti (...) altrui*», nel caso di specie identificabili negli interessi patrimoniali dell’imprenditore, ha operato una complessa ricostruzione del significato convenzionale del concetto di “necessità” in una società democratica, così da verificare se le misure restrittive del diritto alla *privacy* subite dal lavoratore ricorrente sul luogo di lavoro fossero compatibili con lo *standard* convenzionale e, quindi, proporzionate rispetto al fine legittimo di assicurare «*protezione dei diritti (...) altrui*».

Come traspare dal tessuto motivazionale della sentenza, il giudizio di bilanciamento operato dalla Corte nel caso *Bărbulescu* attinge all’ampio bagaglio di conoscenze comparatistiche elaborate nel *comparative law report* sviluppato *ad hoc* dalla Divisione ricerca. Esso ricostruisce il variegato quadro degli eterogenei regimi vigenti in un gran numero di Stati, anche non membri del Consiglio d’Europa (Canada e USA), in materia di tutela della *privacy* sul luogo di lavoro. Il rapporto prende in esame gli scopi per il perseguimento dei quali ciascuno Stato autorizza restrizioni all’esercizio del diritto alla *privacy*, il tipo di restrizione di volta in volta consentito, le misure limitative del potere di restrizione di tale diritto in ragione di finalità, durata, estensione, natura di ciascun tipo di restrizione. Si scopre, allora, l’ampiezza della gamma tipologica di misure conformative del diritto della Convenzione esistenti nello spazio giuridico europeo. Taluni ordinamenti impongono il compimento di adempimenti procedurali preventivi rispetto all’avvio dell’attività di sorveglianza, controllo e monitoraggio, quali: l’obbligo di comunicazione preventiva di una particolare *policy* aziendale concernente l’uso a fini extraprofessionali della rete *internet* o del sistema *e-mail*; l’obbligo di preventivo avviso del compimento di atti di ispezione; l’obbligo di notifica preventiva, agli organi nazionali di protezione dei dati personali, del compimento di attività di trattamento

o raccolta di dati; l’obbligo di preventivo avviso delle associazioni sindacali. Altri ordinamenti impongono l’adozione di determinate misure di garanzia destinate a disciplinare lo svolgimento del procedimento di controllo, ad esempio circoscrivendone l’oggetto e/o le finalità ovvero limitandone la durata. Vi sono legislazioni nazionali che distinguono tra sorveglianza “automatica” (*automatic monitoring*) e controlli individualizzati (*spot checks*), altre che pongono misure limitative dell’oggetto del controllo, ad esempio distinguendo tra comunicazioni private e comunicazioni professionali. In taluni ordinamenti, il datore di lavoro ha il diritto di accesso, ma non di lettura, delle *e-mail* espressamente contrassegnate come “private” o “personali”. In altri ordinamenti è consentito al datore di lavoro l’accesso alle *e-mail* private dei dipendenti solo se giustificato dalla necessità di accertare la commissione di un reato. Vi sono, poi, ordinamenti in cui il potere di accesso è limitato alla cronologia del *browser internet*, senza possibilità di visualizzazione della *web page* visitata dall’utente, e altri ordinamenti in cui vige la regola inversa. Vi sono, ancora, ordinamenti che prevedono misure limitative peculiari, quali: la presenza obbligatoria di un testimone ovvero dell’amministratore di sistema affinché assista alle operazioni di controllo; l’obbligo di redazione di un *report* che dia conto delle operazioni di controllo svolte; l’obbligo di coinvolgere i rappresentanti dei lavoratori nelle procedure di verifica; l’obbligo di applicazione del principio del “*last intrusive means*”.

Pertanto, la Corte Edu, facendo tesoro di tale ricco e multiforme bagaglio comparatistico, ha ritenuto di constatare l’assenza di un sufficiente *consensus* europeo sulla questione della tutela del diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza sul luogo di lavoro, e quindi affermare l’esistenza di un ampio margine di apprezzamento in capo agli Stati nella definizione del quadro regolativo delle condizioni di controllo delle comunicazioni private da parte del datore di lavoro (vds. *Bărbulescu c. Romania* (2), parr. 118-120). Nondimeno, sulla scorta di tale risorsa conoscitiva, la Corte ha potuto distillare il nucleo delle salvaguardie minime necessarie a proteggere il diritto alla *privacy* sul luogo di lavoro, pena la violazione degli *standard* di tutela stabiliti dall’art. 8 Cedu, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte Edu: 1) la preventiva informazione del dipendente circa la possibilità di controllo della corrispondenza e delle altre comunicazioni; 2) l’informazione sull’estensione e sulle modalità del controllo; 3) la necessità di una motivazione legittima di monitoraggio e controllo; 4) l’impiego dello strumento di monitoraggio e controllo meno invasivo tra quelli disponibili; 5) la necessità e la proporzione dell’attività di controllo; 6) la predisposizione di adeguate misure di salvaguardia (par. 121). Tanto che il giudizio si è concluso

con l'accertata violazione dell'art. 8 sul rilievo decisivo che le autorità nazionali, per aver omesso di implementare una misura procedimentale che assicuri un'adeguata informazione preventiva (par. 121, lett. i), hanno fallito nell'individuare un coretto punto di bilanciamento tra l'interesse del lavoratore alla protezione della propria *privacy* e l'interesse del datore di lavoro alla tutela del patrimonio aziendale.

4. I rapporti di diritto comparato: il metodo di lavoro; profili critici

Per dare un'idea dell'ampiezza della ricerca comparativa su cui si concentra il lavoro della Divisione, va tenuto presente che, nella prospettiva convenzionale, possono costituire valido veicolo conformativo strumenti di implementazione appartenenti a diversi ambiti: tanto alla sfera del diritto positivo di livello costituzionale e legislativo primario (quali le clausole costituzionali che tutelano i diritti protetti dalla Convenzione, nonché i codici legislativi rilevanti nelle rispettive materie e le relative norme protettive di natura civile, penale, amministrativa e lavoristica) quanto alla sfera regolativa propria delle autorità amministrative preposte alla protezione di particolari diritti convenzionali (ad esempio, le autorità garanti della *privacy* o delle comunicazioni) ovvero dell'autoregolamentazione privatistica (codici di buone pratiche, linee guida, codici etici adottati dalle associazioni di categoria, contratti collettivi, accordi sindacali, prassi consolidate sancite da codici di autoregolazione aziendale), quanto, ancora, all'azione regolativa promanante dal bagaglio giurisprudenziale consolidato nella giurisdizione nazionale. Al fine di offrire un quadro quanto più possibile esauriente del grado di implementazione di un determinato diritto fondamentale nello Stato, le contribuzioni di diritto nazionale sono dunque chiamate a prendere in esame e analizzare ciascuno di questi aspetti convenzionalmente rilevanti.

Nella pratica, non sempre ciò accade. Non di rado, le contribuzioni nazionali si limitano a dar conto del quadro normativo disciplinante una determinata materia, mentre trascurano di approfondire gli aspetti concernenti il diritto vivente e le prassi interpretative e applicative osservate dalle corti nazionali. Tali lacune, qualora rilevate, sono di regola colmate dal giurista incaricato del rapporto di diritto comparato o da altro giurista della Divisione ricerca, qualora concernenti un ordinamento accessibile per formazione giuridica e, soprattutto, per competenza linguistica. A tale proposito, occorre precisare che, quando la preparazione di una contribuzione nazionale è affidata a un giurista interno alla Corte, costui è a conoscenza del nome del caso cui la contribuzione si riferisce

e ha a disposizione una compiuta cognizione degli elementi di fatto costitutivi della fattispecie. Questo rende più semplice comprendere gli esatti profili di rilevanza delle questioni cui la contribuzione è chiamata a dare risposta e calibrare il *focus* dell'analisi rispetto alle peculiarità del caso concreto. Per contro, le contribuzioni di diritto nazionale elaborate dall'SNC incontrano un ostacolo pratico: per ragioni di tutela della riservatezza, i questionari trasmessi all'esterno della Corte si limitano a enunciare i quesiti di diritto in termini astratti, epurati da ogni elemento descrittivo della fattispecie concreta che ne consenta la riconduzione al caso concreto, compresa ogni menzione del nome della parte ricorrente ovvero dello Stato contro cui il ricorso è diretto. Pertanto, le autorità statali dell'SNC investite della funzione non sempre hanno gioco facile nell'individuare la giurisprudenza domestica strettamente pertinente al tema specifico oggetto di comparazione.

Un secondo profilo di criticità è rappresentato dai problemi linguistici che il giurista incaricato del rapporto di diritto comparato si trova, non di rado, ad affrontare. L'esperienza comune dimostra quanto profondamente la dogmatica giuridica sia influenzata non solo e semplicemente dalle scelte concettuali di fondo operate nella costruzione sistematica degli istituti, ma anche dalle implicazioni linguistiche connesse alla definizione dei concetti legali, nonché dalle complesse dinamiche multidirezionali che si instaurano tra mondo della semantica e mondo del diritto. È evidente che tale fenomeno si amplifica in modo esponenziale quando gli istituti giuridici da trattare appartengano a famiglie giuridiche differenti. La terminologia giuridica inglese e francese utilizzata dalla Corte Edu e da ciascuna delle sue divisioni è scrupolosamente sorvegliata e sistematizzata anche grazie all'elaborazione di *terminology tables* (manuali linguistici) periodicamente aggiornati dai giuristi della Corte di maggior esperienza, i quali hanno la funzione di indirizzare i giuristi della Corte verso l'impiego di un lessico il più possibile univoco e uniforme – e, quindi, decifrabile all'esterno. Un'analogha omogeneità linguistica non è ovviamente ravvisabile nelle contribuzioni di diritto nazionale, le quali anzi esibiscono una tanto più ricca varietà semantica quanto maggiore è il grado di eterogeneità ravvisabile tra gli istituti giuridici dei differenti ordinamenti oggetto di comparazione.

Nei testi delle contribuzioni nazionali per il rapporto di diritto comparato destinato al caso *Correia de Matos c. Portogallo*, è interessante osservare il gran numero di varianti lessicali utilizzate per indicare, in lingua inglese, "colui che esercita la professione legale": «*lawyer*» (termine su cui, infine, è ricaduta la scelta della sentenza della Grande Camera, del 4 aprile 2018), «*advocate*» (opzione talo-

ra preferita nel rapporto di diritto comparato), ma anche «*counsel*», «*barrister*» e «*attorney*». Nelle contribuzioni, in alcuni casi, sono riscontrabili assimilazioni lessicali per rappresentare concetti tra loro non assimilabili (ad esempio, «*lawyer*» per indicare talora il procuratore *ad litem*, talaltra l'esperto giurista più genericamente inteso). In altri casi si riscontra, all'opposto, l'utilizzazione di termini differenti per descrivere un identico concetto. È, ad esempio, riscontrabile una certa propensione all'utilizzazione indiscriminata del termine «*barrister*» o, talora, «*attorney*», per indicare l'avvocato munito di procura alle liti, trascurando tuttavia che tanto il *barrister* quanto l'*attorney* sono figure professionali molto tipiche del mondo forense rispettivamente inglese ed statunitense, le quali non trovano presso ordinamenti stranieri precisi termini di riferimento identificabili in professioni giuridiche esattamente corrispondenti. Pertanto, compete al giurista un'attività di decodificazione non soltanto linguistica, bensì linguistica e, insieme, concettuale.

Si consideri, altresì, la varietà semantica in cui il giurista di divisione si imbatte quando riscontri le opzioni linguistiche prescelte per la traduzione dalla lingua madre di istituti particolarmente tecnici. «Atto di sequestro» è variamente tradotto con le parole «*seize*», «*freezing order*», «*charging order*», «*restraint order*», «*attachements*», le quali tuttavia, nell'inglese tecnico, e in particolare nell'inglese *standard* della Corte, non sempre sono concettualmente equivalenti. Talora, nelle contribuzioni provenienti da alcuni Stati dell'Est europeo, è riscontrabile l'espressione «*arrest of property*», per una – è dato supporre – verosimile assonanza con l'espressione letterale della lingua d'origine. «Autore del reato» è tradotto con «*offender*», «*perpetrator*», «*culprit*», «*defendant*», ma ta-

lora, nelle contribuzioni elaborate da giuristi di lingua madre francese o italiana, anche con l'espressione – inesistente nell'inglese giuridico – «*author of the crime*», evidentemente per traduzione letterale dalla lingua d'origine delle espressioni «*auteur du crime*» e «autore del reato». «Custodia cautelare in carcere» è abitualmente tradotta, nel lessico della Corte, con l'espressione «*pre-trial detention*». In molti ordinamenti, tuttavia non esistono istituti processuali perfettamente sovrapponibili; così, nelle contribuzioni di diritto nazionale si possono ritrovare le espressioni più varie, quali «*take into police custody*», «*remand in custody*», «*detention pending investigation*», «*detention in the period between conviction and appeal*». È, pertanto, necessario operare un'accurata ricostruzione concettuale, spesso superando gli schematismi propri delle abituali corrispondenze linguistico-sostanziali cui la *forma mentis* del giurista della Divisione è abituata per tradizione giuridica e formazione culturale.

Infine, non va trascurato che relativamente ad alcuni Stati esistono difficoltà pratiche ad acquisire le informazioni necessarie all'analisi comparativa. Non tutti gli Stati, infatti, aderiscono alla SCN e, non di rado, nemmeno sono accessibili anche dati di raccolta esaustiva della giurisprudenza paragonabili a *Italgire*. Nel caso degli Stati più piccoli, neppure è detto che sia sempre disponibile nelle divisioni della Corte un giurista proveniente da quello Stato, con una conoscenza specifica degli istituti giuridici propri del relativo ordinamento.

In conclusione, le attività di studio quotidianamente svolte all'interno della Divisione ricerca della Corte Edu sono il prodotto di una sempre nuova commistione di ginnastica dogmatica, fantasia linguistica e, talvolta, intuizione giuridica.

Il richiamo di altre fonti internazionali nelle sentenze Cedu

di Péter Paczolay

La Convenzione di Vienna è lo strumento principale dell'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte Edu usa ampiamente altre fonti di diritto internazionale e prende in considerazione tutte le regole e tutti i principi rilevanti di diritto internazionale applicabili nei rapporti tra le Alte Parti Contraenti.

1. Premessa

La competenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ai sensi dell'art. 32 Cedu, riguarda «l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli». La Corte Edu interpreta la Convenzione, ma in molti casi fa anche uso di altre fonti internazionali¹. Anzi, la Convenzione è considerata uno strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Spesso, la Corte sottolinea che la Convenzione non può essere interpretata isolatamente, ma prendendo in considerazione il diritto pubblico internazionale e in coerenza con esso². L'efficacia del uso del diritto internazionale è spesso posta in dubbio, prima di tutto perché tante volte non è chiaro se al diritto internazionale si ricorra considerandolo un attributo supplementare alla Convenzione o un obbligo positivo *in se*³. Diversi strumenti del diritto internazionale sono menzionati nelle sentenze della Corte di Strasburgo: trattati, patti, raccomandazioni, rapporti, giurisprudenza delle corti internazionali, un arsenale

di *hard law* e *soft law*⁴, cioè norme giuridiche – rispettivamente – provviste o meno di efficacia vincolante diretta.

2. La Convenzione di Vienna e le regole d'interpretazione

Il più importante testo internazionale utilizzato dalla Corte Edu è la Convenzione di Vienna, che opera quale strumento di interpretazione della stessa Cedu.

Per determinare il significato dei termini della Cedu, la Corte si ispira agli artt. da 31 a 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, secondo un metodo già stabilito in *Golder c. Regno Unito*⁵. Come indicato dalla Corte stessa nella sentenza *Saadi c. Regno Unito*: «In base alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, la Corte è chiamata a stabilire il senso ordinario da attribuire ai termini nel loro contesto e alla luce dell'oggetto

1. J. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, Manchester, 1988; G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

2. Si veda *Al-Adsani c. Regno Unito* [GC], ric. n. 35763/97, 21 novembre 2001, par. 55; *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirket c. Irlanda* [GC], ric. n. 45036/98, 30 giugno 2005, par. 150.

3. *Cipro c. Turchia*, ric. n. 25781/94, 10 maggio 2001, par. 78.

4. A. Nußberger, *Hard Law or Soft Law - Does it Matter?*, in A. Van Aaken e I. Motoc (a cura di), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 41-60.

5. Ric. n. 4451/70, 21 febbraio 1975, serie A, n. 18, par. 29.

e dello scopo delle disposizioni da cui sono estratti (vedi *Golder*, § 29; *Johnston*, § 51, e art. 31, § 1, della Convenzione di Vienna). La Corte deve tenere conto del fatto che il contesto della disposizione risiede in un trattato per la protezione effettiva dei diritti umani individuali e che la Convenzione deve essere letta come un tutt'uno, ed interpretata in modo da promuovere la coerenza interna e l'armonia tra le sue diverse disposizioni (*Stec et al. c. Regno Unito* (decisione) [GC], nn. 65731/01 e 65900/01, § 48, ECHR 2005-X)⁶.

L'art. 31 della Convenzione di Vienna definisce la regola generale per l'interpretazione dei trattati internazionali: «Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo». Lo stesso articolo precisa, poi, che nell'interpretazione «verrà tenuto conto (...) di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti».

Quest'ultima regola, prevista dall'art. 31, par. 3, lett. (c), della Convenzione di Vienna, promuove la considerazione delle fonti esterne di diritto internazionale. I riferimenti alle fonti esterne hanno aperto alla Corte Edu la strada verso un'interpretazione evolutiva e creativa dei diritti enunciati nella Convenzione, pervenendo a una vera trasformazione costituzionale⁷.

Nel caso *Saadi* è stato ricordato dalla Corte che la Cedu dev'essere interpretata in modo armonico con le altre regole di diritto internazionale di cui è parte, in particolare nel caso in cui tali regole siano contenute in trattati sui diritti umani che gli Stati parti della Cedu hanno ratificato e sono, quindi, disposti ad accettare. Inoltre, la Cedu deve essere interpretata in modo da garantire che i diritti ricevano un'interpretazione ampia e che le limitazioni a tali diritti siano interpretate restrittivamente, in modo da assicurare una protezione concreta ed effettiva dei diritti umani. Una lettura della Cedu come *strumento vivente*, alla luce delle attuali condizioni e conformemente agli sviluppi del diritto internazionale, consentirà di riflettere i sempre più alti *standard* richiesti in materia di protezione dei diritti umani⁸.

3. La Cedu e gli sviluppi a livello internazionale

Come dimostra il caso *Saadi*, gli sviluppi del diritto internazionale offrono alla Corte di Strasburgo uno *standard* da implementare in materia di protezione dei diritti umani.

La Corte ha gradualmente costruito la sua interpretazione evolutiva della Cedu alla luce delle fonti internazionali⁹. Il caso *Tyrer c. Regno Unito* (ric. n. 5856/72, 25 aprile 1978) ha introdotto, in riferimento alla Cedu, il concetto di «strumento vivente». Nel caso *Marekx c. Belgio*¹⁰ si sono, per la prima volta, richiamati due documenti di diritto internazionale. La Corte ha sottolineato l'importanza di documenti e prassi internazionali in importanti decisioni, come *Soering*¹¹ sulla pena di morte, e *Loizidou c. Turchia* (ric. n. 15318/89, 23 marzo 1995) sullo scopo territoriale della Convenzione.

Nel caso *Demir e Baykara c. Turchia* (ric. n. 34503/97, 12 novembre 2008), la Corte ha riassunto, in un capitolo intero, la sua prassi di interpretare la Convenzione alla luce di altri documenti internazionali (parr. 65-86). La Corte ha concluso che, nel determinare il significato dei termini e dei concetti della Convenzione, deve prendere in considerazione anche altri elementi di diritto internazionale, l'interpretazione di tali elementi da parte degli organi competenti, nonché le prassi adottate dagli Stati europei, che riflettono i loro valori comuni (par. 85).

Un altro esempio di riferimento ad altre fonti internazionali si trova in un caso relativo all'obiezione di coscienza, *Bayatyan c. Armenia* (ric. n. 37334/08, 11 luglio 2011). Questo caso non solo rivela l'importanza di altri strumenti di diritto internazionale, ma anche l'interpretazione innovativa di testi internazionali nel contesto di cambiamenti e sviluppi giuridici e sociali. La Corte Edu non poteva non tener conto della graduale approvazione del diritto all'obiezione di coscienza.

La sentenza, seguendo l'interpretazione del Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite (UNHRC), ribadisce che la Cedu è uno «strumento vivente», interpretato alla luce del contesto e delle idee oggi prevalen-

6. *Saadi c. Regno Unito*, ric. n. 13229/03, 29 gennaio 2008, par. 62.

7. J. Arato, *Constitutional Transformation in the ECtHR: Strasbourg's Expansive Recourse to External Rules of International Law*, in *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 37, n. 2, 2012.

8. Vds. *Saadi*, par. 55; vedi anche *Al-Adsani c. Regno Unito* [GC], cit., par. 55.

9. G. Ulfstein, *Evolutionary Interpretation in the Light of Other International Instruments*, in A. Van Aaken e I. Motoc, *The European Convention* (a cura di), op. cit., pp. 83-94.

10. *Marekx c. Belgio*, ric. n. 6833/74, 13 giugno 1979, parr. 20 e 41, serie A, n. 31.

11. *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88, 7 luglio 1989, par. 102, Serie A, n. 161.

ti nelle democrazie contemporanee. Essendo il più importante sistema per la protezione di diritti umani, la Corte dev'essere consapevole dei cambiamenti occorsi nei Paesi membri e rispondere al consenso formatosi su determinati *standard*, definendo termini e nozioni della Cedu mediante l'integrazione di altri elementi di diritto internazionale, in base alla loro interpretazione da parte degli organi competenti¹².

A titolo di esempio, in una causa italiana risalente al 1978, la Commissione europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che, a differenza dell'art. 15, par. 1, del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici (1966), l'art. 7 Cedu non sanciva il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista da una legge posteriore alla commissione del reato. Questa giurisprudenza è stata, quindi, ripresa dalla Corte, che ha ricordato che l'art. 7 Cedu non contempla il diritto all'applicazione di una legge penale più favorevole. La Corte ha, però, osservato che, «poiché la Convenzione è anzitutto un meccanismo di tutela dei diritti dell'uomo, la Corte deve tenere conto dell'evoluzione della situazione nello Stato convenuto e negli Stati contraenti in generale e reagire, ad esempio, al consenso che potrebbe emergere per quanto riguarda il livello di protezione da raggiungere. È di fondamentale importanza che la Convenzione venga interpretata e applicata in modo tale da renderne le garanzie concrete ed effettive, e non teoriche e illusorie. Se la Corte non adottasse un approccio dinamico ed evolutivo, un tale atteggiamento rischierebbe di ostacolare qualsiasi riforma o miglioramento»¹³.

La Corte Edu, sulla base degli importanti sviluppi intervenuti a livello internazionale – quali la Convenzione americana dei diritti dell'uomo, la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e della Corte di cassazione francese, lo statuto della Corte penale internazionale – ha dedotto la progressiva formazione di un consenso, a livello europeo e internazionale, per considerare come l'applicazione della legge penale che, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, prevede una pena meno severa sia divenuta un principio fondamentale del diritto penale.

4. Documenti internazionali richiamati dalla Corte Edu

Il recente caso *Alekhina e altri c. Russia* (ric. n. 38004/12, 17 luglio 2018) offre un buon esempio

come la Corte Edu, nel decidere un caso, tenga conto dei differenti sistemi internazionali della difesa dei diritti umani. Ecco l'elenco delle fonti richiamate, suddivise dalla sentenza in tre gruppi:

- a) da parte del Consiglio d'Europa: il rapporto della Commissione di Venezia sulla relazione tra libertà di espressione e libertà religiosa (2008); la raccomandazione di politica generale n. 15 del Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI) sul contrasto allo *hate speech* (2015);
- b) da parte delle Nazioni Unite: il già citato Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966); alcuni rapporti del Consiglio per i diritti umani; il Rapporto n. 34 della Commissione dei diritti umani (2011); la raccomandazione n. 35 sull'eliminazione della discriminazione razziale (2011); rapporti speciali del Ufficio dell'Alto Commissario per i diritti umani;
- c) altre fonti internazionali: la Convenzione di Shanghai sulla lotta al terrorismo, al separatismo e all'estremismo (2001); la Dichiarazione congiunta sulla legislazione riguardante la diffamazione delle religioni, l'antiterrorismo e l'antiestremismo (2008); i Principi di Camden sulla libertà di espressione e sull'egualianza (2009).

Senza pretesa di completezza, ecco alcuni esempi degli strumenti di diritto internazionale usati più frequentemente nelle sue sentenze dalla Corte Edu:

- Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966);
- Patto internazionale sui diritti economici e sociali (1966);
- Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (1991);
- Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (1984);
- Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (1965);
- Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne (1979);
- disciplina internazionale del lavoro promossa, elaborata e adottata nell'ambito dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL);
- Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

12. F. Jacobs - R. White - C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, OUP, Oxford, 2014, p. 77.

13. *Scoppola c. Italia* (2) [GC], ric. n. 10249/03, 17 settembre 2009, parr. 103-109.

5. La responsabilità degli Stati

Il diritto internazionale occupa un posto speciale nella giurisprudenza della Corte Edu in tema di responsabilità dello Stato.

Anche se ha suscitato critiche, questa giurisprudenza può essere difesa dal punto di vista del diritto internazionale generale. Per esempio, già nel 1993 la Corte ordinò al Governo britannico di introdurre una legislazione per moderare le punizioni corporali inflitte agli studenti. Il punto di partenza, nel caso in questione, è l'art. 1 della Convenzione: la Corte ha affermato la responsabilità dello Stato per violazione di uno dei diritti e delle libertà enunciati nella Cedu, laddove lo Stato non abbia rispettato gli obblighi imposti da tale articolo, ossia non abbia garantito, nella legislazione interna, quei diritti e libertà dovuti a ogni persona sottoposta alla sua giurisdizione. Si tratta del caso *Costello-Roberts c. Regno Unito* (ric. n. 13134/87, 25 marzo 1993), nel quale rilevava la responsabilità dello Stato nel garantire i diritti protetti dagli artt. 3 (divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare). La Corte notava che, secondo l'art. 2 del Protocollo addizionale n. 1, lo Stato ha l'obbligo di garantire il diritto all'istruzione. In più, il Regno Unito era obbligato a dotarsi di un adeguato sistema disciplinare nell'amministrazione interna delle scuole, in osservanza della Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (1989).

Nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte, il termine "giurisdizione" è uno dei più importanti – e più discussi – concetti della Convenzione. Il metodo applicato dalla Corte per determinarne la portata è riassunto nella decisione *Banković e altri c. Belgio* (ric. n. 52207/99, 19 dicembre 2001): la Corte deve considerare le regole rilevanti del diritto internazionale quando esamina le questioni della propria giurisdizione e, di conseguenza, determinare la responsabilità dello Stato conformemente ai principi di diritto

internazionale (par. 57). Come principio generale, la giurisdizione della Corte è limitata allo spazio (geografico e giuridico) dei Paesi membri. Eccezionalmente, quando uno Stato controlla un terzo Stato o parte di esso, si potrà parlare di applicazione extraterritoriale della Cedu.

Nel caso *Al-Dulimi e Montana management Inc. c. Svizzera* (ric. n. 5809/08, 26 novembre 2013), la Corte Edu dovette trovare il giusto bilanciamento fra le sanzioni introdotte dal Consiglio di sicurezza dell'Onu contro il regime di Bagdad (che aveva confiscato la proprietà del ricorrente) e il diritto a un equo processo e alle inerenti garanzie. La Corte non ha messo in dubbio le risoluzioni del Consiglio di sicurezza, ma ha protetto i valori enunciati nella Convenzione, agendo espressamente come garante di quei valori. Così, la Corte ha promosso un'interpretazione armonica e integrata di due sistemi: il sistema Onu e il sistema Cedu. L'esecuzione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza è effettuata secondo le norme della Convenzione, attribuendole in tal modo un *effetto extraterritoriale*, e rinforzando il principio di diritto internazionale in base al quale ogni Stato deve accettare la sua responsabilità internazionale quando agisce violando le norme internazionali¹⁴.

6. Conclusioni

La Corte Edu usa ampiamente le fonti di diritto internazionale, così come è attenta al diritto comparato, un'attitudine che deriva, in sintesi, dal prendere in considerazione tutte le regole e tutti i principi rilevanti di diritto internazionale applicabili nei rapporti tra le Alte Parti Contraenti.

L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è basata sulla Convenzione di Vienna, e scopo finale della Corte Edu deve rimanere l'assicurazione dei valori fondamentali dell'ordine pubblico europeo.

14. I. Motoc e J.J.Vasel, *The ECHR and Responsibility of the State: Moving Towards Judicial Intergaration*, in A. van Aaken e I. Motoc (a cura di), *The European Convention*, op. cit., pp. 199-211.

Richiesta di opinioni *amicus curiae* da parte della Corte e anomalie procedurali (la *Venice Commission*)

di Simona Granata-Menghini

Dall'intensa interazione tra la Corte Edu e la Commissione di Venezia, quest'ultima trae autorità, prestigio e visibilità. Prestando consulenza giuridica agli Stati, la Commissione anticipa gli effetti delle pronunce della Corte, che si serve con crescente frequenza delle sue ricerche e analisi. In esse si trovano anche gli argomenti delle forze politiche e istituzionali 'minoritarie' e della società civile, che non avrebbero altrimenti voce presso la Corte.

1. Introduzione

L'azione del Consiglio d'Europa persegue le tre finalità cardinali della democrazia, lo stato di diritto e la protezione dei diritti fondamentali, articolandosi intorno a tre assi principali: il cosiddetto "*standard-setting*", cioè l'attività di elaborazione degli *standard* comuni attraverso la redazione di trattati internazionali, ma anche l'elaborazione di norme di *soft law*; il "*monitoring*", cioè il monitoraggio del rispetto degli obblighi derivanti dall'adesione a tali trattati, compreso lo Statuto del Consiglio d'Europa; infine, la cooperazione, cioè l'attività di formazione, *institution-building* e *capacity-building* finalizzata ad aiutare gli Stati a rispettare gli obblighi internazionali. Naturalmente, la separazione tra le differenti assi, così come tra le citate finalità, non è netta: la compenetrazione delle tre assi e dei tre cardini è essenziale al successo complessivo del sistema.

Il fulcro del sistema di protezione dei diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa è la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), e la Corte europea dei diritti dell'uomo è l'organo preposto al suo monitoraggio nonché all'elaborazione ulteriore degli *standard*, dato che, ai sensi della stessa Convenzione, la giurisprudenza della Corte ha efficacia vincolante. Ma la Corte Edu non è un'"isola". Altri organi del Consiglio d'Europa collaborano con essa e partecipano all'attività di *standard-setting* e monitoraggio. Tra questi, va citato *in primis* il Comitato

dei ministri, istituzionalmente responsabile per l'esecuzione delle sentenze della Corte, ma anche autore di numerose raccomandazioni di *soft law*. L'Assemblea parlamentare effettua un monitoraggio destinato ad assistere gli Stati nell'assicurare il più alto livello di rispetto degli *standard* di democrazia e dei diritti dell'uomo. Il Commissario europeo per i diritti umani ha per mandato di promuovere l'effettivo rispetto dei diritti dell'uomo e di assistere gli Stati membri nella realizzazione delle norme del Consiglio d'Europa. Esistono, poi, numerosi meccanismi di monitoraggio specializzati, quali il Comitato europeo dei diritti sociali, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura, la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza, il Comitato consultivo della Convenzione per la protezione delle minoranze nazionali, il Gruppo di Stati contro la corruzione, il Comitato di esperti per la valutazione delle misure antiriciclaggio del denaro («*Moneyval*»), il Comitato di esperti della Carta europea delle lingue regionali e minoritarie e il Gruppo di esperti contro la tratta di esseri umani, il Gruppo di esperti/e sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, e il Comitato delle parti della Convenzione sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuali.

Anche altri organi consultivi del Consiglio d'Europa partecipano al monitoraggio. Tra questi, spicca la «Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto», o *Commissione di Venezia*.

2. La Commissione di Venezia

La Commissione di Venezia, invenzione italiana della fine degli anni Ottanta frutto della lungimirante visione e della perseveranza di Antonio La Pergola, ebbe una genesi complessa, in ragione del timore dei Paesi allora membri del Consiglio d'Europa di un'ingerenza arbitraria in questioni di sovranità nazionale. Fu la caduta del muro di Berlino a rivelare, improvvisamente, la necessità di un'assistenza internazionale specializzata nella redazione di costituzioni democratiche. La Commissione di Venezia venne, quindi, a colmare una lacuna nel panorama dell'assistenza internazionale; da allora, sino a oggi, la Commissione è l'unico organismo di questo tipo esistente non solo in Europa, ma a livello mondiale.

Organo consultivo del Consiglio d'Europa, la Commissione si estende al di là dei suoi 47 Stati membri, contando, in quanto *accordo allargato*, anche 14 Paesi non membri: l'Algeria, il Marocco, la Tunisia, Israele, il Kirghizistan, il Kazakistan, la Repubblica di Corea, gli Stati Uniti, il Messico, il Brasile, il Cile, il Costa Rica, il Perù e il Kosovo. Ciascuno dei 61 Paesi designa un membro e un sostituto, che agiscono in maniera indipendente.

La Commissione fornisce pareri giuridici non vincolanti su testi di natura costituzionale, adottati o in preparazione; agisce su richiesta di un'istituzione dello Stato stesso, oppure di uno degli organi del Consiglio d'Europa (Comitato dei ministri, Assemblea parlamentare, Congresso dei poteri regionali e locali, Segretario generale, Corte Edu) o di un organismo che partecipa ai lavori della Commissione (ad oggi, l'Osce e la Commissione europea). Al fine di preservarne la neutralità, lo statuto della Commissione le preclude la preparazione, di propria iniziativa, di pareri su uno specifico Paese. La Commissione può, invece, decidere autonomamente di preparare studi, rapporti e altri lavori di carattere generale.

Nonostante non abbiano carattere obbligatorio, le conclusioni e le raccomandazioni della Commissione hanno grande autorevolezza e sono, di fatto, eseguite in maniera preponderante – almeno in parte. Come ha detto Marta Cartabia, vicepresidente della Corte costituzionale, la Commissione di Venezia è un organo dotato di pochi poteri, ma di grande influenza. Questa efficacia è dovuta a diversi fattori: alla reputazione di competenza, obiettività e utilità di cui gode la Commissione; alla capacità della Commissione di preparare pareri adattati al contesto giuridico e politico del Paese in questione; alla pressione cui l'opposizione, la società civile e i *media* sottopongono le autorità nazionali al fine di spingerle ad ottemperare; infine, alla pressione cui gli organi politici internazionali preposti al monitoraggio degli obblighi dello Stato in questione lo sottopongono, con il rischio, in caso

di inottemperanza, di conseguenze non solo politiche, ma anche finanziarie – e notevoli, specialmente nel caso di Paesi candidati ad accordi di stabilizzazione e accessione all'Unione europea.

Il lavoro di analisi della Commissione si basa innanzitutto sulle norme del Consiglio d'Europa in materia di democrazia, diritti dell'uomo e preminenza del diritto. Ma se le norme in materia di diritti dell'uomo (in particolare, la ricca giurisprudenza della Corte Edu) sono vincolanti, oltre che estese e dettagliate, in materia di democrazia e Stato di diritto non è così, anche perché non esistono trattati e organi di monitoraggio specifici. La Commissione non è soltanto *consumatrice* di norme internazionali: ne è anche *produttrice*, avendo effettivamente identificato ed elaborato numerosi *standard* di *soft law* – ad esempio, linee direttrici, spesso congiuntamente con l'Osce e, nel suo ambito, l'Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti umani (Odhr), in materia di elezioni, partiti politici, *referendum*, libertà di riunione e di associazione –, che si basano sulla giurisprudenza della Corte, ma vanno spesso al di là della stessa. Oltre che sugli *standard* e su una conoscenza approfondita del Paese in questione, la Commissione basa le proprie conclusioni sull'analisi dell'esperienza costituzionale comparata dei suoi Stati membri, europei ed extraeuropei.

Nei propri pareri, la Commissione espone ed esamina gli argomenti non solo delle autorità, ma anche dell'opposizione, della società civile, degli organi indipendenti. L'intervento della Commissione apre quindi, in molti casi, un canale di comunicazione e di dialogo tra la maggioranza al potere e le altre forze politiche e civili del Paese.

3. L'interazione tra la Commissione di Venezia e la Corte europea dei diritti dell'uomo

La Commissione di Venezia è un'entità molto diversa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sotto molti punti di vista: la Commissione non è un tribunale, non è stata creata da un trattato internazionale, non è un organo di monitoraggio, non ha una competenza definita da (e limitata a) un solo trattato, non ha una composizione e una giurisdizione limitate ai Paesi membri del Consiglio d'Europa, non produce norme vincolanti. La Commissione non si occupa di casi individuali e non è vincolata dalla regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne; anzi, il più delle volte esamina testi costituzionali e legislativi che non sono ancora entrati in vigore. Eppure, nonostante queste macroscopiche differenze, la Commissione e la Corte hanno stabilito negli anni una singolare ed efficace sinergia.

L'interazione tra la Commissione e la Corte Edu si svolge secondo tre assi principali:

- A) l'uso sistematico, da parte della Commissione, della giurisprudenza della Corte;
- B) gli interventi di terzi della Commissione nella procedura davanti alla Corte;
- C) i riferimenti da parte della Corte, nelle proprie decisioni e sentenze, ai pareri e agli studi della Commissione.

A) Il nome per esteso della Commissione di Venezia – «Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto» – esprime il suo campo di azione specifico: *le garanzie offerte dal diritto al servizio della democrazia*. Lo statuto della Commissione di Venezia indica, inoltre, come prioritario il lavoro relativo «ai diritti e libertà fondamentali, in particolare quelli che riguardano la partecipazione dei cittadini nella vita pubblica» (art. 1, comma 2, lett. b). Tutto il lavoro della Commissione tende, perciò, alla promozione della democrazia e dello Stato di diritto, compresa la protezione dei diritti fondamentali. Quando valuta la compatibilità di un testo giuridico con gli *standard* convenzionali, la Commissione applica, naturalmente, la giurisprudenza della Corte Edu. Inoltre, la Commissione ha elaborato un gran numero di rapporti relativi all'efficacia del sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo, ad esempio sull'esecuzione delle sentenze della Corte o sull'efficacia dei rimedi nazionali rispetto all'eccessiva durata dei procedimenti.

B) La Corte europea dei diritti dell'uomo, dopo i primi interventi di terzi da parte di Amnesty International e del Governo tedesco nel caso *Soering c. Regno Unito* (ric. n. 14038/88, 7 luglio 1989), ha ammesso diverse categorie d'intervenienti, che vantavano, a vario titolo, un interesse nella questione oggetto di esame consultivo. Tra queste categorie, si possono distinguere: 1) Stati che esercitano il diritto garantito dall'art. 36, comma 1, Cedu di intervenire nei ricorsi introdotti da un loro cittadino nei confronti di un altro Stato; 2) Stati che chiedono di essere autorizzati a intervenire in ricorsi che sollevano questioni di interpretazione della Cedu di particolare interesse; 3) altri organi o organizzazioni internazionali; 4) le istituzioni nazionali per i diritti umani; 5) le associazioni o gli istituti di ricerca e i centri di studi universitari.

Com'è noto, gli inviti o le autorizzazioni a presentare osservazioni da parte di terzi sono formulati dal presidente della Corte o della camera «nell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia» (art. 36, par. 2, Cedu). La partecipazione di terzi assume una particolare utilità per la Corte, poiché le consente

di integrare le informazioni di cui dispone; in effetti, a fronte dei propri limitati poteri d'indagine, in assenza d'interventi di terzi, essa potrebbe avvalersi soltanto delle informazioni provenienti dal ricorrente e dalle autorità dello Stato convenuto (oltre, ovviamente, al lavoro di ricerca della Cancelleria della Corte). Naturalmente, gli intervenienti, salvo la prima categoria sopra citata, non devono commentare i fatti che sono alla base del ricorso. Perché un intervento di terzi sia utile, dovrà apportare elementi di cui la Corte ha bisogno. Che l'interveniente perori una causa sulla base di giudizi sulle scelte politiche del governo, o della propria visione filosofica o religiosa del mondo, non aiuta la Corte. Che invece produca, ad esempio, elementi di diritto comparato o internazionale, ricercati e presentati in maniera oggettiva, o informazioni sul sistema giuridico interno e sulla giurisprudenza dei tribunali nazionali, sì.

Dal 2001 a oggi, la Commissione di Venezia è intervenuta in sei procedure pendenti davanti alla Corte, principalmente ai sensi dell'art. 36, par. 2, Cedu (in un solo caso dell'art. 44, par. 3, lett. a del Regolamento di procedura della Corte). La Commissione può generalmente iscriversi nella terza categoria di intervenienti.

Nel dicembre 2005, la Commissione di Venezia ha chiesto alla Corte l'autorizzazione di intervenire nel caso *Parti nationaliste basque - Organisation régionale D'Iparralde c. Francia* (ric. n. 71251/01), che sollevava la questione della legittimità della proibizione, per un partito politico, di ricevere fondi da parte di un partito politico straniero. La Commissione aveva, di recente, già adottato tre studi sui partiti politici – le «linee direttrici sulla proibizione e la dissoluzione dei partiti politici e misure analoghe», [CDL-INF(2000)001], le «linee direttrici e [il] rapporto sul finanziamento dei partiti politici» [CDL-INF(2001)007] e le «linee direttrici e [il] rapporto esplicativo sulla legislazione sui partiti politici: questioni specifiche» [CDL-AD(2004)007rev]. Peraltro, nessuno di questi si era occupato direttamente del problema sollevato da quel ricorso: la legittimità della proibizione del finanziamento da parte non di *Stati*, ma di *partiti politici* stranieri, e per di più, all'interno dell'Unione europea. La Corte ha riconosciuto il proprio interesse a ricevere un contributo da parte della Commissione¹ ponendole due quesiti: 1) nei Paesi membri del Consiglio d'Europa, il finanziamento dei partiti politici da parte di partiti politici stranieri è comunemente proibito o limitato? Se è così, quali Paesi adottano tali misure? 2) in quale misura la proibizione del finanziamento di un partito politico da parte

1. Anziché accedere alla richiesta d'intervento secondo l'art. 36, par. 2, Cedu, la Corte ha adottato un provvedimento istruttorio ai sensi dell'art. A1, par. 2, dell'Allegato al Regolamento di procedura, riguardante le inchieste.

di un partito politico straniero può ritenersi «necessaria in una società democratica», ai sensi dell'art. 11 Cedu? È necessario, in questo caso, adottare un approccio specifico a proposito del finanziamento di un partito politico registrato in un Paese membro dell'Ue da parte di un partito politico di un altro Paese membro dell'Ue?

Nel suo parere sulla proibizione del finanziamento dei partiti politici con fondi esteri [CDL-AD(2006)014], la Commissione si è fondata su una ricerca comparatistica relativa a 44 Paesi europei e sull'analisi della normativa comunitaria. Pur sottolineando la «necessità», «in una società democratica» della cooperazione tra partiti politici nel quadro delle numerosi organizzazioni e istituzioni sopranazionali esistenti in Europa, essa è pervenuta alla conclusione che la proibizione del finanziamento dei partiti politici, da parte di omologhi stranieri, possa ritenersi «necessaria in una società democratica» qualora: 1) detto finanziamento sia utilizzato per perseguire finalità incompatibili con la costituzione e le leggi del Paese destinatario (ad esempio, il partito straniero promuove la discriminazione e altre violazioni dei diritti fondamentali); 2) il finanziamento alteri l'equità o l'integrità della competizione politica, o provochi distorsioni del processo elettorale o, ancora, minacci l'integrità territoriale nazionale; 3) la proibizione faccia parte degli obblighi internazionali dello Stato; 4) il finanziamento estero inibisca la reattività dello sviluppo democratico. La Commissione ha aggiunto che è «ragionevole e appropriato» che gli Stati membri dell'Ue adottino un approccio specifico per quanto riguarda il finanziamento dei partiti da parte di partiti costituiti in altri Paesi membri dell'Unione. Secondo la Commissione, quindi, per decidere se la proibizione di finanziamento dei partiti politici con fondi esteri sia compatibile con le esigenze dell'art. 11 Cedu, è necessario esaminare individualmente ogni caso, tenendo conto della legislazione nazionale e degli obblighi internazionali che pesano sullo Stato, eventualmente a titolo della sua appartenenza all'Unione europea.

Con sentenza del 7 giugno 2007, la Corte Edu ha innanzitutto sottolineato che, se le «linee direttrici sul finanziamento dei partiti politici» della Commissione di Venezia si pronunciavano nel senso che proibire il finanziamento dei partiti politici da parte di *altri Stati* fosse necessario per proteggere la sovranità nazionale, il parere *amicus curiae* mostrava invece come la conclusione non fosse altrettanto univoca per il finanziamento *con fondi stranieri*. D'altra parte, anche il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa aveva raccomandato ai governi dei suoi Paesi membri di «*limiter, interdire ou réglementer d'une manière spécifique les dons de sources étrangères*». Secondo la Corte, in se stessa la limitazione del finanziamento con fondi stranieri non è incompatibile con l'art. 11

Cedu, ma è necessario procedere a un'analisi minuziosa del contesto in cui si muove il partito politico. Ammettendo, come sostenuto dal ricorrente e dalla Commissione di Venezia, che la cooperazione tra partiti politici all'interno dell'Ue s'isciva nell'ambito della costruzione europea, la Corte ha esaminato dettagliatamente l'impatto della proibizione del finanziamento da parte del partito basco spagnolo sulle possibilità, per il partito politico ricorrente, di esercitare un'attività politica, ed è pervenuta alla conclusione che l'ingerenza potesse essere considerata come «necessaria in una società democratica» per «la difesa dell'ordine» (art. 11, par. 2, Cedu).

L'esame dei quesiti posti dalla Corte Edu alla Commissione, tenuto conto della sezione della sentenza riguardante i lavori precedenti della Commissione, dell'Assemblea parlamentare e del Comitato dei ministri, permette di comprendere cosa ricercasse la Corte attraverso l'intervento della Commissione: in primo luogo, certamente, un'altra ricerca e analisi della legislazione dei Paesi membri del Consiglio d'Europa e della legislazione dell'Ue; ma la Corte, prendendo atto dello stato della *soft law* a quel momento, ha anche sollecitato la Commissione a perseguire la propria riflessione sul tema dei partiti politici e a esprimersi sulla questione specifica – e nuova – sollevata dal ricorso. La Corte si è largamente servita del parere della Commissione nella sentenza.

Questa sinergia tra la Corte e la Commissione si è rivelata molto proficua per entrambe: da un lato, la Corte si è procurata elementi supplementari per pronunciarsi; d'altro lato, dichiarandosi d'accordo con le linee direttrici della Commissione («*En l'espèce, la Cour n'a pas de difficulté à admettre que l'interdiction du financement des partis politiques par des Etats étrangers est nécessaire à la préservation de la souveraineté nationale; les "Lignes directrices et rapport sur le financement des partis politiques" adoptés par la Commission de Venise (...) retiennent d'ailleurs que les concours financiers venant des Etats étrangers doivent être prohibés*»), le ha innalzate da semplici raccomandazioni non vincolanti a giurisprudenza vincolante, cioè *hard law*.

Autorizzando i successivi tre interventi della Commissione, la Corte ha poi riconosciuto l'utilità della conoscenza diretta e approfondita che la Commissione di Venezia possiede del contesto giuridico e politico dei Paesi dei Balcani. La Commissione ha cooperato con questi Paesi sin dagli anni Novanta, e ne ha spesso accompagnato, stimolato e influenzato i primi passi verso la realizzazione dei valori del Consiglio d'Europa tramite numerosi pareri, che hanno distribuito incoraggiamenti, moniti e raccomandazioni in parti uguali.

Così, la Corte ha autorizzato l'intervento della Commissione nel caso *Bijelić c. Serbia e Montenegro*.

La questione dibattuta era se la Corte potesse considerare la Repubblica del Montenegro e/o la Repubblica di Serbia come responsabili delle violazioni dei diritti dell'uomo asseritamente subite dalle ricorrenti tra il 3 marzo 2004 (data di entrata in vigore della Cedu per l'unione statale tra la Serbia e il Montenegro) e il 5 giugno 2006 (data della dichiarazione d'indipendenza del Montenegro). Ora, la Commissione aveva reso in precedenza tre pareri sul processo che, il 5 giugno 2006, aveva portato all'indipendenza del Montenegro e sulla sua nuova costituzione da Stato indipendente². Nella memoria *amicus curiae* [CDL-AD(2008)021], per la Commissione era corretto ritenere il Montenegro responsabile per le eventuali violazioni dei diritti fondamentali commesse tra il 3 marzo 2004 e il 5 giugno 2006. Secondo la Commissione, non era necessario attendere che Serbia e Montenegro concludessero i propri negoziati e pervenissero eventualmente a una regolamentazione separata di tale questione, né era necessario che il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa modificasse la decisione presa nel maggio 2007, in base alla quale «la Repubblica del Montenegro deve essere considerata come parte alla Convenzione europea per i diritti dell'uomo e ai Protocolli nn. 1, 4, 6, 7, 12, 13 e 14, con effetto dal 6 giugno 2006». Nella sentenza, del 28 aprile 2009, la Corte, richiamando il principio secondo cui i diritti fondamentali protetti dai trattati internazionali appartengono agli individui che vivono sul territorio di un Paese contraente, indipendentemente dalle eventuali vicende di dissoluzione o successione, ha ritenuto – come la Commissione di Venezia – che la Cedu e i suoi Protocolli fossero rimasti in vigore ininterrottamente, rispetto al Montenegro, a partire dal 3 marzo 2004, e ha pronunciato la compatibilità *ratione personae* del ricorso nei rispetti del Montenegro, e l'incompatibilità *ratione personae* rispetto alla Serbia.

La Corte ha, poi, autorizzato l'intervento della Commissione di Venezia in due ricorsi contro la Bosnia Erzegovina. Nel maggio 2008, nel caso *Sejdic e Finci c. Bosnia Erzegovina* (ricc. nn. 27996/06 e 34836/06) l'intervento portava sul carattere asseritamente discriminatorio dell'esclusione degli "altri", coloro cioè che non si sono affiliati a uno dei tre popoli costituenti (bosniaci, serbi, croati), dall'elezione della Camera dei popoli e della Presidenza, in applicazione delle disposizioni costituzionali ed elettorali pertinenti. La Commissione, nel parere *amicus curiae* del 22 ottobre 2008, ha concluso per l'incompatibilità delle disposizioni in questione con l'art. 14 Cedu, congiuntamente con l'art. 3 del Protocollo n. 1

alla Cedu (Camera dei popoli) e con l'art. 1 del Protocollo n. 12 (Camera dei popoli e Presidenza). La Commissione ha sottolineato, in particolare, come profondi cambiamenti di mentalità fossero intervenuti nel Paese dall'epoca degli accordi di Dayton. Inoltre, la struttura costituzionale delle entità, che non esclude gli "altri", dimostrava l'esistenza di un'alternativa accettabile. Infine, l'adesione della Bosnia al Consiglio d'Europa, e le aspirazioni relative all'Unione europea, dovrebbero indicare una possibile volontà politica di superare l'assetto di Dayton.

La Corte, nella propria sentenza del 22 dicembre 2009, non si è basata solo sull'*amicus curiae* preparato dalla Commissione di Venezia, ma anche e più direttamente sui pareri adottati in precedenza dalla stessa Commissione sulla situazione costituzionale della Bosnia Erzegovina, in particolare quello del 2005 [CDL-AD(2005)004], in cui un intero capitolo era dedicato al carattere discriminatorio delle regole di elezione della Camera dei popoli e della Presidenza dello Stato. Il Governo convenuto ha sostenuto che la Cedu non esige di abbandonare totalmente i meccanismi di suddivisione del potere che sono propri alla Bosnia Erzegovina e che i tempi non fossero ancora maturi per un sistema politico che sia una semplice emanazione della regola della maggioranza. A questi argomenti, la Corte ha opposto l'analisi sviluppata dalla Commissione di Venezia nei propri pareri, «che dimostrano che esistono meccanismi di suddivisione del potere che non portano automaticamente all'esclusione totale dei rappresentanti di "altre" comunità». La Corte ha, pertanto, finito per costatare la violazione dell'art. 14 Cedu nonché delle citate disposizioni dei Protocolli nn. 1 e 12.

Infine, la Corte ha autorizzato la Commissione a intervenire nel caso *Jeličić c. Bosnia Erzegovina* (ric. n. 41183/02), che sollevava la questione se la procedura davanti alla Camera dei diritti dell'uomo della Bosnia Erzegovina costituisse «un'altra istanza internazionale d'inchiesta o di risoluzione» ai sensi dell'art. 35, par. 2, lett. b, Cedu. La conseguenza di un'eventuale risposta affermativa sarebbe stata la dichiarazione di irricevibilità del ricorso *Jeličić* e di ogni altro caso in cui si fosse precedentemente pronunciata la Camera dei diritti dell'uomo. La Corte ha chiesto alla Commissione di fornire «spunti di riflessione» e «background information» in risposta a due quesiti: se gli allegati nn. 4 e 6 agli accordi di Dayton del 1995 costituissero obblighi assunti unilateralmente dalla Bosnia Erzegovina o, invece, trattati internazionali; e

2. CDL-AD(2005)041, parere sulla compatibilità con le norme internazionali della legislazione in vigore in Montenegro sull'organizzazione dei referendum; CDL-AD(2007)017, parere intermedio sul progetto di Costituzione del Montenegro; CDL-AD(2007)047, parere sulla Costituzione del Montenegro.

se la procedura davanti alla Camera dei diritti dell'uomo potesse qualificarsi come un ricorso interno (ai sensi dell'art. 35, par. 1, Cedu) o come una procedura innanzi a un'altra istanza internazionale (ai sensi dell'art. 35, par. 2, lett. b, Cedu).

Secondo il parere *amicus curiae* della Commissione [CDL-AD(2015)020], gli accordi di Dayton sono indiscutibilmente un trattato-quadro internazionale, al quale gli Allegati apportano la sostanza. Anche l'Allegato 6, l'accordo sui diritti dell'uomo, è quindi un trattato internazionale benché sottoscritto soltanto da un Paese, la Bosnia Erzegovina. Ciononostante, la procedura davanti alla Camera dei diritti dell'uomo, istituita dall'Allegato 6, non è internazionale, ma deve considerarsi come interna, perché la Camera esercita il proprio mandato solo all'interno del territorio della Bosnia Erzegovina e relativamente a obblighi assunti non tra Stati, ma dallo Stato e dalle due entità nei confronti dei cittadini bosniaci. La Corte, con la decisione del 15 novembre 2005, è pervenuta alle stesse conclusioni della Commissione.

Mentre nei primi quattro casi era stata la Commissione di Venezia, in seguito a contatti tra il Segretariato e la Cancelleria, a chiedere alla Corte Edu di autorizzarne l'intervento di terzi, nei due casi più recenti è stata la Corte stessa a richiederne l'intervento, facendo appello «alle competenze della Commissione in materia costituzionale».

Così, nel caso *Rywin c. Polonia* (ricc. nn. 6091/06, 4047/07 e 4070/07), nel gennaio 2014 la Corte ha giustificato la richiesta di intervento sottolineando la pertinenza delle «competenze della Commissione di Venezia in materia costituzionale» per trattare l'oggetto del ricorso – questioni attinenti al funzionamento delle commissioni parlamentari d'inchiesta. La Corte ha posto due quesiti alla Commissione: come si debba procedere nel caso in cui, nel corso della procedura davanti a una commissione parlamentare d'inchiesta, si rinvenissero elementi che indichino che è stato commesso un reato; a quale stadio la procedura debba essere aperta al pubblico, nell'ipotesi in cui l'inchiesta riguardi attività di una persona che non svolge una funzione ufficiale come rappresentante di un'autorità pubblica.

La Commissione di Venezia ha fornito spiegazioni molto dettagliate: 1) la commissione d'inchiesta deve informare la procura e trasmettere informazioni e documentazione secondo le disposizioni vigenti; 2) l'inchiesta non deve essere sospesa: la commissione deve continuare l'indagine sui fatti, e pervenire alle proprie valutazioni politiche; 3) devono esistere appropriati protocolli di cooperazione tra la commissione parlamentare e la procura, nel rispetto delle differenze e del diritto di difesa della persona indagata e di chi compaia davanti alla commissione; 4) nel procedere alle audizioni e alle deliberazioni, la com-

missione deve tener conto della pendenza di indagini o procedure penali, astenendosi dal pronunciare determinazioni o affermazioni che possano ledere il principio di presunzione di innocenza; essa dovrà, inoltre, vegliare a non ostruire o interferire ingiustificatamente con le indagini o la procedura penale; 5) nel proprio rapporto la commissione parlamentare non deve emettere giudizi di natura penale né pronunciarsi sulla responsabilità penale delle persone in causa; deve, però, essere libera di descrivere e analizzare i fatti da un punto di vista politico; 6) infine, il coinvolgimento di persone che non svolgono incarichi pubblici non dovrebbe impedire alla commissione di svolgere indagini nei loro confronti, nella misura in cui è necessario per le finalità dell'inchiesta. La Commissione di Venezia ha anche richiamato, con riferimento alla pubblicità delle audizioni della commissione d'inchiesta, che spetta al legislatore decidere in proposito, tenendo conto della necessità, da parte dei membri della commissione di inchiesta, di bilanciare gli interessi.

Nella sentenza del 18 febbraio 2016, la Corte Edu è pervenuta a una constatazione di non violazione del diritto alla presunzione d'innocenza e del diritto di essere giudicato da un tribunale indipendente e imparziale. Il ragionamento seguito dalla Corte è coerente con la linea suggerita dalla Commissione di Venezia.

Da ultimo, nel luglio 2017, il presidente della Corte ha chiesto alla Commissione di Venezia di intervenire nel ricorso *Berlusconi c. Italia* (ric. n. 58428/13), che sollevava questioni di perdita del mandato elettivo che, secondo la Corte, «la competenza della Commissione in materia costituzionale» poteva aiutare a trattare. Nell'ottobre 2017, la Commissione ha adottato una memoria *amicus curiae* [CDL-AD(2017)025] nella quale, fondandosi su una ricerca comparata sulla legislazione di 62 Paesi, ha risposto al quesito, postole dalla Corte: «Quali sono le garanzie procedurali minime che uno Stato deve fornire nel quadro di una procedura di perdita del mandato elettorale?».

La Commissione ha, innanzitutto, operato una distinzione tra ordinamenti che rimettono interamente al giudice la valutazione della proporzionalità delle limitazioni del diritto di voto e di essere eletto per i detenuti condannati, e ordinamenti – come quello italiano – che invece fissano a livello legislativo le circostanze in cui tali restrizioni sono ammissibili. In quest'ultimo caso, il bilanciamento degli interessi contrapposti finalizzato a evitare restrizioni automatiche e indiscriminate è effettuato dal legislatore stesso. Così, la previsione della perdita *ex lege* del mandato elettivo deve tener conto della gravità e della natura del reato commesso, e della condotta del condannato. La legge può prevedere la perdita automatica del mandato o ancora richiedere, come in Italia, un'ulteriore pronuncia del

Parlamento; la Commissione è stata comunque d'avviso che tale pronuncia non rappresenti un'autonoma ingerenza con il diritto di essere eletto, perché il Parlamento non può decidere di applicare la perdita del mandato se questa non sia già comminata dalla legge (altrimenti si violerebbe il principio della preminenza del diritto). Il Parlamento può, invece, opporsi a tale perdita e permettere al candidato di ottenere o mantenere il proprio mandato, ma così facendo non infligge e, anzi, elimina la limitazione *ex lege* del diritto di essere eletto³. Per questa ragione, la Commissione di Venezia ha ritenuto che le garanzie della procedura di privazione di mandato possano essere ridotte, e comprendere unicamente il diritto di presentare difese, di comparire di persona e di essere rappresentato da un legale di fiducia, la tenuta di un'udienza pubblica e il carattere pubblico della decisione. La Commissione ha aggiunto che la possibilità di ricorso alla Corte costituzionale rappresenterebbe una logica garanzia complementare.

Non si saprà mai se la Corte sarebbe stata d'accordo con le conclusioni della Commissione di Venezia: con decisione del 15 novembre 2018, su richiesta del ricorrente a seguito della propria riabilitazione, intervenuta l'11 maggio 2018, la Corte – con decisione presa a maggioranza – ha radiato il ricorso dal ruolo, non ritenendo che sussistessero circostanze speciali attinenti al rispetto dei diritti dell'uomo che giustificassero la continuazione del ricorso.

Che cosa hanno apportato, dunque, gli interventi della Commissione di Venezia «al buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia», cioè al lavoro della Corte? Senz'altro, in primo luogo, ricerche comparatistiche obiettive e accurate sulle norme costituzionali e legislative dei Paesi membri del Consiglio d'Europa e sulla giurisprudenza costituzionale e degli organi di amministrazione elettorale; in secondo luogo, analisi obiettive delle norme di diritto internazionale e comunitario; in terzo luogo, la conoscenza dettagliata e la profonda comprensione del contesto costituzionale, giuridico e politico di numerosi Stati dell'Europa dell'Est e dei Balcani, con cui la Commissione lavora sin dall'inizio degli anni Novanta. Infine, analisi – confrontate con, e confortate dagli scambi di vedute con le autorità statali, con l'opposizione, con le istituzioni nazionali indipendenti, con le corti costituzionali, con i magistrati e con la società civile – dell'impatto, avverato o potenziale, di una de-

terminata norma o situazione giuridica sull'esercizio dei diritti fondamentali.

C) Se non ci sono stati interventi *amicus curiae* della Commissione tra il 2009 e il 2017, non è certo perché l'interazione con la Corte Edu si sia arrestata o sia anche solo diminuita. Con il passare degli anni, il materiale prodotto dalla Commissione di Venezia si è accumulato e diversificato, offrendo alla Corte un vasto serbatoio di riferimenti e analisi cui attingere liberamente. Ultimamente, la Corte si è quindi rivolta alla Commissione con specifiche richieste d'intervento solo quando le questioni sollevate dal ricorso non erano ancora state affrontate dalla Commissione.

In effetti, dal 2001 a oggi, senza interruzione, la Corte ha effettuato un gran numero di riferimenti ai lavori – tanto agli studi quanto ai pareri relativi a Paesi specifici – della Commissione di Venezia.

Il primo riferimento alla Commissione risale al 2001, alla decisione con cui è stato rigettato il famoso ricorso (n. 52207/99) presentato da Vlastimir e Borka Banković, Živana Stojanović, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimović e Dragan Suković contro il Belgio e 16 altri Stati (Repubblica Ceca, Danimarca, Francia, Germania, Grecia, Ungheria, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Norvegia, Polonia, Portogallo, Spagna, Turchia e Regno Unito). Nel procedere all'interpretazione del significato di «giurisdizione» ai termini dell'art. 1 Cedu, la Corte fa riferimento al rapporto della Commissione di Venezia «sul trattamento preferenziale delle minoranze nazionali da parte del loro Stato-parente [*kin-State*]» per affermare che la competenza di uno Stato a esercitare la propria giurisdizione sui propri cittadini all'estero è subordinata alla giurisdizione territoriale di quello Stato e che, inoltre, uno Stato non può esercitare la propria giurisdizione sul territorio di un altro Stato senza il consenso, l'invito o l'acquiescenza di quest'ultimo.

Il riferimento più recente alla Commissione di Venezia da parte della Corte risale al mese di novembre 2018 (*Demirtas c. Turchia*, ric. n. 14305/17). Tra il 2001 e il 2018, la Corte ha fatto riferimento alla Commissione di Venezia in più di 150 sentenze, di cui 34 di Grande Camera⁴.

Le citazioni della Commissione di Venezia possono essere distinte in due categorie. La prima comprende le citazioni di codificazioni di *standard* e di rapporti di natura generale, in primo luogo in ma-

3. Sotto il profilo del diritto a essere eletto, il problema è quindi risolto e un'eventuale doglianza risulterebbe incompatibile *ratione personae* con le disposizioni della Cedu. Anche la questione se la possibilità che il Parlamento decida di non confermare la perdita del mandato elettivo decisa da un giudice penale sia problematica sotto il profilo della separazione dei poteri sfuggirebbe, per la stessa ragione, al sindacato della Corte.

4. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22organisations%22:%5B%22Venice%20Commission%22%5D%7D>.

teria di diritto elettorale e partiti politici, due aree del diritto in cui gli standard di *hard law* sono molto rari: «*Code of good practice on electoral matters: code of good practice on referendums, code of good practice in the field of political parties*» [CDL-AD(2009)002]; «*Guidelines and explanatory report on legislation on political parties: some specific issues*» [CDL-AD(2004)007rev]; «*Joint guidelines on political party regulation by Osce/Odihr and Venice Commission*» [CDL-AD(2010)024]; «*Report on the participation of political parties in elections*» [CDL-AD(2006)025-e]; «*Report on the method of nomination of candidates within political parties*» [CDL-AD(2015)020]; «*Guidelines on the prohibition and dissolution of political parties and analogous measures*» [CDL-INF (2000)]. La Corte, che ha inserito le citazioni dei lavori della Commissione nella sezione «*Relevant international material or law*» delle sentenze, ha citato anche molti altri rapporti della Commissione, come quelli in tema di «relazione tra libertà di espressione e libertà di religione: blasfemia, insulto religioso e incitazione all'odio», «controllo democratico dei servizi di sicurezza e della raccolta di segnali elettromagnetici», «videosorveglianza da parte di attori privati».

Nella seconda categoria ricadono le citazioni di pareri relativi a Paesi determinati. La Corte di Strasburgo si è riferita, innanzitutto, alla descrizione e all'analisi effettuate dalla Commissione della situazione costituzionale di un Paese. Si vedano, ad esempio, la sentenza *Sejdic e Finci* succitata e la sentenza *Volkov c. Ucraina* (ric. n. 21722/11, 9 gennaio 2013), in cui la Corte ha citato il parere congiunto della Commissione e delle Direzioni generali dei diritti dell'uomo e degli affari giuridici del Consiglio d'Europa «sulla legge di modifica di certi atti legislativi dell'Ucraina relativi alla prevenzione dell'abuso del diritto di appello», per concludere che la procedura davanti al Consiglio della magistratura non era compatibile con i principi di indipendenza e imparzialità richiesti dall'art. 6, par. 1, Cedu.

Ma la Corte Edu ha anche utilizzato il giudizio espresso dalla Commissione di Venezia sulla compatibilità di una costituzione o di una legge con gli *standard* europei, in particolare con la Cedu. Questo è il fulcro delle competenze della Commissione, ed esprime la sua singolarità. La Commissione esamina la compatibilità di leggi e progetti di legge con gli *standard* convenzionali elaborati dalla Corte, ma - a differenza di quest'ultima - non esamina situazioni individuali. La Commissione si concentra sul requisito della previsione per legge, segnatamente sulla necessità che la specifica base legale della restrizione sia accessibile agli interessati e sia tale da consentire loro di ragionevolmente prevedere le conseguenze della propria condotta (l'aspetto della «*qualità del-*

la legge»). La Commissione s'interessa, inoltre, alla chiarezza della previsione legislativa dello scopo e delle modalità di esercizio della discrezionalità conferita alle autorità o alle corti nazionali. In sostanza, il gruppo di esperti veneziani effettua un pronostico alla luce degli *standard* convenzionali sulla legalità e sulla proporzionalità delle ingerenze che il testo legislativo in questione provoca o provocherà. La Corte si interessa sempre di più a questo pronostico.

Così, nella recente sentenza *Alekhina e altri c. Russia* (ric. n. 38004/12, 17 luglio 2018), che riguarda la condanna dei ricorrenti («*Pussy Riot*») in seguito a una *performance* artistica eseguita nella cattedrale di Mosca e la dichiarazione che i video della *performance* costituissero materiale «estremista», la Corte ha utilizzato sia il rapporto del 2006 della Commissione di Venezia sulla relazione tra libertà di espressione e libertà di religione, sia il suo parere del 2012 relativo alla legge federale russa sulla repressione delle attività estremiste. Il primo è citato tra le fonti di *standard* internazionali (insieme alle decisioni del Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni unite), e la Corte ne ha estratto e ne ha condiviso l'affermazione dell'ammissibilità delle restrizioni della libertà di espressione sotto la forma di sanzioni penali solo in caso di incitazione all'odio. Il secondo è stato utilizzato dalla Corte per determinare la legalità dell'ingerenza. La Corte ha notato che la Commissione di Venezia aveva espresso riserve sull'inclusione di certe attività nella lista di quelle considerate «estremiste» e aveva deplorato l'assenza della violenza come elemento qualificante dell'estremismo. La Corte ha, quindi, ritenuto che si ponesse una questione di «previsione legislativa», ma ha finalmente lasciato aperta la questione perché si è comunque addentrata nel tema della necessità dell'ingerenza in una società democratica, concludendo alla violazione dell'art. 10 Cedu.

Nella sentenza *Comunità Bektashi e altri c. «ex Repubblica jugoslava di Macedonia»* (ric. nn. 48044/10, 75722/12, 25176/13, 12 aprile 2018) relativa al rifiuto di permettere all'associazione ricorrente di mantenere il proprio *status* di organizzazione religiosa, la Corte Edu ha citato il parere della Commissione di Venezia sulla legge macedone del 2007, nel quale la Commissione aveva espresso dubbi sul fatto che una denominazione simile fosse sufficiente a creare confusione, e aveva ammonito le autorità a rimanere neutrali di fronte alla registrazione delle organizzazioni religiose. La Corte ha constatato una violazione dell'art. 11 Cedu sulla base di entrambi questi elementi.

Nella sentenza *Bakir e altri c. Turchia* (ric. n. 46713/10, 10 luglio 2018), riguardante la libertà di espressione, la Corte ha utilizzato il parere della Commissione del 2016 sugli artt. 216, 229, 301 e 314 del

codice penale turco, nel quale la Commissione aveva messo in dubbio il rispetto del principio di legalità.

Nelle sentenze *Centrum för Rättvisa c. Svezia* (ric. n. 35252/08, 19 giugno 2018) e *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito* (ricc. nn. 58170/13, 62322/14, 24960/15, 17 settembre 2018), la Corte ha utilizzato e ha condiviso le conclusioni del rapporto del 2015 della Commissione di Venezia sul controllo democratico delle agenzie di raccolta di segnali elettromagnetici.

Nella decisione *Aumatell I Arnau c. Spagna* (ric. n. 70219/17, 4 ottobre 2018), relativa all'equità della procedura dinanzi al Tribunale costituzionale spagnolo, la Corte ha utilizzato il parere della Commissione del 2017 sugli emendamenti alla legge organica sul Tribunale costituzionale. La Corte ha notato come la Commissione, a differenza dal Tribunale costituzionale spagnolo, avesse concluso che la procedura davanti a quest'ultimo potesse essere considerata «penale», in particolare a causa della severità delle sanzioni, ed è stata finalmente d'accordo con la Commissione.

La lista delle sentenze della Corte Edu che contengono riferimenti ai lavori della Commissione di Venezia è lunga. Se ne può dedurre un uso crescente, da parte della Corte, non solo degli *standard* generali elaborati dalla Commissione, ma anche dell'analisi che quest'ultima effettua dei contesti costituzionali e legislativi nazionali e, soprattutto, dei suoi pareri su testi legislativi nazionali le cui conseguenze la Corte si trova a dover giudicare nei ricorsi individuali che le vengono sottoposti.

4. Conclusioni

Dall'interazione o, meglio, dalla «fertilizzazione incrociata» per usare un'espressione cara alla Commissione, tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Commissione di Venezia, quest'ultima trae autorità, prestigio e visibilità. Gli *standard* di *soft law* elaborati dalla Commissione acquisiscono forza di *hard law* quando la Corte se ne appropria. Che la Corte Edu si dichiari esplicitamente d'accordo con i pronostici di compatibilità di una legge con gli *standard* convenzionali emessi dalla Commissione rinforza l'autorevolezza dei pareri di quest'ultima, motivando e incitando gli Stati a ricercarne l'assistenza al mo-

mento della stesura delle leggi, per prevenire ricorsi alla Corte e sentenze di violazione della Cedu una volta che queste leggi saranno in vigore. Tenendo conto della dilatazione temporale che la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni impone tra l'applicazione concreta di una legge e il suo esame da parte della Corte, il lavoro della Commissione di Venezia, a monte di ogni ingerenza, in un certo senso anticipa gli effetti delle pronunce della Corte, effettuando a titolo preventivo il lavoro di esecuzione delle misure generali che sarebbero necessarie in caso di un'eventuale pronuncia di condanna. E non si deve dimenticare che la Commissione di Venezia esercita una notevole influenza sui legislatori dei suoi Paesi membri.

La Corte beneficia dell'assistenza della Commissione perché ne ricava preziose analisi, sia comparative sia di approfondimento della situazione costituzionale e legislativa di Stati specifici, nonché di giudizio pronostico sull'impatto di certi testi legislativi sull'esercizio dei diritti fondamentali, che sono riconosciute come professionali e indipendenti. La Corte mostra inoltre di essere reattiva rispetto ai lavori degli altri organi del Consiglio d'Europa (non solo la Commissione di Venezia, ma anche l'Assemblea parlamentare, il Comitato dei ministri, il Commissario, gli organi di monitoraggio) e di essere parte di un sistema coerente.

Non deve sottovalutarsi, inoltre, che l'opposizione, la società civile, i giudici e le istituzioni indipendenti degli Stati membri trovano, tramite la Commissione di Venezia che ne recepisce le argomentazioni nei propri pareri, un canale di comunicazione con la Corte Edu che altrimenti sarebbe, nella maggioranza dei casi, loro precluso.

Gli organi statutari del Consiglio d'Europa che hanno il potere di chiedere pareri alla Commissione di Venezia, *in primis* l'Assemblea parlamentare, finiscono per contribuire indirettamente a fornire alla Corte ulteriori elementi di giudizio che ne arricchiscono il ragionamento.

Questa sinergia tra la Corte e la Commissione, che potrebbe essere potenziata tramite una coordinazione più sistematica tra la Cancelleria della Corte e il Segretariato della Commissione di Venezia, è mutualmente benefica e apporta, inoltre, un beneficio considerevole alla protezione dei diritti dell'uomo in Europa.

Le ong davanti alla Corte

di *Francesco Buffa*

Il testo esamina il ruolo che le ong possono avere nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte Edu, potendosi trattare di un ruolo formale quale ricorrente o terzo interveniente, ovvero di un ruolo – paradossalmente, più incisivo – di fonte informativa affidabile, al di fuori della partecipazione formale al procedimento.

1. Le ong come ricorrenti

Le organizzazioni non governative (ong) possono ricoprire diversi ruoli nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte Edu. Intanto, possono comparire come ricorrenti o come terzi intervenienti; inoltre, la Corte può utilizzare la ong come fonte informativa affidabile, quando la stessa non partecipi al giudizio.

Secondo l'art. 34 Cedu, la Corte può essere adita da una ong che si affermi vittima di una violazione, da parte di una delle Alte Parti Contraenti, di diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi Protocolli.

Il riferimento qualificante il soggetto che agisce in giudizio è il suo essere *non governativo*, ossia, secondo l'interpretazione che ne ha dato la Corte nella sua giurisprudenza, il carattere di non appartenere al sistema istituzionale dello Stato e di non partecipare all'esercizio dei poteri dell'autorità pubblica.

A tal fine, secondo la Corte, occorre far riferimento allo *status* giuridico dell'organizzazione, alla natura dell'attività che svolge e al contesto in cui si svolge, al suo grado di indipendenza dalle autorità politiche e dalle autorità statali, non solo centrali, ma anche locali, che esercitano pubblici poteri o funzioni pubbliche (*Radio France e altri c. Francia*, ric. n. 53984/00, 30 marzo 2004).

Si tratta dunque di una nozione assai ampia, notevolmente più ampia di quella di solito assegnata al termine a livello nazionale: vi rientrano le associazioni di tipo classico, ma anche i partiti politici (si veda, tra gli altri casi, *Partito della libertà e della democrazia (ÖZDEP) c. Turchia* [GC], ric. n. 23885/94, 8 dicembre 1999), i sindacati (*Unione nazionale della polizia*

belga c. Belgio, ric. n. 4464/70, 27 ottobre 1975; nonché *Sindacato «Păstorul cel Bun» c. Romania* [GC], ric. n. 2330/09, 9 luglio 2013), e persino operatori economici come le imprese commerciali (*Sovtransa-uto Holding c. Ucraina*, ric. n. 48553/99, 6 novembre 2002; *A. Pye (Oxford) Ltd et J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Royaume-Uni* [GC], ric. n. 44302/02, 30 agosto 2007; *Capital Bank Ad c. Bulgaria*, ric. n. 49429/99, 24 novembre 2005).

Per agire innanzi alla Corte, le ong devono aver subito direttamente gli effetti della misura contestata e devono produrre prove ragionevoli e convincenti di realizzazione di una violazione che le riguardi personalmente.

2. Le ong che agiscono come rappresentanti di uno o più ricorrenti

Certamente, una ong può agire davanti alla Corte in qualità di rappresentante di un ricorrente (che può essere, a sua volta, una ong) ai sensi dell'art. 36 del Regolamento della Corte, ma ciò è possibile solo sulla base dell'espresso conferimento di potere rappresentativo debitamente sottoscritto dall'interessato. In casi eccezionali, peraltro, una ong può agire per conto di un ricorrente anche in assenza di procura: si è infatti riconosciuto che vi possano essere speciali situazioni in cui le presunte vittime di gravi violazioni degli artt. 2, 3 e 8 della Convenzione non siano in grado di presentare direttamente la domanda di tutela, ciò che può portare la ong a introdurre il giudizio per conto

dell'interessato, dando ragione delle circostanze che giustificano la rappresentanza.

Nell'ammissione di tali domande, la Corte usualmente dà particolare attenzione a fattori di vulnerabilità della persona, come l'età, il sesso o disabilità, e ciò al fine di evitare che, di fatto, tali soggetti incontrino ostacoli per domandare la loro tutela di diritti fondamentali.

Il caso principale più importante relativo a questo tipo di situazioni è dato da *Centre for Legal Resources per conto di Valentin Câmpeanu c. Romania* [GC], ric. n. 47848/08, 17 luglio 2014: il caso riguardava un ragazzo di origine rom, sieropositivo e affetto da grave *handicap* mentale, che ricoverato in un ospedale psichiatrico in pessime condizioni, ivi moriva.

La Corte ha ammesso la ong ad agire in giudizio per conto dell'interessato, derogando sia alle regole del conferimento scritto preventivo del potere rappresentativo, sia alla regola dell'estinzione della procura per decesso del mandante (ammettendo la domanda giudiziale del Centro per conto dell'interessato, pur deceduto prima dell'introduzione del giudizio).

La Corte ha ritenuto che negare legittimazione alla ong nelle circostanze eccezionali che il caso presentava sarebbe equivalso a impedire che gravi violazioni dei diritti umani, subite proprio dai soggetti più vulnerabili, fossero portate all'attenzione della Corte, con conseguente esonero degli Stati dalle obbligazioni assunte con la Convenzione medesima.

A identica conclusione è pervenuto il Giudice di Strasburgo nel caso *Associazione per la difesa dei diritti umani in Romania-Comitato Helsinki a nome di Ionel Garcea c. Romania*, ric. n. 2959/11, 24 marzo 2015, ove una ong aveva presentato ricorso a nome e per conto di un detenuto che soffriva di una malattia mentale ed era morto in un ospedale penitenziario senza avere alcun familiare.

In altri casi, come nel caso dei migranti a bordo di navi di soccorso, la valutazione della Corte è stata più rigorosa, richiedendosi l'isolamento dei migranti e l'impossibilità di comunicare con l'esterno e con la stessa ong (caso *Abdi Ahmed e altri c. Malta*, ric. n. 43985/13, 16 settembre 2014; per altro verso, si vedano i due recenti casi estivi che hanno coinvolto i migranti soccorsi dalle navi «Aquarius» e, successivamente, «Diciotti», ove la Corte ha respinto la richiesta presentata da Adugi onlus e dall'Asgi contro l'Italia di emettere *interim measures* a tutela dei migranti).

3. Le ong intervenienti nel processo avanti alla Corte Edu

Le ong possono partecipare al processo avanti alla Corte anche come terze parti intervenienti.

L'art. 36 Cedu, come modificato dal Protocollo n. 14, prevede infatti che «*In ogni caso davanti a una Camera o alla Grande Camera (...) nell'interesse della buona amministrazione della giustizia, il presidente della Corte può invitare qualsiasi Alta Parte Contraente che non sia parte del procedimento o altra persona interessata diversa dal richiedente a presentare osservazioni scritte o prendere parte alle udienze*».

Non vi è dunque un diritto quesito di intervento, posto che la decisione è rimessa alla valutazione discrezionale del presidente, che ammetterà la partecipazione del terzo solo quando l'intervento di quest'ultimo sia «*dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice*».

L'intervento di organizzazioni non governative è stato, peraltro, ammesso con frequenza nella prassi: si registrano circa settanta casi, che non sono pochi se si considera che si parla di intervento davanti alla Grande Camera (di solito, l'intervento davanti ad altre formazioni giudiziarie non opera), le cui udienze sono poco frequenti.

Quanto ai soggetti ammessi al procedimento, si è trattato quasi sempre di ong internazionali specializzate nella difesa dei diritti umani.

4. Le ong come soggetti informati dei fatti

Per la Corte, le ong – soprattutto le organizzazioni internazionali (ad esempio, tra le altre, Amnesty International e Human Rights Watch) – sono una preziosa fonte di informazioni e di monitoraggio negli Stati membri o nei Paesi terzi non parti della Convenzione, in particolare (ma non esclusivamente) nei casi di espulsione o di estradizione di stranieri.

Anche se una ong non partecipa al processo avanti alla Corte come interveniente, i dati da essa raccolti consentono alla Corte di valutare se, nel caso di un particolare Paese, il ricorrente sia oggettivamente esposto al rischio di essere ucciso, giustiziato, torturato o sottoposto a trattamento inumano e degradante (artt. 2 e 3 Cedu).

Le ong specializzate nella protezione della libertà di espressione, dal canto loro, possono fornire informazioni sul rispetto di questa libertà da parte dell'uno o dell'altro Stato.

Le ong, in tale ambito, svolgono non solo un ruolo puramente informativo, ma un ruolo essenziale per la stessa società democratica, essendo poste come “cane da guardia” della democrazia, al pari della stampa.

Allo scopo evidenziato, la Corte Edu riconosce ampiamente la libertà di espressione delle ong, a iniziare da quelle specializzate in settori di particolare interesse per la società, e dà loro ampio credito.

Ad esempio, nel caso *Saadi c. Italia* [GC], ric. n. 37201/06, 22 febbraio 2008, relativo all'espulsione di un migrante verso la Tunisia, vengono richiamati (parr. 65 ss.) il rapporto di Amnesty International relativo alla Tunisia, ivi inclusa una dichiarazione redatta dalla ong relativa al ricorrente della causa innanzi alla Cedu, nonché il rapporto di Human Rights Watch riguardante la Tunisia. La Corte espressamente riconosce (par. 143) di «*tenere in considerazione nel caso di specie i rapporti di Amnesty International e di Human Rights Watch riguardanti la Tunisia, che descrivono una situazione preoccupante*».

La stessa Corte ricorda inoltre (par. 131) che, «*per quanto riguarda la situazione generale nel Paese, la Corte ha spesso dato importanza alle informazioni contenute nei rapporti recenti provenienti da associazioni internazionali indipendenti di difesa dei diritti dell'uomo come Amnesty International, o da fonti governative, tra cui il Dipartimento di Stato americano (vedasi, per esempio, Chahal precitata, §§ 99-100, Müslim c. Turchia, no 53566/99, § 67, 26 aprile 2005, Said c. Paesi Bassi, no 2345/02, § 54, 5 luglio 2005, e Al-Moayad c. Germania (dec.), no 35865/03, §§ 65-66, 20 febbraio 2007)*».

Per fare altro esempio, nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* [GC], ric. n. 27765/09, 23 febbraio

2012, la sentenza della Corte (punti 38 ss.), richiama espressamente il rapporto di Human Rights Watch del 2009, secondo il quale (sulla base di quanto emerso in colloqui avuti con novantuno migranti, richiedenti asilo e rifugiati in Italia e a Malta) le motovedette delle autorità italiane rimorchiavano le imbarcazioni dei migranti nelle acque internazionali (senza verificare se tra questi vi fossero rifugiati, malati o feriti, donne in stato di gravidanza, bambini non accompagnati o vittime di tratta o di altre forme di violenza) e li riaccompagnavano direttamente in Libia, dove essi erano immediatamente arrestati dalle autorità locali. Secondo il rapporto, inoltre, le autorità non avevano nemmeno concesso a Human Rights Watch l'autorizzazione a visitare uno dei numerosi centri di detenzione per i migranti in Libia, nonostante le ripetute richieste dell'organizzazione umanitaria.

Al richiamo al detto rapporto si accompagna, in sentenza, anche l'indicazione dei risultati di una visita d'inchiesta di Amnesty International in Libia.

Per entrambi gli esempi fatti, va rilevato che si tratta di documenti delle ong che forniscono proprio i dati oggetto di accertamento da parte della Corte, la cui verifica è centrale ai fini della risoluzione del problema giuridico ad essa sottoposto.

La giurisprudenza Cedu tra progresso sociale e conservazione dello *status quo*

di *Francesco Buffa*

Il carattere generico delle disposizioni della Convenzione accresce il ruolo interpretativo e politico della Corte Edu, la cui attività rende la Convenzione un *living instrument* da adattare a una società in continua evoluzione. I risultati sono ambivalenti, operando la giurisprudenza della Corte – il cui processo decisionale appare, nei suoi diversi fattori, ancora da approfondire – come strumento di progresso sociale o, viceversa, di conservazione dello *status quo*.

1. Ambito interpretativo e ruolo politico della Corte

Le norme della Convenzione hanno spesso un carattere generico, affermando valori e principi su cui si registra un consenso unanime e indiscusso.

Diverso discorso va fatto quando, dalla generale affermazione della norma, si passa all'applicazione della stessa in riferimento a casi concreti, in vista della risoluzione di problemi specifici: qui le certezze si sgretolano e l'individuazione della regola del caso concreto appare più problematica.

Sia attraverso strumenti ermeneutici generali (quali l'affermazione del carattere autonomo dei concetti e degli istituti della Convenzione, ovvero l'affermazione del controllo europeo sul rispetto dei limiti al margine di apprezzamento riservato agli Stati) sia, soprattutto, attraverso un'opera di paziente adattamento dei principi convenzionali alle condizioni reali delle fattispecie emergenti nel giudizio avanti alla Corte Edu, quest'ultima è giunta a elaborare principi del tutto nuovi, che difficilmente possono ricavarsi dalla lettera della norma convenzionale, pur derivando dai principi sottesi alla Cedu e alla precedente giurisprudenza della Corte.

A tal proposito, si dice solitamente che la Convenzione è un *living instrument*, un insieme di norme che

vivono nell'interpretazione che ne ha dato e ne dà la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Si tratta di un'operazione ermeneutica ormai consolidata, risalendo la sua prima affermazione al caso *Golder* del 1975, a partire dal quale la Corte di Strasburgo ha sistematicamente dichiarato di concepire la Convenzione come uno «*strumento vivente di tutela dei diritti fondamentali*», pertanto da interpretare in modo evolutivo, attento cioè ai tempi e ai contesti, e non tanto alla lettera delle disposizioni negoziate, come avviene per un qualsiasi trattato internazionale, la cui interpretazione è strettamente vincolata alla volontà espressa.

Quanto si dice evidenzia la componente creativa della giurisprudenza di Strasburgo: i suoi giudici sono assai lontani dal modello che li vede, in ossequio al tradizionale principio di separazione di poteri, mera «*bouche de la loi*», meri applicatori della Convenzione; la giurisprudenza della Corte Edu ha dunque un carattere in sé innovativo, essendo inevitabilmente collegata in modo indissolubile alla società europea e alla sua continua evoluzione.

Si è parlato, più in generale, di “infondatezza” dei diritti fondamentali, nel senso che essi non trovano fondamento espresso in fonti normative, ma nell'applicazione giurisprudenziale di principi generali fatta dalle corti¹.

1. Sul nuovo ruolo del giudice nell'applicazione dei principi giuridici nell'attività giurisdizionale, N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017.

I giudici, così, divengono gli interpreti delle istanze sociali, e in tal modo assicurano che la Corte possa tenere il passo dell'evoluzione della società nei Paesi europei.

Una giurisdizione che opera sulla base di principi fondamentali può, naturalmente, interpretare il suo ruolo in modo diverso, in chiave espansiva o restrittiva di tali diritti. Basti considerare le applicazioni fatte dalla Corte in relazione agli istituti e ai concetti della Convenzione e, per altro verso, alla dottrina del margine di apprezzamento.

Sotto il primo profilo, la Corte ha più volte affermato di interpretare le espressioni tecnico-giuridiche contenute nella Convenzione non alla stregua del diritto interno dello Stato di volta in volta interessato, ma in maniera *autonoma* (cd. principio di autonomia delle previsioni convenzionali). Le motivazioni sono chiare, in quanto ritenere diversamente equivarrebbe a lasciare i legislatori nazionali arbitri della misura delle obbligazioni assunte dai rispettivi Stati nel quadro della Convenzione, il che sarebbe contrario all'oggetto e allo scopo di quest'ultima.

Meno chiaro è come l'autonomia della Corte si manifesti in concreto, ossia individuare quali fattori incidano sulle scelte della Corte nella precisazione dei concetti giuridici. Da una data interpretazione terminologica, infatti, discende l'estensione delle garanzie della Convenzione a certi settori, ovvero la loro esclusione: ad esempio, l'applicazione dei cd. criteri Engel sulle "accuse in materia penale" alle sanzioni irrogate dallo Stato comporta l'estensione di molti principi della Convenzione a sanzioni formalmente non qualificate come penali dai singoli ordinamenti (come sanzioni amministrative, contributive, fiscali, etc.), con effetti che possono essere dirompenti per i singoli ordinamenti nazionali e per gli stessi bilanci statali; al contrario, l'interpretazione autonoma della nozione di "diritto civile" può portare all'esclusione, per molti diritti patrimoniali, delle garanzie del giusto processo (si pensi alla materia tributaria).

In altri termini, con la sua interpretazione autonoma, la Corte modula l'estensione dell'ambito applicativo delle tutele convenzionali, scelta senza dubbio di tipo politico.

Sotto il secondo profilo, si è richiamata la dottrina del margine di apprezzamento. Com'è noto, molte norme della Convenzione contengono delle clausole cd. *di interferenza*, ossia: mentre proteggono un diritto, consentono, in ipotesi tassative, un'interferenza statale che ne limiti il godimento a date condizioni (in sintesi, alla condizione che l'ingerenza sia: prevista dalla legge; per uno scopo legittimo e, se del caso, rientrante tra quelli previsti dalla norma convenzionale; necessaria in una società democratica, ossia proporzionata alla finalità che si prefigge).

Il riferimento al margine di apprezzamento porta con sé il rischio di un sistema di protezione dei diritti potenzialmente disomogeneo e "a geometria variabile", a discapito di una applicazione uniforme (ed effettiva) del dettato convenzionale.

Per altro verso, se la valutazione dei contrapposti interessi è fatta in prima battuta dagli Stati, per il principio di sussidiarietà, il margine di apprezzamento degli Stati resta sottoposto al controllo europeo.

Come è evidente, il parametro che la Corte considera in tali casi è "esterno" rispetto alla Convenzione, essendo collegato al concetto di "società democratica" che non è più mutuato dalla norma convenzionale, né naturalmente dagli ordinamenti nazionali, ma che sembra assumere una sua identità autonoma proprio attraverso la continua modellazione che ne fa la giurisprudenza europea.

Il giudizio della Corte, soprattutto nell'ambito del *proportionality test*, si arricchisce allora di elementi di valutazione assai diversi: qui gli strumenti di controllo della Corte sono ben più penetranti rispetto a un mero controllo di "legittimità convenzionale" e interessano anche altri aspetti connessi, in relazione ai valori che si intendono tutelare.

Si tratta di un giudizio di carattere politico più che giuridico: quali principi, democrazia, legalità e proporzionalità conferiscono alle istituzioni nazionali (e, di riflesso, alla Corte in sede di controllo europeo) il compito di mediare tra interessi confliggenti, ciò che comporta operazioni difficili di bilanciamento di valori e complesse questioni riguardanti l'interesse collettivo.

2. Margine di apprezzamento ed *European consensus*

Un temperamento al relativismo interpretativo della Corte Edu deriva dall'*European consensus*, atteso che la Corte, nel limitare la discrezionalità degli Stati nell'operatività del margine di apprezzamento, richiama il *consensus* delle società democratiche europee: una sorta di *communis opinio* derivante dall'analisi comparativa, denominatore comune tra le varie legislazioni.

Tradizionalmente visto come strumento in grado di limitare il margine di apprezzamento che la Convenzione lascia agli Stati in certi ambiti, l'*European consensus* finisce con l'essere un elemento utile per orientare l'interpretazione della Cedu da parte della Corte, giungendo in tal modo a costituire esso stesso un parametro esterno, che limita la discrezionalità della Corte.

Come noto, l'applicazione della dottrina del consenso è inversamente proporzionale al margine di apprezzamento: se c'è omogeneità di disciplina, o anche

talvolta solo una chiara tendenza tra gli Stati membri a regolare una certa questione in un determinato modo, tanto più si restringe il margine di apprezzamento di cui godono le autorità interne responsabili della denunciata violazione di un diritto protetto dalla Convenzione; se, per converso, non esiste un *consensus standard*, il margine di apprezzamento degli Stati si espande.

In sede di controllo europeo, la Corte Edu si fa interprete del *consensus standard* intorno al criterio utilizzato dallo Stato per giustificare l'interferenza, pervenendo all'individuazione dell'esistenza o meno del *consensus*, dell'entità e dei tratti specifici dello stesso attraverso la via di analisi di diritto comparato, che danno conto del diritto vivente negli Stati membri e riscontrano la sussistenza di *standard* omogenei di protezione dei diritti umani nei vari ordinamenti all'interno del sistema della Convenzione.

Questo approccio è coerente con il ruolo di armonizzazione di giurisprudenza della Corte Edu: infatti, una delle funzioni di primaria importanza della giurisprudenza consiste nel creare progressivamente un'applicazione armonica di protezione dei diritti umani, muovendo attraverso i confini nazionali degli Stati contraenti e permettendo agli individui nella loro giurisdizione di godere, senza discriminazione, di pari protezione – a prescindere dal loro luogo di residenza.

Tuttavia, il ruolo di armonizzazione conosce dei limiti, atteso che, ove gli ordinamenti europei differiscano notevolmente nel modo di proteggere (o non proteggere) gli individui contro comportamenti da parte dello Stato, e la presunta violazione della Convenzione riguardi un diritto relativo, che può essere bilanciato – in conformità con essa – nei confronti di altri diritti o interessi altrettanto degni di protezione in una società democratica, la Corte potrà considerare che gli Stati, a causa dell'assenza di un consenso europeo, hanno un margine di apprezzamento nel bilanciamento dei diritti in gioco.

Anche tale operazione di "controllo europeo", posta in essere dalla Corte, è influenzata da fattori extragiuridici.

Prima di tutto, pesa il modo in cui il *consensus* è accertato, ciò che avviene solitamente attraverso sintetiche ricerche di diritto comparato svolte da giovani giuristi della Divisione ricerca della Corte (qui si fa rinvio alle relative pagine contenute in questo volu-

me, che evidenziano, tra l'altro, le difficoltà pratiche per acquisire dati relativamente ad alcuni Paesi e, in generale, lo scarso ruolo dato nelle ricerche alla giurisprudenza, ricercandosi più il dato positivo che le sue elaborazioni giurisprudenziali).

Occorre, poi, vedere quanto dei risultati di quelle ricerche è in grado concretamente di orientare le decisioni della Corte. In proposito, si è detto che l'applicazione automatica del *consensus*, fondato su una maggioranza meramente numerica di discipline nazionali omogenee, potrebbe costringere il giudice europeo ad abdicare alla sua fondamentale funzione anti-maggioritaria di protezione delle minoranze, il che rende evidente la necessità che, in diversi casi, il criterio del *consensus* sia superato².

In secondo luogo, va sottolineato un aspetto assai importante: l'applicazione del principio del consenso e della dottrina del margine di apprezzamento implica, comunque, una difficile opera di bilanciamento tra esigenze contrapposte, nella quale la stessa pluralità dei criteri seguiti dalla Corte nell'esercizio del controllo europeo e, per altro verso, un certo grado di vaghezza giuridica dei criteri medesimi, amplificano le difficoltà e producono risultati non sempre coerenti e prevedibili.

Pesa sempre il rischio – oltre che di manipolazione dei parametri utilizzati quali strumenti di applicazione del diritto e di incidenza di valutazioni politiche nella scelta tra *judicial activism* e *self-restraint* dei giudici – di un'inevitabile mancanza di sicurezza giuridica e certezza normativa, in quello che è un procedimento pretorio non regolato da norme, ciò che implica uno spazio di manovra per gli Stati piuttosto ambiguo, che viene "manipolato" dalla Corte a seconda delle circostanze: quando intende ridurlo, la Corte valorizza l'*european consensus*; quando intende ampliarlo, la Corte valorizza la *better position* dei giudici nazionali.

La conciliazione dell'interpretazione uniforme della Cedu con un criterio di relatività che assicuri il rispetto delle diversità giuridiche, culturali e sociali dei Paesi membri della Cedu stessa non è, del resto, compito facile e definibile *ex ante* in modo definitivo, ma è opera inevitabilmente fluida, rimessa a successive precisazioni giurisprudenziali nell'interpretazione della Convenzione quale *living instrument*, da adattare a una società – o a una pluralità di modelli sociali – e a un diritto – o a una pluralità di sistemi giuridici – in continua evoluzione³.

2. In tema, si veda G. Raimondi, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8 – 11 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, conferenza sul tema «La corte europea dei diritti dell'uomo: il meccanismo di decisione della Cedu ed i criteri di interpretazione conforme alla Convenzione europea», Csm, formazione decentrata, Palazzo di giustizia di Milano, 11 gennaio 2013.

3. F. Donati e P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, atti

3. I fattori extragiuridici condizionanti il processo decisionale della Corte

Con riferimento al margine di apprezzamento degli Stati, le applicazioni dei richiamati principi sono tantissime in giurisprudenza e un esame delle sentenze della Corte consente di approfondire quale siano le linee del margine di apprezzamento riservate agli Stati (gli studi dottrinali sul tema sono innumerevoli⁴).

Meno studiato è il margine di apprezzamento (non degli Stati, ma) della stessa Corte, ossia l'ambito della discrezionalità (e i relativi fattori condizionanti) che guida il giudizio della Corte europea, in generale, nell'interpretazione della Convenzione e, in particolare, nell'applicazione delle clausole di interferenza⁵.

A tal fine, entrano in gioco vari elementi, spesso estranei alla valutazione puramente giuridica delle fattispecie.

I fattori extragiuridici che incidono sul processo decisionale della Corte sono diversi, ricollegandosi sia alle persone dei giudici sia alla composizione dei collegi, ciò che moltiplica le variabili in gioco.

A monte, rileva il rapporto tra la Cancelleria e la Corte, e il peso sostanziale che hanno i giuristi della Cancelleria nella selezione dei casi rilevanti, nell'impostazione degli stessi e nella soluzione dei problemi giuridici.

Il problema è assai complesso, riguardando un sistema in cui il precedente giudiziario assume un peso notevole (e la Cancelleria rappresenta la "memoria storica" della giurisprudenza); inoltre, l'esame diretto del fascicolo è nella gran parte dei casi opera dei soli giuristi della Cancelleria e non anche dei giudici,

sicché – sia per ragioni linguistiche, sia per ragioni di conoscenza dell'ordinamento interessato dal caso – l'impostazione stessa della causa (se non la decisione) vede nel *Registry*, se non un contropotere, certo un forte elemento condizionante le scelte dei giudici⁶.

Un problema esiste proprio nel rapporto del giudice con i giuristi, che non sono come i referendari di altre Corti, ma sono in posizione più autonoma, sebbene – paradossalmente – le garanzie di indipendenza dei giudici non trovino alcuna applicazione con riferimento ai giuristi (che hanno solo le più blande garanzie dei funzionari pubblici e sono, per converso, inseriti in una struttura fortemente gerarchizzata).

Nel far rinvio, per una disamina del problema dei rapporti tra giudici e giuristi, ai contenuti specifici del presente volume, è sufficiente in questa sede aver evidenziato il ruolo della Cancelleria quale fattore condizionante le decisioni dei giudici.

Quanto agli altri fattori extragiuridici che incidono sul processo decisionale della Corte, come anticipato, essi si ricollegano, da un lato, alla personalità dei giudici e alla loro sensibilità, nonché alla loro formazione (il loro essere stati giudici, professori universitari o, ancora, avvocati) e provenienza geografica.

Due esempi possono aiutare a evidenziare la problematica.

Da un lato, in materia di espropriazione, mi vengono in mente i sottili *distinguo* della giurisprudenza italiana in ordine ai vari tipi di espropriazione (ordinaria, acquisitiva, usurpativa, etc.); sottili distinzioni che un giudice italiano (specie se proveniente dai ruoli delle magistrature) non può non considerare, essendo queste il presupposto di ogni ragionamento giuridico in ordine alla legittimazione della privazio-

del seminario «La Corte costituzionale e le Corti d'Europa», Copanello, 31 maggio – 1° giugno 2002, in Aic, <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/copanello020531/donatimilazzo.html>.

4. Per le linee generali dell'istituto e la storia delle sue origini, si vedano: E. Brems, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches recht und völkerrecht*, vol. 56, 1996, pp. 240-314 (http://www.zaoerv.de/56_1996/56_1996_1_2_a_240_314.pdf); R. St. J. MacDonald, *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in Aa. Vv., *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 187-208; H.C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, L'Aia, Boston, Londra, Kluwer Law International, L'Aia-Boston-Londra, 1996; J. Callewert, *Quel avenir pour la marge d'appréciation?*, in P. Mahoney-F. Matscher-H. Petzold-L. Wildhaber (a cura di), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Berlino-Bonn-Monaco, 2000, pp. 147-166; D. Spielmann, *Allowing The Right Margin: the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine - Waiver or Subsidiarity of European Review?*, working paper, «Centre for european legal studies», Università di Cambridge, febbraio 2012; F. Tulkens e L. Donnay, *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n. 1/2006, pp. 3-23; P. Lambert, *Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité*, in F. Sudre (a cura di), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 63-89.

5. Interessanti osservazioni sul tema in D. Spielmann, *En jouant sur les marges. La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale : Abandon ou subsidiarité du contrôle européen ?*, in *Actes de la section des sciences morales et politiques «La Liberté»*, «Institut Grand-Ducal», Università di Lussemburgo, vol. XIII, 2010, pp. 203-255.

6. Pratiche considerazioni in tema sono svolte da M. De Salvia, che parla di «opacità del processo decisionale»: *I referendari*, in S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001.

ne della proprietà. Come spiegare queste distinzioni a un giudice della Corte (magari, in passato, legale di ong) proveniente da un Paese (ad esempio, senza andar lontano dall'Italia, l'Albania) nel quale il procedimento espropriativo ha interessato la maggior parte della popolazione, ricollegandosi alla nazionalizzazione delle terre? È questo un esempio di scuola di come l'estrazione professionale e la provenienza geografica dei giudici possano rilevare (lo si dice in astratto, senza riferimento a singoli casi decisi o ai giudici effettivi della Corte) nel momento in cui bisogna applicare una norma (per restare nell'esempio, l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1) che protegge genericamente la proprietà privata.

Ancora, l'esame della giurisprudenza della Corte autorizza, a volte, a pensare che il singolo Stato convenuto non sia una variabile indipendente e che incida, in qualche misura, nelle valutazioni della Corte, richiedendo questa *standard* di protezione non omogenei per i vari Stati.

Può farsi l'esempio del diverso modo di intendere la latitudine del margine di apprezzamento a seconda degli Stati, in considerazione delle peculiarità dei singoli ordinamenti interessati e della generale situazione di un Paese; oppure, si pensi alla tendenza, in alcuni casi, a considerare effettivo un rimedio interno sopravvenuto alla violazione (si veda il caso del ricorso costituzionale in Turchia nella decisione *Mercan*, espressione di una scelta – indubbiamente politica – della Corte di non interferire nelle vicende politiche interne, pur gravissime, di un Paese), tanto da derivarne l'inammissibilità sopravvenuta della domanda di protezione, laddove in altri casi, per altri Paesi e in altre situazioni politiche, il rimedio interno – che, magari, presenta ben più solide garanzie di tutela – è visto come ineffettivo.

In alcuni studi in materia⁷, che hanno esaminato tutte le decisioni della Corte in un lunghissimo arco temporale, si è rilevato che i giudici provenienti dai Paesi ex-socialisti sono più propensi a votare contro il loro Stato rispetto a quanto facciano gli altri giudici dell'Ovest rispetto al loro Paese, e, in generale, che sono più propensi a votare per la violazione.

Per altro verso, si sono pure sottolineati i possibili effetti che la reputazione dello Stato contraente può giocare nel processo decisionale della Corte Edu, essendosi rilevato che agli Stati con bassa reputazione di protezione dei diritti umani (e, specie, per l'analogo livello di indipendenza giudiziaria e di democra-

zia) è riservato un trattamento più gravoso rispetto agli Stati membri con una reputazione più alta. Ciò, peraltro, è vero solo in parte, avendo ad esempio un Paese come l'Italia (provvista, in astratto, di buona reputazione, almeno secondo gli italiani) un numero tra i più elevati di condanne a opera della Corte Edu.

Sotto altri profili, rileva il tipo di diritto che viene in gioco, essendosi riscontrata una più diffusa tendenza a proteggere diritti in materia penale rispetto ai diritti socio-economici.

Occorre, inoltre – anche in rapporto al profilo già rilevato – sottolineare il ruolo delle mutevoli maggioranze nei collegi: basti ricordare, in proposito, tutti quei casi in cui i giudizi della camera (a sette giudici) e della Grande Camera (a diciassette giudici, di Paesi in gran parte diversi dai precedenti, come avviene normalmente nei casi di *referral*) hanno avuto un contenuto diametralmente opposto, sebbene la norma convenzionale invocata dalle parti fosse stata sempre la medesima.

Per l'Italia, si pensi al caso *Giuliani e Gaggio*, sulla morte di Carlo Giuliani negli scontri del G8 di Genova, e al caso *Lautsi*, sul crocifisso nelle scuole, casi definiti con sentenza di condanna in primo grado e di non violazione in Grande Camera.

La diversa composizione delle formazioni giudiziarie ha inciso sulla decisione?

A volte si dice che la Grande Camera è tradizionalmente più conservatrice, incline come tale a negare la violazione della Convenzione: secondo alcuni dati riportati dagli studi sopra citati, i casi ascoltati dalla Grande Camera hanno il 58% in meno di probabilità di trovare una violazione rispetto a quando una domanda è ascoltata da una camera inferiore.

Vari fattori rilevano in proposito. Intanto, la maggior cautela dei giudici della Grande Camera può spiegarsi in quanto essi siedono nella fase finale del processo giudiziario all'interno della Corte Edu; ciò può portare a invertire le decisioni della camera semplice quando questa sia andata troppo lontano nella tutela di un diritto e nell'accertamento di una violazione.

In secondo luogo, la maggiore esposizione mediatica del giudizio dinanzi alla Grande Camera (ove i casi son sempre trattati con solenne udienza pubblica, a differenza dei normali casi di Camera) può indurre a maggiore cautela.

Tali considerazioni, peraltro, sono smentite dall'esame di molti casi in cui le sentenze di Grande

7. C. Yankle Allyson, *Model Behavior: Considering Judicial Decision-Making at the European Court of Human Rights*, working paper presentato in occasione dell'«ASIL Midyear Research Forum» del 2017. Uno studio del processo decisionale della Corte è anche in S. Dothan, *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*, in *Chicago journal of international law*, vol. 12, n. 1/2001, pp. 115-142. Riferimenti di analisi statistica utili per la valutazione del *decision making process* sono in E. Voeten, *The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights*, in *International Organization*, vol. 61, n. 4/2007, pp. 669-701.

Camera hanno un forte ruolo progressivo e un grande impatto innovativo nella società.

La verità è che, anche per tali profili, scarsi o inesistenti sono gli studi dottrinali sul processo decisionale della Corte e sui fattori extragiuridici che lo possono, direttamente o indirettamente e in misura più o meno ampia, condizionare.

Insomma, l'ampio spazio interpretativo che la Convenzione lascia alla Corte è coperto attraverso una valutazione, necessariamente politica, dei contrapposti interessi in gioco, ma su tali aspetti incidono sia fattori giuridici sia altri, extragiuridici, ancora poco analizzati.

4. La giurisprudenza della Corte in pratica. Un ruolo prevalentemente progressivo. La tutela dei migranti

Se, una volta sottolineati i profili teorici, ci spostiamo a esaminare la giurisprudenza della Corte in pratica, si può invero riscontrare che la Corte ha svolto negli anni un ruolo politico prevalentemente progressivo, volto all'esaltazione delle forme di tutela dei diritti dell'uomo. Si segnalano, in particolare, le tante pronunce rese dalla Corte a tutela dei soggetti "deboli" (minori, omosessuali, transessuali, detenuti, disabili, stranieri, prostitute⁸) e le altrettante a protezione dei cittadini europei contro soggetti "forti"⁹.

Per altro verso, fortemente espansivo delle tutele è l'approccio seguito nella decisione di tante questioni di bioetica¹⁰.

Tra le molte sentenze, vi è spazio in questa sede solo per soffermarsi su una sentenza più di altre, e intendendo qui richiamare la sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ove emerge in tutta la sua attualità la portata del ruolo fortemente politico svolto dalla Corte Edu,

in relazione alla questione della tutela dei migranti in alto mare, che è da tempo – e, ancor più, in tempi recenti – questione che divide l'intera Europa¹¹.

Nell'occasione, la Corte afferma i principi della Convenzione con forza tale da imporsi al di là degli stretti limiti di giurisdizione territoriale degli Stati e al di là di ogni accordo internazionale sottoscritto dallo Stato con Paesi terzi¹².

Il caso riguardava parte di un gruppo di circa duecento migranti che, nel 2009, avevano lasciato l'Africa a bordo di tre navi con l'obiettivo di raggiungere la costa italiana; intercettati in acque maltesi dalla Guardia costiera italiana, le persone furono trasferite su navi militari italiane e riportate a Tripoli. In conferenza stampa, il Ministro degli interni italiano dichiarò che le operazioni di intercettazione delle navi in alto mare e di rimpatrio dei migranti in Libia erano conformi agli accordi bilaterali conclusi con la Libia.

Nella sentenza, resa il 23 febbraio 2012, la Corte ha dichiarato esservi stata violazione da parte dell'Italia degli artt. 3 e 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione.

In particolare, la Corte ha sottolineato gli obblighi degli Stati derivanti dalla legge internazionale sui rifugiati, incluso il "principio di non respingimento", anch'esso sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e ha rilevato che non era stato fatto alcun esame delle posizioni individuali dei migranti né alcuna distinzione tra migranti irregolari e richiedenti asilo, che gli stessi erano stati arrestati e detenuti in condizioni che gli osservatori avevano descritto come «disumane», riferendo, in particolare, casi di tortura. Inoltre, la Corte ha rilevato che quando i ricorrenti erano stati trasferiti in Libia, le autorità italiane avrebbero dovuto sapere che non vi erano garanzie sufficienti a proteggerle dal rischio di essere restituite arbitrariamente ai loro rispettivi Paesi di origine.

8. Si vedano, tra le altre, per rimanere ai soli casi contro l'Italia, le sentenze *S.H., Oliari*, nonché la recentissima *S.V.*, del 1° ottobre 2018; si richiama, per la sua importanza, la sentenza *Centro per le risorse giuridiche per conto di Valentin Câmpeanu c. Romania*, deciso dalla Grande Camera il 17 luglio 2014, e in proposito si fa rinvio, in questo volume, al capitolo sui disabili (n. 62).

9. Si veda, tra le altre, la sentenza *Calvelli e Giglio c. Italia*, in tema di *medical negligence*. In dottrina, si veda D. Tatu, *Medical negligence in the case law of the European Court of Human Rights* (collana «Il diritto in Europa oggi»), Vicalvi (FR), 2018.

In tema di maltrattamenti e torture inflitte da forze di polizia, poi, si richiamano le sentenze *Cestaro e Bartesaghi Gallo e altri c. Italia*, con nota di chi scrive, *La Cedu e la Diaz 2.0*, in *Questione Giustizia on line* del 26/6/2017, www.questionegiustizia.it/articolo/la-cedu-e-la-diaz-2_0_26-06-2017.php.

10. Si pensi alle sentenze *Godelli c. Italia* e *Odièvre c. Francia* sul diritto a conoscere le proprie origini, alle sentenze *Goodwin c. Regno Unito*, *H. c. Finlandia*, nonché *X, Y e Z c. Regno Unito* sui diritti dei transessuali, alle sentenze *Oliari e altri* e *Orlandi e altri c. Italia* sulle unioni civili omosessuali, alle sentenze *Menesson c. Francia* e *Paradiso e Campanelli c. Italia* sul cd. "utero surrogato", alle sentenze *X c. Austria* e *Gas e Dubois c. Francia* sulla *step child adoption*, alla sentenza *Lambert c. Francia* sul fine vita.

11. In tema, L. Ferrajoli, *La questione migranti: Italia incivile, Europa incivile*, in corso di pubblicazione, nonché A. Leogrande, *Il naufragio. Morte nel Mediterraneo*, Feltrinelli, Milano, 2011 e *Id.*, *La frontiera*, Feltrinelli, Milano, 2015.

12. Per un esempio di *self restraint* della Corte in materia di immigrazione, invece, si richiama quanto riferito nel capitolo sulle ong (n. 32), in ordine alla ritenuta inammissibilità della loro richiesta di *interim measures*, in difetto di potere rappresentativo espressamente conferito dai migranti trattenuti su navi di soccorso.

Tra i tanti principi affermati, si sottolineano i seguenti.

Ad avviso della Corte, sin dalla salita a bordo delle navi delle forze armate italiane, i ricorrenti si sono trovati sotto il controllo continuo ed esclusivo, tanto *de jure* quanto *de facto*, delle autorità italiane.

Secondo la giurisprudenza della Corte, gli Stati contraenti hanno il diritto di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dei non residenti; tuttavia, l'espulsione, l'extradizione e ogni altra misura di allontanamento di uno straniero da parte di uno Stato contraente possono chiamare in causa la responsabilità dello Stato in questione ai sensi della Convenzione, ove sia sollevato un problema sotto il profilo dell'art. 3, quindi, quando esistano motivi seri e accertati per ritenere che l'interessato, se espulso verso il Paese di destinazione, vi correrà il rischio reale di essere sottoposto a un trattamento inumano o degradante. In questo caso, l'art. 3 implica l'obbligo di non espellere la persona verso quel Paese.

Il principio è stato poi ribadito e specificato più di recente nel caso *Sharifi e altri contro Italia e Grecia*, del 21 ottobre 2014 (riguardante alcuni afgani entrati illegalmente in Italia dalla Grecia e, quindi, riportati in Grecia in applicazione del Regolamento di Dublino, nonostante il rischio di una successiva espulsione nei loro rispettivi Paesi di origine, con l'ulteriore rischio di morte, tortura o trattamento inumano o degradante), ove la Corte ha ribadito che le regole del cd. "sistema Dublino (III)" – che servono a determinare quale Stato membro dell'Unione europea sia competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri dal cittadino di un Paese terzo – devono essere applicate in modo compatibile con la Convenzione, con esclusione di respingimenti collettivi e indiscriminati.

Qui, indubbiamente, la Corte va oltre il sistema desumibile dalle sole regole condivise sull'asilo e dal comportamento (quindi, dal *consensus*) degli Stati in materia, affermando la necessità del rispetto della Convenzione al di là di dette regole e principi.

Tornando alla sentenza *Hirsi*, per la Corte – invitata per la prima volta a verificare se l'art. 4 del Protocollo n. 4 e il relativo divieto di «espulsioni collettive di stranieri» si applicassero a un caso che riguardava l'espulsione di stranieri in un altro Stato effettuata fuori dal territorio nazionale – la natura speciale dell'ambiente marittimo non poteva giustificare uno spazio al di fuori della legge in cui le persone non fossero coperte da nessun sistema legale in grado di offrire loro il godimento dei diritti e delle garanzie

tutelati dalla Convenzione, tanto più ove uno Stato contraente avesse comunque esercitato la propria giurisdizione al di fuori del suo territorio nazionale.

Nel merito, la Corte ha rilevato che il trasferimento dei ricorrenti verso la Libia era stato eseguito in assenza di qualsiasi forma di esame della situazione individuale di ciascun ricorrente, essendo indubbio che i ricorrenti non erano stati oggetto di alcuna procedura di identificazione da parte delle autorità italiane, che si erano limitate a far salire tutti i migranti intercettati sulle navi militari e a sbarcarli sulle coste libiche.

Inoltre, la Corte ha osservato che il personale a bordo delle navi militari non aveva la formazione necessaria per condurre colloqui individuali e non era assistito da interpreti e consulenti giuridici.

La Corte ha statuito poi che l'Italia non poteva liberarsi della sua responsabilità invocando gli obblighi derivanti da accordi internazionali (nel caso, con la Libia), in quanto gli Stati membri rimangono responsabili anche quando essi abbiano assunto impegni derivanti da trattati (*Principe Hans-Adam II di Liechtenstein c. Germania, Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*).

Quanto detto è bastato alla Corte per escludere l'esistenza di garanzie sufficienti (che attestassero che la situazione individuale di ciascuna delle persone interessate fosse stata presa in considerazione in maniera reale e differenziata) e per affermare che l'espulsione dei richiedenti era stata di natura collettiva, in violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4¹³.

5. L'european consensus come strumento di conservazione dello status quo. La tutela dei detenuti

Altre volte, l'assenza di un *european consensus* in ordine alla tutela di certi diritti fa sì che la Corte si arresti nella sua attività di riconoscimento e protezione dei diritti umani, limitandosi a riconoscere la legittimità delle azioni degli Stati in ragione dell'ampio margine di apprezzamento goduto in materia.

Anche qui, a ben vedere, la Corte opera una scelta politica, privilegiando una soluzione conservatrice dello *status quo*; che si tratti di scelta politica e non di mera applicazione di principi giuridici emerge, in modo evidente, dai casi in cui la Corte legge in modo diverso il consenso europeo, pervenendo nella stessa vicenda a esiti opposti nel giudizio della camera e, poi, della Grande Camera, come nel caso *Lautsi*.

13. Sull'argomento, si richiama la raccolta di interventi (atti del seminario) *Dialogue between judges. Non-refoulement as a principle of international law and the role of the judiciary in its implementation*, Strasburgo, 27 gennaio 2017 (www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2017_ENG.pdf).

Secondo la sentenza di camera del 3 settembre 1999, il pluralismo educativo era essenziale per la conservazione della «società democratica» e lo Stato aveva il dovere di mantenere la neutralità confessionale nell'istruzione pubblica, la quale aveva il compito di cercare di inculcare negli alunni l'abitudine al pensiero critico.

Il giudizio è ribaltato nella sentenza di Grande Camera, ove si afferma espressamente che il fatto che non vi sia consenso europeo sulla questione della presenza di simboli religiosi nelle scuole statali consente un ampio margine di valutazione dello Stato circa la presenza dei crocifissi nelle aule delle scuole statali.

Premesso quanto sopra, mi sembra opportuno richiamare, tra i tanti, un caso in cui la mancanza di *consensus* negli ordinamenti nazionali ha frenato la Corte nel riconoscimento di nuove istanze (nella specie, rispettivamente, la tutela del lavoro carcerario e, dall'altro lato, la funzione rieducativa della pena e il reinserimento dei condannati nella società civile all'esito della espiazione). Si tratta dei casi *Stummer c. Austria* e *Boulois c. Lussemburgo*, decisi entrambi dalla Grande Camera – rispettivamente – nel 2011 e 2012.

Occorre premettere che, secondo la giurisprudenza della Corte, i detenuti continuano a godere di tutti i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione, con l'eccezione del diritto alla libertà personale. D'altra parte, nella stessa giurisprudenza della Corte c'è un'evoluzione che mostra una tendenza a una maggiore protezione dei diritti dei prigionieri. Non mi riferisco solo alle condizioni di detenzione e trattamento dei detenuti (*Kalashnikov c. Russia*; *Sulejmanovic c. Italia*; *Saadi c. Italia*; *Kudla c. Polonia*; *Torreggiani c. Italia*), ma ai loro diritti civili e politici.

Ricordo, a questo proposito: il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia (*Hamer c. Regno Unito*); il diritto di mantenere i diritti dei genitori nell'interesse superiore del minore (*Sabon c. Regno Unito*); la possibilità per il detenuto di accedere a *internet* e la legittimità del rifiuto delle autorità carcerarie (*Jankovskis c. Lituania*); il divieto a lungo termine di visite familiari per gli ergastolani (*Khoroshenko c. Russia*); il diritto del detenuto all'inseminazione artificiale (*Dickson +1 c. Regno Unito*) e alle visite coniugali estese e incontrollate (*Aliev c. Ucraina*, che tutavia vi dà soluzione negativa).

In questo contesto, di progressivo ampliamento dei diritti dei detenuti, vanno inquadrate le due pronunce della Grande Camera *Stummer c. Austria* e *Boulois c. Lussemburgo*.

Nella prima, la Corte doveva occuparsi della questione se la prestazione di lavoro penitenziario senza

diritto a contribuzione pensionistica fosse “normale” ai sensi dell'art. 4 della Convenzione (articolo che esclude dal divieto di lavoro obbligatorio il lavoro “ordinario” prestato in carcere) e legittimo in relazione agli artt. 14 (e al relativo divieto di discriminazione) e 1 Protocollo n. 1.

Nel caso in oggetto, è la stessa Corte a rilevare un *trend* in materia con una crescente protezione dei diritti dei detenuti lavoratori e la loro tendenziale equiparazione ai lavoratori ordinari, anche per gli aspetti previdenziali: contrariamente a quelle del 1987, le Regole penitenziarie europee del 2006 non solo contengono il principio della normalizzazione del lavoro carcerario, ma raccomandano anche esplicitamente nella Regola 26.17 che «per quanto possibile i detenuti che lavorano devono essere inclusi nei sistemi di sicurezza sociale nazionali».

Sul piano teorico, del resto, i giuslavoristi sottolineano che, per ciò che non attiene strettamente all'esecuzione della pena, e dunque sul piano dello scambio della prestazione come su quello della tutela previdenziale, il lavoro dei detenuti va equiparato a quello ordinario. Tuttavia, la Corte ritiene necessario attribuire rilevanza al tipo specifico di tutela richiesta e a tal fine rileva, sulla scorta di studio della Divisione ricerca della Corte, che, mentre una maggioranza assoluta degli Stati membri del Consiglio d'Europa fornisce ai detenuti un qualche tipo di sicurezza sociale, solo una minoranza li include nel sistema pensionistico di vecchiaia, e alcuni Stati danno loro solo la possibilità di versare contributi volontari. Manca un *European consensus* in materia, dunque, per quanto attiene ai contributi previdenziali.

Da qui l'affermazione (par. 106), invero non scontata e per nulla necessitata dalle premesse, che «è quindi solo gradualmente che le società si stanno muovendo verso l'affiliazione dei detenuti ai loro sistemi di sicurezza sociale, in generale, e ai loro sistemi pensionistici di vecchiaia, in particolare» e che tale gradualità, in sostanza, consente di ritenere legittime le previsioni che riconoscono una tutela sociale minima (come la sola indennità di disoccupazione in Austria), rientrando tali previsioni nel margine di apprezzamento degli Stati. Ne consegue che non vi è stata violazione delle norme invocate, affermandosi in sintesi che il lavoro senza contributi previdenziali è un lavoro compatibile con la Convenzione¹⁴.

Nel secondo caso, la Grande Camera era chiamata a verificare la portata del congedo penale del detenuto, richiesto per lo svolgimento di formalità amministrative, per il rinnovo di documenti (quali la patente di guida e altri), per iscriversi a corsi per ot-

14. I. Leijten, *Stummer v. Austria: gradually moving towards a right to an old-age pension for working prisoners?*, in *Strasbourg observers*, 3 ottobre 2011, disponibile online (<https://strasbourgobservers.com/2011/10/03/stummer-v-austria-gradually-moving-to->

tenere un diploma (nella specie, di ragioniere), per il compimento di altre attività necessarie per iniziare a riorganizzarsi nella vita post-carceraria, per regolare i propri rapporti bancari e adempiere ai vari debiti.

Nella sua sentenza del 2010, la camera singola aveva ritenuto che si verteva nella materia dei diritti ai sensi dell'articolo 6, par. 1, Cedu, atteso che la restrizione lamentata dal detenuto, oltre alle sue implicazioni pecuniarie, riguardava i suoi diritti personali, in considerazione del significato del suo interesse per il reinserimento nella società. Secondo la sentenza, c'era stata una violazione dell'art. 6 Cedu, sulla base del fatto che la Commissione penitenziaria che aveva negato i diritti non aveva soddisfatto i requisiti di un «tribunale» ai sensi della detta norma.

La Grande Camera esclude, invece, l'applicabilità dell'art. 6.

Secondo la decisione, infatti, benché la Corte abbia riconosciuto lo scopo legittimo di una politica di progressivo reinserimento sociale delle persone condannate alla reclusione, né la Convenzione né i Protocolli di quest'ultima hanno espressamente previsto

il diritto al congedo in carcere. Inoltre, sottolinea la Corte, tra gli Stati membri non esiste consenso riguardo al permesso e alle modalità di concessione, atteso che in alcuni Paesi l'autorità è obbligata a concedere il congedo una volta soddisfatte le condizioni statutarie, mentre in altri gode della più ampia discrezionalità in materia. Allo stesso modo, non tutti gli Stati offrono vie di ricorso contro le decisioni che rifiutano il congedo in carcere.

La Grande Camera, da un lato, richiama l'esigenza di reinserimento dei detenuti precisando di avere, in più occasioni «*recognised the legitimate aim of a policy of progressive social reintegration of persons sentenced to imprisonment*» (e richiamando le sentenze *Mastromatteo c. Italia*; *Maiorano er altri c. Italia*; *Schemkamper c. Francia*); dall'altro, però, nello smarcarsi dal proprio precedente di camera, la sentenza richiama la mancanza di *consensus* per legittimare il rifiuto del congedo al detenuto che, in pratica, a quel reinserimento nella società era in concreto (e senza che vi fossero particolari rischi) finalizzato.

[wards-a-right-to-an-old-age-pension-for-working-prisoners/](#)).

Scelte politiche della Corte tra interventismo e inerzia: il caso della Turchia

di Franco Ippolito

Di fronte alla reazione spropositata, repressiva e illegittima del regime di Erdogan al tentato colpo di Stato del 2016, enorme fu la delusione per tanti giuristi e giudici di fronte all'iniziale atteggiamento liquidatorio di migliaia di ricorsi dichiarati irricevibili dalla Corte di Strasburgo. Peraltro, le due decisioni del marzo 2017 hanno segnato un graduale ripensamento della Corte, finalmente espresso con la decisione sul caso *Demirtas*, pubblicata il 20 novembre 2018.

1. Le istituzioni politiche europee e il regime di Erdogan

Il tentativo di colpo di Stato avvenuto in Turchia il 15 luglio 2016 determinò un forte turbamento in tutti i democratici, come ogni colpo di Stato che interrompe la vita dello Stato di diritto. Tuttavia, ancor più colpì la reazione del regime autoritario di Erdogan, che accolse quel tentativo come una fortunata (e forse sperata) occasione per sbarazzarsi definitivamente di ogni opposizione, soprattutto quella civile e democratica, non a caso immediatamente aggredita, imprigionata e umiliata.

Con il pretesto, a tutt'oggi indimostrato, che i suoi oppositori fossero complici del tentativo militare, Erdogan ne approfittò per portare a compimento la sua politica di annientamento di ogni dissenso, calpestando leggi interne e convenzioni internazionali pur sottoscritte dalla Repubblica turca¹.

La Fondazione Basso, con una nota di Elena Paciotti del 22 luglio 2016, indirizzata al Segretario generale del Consiglio d'Europa, all'Alto Rappresentante per la politica estera dell'Unione europea e al Presidente del Parlamento europeo, sollecitò l'immediata condanna dell'inaccettabile deriva dittatoriale

del regime autocratico turco, che nessun consenso di maggioranza può mai far ritenere legittimo, tanto più in presenza di violazioni massicce e sistematiche di libertà e di diritti fondamentali della persona, con licenziamento di centinaia di migliaia di dipendenti statali e incarcerazione di migliaia di magistrati, avvocati, professori universitari, molti dei quali sono ancora detenuti, mentre altri, ancora più sfortunati, sono morti in carcere.

In tanti speravamo che dalle istituzioni dell'Europa (piccola e grande) sarebbe partita una pronta e soprattutto efficace reazione, volta a condannare senza esitazione e a isolare il regime turco, ribadendo l'essenza dei valori europei, incentrati sul rispetto dello Stato costituzionale di diritto e sulla protezione dei diritti umani e dei popoli. Prese di posizione e parole non mancarono, ma si trattò di declamazioni "rituali", di pura facciata, che si limitarono a sollecitare cautela all'autocrate turco, di cui ricordarono persino l'elezione popolare, come se la democrazia si potesse ridurre soltanto a investitura di potere dal basso.

Dobbiamo riconoscere che quel nostro appello alle istituzioni europee esprimeva una ingenua illusione. Come avrebbe potuto, del resto, essere diversamente? Una efficace presa di posizione europea

1. Il quadro drammatico della situazione vissuta dalle vittime della repressione di Erdogan è descritto dalle testimonianze rese dai diretti interessati nelle *Letters from the Turkish Judiciary 2016-2017*, pubblicate da Medel («*Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés*») nell'ottobre 2017, tradotte dall'edizione inglese in italiano da Vito Monetti e pubblicate in *Questione Giustizia on line*, 3/11/2018, www.questionegiustizia.it/stampa.php?id=1768; http://questionegiustizia.it/doc/lettere_dalla_Turchia_ita.pdf.

avrebbe dovuto determinate l'adozione di adeguate sanzioni, con sospensione della Turchia da ogni partecipazione a istituzioni e organismi europei. Prima ancora, avrebbe dovuto comportare la cancellazione del patto, vergognoso e scellerato, che il 28 marzo 2016, in cambio di miliardi di euro, ha affidato a Erdogan il compito di bloccare il flusso di persone in fuga dalla violenza della guerra e della fame, profughi disperati che l'egoismo dei ricchi Paesi europei rifiuta e respinge, mentre piccoli e poveri Paesi come Libano e Cisgiordania danno loro un rifugio, con risorse e mezzi neppure lontanamente comparabili a quelli del vecchio continente.

2. La dichiarazione di irricevibilità di migliaia di ricorsi di cittadini turchi da parte della Corte di Strasburgo

Non inserimmo, tra i destinatari di quell'appello, la Corte europea dei diritti dell'uomo, non volendo neppure per un momento pensare che anch'essa potesse avere bisogno di sollecitazioni della pubblica opinione democratica per ritenere ammissibili i 27.000 ricorsi di cittadini turchi, allertando il proprio impegno e la propria sensibilità al tema della garanzia dei diritti fondamentali, che costituiscono la ragione della sua stessa costituzione ed esistenza.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nacque nel clima di rifondazione del diritto e delle istituzioni internazionali, che – dopo l'orrore del nazifascismo che aveva prodotto l'Olocausto e le decine di milioni di morti della Seconda guerra mondiale – si erano impegnate, nello Statuto delle Nazioni Unite approvato dalla Conferenza di San Francisco il 26 giugno 1945, in un solenne *mai più*, fondato sul rispetto della pari dignità di ogni persona e di ogni popolo e sulla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

Di quell'impegno la Cedu e la relativa Corte furono le espressioni più coerenti, essendo stato introdotto il ricorso diretto di ogni vittima di violazione di diritti umani commessa dagli Stati che avevano sottoscritto e ratificato la Convenzione.

Enorme è stata, perciò, la delusione di tanti democratici e giuristi di ogni Paese d'Europa e, soprat-

tutto, di tante vittime del regime di Erdogan, che nei giudici di Strasburgo avevano riposto le loro speranze, di fronte alla burocratica dichiarazione di irricevibilità di decine di migliaia di ricorsi per «mancato esaurimento dei rimedi interni»², come se non fosse evidente la clamorosa sproporzione della reazione del regime al tentativo di colpo di Stato, con il reiterato prolungamento dello stato di emergenza ben oltre i limiti indicati dall'art. 15 Cedu, emergenza ritenuta cessata il 18 luglio 2018, dopo che Erdogan si era assicurato la vittoria nelle elezioni del 24 giugno. Un terribile biennio scandito dalla chiusura di centinaia di testate giornalistiche e televisive; da epurazioni e licenziamenti di massa (oltre 170.000) di professori universitari e insegnanti, di funzionari, di militari; da decine di migliaia (oltre 80.000) di arresti di cittadini, tra cui avvocati e giornalisti indipendenti ridotti al silenzio, magistrati e giudici (persino della Corte costituzionale!); da violazioni dei diritti fondamentali, a cominciare da quelli di difesa, di espressione e di manifestazione; dal fermo di polizia prolungato sino a 60 giorni; da confische di beni delle persone sospettate.

A quel diffuso sentimento di delusione dette voce un documento redatto nell'ambito della Fondazione Basso e diffuso nel marzo 2017 (primi firmatari Luigi Ferrajoli, David Cerri e Ignazio Juan Patrone), che, a distanza di molti mesi dal tentato colpo di Stato, sottolineava come, in presenza di tante e tali misure repressive, nessuna fiducia poteva essere riposta in un controllo giurisdizionale interno al regime turco, affidato a magistrati intimiditi e minacciati a loro volta di repressione, la cui indipendenza e affidabilità appariva pressoché nulla o, comunque, fortemente compromessa. Così come inefficaci si erano rivelate le reazioni delle istituzioni politiche europee (Consiglio d'Europa e Unione europea), del tutto timide e reticenti sono apparse anche le risposte della Corte di Strasburgo a fronte di una situazione gravissima, che la giurisprudenza di quella stessa Corte aveva ammesso, in passato, come eccezioni alla regola del previo esaurimento dei ricorsi interni³.

A sua volta, in un intervento del 16 febbraio 2017⁴, Luca Perilli, tra i più attenti e documentati osservatori della cappa buia che ha fatto calare la notte sullo Stato di diritto in Turchia, ha riferito di giudici

2. Si veda M. Castellaneta, *La Cedu sbarra la strada ai ricorsi contro la Turchia per le misure post golpe malgrado l'allarme degli organismi internazionali*, 21 novembre 2016, disponibile online (www.marinacastellaneta.it/blog/la-cedu-sbarra-la-strada-ai-ricorsi-contro-la-turchia-per-le-misure-post-golpe-malgrado-lallarme-degli-organismi-internazionali.html).

3. Sul punto, si veda specificamente *Turchia. I diritti fondamentali, La reazione al tentato golpe e le deroghe alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Laboratorio dei diritti fondamentali - LDF*, Boll. n. 20, gennaio 2017, disponibile online (<https://labdf.eu/project/bollettino-n-20-gennaio-2017/>).

4. L. Perilli, *Lo Stato di diritto, l'indipendenza della magistratura e la protezione dei diritti fondamentali: la tragica deriva della Turchia dal 2013*, in *La Magistratura*, nn. 1-2/2017.

arrestati o licenziati, con sostituzione a tempi di *record* tramite procedure d'urgenza che non possono garantirne l'imparzialità. In altra sede, riferendosi ai tanti giudici che, nel percorso di adesione del Paese all'Unione europea, avevano speso le loro migliori energie per l'affermazione dei diritti umani in Turchia, contribuendo alla modifica della legislazione e all'adozione del piano di azione per la tutela dei diritti fondamentali in conformità con la giurisprudenza della Corte Edu, Perilli sollecitava tutti a «immaginare il loro stato d'animo oggi nei confronti dell'Europa e soprattutto nei confronti della Corte», dopo le affermazioni di effettività dei rimedi previsti dal sistema giudiziario turco.

3. Le prime due sentenze di condanna del regime di Erdogan

Ovviamente, non sappiamo in che misura le critiche pubbliche abbiano influito sui convincimenti dei giudici di Strasburgo, ma è un fatto che il primo ripensamento intervenne, dopo tali critiche, con due decisioni depositate il 20 marzo 2017, relative ai casi *Sahin Alpay c. Turchia* e *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, che condannarono la Turchia per avere violato, applicando la custodia cautelare a due giornalisti, gli artt. 10 (che assicura la libertà di espressione) e 5 (diritto alla libertà personale)⁵ della Convenzione.

Nel caso di Alpay (arrestato con l'accusa di essere un componente dell'organizzazione terroristica Feto/PDY, ritenuta da Erdogan responsabile del tentato colpo di Stato), la Corte di appello aveva respinto la richiesta del giornalista di essere rimesso in libertà nonostante la Corte costituzionale turca, con sentenza dell'11 gennaio 2018, avesse accertato la violazione del diritto del ricorrente alla libertà personale, alla sicurezza e alla libertà di stampa.

La Corte europea, dopo avere osservato che nella notifica dell'applicazione della deroga alla Convenzione ex art. 15 Cedu non erano neppure stati indicati gli articoli la cui attuazione andava sospesa, rilevò che l'art. 15 non attribuisce agli Stati un potere illimitato e del tutto discrezionale nell'applicazione della deroga alla Convenzione e che, anzi, la norma è di stretta applicazione poiché devono emergere gravi pericoli all'ordine democratico costituzionale.

La Corte, pronunciandosi finalmente nel merito, accertò la violazione degli artt. 5 e 10 della Convenzione, ritenendo la detenzione dei giornalisti misura non necessaria, sproporzionata e dunque illegittima, comunque non utilizzabile per sanzionare la manifestazione di opinioni politiche, che sono e devono rimanere liberamente esprimibili. «Una delle caratteristiche principali della democrazia», si legge nelle predette sentenze, «consiste nella possibilità che essa offre di affrontare e risolvere i problemi attraverso il dibattito pubblico. Essa perciò deve nutrirsi di libertà di espressione (...) e, anche durante lo stato di emergenza, gli Stati devono tenere per fermo che le misure da adottare devono essere volte alla difesa dell'ordine democratico minacciato e devono fare di tutto per proteggere i valori della società democratica, come il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura (...). La detenzione provvisoria di voci critiche crea, invece, molteplici effetti negativi, non soltanto per chi viene ristretto in detenzione, ma per l'intera società, giacché la misura cautelare detentiva produce inevitabilmente un effetto dissuasivo sulla libertà di espressione, con l'intimidazione della società civile e la riduzione al silenzio delle voci dissenzienti».

Si tratta di affermazioni importanti, che indicano e valorizzano elementi essenziali dello Stato costituzionale di diritto, che costituisce un patrimonio giuridico e politico dei Paesi europei che ogni Stato ha il dovere di salvaguardare, potenziare e trasmettere alle future generazioni. Il forte richiamo della Corte di Strasburgo è tanto più importante in un momento storico in cui rinascanti sovranismi e nuove pulsioni nazionalistiche vorrebbero relativizzare e neutralizzare quel patrimonio di civiltà.

Di tali pronunce va rimarcato un altro aspetto, che costituisce allo stesso tempo la ragione della delusione prima espressa e una rinnovata speranza per il futuro della giurisprudenza di Strasburgo. La Corte europea sottolineò come particolarmente grave il fatto che sentenze della Corte costituzionale turca sull'illegittimità della detenzione fossero rimaste disattese da parte dei giudici del merito, tanto che non esitò a qualificare le loro decisioni come contrarie ai principi fondamentali dello Stato di diritto. L'aver i giudici del merito non tenuto in alcuna considerazione la sentenza della Corte costituzionale, che aveva ritenuto illegittima la protrazione della detenzione

5. Si veda F.L. Gatta, *Detenzione di giornalisti e repressione della libertà di espressione: da Strasburgo un chiaro messaggio alla Turchia, ma verrà ascoltato?*, in *Questione Giustizia online* 9/04/2018, www.questionegiustizia.it/articolo/detenzione-di-giornalisti-e-repressione-della-libe_09-04-2018.php; nonché M. Castellaneta, *Turchia: la detenzione di due giornalisti viola la Convenzione europea. La deroga in caso d'urgenza non blocca l'esame del merito dei ricorsi dei reporter*, 21 marzo 2018, disponibile online (www.marinacastellaneta.it/blog/turchia-la-detenzione-di-due-giornalisti-viola-la-convenzione-europea-la-deroga-in-caso-durgenza-non-blocca-lesame-del-merito-dei-ricorsi-dei-reporter.html); si veda, inoltre, A. J. Palma, *Le sentenze Sahin Alpay c. Turchia e Mehmet Altan c. Turchia: un punto di svolta – forse più apparente che reale – nell'odissea dei ricorsi avverso le misure emergenziali turche presso la Corte europea dei diritti dell'uomo*; in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 2/2018, pp. 223-241 (www.rivistaoidu.net/maggio-2018).

provvisoria, non solo – secondo Strasburgo – mette in discussione il ruolo e l'autorevolezza del vertice della giurisdizione turca, ma solleva seri dubbi circa l'efficacia di un ricorso individuale davanti al supremo organo costituzionale dello Stato in casi relativi alla detenzione preventiva.

È difficile resistere alla tentazione di domandare: se quella era la situazione alla fine del marzo 2017, come è possibile giustificare il *non liquet* operato dalla Corte con le declaratorie di irricevibilità di decine di migliaia di ricorsi nelle settimane precedenti, per il ritenuto mancato esaurimento di rimedi interni?

Senza voler indugiare sulla contraddizione, in questa sede è sufficiente ricordare che, talvolta, agli organismi politici bisogna concedere – sia pure turandosi il naso – condotte compromissorie o “diplomatiche”, essendo essi, il più delle volte, interessati a ottenere o mantenere risultati pratici (per esempio, il blocco dei profughi siriani o i contributi finanziari per il Consiglio d'Europa), ma alle istituzioni giurisdizionali non è consentito, per opportunismo o diplomazia, girare lo sguardo dall'altra parte e non rimarcare la specifica violazione lamentata dalla vittima, che in quel momento (non nell'evoluzione degli eventi politici o storici) ha bisogno di un rimedio effettivo ed efficace. Il prezzo che l'istituzione giudiziaria paga alla scelta opportunistica, dilatoria o anche soltanto “diplomatica”, è la perdita di autorevolezza della giurisdizione non solo presso le tante vittime del regime turco, ma presso la più vasta opinione pubblica europea, che guarda con allarme alla repressione del dittatore Erdogan e con preoccupazione alle derive autoritarie e populiste della Polonia e dell'Ungheria.

4. Il ruolo dei giudici a difesa dello Stato costituzionale di diritto

Di tanto appare, finalmente, convinta la stessa Corte di Strasburgo, a giudicare dall'ultima decisione, pubblicata il 20 novembre 2018, nell'*affaire Selahattin Demirtas c. Turchia*, che ha accertato violazioni degli artt. 5, par. 3, 18 e 3 del Protocollo n. 1 alla Cedu nella protrazione della custodia cautelare (applicata il 4 novembre 2016), a seguito del rigetto dell'istanza di liberazione deliberato proprio dalla Corte costituzionale turca, in danno di Selahattin Demirtas, parlamentare fino alle elezioni del giugno scorso e Vicepresidente del Partito democratico del popolo (HDP), partito pro-curdo di sinistra.

I giudici della Corte Edu, pur affermando la plausibilità degli elementi d'accusa che condussero all'applicazione della custodia cautelare, hanno accertato la violazione delle norme sopra indicate, ritenendo del tutto insufficienti le stereotipate motivazioni adottate per giustificare la durata della detenzione e

ribandendo che ogni sistema di detenzione provvisoria automatico sulla base di una presunzione legale è, di per sé, incompatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Di estremo interesse è, soprattutto, la motivazione relativa all'accertata violazione dell'art. 3 Protocollo n. 1, relativo agli effetti della protrazione della custodia cautelare sull'esercizio del mandato parlamentare (profilo esaminato per la prima volta nella storia della Corte di Strasburgo).

La Corte ricorda, innanzitutto, che il diritto a libere elezioni (riconosciuto e garantito da tale articolo) non si limita alla sola possibilità di partecipare alle elezioni legislative, ma si estende al diritto di esercitare il mandato che deriva dall'elezione, esercizio inibito al deputato Demirtas, che ha subito una continua e illegittima ingerenza del regime turco nell'esercizio dei suoi diritti politici.

Significativamente, la Corte di Strasburgo sottolinea che non soltanto i giudici del merito, ma anche la Corte costituzionale non tennero alcun conto della circostanza che Demirtas, oltre a essere un membro della Grande Assemblea nazionale turca, era anche uno dei *leader* dell'opposizione politica. Tale ruolo avrebbe dovuto implicare un più alto livello di protezione dell'uomo politico oppositore di Erdogan, mentre fu rigettata qualsiasi richiesta di misure alternative alla detenzione, senza peraltro fornire motivazione concreta e individualizzata.

L'impossibilità di partecipare alle attività dell'Assemblea a causa dell'illegittima prosecuzione della detenzione provvisoria, ha costituito una ingiustificata violazione della libera espressione del consenso popolare e del diritto di Demirtas di esercitare il suo mandato parlamentare, nonché una lesione del potere sovrano dell'elettorato che lo aveva eletto deputato.

Il passo della sentenza che meglio esprime il maturato sopravvenuto convincimento dei giudici di Strasburgo sul progressivo smantellamento dello Stato di diritto in Turchia è quello relativo all'accertata violazione del combinato disposto degli artt. 18 e 5, par 3, in cui sono presi in considerazione informazioni e dati contenuti in relazioni di osservatori internazionali, che hanno concordemente messo in luce i condizionamenti ambientali e le pressioni sulle decisioni dei giudici, e che trovano riscontro nella particolare durezza delle decisioni giudiziarie nei confronti degli oppositori politici e delle voci dissenzienti. Deriva da questa constatazione la conclusione della Corte, secondo la quale, in Turchia, non soltanto i diritti e le libertà del deputato Demirtas sono sotto attacco, ma è la stessa democrazia a essere in pericolo.

In questo clima, la prosecuzione della custodia cautelare di un *leader* d'opposizione, soprattutto nel corso di due decisive campagne elettorali ad alta criticità (*referendum* costituzionale ed elezione presiden-

ziale), appare strettamente funzionale all'inconfessata finalità di soffocare il pluralismo e di comprimere e limitare il libero gioco del dibattito politico, che costituisce il cuore stesso della nozione di società democratica.

Qui dobbiamo riconoscere ai giudici di Strasburgo di aver parlato con il linguaggio severo e rigoroso proprio della giurisdizione, la cui chiarezza è di per sé un valore, soprattutto nei momenti difficili che sta attraversando l'Europa (sia nei 27 Paesi dell'Unione sia nei 47 Paesi del Consiglio d'Europa).

La Corte europea dei diritti dell'uomo, per tanti di noi, ha costituito un importante punto di riferimento, sia per ammodernare la legislazione italiana (e degli altri Paesi membri del Consiglio d'Europa), sia per trarre criteri di orientamento per la giurisprudenza, soprattutto di legittimità. Proprio per questo, con la radicata convinzione della fecondità dell'argomentata critica pubblica ai provvedimenti giudiziari, come a tutti gli atti di esercizio di ogni potere, non potevamo omettere di esprimere una valutazione negativa sull'iniziale atteggiamento della Corte nei confronti di migliaia di cittadini turchi che nel giudice europeo dei diritti dell'uomo avevano confidato, con la stessa fiducia del mugnaio di Potsdam di fronte alle prepotenze di Federico di Prussia.

Con soddisfazione, possiamo oggi constatare che la Corte di Strasburgo ha progressivamente maturato un diverso convincimento e ha preso atto che, in Turchia, è in fase ormai avanzata lo smantellamento

dello Stato di diritto, i cui principi e valori sono essenziali per ritenere autentica e vitale la democrazia.

In proposito, possiamo aggiungere che il consenso maggioritario scaturente dal suffragio universale è un elemento necessario per governare società complesse, ma non è affatto sufficiente.

Le derive identitarie, sovraniste e nazionalistiche, pur tra gli applausi contingenti di maggioranze che si cementano con il rancore, l'odio e il rifiuto del diverso (capro espiatorio di volta in volta individuato nell'ebreo, nel curdo, nello straniero, nel migrante, ...), non assicurano né pace né benessere, giacché la democrazia, per essere autentica, non deve escludere, bensì includere e tutelare ogni persona.

La tragica storia del Novecento ci illumina sui guasti e sulle perversioni e gli esiti nefasti delle dittature e delle autocrazie illiberali. I politici populistici, alla ricerca di facile consenso da spendere nei tempi brevi, alimentano e utilizzano paure e risentimenti accumulati nella società da violazione sistematica del principio di dignità sociale e di uguaglianza delle persone.

I giuristi, e soprattutto i giudici, a Istanbul come a Strasburgo, a Catania come a Ragusa, hanno il dovere di tenere a mente l'ammonimento-costatazione dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, che dal 1789 fonda la civiltà europea sul principio che non ha costituzione la società in cui non è assicurata la garanzia dei diritti di ogni persona né stabilita la separazione dei poteri.

La Corte Edu tra Corte costituzionale e giudici comuni *

di Vincenzo Sciarabba

Il contributo ha ad oggetto le indicazioni rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale rispetto al ruolo da riconoscersi alla giurisprudenza europea e alle conseguenti incombenze dei giudizi nazionali. A partire dal quadro delineato dalle “sentenze gemelle” del 2007, si richiamano i passaggi salienti delle decisioni successive, fino alla sentenza n. 49/2015, soffermandosi più ampiamente su alcune questioni da essa sollevate e su alcuni sviluppi successivi.

1. Il punto di partenza

Una questione centrale e continuamente ricorrente è quella relativa al ruolo da attribuirsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Prima di soffermarsi sul “versante interno” della questione, è bene ricordare come la necessità di tenere conto, nell'applicazione della Cedu, degli indirizzi interpretativi della Corte Edu sia stata da tempo e con vigore affermata proprio da tale Corte.

Significativa appare, in particolare, quella giurisprudenza della Corte Edu che, in termini sostanzialmente sanzionatori, afferma la possibilità di rivolgersi direttamente a essa – in deroga alla regola del previo esaurimento dei rimedi interni – qualora sia emerso un costante discostamento dai suoi orientamenti interpretativi a opera delle autorità nazionali, le quali, per tale ragione, potranno essere “scavalcate”¹.

Anche per questo, non stupisce che il problema del *rispetto* della giurisprudenza di Strasburgo fosse emerso già prima delle “sentenze gemelle” del 2007.

Ad esempio, nelle sentenze Cass., sez. lav., 10 marzo 2004, n. 4932 e 27 marzo 2004, n. 6173, e in

quelle delle sez. unite del 26 gennaio 2004, nn. 1338, 1339, 1340, 1341, nell'obbligo d'interpretazione conforme alla Cedu – anch'esso già teorizzato e praticato prima del 2007 – si era “incorporato” il dovere di tenere conto della giurisprudenza europea, ragionandosi in particolare (nella sentenza n. 6173) di una «funzione di orientamento e indirizzo che rispetto alla giurisprudenza interna svolgono gli arresti della Corte europea, dei quali (...) i giudici nazionali devono darsi carico, eventualmente esponendo i motivi in base ai quali ritengono di dover pervenire ad un risultato ermeneutico diverso».

Si era osservato a suo tempo, commentando le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, come tale interessante approccio potesse forse sopravvivere nel quadro da esse delineato, agganciandosi all'esigenza, ribadita dalla Consulta, di garantire comunque la prevalenza della Costituzione: il che, facendo “corto circuito” con il noto obbligo del giudice comune di privilegiare l'interpretazione costituzionalmente conforme, sembrava al contempo *confermare* e *delimitare* questo possibile “margine di discostamento” dei giudici comuni dalla giurisprudenza di Strasburgo, indicando i prin-

* Per una più ampia trattazione del tema del presente contributo, e di altri connessi, si rinvia a V. Sciarabba, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, in corso di pubblicazione nell'ambito della Collana «Il diritto in Europa oggi», Key, Vicalvi (FR)

1. Cfr. A. Guazzarotti, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2006, pp. 491 ss., 497 e A. Gardino Carli, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo. Profili processuali*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 80.

cipali, se non gli unici, motivi in grado di giustificare il discostamento.

Sembra utile ricordare, a questo proposito, quei passaggi della stessa sentenza n. 348/2007 secondo cui si deve «escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali», dovendosi tale controllo «sempre ispirar[e] al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione».

Si è consapevoli – e, all'epoca, si era voluto puntualizzare – che tale affermazione «appare discendere semplicemente dalla superiorità della “fonte” costituzionale rispetto a quella convenzionale, e non implica affatto una latente “superiorità” delle “corti” interne (neanche di quella costituzionale), ipoteticamente derivante dalla possibilità – che invece resta esclusa – di attribuire agli enunciati convenzionali significati diversi e incompatibili con quelli assegnatigli dalla Corte di Strasburgo»².

Nondimeno, specie alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, quei passaggi sembrano suggerire un'altra prospettiva. Sembra, cioè, che vi sia ancora uno spazio (“illuminato”, se non ampliato proprio dalle precisazioni fornite nel tempo dalla Consulta) di autonomia interpretativa dei giudici comuni: spazio che, per un verso, sarebbe “a monte” delimitato dal carattere più o meno *stringente* della giurisprudenza europea sul tema in questione (in particolare, alla luce dei criteri indicati nella sentenza n. 49/2015, come si vedrà più avanti) e, per l'altro, sarebbe guidato “a valle” proprio dalla necessità di ricercare il più «ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione».

Per poter meglio cogliere il senso e l'esatta portata di tale affermazione occorre, però, addentrarsi nel problema di fondo e nelle indicazioni che, riguardo ad esso, ha fornito la Corte costituzionale nella giurisprudenza successiva al 2007.

Una prima, fondamentale questione riguarda la stessa opportunità di porre e affrontare il problema in termini unitari, riferendosi cioè *alla* giurisprudenza della Corte Edu come se essa fosse una realtà unica e omogenea.

Già oltre dieci anni fa, proprio in sede di commento alle “sentenze gemelle”, si era avuto modo di formulare «un suggerimento di grande prudenza nella “ricostruzione” della giurisprudenza di Strasburgo (al punto che ci si potrebbe chiedere se non sia il caso di parlare di *più* “giurisprudenze”), la cui “coerenza” e “unitarietà” appare ostacolata, oltre che dalla struttura e dal funzionamento della Corte da una parte e dalla grande diversità dei contesti nazionali sullo sfondo delle decisioni dall'altra, proprio dalla varietà dei casi e precipuamente dei “punti di vista” di volta in volta adottati per ragioni contingenti», i giudizi della Corte Edu risentendo delle «peculiari dinamiche processuali (per così dire sempre “verticali”, con una sedicente “vittima” privata che ricorre contro uno Stato, asserito violatore dei suoi diritti), tali da *indurre “strutturalmente” a valorizzare la posizione ed i diritti di una delle parti* rispetto ai diritti, principi, valori, interessi più o meno visibilmente (spesso invisibilmente) “incorporati” nella posizione della parte opposta»³.

Con il tempo, la consapevolezza di tutto ciò è molto aumentata, e la stessa Corte costituzionale ha progressivamente messo a fuoco la questione, creando un po' alla volta un piccolo arsenale di «strumenti idonei ad attenuare il vincolo all'interpretazione della Corte di Strasburgo, sia per disinnescare possibili conflitti tra Cedu e principi costituzionali, sia per escludere il contrasto tra la legge impugnata e le norme convenzionali invocate, nella versione risultante dalla giurisprudenza europea»⁴.

2. Cenni sulla giurisprudenza costituzionale precedente alla sentenza n. 49/2015

Di tali strumenti è opportuno richiamare, almeno, i principali, appoggiandosi in parte alla citata ricognizione effettuata prima della sentenza n. 49/2015: sen-

2. V. Sciarabba, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali* (a commento delle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, V, pp. 3579-3591, e in *Rivista AIC* (archivio), dal 14 marzo 2008, disponibile *online* (<http://archivio.rivistaaic.it/giurisprudenza/decisioni2/autori/sciarabba.html>).

3. Così ci si era espressi in *Nuovi punti fermi (e questioni aperte)*, *op. ult. cit.*. Tra coloro che, da subito, avevano evidenziato l'importanza di questi aspetti vi è Marco Bignami (in particolare in *L'interpretazione del giudice comune nella “morsa” delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.* 2008, 2, pp. 595 ss.).

4. G. Parodi, “*Le sentenze della Corte EDU come fonte di diritto*”. *La giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007*, in *Diritti comparati (online)*, 28 novembre 2012, (www.diritticomparati.it/le-sentenze-della-corte-edu-come-fonte-di-diritto-la-giurisprudenza-costituzionale-successiva-alle/) e sul sito www.consiglionazionaleforense.it.

tenza che può considerarsi, allo stato attuale, il principale punto di approdo di tale percorso, ma che non riassume in modo esauriente né “cancella” il portato delle precedenti tappe.

Anzitutto, sembrano significative, nel quadro delle riflessioni svolte, quelle decisioni in cui la Corte costituzionale ha fatto ricorso, sostanzialmente, alla tecnica del *distinguishing*, sul presupposto che a fondamento del dubbio di costituzionalità debba porsi un «principio di diritto» “estrapolabile” dai precedenti della Corte Edu e applicabile a casi *non necessariamente identici*, ma almeno *analoghi*.

Può richiamarsi in questo senso la sentenza n. 239/2009, nella quale la Corte osserva che il rimettente, «per giustificare l'estrapolazione, partendo dal precedente specifico della Corte di Strasburgo, di un *principio di diritto* che potesse costituire il fondamento del dubbio di costituzionalità, avrebbe dovuto argomentare in modo plausibile la *analogia* fra quel caso specifico e quello, *non necessariamente identico*, su cui era chiamata a giudicare» (corsivi aggiunti, qui come altrove, ove non diversamente indicato).

Sulla stessa linea, nella sentenza n. 230/2012 la Corte lamenta la circostanza che «[d]ifetta [...] – né il rimettente l'ha comunque posta in evidenza – una qualsivoglia analogia tra il caso esaminato dalla Corte europea e quello oggetto del giudizio interno: *analogia il cui riscontro rappresenta un presupposto necessario per “importare” il principio affermato in sede europea nell'ambito del controllo di legittimità costituzionale*».

Vi sono, poi, le note decisioni in cui la Corte ha affermato che «l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare *la sostanza* di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea (Cass. 20 maggio 2009, n. 10415; Corte eur. dir. uomo 31 marzo 2009, Simaldone c. Italia, ric. n. 22644/03)» (così la sentenza n. 311/2009).

Altrove la Corte ha osservato che se essa «non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della Cedu a quella della Corte di Strasburgo, può però “valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma Cedu, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza”» (sentenza n. 236/2011, con citazione della sentenza n. 317/2009).

In più occasioni, poi, si è richiamato il concetto di *marginale di apprezzamento*, talora combinando tale

argomento con altri, anche mediante rimandi che, come in un gioco di specchi, sembrano amplificare il portato delle singole pronunce.

Per esempio, si legge sempre nella sentenza n. 236/2011 che «[a] questa Corte compete, insomma, di apprezzare la *giurisprudenza europea consolidata* sulla norma conferente, in modo da *rispettarne la sostanza*, ma con un *marginale di apprezzamento* e di *adeguamento* che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi».

Nella sentenza n. 303/2011 si afferma, con sottili variazioni e interessanti integrazioni (oltre che con il consueto *collage* stratificato di autocitazioni), che se la Corte «*non può prescindere* dall'interpretazione della Corte di Strasburgo di una disposizione della Cedu, *essa può, nondimeno, interpretarla a sua volta*, beninteso nel *rispetto sostanziale* della giurisprudenza europea *formatasi al riguardo*, ma “con un *marginale di apprezzamento* e di *adeguamento* che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi (sentenza n. 311 del 2009)” (sentenza n. 236 del 2011)».

Ancora, nella sentenza n. 264/2012 si legge che «[i]l richiamo al “marginale di apprezzamento” nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. [...] In definitiva, se [...] il giudice delle leggi non può sostituire la propria interpretazione [...] della Cedu a quella data in occasione della sua applicazione *al caso di specie* dalla Corte di Strasburgo, [...] esso però è tenuto a valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano».

Nel composito quadro progressivamente delineato, nei suoi tratti essenziali, dalle decisioni citate (e da quelle successive che a esse hanno fatto variamente riferimento, senza elementi di novità che valga la pena menzionare), si è inserita in modo forse non dirompente, ma certamente molto innovativo, la più volte citata sentenza n. 49/2015.

3. Le indicazioni metodologiche contenute nella sentenza n. 49/2015

Sulla sentenza n. 49/2015 si è detto e scritto moltissimo e non si può certo entrare, in questa sede, nel dibattito sorto tra i commentatori. Non ci si può esi-

mere, tuttavia, dal richiamarne alcuni imprescindibili passaggi e dal formulare poi alcune osservazioni.

Iniziamo da un sintetico riepilogo dei punti salienti della decisione.

In breve, nella sentenza n. 49, dopo aver censurato l'operato del giudice *a quo* perché questi aveva «attribuito all'art. 7 della Cedu un significato non immediatamente desumibile da tale disposizione» sulla sola base di una pronuncia della Corte Edu la quale non era, «con ogni evidenza, espressione di un'interpretazione consolidata nell'ambito della giurisprudenza europea»⁵, la Consulta ha affermato che «è solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun *obbligo* esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo»⁶.

In particolare – si è precisato –, nel caso in cui il giudice abbia motivo di «interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un "diritto consolidato", è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della Cedu, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente

orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale»⁷.

Per converso, la Corte ha ribadito che «[s]olo [ma pur sempre!] 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). Quest'ultimo assumerà di conseguenza, e *in linea di massima*, quale norma interposta il risultato oramai stabilizzatosi della giurisprudenza europea, dalla quale questa Corte ha infatti ripetutamente affermato di non poter "precludere" (...), salva l'eventualità eccezionale di una verifica negativa circa la conformità di essa, e dunque della legge di adattamento, alla Costituzione (*ex plurimis*, sentenza n. 264 del 2012), di stretta competenza di questa Corte».

Data l'altissima posta in gioco (ovvero la marcata differenza di "regime", in termini di poteri e doveri spettanti al giudice comune, per i due casi considerati), è apprezzabile il fatto che, allo scopo precipuo di fornire al giudice un aiuto nel suo «percorso di di-

5. E dopo aver osservato come «sarebbe errato [...] ritenere che la Cedu abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato».

6. Il fatto che in questi casi non vi sia "nessun *obbligo*" di allinearsi alla (non consolidata) giurisprudenza europea, non significa affatto, vale la pena anticipare, che vi sia un "divieto" di farlo, salva l'ipotesi – in linea di principio "patologica", seppure non infrequente – di cui si dirà subito oltre, e cioè quella in cui l'orientamento della Corte Edu non consolidato sia tale da suscitare addirittura un dubbio circa la sua conformità alla nostra Costituzione, nel qual caso, come si dirà subito, il giudice incontrerebbe un vero e proprio *divieto* di abbracciare tale orientamento giurisprudenziale.

Si potrebbe forse precisare, con riguardo (anche) a quest'ultimo tipo di situazioni, che il giudice dovrebbe almeno *dare compiutamente conto dei motivi* per cui arriva a una determinata conclusione, se non altro per evitare il rischio che vengano accomunate a queste situazioni – nella condivisa sorte di ritenuta irrilevanza e conseguente "invisibilità" della giurisprudenza europea – delle situazioni *ben diverse*, e cioè quelle in cui *non ricorrono i due presupposti poc'anzi ricordati* e, pertanto si dovrà ritenere operante (si "riespanderebbe", se così si vuol dire) il consueto *vincolo* (in caso di orientamento consolidato o comunque "pacifico" e privo di controindicazioni, si potrebbe aggiungere) o quantomeno, aspetto questo da sottolineare, la *facoltà* (in caso di orientamento non consolidato e per qualche motivo dubbio o problematico, ma non sospettato di incostituzionalità) di allineamento alla giurisprudenza europea; come pure in casi estremi il compito, a cui il giudice comune non può all'occorrenza sottrarsi, di procedere ad una del tutto autonoma interpretazione della Cedu nell'ipotesi (rara) in cui manchi un "precedente" europeo più o meno pertinente e vi sia tuttavia motivo di ritenere che il caso ricada sotto l'ombrello protettivo di una qualche norma della Cedu.

7. Una simile impostazione – ha rimarcato la Corte – «non solo si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte Edu sul senso da attribuire ai diritti dell'uomo, ma si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo», che, come è noto, «si articola per sezioni, ammette l'opinione dissenziente», e «ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera».

A questo riguardo, si può aggiungere una circostanza spesso trascurata, e cioè che la nozione di «giurisprudenza consolidata», posta al centro del discorso metodologico sviluppato nella sentenza n. 49/2015, non è affatto estranea al sistema della Cedu ed è, anzi, stata oggetto di considerazione – con linguaggio pressoché coincidente a quello utilizzato dalla Consulta (ragionandosi di «*well-established case-law*») – sul piano *normativo*, nel Protocollo n. 14, entrato in vigore nel 2010. Tale Protocollo ha ricollegato alla sussistenza, in un determinato caso, di una simile situazione giurisprudenziale *conseguenze ben precise e di tutto rilievo sul piano procedurale*; ma anche, indirettamente, sul piano *sostanziale*: si rinvia in proposito a V. Sciarabba, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, op. cit., e (per una più ampia analisi del protocollo 14) *Id.*, *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, CEDAM, 2008.

scernimento» per quei casi “difficili”⁸ in cui non sia «di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della Cedu abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento», la Corte si è spinta a elencare una fitta serie di “indici”⁹ che, volendo, potrebbe essere anche letta come un (ulteriore) arsenale di argomenti messo a disposizione soprattutto del giudice comune (oltre che di se stessa), per poter “prendere le distanze” da pronunce “scomode”.

Di certo, alla base e/o a sostegno dell'impostazione della Corte c'è, o comunque può oggettivamente porsi, un'esigenza di tutto rilievo, non trascurabile, e cioè quella di evitare che si arrivi, come si è detto, ad «adeguare definitivamente l'ordinamento interno ad un principio per nulla stabile, ed anzi ben suscettibile di non trovare conferma nella successiva giurisprudenza europea»¹⁰.

In altri termini, il rischio è che, in qualche occasione, ci si possa ritrovare a essere... “più realisti del re”, ovvero a impugnare ed eventualmente annullare in via definitiva norme nazionali ritenute contrastanti con la Cedu sulla sola base di indirizzi giurisprudenziali controversi ed “effimeri” della Corte di Strasburgo, magari di singole sentenze destinate a essere “smentite” in breve tempo.

I questi casi è vero che, in teoria, si potrebbe reintrodurre, in un secondo momento, la disciplina “erroneamente” dichiarata incostituzionale attraverso una nuova legge, eventualmente in via retroattiva, ove possibile e opportuno (salva poi l'ipotesi ulteriore, ben più ardua, di interventi “ripristinatori” della stessa Corte costituzionale).

Tuttavia, è chiaro che si tratterebbe in ogni caso di situazioni e soluzioni piuttosto bizzarre (se non anche forzate) e che il problema di fondo esiste e non va sottovalutato.

4. La sentenza della Corte Edu, Grande Camera, del 28 giugno 2018, GIEM e altri c. Italia, e la “lezione” da trarne

A conferma, esemplificazione pratica e integrazione di quanto si è appena osservato – in termini quasi coincidenti con quelli già utilizzati in altra sede e in tempi “non sospetti”¹¹ – si può ora richiamare l'attenzione sull'intervenuta sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo *GIEM e altri c. Italia*, depositata il 28 giugno 2018, che torna a fare il punto proprio sulla disciplina italiana della confisca urbanistica, su cui si era soffermata la Corte costituzionale nella sentenza n. 49.

Con la sentenza del 28 giugno 2018, infatti, la Corte Edu ha affermato che deve ritenersi, in linea di principio, *conforme* alla Convenzione l'applicazione della menzionata sanzione anche unitamente alla dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione, a condizione che sia stata accertata incidentalmente la colpevolezza dell'imputato, discostandosi così dalla lettura che «era stata attribuita dalla grande maggioranza dei commentatori alla sentenza della Corte di Strasburgo *Varvara c. Italia del 2013, con la quale sarebbe stata posta al bando la confisca urbanisti-*

8. In effetti, la giustapposizione tra due sole ipotesi – giurisprudenza “consolidata” o “non consolidata” – appare molto artificiosa, dandosi nella realtà situazioni intermedie, con un'infinità di “gradazioni”, e il fatto di dover alla fine calare una mannaia (pur dopo aver fatto ricorso a tutti gli indici più sofisticati) per stabilire se una situazione stia da una parte o dall'altra non risulta molto soddisfacente. Ove però si accolga il rilievo per cui, come si è accennato, anche nella “situazione deontica” del giudice possono esserci sfumature intermedie tra i due estremi dell'*obbligo* e del *divieto* di allinearsi a un orientamento giurisprudenziale europeo, e si consideri come l'onere di motivare le proprie decisioni, se preso sul serio, possa essere una cosa molto importante, si può ritenere che, dopo tutti gli assestamenti del caso, si potrà arrivare a un sistema più articolato in cui il giudice, in sostanza, dovrà approfondire, valutare e in alcuni casi ponderare, da una parte, il “grado di consolidamento” di un orientamento giurisprudenziale europeo e, dall'altra, la natura e il peso delle controindicazioni al suo accoglimento (controindicazioni fattuali o giuridiche: con speciale rilievo, tra queste ultime, di quelle costituzionali, alla stregua delle indicazioni, sotto questo profilo molto nette, della Consulta).

9. In specie: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano».

10. M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2/2015, p. 293; si veda anche, *Id.*, *Ordinamento nazionale e CEDU. Impressioni al sole che è sorto*, in *Questione Giustizia on line* del 14/7/2016, www.questionegiustizia.it/articolo/ordinamento-nazionale-e-cedu-impressioni-al-sole-che-e-sorto14-07-2016.php.

11. In una relazione svolta a Roma nel luglio del 2016 nell'ambito dello “Stage di Diritto Europeo” organizzato per la formazione iniziale dei nuovi Mot dalla Scuola superiore della magistratura (e pubblicata con il titolo *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, disponibile online (www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2017_Sciarabba.pdf).

ca “senza condanna”», precludendo in particolare, secondo tale lettura, «che la confisca fosse disposta, previo accertamento incidentale della colpevolezza, insieme con la sentenza che dichiara non luogo a procedere a seguito di estinzione del reato per prescrizione (con grave danno per l'interesse pubblico, considerato che il reato di lottizzazione abusiva molto spesso si prescrive)»¹².

Ed è appunto tale esito preclusivo che la Corte costituzionale aveva scongiurato con la sent. 49/2015, la quale ha escluso che dalla sentenza *Varvara* derivasse una simile conseguenza nel nostro ordinamento.

Ebbene, ecco il punto (e vale la pena coglierlo con le efficaci parole di Marco Bignami), «[c]he sarebbe successo, allora, se la Corte costituzionale avesse dichiarato nel 2015 la incostituzionalità della normativa italiana che la prevede, per adeguarsi a ciò che appariva allora, dopo la sentenza *Varvara*, il contenuto dell'art. 7 Cedu, e che in seguito, dopo la pronuncia della Grande Camera, si è rivelato illusorio? Problema non da poco, perché seguendo quella via, auspicata dai più, avremmo rinunciato ad un potente strumento di contrasto allo scempio del territorio, per così dire *a gratis*, ovvero senza che tale abdicazione venisse incontro ad alcuna esigenza di tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Cedu. Del resto, appiattendosi sull'isolata sentenza *Varvara*, e consentendole di integrare la normativa europea interposta, ai fini del controllo di costituzionalità, si sarebbe rinunciato a far valere forti ragioni che si appellano, come si è visto, anzitutto allo spirito della Convenzione, e il cui accoglimento da parte della Grande Camera, alla fine, ha arricchito, e non indebolito il diritto europeo (non solo nei confronti dell'Italia, ma di ciascun Stato aderente). In altre parole: senza la posizione critica della nostra Corte costituzionale, a Strasburgo avrebbe potuto consolidarsi per forza di inerzia un orientamento non solo poco consono all'impianto della Cedu, ma irrispettoso del fondamentale principio di sussidiarietà della sanzione penale»¹³.

Sotto quest'ultimo profilo il discorso si interseca con un'altra questione molto importante, e cioè quella relativa al (peculiare e privilegiato) ruolo che può avere la Corte costituzionale nell'ambito della dottrina del *margin* di apprezzamento.

Rinviando per l'approfondimento di tale questione ad altra sede¹⁴, e tornando sul profilo su cui ave-

vamo posto l'attenzione, può condividersi la conclusione di Bignami secondo cui, a conti fatti, proprio «[l]a vicenda della confisca urbanistica [...] è la migliore riprova della bontà della scelta, compiuta esplicitamente dalla sentenza n. 49 del 2015, ma già *in nuce nella pregressa giurisprudenza costituzionale, di permettere l'enucleazione dalle pronunce di Strasburgo di norme da porre a base del controllo di costituzionalità, a condizione che esse riflettano uno stato consolidato di quella giurisprudenza, ovvero il suo diritto vivente*»¹⁵.

5. Due pericoli potenzialmente derivanti da (una lettura affrettata di) alcuni passaggi della sentenza n. 49

Ciò detto, sembra opportuno richiamare l'attenzione su due pericoli, per così dire, opposti rispetto a quello sopra segnalato, che potrebbero derivare da una lettura semplicista (o, se si preferisce, massimalista) di alcuni passaggi della sentenza 49.

Ritorniamo un attimo sull'affermazione, che sintetizza in qualche modo il nocciolo dell'argomentazione della Corte (e si presenta come una sorta di “massima” rivolta a tutti i giudici), secondo cui «è solo un “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento ormai divenuto definitivo».

Ebbene, il primo pericolo che si vuol evidenziare si ricollega al fatto che il riconoscimento in capo al giudice comune del potere (o addirittura dell'obbligo)¹⁶ di ignorare orientamenti giurisprudenziali *non consolidati* della Corte Edu che egli non condivide possa portare, se... preso troppo sul serio (o troppo “allegrementemente”, secondo i punti di vista), a violazioni di uno dei principi-cardine del nostro sistema di giustizia costituzionale, e cioè quello per cui il giudice ha il dovere di sollevare tutte le questioni di costituzionalità che non siano *manifestamente* infondate.

Cosa si intende dire? Si intende dire che, almeno di norma, il fatto stesso dell'esistenza presso la Corte europea di un orientamento interpretativo – magari non ancora “consolidato”, ma magari nemmeno

12. M. Bignami, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, in *Questione Giustizia on line* del 10/7/2018, www.questionegiustizia.it/articolo/da-strasburgo-via-libera-alla-confisca-urbanistica-senza-condanna_10-07-2018.php.

13. *Ibid.*

14. V. Sciarabba, *Il ruolo della CEDU*, *op. cit.*

15. M. Bignami, *Da Strasburgo*, *op. cit.*

16. Per alcune sottili distinzioni su questo punto, vds. anche M. Bignami, *Le gemelle crescono*, *op. cit.*, p. 292.

del tutto estemporaneo e con altissima probabilità “recessivo”¹⁷... e tale, quindi, da indurre a sospettare una incompatibilità con la Cedu (e perciò con la Costituzione) della disciplina legislativa rilevante per il caso – dovrebbe forse *di per sé* indurre a considerare la questione di costituzionalità, in riferimento all'art. 117, “non manifestamente infondata”, e dunque da sollevarsi!

In altri termini, la mancata adesione personale dei giudici comuni all'orientamento di Strasburgo (pur non ancora del tutto consolidato, ma esistente e potenzialmente destinato a rafforzarsi in seguito) dovrebbe forse, nel quadro di un sistema di giustizia costituzionale prudenzialmente fondato sul canone della “non manifesta infondatezza”, restare priva di rilievo (spetterebbe poi *alla Corte costituzionale*, in quest'ordine di idee, sbrogliare la questione, essendo essa l'organo più adatto ad esprimersi sull'esistenza e sui contenuti del parametro interposto!).

Questo con riguardo al primo pericolo.

C'è poi, come si diceva, un secondo pericolo forse ancora più grave. Lo si era a suo tempo evidenziato, manifestando il timore «che si faccia strada una visione secondo cui, in assenza di una nutrita serie di sentenze di Strasburgo che facciano applicazione (in modo, per di più, sempre coerente) di un determinato principio o di una determinata regola astrattamente desumibile dalle disposizioni della Convenzione, tale principio o tale regola vengano considerati *tamquam non essent*»¹⁸.

Una simile visione «finirebbe infatti per trasformare, in modo anacronistico e soprattutto scorretto, la Cedu in una tavola di “norme programmatiche”,

bisognose di un previo consolidamento giurisprudenziale ad opera della Corte di Strasburgo – potremmo dire di una (ripetuta) *interpositio iudicis* – prima di poter esplicitare i propri effetti nell'ordinamento nazionale (vuoi a fini di annullamento delle disposizioni legislative interne con essa inevitabilmente confliggenti, vuoi a fini di reinterpretazione convenzionalmente orientata delle disposizioni solo potenzialmente confliggenti)»¹⁹.

Per questo, si era auspicato che i successivi “assestamenti” (ossia i prevedibili, ulteriori aggiustamenti di tiro da parte della Consulta, nonché – già nel frattempo – l'operato dei giudici comuni) scongiurassero tale davvero inquietante scenario.

6. Alcune opportune precisazioni rinvenibili nella sentenza n. 68 del 2017

Ebbene, nella sentenza n. 68/2017 della Corte costituzionale si rinvenivano alcune significative prese di posizione proprio a questo riguardo, quanto mai opportune: alcune molto nette ed esplicite, altre solo implicite (e, per così dire, fornite *a contrario*), ma tutte di grande importanza.

Vale la pena riportarle testualmente: «è (...) da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la Cedu, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo. Al contrario, “[l]’applicazione e l’interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati mem-

17. Sembra questa l'unica ipotesi eccezionale da far salva.

18. Così nel nostro *La tutela dei diritti fondamentali*, op. cit., p. 25.

In altri termini, si paventava il rischio che si possa diffondere tra i giudici comuni un abito mentale secondo cui *le singole decisioni della Corte europea*, e a maggior ragione *le eventuali interpretazioni autonome di disposizioni della CEDU* sarebbero sistematicamente (o almeno in linea di massima) destinate a restare irrilevanti, e cioè, in un certo (anzi incerto: v. subito oltre) senso, a soccombere. Ma – ci si potrebbe e dovrebbe a questo punto chiedere – a soccombere *di fronte a cosa*, e precisamente *in che senso*, *in che modo*?

A soccombere di fronte a una interpretazione alternativa di una legge interna, più vicina all'intenzione del legislatore e/o al tenore letterale, ma teoricamente suscettibile di essere nel caso specifico superata proprio attraverso quell'interpretazione convenzionalmente orientata alla quale si va “prudenzialmente” a rinunciare? Di fronte a un insuperabile ostacolo legislativo, che richiederebbe di rivolgersi alla Consulta per ottenere l'annullamento della disposizione in presunto contrasto con la Cedu? E, ancora, di fronte a una disciplina legislativa “costituzionalmente obbligata” o, comunque, al servizio di diritti e principi di rilievo costituzionale che sarebbero in tutto o in parte sacrificati qualora si facesse spazio al presunto vincolo convenzionale? Oppure anche di fronte a una disposizione legislativa priva di qualsivoglia “copertura” costituzionale, in quanto non attuativa di diritti o principi previsti nella Costituzione, e nemmeno (cosa un po' diversa) espressiva di ponderazioni e bilanciamenti tra diritti e principi di tal sorta?

Si tratta, come può notarsi, di domande alle quali, in parte, si è già fornito risposta (o elementi per trovare una risposta) nelle pagine che precedono; e, in altra parte, potranno ricevere risposta nelle pagine seguenti (anche in riferimento a una successiva decisione della Corte, la n. 68 del 2017).

19. *Ibid.* A questo proposito, specie in vista di ciò che si dirà poco più avanti, meritano di essere riportate le considerazioni di R.G. Conti, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2016 (www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_08.pdf), secondo cui «[l]a ricostruzione che [in ipotesi] anestetizza il ruolo della giurisprudenza non consolidata della Corte Edu, oltre a non trovare alcuna conferma nella Cedu, tralascia di considerare che è proprio la suddetta Convenzione ad essere un trattato internazionale reso esecutivo con legge dello Stato, come tale pienamente “vincolante” a prescindere dal carattere consolidato o meno della giurisprudenza della Corte Edu» (pp. 96-97).

bri" (sentenze n. 49 del 2015 e n. 349 del 2007). Il dovere di questi ultimi di evitare violazioni della Cedu li obbliga ad applicarne le norme, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte Edu, *specie* [dunque non soltanto!] quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo (sentenze n. 276 e n. 36 del 2016).

In tale attività interpretativa, *che gli compete istituzionalmente ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost.*, il giudice comune incontra il solo limite costituito dalla presenza di una normativa nazionale di contenuto contrario alla Cedu. In tale caso, la disposizione interna va impugnata innanzi a questa Corte per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., ove non sia in alcun modo interpretabile in senso convenzionalmente orientato» (corsivi e commenti ovviamente aggiunti)²⁰.

Queste precisazioni – in particolare, quelle che richiamano il giudice ai suoi poteri/doveri di autonomia interpretazione della legge ai sensi dell'art. 101 Cost. e alla sua responsabilità di evitare violazioni della Cedu, anche qualora non vi sia, a livello europeo, una giurisprudenza consolidata o addirittura non vi sia alcun precedente pertinente – potrebbero valere anche a ridimensionare un ulteriore pericolo, segnalato in particolare da Roberto Conti, laddove aveva notato come «il modello di giudice confezionato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015 sembr[asse] mettere da parte gli aspetti relativi alla più intensa tutela, sui quali le seconde sentenze gemelle (nn. 311 e 317 del 2009) non avevano mancato di insistere, in ciò seguite espressamente da Corte cost. n. 191/2014 e – indirettamente – da Corte cost. n. 223/2014»²¹.

In disparte le possibili perplessità sul criterio della più intensa tutela – perplessità formulate anche da parte di chi scrive in sede di commento alle sentenze gemelle e, in modo più argomentato, ancor prima²²; ma che tuttavia non possono disconoscere gli aspet-

ti positivi che, almeno in certi casi, possono derivare dal ricorso a un simile criterio, né, men che meno, il fatto che esso sia sancito a livello normativo, se non altro, negli artt. 53 della Cedu e della Carta di Nizza –, occorre anzitutto premettere che i passaggi della sentenza n. 49 che sembrano maggiormente suffragare il timore manifestato sono probabilmente (tralasciando il discutibile riferimento al “predominio assiologico” della Costituzione) quelli in cui la Corte si è spinta a fornire puntuali indicazioni sul modo in cui il giudice comune dovrebbe comportarsi, sul piano ermeneutico, nelle ipotesi, diciamo così, di “conflitto tra interpretazioni conformi”.

Da un lato, dunque, il passaggio in cui la Corte, ragionando dell'eventualità che il giudice abbia motivo di «interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione», ha affermato che «va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un “diritto consolidato”, è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della Cedu». Dall'altro, il passaggio per cui «solo [...] 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».

Ebbene, sembra che il rischio prima ricordato (cioè che siano «me[ssi] da parte gli aspetti relativi alla più intensa tutela») sia ridimensionabile, dopo i chiarimenti forniti nei passaggi sopra citati della sentenza n. 68/2017, proprio valorizzando le responsabilità e il residuo margine di autonomia interpretativa dei giudici comuni, a ben guardare molto più ampio di quanto poteva sembrare dalle citate affermazioni della sentenza n. 49.

20. Sulla stessa linea, merita poi di essere richiamata un'importante indicazione di Antonio Ruggeri, il quale ricorda che «la scissione tra Convenzione e giurisprudenza convenzionale è inevitabile nei casi in cui la seconda non abbia ancora avuto modo di pronunciarsi (ipotesi alla quale fa esplicito riferimento Corte cost. n. 68 del 2017), *gravando comunque sul giudice nazionale l'obbligo di conformarsi alla prima, facendone pertanto oggetto di originale interpretazione*»: A. Ruggeri, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, p. 143. In effetti, al di là dell'ipotesi “estrema” di “totale vuoto giurisprudenziale”, che lo stesso A. considera “sempre più rara a verificarsi a motivo della copiosissima produzione giurisprudenziale che si ha a Strasburgo”, la notazione rimarca la necessità che il giudice *rispetti sempre* (o meglio, *faccia sempre tutto il possibile perché sia rispettata*) la Cedu, senza che sotto questo aspetto (di “intensità” del vincolo, se vogliamo) faccia alcuna differenza la circostanza che sulla fattispecie in esame vi sia un vuoto giurisprudenziale, una giurisprudenza isolata, frammentaria e/o controversa oppure una giurisprudenza copiosa e consolidata, tutto ciò incidendo, semmai, solo sul (grado di dettaglio circa l'effettivo) “contenuto” del vincolo e quindi sul residuo grado di autonomia interpretativa del giudice.

21. R.G. Conti, *Il sistema di tutela multilivello*, op. cit., p. 96. Sul punto è tornato di recente, in termini molto efficaci, A. Ruggeri, op. ult. cit., pp. 145-146.

22. Cfr. *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte. Le “clausole orizzontali” della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, Napoli, 2006, in particolare p. 423 e pp. 438-449.

Si è già avuto modo di evidenziare, in particolare, come tra i due estremi del *divieto* e dell'*obbligo* di allinearsi alla giurisprudenza europea (“estremi” ai quali soltanto si riferiscono, lo si vuol rimarcare, i due passaggi richiamati) vi siano una moltitudine di *situazioni intermedie* non espressamente menzionate dalla Corte, ma frequenti nella realtà: situazioni accomunate dal fatto che, in questi casi, il giudice avrebbe la *facoltà* di allinearsi alla giurisprudenza europea (o, al limite, un obbligo di procedere a una interpretazione autonoma della Cedu, in assenza di precedenti pertinenti), con un più o meno stringente onere di motivazione nel caso in cui decida di non farlo.

Con riguardo a queste situazioni intermedie, l'enfatizzazione in positivo da parte della sent. 68/2017

dei poteri, dei doveri e delle responsabilità del giudice comune sembra gettare nuovamente luce su quella necessità – non certo negata, ma in effetti un po' “oscurata” dalla sentenza n. 49 – di utilizzare tutto il materiale normativo a disposizione per ricercare la soluzione giuridica²³ in grado di assicurare la più intensa tutela dei diritti e principi fondamentali coinvolti, o almeno, nei casi più complessi, il loro “miglior assetto” (e ciò in virtù dell'attitudine non solo della Cedu e della Carta dei diritti, ai sensi dell'art. 53 dell'una e dell'altra, ma anche della stessa Costituzione, come la Corte ha più volte ribadito e mai smentito, a “far spazio” a discipline e indicazioni giurisprudenziali di origine in senso lato esterna, qualora più idonee a raggiungere l'obiettivo della miglior tutela).

23. Anche mediante il ricorso ad interpretazioni conformi... variamente orientate; oppure al promovimento di questioni di costituzionalità, pure in questo caso di varia natura (specie dopo gli sviluppi più recenti che portano il giudizio alla Consulta ad essere l'unico nel quale sia possibile fare contestualmente applicazione – nel modo più “forte”, cioè con effetti *erga omnes* in caso di accoglimento – della Cedu, ovviamente della Costituzione e oggi anche della Carta dei diritti fondamentali).

Controllo di convenzionalità e interpretazione conforme: il ruolo del giudice nazionale

di *Corrado Caruso*

Il contributo mira a indagare struttura e funzioni dell'interpretazione conforme alla Cedu, a partire dal modello teorico-generale, per poi declinarne le coordinate in relazione alle sue peculiarità. Delimitati lo scopo e i limiti di questo criterio interpretativo, si esaminano le ragioni teoriche che fanno dell'interpretazione convenzionalmente orientata un canone residuale e recessivo rispetto agli altri strumenti ermeneutici a disposizione del giudice nazionale.

1. L'interpretazione conforme: cos'è?

L'interpretazione *conforme* ha una dimensione anfibia¹: per un verso *topos* ermeneutico, particolare argomento persuasivo che fornisce ragioni per giustificare un determinato risultato interpretativo; per un altro, *regola sull'interpretazione o sul come interpretare*, canone precettivo che indica quale procedimento seguire per l'ascrizione di significato normativo a una determinata disposizione.

In relazione a quest'ultimo profilo, si è sostenuto, con varietà di sfumature, che l'interpretazione conforme altro non sarebbe che una *species* dell'interpretazione sistematica, perché risponderebbe, non diversamente da quest'ultima, al generale postulato di coerenza dell'ordinamento giuridico che l'interprete è chiamato a soddisfare nella sua ordinaria attività².

Tale tesi non può essere accolta nella sua interezza sia perché l'interpretazione logico-sistematica ha una genesi strettamente legata all'ermeneutica codicistica, operando quindi rispetto a norme collocate entro il medesimo atto giuridico (ancorché decifrate alla luce dell'ordinamento complessivamente considerato)³, sia perché l'interpretazione conforme presuppone (ma sul punto si tornerà) un rapporto gerarchico tra fonti⁴. Ciò nonostante, l'accostamento all'interpretazione sistematica evidenzia opportunamente la funzione relazionale dell'interpretazione conforme, capace di mettere in connessione atti e sistemi normativi diversi, sovente rispondenti a logiche e *rationes* distinte ma egualmente rilevanti per l'applicazione di una determinata disposizione al caso concreto⁵. Come è stato detto, allora, l'interpretazione conforme è una «cerniera» che congiunge armoniosamente mondi normativi distanti, ma uniti dalla necessità di

1. Cfr. R. Bin, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in A. Bernardi (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Jovene, Napoli, 2015, pp. 17 ss.; similmente, si veda T. Epidendio, *Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme*, in *Diritto penale contemporaneo*, nn. 3-4/2012, pp. 26 ss.

2. In tal senso, R. Bin, *L'interpretazione*, *op. ult. cit.*, pp. 17-19; nello stesso senso, si veda A. Ruggeri, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in A. Bernardi (a cura di), *L'interpretazione*, *op. ult. cit.*, pp. 153-158.

3. In questa direzione mi pare vada la condivisibile obiezione di T. Epidendio, *Riflessioni*, *op. cit.*, pp. 26-27.

4. A. Bernardi, Presentazione, *Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in *L'interpretazione*, *op. cit.*, p. XIII.

5. Sottolinea tale aspetto A. Ruggeri, *L'interpretazione*, *op. cit.*, pp. 156-157.

offrire una soluzione al caso controverso⁶.

A disegnare il volto dell'interpretazione conforme è, come detto, una relazione gerarchica tra fonti. «[O]bligazione di mezzi»⁷ gravante sull'interprete, chiamato a estrapolare dalla disposizione un significato normativo coerente con le norme di altra fonte che si collochi, con la prima, «in uno specifico rapporto condizionante»⁸, l'interpretazione conforme non coincide con i criteri adottati dall'ordinamento per risolvere le antinomie normative e, di conseguenza, ordinare le fonti del diritto a sistema⁹. A meno di non avallare l'ipotesi, dal vago sapore realistico, della riduzione del sistema delle fonti al singolo risultato interpretativo, alla norma dettata dalle contingenze del caso concreto (inevitabilmente influenzata, quindi, dalla peculiare *weltanschauung* dell'interprete), i criteri di risoluzione delle antinomie normative sono esterni all'attività interpretativa, *posti* dall'ordinamento giuridico e non *creati* dal soggetto interpretante¹⁰.

L'interpretazione conforme prelude, dunque, a una triplice operazione ermeneutica conseguente al rapporto gerarchico tra fonti: la prima, realizzata sulla disposizione sovraordinata; la seconda, sulla disposizione condizionata; entrambe sottoposte, infine, a una "saldatura" normativa in vista della decisione del caso concreto.

L'interpretazione conforme può anche tradursi in un'applicazione diretta della fonte superiore: importa poco stabilire se quest'ultima assurga a fonte immediata della regola del caso concreto o se rap-

presenti la premessa maggiore del ragionamento normativo¹¹. Ciò che rileva è la funzione nomogenetica che svolge, per via interpretativa, la fonte superiore, la quale, "illuminando" la fonte subordinata, esprime la sua supremazia sul materiale normativo sottostante.

Alla luce di tali premesse, due sono gli indiscussi protagonisti dell'interpretazione conforme: la fonte sovraordinata, la quale amplifica la sua precettività e permea di sé il sistema normativo; l'interprete (di regola, come si vedrà, il giudice comune), che nella fonte superiore trova un giacimento precettivo che gli consente di trarre, dagli atti-fonte sottordinati, significati non altrimenti desumibili tramite i tradizionali canoni ermeneutici.

Queste considerazioni sono sagomate sull'interpretazione conforme a Costituzione, all'uno prototipo e modello delle successive "interpretazioni conformi", sviluppatesi con riguardo, in particolare, all'ordinamento comunitario e al sistema convenzionale.

L'interpretazione conforme a Costituzione ha rappresentato, infatti, l'anello di congiunzione di due sistemi normativi che, nell'intenzione dei Costituenti¹², dovevano rimanere rigorosamente distinti: da una parte, la Costituzione e il circuito della legalità costituzionale, custoditi dalla Corte costituzionale; dall'altra, l'ambito della legalità ordinaria, dominato dalla legge, appannaggio dei giudici comuni¹³. È la stessa Corte costituzionale che, all'indomani della sua comparsa sul proscenio repubblicano, si serve

6. E. Lamarque, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2013, p. 788.

7. A. Celotto e G. Pistorio, *Interpretazioni comunitariamente e convenzionalmente conformi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 1980.

8. M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, p. 445.

9. *Contra*, invece, M. Luciani, *L'interpretazione*, *op. cit.*, pp. 442 ss.

10. Si veda, invece, quanto sostenuto da A. Ruggeri, *Lo Stato costituzionale e le sue mutazioni genetiche*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2014, pp. 845 ss., il quale propone di convertire la teoria delle fonti in una teoria assiologicamente orientata delle norme. In senso simile, si veda R. Bin, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*. Per una teoria quantistica delle fonti del diritto, in G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. I., Iovene, Napoli, 2009, pp. 35 ss., secondo il quale l'unico argine al potere giusgenerativo del giudice sarebbe dato dal vincolo del precedente.

11. Cfr. R. Bin, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme della Costituzione alla legge*, in Associazione dei costituzionalisti (a cura di), *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa: Atti del XXI Convegno annuale, Roma 27-28 ottobre 2006 - 50° anniversario della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, Jovene, Napoli, 2010, p. 221. Per un'opinione diversa, O. Chessa, *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, in E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 420 ss. (in particolare, p. 425).

12. Cfr. le note tesi di C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 196-197.

13. O, come ebbe a dire il primo presidente della Corte costituzionale, Enrico De Nicola, «da un lato la Corte costituzionale, vestale della Costituzione, dall'altra la magistratura, vestale della legge». Riferimenti in P. Gaeta, *"Controllo di convenzionalità" e poteri del giudice nazionale: i difficili approcci dell'ermeneutica giudiziale*, bozza elaborata nell'ambito dell'incontro di studio sul tema: «L'interpretazione giudiziale fra certezza ed effettività delle tutele», Agrigento, 17-18 settembre 2010, disponibile online (<http://astra.csm.it/incontri/relaz/20178.pdf>), p. 9.

di questo canone dando vita alla tipologia decisoria delle sentenze interpretative (di rigetto)¹⁴. Nei decenni successivi, le note vicende sull'art. 36 Cost.¹⁵, che inaugurano la prassi giudiziale dell'applicazione diretta della Costituzione e la richiesta, rivolta al giudice *a quo* dal giudice delle leggi, di dimostrare di avere esperito il tentativo di interpretazione adeguatrice della disposizione impugnata (pena l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale)¹⁶, confermano la crisi dei sistemi normativi e testimoniano il nuovo ruolo assunto dal giudice comune, il quale, nell'applicare la disposizione di legge, è tenuto ad adeguarne il senso alle norme fondamentali.

Per un verso, infatti, la Costituzione si impone sul sistema normativo sottostante attraverso una applicazione diffusa, che incontra il solo limite invalicabile della assoluta incompatibilità della interpretazione correttiva con la lettera del testo di legge; per un altro, il giudice comune, da semplice "portiere" della Corte costituzionale, secondo la felice immagine di Piero Calamandrei, assurge a garante e promotore dei principi costituzionali. I giudici (soprattutto ordinari) cessano di essere asettici esecutori della legge per divenire protagonisti dell'inveramento dei valori costituzionali nell'ordinamento giuridico e, secondo alcune ricostruzioni, addirittura co-titolari della funzione di indirizzo politico-costituzionale¹⁷.

2. Lo statuto costituzionale dell'interpretazione convenzionalmente orientata. I limiti di struttura: il testo

L'interpretazione convenzionalmente orientata nasce, quasi per gemmazione, dall'interpretazione costituzionalmente conforme, imboccando un sentiero non troppo distante da quello percorso dall'interpretazione conforme al diritto comunitario (in relazione alla normativa europea non *self executing*, per assicurarne l'"effetto utile")¹⁸. Sono tecniche che consentono al giudice comune di entrare in contatto con le giurisdizioni esterne, le quali operano secondo principi e logiche di funzionamento non del tutto sovrapponibili a quelli dell'ordinamento nazionale¹⁹.

È la Corte costituzionale, nelle sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 (cd. sentenze "gemelle"), a trarre, quale conseguenza del rinnovato rango interposto della Cedu, il canone dell'interpretazione convenzionalmente orientata. Senonché, come si vedrà, proprio la particolare *natura* della Convenzione e la sua *posizione* nell'ordinamento interno depotenziano la portata precettiva dell'interpretazione conforme al diritto convenzionale. La giurisprudenza costituzionale ha, infatti, progressivamente svuotato tale canone ermeneutico, il quale ha smesso le vesti della regola *sulla* interpretazione per assumere i tratti, meno dirompenti, del semplice *argomento* interpretativo. Sul punto si ritornerà: basti qui anticipare che la tenue forza precettiva dell'interpretazione convenzionalmente orientata determina la sua specialità e,

14. Cfr. la nota sentenza n. 8, del 2 luglio 1956, sull'estensione dei poteri prefettizi previsti dall'art. 2 Tulp.

15. Il riferimento, contenuto nell'art. 36 Cost., alla necessità di una retribuzione sufficiente e proporzionata al lavoro prestato dal lavoratore ha consentito alla Corte di cassazione, di stabilire l'efficacia *erga omnes* del *quantum* salariale stabilito dal contratto collettivo nazionale in assenza delle condizioni poste dall'art. 39 Cost. Si vedano, in proposito, notazioni in S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004, pp. 166 ss.

16. A partire dalla sentenza n. 356 del 1996, decisione che, secondo alcuni (ad esempio, R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi*, in *Id.* (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 202; ma, *contra*, M. Ruotolo, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Aa.Vv.*, *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 2478), avrebbe introdotto una ulteriore condizione di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale a fianco della rilevanza e della non manifesta infondatezza. Questa conclusione potrebbe essere rivista alla luce della giurisprudenza costituzionale più recente, che non sanziona con l'inammissibilità la questione proposta dal rimettente che abbia sollevato questione di legittimità costituzionale non condividendo possibili interpretazioni adeguatrici della disposizione censurata (cfr. sentenze nn. 77 del 2018, 83, 42 del 2017, 221 del 2015).

17. Come ebbe a sostenere, al convegno tenutosi a Gardone Riviera dal 25 al 28 settembre 1965, nell'anno successivo alla fondazione di Magistratura Democratica, G. Maranini, *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione*, in *Rassegna parlamentare*, 1965, in particolare pp. 538 ss. Sul punto, si veda anche G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 111, la quale ritiene che l'interpretazione conforme a Costituzione sia anche un «criterio organizzativo» che postula una funzione di armonizzazione, svolta dal giudice comune, dell'ordinamento giuridico.

18. Per la prima volta esplicitamente, sentenza n. 190 del 2000. Sul punto, si veda A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p. 323.

19. Così A. Guazzarotti, *Interpretazione conforme alla Cedu, proporzionalità e adeguatezza: il diritto di proprietà*, in M. D'Amico e B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, Giappichelli, Torino, 2009, p. 162.

soprattutto, la sua irriducibilità agli altri procedimenti interpretativi "in conformità" (in particolar modo, all'interpretazione conforme a Costituzione).

Con la sentenza n. 348 del 2007, come noto, il giudice delle leggi ha dettato le coordinate del rapporto tra legislazione ordinaria e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In virtù del richiamo, contenuto nell'art. 117, primo comma, Cost., agli obblighi internazionali, tale trattato (*rectius*: la sua legge di esecuzione) è fonte interposta tra la Costituzione e la legislazione sottostante. Da questo rapporto gerarchico discende un necessario vincolo di conformazione della legge alla Convenzione per come riletta dalla giurisprudenza della Corte Edu, in quanto «la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma [convenzionale] come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata»²⁰.

Dalla sovraordinazione della Cedu rispetto alla legge deriva un nuovo vincolo interpretativo per il giudice comune, il quale è chiamato a tradurre il rapporto gerarchico tra fonti in una saldatura normativa tra il precetto internazionale e i significati desumibili dalla disposizione legislativa. Solo in caso di «contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma censurata e le norme della Cedu, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost.», può essere attivato il sindacato di legittimità costituzionale²¹. La sentenza n. 349 del 2007 chiarirà ulteriormente il passaggio: al giudice comune «spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai *testi* delle norme» (corsivo aggiunto)²², ricorrendo «a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica»²³; «qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma»²⁴.

Le cd. sentenze gemelle inaugurano un orientamento giurisprudenziale che comporrà un breviario delle proprietà *strutturali* dell'interpretazione convenzionalmente orientata, le quali individuano altrettanti limiti alla sua operatività.

In primo luogo, il limite del testo: nessuna interpretazione può superare lo scoglio della *littera legis*, nessun procedimento di ascrizione di senso alla disposizione può arrivare a manipolare l'enunciato linguistico sino a tradursi in una euristica normativa *contra legem*. Si tratta di un limite intrinseco a tale particolare tecnica interpretativa, ed è per questo un limite «logico», necessario non solo per distinguere il criterio in parola dall'ipotesi, teoricamente contigua, «della disapplicazione della norma interna contrastante con la norma internazionale»²⁵, ma anche – e soprattutto – per evitare che la Convenzione possa sprigionare effetti diretti.

Il punto è di importanza fondamentale, perché porta a distinguere l'interpretazione convenzionalmente orientata dalla tecnica di interpretazione conforme a Costituzione. Mentre, infatti, quest'ultima è strumentale a consentire l'applicazione diretta della Costituzione, e dunque a inverare i valori e i principi costituzionali nel sistema normativo sottostante, non altrettanto può dirsi per la fonte internazionale, capace di vincolare il legislatore ordinario, ma comunque sottoposta all'egida della Costituzione e di ogni sua propaggine precettiva²⁶.

Il vincolo del testo sprigiona effetti diversi a seconda che la disposizione sia interpretata alla luce della Costituzione o della Convenzione. Mentre, nel primo caso, sarà possibile realizzare una concretizzazione normativa della Costituzione sino al limite ultimo della disapplicazione del testo legislativo (che vanificherebbe il sindacato accentrato di legittimità costituzionale), nella seconda ipotesi l'interpretazione convenzionalmente orientata dovrà arrestarsi alla frontiera dell'applicazione diretta della Convenzione. In altri termini, il rango interposto è, all'uno, fondamento e limite delle norme Cedu: la subordinazione formale alla Costituzione non consente l'effetto diret-

20. Corte cost., sentenza n. 348 del 2007. Evidente l'influenza, su tale impostazione, della distinzione crisafulliana tra «norma» e «disposizione», su cui V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 195 ss.

21. Corte cost., sentenza n. 348 del 2007.

22. Corte cost., sentenza n. 349 del 2007.

23. Corte cost., sentenza n. 293 del 2009; ma, nello stesso senso, sentenza n. 331 del 2009 e n. 93 del 2010.

24. Corte cost., sentenza n. 349 del 2007.

25. Così F. Viganò, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in P. Corso e E. Zanetti (a cura di), *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato - Studi in onore di Mario Pisani*, La Tribuna, Piacenza, 2010, p. 649.

26. Corte cost., sentenza n. 348 del 2007.

to del diritto convenzionale e, quindi, il potere «per il giudice nazionale di applicarl[ò] direttamente in luogo delle norme interne con esse confliggenti»²⁷.

3. L'unidirezionalità dell'interpretazione convenzionalmente orientata. Il "peso" della giurisprudenza Cedu

La peculiarità istituzionale della Cedu è data dall'esistenza di un organismo giurisdizionale di risoluzione delle controversie, il quale, nella sua interpretazione delle disposizioni della Convenzione, edifica una "barriera" ulteriore all'attività ermeneutica del giudice nazionale. Questo, infatti, non può sovrapporre la propria lettura del trattato a quella offerta dai giudici di Strasburgo. Certo, al giudice interno permane la possibilità di ricavare, dal trattato, argomenti persuasivi in vista della «miglior tutela» dei diritti fondamentali, ma è alla Corte Edu che spetta la «definitiva uniformità applicativa» del diritto convenzionale²⁸. Ne deriva che, al contrario della interpretazione costituzionalmente conforme, che consente al giudice comune di plasmare – quantomeno indirettamente – il significato degli enunciati costituzionali, l'interpretazione convenzionalmente orientata è unidirezionale, nel senso che il procedimento interpretativo opera solo con riguardo alla legge, poiché il giudice nazionale (comune e

costituzionale) è ricettore dell'attività ermeneutica condotta, «alla stregua dei canoni ermeneutici vigenti nell'ordinamento di provenienza»²⁹, dalla giurisdizione internazionale³⁰.

Di conseguenza, il giudice comune non è competente a sindacare nel merito il diritto vivente convenzionale, potendo, al più, rivalutare le condizioni di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale prospettata in caso di *novum* giurisprudenziale. A questa possibilità allude la Corte costituzionale quando, a partire dall'ordinanza n. 150 del 2012, ha restituito gli atti al giudice *a quo* affinché valutasse l'influenza sulla disposizione contestata di un nuovo orientamento espresso dalla Corte Edu (in particolare, dalla Grande Camera)³¹.

La subordinazione funzionale del giudice nazionale ai *dicta* di Strasburgo, tuttavia, non opera automaticamente, in misura tale da renderlo «passiv[o] ricettor[e] di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato»³². In tal senso, e fuori dall'ipotesi in cui il giudice nazionale torni a occuparsi del caso deciso a Strasburgo, le giurisdizioni interne hanno il potere-dovere di collocare la pronuncia della Corte nel flusso della giurisprudenza convenzionale, risultando vincolate a esso solo nelle ipotesi di diritto giurisprudenziale consolidato³³ o di sentenza pilota³⁴.

Nonostante le critiche piovute su tale decisione³⁵, considerata da alcuni emblema di un «nazionalismo

27. Cfr. la sentenza n. 349 del 2007, ma l'affermazione è costante. Si veda, in particolare, la sentenza n. 80 del 2011, con cui la Corte chiarisce il "posto" della Cedu nel diritto interno, anche in relazione al differente rapporto che la prima intrattiene con il diritto comunitario, o la sentenza n. 113 del 2011, che ha introdotto una specifica ipotesi di revisione del giudicato penale in caso di violazione dei principi convenzionali del giusto processo (così adeguando l'ordinamento interno alla condanna di *restitutio ad integrum* pronunciata dalla Corte Edu) o, quanto meno indirettamente, la sentenza n. 123 del 2017, che ha escluso la revisione del giudicato civile o amministrativo in caso di lesione dell'art. 6 Cedu.

28. Corte cost., sentenza n. 349 del 2007.

29. F. Viganò, *Il giudice, op. cit.*, p. 634.

30. Sul punto cfr. anche P. Gaeta, *Controllo, op. cit.*, p. 10.

31. Principio ribadito, recentemente, dalla sentenza n. 43 del 2018, con riferimento al *ne bis in idem* processuale.

32. Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49.

33. Si veda la sentenza n. 49 del 2015, che individua una serie di indici affinché rilevi, nella prospettiva di diritto interno, una giurisprudenza consolidata: il rapporto tra il principio affermato nella singola decisione e gli orientamenti tradizionali della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la sussistenza di opinioni dissenzienti; la circostanza che la decisione promani da una sezione semplice e non dalla Grande Camera; la mancata considerazione, da parte del giudice europeo, dei tratti peculiari dell'ordinamento nazionale. Per una recente (e discutibile?) applicazione di tali indici, cfr. Corte cost., 13 giugno 2018, n. 120 del 2018, decisione che ha aperto alla possibilità, per gli appartenenti alle forze armate, di costituire associazioni professionali a carattere sindacale.

34. La procedura pilota è stata formalizzata nell'art. 61 del Regolamento della Corte Edu, e viene adottata nel caso in cui vi sia un problema strutturale o sistemico nell'ordinamento nazionale. A seguito dell'adozione della sentenza pilota, la Corte può rinviare tutti i ricorsi in attesa che lo Stato adotti le misure riparatorie indicate nel dispositivo.

35. Peraltra, già nella sent. n. 301 del 2009, la Corte costituzionale aveva affermato che «l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la *sostanza* di quella giurisprudenza».

costituzionale esasperato»³⁶, con la sua pronuncia la Corte costituzionale si è limitata a specificare le condizioni affinché la Corte Edu adempia alla sua funzione di “nomofilachia” rispetto ai giudici nazionali, individuando, in altri termini, i requisiti minimi per la formazione, *nel diritto interno*, del diritto vivente convenzionale³⁷. In tal senso, non rileva – o rileva solo in parte – che concetti o istituti utilizzati dalla Corte costituzionale assumano, nell'ordinamento convenzionale, un significato distinto³⁸: l'obbiettivo del giudice delle leggi non risiede, infatti, nella reinterpretazione degli istituti convenzionali *nel* sistema di origine, in vista di una colonizzazione “nazionalista” dell'ordinamento internazionale; le condizioni poste dal giudice delle leggi operano, piuttosto, una legittima e necessaria trasposizione dei concetti giuridici convenzionali nel diritto nazionale, in funzione di una gradazione di efficacia di precetti provenienti da un ordinamento distinto – e derivato – dall'ordinamento statale³⁹.

È senz'altro vero, come ha recentemente affermato la Corte Edu in una decisione che suona a mo' di replica alla Corte costituzionale, che le sentenze di Strasburgo hanno «tutte lo stesso valore giuridico» a prescindere dalla formazione del collegio (Grande camera o sezione semplice) che le emette⁴⁰. Tale affermazione, tuttavia, non può valere che nell'esclusivo ambito del sistema convenzionale e, dunque, in relazione allo specifico dispositivo emesso nei confronti dello Stato contraente; in altri termini, il *dictum* non implica di per sé una necessaria efficacia generale ed *erga omnes*, nei confronti di ciascun ordinamento nazionale, della singola decisione convenzionale.

Se questo fosse il significato dell'affermazione, la Corte Edu non solo tradirebbe la sua funzione sussidiaria, ma assumerebbe anche il volto – tutt'altro che rassicurante – del «mite civilizzatore delle nazioni»⁴¹ – di un'istituzione che aspira, nel nome di un astratto ordine pubblico internazionale, a imporre un monismo universale che nega il pluralismo costituzionale degli Stati contraenti.

4. Il limite assiologico. La natura residuale e recessiva dell'interpretazione convenzionalmente orientata

La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 non si limita, tuttavia, a definire il “peso” o la “forza gravitazionale” della giurisprudenza della Corte Edu sul giudice nazionale nella sua opera di adeguamento dell'ordinamento interno alla Convenzione. Essa va oltre, sino a traslare il limite del rispetto delle disposizioni costituzionali (da parte della Cedu e, dunque, della sua legge di esecuzione⁴²) dal piano delle fonti ai rapporti tra attività interpretative, muovendo dalla statica delle disposizioni alla dinamica delle norme.

Già la sentenza n. 317 del 2009, nell'introdurre il concetto della «massima espansione delle garanzie», aveva affermato che il raffronto tra *quantum* di tutela offerto dalla giurisprudenza di Strasburgo e disposizioni costituzionali si sarebbe dovuto tradurre in «bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a

36. A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti alla consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2/2015, p. 330.

37. Così M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, Cedu e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2/2015, p. 290. Critico di questa prospettiva, invece, G. Repetto, *Vincolo al rispetto del diritto Cedu “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, p. 414, nota n. 10.

38. Come pure obiettano V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2015, G. Sorrenti, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49 del 2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e Cedu e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 dicembre 2015 (disponibile online: www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/12/sorrenti.pdf), D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: «il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2015, pp. 400 ss. (disponibile online: www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/04/nota_49_2015_tega.pdf).

39. Per una lettura conciliante di tale decisione, coerente con i meccanismi tipici di un sistema multilivello, si veda G. Martinico, *Corti costituzionali (o supreme) e disobbedienza funzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2/2015, p. 316.

40. Corte Edu, *GIEM srl e altri c. Italia* [CG], ricc. nn. 1828/06 e altri 2, 28 giugno 2018, sulla quale G. Repetto, *I no che aiutano a crescere: confisca per lottizzazione abusiva e diritto Cedu «consolidato» dopo Punta Perotti bis*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2018, pp. 722 ss.

41. Era questa la funzione che il colonialismo eurocentrico attribuiva al diritto internazionale del XIX secolo, secondo l'efficace ricostruzione di M. Koskenniemi, *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale, 1870-1960*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

42. Così, *expressis verbis*, la sentenza n. 309 del 2011, che specifica quanto affermato dalle “gemelle”.

loro volta garantiscano diritti fondamentali (...) incisi dall'espansione di una *singola tutela*» (corsivo aggiunto). Come la Corte costituzionale si preoccuperà di specificare più avanti, il raffronto tra sistema convenzionale e ordinamento costituzionale non avviene con riferimento alla *misura* del singolo diritto individuale, quanto al sistema complessivo degli interessi costituzionali⁴³: l'integrazione inter-ordinamentale delle tutele non implica una valutazione isolata delle norme della Cedu, valutazione che invece «deve essere operata con riferimento al sistema» di «tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati»⁴⁴.

In tal senso, il vincolo precettivo della giurisprudenza della Corte Edu, e la conseguente attività ermeneutica che il giudice comune compie, a partire da essa, sulla disposizione legislativa, operano solo laddove quest'ultima non trovi giustificazione nella necessità di tutelare un bene o un valore di rango costituzionale. In altri termini, l'obbligo, gravante sul giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla Cedu, è «subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu»: l'interpretazione conforme a Convenzione cede il passo tutte le volte in cui si possa dare, della disposizione legislativa, una lettura coerente con i principi della Costituzione.

Questo particolare limite assiologico⁴⁵ pone un ulteriore argine all'operatività dell'interpretazione convenzionalmente orientata. Non solo il giudice comune si dovrà accertare che l'interpretazione ortopedica non travolga il testo della legge, traducendosi magari in un'applicazione diretta della Convenzione, così verificando – nell'impossibilità di plasmare direttamente il materiale convenzionale – che il principio di diritto enunciato dalla Corte Edu si inserisca in una giurisprudenza consolidata o sia stato enunciato all'esito di una procedura pilota; egli dovrà anche valutare che l'interpretazione convenzionalmente orientata non posterghi un interesse di rango costituzionale, ponendosi in contrasto con una interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione.

Da tali considerazioni derivano almeno due corollari: l'interpretazione convenzionalmente orientata ha natura *residuale*, nel senso che essa opera solo ove non siano oltrepassati i limiti di cui sopra. Anche a fronte di una lacuna normativa, il giudice comune non potrà ricorrere all'interpretazione convenzionalmente orientata: in primo luogo, perché non gli è consentito applicare direttamente la Convenzione europea per come vive nella giurisprudenza di Strasburgo⁴⁶; in seconda battuta, perché, in ogni caso, il principio di diritto elaborato dalla Corte Edu deve essere sottoposto a uno specifico *test* di compatibilità costituzionale, operando solo laddove nessun valore o interesse di rango costituzionale vi si opponga. Quale regola sull'interpretazione, allora, l'interpretazione convenzionalmente orientata è per sua natura *recessiva*, costretta com'è a cedere il passo tutte le volte in cui, della disposizione legislativa, possa essere offerta una interpretazione costituzionalmente conforme.

All'interpretazione convenzionalmente orientata, allora, non resta che una eminente funzione persuasiva, in chiave di consolidamento di una determinata interpretazione, ad esempio per rimarcare la conformità a Costituzione di una data disposizione o, viceversa, per prospettare al giudice delle leggi la sua illegittimità costituzionale per contrasto con il sistema convenzionale.

5. Mondi paralleli: ordinamento costituzionale e ordinamento convenzionale a confronto

Il quadro tratteggiato sinora non sembra destinato a mutare nel prossimo futuro, neanche a seguito dell'entrata in vigore del Protocollo addizionale n. 16, il quale consentirà alle giurisdizioni superiori degli Stati contraenti di sottoporre alla Corte Edu questioni di principio riguardanti l'interpretazione o l'applicazione dei diritti e delle libertà previsti dalla Convenzione⁴⁷. Nonostante non sia stata attribuita a tale parere un'efficacia vincolate, appare significativo che

43. Corte cost., sentenza n. 264 del 2012.

44. Cfr. Corte cost., sentenza n. 170 del 2013.

45. Così lo definisce F. Viganò, *Il giudice*, op. cit., p. 661.

46. A una conclusione simile arriva V. Manes, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *L'interpretazione*, op. cit., p. 431, contra F. Viganò, *Il giudice*, op. ult. cit., pp. 655 ss.

47. Sul punto, si veda F. Buffa, *Il Protocollo n. 16 addizionale alla Convenzione Edu è pronto per entrare in vigore*, in *Questione Giustizia on line* del 2/5/2018, nonché il volume curato da E. Lamarque, *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015.

l'organo chiamato a esprimersi sia la Grande Camera, a conferma del ruolo preminente che questa assume nella formazione del diritto convenzionale.

Un'ultima notazione. Si è visto che il peculiare *status* dell'interpretazione convenzionalmente orientata è dovuto, soprattutto, al rango interposto che la Convenzione ricopre nell'ordinamento interno. A sua volta, la posizione della Cedu nella gerarchia delle fonti non è casuale, ma è il riflesso della natura e delle funzioni del sistema convenzionale. Nonostante non manchi chi tenti di collocare le relazioni tra Costituzione e Cedu (e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) nell'ambito di un «sistema dei sistemi», retto dalla meta-norma della massima espansione delle garanzie individuali⁴⁸, il sistema convenzionale permane un ordinamento internazionale derivato. Non basta, infatti, una lontana comunanza assiologica, che trova le proprie radici nel *milieu* del costituzionalismo liberal-democratico, per assimilare i diritti tutelati dalla Convenzione alle situazioni soggettive previste in Costituzione. Davanti alla Corte Edu, infatti, vi è un ricorrente che «agisce *uti singulus*, non come cittadino: la domanda non presuppone il sinallagma (...) propriamente (...) sotteso al rapporto di cittadinanza»⁴⁹.

La giurisdizione convenzionale è una «giurisdizione dei diritti individuali contro lo Stato, nel senso polemico di essere contro l'idea di comunità politica»⁵⁰, un giudice, quindi, che opera caso per caso, in uno spazio neutro, sottratto ai principi della rappresentanza politica e – persino – della separazione dei poteri⁵¹. La Convenzione europea è rivolta all'inveramento di un individualismo atomistico, il quale prescinde dall'adempimento, da parte del soggetto privato, di specifici doveri nei confronti della comunità di riferimento e che, in quanto tale, non è sovrapponibile

al personalismo comunitario che trova riconoscimento dell'art. 2 Cost.⁵². Questa disposizione non si limita a porre un argine agli abusi del potere pubblico nei confronti dell'individuo, secondo una lettura liberale (e negativa) delle libertà individuali (*libertà da*), ma tutela l'*homme situé*, la *persona* nei suoi concreti rapporti sociali e nella sua vita comunitaria. Per questo, la massima espansione delle garanzie, nel linguaggio adottato dalla Corte costituzionale, è cosa ben diversa dall'individualismo libertario eretto a difesa di un soggetto privato «astratto», emancipato dai concreti rapporti sociali e dai tipici conflitti che caratterizzano la società pluralista e, di riflesso, gli ordinamenti costituzionali nazionali.

L'esaltazione irriflessa della Cedu e del suo operato rischia di tradursi in una perniciosa «ideologia dei diritti», la quale traduce i diritti fondamentali in *slogan*, assi pigliatutto capaci di prevalere «per principio» su qualsiasi istanza assiologica contraria. Anche per tali ragioni la Corte costituzionale ha sottolineato che la «massima espansione delle garanzie» non è sinonimo di massimo livello di tutela del singolo diritto soggettivo; il concetto rimanda, piuttosto, al *ragionevole equilibrio* del sistema normativo nel suo complesso, ove devono trovare adeguata composizione le pretese *uti singulus* del cittadino e gli interessi pubblici che consentono l'esistenza stessa di una comunità politica. Dietro gli interessi pubblici, infatti, vi sono eguali aspettative individuali di tutela, come emerge dalla tormentata vicenda delle cd. «pensioni svizzere», ove è in gioco, non ultima, la tenuta complessiva delle prestazioni previdenziali⁵³. In sede di teoria generale, è stato evidenziato come i diritti siano a somma zero, nel senso che «ogni progresso nella tutela di un diritto trova un suo contrappeso, provoca cioè la regressione della tutela di un altro diritto o di un

48. Cfr. A. Ruggeri, *L'interpretazione*, op. cit., pp. 161 ss.

49. Così A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2014, p. 97, nonché, se si vuole, C. Caruso, *L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2017, pp. 971 ss.

50. A. Morrone, *ibid.*

51. Si veda, sul punto, M. Bignami, *Ordinamento nazionale e Cedu. Impressioni al sole che è sorto*, in *Questione Giustizia online* del 14/7/2016.

52. Si rinvia, per tutti, ad A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali, artt. 1-12*, Zanichelli, Bologna, 1975, pp. 50 ss.

53. La vicenda, che coinvolge il diverso trattamento riservato dalla Corte Edu e dal giudice delle leggi alle leggi retroattive, attiene alle modalità di calcolo del trattamento previdenziale spettante ai cittadini italiani, già lavoratori in Svizzera, i quali, avendo versato a titolo contributivo le somme richieste dalla legislazione elvetica e, poi, trasferito i contributi in Italia, richiedono una pensione liquidata in base a criteri retributivi. Cfr. Corte cost., sentenze nn. 172 del 2008 e 264 del 2012, nonché, da ultimo, la sentenza – di inammissibilità con monito – n. 166 del 2017, inammissibilità che deriva da una errata lettura, da parte del giudice rimettente, della decisione della Corte Edu *Stefanetti e altri c. Italia* (ricc. nn. 21838/10 e altri 7, 15 aprile 2014). A dispetto del dispositivo, la Corte costituzionale ha invitato il legislatore a intervenire per salvaguardare il «nucleo essenziale del diritto leso».

altro interesse»⁵⁴: un assunto che – non a caso – vale per i diritti tutelati nello Stato costituzionale, mentre è smentito nello spazio neutro del sistema convenzionale, ove le conseguenze della tutela individuale sono sempre a carico dello Stato contraente.

L'apertura internazionale prescritta dagli artt. 11 e 117 Cost., e l'adesione alla Cedu – innovativo trattato che tutela l'individuo oltre (e contro) lo Stato – incrementano gli strumenti per addivenire al ragionevole equilibrio delle garanzie, arricchendo i meccanismi di tutela dell'individuo e, quindi, contribuendo a correggere eventuali abusi, ma non soddisfano le molteplici

istanze che popolano lo Stato costituzionale. La Convenzione non è un ente a fini generali; piuttosto, secondo le parole della stessa Corte Edu, è «strumento costituzionale dell'ordine pubblico internazionale»⁵⁵ creato affinché non si ripetano, nel continente europeo, le atrocità commesse dai regimi nazi-fascisti. La funzione sussidiaria, l'approccio casistico della giurisdizione convenzionale, le sue stesse modalità di composizione sono conseguenze del particolare *telos* che contraddistingue la Convenzione, trattato di diritto internazionale non sovrapponibile, per finalità e struttura, alla Costituzione repubblicana.

54. R. Bin, *70 anni dopo. Attualità e mitologie della Costituente. Discutendo le relazioni di Morelli, Faraguna, D'Amico e Saitto*, in F. Cortese - C. Caruso - S. Rossi (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea costituente*, Franco Angeli, Milano, 2018, p. 172.

55. Corte Edu, *Loizidou c. Turchia*, ric. n. 15318/89, 23 marzo 1995.

Il parere consultivo nel Protocollo n. 16

di *Francesco Buffa*

Il 12 aprile 2018, con la ratifica della Francia, si è perfezionato l'iter del Protocollo n. 16 addizionale alla Cedu. Entrato in vigore il 1° agosto 2018, esso introduce l'istituto del parere consultivo, che i giudici nazionali superiori possono chiedere alla Corte Edu su questioni di principio riguardanti l'interpretazione o l'applicazione dei diritti e delle libertà stabiliti nella Cedu. La prassi chiarirà l'effettiva utilità e opportunità del ricorso al nuovo strumento.

Il 1° agosto 2018 è entrato in vigore il Protocollo n. 16 addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, accordo già firmato a Strasburgo il 2 ottobre 2013.

Il Protocollo istituisce un nuovo strumento di dialogo tra la Corte di Strasburgo e le corti superiori designate dagli Stati membri, consentendo in particolare alle corti nazionali suddette di trasmettere alla Corte Edu richieste di pareri consultivi in merito a questioni di principio riguardanti l'interpretazione o l'applicazione dei diritti e delle libertà stabiliti nella Convenzione.

Nell'ottica delle Parti contraenti, l'estensione della competenza della Corte a fornire pareri consultivi migliorerà ulteriormente l'interazione tra la Corte e le autorità nazionali e rafforzerà, in tal modo, l'attuazione della Convenzione, conformemente al principio di sussidiarietà. L'entrata in vigore del Protocollo n. 16 rafforzerà dunque il dialogo tra la Corte Edu e le corti superiori nazionali, le quali (in numero di 67, per 35 Stati) sono legate tra loro già da una rete di interrelazioni telematiche (regolate da appositi protocolli bilaterali sottoscritti nel corso dell'ultimo anno).

Il nuovo istituto viene introdotto in un contesto che, fino a oggi, limitava l'investitura della Corte a un *recours individuel* (art. 34 Cedu), ossia a domanda dei singoli individui, escludendo dunque il meccanismo del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali, e alla «*previous exhaustion of the domestic remedies*», ossia al previo esaurimento delle vie di

ricorso interne (si vedano le condizioni di ricevibilità del ricorso previste dall'art. 35 Cedu).

Oggi si aggiunge uno strumento idoneo a sollecitare l'intervento della Corte Edu in corso di causa, sia pure solo in forma consultiva.

L'iniziativa attiva è limitata all'organo giurisdizionale (e, come si dirà oltre, a specifiche figure di organi giurisdizionali), restando escluso il potere diretto delle parti.

Il meccanismo procedurale previsto dal Protocollo prevede:

- che la richiesta possa essere presentata solo dalle più alte giurisdizioni di un'«Alta Parte Contraente» (a tal fine, ogni Alta Parte Contraente della Convenzione, al momento della firma o del deposito del suo strumento di ratifica, accettazione o approvazione, indica, mediante una dichiarazione indirizzata al Segretario generale del Consiglio d'Europa, i tribunali che designa ai fini dell'art. 1, par. 1, del Protocollo; questa dichiarazione può essere modificata in qualsiasi momento successivo e allo stesso modo);
- che il parere debba vertere su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti nella Convenzione o nei suoi protocolli;
- che l'autorità giudiziaria richiedente possa chiedere un parere consultivo solo nel contesto di una causa pendente dinanzi a essa;
- che la richiesta di parere sia motivata e accom-

pagnata dall'indicazione del quadro giuridico e fattuale pertinente del caso pendente.

Un *panel* di cinque giudici della Grande Camera decide se accettare la richiesta di parere consultivo; l'eventuale rifiuto deve essere motivato (ciò segna una importante differenza con il sistema vigente di impugnazione in Grande Camera delle pronunce di camera, ove il *referral* è valutato da un *panel*, ma senza un corrispondente obbligo di motivazione del provvedimento all'esterno).

L'accoglimento della richiesta investe del parere la *Grande Chambre* (in composizione che, come di regola, prevede la presenza del giudice nazionale della Parte contraente cui appartiene il giudice richiedente): l'atto è solenne (sono chiamati ben diciassette giudici di diversi Paesi) e oneroso sul piano sia economico che organizzativo della Corte e del suo *Registry*, in ragione delle maggiori risorse usualmente dedicate alle pronunce di questa formazione giudiziaria.

Il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa e l'Alta Parte Contraente cui appartiene l'autorità giudiziaria richiedente hanno il diritto di presentare osservazioni scritte e di partecipare a qualsiasi eventuale udienza. Il presidente della Corte può, nell'interesse della buona amministrazione della giustizia, invitare qualsiasi altra Alta Parte Contraente o persona a presentare osservazioni scritte o a partecipare all'udienza.

Il parere consultivo è motivato ed è pubblicato.

Al pari delle sentenze di camera o Grande Camera della Corte Edu (e a differenza delle sentenze del comitato), sono previsti atti espressi dei dissenzienti, che possono emettere pareri separati – il che, forse, pone problemi di compatibilità con la natura stessa (diversa da quella della sentenza) del parere, che dovrebbe essere univoco per assolvere alla sua funzione ontologica di indirizzo verso il richiedente.

Le richieste di parere, come si è anticipato, devono riguardare cause pendenti dinanzi ai tribunali nazionali; viene parzialmente meno, in tal modo, una differenza finora fondamentale tra l'investitura della Corte Edu, possibile solo a processo definito a livello nazionale e, quindi, dopo la formazione del giudicato, e quella della Corte di giustizia dell'Unione europea, che viene operata in sede di richiesta pregiudiziale nel corso del giudizio pendente a livello nazionale. Oggi la Corte Edu potrà essere chiamata anche in corso di causa a esprimere un parere consultivo sulla questione sottoposta dal giudice nazionale.

Non si tratta, però – e qui la differenza con il diritto unionale permane –, di un *preliminary ruling*, in quanto i pareri consultivi emessi dalla Corte saranno motivati, ma non vincolanti.

L'art. 5 del Protocollo prevede, infatti, espressamente che «i pareri consultivi non sono vincolanti».

Ciò vuol dire che i pareri non sono vincolanti non solo nei confronti del richiedente il parere, ma anche nei confronti degli altri giudici nazionali, che restano i giudici che devono applicare la Convenzione nell'ordinamento interno, secondo il principio di sussidiarietà.

Sul piano formale, l'assenza di vincolo, inoltre, sembra riguardi anche la stessa Corte Edu, che, ove fosse adita all'esito del giudicato nazionale, potrebbe formalmente optare per soluzioni interpretative diverse. La prassi chiarirà, peraltro, la portata concreta dell'assenza del vincolo in un sistema giuridico (quello internazionale) in cui, comunque, ampio rilievo è attribuito alla *consistency* delle pronunce della Corte; tale principio, che finora ha riguardato le sole sentenze della Corte e, di fatto, non anche – ad esempio – le decisioni (rese dal *single judge*), sembra infatti potersi estendere anche ai pareri, che al pari delle sentenze (e a differenza delle predette decisioni) sono pubblicati, proprio in funzione della necessaria *credibilità* della Corte e *coerenza* dei suoi interventi. Ciò sembra, peraltro, ipotizzabile anche in ragione dell'elevato costo economico e organizzativo, già evidenziato, dello strumento.

Quanto all'impatto del parere consultivo sulle decisioni dei giudici nazionali, è bene ricordare che, secondo i principi generali, il giudice nazionale è, da un lato, il *dominus* del processo e dell'interpretazione delle norme nazionali; dall'altro, riveste il ruolo di «giudice comune della Convenzione» (cfr. Corte cost., sentenze nn. 347 e 348 del 2007) e, come tale, è investito del potere-dovere di applicare le relative norme, sebbene nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo.

Per altro verso, sono limitate alle sole *sentenze* della Corte sia la capacità produttiva di *res iudicata* (ai sensi dell'art. 46 Cedu), sia la rilevanza quale *res interpretata*, idonea a incidere anche verso Stati contraenti terzi nel giudizio svoltosi innanzi alla Corte, quando il loro ordinamento giuridico ponga problematiche analoghe. Il valore suddetto non riguarda, invece, il *parere consultivo* emesso dalla Corte Edu, che non è vincolante.

La prassi chiarirà, allora, anche quale sarà l'opportunità effettiva del nuovo istituto, in un sistema di tutela multilivello in cui, da un lato, il giudice rimane vincolato nell'interpretazione della (sola) Convenzione dalle (sole) *sentenze* della Corte Edu, e, dall'altro lato, le parti del processo (nazionale e, poi, internazionale) non sono di solito le stesse, potendo tradursi il parere consultivo in un temporaneo diniego di giustizia difficilmente giustificabile alla luce degli interessi delle parti del processo.

Infine, va ricordato che il nuovo istituto del parere consultivo è stato attivato, per la prima volta, dalla Corte di cassazione francese, che ha richiesto un doppio parere in materia del cd. «utero surroga-

to”, in relazione alla trascrizione di atti dello stato civile formati all'estero e al procedimento di adozione (per approfondimenti sulla questione, si rinvia al mio *Gestation pour autrui: la prima richiesta di parere consultivo alla Cedu*, in *Questione giustizia on line* dell'11/10/2018, www.questionegiustizia.it/articolo/gestation-pour-autrui-la-prima-richiesta-di-pare-re-consultivo-alla-cedu-11-10-2018.php).

Com'è noto, l'Italia ha firmato il Protocollo, ma non ha ancora ratificato lo strumento.

A parte ogni questione sulla possibilità giuridica di richiedere il parere pur in assenza di ratifica (ciò

che sembra dubitabile, sul piano interno, per assenza di strumenti che consentano di sospendere il processo e, sul piano internazionale, per la provenienza di una siffatta richiesta da soggetto non ancora legittimato), resta il fatto che il parere, pur non vincolante, che verrà emesso su richiesta della Francia – al pari dei successivi pareri che verranno richiesti attivando lo strumento in discorso – avrà rilievo interpretativo indiretto nei confronti dell'Italia (come di tutti i Paesi del Consiglio d'Europa), fornendo un indirizzo ermeneutico sulla questione ad opera della più alta formazione giudiziaria della Corte Edu.

Le principali decisioni della Corte in materia civile verso l'Italia

di *Franco De Stefano*

Negli ultimi quindici anni, la Corte di Strasburgo, preso atto – non senza severe critiche di ordine funzionale – dell'avvio a soluzione del problema dei tempi irragionevoli dei processi, ha valutato la tenuta del sistema italiano alla luce dei principi del giusto processo, declinato in molteplici applicazioni: soprattutto, però, in tema di tutela di diritti fondamentali patrimoniali, a cominciare dall'espropriazione per pubblica utilità.

1. Premessa

L'ampiezza del tema di indagine impone un taglio meramente compilativo o divulgativo al presente contributo, con necessarie grandi approssimazioni, delle quali si chiede fin d'ora venia.

A causa di una tale impostazione, la fruttuosità della presentazione degli interventi della Corte Edu nella materia civile esige, prima di ogni altra cosa, una precisa delimitazione oggettiva e temporale: le pronunce più significative e attuali vanno ricercate negli ultimi tre lustri e alcuni settori del diritto civile hanno peculiarità assoluta; pensiamo alla vita privata e familiare, alla bioetica nonché all'ambito, assunto prepotentemente alla ribalta quale vera emergenza di quest'epoca, dei diritti dei migranti. A questa seconda partizione del tradizionale diritto civile va dedicato necessariamente altro e specifico contributo e, in questa sede, deve rinunziarsi a ogni ulteriore approfondimento sul punto.

Neppure rientra, a stretto rigore, nell'oggetto del presente contributo l'esame della problematica dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* alle

sanzioni amministrative, visto che, pur essendo in Italia queste devolute al giudice civile, la sua elaborazione riguarda propriamente l'interferenza col diritto penale¹: sicché tale esame sarà riservato a quella sede.

Le linee di tendenza delle pronunce nel campo così delimitato sono consolidate: soprattutto in materia di espropriazione e di giusto processo, qui comprese quelle in tema di ragionevole durata e di verifica del sistema approntato dall'Italia per fare fronte alla sua strutturale mancanza sul punto. L'evoluzione di quest'ultima linea di tendenza si spinge, ora, al controllo sulla tenuta di alcuni snodi processuali importanti, come i filtri di accesso e l'effettività dell'accesso al giudice.

Benché, anche in campo civile, si sia riscontrata la tendenza del giudice nazionale delle leggi – particolarmente cauto verso la legislazione interna, sovente in nome della necessaria visione complessiva o di sistema richiesta alla Corte costituzionale, in contrapposizione a quella parcellizzata propria della Corte Edu – a rimarcare i limiti del recepimento della giurisprudenza convenzionale, deve intendersi come in prevalenza positivo l'effetto delle ricadute di

1. In special modo, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ricc. nn. 18640/10 e altri 4, 4 marzo 2014, compiutamente rivisitata da *A. e B. c. Norvegia* [GC], ricc. nn. 24130/11 e 29758/11, 15 novembre 2016, ma anche richiamata da *GIEM Srl c. Italia* [GC], ricc. nn. 1828/06 e altri 2, 28 giugno 2018.

Tra gli approfondimenti anteriori alle due ultime sentenze della Grande Camera è inevitabile un rinvio a: G. De Amicis, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in A. Di Stasi (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano*, CEDAM, Padova, 2016, p. 515; R. Bernabai, *Sanzioni amministrative e Cedu*, in V. Piccone (a cura di), *Dialogando sui diritti – Corte di cassazione e Cedu a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 109.

importanti pronunce: da quelle su vicende peculiari della storia italiana (come quella delle frequenze televisive analogiche ai fini dell'essenzialità del pluralismo dell'informazione) al divieto di retroattività delle leggi; dalla riaffermazione più ampia della tutela del diritto al godimento dei beni, estesa ormai anche a diritti di credito, a un'amministrazione pubblica complessivamente intesa, troppo spesso negligente verso i fondamentali diritti protetti dalla Convenzione.

2. Il giusto processo civile

Può iniziarsi la rassegna con il diritto all'accesso al giudice, il quale è visto sempre in stretta correlazione all'oggetto della controversia che a questi si vuole sottoporre, sicché può dirsi che ogni diritto fondamentale esige l'effettività della tutela giudiziaria come imprescindibile componente o strumento di garanzia, mentre non è esatta la contraria affermazione, per la quale la tutela giudiziaria con le caratteristiche proprie dell'art. 6, par. 1, della Convenzione sarebbe limitata ai diritti fondamentali.

Il primo caso che è utile valutare è *Mottola e altri c. Italia*, ric. n. 29932/07, 4 febbraio 2014 (pronuncia definitiva: 4 maggio 2014)².

I ricorrenti, medici assunti in primo momento "a gettone", nel 2004 avevano chiesto al giudice amministrativo il riconoscimento del rapporto di lavoro a tempo indeterminato e soggetto alla disciplina del pubblico impiego – anche e soprattutto, ormai, al fine di conseguire il trattamento di pensione derivante dall'integrazione delle dovute contribuzioni previdenziali – anche per il primo periodo, prospettando l'equivalenza delle prestazioni a quelle dei ricercatori e invocando una giurisprudenza consolidata su situazioni analoghe; ma il Consiglio di Stato, riformando la sentenza di accoglimento resa dal Tar, sulla base dell'art. 69, comma 7, del Testo unico sul pubblico impiego (d.lgs 30 marzo 2001, n. 165), dichiarò irricevibile il ricorso, siccome proposto oltre il 15 settembre 2000.

La Corte di Strasburgo ha riconosciuto che questa limitazione temporale è incongrua, perché priva il titolare del diritto alla pensione, riconosciuto ai fini dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione, di un'adeguata tutela giurisdizionale. In particolare, la Corte ha ricordato che la nozione di «beni» rilevante comprende sia i beni attuali che valori patrimoniali, ivi compresi – sia pure in certe situazioni particolari e ben definite – determinati crediti: i quali possono definirsi «valori patrimoniali» quando hanno una base sufficiente in diritto interno, come quando

sono confermati da una consolidata giurisprudenza, sicché l'individuo può reputarsi titolare di una legittima aspettativa (richiamando la decisione *Maurice c. Francia* [GC], ric. n. 11810/03, 6 ottobre 2005). La Corte precisa che l'art. 1 del Protocollo n. 1 non garantisce un diritto ad acquisire beni e quindi, ad esempio, un trattamento pensionistico di un certo importo in base a una serie di versamenti; il trattamento diventa «bene» tutelabile quando il diritto alla pensione sia già stato riconosciuto con sentenza definitiva.

Al contempo, il diritto a un tribunale non può considerarsi assoluto e può ben essere assoggettato a limiti, anche temporali, purché sul punto non vi sia incertezza interpretativa e – quindi – giurisprudenziale sulla norma che la parte poteva raffigurarsi vigente al momento della proposizione della domanda, come nel caso dell'applicazione della disciplina transitoria processuale in tema di pubblico impiego: in tali casi, è frustrato il diritto a una decisione nel merito.

Altra importante decisione, anch'essa conclusa con una condanna per l'Italia, è *Schipani e altri*, ric. n. 38639/09, 21 luglio 2015. Nel caso in oggetto, i ricorrenti, medici specializzandi che avevano agito per la corresponsione della remunerazione adeguata del loro periodo di frequenza di scuole di specializzazione postuniversitarie in medicina, non avevano ottenuto alcuna risposta dalla Corte di cassazione in punto di loro richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea (Cgue). La Corte di Strasburgo ha ribadito la sua giurisprudenza sull'obbligo, per i giudici di ultima istanza, di espressa motivazione del rifiuto di disporre il rinvio pregiudiziale alla Cgue in base alla giurisprudenza di quest'ultima (in sintesi, ricorrenza di un *acte claire* o di consolidata giurisprudenza della stessa Corte di Lussemburgo). Rilevato che non poteva rinvenirsi nessuna giustificazione sul punto (nemmeno implicita, invece pur sempre ammessa, come poi consentito – tra le altre – dalla stessa Corte Edu in *Wind Telecomunicazioni Spa c. Italia*, ric. n. 5159/14, 8 settembre 2015, che ha pure escluso la violazione del diritto all'accesso al giudice in caso di limiti istituzionali della cognizione del giudice di ultima istanza), la Corte ha riconosciuto la violazione del diritto all'accesso al giudice (nella specie, eurounitario).

Meritano un accenno anche due casi in cui la Corte ha escluso la violazione, da parte dell'Italia, dei principi del giusto processo.

Il primo è *Trevisanato c. Italia*, ric. n. 32610/07, 15 settembre 2016, causa nella quale è stata ritenuta legittima l'introduzione della condizione di ammissibilità del ricorso in Cassazione consistente – secondo la normativa in vigore all'epoca della presentazione

2. Su cui si veda F. Verdoliva, *Il diritto di accesso ad un giudice*, in A. Di Stasi, *Cedu*, op. cit., CEDAM, Padova, 2016, p. 302.

del ricorso – nella formulazione di un quesito di diritto che permettesse di individuare il contenuto del ricorso e il ragionamento della parte: tale norma è stata ritenuta non integrare la violazione dell'art. 6, par. 1, Cedu sotto il profilo del diritto di accesso a un tribunale, in quanto non integrante una lesione sproporzionata al diritto a un tribunale per non comportare alcun particolare sforzo supplementare da parte del ricorrente. Dai principi sottesi a questa sentenza e alle altre ivi richiamate – e successivamente intercorse anche nei confronti di altri Stati membri –, la Corte di cassazione italiana ha tratto, a più riprese, la conclusione che i requisiti di ammissibilità, soprattutto in grado di impugnazione, sono legittimi³ purché sia superato il consueto vaglio di proporzionalità nel bilanciamento tra esigenza di certezza del diritto (e buona amministrazione della giustizia) e diritto del singolo al giusto processo, alla quadruplicata condizione che il singolo requisito formale: a) sia funzionale al ruolo del giudice adito (e, quindi, a quello nomofilattico proprio della Corte di cassazione); b) non sia interpretato in senso eccessivamente formalistico; c) sia imposto in modo chiaro e prevedibile; d) non imponga un onere eccessivo per chi deve formare l'atto introduttivo (se del caso, tenuto conto della particolare professionalità attesa dal difensore abilitato alla difesa della parte davanti al giudice da adire).

Nel secondo caso, *Maniscalco c. Italia*, ric. n. 19440/10, 2 dicembre 2014, a una dipendente di istituto di credito, accusata di avere distratto fondi e convenuta per il risarcimento dei danni, non era stato consentito ascoltare un testimone, siccome interessato all'esito della lite. In tale circostanza, la Corte ha, da un lato, precisato che non è garantito esplicitamente il diritto ad ascoltare testimoni, essendo la relativa disciplina rimessa al diritto interno; dall'altro, ha richiamato *Dombo Beheer BV c. Paesi Bassi*, ric. n. 14448/88, 27 ottobre 1993, in cui aveva statuito che, nelle controversie che riguardano interessi privati confliggenti, il principio della *parità delle armi* implica che, a ciascuna delle parti, sia ragionevolmente garantita la possibilità di esporre le proprie ragioni, ivi inclusi gli elementi di prova, in condizioni che non la pongano in situazione di svantaggio sostanziale rispetto alla controparte.

3. Pluralismo dell'informazione e tutela del credito

Di grande importanza è la sentenza della Grande Camera, del 7 giugno 2012, nella causa *Centro Europa 7 Srl e Di Stefano c. Italia* (ric. n. 38433/09)⁴, relativa alla nota vicenda della compressione del diritto di trasmissione della legittima concessionaria di una frequenza televisiva analogica, per essere la relativa banda occupata da una delle tre reti televisive di una società privata. La condanna dell'Italia è stata netta e anche per un valore significativo (10 milioni di euro), per violazione dell'art. 10 Cedu e dell'art. 1 del Protocollo n. 1, con due affermazioni di principio solenni e di sensibile rilevanza.

Si è, dapprima, individuata la condotta lesiva nel rilascio alla società ricorrente di un'autorizzazione alla trasmissione televisiva per l'80 per cento del territorio nazionale, con l'assegnazione di tre frequenze, e nella successiva omessa assegnazione delle frequenze stesse, intuitivamente necessarie alla trasmissione: e tanto mediante l'assunzione di condotte contraddittorie e omissive, consistite essenzialmente nell'aver subordinato l'efficacia dell'autorizzazione all'approvazione di un piano di assegnazione, a sua volta conforme a un piano di adeguamento da adottarsi a cura dell'Agcom, che non è mai stato adottato.

Sotto il primo profilo, la mancata effettiva assegnazione delle frequenze al Centro Europa 7 e il conseguente vantaggio indebito concesso alle stazioni di trasmissione che già detenevano le frequenze, nel loro illegittimo protrarsi, hanno comportato la violazione del principio del pluralismo nel settore radio-televisivo e, quindi, dell'art. 10 della Convenzione.

La Corte ha ribadito che «non ci può essere democrazia senza pluralismo, poiché la democrazia vive di libertà di espressione». La libertà di espressione, come garantito dall'art. 10 Cedu, costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica e una delle condizioni fondamentali per il suo progresso, sicché i *media* audiovisivi, come la radio e la televisione, hanno un ruolo particolarmente importante in questo senso, per mezzo del loro potere di trasmettere messaggi attraverso suoni e immagini, con effetto più immediato e potente della carta stampata.

3. Tra le altre: Cass., sez. unite, 27 dicembre 2017, n. 30996. Sulla seconda parte: Cass., sez. III civ., ordinanza interlocutoria 14 febbraio-aprile 2017, n. 8845. Ha fatto applicazione del criterio della non univocità e non prevedibilità Cass., sez. III civ., 28 giugno 2018, n. 17036, per escludere un'interpretazione eccessivamente formalistica del n. 3 dell'art. 366 cpc.

4. Per tutti, si veda M. Cuniberti, *Pluralismo dei media, libertà di espressione e "qualità" della legislazione: il caso "Centro Europa 7" di fronte dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, 25 settembre 2012, disponibile online: www.associazionedeicostituzionalisti.it (ultimo accesso 30 luglio 2018). Si veda anche M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti: Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 46 ss. Sulla nozione di *beni* a questi fini, si veda, fra molti, A. Gambaro, *Beni e cose nel diritto europeo*, in P. Cerami e M. Serio (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica. II: ricordando Giovanni Criscuoli*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 209.

Una situazione in cui è consentito a un potente gruppo economico o politico di avere una posizione dominante sui *media* audiovisivi e, quindi, di poter esercitare pressioni su emittenti, eventualmente limitando la loro libertà editoriale, mina il ruolo fondamentale della libertà di espressione.

Nel caso di specie, è stata la condotta ostruzionistica dello Stato italiano a rendere *de facto* impossibile l'esercizio del diritto della ricorrente di «diffondere informazioni e idee», perché la mancata assegnazione delle frequenze per la società ricorrente ha privato la licenza di ogni scopo pratico, in quanto l'attività, pur se formalmente autorizzata, è stata resa impossibile da svolgere per quasi dieci anni: un ostacolo sostanziale e un'indebita ingerenza nella libertà di espressione.

La violazione dell'art. 10 Cedu ha, poi, comportato anche il riconoscimento della violazione dell'art. 14, sul divieto di discriminazione: è stato rilevato che il trattamento riservato, sia pure *de facto*, all'impresa che quelle frequenze già occupava (il noto gruppo di un imprenditore, poi divenuto Presidente del Consiglio dei ministri per lungo periodo della storia italiana), l'aveva beneficiata di misure legislative e amministrative discriminatorie, adottate in condizioni che implicavano un conflitto di interessi; ancora, la ricorrente è stata riconosciuta discriminata rispetto ad altri operatori del settore poiché, con la mancata assegnazione delle frequenze, le era stato impedito di entrare sul mercato radiotelevisivo.

Sotto il secondo profilo (violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1), la stessa condotta lesiva ha comportato la mancata effettiva assegnazione delle frequenze a Centro Europa 7 Srl e la conseguente frustrazione della sua legittima aspettativa in ordine allo sviluppo imprenditoriale e patrimoniale che avrebbe potuto conseguire se le frequenze le fossero state realmente assegnate.

La pronuncia ha grande importanza anche per la ridefinizione della nozione di «beni» rilevante ai fini dell'art. 1 del citato Protocollo: essa ha un significato autonomo (cioè espressamente definito, ai fini della Convenzione, in base ai suoi propri principi, che ben possono prescindere dai diritti nazionali), che è indipendente dalla qualificazione formale nel diritto interno e non si limita alla proprietà dei beni materiali. Infatti, quali veri e propri beni materiali, anche altri diritti e gli interessi attivi che questi determinano possono essere considerati «diritti di proprietà» e, quindi, «beni» ai fini della vista disposizione.

L'art. 1 del Protocollo n. 1 si applica solo ai beni esistenti di una persona: pertanto, il reddito futuro non può essere considerato «bene», a meno che non sia già stato guadagnato o sia sicuramente da pagare. In determinate circostanze, però, un «legittimo affidamento» sull'acquisizione di un bene può anche

godere della protezione dell'art. 1. Pertanto, quando un diritto di proprietà è nella natura di un credito, la persona in cui è investito può essere considerata portatrice di un «legittimo affidamento», se c'è una base sufficiente per l'interesse nel diritto nazionale – ad esempio, dove una costante giurisprudenza dei tribunali nazionali ne confermi l'esistenza.

Nella specie, la Corte di Strasburgo ha rilevato che, essendo la ricorrente titolare, fin dal 28 luglio 1999, di una licenza nazionale per la radiodiffusione televisiva terrestre, gli stessi giudici amministrativi le avevano riconosciuto almeno un interesse legittimo – qualificato come posizione giuridica individuale indirettamente protetta e coerente con l'interesse pubblico – all'effettiva assegnazione delle frequenze di trasmissione; di conseguenza, la società ricorrente ben poteva vantare un legittimo affidamento legato agli interessi della proprietà come il funzionamento di una rete televisiva analogica in virtù della licenza, in quanto dotato di una base sufficiente per costituire un interesse sostanziale e, quindi, un «bene» ai sensi della norma prevista in apertura dell'art. 1 del Protocollo n. 1.

È di tutta evidenza la capitale importanza delle affermazioni di principio: l'una, relativa alla stessa impostazione del pluralismo nell'informazione quale elemento portante di una moderna società democratica; l'altra, inerente alla tutelabilità di beni come oggetto di diritti che, va ricordato, nel sistema Cedu sono qualificati – a differenza di molte costituzioni nazionali e, tra le prime, di quella italiana – come diritti fondamentali dell'uomo.

4. Effettività della tutela giudiziaria

Con la premessa che i casi di interferenza del legislatore saranno trattati più avanti (vds. par. 7), meritano segnalazione almeno due sentenze: una sul recupero dei crediti e una sul ritardo con cui il risarcimento è stato accordato.

La prima sentenza, relativa alla causa *De Luca c. Italia*, ric. n. 43870/04, 24 settembre 2013, riguarda l'impossibilità di recuperare un debito riconosciuto con sentenza definitiva contro un ente locale in risarcimento.

In particolare, dichiarato lo stato di dissesto da un Comune (nel dicembre 1993), era divenuta non eseguibile – e improduttiva di accessori – la condanna recata in favore del ricorrente da una sentenza intervenuta nel 2003, ma su azione iniziata nel 1992; nel 2005, il competente organo straordinario di liquidazione aveva riconosciuto un credito per almeno 42.028,58 euro e proposto una definizione bonaria per l'80 per cento, rifiutata dal ricorrente.

La Corte ha rilevato come, in violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1, a seguito della dichiarazione di

dissesto, il ricorrente si sia trovato impossibilitato ad agire in via esecutiva contro il Comune, sicché il debito non è stato pagato e il diritto del ricorrente al rispetto dei suoi beni è stato frustrato. La transazione non avrebbe contenuto significativamente il sacrificio del ricorrente (che avrebbe perduto non solo il 20 per cento del montante, ma anche gli interessi e quanto necessario a compensare, almeno in parte, la svalutazione monetaria). Inoltre, la mancanza di risorse di un ente locale non può mai giustificare il fatto che questo ometta di adempiere agli obblighi derivanti da una sentenza definitiva emessa nei suoi confronti – e, si rimarca, trattasi del debito di un ente pubblico, e dunque dello Stato, derivante dalla sua condanna al pagamento di un risarcimento con una decisione giudiziaria.

Il principio è costantemente riaffermato anche in altre pronunce contro Stati membri diversi dall'Italia: è sempre illegittimo giustificare l'inesecuzione di una sentenza contro un ente pubblico con la carenza di fondi; può ammettersi un ritardo nell'esecuzione, purché non vanifichi l'essenza del diritto protetto; l'impossibilità di conseguire l'esecuzione di un provvedimento giurisdizionale definitivo integra una lesione del diritto al pacifico godimento dei diritti e una violazione del primo articolo del Protocollo n. 1 (tra le ultime sentenze, si vedano *Spahić e altri c. Bosnia-Erzegovina*, ricc. nn. 20514/15 e altri 15, e *Kunić e altri c. Bosnia-Erzegovina*, ricc. nn. 68955/15 e altri 15, entrambe del 14 novembre 2017).

Il secondo caso riguarda un'altra vicenda peculiarmente italiana, quella delle cause di risarcimento del danno contro lo Stato per i danni alla salute derivati dalla massa di emotrasfusioni non sicure effettuate, per lunghissimo tempo, almeno fino al 1992.

Si tratta della sentenza resa il 13 novembre 2014, in causa *G.G. e altri c. Italia* (ricc. nn. 3168/11 e altri 18)⁵, la quale, pur se inserita in un sistema di precedenti analoghi (cfr. *G.N. e altri c. Italia*, ric. n. 43134/05, 1° dicembre 2009), si nota per la riaffermazione della violazione dell'art. 2 Cedu (che tutela, com'è noto, il diritto alla vita), ma sotto il profilo procedurale.

In estrema sintesi, si afferma che, di fronte all'esigenza di offrire una tutela adeguata e rapida al diritto alla vita, in quanto tale protetto appunto dall'art. 2 della Convenzione, lo Stato italiano è risultato inadempiente per l'eccessiva durata dei procedimenti – nella specie, civili, ma complicati in modo singolare dalle procedure amministrative tendenti alla defini-

zione bonaria, nonché rispetto al trattamento indennitario di cui alla legge n. 210/92 – che avrebbero dovuto tutelare quel diritto almeno sotto il profilo risarcitorio.

In particolare, ha avuto rilevanza l'oggetto del giudizio, cioè la qualità della vita in relazione al male incurabile da cui era stata menomata per il fatto della controparte pubblica, richiedendosi in questo caso una «diligenza eccezionale», nonostante il pure riconosciuto numero di cause intentate, «tanto più che si trattava di una questione i cui termini erano noti al Governo da diversi anni e la cui gravità non poteva sfuggirgli».

In termini analoghi, la Corte Edu si era espressa in *M.C. e altri c. Italia*, ric. n. 5376/11, 3 settembre 2013, ravvisando anche una violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1 nelle norme interne (soprattutto l'art. 11, comma 13, dl n. 78/2010) che, a vario titolo ostacolando l'esecuzione delle decisioni favorevoli già conseguite dai ricorrenti, hanno comportato una ingiustificata ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto dei loro beni: pur potendo ammettersi un contemperamento con interessi generali, non si era perseguito un giusto equilibrio, avendo finito le soluzioni legislative per imporre ai singoli ricorrenti un carico anormale ed esorbitante.

Sostanzialmente, l'esigenza di risparmio di spesa in tempo di crisi non può essere un criterio preponderante nel bilanciamento di interessi operato dal legislatore, con la conseguenza di privare i cittadini, oltretutto già danneggiati dalla condotta illecita dello Stato, quantomeno per inerzia o incuria nella tutela del diritto alla salute, delle risorse necessarie alla loro cura e, più in generale, alla tutela dei loro diritti come garantiti dalla Cedu⁶.

5. Espropriazione per pubblica utilità

È questo, forse, il campo di maggiore incidenza diretta nel diritto civile classico delle pronunce di Strasburgo, le quali hanno costretto prima la giurisprudenza, poi – almeno in parte – il legislatore a riconoscere la forza cogente della Convenzione, con modifiche talvolta anche sostanziali della disciplina concretamente applicabile.

Costanti e continui sono stati gli interventi della Corte Edu in materia di privazione dei diritti di proprietà per esigenze pubblicistiche, alla quale si riconduce la vasta tematica in tema di espropriazione per pubblica utilità: evidentemente, la complessiva im-

5. Su cui si veda D. Marrani, *Indennizzo per trasfusioni*, in A. Di Stasi (a cura di), *Cedu, op. cit.*, pp. 493 ss.

6. Si veda D. Marrani, *op. ult. cit.*, p. 499. Si tratta dei noti principi espressi già in tema di illegittimità delle limitazioni degli indennizzi *ex lege* 24 marzo 2001, n. 89 (“legge Pinto”), su cui vds. *infra* (par. 6).

stazione italiana resta qui caratterizzata da principi, istituti e concetti non conformi alla Convenzione⁷.

A partire dalle più celebri *Scordino c. Italia* – la prima [GC], ric. n. 36813/97, 29 marzo 2006; la terza, ric. n. 43662/98, 17 maggio 2005 e 6 marzo 2007 (equa soddisfazione) – e dalle pronunce immediatamente successive, sono stati bollati come illegittimi sia l'istituto pretorio dell'occupazione acquisitiva o accessione invertita, sia i criteri di liquidazione per valore inferiore a quello di mercato (almeno in origine, da calcolarsi al tempo della perdita della proprietà, maggiorato del valore delle costruzioni realizzate). Basti qui una menzione a un gruppo di sentenze della Grande Camera del 2008: *Pisacane e altri c. Italia*, ric. n. 70573/01, 27 maggio 2008; *Bortesi e altri c. Italia*, ric. n. 71399/01, 10 giugno 2008 (entrambe anche di condanna per l'adozione di criteri retroattivi di rideterminazione *in peius* dell'indennità di espropriazione); *Gigli Costruzioni Srl c. Italia*, ric. n. 10557/03, 1° aprile 2008.

Di sicura rilevanza in materia è pure *Guiso-Galisay c. Italia* [GC], ric. n. 58858/00, 22 dicembre 2009, ma nel solco degli stessi principi c'è stato uno stillicidio di condanne per l'Italia. Tra le ultime, si segnalano: *Messana c. Italia*, ric. n. 30801/06, 16 novembre 2017⁸, sentenza di condanna per l'occupazione dei fondi del ricorrente in violazione delle norme dettate in materia di espropriazione per pubblica utilità; *Conti e Lori c. Italia*, ric. n. 7527/05, 16 novembre 2017, che conferma come l'istituto dell'espropriazione indiretta violi l'art. 1 Protocollo n. 1 alla Convenzione; *Odescalchi e altri c. Italia*, ric. n. 38754/07, 7 luglio 2015, sulla contrarietà allo stesso art. 1 del Protocollo dei vincoli di inedificabilità in presenza di autorizzazione a esproprio ormai scaduta, concretanti anch'essi un caso di espropriazione indiretta. Segue un altro gruppo di sentenze del 2015 (tutte della sez. IV), in cause *Mango, Russo, Quintiliani, Pellitteri e Lupo, Preite* (rispettivamente: ric. nn. 38591/06, 14231/05, 9167/05, 50825/06, 28976/05), sempre in tema di illegittimità dell'espropriazione indiretta.

Sull'effettività dell'indennizzo si nota *Chinnici c. Italia* (n. 2), ric. n. 22432/03, 14 aprile 2015, che ha ritenuto violato l'art. 1 Protocollo n. 1 per l'omessa corresponsione della rivalutazione per l'inflazione relativa alla somma pure correttamente rapportata al valore venale del bene.

6. Ragionevole durata del processo

Non è questa la sede per ripercorrere la tematica della cd. "legge Pinto" e valutare la tenuta del relativo sistema alla luce della stessa giurisprudenza di Strasburgo.

Segnalando, sull'ineffettività del sistema, la nota sentenza *Cocchiarella c. Italia* [GC], ric. n. 64886/01, 29 marzo 2006, basti qui notare⁹ che diversi sono i "punti caldi" ancora aperti rispetto al tema generale dei rapporti fra le misure introdotte a livello interno per conformarsi alla giurisprudenza europea e la ragionevole durata dei processi: nel magmatico sviluppo del settore aperto dalla l. n. 89/2001, hanno trovato posto orientamenti giurisprudenziali nazionali via via consolidati, accanto a *revirement* non meno marcati, talvolta suggeriti dalla Corte Edu, altre volte a essa ispirati, altre volte, invece, apertamente indirizzati a frenare la "mercificazione dei ritardi" del processo.

Le modifiche del 2012, volte al contenimento dell'impatto finanziario e allo snellimento procedurale (dl. n. 83/2012, convertito con modifiche in l. n. 134/2012), e del 2015 (legge di stabilità 2016, n. 208/15) necessitano ancora di una verifica quanto a compatibilità con la Convenzione, mentre ancora la giurisprudenza, soprattutto di legittimità, produce tuttora risultati talvolta distonici rispetto a quella di Strasburgo.

In materia, la Corte Edu è intervenuta anche di recente:

- con la sentenza resa in causa *Cipolletta c. Italia*, ric. n. 38259/09, 11 gennaio 2018, è stata riconosciuta sia la non ragionevole durata del processo, sia la carenza di un rimedio effettivo al creditore che non si sia visto esaminare per oltre venticinque anni la sua domanda di insinuazione o riconoscimento di un credito nei confronti di un'impresa soggetta a procedura concorsuale;
- con la sentenza resa in causa *Bozza c. Italia*, ric. n. 17739/09, 14 settembre 2017, è stata affermata la violazione del diritto alla ragionevole durata del processo in relazione ai tempi complessivi non solo del giudizio di cognizione, ma pure del processo esecutivo a esso seguito, contrariamente alla decisione delle autorità

7. Per un panorama, nella vastissima produzione dottrinale, si veda, tra molti, G. Mari, *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 69/2016 (soprattutto p. 4, per le implicazioni dirette che riguardano la Corte Edu).

8. A. Pisapia, *La Cedu valuta l'espropriazione indiretta*, in *Immobili e proprietà*, n. 4/2018, p. 237.

9. In linea con R. Conti, *Legge Pinto, Corte di cassazione e Cedu su alcune questioni ancora controverse*, in V. Piccone (a cura di), *Dialogando*, op. cit., p. 153.

nazionali, che anzi avevano perfino qualificato «tardivo» il procedimento “Pinto” computando il termine di decadenza dalla sentenza conclusiva del primo (con decisione confermata in Cassazione);

- con la sentenza resa in causa *Olivieri e altri c. Italia*, ricc. nn. 17708/12 e altri 3, 25 febbraio 2016, si è stabilito che integra la violazione dell'art. 13 Cedu, relativo al diritto a un ricorso effettivo, l'inammissibilità automatica dei ricorsi “Pinto”, basata unicamente sul fatto che i ricorrenti non hanno presentato istanza di prelievo, in quanto essa ha privato questi ultimi della possibilità di ottenere una riparazione adeguata e sufficiente;
- con la sentenza resa in causa *Mongelli c. Italia*, ric. n. 40205/02, 19 maggio 2015, l'eccessiva durata del procedimento “Pinto” – oltre sei mesi dopo il deposito della decisione alla cancelleria della Corte d'appello – è stata sanzionata a sua volta come violazione dello stesso art. 6, par. 1, della Convenzione;
- analogamente, con la sentenza resa in causa *Di Sante c. Italia*, ric. n. 32143/10, 27 aprile 2017, questo ritardo nel dare esecuzione alle decisioni “Pinto” è stato sanzionato come violazione di tale ultimo articolo, ma non anche dell'art. 1 Protocollo n. 1 alla Convenzione.

7. Retroattività delle leggi

Poiché è dedicato un distinto capitolo all'argomento¹⁰, solo un cenno può, infine, essere fatto al divieto di ingerenza mediante provvedimenti legislativi su procedimenti in corso, con la sola eccezione di motivi imperativi di interesse pubblico: oggetto di diversi interventi proprio nei confronti dell'Italia, a partire dal caso del cd. “personale Ata” delle scuole e da quello delle cd. “pensioni svizzere”¹¹.

L'ampia letteratura fiorita sul punto – soprattutto a causa della reazione della Corte costituzionale e del conseguente adeguamento della giurisprudenza nazionale, a partire da quella di legittimità – e l'attenzione a esso dedicata in altra sede di questo stesso vo-

lume, giustificano la brevità del presente riferimento a tali emblematiche vicende.

Nel primo di questi casi, la linea rigorosa e garantista nei confronti dei diritti dei singoli – anche contro lo strapotere delle imperative esigenze di ordine pubblico, sostanzialmente quasi sempre meramente economiche – è affermata in *Agrati e altri c. Italia*, ricc. nn. 43549/08 e altri 2, 7 giugno 2011 (confermata, tra le altre, da *Caligiuri e altri c. Italia*, ricc. nn. 657/10 e altri 2, 9 settembre 2014), con cui è stata riconosciuta la violazione di tale norma (sotto il profilo della violazione del diritto alla “parità delle armi” e quindi alla protezione di interventi a processi pendenti a vantaggio di una delle parti), insieme a quella dell'art. 1 Protocollo n. 1, ma solo ove la concreta diminuzione del trattamento fosse stata superiore alla metà, nel caso di una legge di interpretazione autentica, applicabile pertanto retroattivamente e anche ai processi in corso, sulla base del computo del trattamento pensionistico del personale ausiliario della scuola (cd. “personale Ata”, anche rispetto ai giudizi in corso a tutela dei diritti patrimoniali già acquisiti, contro i rischi di una loro riduzione).

Nel secondo di detti casi, una legge di interpretazione autentica ha inciso anche sui giudizi in corso intentati dai pensionati con contribuzioni pagate in Svizzera, ove però le aliquote erano oltre quattro volte inferiori a quelle italiane, per conseguire prestazioni identiche a quelle dei lavoratori italiani. Nonostante il precedente specifico *Maggio e altri c. Italia* (ricc. nn. 46286/09 e altri 4, 31 maggio 2011), che aveva condannato l'Italia per la violazione dell'art. 6, par. 1, Cedu, la Corte costituzionale (con sentenza del 28 novembre 2012, n. 264) ha invece ritenuto che ostassero al recepimento in Italia dell'interpretazione convenzionale invalicabili principi di ordine costituzionale, non adeguatamente soppesati dalla Corte di Strasburgo.

Anche in casi di più marcata singolarità – in cui, come acutamente si osserva¹², il ruolo di vittime è stato riconosciuto a consiglieri di Stato per il mancato riconoscimento di trattamenti economici più favorevoli –, la Corte di Strasburgo ha individuato una indebita ingerenza del legislatore, come per l'inesigibilità, stabilita dalla legge n. 388/2000, di crediti riconosciuti

10. Si veda, in questo stesso volume, M. Massa, *Le leggi interpretative retroattive nella diversa impostazione di Corte Edu e Corte costituzionale* (n. 68).

11. Per tutti, con riferimento a entrambi i *leading case*, si veda M. Massa, *op. ult. cit.*, soprattutto il par. 2; vi si affronta, poi, anche la ricca e complessa problematica della tendenza al disallineamento, quando non proprio al conflitto, da parte della nostra Corte costituzionale rispetto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Sul tema in generale, si vedano: G. Bronzini, *I limiti alla retroattività della legge civile tra ordinamento interno ed ordinamento convenzionale: dal “disallineamento” al dialogo?*, in V. Piccone (a cura di), *Dialogando, op. cit.*, p. 119; M.J. Vaccaro e L. Ioele, *Legge di interpretazione autentica ed equo processo*, in A. Di Stasi (a cura di), *Cedu, op. cit.*, p. 447.

12. M. Massa, *op. cit.*, par. 4, nota n. 22.

per differenze stipendiali in base a sentenze non ancora definitive: è l'ipotesi esaminata dalla sentenza resa in causa *Guadagno e altri c. Italia*, ric. n. 61820/08, 1° luglio 2014.

Seguono diverse condanne dell'Italia per la vicenda della legge n. 326/2003: a partire dalla sentenza resa in causa *Azienda agricola Silverfunghi Sas e altri c. Italia* (ricc. nn. 48357/07 e altri 3, 24 giugno 2014), per giungere, almeno di recente, alla pronuncia in causa *Alpe Società agricola cooperativa e altri c. Italia* (ricc. nn. 8726/09 e altri 38, 19 ottobre 2017), o a quella del 7 dicembre 2017, resa in causa *Frubona c. Italia* (ric. n. 4180/08).

Con la legge citata fu stabilito che gli sgravi contributivi e fiscali per i lavoratori di aziende agricole dovevano intendersi, contrariamente al diverso uso a lungo invalso, come alternativi e non cumulativi, con conseguente insussistenza del diritto a beneficiarne contemporaneamente nell'insieme. Ciò ha comportato:

- da un lato, la violazione dell'art. 6, par. 1, Cedu: sotto il profilo di una vietata ingerenza legislativa in procedimenti giudiziari pendenti, salvo che per motivi imperativi di interesse pubblico, visto l'impatto decisivo della legge suddetta sull'esito di un giudizio pendente e l'assenza di motivi imperativi di interesse pubblico per la sua applicazione retroattiva, non potendo semplici considerazioni di ordine economico

giustificare, di per sé, il fatto che il legislatore si sostituisse ai tribunali;

- dall'altro, non anche la violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1: sia pure intesi come beni posseduti i diritti dei ricorrenti su somme illecitamente trattenute dall'Inps, sotto il profilo che tale ingerenza aveva raggiunto un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e la tutela della proprietà, per il margine di apprezzamento nel campo delle misure generali di strategia economica, le quali, nella specie, avevano cercato piuttosto di ridurre la spesa pubblica; ciò anche a fronte della non eccessività dell'onere alle società ricorrenti, poiché esse erano riuscite a portare avanti la loro attività, avevano scelto di rinunciare ai benefici cumulativi per un certo numero di anni e godevano tuttora di almeno uno dei benefici.

La tematica merita, peraltro, ben maggiore approfondimento¹³, vista la differenza di prospettive tra la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale, e anche per la marcata distonia tra le relative pronunce, che prelude o sottintende una posizione di latente contrasto – se non vero e proprio conflitto – ancora più problematica nell'attuale contesto storico di sempre più spiccata riaffermazione delle peculiarità nazionali contro le strutture sovranazionali, pure fortemente volute sino ad appena pochi anni fa.

13. Si rinvia, per tutti e per compiuti riferimenti, al contributo di M. Massa in questo stesso volume, già citato.

Le principali decisioni della Corte in materia penale verso l'Italia

di Daniela Cardamone

Attraverso una sintetica rassegna di alcune delle principali sentenze e decisioni più recenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia penale nei confronti dell'Italia, ci si propone di individuare gli eventuali profili di criticità, i risvolti applicativi e le possibili linee evolutive della giurisprudenza della Corte Edu.

1. Oralità e immediatezza: deroghe e conseguenze

La Corte europea dei diritti dell'uomo non impone un modello processuale e afferma che gli Stati hanno la più ampia discrezionalità per quanto riguarda la scelta dei mezzi mediante i quali assicurare che i loro rispettivi sistemi giuridici siano conformi ai requisiti richiesti dall'art. 6 della Convenzione, al tempo stesso preservando l'efficienza e la celerità delle procedure. Pur consapevole, quindi, che il modello ideale è quello in cui la prova si forma nel contraddittorio tra le parti, nell'ambito di un processo orale e pubblico nel quale l'imputato possa difendersi di persona, la Corte Edu ammette, a determinate condizioni, delle deroghe a tali principi purché la procedura, nel suo complesso, sia equa e rispettosa del principio di "parità delle armi". Il principio del contraddittorio e di oralità nella formazione della prova va, infatti, conciliato con quello della ragionevole durata e con l'esigenza di assicurare anche la tutela delle vittime dei reati e una corretta ed efficace amministrazione della giustizia.

1.1. Utilizzazione delle dichiarazioni predibattimentali

In quest'ottica, la Corte di Strasburgo si è ripetutamente pronunciata in merito a quelle deroghe all'oralità e immediatezza che, nel nostro sistema e a determinate condizioni, consentono di superare l'inutilizzabilità cd. "fisiologica" degli atti d'indagine e, più in generale, di tutte le dichiarazioni assunte senza la partecipazione difensiva.

In tema di diritto a esaminare i testimoni a carico, espressamente riconosciuto a ogni «persona accusata» dall'art. 6, par. 3, lett. d, Cedu, la Corte di Strasburgo ha adottato un approccio concreto, che tiene conto della procedura nel suo complesso. Così, pur ammettendo che il modello processuale ideale sia quello in cui l'imputato ha la possibilità, al momento della deposizione o successivamente, di controinterrogare il testimone che lo accusa, la Corte consente che, in circostanze particolari, la prova della colpevolezza possa fondarsi anche su fonti dichiarative non sottoposte al vaglio dibattimentale¹.

Oggetto di scrutinio da parte della Corte di Strasburgo sono stati sia gli artt. 513 e 512-bis cpp² sia

1. La Corte ammette, infatti, che "in talune circostanze" può essere necessario, per le autorità giudiziarie, fare ricorso a deposizioni che risalgono alla fase delle indagini preliminari: si veda, ad esempio, *Isgrò c. Italia*, ric. n. 11339/85, 19 febbraio 1991, serie A, n. 194-A, § 34.

2. Si vedano le sentenze *Lucà c. Italia*, ric. n. 33354/96, 27 febbraio 2001, § 40; *A.M. c. Italia*, ric. n. 37019/97, 14 dicembre 1999, § 25; *Craxi c. Italia*, ric. n. n. 34896/97, 5 dicembre 2002; si veda anche *Dorigo c. Italia*, ric. n. 33286/96, rapporto della Commissione del 9 settembre 1998, § 43.

l'art. 512 cpp³, in molteplici sentenze nelle quali la Corte ha ribadito, a più riprese, il principio secondo cui le deroghe all'oralità e all'immediatezza sono incompatibili con la Convenzione se la condanna dell'imputato si è fondata «*essenzialmente o in misura determinante*» sulle affermazioni sottratte al vaglio dibattimentale⁴.

I problemi di compatibilità di tali eccezioni all'oralità e all'immediatezza con l'art. 6 Cedu non sono stati superati dalla riforma costituzionale dell'art. 111 Cost., che, tra le possibili deroghe al principio di formazione della prova nel dibattimento, introduce anche il criterio della accertata «impossibilità di natura oggettiva», consacrato nella discussa norma dell'art. 512 cpp. La problematicità della norma alla luce dei parametri convenzionali appare evidente in quanto essa consente, qualora sopraggiunga una causa oggettiva, imprevedibile e insuperabile che impedisce l'esame e non sia possibile ricondurre tale causa a una «libera scelta» del testimone, di acquisire al fascicolo del dibattimento le dichiarazioni pre-dibattimentali e, quindi, di utilizzarle ai fini di prova della colpevolezza dell'imputato.

Nel recente caso *Ben Moumen c. Italia*⁵, la Corte ha ritenuto che non vi fosse stata violazione perché la deposizione del teste assente non era stata *determinante* (vi erano, infatti, anche le dichiarazioni della vittima della violenza sessuale assunte in sede di incidente probatorio) ed era corroborata da altri elementi di carattere indiziario. In definitiva, il processo era risultato equo in base a una valutazione della procedura nel suo complesso, tenendo conto degli effettivi svantaggi subiti dall'imputato e dei meccanismi compensatori delle garanzie offerte dall'ordinamento.

Invece, nella sentenza *Cafagna c. Italia*⁶, la Corte ha affermato, diversamente da quanto ritenuto dalle giurisdizioni interne, che le dichiarazioni della persona offesa acquisite ex art. 512 cpp erano state l'unica prova della colpevolezza (par. 48) e che le giurisdizioni interne non si erano adeguatamente adoperate per assicurare la presenza del teste al processo (par. 45),

non giudicando quindi sufficienti neanche le ricerche che del soggetto erano state effettuate, in quanto latitante perché condannato in altro procedimento penale⁷.

Il problema della compatibilità convenzionale dell'art. 512 cpp permane ancora oggi perché, diversamente da quanto richiesto dal diritto interno, ai fini del rispetto delle garanzie stabilite dalla Convenzione rilevano non tanto le ragioni che hanno determinato l'impossibilità di escutere il teste nel dibattimento⁸, quanto la valenza probatoria – determinante o meno – delle dichiarazioni del testimone assente o rinunciante.

Si tratta di un punto critico perché la valutazione della Corte sulla valenza probatoria, «determinante» o meno, di una testimonianza rischia di sconfinare sul terreno della valutazione della prova, prerogativa delle giurisdizioni interne. Infatti, solo nei casi in cui la prova della colpevolezza sia fondata su un'unica testimonianza senza ulteriori elementi di riscontro, o in quelli in cui sussista una molteplicità di fonti dichiarative, il carattere «determinante» o meno della prova orale emerge con evidenza. In tutti gli altri casi in cui, invece, la dichiarazione testimoniale sia riscontrata da altri elementi di prova, è evidente che questi ultimi contribuiscono a fondare il giudizio di colpevolezza formulato dai giudici interni. Conseguentemente, residuando uno spazio valutativo, il giudizio della Corte Edu può sovrapporsi alla valutazione della prova fatta dalle giurisdizioni nazionali e assumere i connotati di una quarta istanza.

Un altro aspetto problematico, ben evidenziato nell'opinione dissenziente del giudice Wojtyczek allegata alla sentenza *Cafagna*, è che l'equità di una procedura penale andrebbe valutata tenendo conto delle caratteristiche peculiari e dei principi fondamentali che caratterizzano il sistema processuale di riferimento. Non sarebbe del tutto corretto, dunque, esaminare l'equità del sistema processuale penale italiano alla luce dei principi generali fissati tenendo conto delle caratteristiche di un sistema, come quello britannico, ca-

3. Ad esempio, la condanna inflitta nel caso *Bracci c. Italia*, ric. n. 36822/02, 13 ottobre 2005.

4. Tra le tante, *Carta c. Italia*, ric. n. 4548/02, 20 aprile 2006, § 49.

5. *Moumen c. Italia*, ric. n. 3977/13, sentenza del 23 settembre 2016.

6. *Cafagna c. Italia*, ric. n. n. 26073/13, 12 ottobre 2017.

7. Dissente sul giudizio di «negligenza» delle autorità italiane nella ricerca del testimone il giudice Wojtyczek (opinione dissenziente, § 4).

8. Ad esempio, l'impossibilità di natura oggettiva, per morte o sopravvenuta irreperibilità del testimone, su cui si veda: *Craxi c. Italia*, cit., § 87; si vedano anche le decisioni: *Raniolo c. Italia*, ric. n. n. 62676/00, 21 marzo 2002; *Calabrò c. Italia e Germania*, ric. n. 59895/00, 21 marzo 2002; *Kostu c. Italia*, ric. n. 33399/96, 9 marzo 1999; *Halmi e altri c. Italia*, ric. n. 9713/03, 18 gennaio 2005; *Cipriani c. Italia*, ric. n. 37272/05, 9 febbraio 2006. Sulla libera scelta del dichiarante che, legittimamente, si avvale della facoltà di non rispondere, si vedano ad esempio le decisioni: *Sofri e altri c. Italia*, ric. n. 37235/97, 27 maggio 2003; *De Lorenzo c. Italia*, ric. n. 69264/01, 12 febbraio 2004; *Chifari c. Italia*, ric. n. 36037/02, 13 maggio 2004, nonché le sentenze *Lucà c. Italia*, cit., §§ 38-45 e *Carta c. Italia*, cit., § 52.

ratterizzato da un «ruolo limitato del giudice»⁹. Come afferma il giudice Wojtyczek, infatti, tali principi sono difficilmente applicabili a sistemi processuali caratterizzati, come quello italiano, da un ruolo attivo del giudice, il quale può essere elemento idoneo a compensare talune forme di disparità delle armi tra le parti.

1.2. Trial in absentia: dalla contumacia all'assenza

Nel sistema processuale italiano, la partecipazione dell'imputato al processo penale è intesa quale estrinsecazione di una libera scelta difensiva, espressione del diritto di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione, in linea con la piena tutela accordata dal nostro codice al diritto al silenzio. La Corte di Strasburgo, consapevole che i Paesi europei adottano diversi approcci nei confronti del *trial in absentia*, in diversi casi ha affermato che il procedimento che si svolge in assenza dell'imputato non è, in linea di principio, incompatibile con la Convenzione, purché questi abbia rinunciato al suo diritto di essere presente in modo univoco¹⁰ o abbia deciso inequivocabilmente di sottrarsi al processo¹¹.

Ciò comporta, in primo luogo, che l'autorità giudiziaria interna dimostri che l'imputato effettivamente sia a conoscenza del procedimento nei suoi confronti e che, qualora sussistano dubbi su tale effettiva conoscenza, sia garantita a quest'ultimo la possibilità di un nuovo processo penale¹².

Il processo contumaciale è stato oggetto di plurime condanne nei confronti dell'Italia¹³, che sono state alla base di successive modifiche normative¹⁴ con le quali si è inteso adeguarsi agli *standard* europei. Significativa, sotto questo profilo, è la decisione di irricevibilità della Corte Edu del 25 novembre 2008, *Cat Berro c. Italia*¹⁵, nella quale si afferma che il le-

gislatore italiano, mediante le modifiche dell'art. 175 cpp del 2005¹⁶, ha sopperito ad alcune delle criticità in passato censurate e che sarebbe necessario attendere l'interpretazione giurisprudenziale della norma così come modificata. Dunque, il sistema dei rimedi interni per il condannato in contumacia ha continuato a essere oggetto di valutazione da parte della Corte di Strasburgo anche dopo le modifiche normative del 2005. Ciò anche alla luce della sentenza delle sezioni unite della Cassazione del 2008 (caso *Huzunenu*)¹⁷ che aveva dato prevalenza al principio di unità dell'impugnazione, considerando esaurita la facoltà di impugnare del contumace, qualora il difensore avesse già fatto uso della scelta *ex art.* 571, comma 3, cpp – principio censurato dalla Corte di Strasburgo proprio nel caso introdotto dal medesimo ricorrente¹⁸.

L'approccio sul punto è mutato con la sentenza della Corte costituzionale n. 317 del 2009¹⁹, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2, cpp nella parte in cui non consente la restituzione nel termine dell'imputato che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento al fine di proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato. Ne è scaturito un giudizio positivo della Corte di Strasburgo che, nel recente caso *Baratta c. Italia*²⁰, ha ritenuto che il ricorrente non fosse più vittima, avendo potuto ottenere la rimessione nel termine per fare appello e la celebrazione di un nuovo processo, anche alla luce dei principi fissati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 317 del 2009. Residuava, però, la violazione dell'art. 5 Cedu, con riferimento alla detenzione nel frattempo subita in esecuzione

9. Il riferimento è ai principi enunciati nella sentenza *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito* [GC], ric. nn. 26766/05 e 22228/06, 15 dicembre 2011, applicati anche al nostro sistema.

10. *Stoyanov-Kobuladze c. Bulgaria*, ric. n. 25714/05, 25 marzo 2014; *Colozza c. Italia*, ric. n. 9024/80, 12 Febbraio 1985, Serie A, n. 89.

11. *Medenica c. Svizzera*, ric. n. 20491/92, 14 giugno 2006, § 55; *Craxi c. Italia*, cit. § 70; *Sejdovic c. Italia* [GC], ric. n. 56581/00, 1° marzo 2006, § 86.

12. Tra le altre: *Stoyanov-Kobuladze c. Bulgaria*, ric. n. 25714/05, 25 marzo 2014, § 39; *Hermi c. Italia* [GC], ric. n. 18114/02, 18 ottobre 2006, § 73; *Vaturi c. Francia*, ric. n. 75699/01, 13 aprile 2006, § 53; *Sejdovic c. Italia* [GC], cit., § 126; *Somogyi c. Italia*, ric. n. 67972/01, 18 maggio 2004, §§ 72-73.

13. Si vedano, ad esempio, le già menzionate: *Sejdovic c. Italia* [GC], cit.; *Somogyi c. Italia*, cit.; *Hermi c. Italia* [GC], cit., *Colozza c. Italia*, cit.

14. Dl 21 febbraio 2005, n. 17, convertito in l. 22 aprile 2005, n. 60; l. 28 aprile 2014, n. 67.

15. *Cat Berro c. Italia*, ric. n. 34192/07, 25 novembre 2008.

16. L. n. 60/2005 di conversione del dl n. 17/2005.

17. Corte di cassazione, sez. unite, 31 gennaio 2008, *Huzunenu*.

18. *Huzunenu c. Italia*, ric. n. 36043/08, 1 settembre 2016.

19. Corte cost., 30 novembre 2009, n. 317.

20. *Baratta c. Italia*, ric. n. 28263/09, 13 ottobre 2016.

della condanna *in absentia*, non essendo il rimedio di cui all'art. 314 cpp esperibile in caso di condanna.

La giurisprudenza europea in tema di processo in contumacia ha avuto il pregio di porre l'accento sull'aspetto cruciale della rigorosa verifica della conoscenza effettiva del procedimento e, quindi, della volontà inequivoca dell'imputato di non voler presenziare.

La riforma del 2014²¹, con l'abrogazione dell'istituto della contumacia e l'introduzione dell'istituto dell'assenza, è stata l'epilogo del pressante impulso di questa giurisprudenza ed è incentrata su alcuni principi cardine: la previsione di casi nei quali la conoscenza effettiva del procedimento può presumersi, l'introduzione di rimedi di carattere restitutorio nel caso in cui l'imputato dimostri di non aver avuto conoscenza effettiva del procedimento per cause a lui non imputabili e la sospensione del procedimento per gli irreperibili. Il sistema si fonda sul rigoroso accertamento della volontarietà di sottrarsi al procedimento, la quale presuppone necessariamente la conoscenza effettiva dello stesso. Si tratta, quindi, di una riforma che non pone al riparo da ulteriori violazioni della Convenzione, posto che il nuovo testo dell'articolo 420-*bis* cpp prevede, quale formula di chiusura per la dichiarazione di assenza dell'imputato, che «risulti comunque con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo».

Particolare attenzione, per non incorrere in violazioni della Convenzione, si dovrà ancora prestare nella valutazione di tale volontà, sin dall'eventuale fase dell'emissione della misura cautelare, tenendo conto che la circostanza che l'indagato si sia reso irreperibile immediatamente dopo aver commesso il reato che gli viene contestato non potrebbe essere considerata circostanza idonea, di per sé, a far presumere la consapevolezza della pendenza di un procedimento. In questi casi, in assenza della prova di conoscenza effettiva, la scelta più aderente ai principi del giusto processo non sarebbe l'emissione del decreto di latitanza bensì la dichiarazione di irreperibilità, la quale prelude alla successiva sospensione del procedimento.

1.4. I riti alternativi al dibattimento

L'idea di fondo del nostro sistema processuale è che un processo penale garantista richiede che la celebrazione di un dibattimento orale e pubblico sia limitata ai casi più complessi, dove il vaglio dibattimentale del compendio probatorio sia davvero necessario, affidando la gran mole di procedimenti, nei quali un reale contrasto tra accusa e difesa non vi sia, alla celebrazione di riti semplificati nei quali la diminuzione delle garanzie è compensata da significativi vantaggi sostanziali e/o processuali, primo fra tutti la riduzione della pena in caso di condanna.

Non hanno posto problemi di compatibilità con la Convenzione i riti alternativi fondati sul consenso dell'imputato sulla base del principio, più volte affermato dalla Corte di Strasburgo, secondo il quale «né la lettera né lo spirito dell'art. 6 della Convenzione impediscono a una persona di rinunciare di propria spontanea volontà alle garanzie di un equo processo in maniera espressa o tacita»²².

In applicazione di tale principio generale, la Corte europea ha ritenuto che, formulando una richiesta di giudizio abbreviato, l'imputato sapeva o avrebbe dovuto sapere che la procedura non sarebbe stata pubblica e che le prove non sarebbero state formate nel contraddittorio dibattimentale²³. Pertanto, a condizione che il consenso sia stato manifestato in maniera chiara e che l'imputato non abbia subito coercizioni, la rinuncia ai diritti convenzionali esonererà lo Stato da responsabilità in sede internazionale²⁴.

La Corte di Strasburgo ha avuto modo di ribadire di recente tali principi, in tema di rito abbreviato. Nel caso *Fornataro c. Italia*²⁵, in cui la colpevolezza dell'imputato si era fondata sulle dichiarazioni *de relato* del minore vittima di violenza alla madre, il cui riscontro è stato rinvenuto nelle dichiarazioni del minore a una psicologa (assunte in diverso procedimento civile, dinanzi al Tribunale per i minori), la Corte di Strasburgo ha ritenuto che il ricorrente, avendo consapevolmente scelto il rito abbreviato, aveva accettato di essere giudicato allo stato degli atti (par. 37), a nulla rilevando che egli avesse chiesto che si procedesse a una perizia sulla capacità a testimoniare del minore.

21. L. n. 67/2014.

22. Si veda tra le tante: *R.R. c. Italia*, ric. n. 42191/02, 9 giugno 2005, § 53, e *Sejdovic c. Italia* [GC], cit., § 86.

23. Tra le tante: *Hermi c. Italia* [GC], cit.; *Greco c. Italia*, ric. n. 70462/13, 28 ottobre 2013; *Hany c. Italia*, ric. n. 17543/05, decisione del 6 novembre 2007.

24. La Corte ha costantemente affermato il principio che la rinuncia alle garanzie del contraddittorio deve essere non equivoca, assistita da garanzie commisurate alla sua gravità e non deve confliggere con alcun «interesse pubblico significativo» (le prime sentenze in cui è stato sancito tale principio sono *Poitrimol c. Francia*, ric. n. 14032/88, 23 novembre 1993, serie A, n. 277-A, § 31, e *Håkansson e Stuesson c. Svezia*, ric. n. 11855/85, 21 febbraio 1990, serie A, n. 171-A, § 66).

25. *Fornataro c. Italia*, ric. n. 37978/13, 26 settembre 2017.

Nel caso *Mazzarella c. Italia*²⁶, analogamente, la Corte Edu ha affermato che la scelta di procedere con il rito abbreviato consentiva di superare, senza dubbio alcuno, le doglianze relative alla iniquità della procedura, nonostante la erronea mancata inclusione nel fascicolo, e quindi la mancata valutazione da parte del giudice, della memoria difensiva contenente la trascrizione di tre conversazioni telefoniche e finalizzata a dimostrare l'erroneità della trascrizione delle stesse presente agli atti (par. 36).

Tale giurisprudenza ha il pregio di legittimare i riti alternativi al dibattimento, fondati sul consenso dell'imputato, ai quali si deve la rapida definizione della stragrande maggioranza dei procedimenti penali e, quindi, la tenuta del nostro sistema processuale. Non si può fare a meno, però, di rilevare che, nel giudizio di compatibilità convenzionale formulato dalla Corte di Strasburgo, un ruolo assolutamente predominante viene affidato alla volontà dell'imputato, mentre difetta una valutazione delle peculiarità del nostro sistema processuale, nel quale qualsiasi patto è controllabile e superabile da parte del giudice.

Per restare nei due esempi sopra citati, nulla avrebbe impedito al giudice, nel caso *Fornataro*, di disporre la perizia sulla capacità a testimoniare del minore (che all'epoca aveva solo 4 anni), esercitando i suoi poteri di integrazione istruttoria di cui all'art. 441, comma 5, cpp, e rendendo così il procedimento più equo, anche alla luce dei parametri della Carta di Noto; oppure, nel caso *Mazzarella*, di disporre una perizia trascrittiva delle conversazioni telefoniche oggetto di contestazione.

È anche vero, però, che, se la Corte di Strasburgo avesse sindacato il mancato esercizio, da parte del giudice, del suo potere di integrazione istruttoria, avrebbe sconfinato sul terreno della valutazione della prova, dovendo sostituire la propria valutazione sulla possibilità di decidere "allo stato degli atti" a quella effettuata dai giudici interni.

Si rileva che, invece, in tema di rinnovazione istruttoria in appello, la Corte si è spinta fino a sindacare il mancato esercizio di analogo potere del giudice di appello (quello sancito dall'art. 603 cpp nella sua vecchia formulazione), in casi nei quali egli abbia deciso di non procedere a una rinnovazione dell'istruttoria (vds. *infra*).

1.5. Il principio di oralità e immediatezza in appello

La Corte di Strasburgo, infatti, ha di recente condannato l'Italia con la sentenza *Lorefice c. Italia*²⁷, preceduta di poco dalla novella dell'art. 603, comma 3-bis, cpp²⁸, perché la Corte d'appello aveva formulato un giudizio di colpevolezza nei confronti del ricorrente, riformando la sentenza assolutoria di primo grado, ritenendo che ciò fosse stato fatto sulla base delle dichiarazioni determinanti di due testimoni, senza procedere alla loro nuova escussione (par. 37). Alcun rilievo ha avuto, per la Corte di Strasburgo, la circostanza che la Corte d'appello avesse riformato la sentenza di primo grado non sulla base della semplice rivalutazione dell'attendibilità intrinseca dei testimoni ma, piuttosto, a seguito di un esame critico e approfondito della struttura della motivazione della sentenza del Tribunale e di una corretta interpretazione delle dichiarazioni testimoniali alla luce degli altri elementi di prova versati in atti, di talché tali dichiarazioni non potevano essere considerate "determinanti".

Peraltro, la Corte Edu, nel non ammettere deroghe al principio di immediatezza in caso di riforma del giudizio di assoluzione, si discosta da alcune recenti pronunce che sanciscono, invece, il carattere non rigido dello "statuto convenzionale" della rinnovazione istruttoria²⁹. Ad esempio, nella sentenza *Kashlev c. Estonia*, la Corte afferma che la rinnovazione non è necessaria se l'ordinamento ha assicurato al ricorrente «adeguate garanzie contro arbitrarie o irragionevoli valutazioni della prova o ricostruzioni dei fatti» (par. 50), quali l'obbligo di motivazione rafforzata e il ricorso a una giurisdizione superiore (par. 51).

Inoltre, va rilevato che i casi che vengono costantemente citati come «precedenti»³⁰ non sembrano adattarsi perfettamente al sistema italiano e alle caratteristiche della fattispecie concreta nella vicenda *Lorefice*.

Per fare solo alcuni esempi, nel caso *Manolachi c. Romania*, la Corte d'appello aveva ribaltato la sentenza di assoluzione utilizzando le dichiarazioni accusatorie dei due coimputati rese durante le indagini alla polizia, nonostante essi le avessero ritrattate in dibattimento, ammettendo di essere gli autori della rapina, negando che il ricorrente vi avesse preso parte e motivando, peraltro, questo loro comportamento sulla base delle coercizioni fisiche subite dalla polizia

26. *Mazzarella c. Italia*, ric. n. 24059/13, 26 settembre 2017.

27. *Lorefice c. Italia*, ric. n. 63446/13, sentenza del 29 giugno 2017.

28. Con l. 23 giugno 2017, n. 103.

29. *Kashlev c. Estonia*, ric. n. 22574/08, 26 aprile 2016. Si veda anche *Chiper c. Romania*, ric. n. 22036/10, 27 giugno 2017 (§§. 50-56).

30. Tra gli altri, si fa riferimento in modo particolare a: *Manolachi c. Romania*, ric. n. 36605/04, 5 marzo 2013; *Hanu c. Romania*, ric. n. 1089/04, 4 giugno 2013; *Dan c. Moldavia*, ric. n. 8999/07, 5 luglio 2011.

durante gli interrogatori. Inoltre, la Corte d'appello aveva escluso la rilevanza delle dichiarazioni dei due testi della difesa, sfruttando formalisticamente l'errore materiale contenuto nella sentenza di primo grado quanto alla data – coincidente con quella della rapina – nella quale essi avevano visto il ricorrente nel proprio domicilio (errore pacificamente avvenuto, in quanto veniva corretto successivamente dalla Corte d'appello, che annullava la sentenza di condanna su richiesta dello stesso ricorrente).

Nel caso *Hanu c. Romania*, la Corte di Strasburgo aveva esaminato la vicenda di un ufficiale giudiziario imputato di corruzione, abuso di ufficio e falso sulla base di una denuncia presentata da due soggetti che lo accusavano di aver loro chiesto del denaro in cambio di favori, e arrestato nell'ambito di un'operazione sotto copertura organizzata per coglierlo in flagranza. Il Tribunale aveva ritenuto che gli elementi di prova raccolti non fossero sufficienti per fondare una pronuncia di colpevolezza, in quanto l'unica prova "diretta" erano le dichiarazioni dei denunciati; infatti, gli altri testimoni – tutti *de relato* – erano i familiari degli stessi denunciati che avevano appreso i fatti da questi ultimi. Il Tribunale, inoltre, rilevava che non era stata mai prodotta agli atti la registrazione dell'operazione sotto copertura, nonostante più volte richiesta dal ricorrente, che professava la sua innocenza.

Nel celebre caso *Dan c. Moldavia*, il ricorrente era il preside di un liceo accusato di concussione e arrestato (o, piuttosto, come dallo stesso affermato, «intrappolato») nell'ambito di un'operazione sotto copertura in cui l'agente provocatore era il suo accusatore e gli unici testimoni erano i poliziotti che avevano organizzato l'operazione, i quali però non avevano visto bene il momento cruciale del passaggio del denaro, rendendo sul punto dichiarazioni contraddittorie. Molte erano le "criticità" da farsi risalire alla fase delle indagini, tra le quali – solo per fare qualche esempio – il fatto che la videoripresa dell'operazione, per ignoti motivi, non aveva registrato proprio il momento di consumazione del presunto reato e il fatto che il principale accusatore, nonché unico testimone diretto, era indagato in due separati procedimenti istruiti dagli stessi poliziotti che avevano organizzato l'operazione sotto copertura. Peraltro, il ricorrente affermava di essere stato maltrattato dalla polizia al momento dell'arre-

sto (doglianza *ex art. 3* della Convenzione, ritenuta inammissibile per mancato previo esaurimento dei rimedi interni, in quanto il ricorrente non aveva denunciato i poliziotti). Per tutte queste ragioni, il Tribunale aveva assolto il ricorrente.

Tutti questi casi sono caratterizzati essenzialmente dalla rivalutazione dell'attendibilità intrinseca dei testimoni in fattispecie nelle quali gli unici elementi oggettivi acquisiti durante le indagini non fornivano elementi utili alla tesi accusatoria, in quanto non univocamente conducenti, ed erano anche più che discutibili quanto a modalità di acquisizione. In essi la Corte di Strasburgo afferma che il *vulnus* al principio della parità delle armi poteva essere sanato mediante una nuova escussione in appello delle fonti dichiarative (non potendo, peraltro, sindacare altri aspetti problematici della procedura in quanto vincolata ai motivi di ricorso). Si tratta, a ben vedere, di fattispecie in cui la riassunzione delle prove testimoniali in appello avrebbe potuto evitare dei veri e propri errori giudiziari.

Qualche perplessità possono destare l'applicazione di questi precedenti al caso *Lorefice* e l'affermazione della Corte Edu che la valutazione della prova presuppone sempre il "contatto diretto" tra la fonte dichiarativa e il giudice della condanna.

Quest'ultima affermazione, invero, che appare spendibile nei sistemi di *common law* con giuria popolare, non si attaglia perfettamente al nostro sistema processuale, nel quale la valutazione della prova si fonda per lo più su un ragionamento logico e non sulle percezioni sensoriali del giudice. Peraltro, va osservato che nella fattispecie concreta esaminata nel caso *Lorefice*, data l'abbondanza di dati oggettivi rivalutati dalla Corte d'appello³¹, «l'osservazione del contegno dei testi», verosimilmente, non avrebbe apportato un contributo conoscitivo ulteriore ai giudici del gravame, considerato che il raffronto del dichiarato con il restante compendio probatorio presuppone essenzialmente un sindacato *ex actis*.

Sul punto, la Corte di Strasburgo potrà eventualmente approfondire ancora la questione, nei casi di recente comunicati al Governo italiano³², alla luce delle specificità del sistema processuale interno e tenendo conto anche degli altri interessi in gioco, quali, in primo luogo, i diritti delle vittime, che potrebbero essere inevitabilmente frustrati a causa dell'eccessivo allungarsi dei tempi processuali.

31. Quali: la sentenza irrevocabile nei confronti del coimputato, le acquisizioni documentali concernenti l'eseguito pagamento del prezzo dell'estorsione, la registrazione audio di un colloquio, le conversazioni telefoniche intrattenute dall'imputato, le dichiarazioni dello stesso imputato, le annotazioni di polizia giudiziaria, i tabulati e le intercettazioni telefoniche, le ulteriori sentenze acquisite. Si veda Cass., sez. I pen., 27 marzo 2013 (dep. 29 agosto 2013), n. 3570, *Lorefice*.

32. *Tondo c. Italia*, ric. n. 75037/14, comunicato il 21 febbraio 2018; *Di Febo c. Italia*, ric. n. 53729/15, comunicato il 16 febbraio 2018; *Tripodo c. Italia*, ric. n. 2715/15, comunicato il 19 febbraio 2018; *Rainone c. Italia*, ric. n. 57968/13, comunicato il 24 febbraio 2015; *Caldarozzi e altri c. Italia*, ric. n. 13995/13, comunicato il 19 febbraio 2018.

2. Prevenzione e libertà personale

La Corte di Strasburgo si è di recente interrogata sulla compatibilità del sistema di prevenzione personale con la Convenzione nel caso *De Tommaso c. Italia*³³. Il fatto che la camera inizialmente investita della decisione abbia rimesso la questione alla Grande Camera è, evidentemente, da ricondurre all'esigenza di riconsiderare alcuni principi consolidati e/o di cambiare giurisprudenza sulla materia delle misure di prevenzione personali³⁴.

La Corte di Strasburgo, com'è noto, ha concluso che le prescrizioni imposte al ricorrente con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale (ad esempio, non rientrare a casa più tardi delle 22 e non uscire prima delle 6, non partecipare a pubbliche riunioni, etc.) non hanno integrato, anche se cumulativamente considerate, una privazione della libertà personale, ma solo una restrizione della libertà di movimento e che la doglianza sollevata ai sensi dell'art. 5 Cedu è incompatibile *ratione materiae* con la Convenzione.

La Grande Camera, quindi, non ha compiuto con questa sentenza quell'ulteriore passo in avanti, invocato nell'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, e ha scelto di non discostarsi dai precedenti riguardanti fattispecie analoghe³⁵. È evidente che, se fosse prevalsa l'opinione di minoranza, secondo la quale le misure in esame hanno natura penale e incidono sulla libertà personale in termini di vera e propria "privazione", la conclusione sarebbe stata che il sistema della prevenzione è in contrasto con i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione³⁶.

La novità della sentenza *De Tommaso*, rispetto alla giurisprudenza fino a questo momento costante, risiede piuttosto nell'esame della legittimità delle misure di prevenzione personali da un punto di vista sostanziale, senza ritenere sufficienti le garanzie giurisdizionali del procedimento applicativo, che non sono più considerate una garanzia soddisfacente contro le "ingerenze arbitrarie" nei diritti fondamentali.

La sentenza riconosce, infatti, per la prima volta, la violazione dell'art. 2 Protocollo n. 4 per la mancanza di una adeguata "base legale" dell'ingerenza nel diritto garantito, in linea con i parametri fissati dalla Convenzione.

Il caso *De Tommaso* pone in primo piano il problema di fondo della prevenzione penale: in assenza della previa commissione di un fatto costituente reato, il giudizio sulla pericolosità è privo di un concreto riferimento che possa offrire una base di oggettività e la necessità di garantire la riserva di legge deve confrontarsi con la difficoltà di enucleare comportamenti tipici, descritti con sufficiente determinatezza, quale presupposto per l'applicazione delle misure di prevenzione personali. Invero, il necessario ancoraggio della prognosi di pericolosità a "elementi di fatto" deve essere necessariamente sempre qualcosa di meno della "prova di un fatto" e la difficoltà consiste non solo nel descrivere il comportamento tipico, ma anche la soglia di pericolosità che esso deve raggiungere per non svuotare e rendere puramente formale la riserva di legge. La Corte di Strasburgo, con questa pronuncia, vuole affermare che le garanzie a tutela dei diritti fondamentali non possono risolversi nella "riserva di giurisdizione" e che la competenza giurisdizionale al fine di legittimare le misure di prevenzione non può essere sopravvalutata in quanto la difficoltà di rendere tassativa la valutazione della pericolosità e l'inevitabile carenza di tipicità non possono trovare soluzione unicamente nella giurisdizionalizzazione del procedimento applicativo.

3. Le prospettive riaperte dalla sentenza *GIEM* in tema di confisca "sostanzialmente" penale

Nella recente sentenza di Grande Camera *GIEM Srl e altri c. Italia*³⁷ sulla confisca urbanistica, come noto, oggetto del contendere era la questione se, ferma restando la necessità di accertare la colpevolezza di colui che subisce la confisca, già enunciata nella pronuncia *Sud Fondi*³⁸, il principio *nulla poena sine*

33. *De Tommaso c. Italia* [GC], ric. n. 43395/09, 23 febbraio 2017.

34. Si vedano: art. 30 Cedu e art. 72 Regole di procedura della Corte.

35. *Raimondo c. Italia*, ric. n. 12954/87, 22 febbraio 1994, § 39, serie A, n. 281-A; *Labita c. Italia* [GC], ric.n. 26772/95, § 193; *Vito Sante Santoro c. Italia*, ric. n. 36681/97, 16 gennaio 2003, § 37; in senso diverso, *Villa c. Italia*, ric. n. 19675/06, §§ 43-44, e *Monno c. Italia*, ric. n. 18675/09, 8 ottobre 2013 §§ 22-23.

36. L'opinione del giudice Pinto de Albuquerque è, sul punto, molto netta, in quanto egli afferma che «nel sistema della Convenzione, non vi è spazio per misure privative della libertà personale *ante o praeter delictum* per finalità di prevenzione penale» (§ 31).

37. *GIEM Srl e altri c. Italia* [GC], ric. n. 1828/06, 34163/07, 19029/11, 28 giugno 2018.

38. *Sud Fondi Srl e altri c. Italia*, ric. n. 75909/11, 20 gennaio 2009.

lege di cui all'art. 7 Cedu imponga che la sanzione sia applicata dal giudice penale unitamente alla sentenza di condanna per il reato di lottizzazione abusiva *ex art.* 44, comma 2, dPR n. 380/2001. In particolare, doveva essere chiarito se la confisca possa essere disposta anche con la sentenza che dichiara estinto il reato per prescrizione. La Corte di Strasburgo, infatti, accedendo alla nota nozione autonoma di sanzione penale, non aveva accettato il fatto che la confisca urbanistica per il diritto interno è una sanzione amministrativa la quale, quando è applicata nell'ambito di un procedimento penale, è assistita da tutte le garanzie che l'articolo 7 riserva alla *matière pénale* e, nella pronuncia *Varvara*³⁹, si era convinta del fatto che la sentenza di prescrizione non poteva (mai) ritenersi una sentenza di "condanna" (par. 61).

Con la sentenza *GIEM* (par. 261), la Corte di Strasburgo afferma che, quando le giurisdizioni interne hanno condotto un accertamento pieno di tutti gli elementi costitutivi del reato e dichiarano il reato (che sussiste) estinto per prescrizione, tale pronuncia è una condanna a tutti gli effetti, perfettamente conforme ai principi dell'art. 7 della Convenzione. Dunque la confisca urbanistica, disposta all'esito di un tale accertamento, è pienamente legittima.

La Corte Edu, anzi, si spinge anche oltre e afferma che l'art. 7 Cedu non esige affatto che la «pena» sia inflitta nel processo penale, ben potendo essere applicata da autorità amministrative, purché soggette a controllo giurisdizionale (par. 254).

La *nozione autonoma di pena* ha comportato, invece, la condanna per violazione dell'art. 7 Cedu poiché al giudizio penale, nell'ambito del quale era stata disposta la confisca urbanistica, non avevano preso parte le persone giuridiche proprietarie dei beni, ma esclusivamente il loro rappresentante legale (parr. 265 ss.). Nel nostro ordinamento non è, infatti, prevista la partecipazione degli enti al processo per lottizzazione abusiva, non essendo tale reato compreso nel novero di quelli per i quali è consentito procedere nei confronti degli enti dal d.lgs n. 231/2001.

A questo punto, occorre interrogarsi sugli scenari futuri aperti dalla sentenza *GIEM* e chiedersi se

la Corte di Strasburgo, portando a ulteriori conseguenze la nozione autonoma di pena, andrà a incidere anche sulle altre ipotesi di confisca presenti nel nostro ordinamento, per valutarne la compatibilità convenzionale con le garanzie dei principi di legalità, irretroattività in *malam partem*, retroattività della *lex mitior*, divieto di *ne bis in idem*, presunzione di innocenza.

Si pensi, ad esempio, alla confisca "allargata" (art. 12-*sexies* dl n. 306/92, convertito in l. n. 356/92), qualificata nel diritto interno quale misura di sicurezza patrimoniale, con la conseguente inapplicabilità del principio di irretroattività di cui all'art. 25 Cost. in favore della regola del *tempus regit actum* di cui all'art. 200 cp, e per la quale la insussistenza del nesso di pertinenzialità tra beni confiscati e reato potrebbe porre anche dei problemi di compatibilità con il principio di proporzionalità.

Per quanto riguarda, poi, le misure di prevenzione patrimoniali, com'è noto, la Corte di Strasburgo ha sempre escluso che avessero natura penale⁴⁰. Vi è da chiedersi se la Corte riterrà, adesso, che si tratti di misure "sostanzialmente punitive", quindi soggette alle garanzie degli artt. 6 (capo penale) e 7 della Convenzione, e di quelle previste dagli artt. 2 e 4 del Protocollo n. 7. In tal caso, si porrebbe il problema dell'applicazione retroattiva della confisca alle nuove figure soggettive introdotte con successive modifiche normative⁴¹ in relazione a fatti commessi in data antecedente all'intervento legislativo di modifica da soggetti che, fino a quel momento, non potevano esserne destinatari.

Lo stesso dicasi per il principio di applicazione disgiunta, introdotto con le novelle degli anni 2008 e 2009⁴², che consente l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali a prescindere dalla contestuale irrogazione di misure personali e dall'attuale esistenza di una pericolosità sociale in capo al proposto. In tal caso, la possibilità di applicare retroattivamente tali norme, senza dubbio più sfavorevoli, anche in relazione a fatti antecedenti al 2008 e 2009, potrebbe porre un problema di compatibilità con il principio di irretroattività della legge penale.

39. *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09, 29 ottobre 2013.

40. Tra le altre, si vedano le sentenze *Raimondo c. Italia*, cit., § 43 (p. 20), e *Guzzardi c. Italia*, ric. n. 7367/76, 6 novembre 1980, serie A, n. 39, §§ 100 (p. 37) e 108 (p. 40). Si vedano, inoltre, *Andersson c. Italia*, ric. n. 55504/00, 20 giugno 2002; *Riela c. Italia*, ric. n. 52439/99, 4 settembre 2001; *Arcuri c. Italia*, n. 52024/99, 5 luglio 2001. Sulla inapplicabilità del principio di irretroattività alla confisca di prevenzione si veda, in particolare, la decisione della Commissione del 15 aprile 1991 (*Marandino c. Italia*, ric. n. 12386/86).

41. Per esempio, le nuove categorie di destinatari introdotte con dl n. 92/2008, convertito in l. n. 125/2008 (indiziati di uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis* cpp, ovvero del reato di cui all'art. 12-*quinqies*, comma 1, dl 8 giugno 1992, n. 306), con dl n. 7/2015, convertito in l. n. 43/2015 o, da ultimo, con l. n. 161/2017.

42. Dl n. 92/2008, convertito in l. n. 125/2008; l. n. 94/2009.

4. La prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale in presenza di conflitti di giurisprudenza

Per quanto riguarda il caso *Contrada c. Italia*⁴³, nel quale l'Italia, com'è noto, è stata condannata per la violazione dell'art. 7 della Convenzione per la "mancanza di prevedibilità" del disvalore penale della condotta di concorso esterno in associazione mafiosa, l'epilogo della lunga vicenda giudiziaria è segnato dalla sentenza della Corte di cassazione⁴⁴ che ha dichiarato «ineseguibile e improduttiva di effetti penali» la sentenza di condanna del ricorrente.

La motivazione della Cassazione richiama il precedente *Dorigo*⁴⁵ e riafferma il principio della «efficacia immediatamente precettiva delle norme della Convenzione EDU» e, in particolare, dell'art. 46, secondo il quale «Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti». A sua volta, il precedente *Dorigo* richiama la pronuncia a sezioni unite nel caso *Polo Castro*⁴⁶ che, già nel 1989, aveva sancito l'avvenuta incorporazione della Convenzione nell'ordinamento giuridico nazionale in forza della clausola di «piena e intera esecuzione» contenuta nella legge n. 848/1955 di autorizzazione alla ratifica.

La suprema Corte, quindi, dà piena e incondizionata esecuzione alla sentenza europea individuando tale rimedio nell'incidente di esecuzione, come nel caso *Dorigo*. Tale soluzione è apparsa quella più adeguata nonostante – a differenza del caso *Dorigo*, in cui i giudici europei avevano rilevato violazioni di natura processuale (mancata escussione dei testi) –, in questo caso, la violazione accertata era stata di natura sostanziale, in quanto concernente la base legale della condanna, ritenuta imprecisa e indeterminata,

circostanza che aveva determinato l'illegittimità della condanna, con conseguente necessità di rimuoverne gli effetti.

Nel dare esecuzione alla pronuncia europea, la Corte di cassazione non manca, però, di ribadire che «il nostro ordinamento non conosce la creazione di matrice giurisprudenziale di fattispecie incriminatrici e che il principio di irretroattività delle norme penali è principio fondante del nostro sistema penale, assistito da garanzia costituzionale». I motivi di disappunto nei confronti della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Contrada* sono noti; invero, non può negarsi che, sia pure in presenza di un conflitto sincronico di giurisprudenza, all'epoca in cui il *Contrada* commise le condotte per le quali è stato condannato, sussisteva già una significativa e risalente elaborazione giurisprudenziale del concorso eventuale nei reati associativi⁴⁷. La prevedibilità della rilevanza penale delle condotte poste in essere non avrebbe potuto essere negata, stante la natura qualificata del soggetto agente, alto funzionario di polizia che svolgeva la sua attività professionale in Sicilia e a Palermo con specifico riferimento ai settori della criminalità organizzata di matrice mafiosa. Egli non poteva non essere consapevole che le sue condotte (ad esempio, fornire notizie riservate su procedimenti penali in corso a soggetti apicali di associazioni di stampo mafioso) fossero penalmente rilevanti. Peraltro, per la tesi negazionista, l'elemento oggettivo e soggettivo del concorso esterno non poteva differire dagli elementi oggettivo e soggettivo caratterizzanti la partecipazione⁴⁸, essendo quindi escluso che chiunque potesse ragionevolmente credere che tali condotte fossero penalmente irrilevanti⁴⁹.

Le criticità evidenziate in diverse sedi con riferimento a tale pronuncia della Corte di Strasburgo potrebbero costituire, per il giudice europeo, un prezioso stimolo per meglio chiarire i principi affermati

43. *Contrada c. Italia*, ric. n. 66655/13, 14 aprile 2015.

44. Cass., sez. I, 6 luglio 2017 (dep. 20 settembre 2017), n. 43112, *Contrada*.

45. Cass. sez. I, 01 dicembre 2006, (dep. 25 gennaio 2007), n. 2800.

46. Cass., sez. unite, 23 novembre 1988, (dep. 08 maggio 1989), n. 15, *Polo Castro*.

47. La sua configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo era stata, infatti, riconosciuta già per il delitto di «banda armata» in Cass. sez. I, 25 ottobre 1983 (dep. 23 gennaio 1984), *Arancio*; ancor prima, la Cassazione si era espressa sul tema con riferimento al reato di «cospirazione politica mediante associazione» ex art. 305 cp in Cass., sez. I, 27 novembre 1968 (dep. 27 maggio 1969), n. 1569, *Muther*.

48. Si vedano ad esempio: Cass., 4 luglio 1987, *Cillari*, in *Ced*, n. 176348; Cass., 27 luglio 1989, *Agostani*, in *Ced*, n. 181637, che affermano il seguente principio: «La cosiddetta "partecipazione esterna", che ai sensi dell'articolo 110 cod. pen. renderebbe responsabile colui che, pur non essendo formalmente entrato a far parte di una consorte mafiosa, abbia tuttavia prestato al sodalizio un proprio ed adeguato contributo con la consapevole volontà di operare perché lo stesso realizzasse i suoi scopi, si risolve, in realtà, nel fatto tipico della partecipazione».

49. In questo senso si veda: F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 dicembre 2016, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/5118-il-principio-di-prevedibilita-della-decisione-giudiziale-in-materia-penale).

con riferimento al concorso esterno in associazione mafiosa e, più in generale, sulla questione della prevedibilità in materia penale, in presenza di conflitti giurisprudenziali.

5. Il contraddittorio sulla qualificazione giuridica del fatto

La questione della prevedibilità – questa volta riferita alla qualificazione giuridica del fatto – è affrontata in una vicenda altrettanto nota, che è stata caratterizzata dalla pronuncia di due sentenze della Corte di Strasburgo nei confronti dell'Italia. Si tratta del caso *Drassich*, nel quale il ricorrente era stato dichiarato colpevole per un reato di falso e diversi episodi di corruzione, sia in primo grado che in appello. Il ricorrente proponeva ricorso per cassazione affermando che, in virtù del riconoscimento delle attenuanti generiche, i reati di corruzione erano estinti per prescrizione. La Corte di cassazione⁵⁰ rigettava il ricorso osservando che la corretta qualificazione giuridica dei fatti contestati era quella di «corruzione in atti giudiziari» (di cui all'art. 319-ter cp) e che, quindi, il reato non era prescritto. La Corte di Strasburgo, con la prima pronuncia del 2007⁵¹, affermava la violazione dell'art. 6, parr. 1 e 3, lett. a) e b) della Convenzione, in quanto riteneva che il ricorrente fosse stato definitivamente condannato in Cassazione per una fattispecie che non gli era mai stata formalmente contestata.

La Corte Edu non nega, in linea di principio, che le giurisdizioni interne possano procedere a una riqualificazione giuridica del fatto, ma impone che l'imputato ne venga informato in tempo utile per esercitare il proprio diritto di difesa. Per la Corte europea, in sostanza, sembrerebbe esservi un inscindibile legame tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, tale che la modifica del *nomen iuris* richiederebbe un'operazione di carattere valutativo che va al di là della semplice e automatica sussunzione del fatto nella norma generale e astratta. Nel caso di specie, la riqualificazione era avvenuta in Cassazione, giurisdizione di ultima istanza, non dando all'imputato il tempo di difendersi nel merito.

Per quanto riguarda la fondatezza dei mezzi di difesa che il ricorrente avrebbe potuto invocare se aves-

se avuto la possibilità di contestare la “nuova accusa” formulata nei suoi confronti, la Corte di Strasburgo concludeva, però, laconicamente che «è plausibile sostenere che tali mezzi sarebbero stati diversi da quelli prescelti per contestare l'azione principale» (par. 40).

La Corte di cassazione individuava nel ricorso straordinario *ex art. 625-bis c.p.p.* il mezzo idoneo per dare esecuzione alla condanna inflitta dalla Corte Edu e, quindi, revocava la sentenza del 2004 limitatamente ai fatti corruttivi qualificati come «corruzione in atti giudiziari»⁵², con conseguente celebrazione di un nuovo giudizio di cassazione, nel quale era consentito all'imputato di interloquire sulla nuova qualificazione giuridica dei fatti contestati. All'esito del nuovo giudizio, nel 2009, il ricorso per cassazione veniva rigettato⁵³.

Il ricorrente adiva ancora la Corte di Strasburgo, affermando che era stato violato nuovamente l'art. 6 Cedu in quanto non gli era stato garantito adeguatamente il diritto al contraddittorio. Secondo il ricorrente, l'unico rimedio rispettoso del suo diritto di difesa sarebbe stato la riapertura del dibattimento, che gli avrebbe consentito di articolare nuovi mezzi di prova.

La Corte Edu, con la recente sentenza del 2018⁵⁴, conclude per la non violazione e mette la parola “fine” alla vicenda affermando che il ricorrente aveva avuto il modo di articolare la sua difesa, quanto meno nel periodo di cinque mesi tra la revoca parziale della condanna e la riapertura del procedimento in Cassazione. Inoltre, la Corte, con riferimento alla questione della impossibilità di discutere “questioni di fatto” in Cassazione (e, quindi, di difendersi nel merito), afferma che il ricorrente non aveva in alcun momento contestato «il modo in cui il Tribunale e la Corte di appello avevano contestato i fatti di causa», né risultava che egli avesse mai chiesto «nuove prove a discarico». Il ricorrente, in altre parole, si sarebbe limitato a chiedere la cassazione senza rinvio della sua condanna, a causa della prescrizione dei reati a lui ascritti. La Corte di Strasburgo, quindi, conclude che «tenuto conto delle questioni all'esame della Cassazione», «non vede per quali motivi la causa avrebbe dovuto essere rinviata dinanzi a un giudice di merito».

Si tratta di argomentazioni decisive e pienamente condivisibili che, peraltro, avrebbero potuto essere sostenute anche nella prima pronuncia *Drassich*

50. Cass., sez. VI, 4 febbraio 2004 (dep. 17 maggio 2004), n. 23024, *Drassich*.

51. *Drassich c. Italia*, ric. n. 25575/04, 11 dicembre 2007.

52. Cass., sez. VI, 25 maggio 2009 (dep. 11 dicembre 2008) n. 45807, *Drassich*.

53. Cass., sez. VI, 25 maggio 2009 (dep. 18.9.2009), n. 36323, *Drassich*.

54. *Drassich c. Italia*, 22 febbraio 2018, n. 65173/09.

del 2007, nella quale – invece – la Corte Edu aveva ommesso di pronunciarsi sul punto affermando sinteticamente che era verosimile che i mezzi difensivi che il ricorrente avrebbe posto in essere, se avesse conosciuto la nuova qualificazione dei fatti, «sarebbero stati diversi da quelli prescelti per contestare l'azione principale». Invero, non è dato sapere quali nuovi mezzi di prova avrebbe proposto il ricorrente se avesse conosciuto “in tempo” la nuova qualificazione giuridica del fatto.

Il motivo di tale lacuna conoscitiva potrebbe dipendere dal fatto che il nucleo fattuale delle fattispecie di cui agli artt. 319 e 319-bis cp è il medesimo e che quella operata dalla Corte di Cassazione nella prima sentenza del 2004 è stata, effettivamente, una pronuncia di mera rettificazione del capo di imputazione. Tale pronuncia ha comportato una semplice sussunzione del fatto in una diversa norma generale e astratta – in base al principio *iura novit curia* – e non una violazione del generale principio del divieto di *reformatio in peius*, posto che tale principio è finalizzato unicamente a conservare integra la misura della pena, né ha compromesso in sostanza il diritto di difesa del ricorrente. Se, invece, vi fosse stato un *vulnus* del diritto dell'imputato di difendersi nel merito, allora il rimedio non avrebbe potuto essere quello, meramente formale, di cui all'articolo 625-bis cpp, bensì un nuovo giudizio di merito.

6. Il diritto della persona offesa alla ragionevole durata del procedimento penale

Infine, non può mancare qualche breve considerazione sul caso *Arnoldi*⁵⁵, nel quale la Corte di Strasburgo, per la prima volta, afferma che anche il danneggiato dal reato, non costituito parte civile, ha diritto alla ragionevole durata del procedimento penale di cui all'art. 6, par. 1, Cedu.

La vicenda esaminata dalla Corte europea scaturisce dalla denuncia presentata, nell'ottobre 1995, dalla proprietaria di un immobile per la asserita falsità della dichiarazione sottoscritta dal titolare dell'appartamento confinante e da quattro testimoni, avente ad oggetto la data di realizzazione di un comignolo sulla propria proprietà da parte di un vicino. Per effetto di tale dichiarazione giurata, l'amministrazione comunale aveva deciso che l'opera non doveva essere demolita. Dopo i solleciti rivolti dalla denunciante, il pubblico ministero aveva svolto l'interrogatorio delle

persone indagate, che si erano avvalse della facoltà di non rispondere. Nel gennaio 2003, a distanza di più di sette anni dal deposito della querela, il procedimento era stato archiviato per prescrizione.

La ricorrente adiva quindi la Corte d'appello di Venezia, ai sensi della “legge Pinto” (l. n. 89/2001), al fine di conseguire la riparazione dei danni materiali e morali sofferti per la durata eccessiva del procedimento penale. La Corte d'appello rigettava il ricorso in quanto la ricorrente, che non si era costituita parte civile, perché non era mai stata esercitata l'azione penale, non poteva lamentare la durata eccessiva del procedimento penale in quanto non aveva mai assunto la qualità di parte.

Adita dalla ricorrente Arnoldi, la Corte di Strasburgo ha affermato, in sintesi, che la questione dell'applicabilità dell'art. 6, par. 1, Cedu non può dipendere dal riconoscimento dello *status* formale di parte, alla stregua del diritto interno, in quanto lo spirito della Convenzione impone di andare al di là delle apparenze e di cercare la sostanza della situazione concreta.

Pertanto, la Corte ha stabilito che, nell'ordinamento italiano, la posizione della persona offesa in attesa di costituirsi parte civile, in ragione dei poteri che le sono riconosciuti (ad esempio, i poteri *ex* artt. 90, 90-bis, 335, comma 3-ter, 327-bis, 101 cpp), non differisce nella sostanza, ai fini dell'applicabilità dell'art. 6 Cedu, da quella della parte civile, e quindi ha concluso per la violazione del diritto alla durata ragionevole del procedimento.

Per corroborare tali affermazioni, la Corte Edu ha richiamato i principi fissati nella sentenza *Perez c. Francia*⁵⁶, affermando che l'art. 6 Cedu è applicabile alla persona offesa non costituita parte civile, a condizione che questa intenda ottenere la protezione di un suo diritto civile o far valere il suo diritto al risarcimento nell'ambito del procedimento penale, e che l'esito delle indagini preliminari sia «determinante» per il diritto di carattere civile in causa.

Il pregio della sentenza *Arnoldi* risiede nell'intenzione, certamente meritevole, di valorizzare la posizione della vittima nell'ambito del procedimento penale e di tutelare anche il suo diritto, al pari di quello dell'imputato, a ottenere una risposta giudiziaria in tempi ragionevoli.

La soluzione adottata non appare, però, del tutto convincente per diversi motivi tra i quali, ad esempio, il fatto che i principi generali sanciti dalla sentenza *Perez c. Francia* non appaiono perfettamente compatibili con il sistema processuale italiano.

55. *Arnoldi c. Italia*, ric. n. 35637/04, 7 dicembre 2017.

56. *Perez c. Francia*, ric. n. 47287/99, 12 febbraio 2004.

Nel sistema processuale francese, l'esito della procedura penale è "determinante" per la persona offesa a causa della forte preminenza del processo penale sul processo civile, la quale si manifesta nel principio di necessaria sospensione del processo civile e nell'autorità di cosa giudicata della sentenza penale nel processo civile. In base a tali premesse, la Corte Edu afferma che, nel sistema francese, sarebbe un mero «artificio» sostenere che l'esito della procedura penale non sia «determinante» per la persona offesa per il solo fatto della esistenza di una procedura civile, già pendente o potenziale, nella quale questa possa far valere la sua pretesa civilistica (par. 66 della sentenza *Perez*).

Nel nostro sistema penale, invece, l'esito della procedura penale non può essere considerato "determinante" per la pretesa di carattere civile, in quanto – a differenza del sistema francese – sussiste la completa autonomia tra azione civile e azione penale, non c'è pregiudizialità necessaria del processo penale rispetto a quello civile di danno e la sospensione del processo civile è ipotesi del tutto eccezionale. Durante la fase delle indagini preliminari, il danneggiato può agire solo in sede civile in attesa che, qualora preferisca la sede penale, con l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero e l'individuazione di un imputato nei cui confronti azionare la sua pretesa civilistica, si instauri un processo.

Il legislatore garantisce appieno il diritto di scelta del danneggiato e, qualora preferisca la sede penale per tutelare le proprie istanze risarcitorie e/o restitutorie, gli consente di trasferire l'azione civile nel processo penale, una volta instauratosi (art. 75 cpp).

Peraltro, sebbene l'art. 78 cpp (formalità di costituzione della parte civile) non richieda espres-

samente l'indicazione del *petitum*, l'ammissibilità nel nostro sistema della costituzione di parte civile a prescindere da una richiesta risarcitoria è da escludersi in virtù dell'art. 523 comma 2, cpp, che prevede che le conclusioni della parte civile «devono comprendere, quando sia richiesto il risarcimento dei danni, anche la determinazione del loro ammontare». Invero, nel nostro sistema, a differenza di quello francese, la costituzione di parte civile a fini meramente "vendicativi" non è contemplata, essendo mantenuto ben distinto l'interesse *pubblicistico* alla repressione dei reati da quello *privatistico* al risarcimento e alle restituzioni, mediante una netta differenziazione tra persona offesa e danneggiato dal reato.

7. Considerazioni conclusive

Il tema della tutela preventiva dei diritti fondamentali e il difficile equilibrio con la tutela della libertà personale; la prevedibilità delle conseguenze penali del fatto e la necessità di chiarire se essa vada declinata come prevedibilità del disvalore penale, secondo un approccio sostanzialistico, o anche come prevedibilità della qualificazione giuridica del fatto, secondo un'impostazione più formalistica; il nodo mai sciolto del bilanciamento tra oralità e immediatezza, da un lato, e ragionevole durata del processo, dall'altro, anche alla luce del nuovo ruolo della vittima nel processo penale; gli imprevedibili scenari aperti dalla dilatazione della nozione autonoma di "materia penale": si tratta solo di alcuni degli aspetti sui quali si attendono, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, futuri sviluppi.

Le principali decisioni della Corte in materie diverse

di *Emanuele Nicosia*

Oltre alle decisioni che hanno inciso sulla materia civile e sulla materia penale (analizzate nei contributi che precedono), la Corte Edu, specie nell'ultima ventina d'anni, ha reso molte altre decisioni che hanno influenzato in vario modo taluni aspetti dell'ordinamento giuridico italiano. Ecco una breve rassegna delle più significative pronunce in alcuni settori chiave.

1. Diritto degli stranieri e dell'immigrazione

Particolarmente importanti le pronunce della Corte Edu relative alla materia dell'espulsione dello straniero e dei respingimenti.

In materia di espulsione, va ricordato innanzitutto il famoso caso *Saadi*, in cui la Corte Edu ha ribadito con forza, anche in relazione all'Italia, il già affermato divieto di espulsione dello straniero, anche condannato o sospettato della commissione di gravi reati, verso un Paese in cui quest'ultimo rischi di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti, vietati dall'art. 3 Cedu. Il ricorrente era un cittadino tunisino residente a Milano, già detenuto in Italia e condannato in Tunisia nel 2005 a venti anni di reclusione per reati di terrorismo commessi fuori dall'Italia, nei confronti del quale era stato emesso dal Ministro dell'interno italiano un provvedimento di espulsione in ragione dei suoi legami con il terrorismo internazionale. Nel suo ricorso alla Corte Edu, aveva lamentato il fatto che la sua espulsione verso la Tunisia lo avrebbe esposto al consistente rischio di subire in quel Paese trattamenti inumani o degradanti, a causa dei suoi precedenti e delle condizioni delle carceri tunisine, il tutto in violazione dell'art. 3 Cedu. La Corte, ribadendo la sua precedente giurisprudenza, secondo la quale il diritto a non subire trattamen-

ti vietati è un diritto assoluto, che non può cedere il passo neppure di fronte a rilevanti considerazioni di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale da atti di terrorismo, ha deciso nel senso che l'eventuale esecuzione dell'espulsione verso la Tunisia avrebbe comportato una violazione dell'art. 3 Cedu a opera delle autorità italiane. Infatti, sulla base anche di un'ampia documentazione fornita da ong e da fonti di *intelligence* – non contestata dalle autorità italiane – che riportava frequenti casi di tortura in Tunisia per le persone incriminate ai sensi della legislazione antiterrorismo, nonché l'assenza di indagini effettive da parte delle autorità sulle relative denunce presentate dalle vittime, appariva concreto il rischio che il ricorrente potesse anch'egli essere sottoposto a trattamenti del genere in caso di esecuzione del provvedimento di espulsione¹.

Ulteriori successive pronunce hanno ribadito le conclusioni della sentenza *Saadi*, affermando in una serie di casi analoghi la violazione dell'art. 3 Cedu quale conseguenza dell'avvenuta espulsione di cittadini stranieri, pur condannati per gravi reati, verso Paesi nei quali sussiste un concreto rischio di essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti. Tra gli altri, si ricorda, in particolare, il caso *Ben Khemais*, in cui il ricorrente, cittadino tunisino già condannato nel suo Paese per terrorismo di matrice islamica e in Italia per associazione a delinquere e lesioni, nel 2007

1. Corte Edu [GC], *Saadi c. Italia*, 28 febbraio 2008.

si era rivolto alla Corte Edu nel tentativo di bloccare la propria espulsione verso la Tunisia da parte delle autorità italiane. Nonostante la Corte Edu avesse ordinato provvisoriamente al Governo italiano di non procedere all'espulsione in attesa della decisione finale della Corte stessa, nel giugno 2008 le autorità italiane avevano contravvenuto all'ordine e proceduto ugualmente all'espulsione. Nella sentenza che ha chiuso il caso, la Corte ha condannato per questo lo Stato italiano, ritenendo che, in presenza di un rischio concreto che il ricorrente potesse essere sottoposto a torture o trattamenti inumani o degradanti nelle carceri tunisine, la sua espulsione dall'Italia fosse stata illegittima, indipendentemente dall'esistenza di "assicurazioni diplomatiche" da parte della Tunisia sul trattamento che egli avrebbe subito in carcere².

Quanto, invece, alla diversa materia dei respingimenti, la Corte ha riscontrato una chiara violazione della Cedu in particolare nell'importante caso *Hirsi Jamaa*, in cui a essere tacciata di incompatibilità con la Cedu è stata la prassi dei respingimenti di massa verso la Libia di migranti stranieri (nel caso di specie, somali ed eritrei) provenienti dai loro Paesi attraverso la Libia e intercettati dalle autorità italiane in mare aperto, mentre tentavano di raggiungere irregolarmente le coste italiane. In via preliminare, la Corte ha ritenuto che i ricorrenti rientrassero nella giurisdizione italiana ai fini dell'applicazione della Cedu (art. 1 Cedu), in quanto si trovavano, al momento dei fatti oggetto di ricorso, sotto il controllo continuo ed esclusivo delle autorità italiane. Fatta questa premessa, la Corte ha riscontrato, in particolare, una violazione del divieto di espulsioni collettive (art. 4 Protocollo n. 4 alla Cedu) e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Cedu) come conseguenza del fatto che le autorità italiane avevano respinto gli stranieri, riconducendoli in Libia (Paese nel quale, al pari dei loro Paesi di origine, era probabile che fossero sottoposti a trattamenti vietati), per di più senza effettuare un esame individualizzato della loro situazione, in violazione appunto del divieto di espulsioni collettive. Inoltre, è stata riscontrata anche la violazione dell'art. 13 Cedu (diritto a un rimedio effettivo in caso di lamentata violazione di altri diritti sanciti dalla Cedu) come conseguenza del fatto che gli stranieri coinvolti non avevano potuto beneficiare di rimedi giuridici effettivi contro il loro respingimento³.

Più di recente, un'altra pietra miliare nella giurisprudenza Cedu relativa all'Italia in materia di tratta-

mento dello straniero è stata posta nel caso *Khlaifia*, riguardante la detenzione – prima in un centro di accoglienza a Lampedusa, poi su delle navi ancorate nel porto di Palermo – nonché il rimpatrio in Tunisia di migranti stranieri irregolari sbarcati sulle coste italiane nel 2011 dopo essere fuggiti dalla Tunisia, nel periodo della cosiddetta "primavera araba". In questo caso, la Corte ha riscontrato violazioni del diritto alla libertà personale (art. 5, par. 1, Cedu), del diritto ad essere informato nel più breve tempo possibile sulle ragioni della privazione di libertà (art. 5, par. 2, Cedu), del diritto di ottenere in breve tempo una pronuncia sulla legalità della privazione di libertà (art. 5, par. 4, Cedu). Ha ritenuto inoltre che, sebbene le condizioni del centro di accoglienza di Lampedusa e quelle delle navi nel porto di Palermo non fossero tali da integrare gli estremi del trattamento inumano o degradante, vi era stata violazione del diritto dei ricorrenti a un rimedio effettivo (art. 13 Cedu) per far valere, nell'ordinamento interno, appunto la violazione del diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti, sancito dall'art. 3 Cedu⁴.

2. Diritto penitenziario e condizioni della detenzione in carcere

In questa materia, le principali sentenze relative all'Italia riguardano i maltrattamenti subiti da detenuti in carcere, i regimi "speciali" di detenzione e la cronica problematica del sovraffollamento carcerario.

a) Quanto ai maltrattamenti fisici e psicologici, sono rimaste famose le due sentenze nei casi *Labita* e *Indelicato*, relative a presunte violenze commesse nei confronti di detenuti che si trovavano sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41bis dell'ordinamento penitenziario. A fronte della lamentata violazione dell'art. 3 Cedu quale conseguenza di violenze fisiche asseritamente subite dai ricorrenti, la Corte Edu ha, tuttavia, negato la violazione di tale articolo da parte dello Stato italiano per i fatti in sé considerati, in quanto la commissione di atti di tortura o di trattamenti inumani o degradanti da parte del personale penitenziario non risultava provata al di là di ogni ragionevole dubbio. Contemporaneamente, però, ha affermato la violazione dello stesso articolo sotto il profilo procedurale, a causa dell'accertata assenza di indagini efficaci da parte delle autorità nazionali sugli episodi di maltrattamento denunciati dai ricorrenti⁵.

2. Corte Edu, *Ben Khemais c. Italia*, 24 febbraio 2009; vds. anche *Trabelsi c. Italia*, 13 aprile 2010 e *Toumi c. Italia*, 05 aprile 2011.

3. Corte Edu [GC], *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, 23 febbraio 2012.

4. Corte Edu [GC], *Khlaifia e altri c. Italia*, 15 dicembre 2016.

5. Corte Edu, *Labita c. Italia*, 06 aprile 2000; *Indelicato c. Italia*, 18 ottobre 2001.

Più di recente, nel caso *Cirino*, relativo a due detenuti che si dolevano di essere stati maltrattati dalla polizia penitenziaria nel 2004 e del fatto che i responsabili non fossero stati adeguatamente sanzionati, la Corte ha affermato che i maltrattamenti inflitti ai ricorrenti in modo deliberato, premeditato e organizzato, mentre si trovavano sotto il controllo del personale penitenziario, costituivano atti di tortura⁶.

Quanto, invece, ai maltrattamenti non deliberatamente inflitti, bensì frutto di negligenze, emblematico appare il caso *Conrada n. 2*, in cui il ricorrente lamentava i ripetuti rigetti, da parte dell'autorità giudiziaria, delle sue domande di sospensione dell'esecuzione della pena o di detenzione domiciliare motivate dalle sue condizioni di salute, particolarmente gravi⁷.

b) Quanto ai regimi speciali di detenzione, il riferimento è ovviamente al regime cd. 41-bis, e alcuni circuiti detentivi speciali come il cd. EIV («a elevato indice di vigilanza»), oggi sostituito dal regime cd. AS («alta sicurezza»). Tali regimi speciali prevedono, com'è noto, forme più o meno incisive di isolamento: in particolare, limitazioni ai contatti con la comunità carceraria e con gli altri detenuti, nonché limitazioni più incisive ai contatti con l'esterno (visite e colloqui, corrispondenza, accesso a informazioni provenienti dall'esterno).

A proposito del regime ex art. 41-bis ordinamento penitenziario, la Corte Edu ha affermato in più occasioni che, pur trattandosi di un regime particolarmente severo, esso costituisce una forma di isolamento sociale relativo (non totale, che sarebbe vietato), dunque non contrastante con l'art. 3 Cedu e giustificato dalla pericolosità dei detenuti a esso sottoposti e dalla legittima tutela dell'ordine pubblico – e ciò anche in casi nei quali l'applicazione del regime era stata prolungata per diversi anni e/o nei confronti di individui in precarie condizioni di salute. Singole restrizioni derivanti da tale regime possono costituire violazioni di altri diritti (in particolare, talune forme di controllo sulla corrispondenza operate dall'amministrazione penitenziaria italiana, a causa della vaghezza della normativa vigente all'epoca dei fatti, sono risultate lesive del diritto al rispetto della corrispondenza)⁸.

Particolarmente significativa, in materia, la sentenza resa dalla Corte Edu in Grande Camera nel caso *Enea*, in cui la Corte, dopo aver ribadito la propria consolidata posizione sulla compatibilità con il rispetto dei diritti umani (in particolare, dell'art. 3 Cedu) del regime cd. di “carcere duro” ex 41-bis, di per sé considerato, ha aggiunto però che il provvedimento ministeriale che applica a un detenuto il 41-bis, nonché le singole restrizioni (ad esempio, alle visite familiari) conseguenti al suo inserimento in altri circuiti penitenziari di alta sicurezza (nel caso di specie, l'EIV citato), devono poter essere sottoposti, su reclamo dell'interessato, a un controllo effettivo da parte dell'autorità giudiziaria, pena la violazione del diritto a un equo processo (art. 6., par. 1, Cedu) sotto il profilo del diritto di accesso a un giudice⁹.

c) Quanto, infine, alla nota piaga del sovraffollamento carcerario, l'Italia è stata condannata dalla Corte Edu per violazione dell'art. 3 Cedu una prima volta nel 2009, nel famoso caso *Sulejmanovic* (relativo a un detenuto che, durante la carcerazione, aveva avuto a disposizione meno di tre mq di spazio, mentre lo *standard* prescritto dalle norme europee era di un minimo di sette mq, situazione ritenuta dalla Corte incompatibile con l'art. 3 Cedu indipendentemente da ogni altra circostanza, come la possibilità di accesso all'aria aperta, etc.)¹⁰; poi, nel notissimo caso *Torreggiani*, deciso con una sentenza “pilota” che ha imposto allo Stato italiano di adottare le misure necessarie per porre termine al problema del sovraffollamento carcerario – di cui la Corte Edu ha constatato, alla luce delle migliaia di ricorsi pendenti e non manifestamente infondati, la natura strutturale e non occasionale – nonché di mettere in atto con urgenza un sistema di riparazione e compensazione in favore dei detenuti che lamentassero di aver subito trattamenti vietati¹¹.

La soluzione del problema del sovraffollamento e delle conseguenti violazioni della Cedu a esso connesse risulta particolarmente difficile in quanto, rispetto ad altre forme di violazione della Cedu in ambito carcerario prima ricordate (quali i maltrattamenti fisici o psichici), il sovraffollamento strutturale richiede anche investimenti economici finalizzati a migliorare l'edilizia carceraria e garantire ambienti carcerari più

6. Corte Edu, *Cirino e Renne c. Italia*, 26 ottobre 2017.

7. Corte Edu, *Conrada c. Italia* (n.2), 11 febbraio 2014.

8. Corte Edu, *Gallico c. Italia*, 28 giugno 2005; *Argenti c. Italia*, 10 novembre 2005; *Madonia c. Italia*, 06 luglio 2004; *Bagarella c. Italia*, 15 gennaio 2008.

9. Corte Edu [GC], *Enea c. Italia*, 17 settembre 2009.

10. Corte Edu, *Sulejmanovic c. Italia*, 16 luglio 2009.

11. Corte Edu, *Torreggiani e altri c. Italia*, 08 gennaio 2013.

vivibili. Nonostante l'art. 4 delle Regole penitenziarie europee stabilisca che la scarsità di risorse finanziarie non può valere come giustificazione, per gli Stati, rispetto a situazioni carcerarie lesive delle regole penitenziarie, è chiaro che l'attuazione pratica e piena di tali Regole rimane, in periodi di crisi economica, sempre problematica. Di conseguenza, com'è noto, la risposta fornita dal legislatore e dal Governo italiani alla richiesta di adozione di misure volte a contrastare il sovraffollamento, contenuta nella sentenza *Torreggiani*, è stata quella di provare a diminuire drasticamente la popolazione carceraria attraverso una serie di riforme susseguite tra il 2013 e il 2014 (stabilizzazione della misura dell'esecuzione della pena presso il domicilio di cui alla l. n. 199/2010 e innalzamento del limite massimo di pena residua per l'accesso alla stessa, limitazioni alla custodia cautelare, liberazione anticipata speciale)¹². Al contempo, sempre al fine di ottemperare alle richieste della sentenza *Torreggiani*, sono stati introdotti, con gli stessi atti normativi, gli artt. 35-bis e 35-ter ordinamento penitenziario, che hanno introdotto un meccanismo giurisdizionale di inibitoria, in generale, delle violazioni dei diritti dei detenuti, nonché di riparazione (sotto forma di sconto di pena o di indennizzo di tipo pecuniario) delle violazioni del diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti. Tali rimedi interni sono stati ritenuti effettivi e adeguati dalla stessa Corte Edu¹³.

Quanto alla valutazione nel merito del carattere inumano o degradante delle condizioni detentive, la sentenza *Torreggiani* ha contribuito al consolidarsi di un ricco filone giurisprudenziale, alimentato anche da sentenze relative ad altri Stati, anche successive, secondo cui le condizioni della detenzione devono essere oggetto di valutazione complessiva e globale, ma sono individuabili comunque alcuni parametri minimi, specie in materia di spazio disponibile *pro capite*. In particolare, sussiste una forte presunzione (non assoluta) di violazione dell'art. 3 Cedu in caso di spazio disponibile *pro capite* inferiore ai tre mq, la quale può essere ribaltata soltanto in circostanze eccezionali (ad esempio, quando tale situazione sia meramente occasionale e assai limitata nel tempo, quando vi siano ampie possibilità di libera uscita dalla camera, in particolare per attività trattamentali). Viceversa, in presenza di uno spazio disponibile *pro capite* pari o superiore a 3 mq, può sussistere violazione dell'art. 3 Cedu anche in presenza di una serie di altre situazioni che possono connotare la detenzione in senso inumano o degradante (tra le quali: situazioni di fatiscenza delle strutture carcerarie in genere; limita-

zioni alla possibilità di accesso all'aria aperta in spazi ampi e riparati dalle intemperie e di svolgimento di attività fisica; assenza di adeguata climatizzazione, con conseguente esposizione a temperature troppo basse o troppo elevate; assenza di aerazione naturale o di luce naturale; condizioni igienico-sanitarie precarie; carenza di acqua corrente o di acqua calda; inidoneità di alimentazione, abbigliamento, lenzuola; mancata tutela effettiva della salute; eccessiva umidità o frequenti allagamenti; continuativa esposizione al fumo passivo). Tutte queste situazioni, secondo la Corte Edu, possono dare luogo, a seconda della loro intensità e/o della loro durata e a seconda di come si combinano tra loro, a violazioni dell'art. 3 Cedu. La difficoltà che emerge dall'analisi della giurisprudenza è, però, quella di stabilire la soglia (qualitativa e/o temporale) oltre la quale scatta il trattamento inumano o degradante: infatti, fatta eccezione per il sovraffollamento – in relazione al quale, come detto, la Corte Edu ha cercato di fornire un parametro obiettivo, ancorché non assoluto, per individuare le violazioni (quello dei 3 mq) – l'impressione che si trae dalla casistica è quella di una notevole frammentarietà, in cui diventa difficile per gli operatori giuridici (e, ancor più, per gli stessi detenuti) stabilire *ex ante* (cioè prima che la Corte Edu si pronunci sul caso specifico) se si sia o meno in presenza di una violazione.

3. Diritto della famiglia e dei minori

In questa materia viene in gioco, principalmente, l'art. 8 Cedu («Diritto al rispetto della vita privata e familiare»), diritto – com'è noto – non assoluto, ma soggetto a limitazioni nei casi e nei modi previsti dallo stesso articolo, con conseguenti difficoltà nell'individuazione del corretto bilanciamento dei contrapposti interessi coinvolti.

a) Particolarmente ricca è la giurisprudenza relativa alle lamentate violazioni del diritto alla vita privata e familiare di uno o entrambi i genitori, violazioni derivanti da interventi attivi posti in essere, a fini di tutela dei minori o di altri interessi meritevoli di protezione, dalle autorità statali ai vari livelli (legislatore, autorità giudiziaria, servizi sociali), oppure anche da colpevoli omissioni delle stesse autorità. Gli esempi sono molteplici.

Tra i casi più importanti, si ricorda il caso *Paradis e Campanelli*, deciso in Grande Camera, relativo alla presa in carico da parte dei servizi sociali italiani di un bimbo di nove mesi nato in Russia a seguito

12. Decreti legge nn. 78/2013, 146/2013, 92/2014 e relative leggi di conversione.

13. Corte Edu, *Stella e altri c. Italia e Rexhepi e altri c. Italia*, 25 settembre 2014.

della stipula di un contratto di surrogazione di maternità (cd. “utero in affitto”) tra una donna russa e una coppia italiana priva di qualsiasi legame biologico con il bimbo: la Corte Edu ha ritenuto non sussistente la violazione dell'art. 8 Cedu¹⁴. Nel senso della non violazione dell'art. 8, la Corte Edu si è pronunciata anche nel caso *Moretti e Benedetti*, relativo alle lamentate inefficienze della procedura di adozione e al mancato rispetto dei diritti dei componenti della famiglia candidata ad adottare¹⁵.

La violazione dell'art. 8 Cedu è stata invece riscontrata, per citare a titolo esemplificativo i casi recenti più significativi: nel caso *Piazzi*, concernente l'impossibilità per il ricorrente di esercitare il diritto di visita del figlio per più di sette anni, secondo le modalità decise dall'autorità giudiziaria, a causa dell'omessa adozione, da parte dei servizi sociali, di misure idonee a rendere effettivo il suo diritto di visita¹⁶; nel caso *Godelli*, relativo all'impossibilità, per una persona vittima di abbandono da parte della madre durante l'infanzia, di conoscere le proprie origini¹⁷; nel caso *Zhou*, relativo al collocamento in famiglia di un bimbo con il quale la madre non era riuscita ad avere alcun contatto per dieci mesi¹⁸; nel caso *Manuello*, relativo all'impossibilità per i nonni di vedere la nipote a causa della mancata esecuzione delle decisioni giudiziarie che autorizzavano gli incontri e, successivamente, della decisione giudiziaria di sospendere gli incontri stessi¹⁹; nel caso *Bondavalli*, relativo all'impossibilità per il genitore ricorrente di esercitare pienamente il diritto di visita del figlio alla luce dei rapporti negativi stilati dai servizi sociali²⁰; nel caso *Giorgioni*, relativo alla lamentata inefficacia delle misure adottate dalle autorità italiane per garantire il diritto di visita del padre di un minore nonostante la situazione conflittuale con la madre dello stesso²¹; nel caso *Barnea e Căldăraru*, relativo all'allontanamento di una bimba

di poco più di due anni dalla famiglia d'origine e al suo collocamento presso altra famiglia in attesa dell'adozione²²; da ultimo, nel caso *V.C.*, relativo a una persona minorenni all'epoca dei fatti, alcolodipendente e tossicodipendente, nonché vittima di sfruttamento di prostituzione minorile e violenza sessuale, la quale lamentava di non essere stata adeguatamente tutelata dalle autorità italiane²³.

Com'è evidente, un'ampia casistica mette in luce la delicatezza della materia e dei bilanciamenti tra diritti e interessi confliggenti che la Corte Edu (dopo le autorità nazionali) è chiamata a effettuare.

b) Negli ultimi anni, si stanno moltiplicando i casi relativi al diritto alla vita privata e familiare delle persone o delle coppie omosessuali. Tra i casi di riconosciuta violazione dell'art. 8 Cedu (e, talora, anche dell'art. 14 Cedu, contenente il divieto di discriminazione) si possono segnalare: il caso *Oliari*, relativo all'impossibilità (all'epoca) per i ricorrenti, un gruppo di coppie dello stesso sesso, di contrarre matrimonio o altra forma di unione civile in Italia²⁴; il caso *Taddeucci*, relativo all'impossibilità, per una coppia omosessuale, di ottenere in Italia un permesso di soggiorno per ragioni familiari²⁵; infine, il caso *Orlandi*, nel quale sei coppie omosessuali si dovevano di non aver potuto ottenere la registrazione o il riconoscimento in qualsiasi forma, come unione civile, dei matrimoni dagli stessi contratti in Paesi diversi dall'Italia²⁶.

c) Infine, alcune recenti pronunce hanno riguardato i diritti e le problematiche inerenti alla fecondazione assistita. La Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 Cedu, in particolare nel caso *Costa e Pavan*, in cui i due ricorrenti, una coppia di portatori sani di una malattia geneticamente trasmissibile, al fine di evitare di trasmettere la malattia ai loro figli, intendevano fare ricorso alla procreazione medicalmente assistita accompagnata dalla diagnosi preimpianto

14. Corte Edu [GC], *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017.

15. Corte Edu, *Moretti e Benedetti c. Italia*, 27 aprile 2010.

16. Corte Edu, *Piazzi c. Italia*, 02 novembre 2010.

17. Corte Edu, *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012.

18. Corte Edu, *Zhou c. Italia*, 21 gennaio 2014.

19. Corte Edu, *Manuello e Nevi c. Italia*, 20 gennaio 2015.

20. Corte Edu, *Bondavalli c. Italia*, 17 novembre 2015.

21. Corte Edu, *Giorgioni c. Italia*, 15 settembre 2016.

22. Corte Edu, *Barnea e Căldăraru c. Italia*, 22 giugno 2017.

23. Corte Edu, *V.C. c. Italia*, 1° febbraio 2018.

24. Corte Edu, *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015.

25. Corte Edu, *Taddeucci e McCall c. Italia*, 30 giugno 2016.

26. Corte Edu, *Orlandi e altri c. Italia*, 14 dicembre 2017.

(vietata in Italia dalla legge n. 40/2004)²⁷; successivamente, anche nel caso *Parrillo*, deciso in Grande Camera, in cui la ricorrente contestava un altro rilevante divieto stabilito in materia di fecondazione assistita dalla legge n. 40/2004, vale a dire quello di donare i propri embrioni, frutto di fecondazione *in vitro* e non destinati ad una gravidanza, a fini di ricerca scientifica²⁸.

4. Libertà di religione, di educazione, di istruzione, di insegnamento, di espressione

Diverse e rilevanti sono le pronunce della Corte Edu che hanno affrontato, in relazione all'Italia, situazioni di conflitto tra i diritti e le libertà individuali inerenti alla sfera religiosa e culturale, sanciti dagli artt. 9, 10 e 11 Cedu e dall' art. 2 Protocollo n. 1 alla Cedu, e i molteplici valori e interessi di natura pubblica e privata (ordine e sicurezza pubblici, prevenzione dei reati, morale pubblica, diritti e libertà di terzi, etc.) che con tali libertà possono entrare in conflitto e che, secondo i medesimi articoli, devono trovare adeguate forme di tutela, con conseguente necessità di procedere a un corretto bilanciamento.

a) La questione della tutela della libertà di religione (art. 9 Cedu) è emersa in modo emblematico nel caso *Sessa*, scaturito dal rifiuto dell'autorità giudiziaria di rinviare, su domanda di un avvocato di religione ebraica, un'udienza fissata nel giorno di una festività ebraica: in questo caso, tuttavia, la Corte Edu ha dichiarato la non violazione dell'art. 9 Cedu²⁹.

Le pronunce più note in materia di tutela delle convinzioni religiose e filosofiche riguardano, tuttavia, l'ambito dell'istruzione/educazione, e sono innanzitutto quelle rese dalla Corte Edu nel caso *Lautsi*, riguardante la presenza del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche italiane, le quali hanno suscitato un enorme scalpore mediatico. Decidendo sul ricorso di una donna che lamentava, in conseguenza del rifiuto da parte delle autorità scolastiche di rimuovere il crocifisso dalle aule delle scuole pubbliche frequentate dai figli, la violazione della libertà di religione (art. 9 Cedu) e del proprio diritto di educare i figli secondo le proprie convinzioni (art. 2 Protocollo n. 1 alla Cedu), la Corte Edu aveva affermato, in una prima sentenza resa in camera, che la presenza obbligatoria nelle aule scolastiche di un simbolo indubbiamente religio-

so come il crocifisso avrebbe potuto risultare fonte di condizionamento per gli scolari atei o appartenenti a minoranze religiose e ostacolare il pluralismo educativo necessario in uno stato democratico non confessionale, dichiarando quindi la violazione – appunto – del diritto di educare i figli secondo le proprie convinzioni. Questa prima sentenza aveva ricevuto pesantissime critiche da una parte consistente della classe politica e della gerarchia ecclesiastica, che l'avevano additata come cattivo esempio di laicismo estremo, irrispettoso delle tradizioni cristiane europee. In realtà, essa appariva probabilmente in linea con l'esigenza di neutralità religiosa delle istituzioni pubbliche sottesa alla nozione di «società democratica» di cui alla Cedu; inoltre, aveva una portata pratica meno incisiva di quanto non emergesse a prima lettura: non vi si affermava, infatti, che la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche fosse di per sé lesiva di un qualche diritto fondamentale, né tantomeno che le autorità fossero automaticamente obbligate a rimuoverlo in tutti gli edifici pubblici, ma semplicemente che l'esposizione obbligatoria del crocifisso, e la sua mancata rimozione nonostante una richiesta in tal senso avanzata da qualcuno degli interessati, potessero risultare incompatibili con il dovere di neutralità educativa dello Stato e, pertanto, ledere uno dei diritti in questione³⁰.

Le conclusioni della sentenza resa dalla camera sono state però ribaltate, poco tempo dopo, dalla Grande Camera della Corte Edu, la quale ha affermato che la presenza del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche italiane non costituisce violazione del diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni. La Corte ha affermato che l'esposizione di simboli religiosi nelle aule scolastiche è questione che rientra nel margine di apprezzamento statale – stante anche l'assenza di un orientamento comune tra gli Stati europei –, a patto che le scelte statali in materia non comportino forme di indottrinamento. Da tale premessa ha concluso nel senso della non violazione sulla base di varie considerazioni: innanzitutto, la maggior visibilità che deriva alla religione cristiana, maggioritaria in Italia, dalla presenza del crocifisso nelle scuole, non può essere considerata una forma di indottrinamento; in secondo luogo, la presenza del crocifisso non si accompagna all'insegnamento obbligatorio del cristianesimo nelle scuole o a un atteggiamento di intolleranza da parte delle istituzioni nei confronti di alunni che professano altre religioni o altri credi filosofici non religiosi, o di

27. Corte Edu, *Costa e Pavan c. Italia*, 28 agosto 2012.

28. Corte Edu [GC], *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015.

29. Corte Edu, *Sessa c. Italia*, 3 aprile 2012.

30. Corte Edu, *Lautsi c. Italia*, 3 novembre 2009.

alunni atei; infine, la ricorrente, nel suo ruolo di madre, ha sempre mantenuto, indipendentemente dalla presenza del crocifisso, il suo pieno diritto di indirizzare e consigliare i suoi figli e di orientarli secondo le proprie convinzioni filosofiche³¹.

Sempre in materia di istruzione, ma questa volta considerata dal lato attivo della libertà di insegnamento, un certo rilievo ha avuto, qualche anno fa, la sentenza resa nel caso *Lombardi Vallauri*. Il ricorrente era un noto professore di filosofia del diritto il quale, vistosi rifiutare dall'Università Cattolica di Milano il rinnovo del contratto di insegnamento dopo più di vent'anni, a causa di un'asserita incompatibilità di alcune posizioni da lui assunte rispetto alla dottrina cattolica, aveva cercato invano di far valere le proprie ragioni davanti alla giustizia amministrativa italiana. La Corte Edu gli ha dato ragione, ritenendo che il Consiglio di facoltà dell'Università Cattolica, nel recepire acriticamente un'indicazione proveniente da organi della Santa Sede, non avesse adeguatamente motivato il rifiuto di prendere in considerazione la candidatura, e che tale carenza non fosse stata adeguatamente censurata dalla giustizia italiana, con conseguente violazione della libertà di espressione e del diritto di accesso effettivo alla giustizia del ricorrente³².

Al di fuori dell'ambito della tutela della libertà di religione e delle convinzioni religiose, il mero diritto all'istruzione (art. 2 Protocollo n. 1 alla Cedu) è venuto infine in rilievo nel caso *Tarantino*, relativo all'annosa questione della legittimità dell'introduzione del numero chiuso per l'accesso agli studi universitari di medicina e odontoiatria. I ricorrenti erano otto studenti esclusi da tali facoltà, i quali si dovevano della suddetta restrizione: la Corte Edu, tuttavia, ha dato loro torto, concludendo per la non violazione dell'articolo suddetto. Si è trattato della prima volta in cui la Corte Edu è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione del numero chiuso nelle università³³.

b) Numerose anche le pronunce della Corte Edu, relative all'Italia, in materia di libertà di espressione e di informazione, in particolare sotto il profilo attivo della libertà di diffondere informazioni, quale è tipicamente quella degli organi di stampa e radiotelevisivi.

Una violazione dell'art. 10 Cedu (libertà di espressione) è stata riconosciuta, ad esempio, nel caso *Centro Europa 7 Srl*, deciso in Grande Camera, in cui la società ricorrente, operante nel campo radiotelevisivo, si era trovata nell'impossibilità di effettuare le trasmissioni a causa della mancata assegnazione in concreto delle frequenze radiotelevisive da parte dell'autorità statale, nonostante la stessa fosse titolare delle autorizzazioni e dei permessi necessari per la trasmissione stessa (nel caso di specie, la Corte Edu ha riconosciuto anche la violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1, che tutela la proprietà)³⁴; oppure, nel caso *Ricci*, relativo alla condanna dell'autore/produttore di un programma televisivo satirico, motivata dalla diffusione di immagini riservate captate sulle frequenze assegnate all'uso interno di un canale del servizio televisivo pubblico (la Rai)³⁵.

Viceversa, la Corte ha negato l'esistenza di una violazione della libertà di espressione in ambito giornalistico. Si richiamano, in proposito, tra i casi più importanti: il caso *Perna*, in cui un giornalista si doleva della sua condanna per diffamazione aggravata per aver accusato, in un suo articolo, il procuratore capo di Palermo di aver commesso abusi nell'esercizio della sua funzione, senza aver fornito la prova della veridicità delle sue affermazioni (nel caso di specie, la Corte ha negato altresì la violazione del diritto a un processo equo nei confronti del ricorrente)³⁶; il caso *Brambilla*, scaturito dalla condanna in Italia di tre giornalisti che avevano intercettato alcune radiocomunicazioni effettuate tra membri delle forze dell'ordine al fine di essere tempestivamente informati delle operazioni di polizia in corso e di potersi, quindi, recare tempestivamente sui luoghi coinvolti, per poi effettuare il resoconto di tali operazioni su un giornale locale³⁷.

In ambiti diversi da quello giornalistico, la libertà di espressione viene comunque in gioco – più in generale – nei casi di diffamazione, come il caso *Peruzzi*, relativo alla condanna penale in Italia di un avvocato per aver diffamato il giudice dinanzi al quale pendeva un procedimento civile, nel quale l'avvocato assisteva una delle parti: la Corte ha affermato la non violazione dell'art. 10 Cedu³⁸.

31. Corte Edu [GC], *Lautsi c. Italia*, 18 marzo 2011.

32. Corte Edu, *Lombardi Vallauri c. Italia*, 20 ottobre 2009.

33. Corte Edu, *Tarantino e altri c. Italia*, 2 aprile 2013.

34. Corte Edu [GC], *Centro Europa 7 Srl e di Stefano c. Italia*, 07 giugno 2012.

35. Corte Edu, *Ricci c. Italia*, 08 ottobre 2013.

36. Corte Edu [GC], *Perna c. Italia*, 06 maggio 2003.

37. Corte Edu, *Brambilla e altri c. Italia*, 23 giugno 2016.

38. Corte Edu, *Peruzzi c. Italia*, 30 giugno 2015.

Indipendenza e imparzialità dei magistrati

di *Maria Giuliana Civinini*

L'Autrice affronta la giurisprudenza della Corte Edu sull'indipendenza e imparzialità del giudice come singolo e come potere dello Stato, analizzandola sotto tre angoli prospettici: protezione del diritto del giustiziabile, protezione delle prerogative del giudice, protezione contro l'abuso e lo sviamento di potere.

1. Introduzione. L'indipendenza dei tribunali davanti alla Corte

L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo enuncia il diritto di ogni persona «a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale». Si tratta del diritto di ogni giustiziabile a un giudice che sia in grado di «agire senza alcuna restrizione, impropria influenza, istigazione, pressione, minaccia o interferenza, diretta o indiretta, di qualunque provenienza o per qualunque ragione» (raccomandazione Rec(94)12 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sull'indipendenza, l'efficienza e il ruolo dei giudici, che richiama, anche dal punto di vista letterale, l'art. 2 dei «*Basic Principles*» fissati dalle Nazioni Unite).

L'indipendenza, quale prerequisite dell'imparzialità, è allo stesso tempo un diritto di ogni persona e una prerogativa del giudice (e del pubblico ministero, quando questi fa parte del sistema giudiziario), inteso come singolo e come corpo.

L'interrelazione tra i due profili è ben espressa nelle opinioni del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE), organo del Consiglio d'Europa: «L'indipendenza della magistratura è una condizione preliminare dello Stato di diritto e una garanzia fondamentale di un processo equo. I giudici sono incaricati della decisione finale sulla vita, le libertà, i diritti, i doveri e le proprietà dei cittadini (...) La loro indipendenza non è una prerogativa o un privilegio nell'inte-

resse proprio, ma nell'interesse dello Stato di diritto e di coloro che cercano e si aspettano giustizia», si legge nel Parere n. 1 (2001) sull'indipendenza della magistratura. «L'indipendenza dei giudici, in una società globalizzata e interdipendente, dovrebbe essere considerata da ogni cittadino come una garanzia di verità, libertà, rispetto dei diritti umani e giustizia imparziale e libera da influenze esterne. L'indipendenza dei giudici non è una prerogativa o un privilegio concesso nel proprio interesse, ma nell'interesse dello Stato di diritto e di chiunque cerchi e si aspetti giustizia. L'indipendenza come condizione di imparzialità dei giudici offre quindi una garanzia di uguaglianza dei cittadini davanti ai tribunali» precisa il Parere n. 10 (2007) sul «Consiglio per la magistratura».

L'indipendenza unita all'imparzialità – cioè la libertà di interpretare la legge e decidere secondo scienza e coscienza senza timore per sé, per la propria famiglia e per la propria carriera – è concetto che si declina in positivo, in relazione alla presenza di una serie di garanzie relative allo *status*, e in negativo, in relazione all'assenza di pressioni indebite esterne o interne al sistema giudiziario.

Le garanzie concernono l'accesso, l'immobilità, la carriera, i trasferimenti e le promozioni, la formazione, il sistema disciplinare, l'esistenza di un organo di autogoverno dotato di adeguati poteri di regolamentazione e protezione. Accertare la sussistenza di tali garanzie, che, di regola, hanno base legale se non costituzionale, e della loro "forza" è relativamente semplice.

Più complesso è accertare se a un sistema di garanzie formali corrisponda un sistema di garanzie sostanziali, che coincide con l'assenza di pressioni e interferenze indebite e con la presenza di adeguati meccanismi di reazione a eventuali pressioni.

A tal proposito, è utile ricordare che l'indipendenza e l'imparzialità del giudice possono essere minacciate sia dall'esterno che dall'interno del sistema giudiziario.

Un'indebita influenza esterna sul singolo giudice o sul sistema giudiziario possono essere rappresentati, tra l'altro, da: ingerenze indebite nel processo decisionale; provvedimenti amministrativi o legislativi capaci di ledere, anche attraverso la regolamentazione della carriera, la libertà di coscienza, di interpretazione e di decisione dei giudici; azioni di gruppi di pressione o di gruppi di interesse politici o economici dirette contro i giudici; azioni che possano indurre nel giudice la preoccupazione o il timore di ricevere un danno alla sua persona, alla sua famiglia o ai suoi beni.

Un'indebita influenza interna sul singolo giudice o sul sistema giudiziario può essere il risultato, ad esempio, di: ingerenze nel processo decisionale da parte di un rappresentante dell'organo di governo giudiziario, del capo della giurisdizione, di altri membri della magistratura che – dal punto di vista pratico – possono incidere direttamente o indirettamente sulla carriera o sullo *status* del giudice; mancanza di regole ed esistenza di prassi non trasparenti relative alla carriera, alle promozioni e ai trasferimenti; mancanza di regole obiettive e predeterminate per la selezione e l'assegnazione dei casi; mancanza di regole sul ritiro di una causa in precedenza assegnata a un giudice per attribuirlo a un altro; una struttura gerarchica della carriera; la mancanza di una procedura disciplinare garantita.

Questi brevi cenni danno conto della complessità del compito della Corte Edu quando si tratti di sostanziare il diritto a un «tribunale indipendente e imparziale» e di colpirne le violazioni.

Si tratta, del resto, di un diritto che, com'è naturale, alla Corte sta molto a cuore, tanto che il tradizionale seminario, che accompagna l'inaugurazione dell'anno giudiziario, è stato dedicato nel 2018 proprio al tema dell'indipendenza. Come il presidente Guido Raimondi ha sottolineato, nella sua allocuzione di apertura, «Il tema dell'edizione di quest'anno è un tema che riguarda – e preoccupa – noi tutti che rappresentiamo il potere giudiziario. Il “meno pericoloso” dei tre poteri (secondo la famosa formula del professor Alexander Bickel) si trova oggi, in alcuni dei nostri Paesi, di fronte a pericoli che ne minacciano l'autorità, la legittimità e l'efficacia della sua azione di guardiano dello Stato di diritto. Da qui il nostro desiderio di offrire ai nostri omologhi di tutto il continen-

te un *forum* di discussione europeo». Importanti, poi, le sue parole, dirette ai presidenti delle Corti costituzionali e delle Corti supreme dei Paesi del CdE: «La vostra presenza ha un significato profondo. Il meccanismo europeo per la protezione dei diritti umani può essere concepito solo se si è in grado di parteciparvi pienamente. È insieme e collettivamente che proteggiamo i diritti umani. Senza di voi, la tutela dei diritti umani è incompleta ed è per questo che la vostra presenza qui è essenziale per noi. Senza di voi, non ci può essere uno spazio comune per la protezione dei diritti e delle libertà. Senza di voi, non esiste uno Stato di diritto. Inoltre, è importante notare che il tema del seminario odierno era l'autorità del potere giudiziario. Un seminario durante il quale, in via eccezionale, ha preso la parola il segretario generale del Consiglio d'Europa, Thorbjørn Jagland. Quando un regime democraticamente eletto ignora i limiti costituzionali del suo potere e priva i cittadini dei loro diritti e libertà, quando la democrazia diventa illiberale, siete sempre e soprattutto voi ad essere attaccati. Come la nostra Corte a livello europeo, voi siete un punto di riferimento indispensabile nei vostri rispettivi Paesi. Vorrei, questa sera, dirvelo solennemente: siamo al vostro fianco».

Nella sua giurisprudenza, la Corte ha affrontato il tema dell'indipendenza giudiziaria sui due versanti sopra indicati: il diritto del giustiziabile e la prerogativa del giudice.

Il diritto del cittadino a un giudice indipendente e imparziale è analizzato dalla Corte nel contesto dell'art. 6 della Convenzione.

Le prerogative del giudice strumentali alla garanzia d'indipendenza, di cui un appartenente al sistema giudiziario lamenta la compressione o l'annullamento, sono prese in considerazione (nei casi fin qui decisi) sotto il profilo degli artt. 6, 8 e 10 della Convenzione.

Le questioni dell'indipendenza del giudice, della sua protezione e dell'idoneità di un determinato sistema a garantirle non sono ancora state affrontate in maniera diretta dalla Corte, ma utili indicazioni possono scaturire dalla giurisprudenza in materia di violazione dell'art. 18 Cedu.

Sotto questo profilo, si deve considerare che, ai sensi dell'art. 3 del Trattato istitutivo del Consiglio d'Europa, per esserne membri, gli Stati devono riconoscere il principio della preminenza del diritto, della *rule of law*, e il principio in virtù del quale ogni persona collocata sotto la sua giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Questo implica che, salvo che siano attivate le procedure per l'esclusione di uno Stato dal suo consesso, nello spazio del CdE vige una fiducia reciproca e una presunzione di rispetto dei principi della *rule of law*. La Corte è giudice dei casi concreti e sanzionare sistemi che non rispettino i principi dello Stato di diritto compete

agli organi politici del CdE. Cercheremo di tornare brevemente sul tema alla fine di questo scritto.

2. Indipendenza e imparzialità come elementi del diritto a un processo equo

I principi elaborati dalla Corte su indipendenza e imparzialità del tribunale e la casistica sottostante sono ben illustrati nelle «Guide» all'articolo 6 della Convenzione, profilo civile (in versione inglese e francese aggiornate ad agosto 2018) e profilo penale (in versione inglese aggiornata alla stessa data) reperibili sul sito della Corte, alle quali dunque si rinvia.

Particolarmente significativa per la comprensione dell'approccio della Corte al tema è la sentenza *Agrokompleks c. Ucraina* (ric. n. 23465/03), del 6 ottobre 2011, un "fortunato" caso in cui vi era la prova documentale delle pressioni esercitate dal Governo e dalla controparte sui giudici.

La decisione è un *decalogo* dei principi rilevanti e degli obblighi degli Stati in materia e merita essere riportata *verbatim*:

«125. La Corte ribadisce che, per determinare se un tribunale possa essere considerato "indipendente" ai fini dell'art. 6, § 1 della Convenzione, occorre tener conto, tra l'altro, dei seguenti criteri: il modo di nomina dei suoi membri e la durata del loro mandato; l'esistenza di garanzie contro le pressioni esterne; e se il tribunale presenta un'apparenza di indipendenza [si veda, tra le molte, *Findlay c. Regno Unito*, (...)]. 126. Per quanto riguarda la questione dell'"imparzialità" ai fini dell'art. 6, § 1 (...) tale requisito presenta due aspetti, uno soggettivo e uno oggettivo. In primo luogo, il tribunale deve essere *soggettivamente imparziale*, vale a dire che nessuno dei suoi membri deve avere pregiudizi. L'imparzialità personale è presunta, salvo prova contraria. In secondo luogo, il tribunale deve essere *imparziale anche da un punto di vista oggettivo*, ossia deve offrire sufficienti garanzie per escludere ogni legittimo dubbio al riguardo [si veda *Kiiskinen c. Finlandia* (...)]. Più specificamente, occorre determinare, in base al *test* oggettivo, se, indipendentemente dal comportamento personale dei giudici, vi siano fatti verificabili che possano sollevare dubbi sulla loro imparzialità [cfr. *Kleyn e altri c. Paesi Bassi* [GC] (...)]. 127. Nel decidere se, in un determinato caso, vi sia un motivo legittimo per temere che tali requisiti non siano soddisfatti, il punto di vista di una parte è importante, ma non decisivo. Ciò che è decisivo è se questo timore possa essere ritenuto oggettivamente giustificato [si veda *Kleyn e altri* (...)]. 128. La Corte osserva che *i concetti di indipendenza e imparzialità oggettiva sono strettamente collegati* [cfr. *Findlay* (...), § 73]. Essi sono particolarmente

difficili da dissociare, dove – come nel caso di specie – gli argomenti avanzati dal richiedente per contestare sia l'indipendenza che l'imparzialità del tribunale si basino sulle stesse considerazioni di fatto [si veda anche *Kleyn e altri* (...), § 194, e *Salov c. Ucraina* (...), § 82 (...)]. Pertanto, la Corte esaminerà entrambe le questioni insieme. 129. La Corte rileva che – come confermato da prove documentali – varie autorità statali sono effettivamente intervenute nel procedimento giudiziario in questione in diverse occasioni (...). 131. Sebbene la nozione di *separazione dei poteri* tra esecutivo e giudiziario abbia assunto un'importanza crescente nella giurisprudenza della Corte [cfr. *Stafford c. Regno Unito* [GC] (...), § 78, e *Henryk Urban e Ryszard Urban c. Polonia*, § 46 (...)], né l'art. 6 né qualsiasi altra disposizione della Convenzione impongono agli Stati di rispettare alcun modello costituzionale teorico riguardante i limiti ammissibili d'interazione tra i due poteri. La Corte deve chiarire se, *in un caso particolare*, siano soddisfatti i requisiti della Convenzione [cfr. *Pabla Ky c. Finlandia*, (...), § 29 (...)]. 132. *Non è compito della Corte analizzare la solidità delle pertinenti disposizioni costituzionali* in Ucraina. L'unica questione che si pone è se, nelle circostanze del caso di specie, i tribunali nazionali avessero la necessaria "apparenza" d'indipendenza, o la necessaria "oggettiva" imparzialità [cfr. *McGonnell c. Regno Unito* (...), § 51 (...) e *Kleyn e altri* (...), § 193]. 133. La Corte ha già condannato con la massima fermezza i tentativi delle autorità non giudiziarie di intervenire nei procedimenti giudiziari, considerandoli *ipso facto incompatibili con la nozione di "tribunale indipendente e imparziale"* ai sensi dell'art. 6, § 1, della Convenzione [cfr. *Sovtransavto Holding v. Ucraina* (...) e *Agrotehservis v. Ucraina* (...)]. 134. Analogamente all'approccio delineato nella causa *Sovtransavto Holding* (...), la Corte ritiene irrilevante che gli interventi impugnati abbiano effettivamente influito sul corso del procedimento. Provenendo dal potere esecutivo e legislativo dello Stato, essi rivelano una mancanza di rispetto per l'ufficio giudiziario stesso e giustificano i timori della società richiedente circa l'indipendenza e l'imparzialità dei tribunali. 135. (...). 136. La Corte sottolinea (...) che la portata dell'obbligo dello Stato di garantire un processo da parte di un "tribunale indipendente e imparziale" ai sensi dell'art. 6, § 1, della Convenzione non si limita alla magistratura. Essa implica anche l'obbligo per l'esecutivo, il legislatore e qualsiasi altra autorità statale, a prescindere dal suo livello, di rispettare le sentenze e le decisioni dei tribunali, anche quando non siano d'accordo con esse. Pertanto, *il rispetto, da parte dello Stato, dell'autorità giudiziaria è una condizione indispensabile per la fiducia del pubblico nei tribunali e, più in generale, per lo Stato di diritto*. Affinché ciò avvenga, *le garanzie costituzionali dell'indi-*

pendenza e dell'imparzialità della magistratura non sono sufficienti. Esse devono essere effettivamente integrate negli atteggiamenti e nelle pratiche amministrative quotidiane. 137. La Corte osserva inoltre che l'indipendenza e l'imparzialità della magistratura, viste da una prospettiva oggettiva, esigono che i singoli giudici siano liberi da indebite influenze, non solo dall'esterno, ma anche dall'interno. Questa indipendenza giudiziaria interna richiede che i giudici siano liberi da direttive o pressioni da parte di colleghi o di coloro che hanno responsabilità amministrative in un tribunale come, ad esempio, il presidente dello stesso. L'assenza di garanzie sufficienti a garantire l'indipendenza dei giudici all'interno del sistema giudiziario e, in particolare, nei confronti dei loro superiori giudiziari, può indurre la Corte a concludere che i dubbi di un richiedente in merito all'indipendenza e all'imparzialità di un tribunale possono essere considerati oggettivamente giustificati [cfr. *Parlov-Tkalčić c. Croazia* (...)]» (tdA, corsivi aggiunti).

La casistica applicativa di questi principi è molto vasta (di nuovo, si rinvia alle ottime «Guide» predisposte dalla Corte). Nel valutare le ricadute concrete delle varie pronunce, è sempre opportuno tener conto delle circostanze specifiche del caso. Non sempre, infatti, le stesse possono essere generalizzate astraendole dalla fattispecie.

Si pensi al caso *Campbell c. Regno Unito* (ric. n. 13590/88, 25 marzo 1992), o al caso *Maktouf e Damjanović c. Bosnia Erzegovina* (ricc. nn. 2312/08 e 34179/08, 18 luglio 2013), dove la Corte ha affermato che una durata limitata nel tempo della nomina e l'assenza della garanzia di inamovibilità non violano necessariamente l'art. 6 Cedu: la prima decisione aveva a oggetto l'indipendenza di una commissione composta di membri onorari non retribuiti – «*Prison Board of Visitors*» –, competente a decidere sui ricorsi di un detenuto contro le decisioni della direzione carceraria relative alla corrispondenza e alle visite; la seconda riguardava la composizione del collegio giudicante con giudici internazionali “comandati” a far parte, per un periodo limitato, della *State Court* competente, tra l'altro, a giudicare dei crimini di guerra, quale parte di una strategia di fine mandato del Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia. Si tratta, con tutta evidenza, di situazioni molto specifiche, che non incidono sulla portata generale del principio per cui «La certezza di permanenza nelle funzioni e l'inamovibilità sono elementi chiave dell'indipendenza dei giudici. Di conseguenza, ai giudici deve essere garantita la permanenza nelle funzioni fino al raggiungimento dell'età di pensionamento obbligatorio, se essa esiste»; «La permanenza nelle funzioni dei giudici deve essere stabilita dalla legge»; «Quando il reclutamento preveda un periodo di prova o una nomina a termine, la decisione sulla conferma o sul

rinnovo della nomina deve essere effettuata esclusivamente in conformità al paragrafo 44 per garantire il pieno rispetto dell'indipendenza della magistratura» e «Un giudice non deve ricevere un nuovo incarico o essere assegnato ad altre funzioni giudiziarie senza il suo consenso, salvo nei casi di sanzione disciplinare o di riforma organizzativa del sistema giudiziario» (raccomandazione CM/Rec(2010)12 del Comitato dei ministri del CdE, punti 49 – 52; per una disamina minuziosa dei principi e degli standard internazionali in materia di inamovibilità, si veda la sentenza *Baka c. Ungheria* [GC], ric. n. 20261/12, 23 giugno 2016).

Il modo con cui la Corte procede a un *prudente bilanciamento* tra principi e *standard* generalmente accettati a livello internazionale ed esigenze del singolo ordinamento è ben esemplificato nel caso *Moiseyev c. Russia* (ric. n. 62936/00, 9 ottobre 2008). Nella specie, il ricorrente lamentava – tra l'altro – che il tribunale non fosse indipendente e imparziale a causa dei numerosi cambiamenti nella composizione dello stesso (undici sostituzioni di giudici, quattro presidenti succedutisi nel processo), vizio di procedura fatto valere davanti alla Corte di cassazione senza esito. La Corte:

«176. (...) ribadisce che spetta ai tribunali nazionali gestire i loro procedimenti al fine di garantire la corretta amministrazione della giustizia. L'attribuzione di una causa a un determinato giudice o tribunale rientra nel margine di discrezionalità di cui godono le autorità nazionali in tali materie. Vi è un'ampia gamma di fattori, quali, ad esempio, le risorse disponibili, la qualificazione dei giudici, il conflitto di interessi, l'accessibilità del luogo di udienza delle parti, etc., di cui le autorità devono tener conto nell'assegnare una causa. Sebbene non sia compito della Corte valutare se vi siano validi motivi per cui le autorità nazionali possono (ri)assegnare una causa a un determinato giudice o tribunale, la Corte deve essere certa che tale (ri)assegnazione sia compatibile con l'art. 6, § 1, e in particolare con le sue esigenze di indipendenza oggettiva e imparzialità (cfr. *Bochan*, già citato, § 72). 177. La legislazione russa non contiene disposizioni che disciplinano la ripartizione delle cause tra i giudici del tribunale competente. La sezione 6.2 della legge sullo statuto dei giudici prevede che il controllo sulla ripartizione delle cause debba essere esercitato dal presidente del tribunale, in un modo disciplinato da una legge federale (...). Tuttavia, poiché finora non è stata emanata alcuna legge di questo tipo, in base alla prassi, le cause sono distribuite dai presidenti dei tribunali a loro discrezione (...). 182. La Corte osserva inoltre che, come per la ripartizione delle cause in arrivo tra i giudici, il potere di riassegnare un processo penale pendente a un presidente era abitualmente esercitato dal presidente di un tribunale

(...). La mancanza di prevedibilità nell'applicazione dell'art. 241 ha avuto l'effetto di dare al presidente del Tribunale di Mosca un margine di discrezionalità illimitato in materia di sostituzione e riassegnazione dei giudici nel procedimento penale del richiedente. A questo proposito, la Corte sottolinea che nell'art. 241 non figurano garanzie procedurali contro l'esercizio arbitrario del potere discrezionale. Pertanto, non si richiede che le parti siano informate dei motivi della riassegnazione del caso o che sia data loro la possibilità di presentare osservazioni in merito (cfr. *Bochan*, già citato, § 72). Inoltre, la sostituzione di un membro del collegio non è stata indicata in nessuna decisione procedurale suscettibile di controllo giurisdizionale da parte di un tribunale superiore. La Corte ritiene che l'assenza di garanzie procedurali nel testo di legge abbia reso i membri del collegio giudicante vulnerabili alle pressioni esterne (...). 184. Alla luce delle considerazioni di cui sopra, la Corte constata che, nella causa del ricorrente, il diritto penale russo non ha fornito le garanzie che sarebbero state sufficienti a escludere qualsiasi dubbio oggettivo circa l'assenza di pressioni inadeguate sui giudici nell'esercizio delle loro funzioni giudiziarie [cfr. *Daktaras c. Lituania*, n. 184 (...) e, per contro, *Sacilor-Lormines c. Francia* (...)]. In tali circostanze, i dubbi del ricorrente circa l'indipendenza e l'imparzialità del tribunale di primo grado possono essere considerati oggettivamente giustificati a causa delle ripetute e frequenti sostituzioni di membri del collegio nel suo procedimento penale, che sono state effettuate per motivi non accertabili e non sono state circondate da alcuna garanzia procedurale. 185. Vi è stata, pertanto, una violazione dell'art. 6, § 1, a causa della mancanza di indipendenza e imparzialità del tribunale di primo grado» (*tdA*).

3. Indipendenza e imparzialità come prerogativa del giudice e del sistema giudiziario

Come accennato, la Corte affronta le problematiche afferenti le prerogative di indipendenza e imparzialità del giudice non su un piano di sistema, ma caso per caso.

È utile ripercorrere alcuni dei casi più rilevanti, sia per fattispecie esaminata che per principi giurisprudenziali consolidati utilizzati nella decisione.

3.1. Cessazione per legge dell'incarico di Presidente della Corte Suprema

Nel caso *Baka c. Ungheria*, sopra richiamato, la Corte fa il punto sulla *natura civile delle controversie concernenti accesso, carriera e cessazione dalle funzioni dei magistrati*; sulla natura di violazione

dell'art. 6 Cedu, sotto il profilo dell'accesso a un tribunale, di una norma che incide ex lege sulle prerogative del magistrato.

Il ricorrente, presidente della Corte suprema ungherese, aveva visto cessare di diritto il suo mandato con tre anni e mezzo di anticipo in forza di una nuova normativa. In particolare, egli allegava di non aver avuto accesso a un tribunale per contestare la cessazione anticipata del suo mandato di presidente della Corte suprema e di essere stato sollevato dalle sue funzioni perché, in tale qualità, aveva pubblicamente preso posizione ed espresso un'opinione su vari aspetti delle riforme legislative in corso riguardanti la giustizia. Invocava l'art. 6, § 1, e l'art. 10 della Cedu.

La Corte Edu ha rilevato che la fine prematura del mandato non era stata esaminata da alcun organo giudiziario, concludendo per una violazione del diritto di accesso a un tribunale.

Per pervenire a tale conclusione, la Corte ha ripercorso l'evoluzione della propria giurisprudenza in materia di "diritto a carattere civile" in relazione alle pretese dei funzionari pubblici, fino alla sentenza *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia* [GC] (ric. n. 63235/00, 19 aprile 2007), dove si è stabilita la sussistenza di una presunzione di applicabilità dell'art. 6, §1, Cedu, salvo che lo Stato dimostri che in diritto interno quel funzionario non abbia diritto ad accedere a un tribunale e che tale esclusione sia giustificata.

«104. Mentre nella causa *Vilho Eskelinen e altri* la Corte ha dichiarato che la sua motivazione era limitata alla situazione dei dipendenti pubblici (...), la Grande Camera rileva che i criteri stabiliti in tale sentenza sono stati applicati da diverse sezioni della Corte alle controversie riguardanti i giudici [*G. c. Finlandia* (...), *Volkov c. Ucraina* (...), *Di Giovanni c. Italia* (...) e *Tsanova-Gecheva c. Bulgaria* (...)], compresi i presidenti delle corti supreme [*Olujić c. Croazia* (...) e *Harabin c. Slovacchia* (...)]. La Grande Camera non vede alcun motivo per discostarsi da questo approccio. Essa ritiene che, sebbene non facciano parte dell'amministrazione in senso stretto, i giudici fanno comunque parte della funzione pubblica in senso lato [*Pitkevich c. Russia* (...)]. 105. La Corte rileva, inoltre, che i criteri stabiliti nella sentenza *Vilho Eskelinen e altri* sono stati applicati a tutti i tipi di controversie riguardanti funzionari e giudici, comprese le controversie relative all'assunzione o alla nomina [*Juričić c. Croazia* (...)], alla carriera o alla promozione [*Dzhi-dzheva-Trendafilova c. Bulgaria* (...)], trasferimento [*Ohneberg c. Austria* (...)] e cessazione dal servizio [*Olujić c. Croazia* (...) e *Nazsiz c. Turchia* (...)], riguardanti rispettivamente la destituzione disciplinare del presidente della Corte suprema della Repubblica di Croazia e di un pubblico ministero]. Nella causa *G. c. Finlandia* (...), in cui il Governo convenuto ha sostenuto che il diritto di un giudice di rimanere in ca-

rica era speciale e non poteva essere assimilato a una "causa civile ordinaria" ai sensi di *Vilho Eskelinen e altri*, la Corte ha implicitamente respinto questo argomento per applicare i principi enunciati in tale sentenza. Più esplicitamente, nella sentenza *Bayer c. Germania* (...), che riguardava il licenziamento a seguito di un procedimento disciplinare di un ufficiale giudiziario alle dipendenze dello Stato, si affermava che le controversie riguardanti "uno stipendio, un'indennità o altri diritti simili" erano solo esempi, tra gli altri, di "controversie di lavoro ordinarie", alle quali l'art. 6 dovrebbe, in linea di principio, applicarsi in base al criterio *Eskelinen*. Nella sentenza *Olujic c. Croazia* (...), ha affermato che la presunzione di applicabilità dell'art. 6 derivante dalla sentenza *Eskelinen* si applica anche ai casi di revoca dalle funzioni» (*tdA*).

La Corte Edu ha, quindi, esaminato i principi di base sull'accesso a un tribunale e, affermazione di grande rilievo, ha statuito:

«la Corte non può non rilevare la crescente importanza che gli strumenti internazionali e del Consiglio d'Europa, nonché la giurisprudenza dei tribunali internazionali e la prassi di altri organismi internazionali, attribuiscono al *rispetto dell'equità procedurale nelle cause riguardanti il licenziamento o la revoca dei giudici, e in particolare al coinvolgimento di un'autorità indipendente dal ramo esecutivo e legislativo del governo in qualsiasi decisione relativa alla cessazione del mandato di un giudice* (...). In tali circostanze, la Corte ritiene che lo Stato convenuto abbia violato il contenuto stesso del diritto di accesso del ricorrente a un tribunale» (*tdA*, corsivo aggiunto).

Quanto alla ritenuta *violazione dell'art. 10 Cedu*, la Corte ha preso le mosse dalla sua giurisprudenza in materia di procedura disciplinare e destituzione di un giudice, e dalla distinzione tra fattispecie in cui la misura costituisca un'ingerenza nell'esercizio, da parte dello stesso, della sua libertà di espressione e casi di restrizione dell'esercizio del diritto a un posto pubblico, non garantito dalla Convenzione (si vedano le sentenze *Wille c. Lichtenstein*, §§ 42 e 43; *Harabin c. Slovacchia*; *Kayasu c. Turchia*, §§ 7779; *Koudechkina c. Russia*, § 79; *Poyraz c. Turchia*) e ha affermato che, nel caso di specie, dove tra l'altro nessun giudice interno aveva conosciuto della questione, la Corte doveva esaminarla con apprezzamento pieno delle prove della responsabilità dello Stato alla luce del principio "al di là di ogni ragionevole dubbio". Sulla base di una motivazione complessa cui si rimanda, la Corte ha ritenuto che:

«148. Tenuto conto degli eventi nel loro insieme e del modo in cui si sono succeduti l'uno all'altro piuttosto che separatamente, il Tribunale ritiene che sussistano prove *prima facie* di un nesso causale tra l'esercizio della libertà di espressione del ricorrente e la cessazione del suo mandato (...). 149. Il Tribu-

nale ritiene che, quando c'è un inizio di prova a favore della versione dei fatti presentati dal ricorrente e dell'esistenza di un nesso di causalità, l'onere della prova deve essere invertito e posto a carico del Governo. In questo caso è particolarmente importante farlo perché i motivi della cessazione del mandato del richiedente sono noti solo al governo e non sono mai stati stabiliti o esaminati da un tribunale o da un organo indipendente (...). 151. La Corte ritiene, pertanto, che il Governo non abbia dimostrato in modo convincente che la misura controversa è il risultato della soppressione dell'incarico e delle funzioni del ricorrente nell'ambito della riforma dell'autorità giudiziaria suprema. Di conseguenza, essa ritiene, come il ricorrente, che la cessazione anticipata del mandato del ricorrente sia dovuta alle opinioni e alle critiche che egli aveva pubblicamente espresso a titolo professionale» (*tdA*).

3.2. *Indipendenza e imparzialità del Csm e degli organi disciplinari della magistratura. Adeguatezza del controllo della Corte suprema*

Il caso *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo* (ricc. nn. 55391/13 e altri 2, 6 novembre 2018, decisione non definitiva rinviata alla Grande Camera) trae origine da tre procedure disciplinari rispetto alle quali la ricorrente, all'epoca dei fatti giudice del Tribunale di Vila Nova de Famalicão, lamenta la mancanza di accesso a un tribunale, la mancanza di imparzialità e indipendenza della sezione del contenzioso della Corte suprema di giustizia (Csg) e l'assenza di un'udienza pubblica. Le prime due procedure avevano a oggetto negligenze gravi nell'attività giudiziaria, la terza la richiesta all'ispettore di non procedere disciplinarmente contro un teste a suo discarico nella prima procedura. Dopo aver richiamato i principi generali da essa enunciati in materia di indipendenza e imparzialità, la Corte ha esaminato la questione *se il Consiglio superiore della magistratura come autorità disciplinare è indipendente e imparziale*.

Di grande rilievo il richiamo agli *standard* europei:

«75. La Corte ha già dichiarato che la presenza tra i membri di un tribunale di giudici che occupano almeno la metà dei seggi, compreso quello di presidente con voto decisivo, dà una certa garanzia di imparzialità [*Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio* (...) e *Volkov c. Ucraina* (...)]. Va osservato che, per quanto riguarda i procedimenti disciplinari contro i giudici, la necessità che i membri dell'organo disciplinare siano essi stessi giudici in numero significativo è riconosciuta dalla Carta europea sullo statuto dei giudici (...) e dai pareri della Commissione di Venezia (...). La Corte rileva che la raccomandazione CM/Rec(2010)12 del Comitato dei ministri agli Stati membri del Consiglio d'Europa sui giudici (...) racco-

manda che l'autorità competente per la selezione e la carriera dei giudici sia indipendente dai poteri esecutivo e legislativo. *Per garantirne l'indipendenza, almeno la metà dei membri dell'autorità dovrebbero essere giudici scelti dai loro pari (...)*. Prende, inoltre, atto della raccomandazione n. 6 della Relazione di valutazione del Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO) del Portogallo, adottata il 4 dicembre 2015, di stabilire per legge che almeno la metà dei membri del Csm devono essere giudici scelti dai loro pari (...). [I] Consiglio consultivo dei giudici europei ha adottato una "Magna Carta" dei giudici, che prevede in particolare che il Consiglio debba essere composto esclusivamente da giudici o, almeno, da una maggioranza sostanziale di giudici eletti dai loro pari» (*tdA*, corsivo aggiunto).

Su questa base, e in considerazione del fatto che l'organo di autogoverno portoghese non ha una maggioranza di membri togati e che, in almeno una delle udienze disciplinari, vi era di fatto una maggioranza di membri laici, la Corte ha ritenuto questa situazione problematica rispetto all'art. 6 Cedu e ha notato – con apprensione – che la legge non stabilisce alcun requisito e qualificazione per i membri laici. La conseguenza è che indipendenza e imparzialità del Consiglio possono essere discutibili.

La Corte ha, quindi, esaminato *se la possibilità di ricorso alla Corte suprema di giustizia garantisca un controllo giurisdizionale adeguato* ai sensi dell'art. 6 Cedu. Nel sistema portoghese, la Csg effettua un controllo di legalità e può annullare la decisione del Csm con rinvio a questi per una nuova valutazione e decisione. La Corte Edu ha considerato che il controllo sul fatto attraverso la motivazione era formale e che – rifiutando di entrare nel modo di esercizio dei suoi poteri discrezionali da parte del Consiglio – la Csg ha dimostrato di avere una concezione restrittiva dell'estensione dei suoi poteri di controllo sull'attività disciplinare del Csm. La prassi giudiziaria ne sarebbe rivelatrice e, pertanto, le conseguenze giuridiche derivanti dal controllo da parte della Csg limitate, rafforzando i dubbi della Corte circa la sua capacità di risolvere efficacemente la questione e di effettuare un controllo sufficiente del caso.

Quanto, infine, *all'udienza pubblica*, negata dalla Csg assieme alla richiesta di ascoltare un testimone, in quanto giudice di legalità, la Corte Edu formula forti critiche e perviene a conclusioni dirompenti rispetto alla struttura del giudizio di cassazione sulla base di un giudizio di rilevanza da essa direttamente formulato:

«La Corte ritiene che la testimonianza in questione fosse pertinente nel caso di specie, in quanto avrebbe probabilmente sostenuto le difese della ricorrente. Inoltre, i motivi addotti dalla Corte suprema di giustizia non erano sufficienti a giustificare il rifiuto

di ascoltare la testimone che la ricorrente voleva chiamare, in quanto tale misura ha ostacolato la capacità della parte interessata di difendere la sua causa, in violazione delle garanzie di un processo equo (...). La Corte ritiene, inoltre, che la Corte suprema di giustizia, rifiutando di ascoltare, in un'udienza pubblica, la testimone indicata dalla ricorrente nella presente causa, non ha garantito la trasparenza che questo atto procedurale avrebbe dato al procedimento disciplinare avviato nei suoi confronti, obiettivo perseguito dall'articolo 6, § 1, della Convenzione (...). Infine, rileva che in questo caso la Corte suprema di giustizia non ha posto rimedio al rifiuto di tenere un'udienza pubblica (...). 97. La Corte non ritiene che le questioni dibattute nell'ambito del procedimento contenzioso, vale a dire la sanzione disciplinare inflitta a un giudice per fatti relativi, in particolare, a dichiarazioni che violano i suoi obblighi professionali, fossero di natura altamente tecnica e non richiedessero un'udienza sotto controllo pubblico (...). Nel caso di specie, era necessaria un'udienza pubblica, orale e accessibile alla ricorrente, come richiesto. A tale riguardo, si osserva che vi è stata una controversia sui fatti e che le sanzioni in cui la ricorrente poteva incorrere erano di natura infamante, tali da pregiudicare l'integrità professionale e il credito della ricorrente (...). 98. La Corte, consapevole della necessità di trovare un giusto equilibrio tra la necessità di tutelare l'indipendenza del Csm e l'utilità di garantire il controllo da parte di un'autorità pubblica ed evitare una gestione corporativa (...), ritiene che la garanzia di un'udienza pubblica nei procedimenti disciplinari contro i giudici contribuisca alla loro equità ai sensi dell'art. 6, § 1, attraverso un procedimento in contraddittorio (...), il massimo livello di trasparenza nei confronti dei giudici e della società e la concessione di tutte le garanzie di un processo equo (...). 99. Alla luce di quanto precede, la Corte conclude che le autorità nazionali non hanno garantito lo svolgimento di un'audizione pubblica» (*tdA*).

Alla luce delle tre criticità constatate, è stata affermata la violazione dell'art. 6, § 1.

Nel caso *Paluda c. Slovacchia* (ric. n. 33392/12, 23 maggio 2017), il ricorrente – all'epoca dei fatti, giudice della Corte suprema – lamentava la violazione dell'art. 6 Cedu per il rifiuto delle corti nazionali di esaminare il suo ricorso contro la sospensione cautelare dalla funzione di giudice, disposta in sede disciplinare dal Consiglio giudiziario, l'organo di autogoverno della magistratura (composto da diciotto membri, otto eletti dai giudici e nove nominati da organi politici, oltre al presidente della Corte suprema con funzione di presidente di diritto del Consiglio). I vari ricorsi erano stati dichiarati inammissibili, data la natura cautelare e provvisoria della sospensione. Ritenuta la legalità della misura, la Corte Edu ne ha

escluso la proporzionalità, concludendo per la violazione dell'art. 6 Cedu:

«47. (...) il mancato accesso del ricorrente al giudice riguardava una misura impostagli da un organismo che, come è stato constatato in precedenza [le ragioni non sono esplicitamente indicate – *ndA*], non forniva le garanzie istituzionali e procedurali inerenti all'art. 6, § 1, della Convenzione. 48. A livello istituzionale, la Corte rileva inoltre che l'organo in questione, il Consiglio giudiziario, era all'epoca, per legge, presieduto dal presidente della Corte suprema (...). Alla luce dei fatti del caso di specie, ciò è particolarmente rilevante in quanto la sospensione del ricorrente è stata imposta dal Consiglio giudiziario nell'ambito di un procedimento disciplinare avviato nei suoi confronti dallo stesso organo in relazione alla sua denuncia penale e alle dichiarazioni pubbliche relative all'esercizio, da parte del presidente della Corte suprema, dei suoi doveri d'ufficio (...). 49. Dal punto di vista procedurale, la Corte rileva che, nell'ambito della sua sospensione, il ricorrente non è stato sentito né per quanto riguarda la sospensione né per quanto riguarda il merito delle accuse. 50. Inoltre, sebbene la sospensione non costituisca l'oggetto della presente richiesta, le sue ripercussioni sul ricorrente sono rilevanti ai fini della valutazione della proporzionalità dell'assenza di accesso al giudice in rapporto alla sospensione medesima. Da questo punto di vista, la sospensione ha comportato l'interdizione del ricorrente dall'esercizio delle sue funzioni e la trattenuta del 50% della sua retribuzione (...) e, allo stesso tempo, egli è stato soggetto a restrizioni quali l'impossibilità di esercitare un'attività lucrativa altrove (...). 51. Mentre il ripristino dello stipendio è importante in relazione alla riparazione degli effetti della sospensione sul ricorrente, in quanto tale, esso non ha un nesso diretto con il fatto che egli non abbia avuto accesso al giudice (...). 53. In conclusione, il ricorrente non ha avuto accesso a un procedimento giudiziario ai sensi dell'art. 6, § 1, della Convenzione in relazione a un provvedimento che lo ha posto per due anni in una situazione di incapacità a esercitare il suo mandato e di trattenuta della metà della retribuzione, senza possibilità di esercitare altre attività lucrative. 54. Inoltre, la Corte rileva che il Governo non ha invocato alcun motivo concludente per negare al ricorrente la tutela giurisdizionale nei confronti di tale misura. A questo proposito, la Corte ritiene importante operare una *chiara distinzione tra le ragioni, che si possono ritenere convincenti, che giustificano la sospensione di un giudice soggetto a un certo tipo di accusa disciplinare e le ragioni per non consentirgli di adire un tribunale in relazione a tale sospensione*. Secondo la Corte, l'importanza di tale distinzione è amplificata dal fatto che *l'organo che ha adottato tale provvedimento e la procedura nel corso della quale è stato adottato non erano con-*

formi ai requisiti di cui all'art. 6, § 1, della Convenzione e dal fatto che il provvedimento è stato adottato in un contesto particolare come quello del caso di specie» (*tdA*, corsivi aggiunti).

Nel caso *Mitrinovski c. ex-Repubblica jugoslava di Macedonia* (ric. n. 6899/12, 30 aprile 2015) la Corte ha affermato la violazione dell'art. 6, § 1, Cedu in relazione alla composizione del Consiglio superiore della magistratura e alla titolarità del potere di promuovere l'azione disciplinare. Il fatto che, come ammesso dalla legge, un membro del Consiglio, che era anche presidente della Corte suprema, avesse richiesto di iniziare una procedura disciplinare (sulla base di una sentenza della Corte suprema che aveva accertato scorrettezze professionali commesse da alcuni giudici) e, poi, avesse partecipato al voto, aveva violato i canoni oggettivi e soggettivi dell'indipendenza e dell'imparzialità.

Nel caso, più sopra richiamato, *Volkov c. Ucraina* (2013), il ricorrente lamentava che la sua destituzione da giudice della Corte suprema – decisa in sede disciplinare dall'organo di autogoverno e confermata dal Parlamento e inutilmente impugnata davanti al giudice amministrativo – violava gli artt. 6, specialmente il diritto a un tribunale indipendente e imparziale, e 8 Cedu. Sotto il primo profilo la Corte ha concluso che il caso rivelava una serie di gravi problemi, relativi sia alle carenze strutturali del procedimento dinanzi al Consiglio superiore della magistratura, sia all'apparenza di parzialità da parte di alcuni dei membri di tale Consiglio che hanno deciso sul caso del ricorrente, concludendo che tale procedura non era compatibile con i principi di indipendenza e imparzialità garantiti dall'art. 6, § 1, della Convenzione. Quanto alla fase parlamentare, la Corte ha poi stabilito che:

«i dibattiti in plenaria non erano la sede appropriata per esaminare questioni di fatto e di diritto, per valutare le prove e per formulare una qualificazione giuridica dei fatti. Il Governo non ha spiegato a sufficienza il ruolo dei politici che siedono in Parlamento, che non sono in alcun modo tenuti ad avere una qualche esperienza giuridica o giudiziaria nell'affrontare complesse questioni di fatto e di diritto nei singoli procedimenti disciplinari, e non ha dimostrato che tale ruolo sia compatibile con l'indipendenza e l'imparzialità richieste dall'art. 6 della Convenzione» (*tdA*).

Quanto, infine, al controllo della Corte amministrativa superiore, il medesimo non è stato ritenuto effettivo, data l'impossibilità di annullamento dell'atto e l'incertezza sulla fase successiva all'eventuale dichiarazione di illegittimità. Nel caso di specie, inoltre, le questioni dell'indipendenza e della sollevata incompatibilità con la Costituzione della fase parlamentare non erano state affrontate.

È importante sottolineare come la Corte avesse individuato vari elementi problematici nell'organo di

autogoverno, basandosi tra l'altro su rapporti della Commissione di Venezia: a) la *composizione dell'organo disciplinare*, ove i giudici erano una minoranza; la Corte ha ricordato che la presenza, tra i membri, di un tribunale di giudici che occupano almeno la metà dei seggi, compreso quello di presidente con voto decisivo, dà una certa garanzia di imparzialità (*Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*) e che, per quanto riguarda i procedimenti disciplinari contro i giudici, la necessità che un numero significativo di membri dell'organo disciplinare siano essi stessi giudici è riconosciuta nella Carta europea dello statuto dei giudici; b) il fatto che *solo alcuni dei membri del Consiglio siano a tempo pieno*; osserva la Corte:

«solo quattro dei membri del Consiglio superiore della magistratura lavorano a tempo pieno. Gli altri continuano a lavorare e ricevono uno stipendio al di fuori di questo organismo, il che implica inevitabilmente una dipendenza materiale, gerarchica e amministrativa dai loro principali datori di lavoro e ne compromette l'indipendenza e l'imparzialità. In particolare, nel caso del ministro della giustizia e del procuratore generale, che sono membri di diritto del Consiglio e per i quali la perdita della funzione principale implica le loro dimissioni dal Consiglio» (*tdA*);

c) *la presenza del procuratore generale quale membro di diritto*:

«La Corte ricorda il parere della Commissione di Venezia secondo cui il fatto che il procuratore generale sia membro d'ufficio del Consiglio superiore della magistratura suscita ulteriori preoccupazioni, in quanto può avere un effetto deterrente sui giudici ed essere percepito come una potenziale minaccia. Il procuratore generale è ai vertici della gerarchia della procura e controlla tutti i pubblici ministeri. A causa del loro ruolo funzionale, i pubblici ministeri possono partecipare in molti dei casi che i giudici devono decidere. La presenza del procuratore generale in un organo competente per la nomina, la disciplina e la destituzione dei giudici determina il rischio che essi non agiscano in modo imparziale in questi casi, o che il procuratore generale non agisca in modo imparziale nei confronti dei giudici le cui decisioni non approva» (*tdA*).

Come invocato dal ricorrente, la Corte ha ritenuto sussistente anche la violazione dell'art. 8 Cedu:

«[L]a destituzione del ricorrente ha avuto un impatto su gran parte dei suoi rapporti con gli altri, comprese le sue relazioni professionali. Ha avuto un'influenza anche sulla sua "cerchia ristretta", poiché la perdita del lavoro ha avuto necessariamente un impatto concreto sul suo benessere materiale e su quello della sua famiglia. Inoltre, il motivo della sua destituzione, la violazione del giuramento, suggerisce che la sua reputazione professionale sia stata compromessa. Ne consegue che la destituzione del ricor-

rente costituisce un'ingerenza nell'esercizio, da parte dell'interessato, del diritto al rispetto della sua vita privata, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione» (*tdA*).

Gli stessi principi hanno trovato applicazione nel caso *Kulykov e altri c. Ucraina* (ricc. nn. 5114/09 e altri 17, 19 gennaio 2017), concernente la destituzione, secondo le medesime procedure, di diciotto giudici.

Il caso *Volkov* e i suoi cloni sono il perfetto esempio dell'*interazione tra livello giudiziario e livello politico in seno al Consiglio d'Europa*, funzionale a promuovere l'applicazione della Convenzione e il più alto *standard* di protezione dei diritti umani nei Paesi membri.

La Corte Edu, infatti, ha indicato in via eccezionale la necessità di adottare misure generali e individuali specifiche:

«199. La Corte rileva che il presente caso rivela gravi problemi sistemici nel funzionamento del sistema giudiziario ucraino. In particolare, le violazioni riscontrate indicano che il sistema disciplinare dei magistrati non è stato adeguatamente organizzato, non garantendo l'adeguata separazione della magistratura da altri poteri dello Stato. Inoltre, non fornisce adeguate garanzie contro gli abusi e l'uso improprio delle misure disciplinari a scapito dell'indipendenza della magistratura, che è uno dei valori più importanti alla base del corretto funzionamento delle democrazie. 200. La Corte ritiene che, dalla natura delle violazioni constatate, risulta che, per la corretta esecuzione della presente sentenza, lo Stato convenuto dovrebbe adottare una serie di misure generali per riformare il sistema disciplinare. Tali misure dovrebbero comprendere una riforma legislativa che ristrutturati la base istituzionale del sistema, nonché la definizione di forme e principi adeguati per l'applicazione coerente del diritto interno in questo settore (...). 202. La Corte ritiene pertanto necessario sottolineare che l'Ucraina deve attuare con urgenza le riforme generali del suo sistema giudiziario. A tal fine, le autorità ucraine dovrebbero tener conto della presente sentenza, della pertinente giurisprudenza della Corte e delle raccomandazioni, risoluzioni e decisioni pertinenti del Comitato dei ministri. 207. Alla luce delle conclusioni sopra esposte in merito alla necessità di misure generali di riforma del sistema disciplinare, la Corte ritiene che la riapertura del procedimento giudiziario non costituirebbe una forma adeguata di riparazione per le violazioni dei diritti del richiedente. Niente consente di concludere che egli sarebbe giudicato secondo i principi convenzionali. In tali circostanze, la Corte non vede la necessità di indicare tale misura. 208. Tuttavia, non è accettabile che il richiedente sia lasciato nell'incertezza sulle modalità di ripristino dei suoi diritti. Essa ritiene che la natura stessa delle violazioni constatate non offra alcuna reale scelta per quanto riguarda le misure in-

dividuali per porvi rimedio, se non dire che, tenuto conto delle circostanze del tutto eccezionali del caso e dell'urgenza di porre fine alle violazioni degli artt. 6 e 8 della Convenzione, lo Stato convenuto deve garantire la reintegrazione del ricorrente come giudice della Corte suprema nel più breve tempo possibile» (*tdA*).

Davanti al *Comitato dei ministri in composizione diritti umani* (CMDH) è aperta una procedura di monitoraggio rinforzato, che concerne sia il caso esaminato che casi concernenti la violazione del diritto dei giustiziabili a un giudice indipendente e imparziale – si vedano, per l'Ucraina, oltre ai citati *Sovtransavto Holding e Salov*, i casi *Belukha* (2006) e *Feldman e Banca di Sloviansk* (2017) –. Nel corso degli anni, i progetti di riforma relativi al sistema giudiziario, al Csm, al procedimento disciplinare, al sistema di formazione, ai meccanismi per la valutazione di professionalità dei magistrati presentati dalle autorità ucraine, sono stati in significativa misura guidati dalle indicazioni, risoluzioni e raccomandazioni del Segretariato del CdE e del CMDH (comunicazioni e piani d'azione del Governo, comunicazioni di organizzazioni non governative, decisioni del CMDH sono tutte consultabili *online* sul sito delle esecuzioni – si veda, alla voce «HUDOC EXEC»: <https://www.coe.int/en/web/execution>).

Merita sottolineare che le riforme adottate in Ucraina sono anche il risultato del *supporto della Commissione di Venezia e della cooperazione con il Consiglio d'Europa* attraverso il progetto «*Support to the implementation of the judicial reform in Ukraine*».

4. Indipendenza e imparzialità dei sistemi giudiziari, Stato di diritto e abuso di potere

L'art. 18 Cedu è posto a baluardo contro l'uso distorto delle limitazioni ai diritti e alle libertà convenzionali, pur previste dagli artt. 5 e 8-11, e in generale contro limitazioni imposte per finalità diverse da quelle previste dalla Convenzione.

Se si riflette sulla funzione strumentale all'attuazione dei diritti sostanziali delle norme processuali e sul ruolo della magistratura nell'applicazione di queste norme, emerge con chiarezza la possibilità che, attraverso regole di procedura e discipline dello *status* del magistrato pur formalmente ineccepibili, siano perseguite finalità contrastanti con la protezione dei diritti umani, finanche inderogabili. In questa prospettiva, resa particolarmente realistica dalle evoluzioni ordinamentali di alcuni Paesi del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea, l'art. 18 offre alla Corte un prezioso strumento per comprendere e colpire quelle riforme che, incidendo sulla nomina, sulla

carriera o sulla destituzione del giudice ovvero riducendo l'area del controllo giudiziario su atti (in specie, di polizia) limitativi delle libertà fondamentali, di fatto riducono la protezione dei diritti umani convenzionalmente garantiti.

L'applicazione dell'art. 18 è ancora limitata nella giurisprudenza della Corte (una sintesi efficace ne è fornita nella «Guida» predisposta dall'Ufficio del giureconsulto della medesima), ma se ne possono già valutare le potenzialità nonché i profili problematici.

La sentenza *Merabishvili c. Georgia* [GC], ric. n. 72508/13, 28 novembre 2017 (un caso in cui il ricorrente, ex-Primo ministro divenuto capo dell'opposizione, denunciava l'uso politico e per fini distorti della detenzione preventiva, in particolare allo scopo di escluderlo dalla scena politica), contiene un approfondito *excursus* della giurisprudenza della Commissione e della Corte, l'enucleazione dei punti da chiarire, la fissazione di principi tendenzialmente consolidati. La sentenza è complessa e, in questa sede, non si può che rinviare alla sua lettura, limitandosi a sintetizzarne alcuni approdi, senza pretesa di esaustività.

Sull'applicazione dell'art. 18, la Corte precisa che:

«come l'art. 14, l'art. 18 non ha un campo di applicazione indipendente e autonomo; esso può essere applicato solo in combinato disposto con un articolo della Convenzione o dei suoi protocolli che enuncia uno dei diritti e delle libertà che le Alte Parti Contraenti si sono impegnate a riconoscere alle persone che rientrano nella loro giurisdizione o che definisce le condizioni alle quali tali diritti e libertà possono essere derogati; peraltro, la norma non si limita a chiarire la portata delle clausole restrittive, ma vieta espressamente alle Alte Parti Contraenti di limitare i diritti e le libertà convenzionali per scopi diversi da quelli previsti dalla Convenzione stessa; in tal senso, essa ha un campo di applicazione autonomo; l'esame separato di una richiesta ai sensi di questa disposizione è giustificato solo se l'allegazione che una restrizione è stata imposta per uno scopo non convenzionale si rivela un aspetto fondamentale del caso; le ipotesi di finalità legittime per le quali gli artt. 8-11 della Convenzione consentono di interferire con l'esercizio dei diritti che garantiscono sono tassative; le finalità e le motivazioni legittime, pur essendo tassativamente previste, sono definite e interpretate dalla Corte con ampia flessibilità, concentrandosi principalmente sulla questione, strettamente connessa all'esistenza di una finalità legittima, se la restrizione sia necessaria o giustificata, vale a dire se sia basata su motivi pertinenti e sufficienti e se sia proporzionata alle finalità o ai motivi per i quali è autorizzata. Tali finalità e motivazioni costituiscono i criteri per valutare la necessità o la giustificazione della restrizione; una restrizione può essere compatibile con la disposizione della Convenzione che la autorizza se persegue uno

degli scopi previsti da tale disposizione e, allo stesso tempo, essere contraria all'art. 18 in quanto persegue principalmente un altro scopo non previsto dalla Convenzione, vale a dire perché emerge uno scopo diverso predominante – viceversa, se lo scopo previsto dalla Convenzione è lo scopo principale, la restrizione non viola l'art. 18, pur perseguendo anche un altro scopo; la predominanza di uno scopo dipende da tutte le circostanze del caso; nella sua valutazione al riguardo, la Corte terrà conto della natura e del grado di riprovevolezza della presunta finalità non convenzionale. Essa terrà, inoltre, presente che la Convenzione è intesa a salvaguardare e promuovere gli ideali e i valori di una società democratica governata dallo Stato di diritto» (*tdA*).

Tale essendo la portata applicativa della norma, il punto critico diviene quello della *prova del fine distorto e cioè dell'abuso di potere*.

Il caso *Birsan c. Romania* (ric. n. 79917/13, 25 febbraio 2016) riguardava la perquisizione illegittima nell'abitazione dei ricorrenti, un giudice della Corte Edu protetto da immunità e la moglie, giudice della Corte di cassazione rumena, accusata di traffico di influenze illecite (*trafic d'influence*). I due avevano allegato che, attraverso la perquisizione, era stato perseguito un fine non convenzionale. Nella sentenza, la seconda sezione affermava:

«[V]a ricordato che gli Stati godono di una presunzione di buona fede [Tymoshenko (...), § 294] e che, sebbene tale presunzione non sia inconfutabile, il semplice sospetto che le autorità si siano rese colpevoli di abuso di potere non è sufficiente a rovesciarla (...). Il ricorrente, che invoca l'art. 18, deve essere in grado di fornire prove dirette e incontestabili a sostegno delle sue affermazioni [OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia (...); cfr. anche, in particolare, *Khodorkovskiy c. Russia* (...), §§ 255-256 e 260, e *Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia* (...), §§ 899 e 903]. Tuttavia, i richiedenti non forniscono alcuna prova che suggerisca che le autorità (...) abbiano abusato della loro autorità applicando una restrizione autorizzata dalla Convenzione per uno scopo diverso da quello per cui è stata concepita» (*tdA*, corsivo aggiunto).

In *Merabishvili c. Georgia* muta la prospettiva. La Corte afferma che devono essere seguite le regole ordinarie di prova (negando implicitamente l'esistenza di quella presunzione che pure ha base nel Trattato istitutivo del Consiglio d'Europa), che così descrive:

« a) l'onere della prova non ricade su nessuna delle due parti, in quanto la Corte Edu esamina tutti gli elementi di prova in suo possesso, indipendentemente dalla loro provenienza, e, se necessario, ottiene d'ufficio altre prove; b) non è possibile applicare rigidamente il principio affermato della *incumbit probatio*, secondo il quale l'onere della prova di un'accusa

incombe sulla parte che la sostiene, soprattutto quando il ricorrente ha difficoltà al reperimento della prova medesima; c) sebbene si basi su prove che le parti producono spontaneamente, la Corte chiede regolarmente ai ricorrenti e ai governi convenuti di fornire prove che possano corroborare o confutare le accuse formulate dinanzi a essa. Se il governo convenuto non risponde alla richiesta, la Corte non può obbligarlo, ma se non spiega in modo soddisfacente il suo rifiuto, può trarne le conclusioni; d) lo *standard* di prova utilizzato è quello della prova "oltre ogni ragionevole dubbio". Tuttavia, questo criterio non coincide con quello utilizzato in alcuni sistemi giuridici nazionali. In primo luogo, tali prove possono risultare da un *corpus* di indizi o di presunzioni che sia sufficientemente serio, accurato e coerente. In secondo luogo, il grado di certezza necessario per giungere a una conclusione è intrinsecamente legato alla specificità dei fatti, alla natura delle accuse formulate e al diritto convenzionale in questione; e) la Corte è libera di valutare non solo l'ammissibilità e la pertinenza, ma anche il valore probatorio di ciascun elemento del fascicolo. Nella causa *Nachova e altri c. Bulgaria* ha chiarito che, nel valutare le prove, non è vincolata da formule e adotta conclusioni corroborate da una valutazione indipendente di tutte le prove, comprese le deduzioni che può trarre dai fatti e dalle osservazioni delle parti; f) le relazioni e le dichiarazioni di osservatori internazionali, di ong o dei *media*, nonché le decisioni di altri tribunali nazionali o internazionali sono spesso prese in considerazione, in particolare per far luce sui fatti o per corroborare le conclusioni della Corte» (*tdA*).

Quella che può sembrare una deviazione dal tema principale che ci occupa (l'indipendenza e l'imparzialità del giudice) appare rilevante appena si rifletta sui seguenti elementi. Una parte significativa dei diritti convenzionali suscettibili di restrizioni è realizzata attraverso l'intervento giudiziario, sia che la decisione del giudice sia necessaria per garantire la fruizione dei diritti, sia che la stessa sia preposta al controllo dell'operato di altre autorità (ad esempio, di polizia) che i diritti abbiano compresso. Norme e prassi che rendano possibile lo sviamento di potere quanto a diritti sostanziali o processuali sono, necessariamente, norme che incidono sull'indipendenza e l'imparzialità del giudice (e del pubblico ministero, se fa parte dell'ordinamento giudiziario); il giudice (o il pm) che si presta a un uso distorto delle norme sulla detenzione preventiva e sul processo penale viola profondamente i doveri inerenti alla professione, misconosce il dovere d'indipendenza e d'imparzialità. Che ciò faccia perché corrotto o soggetto a minacce e pressioni cui non può resistere, o perché parte del potere al comando (in un indistinto grigiore dove i poteri dello Stato si confondono), è irrilevante. Al fondo vi è la violazione, da parte dello Stato, del dovere primario di

garantire l'indipendenza e l'imparzialità del sistema giudiziario.

Se quanto appena detto è fondato, è evidente che l'art. 18 può essere un formidabile strumento nelle mani della Corte, anche se non esente da rischi (come accenneremo nelle sommarie conclusioni che seguono).

5. (Parziali e provvisorie) conclusioni

Come si è cercato di rendere esplicito attraverso l'esame della sua giurisprudenza, il tema della difesa dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice come singolo e come corpo o potere dello Stato nel sistema convenzionale è complesso.

Per quanto concerne il diritto del giustiziabile, l'approccio necessariamente casistico della Corte e la difficoltà di prova della parzialità del giudice potrebbero indurre a concludere per una debolezza strutturale del rimedio.

Per quanto concerne la prerogativa del giudice, la prudenza, l'enfatizzazione delle circostanze del caso concreto, l'inquadramento sotto l'art. 10 della Convenzione di quelli che sono veri e propri scontri tra poteri dello Stato, con sopraffazione del "più debole" – il potere giudiziario –, sembrano lasciare in secondo piano e, in fondo, irrisolta la questione principale.

Emergono, peraltro, elementi di grande rilievo e in continua evoluzione:

- a) la considerazione attenta e approfondita degli *standard* internazionali, *soft law* che, grazie anche alla Corte, diviene sempre più "robusta";
- b) la considerazione del lavoro e dei pareri del Consiglio consultivo dei giudici europei e della Commissione di Venezia;
- c) la disposizione di misure generali specifiche, qualora la Corte accerti problemi strutturali;
- d) l'opera del Comitato dei ministri in composizione diritti umani, il quale, benché organo politico intergovernativo – con tutte le limitazioni operative che ne derivano –, aiuta gli

Stati membri a camminare sul sentiero dei valori della democrazia e della Convenzione.

Un elemento sul quale merita focalizzare l'attenzione è quello della prova. Sia trattando delle prerogative del giudice che dell'applicazione dell'art. 18, la Corte fa riferimento a un apprezzamento integrale dei fatti e a una valutazione delle prove in base al principio "al di là di ogni ragionevole dubbio" (di violazione da parte dello Stato). L'assunzione, da parte della Corte, di un ruolo attivo nell'accertamento dei fatti e nell'introduzione della conoscenza nel processo (si veda il riferimento ai poteri d'ufficio) è un fattore importante perché rende possibile un accertamento tendenzialmente completo della situazione fattuale e consente una protezione più avanzata. D'altra parte – secondo l'opinione personale di chi scrive –, come emerge dal caso *Merabishvili*, la Corte non ha terminato il percorso di affinamento della teoria della prova davanti a sé. La distinzione tra onere della prova e principio di acquisizione processuale, tra prova del fatto principale e prova del fatto secondario, tra fonte di prova (anche al fine di distinguerne i tipi per attendibilità) e risultato probatorio sono percorsi necessari, che non possono essere diluiti nel principio del libero convincimento e che necessiterebbero, oramai, di una formalizzazione a livello di Regolamento della Corte (con adozione di regole sulle prove al pari di altre corti internazionali). Nella mancanza di regole per l'introduzione e la valutazione della conoscenza nel processo (conoscibili *ex ante* e controllabili *ex post*) potrebbe annidarsi e prendere forma la fiducia/sfiducia della Corte nell'uno o nell'altro ordinamento nazionale, nell'uno o nell'altro sistema giudiziario, nella loro indipendenza e capacità di dare attuazione ai diritti umani a livello interno. In quest'ottica, l'esplicitazione delle basi fattuali e normative di "sfiducia" in un sistema nazionale e la loro traduzione in constatazione di violazione degli artt. 6 e 18 è essenziale.

Anche per aiutare i giudici e i consigli della magistratura ad avere coraggio e a reclamare le loro prerogative.

Accesso alla giustizia e sentenze pilota: il “caso clinico” *Burmych*

di *Francesco De Santis di Nicola e Valentin Retornaz*

Le tensioni esistenti tra una lettura di sostanziale negazione del diritto di ricorso individuale e la constatazione dei limiti obiettivi dei poteri della Corte potrebbero comporsi riconoscendo, nella decisione *Burmych e altri c. Ucraina* (che, nell'autunno 2017, ha cancellato dal ruolo 12.143 ricorsi), una svolta verso una concezione nomofilattica del sindacato europeo – con gli accorgimenti necessari a garantire credibilità al sistema Cedu (tra cui un uso più spregiudicato della procedura di sentenza-pilota).

1. Introduzione

Nella sua celebre *pièce* teatrale *Un caso clinico*, Dino Buzzati fa viaggiare il protagonista nei piani di un ospedale fino a che egli non acquisti consapevolezza della propria malattia; tutta la tensione drammatica deriva dal contrasto fra tale graduale presa di coscienza e il crescente senso dell'assurdo che l'accompagna. Senza raggiungere un simile livello di virtuosismo letterario né di tensione drammatica, la decisione adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Burmych e altri c. Ucraina*¹ procura a chi la legge una esperienza paragonabile... ma fino a un punto: l'esito non è mortale, ma invita, piuttosto, a pensare diversamente al ruolo della Corte di Strasburgo e a riconoscere questa transizione in atto, augurandosi tuttavia che essa sia accompagnata da alcuni accorgimenti.

2. Alle origini del caso *Burmych* e altri: la violazione del diritto all'esecuzione delle sentenze (e del correlato dovere di adempimento da parte della pubblica amministrazione)...

Prima di entrare nel nostro viaggio psicologico-sperimentale, è importante tracciare il quadro all'interno del quale esso si svolge.

Il caso *Burmych* s'inscrive nella problematica generale della mancata esecuzione delle sentenze². Secondo la Corte di Strasburgo, il diritto di accesso a un tribunale, implicitamente derivante dal diritto al giusto processo ai sensi dell'art. 6, § 1, Cedu³, garantisce anche il diritto di ottenere l'esecuzione del provvedimento adottato all'esito del processo, quale imprescindibile condizione di effettività della tutela giurisdizionale⁴. Ove il rapporto credito-debito inter-

1. Corte Edu, *Burmych e altri c. Ucraina* [GC], ric. nn. 46852/13 e altri 4, 12 ottobre 2017 [GC]. Ad essa si farà riferimento nel testo denominandola, più brevemente, “decisione *Burmych*”.

2. Sul punto, anche per ulteriori riferimenti in dottrina e giurisprudenza, si veda I. Cabral Barreto, *L'article 6 de la Convention et la procédure d'exécution*, in P. Mahoney – F. Matscher – H. Petzold – L. Wildhaber (a cura di), *Mélanges à la mémoire de/Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Carla Heymanns, Colonia, 2000, pp. 135 ss. ; J. Van Compernelle, *L'effectivité d'une nouvelle garantie du procès équitable: le droit à l'exécution du jugement*, in Aa.Vv., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 653 ss.; *si vis*, F. De Santis di Nicola, *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, Jovene, Napoli, 2013, pp. 131 ss.

3. Vds. Corte Edu, *Golder c. Regno Unito* [plenaria], ric. n. 4451/70, 21 febbraio 1975, par. 40.

4. La prima affermazione di tale principio è contenuta in Corte Edu, *Hornsby c. Grecia* [GC], ric. n. 18357/91, 19 marzo 1997, parr. 40-41.

corra con una pubblica amministrazione, dall'art. 6, § 1, Cedu discende, in capo a quest'ultima, essenzialmente l'obbligo di conformarsi ai provvedimenti di condanna ed eseguirli spontaneamente in tempi ragionevoli; nei rapporti *inter privatos*, il diritto all'esecuzione delle decisioni di giustizia implica, invece, l'obbligo per lo Stato di mettere a disposizione del creditore adeguati mezzi di esecuzione⁵. Il fatto che le autorità nazionali non rispettino i propri obblighi (di risultato o di mezzi) derivanti dal diritto all'esecuzione ex art. 6, § 1, Cedu è già stato oggetto di numerose sentenze europee, riguardanti una pluralità di Paesi⁶.

3. (segue)... e la perdurante inesecuzione della sentenza-pilota nel caso *Ivanov*

In alcuni Paesi, i casi di inesecuzione dei provvedimenti giudiziari si sono rivelati tanto numerosi da indurre la Corte di Strasburgo ad affermare apertamente che essi fossero espressione di un problema sistemico nell'ordinamento considerato.

Talora, siffatte affermazioni sono rimaste confinate alla parte motivazionale della sentenza e non sono state accompagnate dall'indicazione, a opera della Corte, di misure di carattere generale da adottarsi da parte dello Stato in questione. Così è avvenuto, ad esempio, nel caso *Cocchiarella*⁷ e negli altri otto casi riguardanti l'Italia decisi dalla Grande Camera il 29 marzo 2006, nei quali veniva – tra l'altro – in rilievo

vo il pagamento tardivo, da parte dell'amministrazione, dell'«equa riparazione» per durata eccessiva del processo accordata ai sensi della «legge Pinto»⁸.

In altri casi, invece, la sistematica violazione degli obblighi scaturenti in capo allo Stato dal diritto all'esecuzione delle decisioni di giustizia ha indotto la Corte ad adottare una vera e propria procedura di *sentenza-pilota*: si tratta di quella procedura – originariamente delineata in via pretoria, ma, ormai, disciplinata dall'art. 61 del Regolamento di procedura della Corte Edu – tramite la quale la Corte decide un ricorso considerato emblematico di un certo problema strutturale, che viene espressamente indicato (sia nella motivazione sia, più brevemente, nel dispositivo della sentenza) unitamente alle misure di carattere generale richieste allo Stato per porvi rimedio⁹.

È ciò che si è verificato, nel 2009, con la sentenza *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ucraina*¹⁰. Avendo rilevato l'esistenza di una prassi generale d'inosservanza del diritto all'esecuzione delle decisioni di giustizia ex art. 6, § 1, Cedu – derivante dalla carenza di adeguati stanziamenti per il pagamento dei debiti della pubblica amministrazione e da altre carenze esistenti nell'ordinamento giuridico ucraino¹¹ – la Corte ha invitato tale Paese a procedere senza indugio (e sotto la vigilanza del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa) ai necessari interventi sulla legislazione e sulla prassi amministrativa, istituendo altresì, entro un anno¹², un rimedio (o un complesso di rimedi) a livello nazionale tale da assicurare (anche in via riparatoria) la tutela del diritto all'esecuzione delle decisioni di giustizia¹³.

5. Per l'articolazione di questi due diversi obblighi (l'uno di risultato, laddove lo Stato sia esso stesso il debitore, l'altro di mezzi, qualora il titolo esecutivo veda un privato come debitore) vedasi, tra le più recenti, Corte Edu, *Jovičić e altri c. Serbia*, ric. n. 37270/11, 13 gennaio 2015, par. 35-36.

6. Vds., ad esempio: Corte Edu, *C.M. c. Belgio*, ric. n. 67957/12, 13 marzo 2018, par. 55; *García Mateos c. Spagna*, ric. n. 38285/09, 19 febbraio 2013, par. 42; *Valentin Dumitrescu c. Romania*, ric. n. 36820/02, 1° aprile 2008, par. 41; *Apostol c. Georgia*, ric. n. 40765/02, 28 novembre 2006, par. 54; *Metaxas c. Grecia*, ric. n. 8415/02, 27 maggio 2004, par. 25; *Sanglier c. Francia*, ric. n. 50342/99, 27 maggio 2003, par. 39; *Burdov c. Russia*, ric. n. 59498/00, 7 maggio 2002, par. 34; *Immobiliare Saffi c. Italia* [GC], ric. n. 22774/93, 28 luglio 1999, par. 63.

7. Corte Edu, *Cocchiarella c. Italia* [GC], ric. n. 64886/01, 29 marzo 2006, par. 124-130.

8. Su tale specifica problematica, cfr. F. De Santis di Nicola, *Ragionevole durata del processo*, op. cit., pp. 76 ss.; *Id.*, *Dai ritardi dell'Amministrazione nel pagamento degli indennizzi Pinto alla (perniciosa) unitarietà dei processi di cognizione e di esecuzione*, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 1414 ss.

9. Sulla procedura di sentenza pilota (e sulle sentenze «quasi-pilota», a cui pure si è fatto cenno nel testo), cfr. F. Palombino, *La «procedura di sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, pp. 93 ss.; G. Repetto, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al 'doppio binario'*, in *Dir. pubbl.*, 2014, spec. pp. 1091 ss.; L.R. Glas, *The functioning of the Pilot-Judgment procedure of the European Court of Human Rights in Practice*, in *Netherland quarterly of human rights*, 2016, pp. 41 ss.

10. *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ucraina*, ric. n. 40450/04, 15 ottobre 2009. Ad essa si farà riferimento nel testo denominandola, più brevemente, «sentenza-pilota *Ivanov*».

11. *Yuriy Nikolayevich Ivanov*, cit., par. 83-88. Le violazioni derivanti da questo problema e già constatate a Strasburgo ammontavano, al tempo della sentenza-pilota, a 300; altri 1.400 casi analoghi erano pendenti davanti alla Corte al tempo dell'emanazione della sentenza-pilota.

12. A far tempo dalla data in cui essa sarebbe divenuta definitiva ex art. 44 Cedu.

13. *Yuriy Nikolayevich Ivanov*, cit., par. 89-94.

Per quanto riguarda la sorte dei ricorsi derivanti dallo stesso problema strutturale, la sentenza-pilota *Ivanov* prevedeva la sospensione per un anno della trattazione di tutti quelli proposti dopo l'emanazione della stessa¹⁴. Con riguardo ai ricorsi già pendenti alla data della pronuncia della sentenza-pilota, si annunciava la sospensione della trattazione di tutti quelli già comunicati nonché la comunicazione al Governo di quelli ancora non comunicati: le autorità erano, quindi, invitate ad adottare, entro un anno, misure volte a definire tale contenzioso, vale a dire rimedi in sede nazionale ovvero bonari componimenti davanti alla Corte di Strasburgo¹⁵. Lo scopo evidente di questi provvedimenti procedurali era di concedere un adeguato lasso di tempo alle autorità, mantenendo al contempo un certo livello di pressione.

La decisione *Burmych* costituisce l'ultima tappa del percorso intrapreso con la sentenza-pilota *Ivanov*¹⁶. Il termine da quest'ultima accordato allo Stato ucraino nel 2009 è stato infatti prorogato, mentre, nelle more, i regolamenti amichevoli o le dichiarazioni unilaterali del Governo ucraino consentivano la radiazione di alcune centinaia di casi "tipo *Ivanov*". L'afflusso di ricorsi di tale specie, tuttavia, non si arrestava, sicché al febbraio del 2012 risultavano pendenti, oltre ai 700 casi già comunicati, altri 1.000 casi sopravvenuti dopo la sentenza-pilota¹⁷.

Nel 2012 si è deciso, quindi, di riprendere l'esame dei ricorsi "tipo *Ivanov*" e con la sentenza *Kharuk e altri c. Ucraina*, del luglio 2012¹⁸, relativa a 116 ricorsi, la Corte ha nuovamente dichiarato l'avvenuta violazione dell'art. 6, § 1, Cedu a causa della prolungata inesecuzione di sentenze di condanna da parte della pubblica amministrazione.

Degno di segnalazione, ai fini del prosieguo dell'analisi, il capo sulla «*satisfaction équitable*» ex art. 41 Cedu, contenuto in tale sentenza: dopo aver sottolineato che il suo compito, in quanto alta giurisdizione

internazionale, non può essere quello di ristorare in maniera minuziosa ed esaustiva il pregiudizio subito da ciascun ricorrente a seguito della violazione, la Corte ha accordato, a titolo forfettario, 3.000 euro per i ritardi nell'esecuzione superiori a tre anni, 1.500 euro per i ritardi di durata inferiore. D'altra parte, nel corso del 2013, la Corte ha deciso una ulteriore standardizzazione degli indennizzi ex art. 41 Cedu nei casi "tipo *Ivanov*": 2.000 euro a titolo di danno patrimoniale, non patrimoniale e spese di procedura, a prescindere dal ritardo nell'adempimento da parte della pubblica amministrazione patito dal ricorrente¹⁹.

Dopo una nuova sospensione della trattazione dei ricorsi analoghi, nel 2014 la Corte di Strasburgo ha comunicato al Governo ucraino, nello stesso tempo, 5.000 ricorsi "tipo *Ivanov*"²⁰. Nel frattempo, la trattazione dei casi è ripresa con cadenza "stakanovista": alla data della decisione *Burmych*, oltre 14.000 casi "tipo *Ivanov*" erano già stati trattati, raggruppati e decisi dalla Corte di Strasburgo²¹. Questa spettacolare produttività non è stata, tuttavia, sufficiente per spegnere il fuoco ardente dei nuovi ricorsi, che arrivavano alla Corte con cadenza di 200 al mese²², sicché, alla data della decisione *Burmych*, le pendenze di questo tipo ammontavano a oltre 12.000 casi²³.

4. La "soluzione *Burmych*": cancellazione dal ruolo di tutti i casi presenti (e futuri) "tipo *Ivanov*"

Nella decisione *Burmych*, adottata da una maggioranza di dieci giudici sui diciassette che compongono la Grande Camera, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha optato per un approccio radicale alla problematica costituita dalla persistente mancata adozione, da parte dell'Ucraina, di quelle misure di carattere generale richieste dalla sentenza-pilo-

14. *Yuriy Nikolayevich Ivanov*, cit. par. 95.

15. *Yuriy Nikolayevich Ivanov*, cit., parr. 98-99.

16. Analiticamente descritto dalla decisione *Burmych e altri*, cit., parr. 11-44.

17. *Burmych e altri*, cit., parr. 19-23.

18. *Kharuk ed altri c. Ucraina*, ricorso n. 703/05, 26 luglio 2012, resa da un comitato di tre giudici (ex art. 28 Cedu).

19. Tale evoluzione è stata annunciata dalla sentenza *Kononova e altri c. Ucraina* [comitato], ricc. nn. 11770/03 e altri 89, 6 giugno 2013, parr. 23-24, a conclusione dei quali paragrafi si legge: «*The Court considers that still further standardisation of awards in these cases is called for, and intends, in future judgments dealing with standard non-enforcement complaints against Ukraine, to award a single lump sum to each applicant, regardless of the non-enforcement period involved*». Per la liquidazione della «*lump sum*» indicata nel testo, cfr., ad esempio, *Pysarskyi e altri c. Ucraina*, ricc. n. 20397/07 e altri 164, 20 giugno 2013 [comitato], parr. 24-25.

20. *Burmych e altri*, cit., par. 37.

21. *Burmych e altri*, cit., par. 43.

22. *Burmych e altri*, cit., par. 44.

23. *Burmych e altri*, cit., par. 43.

ta *Ivanov*: si è disposta la cancellazione dal ruolo di tutti casi “tipo *Ivanov*” pendenti – vuoi di quelli già comunicati vuoi di quelli non ancora comunicati – per un totale di 12.143 ricorsi²⁴. Sempre nella decisione *Burmych*, la Grande Camera ha annunciato che analogamente si provvederà con riguardo ai ricorsi “tipo *Ivanov*” che dovessero essere proposti in futuro²⁵.

Giova ricordare, in proposito, come a norma dell'articolo 37, § 1, Cedu, la Corte possa disporre la cancellazione dal ruolo di un ricorso in tre ipotesi differenti. In primo luogo, ciò è possibile quando «*il ricorrente non intende più mantener[e il ricorso]*»²⁶, il che si può evincere, ad esempio, dalla circostanza che egli non abbia depositato tempestivamente le memorie in replica alle osservazioni del Governo, durante l'istruzione del caso²⁷. In secondo luogo, si può cancellare il ricorso se «*la controversia è stata risolta*»²⁸, per esempio con il riconoscimento dello *status* di rifugiato a opera del Paese convenuto in un caso in cui la ricorrente lamentava di essere a rischio di espulsione²⁹. Infine – ed è l'ipotesi che più direttamente ci interessa – la cancellazione può essere disposta quando, «*per ogni altro motivo di cui la Corte accerta l'esistenza, la prosecuzione dell'esame del ricorso non sia più giustificata*»³⁰. Questa ultima fattispecie è stata posta alla base di vari casi di radiazione in cui poteva essere rimproverata al ricorrente una qualche forma di marcata negligenza, anche se egli non avesse perso l'interesse all'esame delle sue doglianze. In particolare, la Corte fa diffusamente uso di tale fattispecie di radiazione laddove

il ricorrente non accetti una ragionevole proposta conciliativa avanzata dal Governo e quest'ultimo faccia seguire alla proposta conciliativa una dichiarazione unilaterale, contenente il riconoscimento della violazione e la promessa di un'adeguata riparazione³¹: la cancellazione del ricorso dal ruolo serve, quindi, a superare una situazione di stallo imputabile al ricorrente.

Con la decisione *Burmych*, contrariamente a quanto appena rilevato, la Grande Camera ammette, per la prima volta, che la radiazione dal ruolo ai sensi dell'art. 37, § 1, lett. c), Cedu possa essere disposta anche quando la situazione di stallo (non nell'esame del singolo ricorso, ma nella complessiva economia dell'attività della Corte di Strasburgo) sia la conseguenza della condotta dello Stato, reo di non aver adottato le misure generali e i rimedi “ordinati” dalla Corte in una precedente (e, invero, risalente) sentenza-pilota³².

La *summa* della motivazione di tale soluzione si condensa nel § 218 della decisione, ove la Grande Camera richiama sia «la minaccia generale che il fenomeno dei ricorsi ripetitivi fa pesare sul buon funzionamento del sistema della Convenzione», sia «l'importanza crescente accordata alla responsabilità condivisa e al principio di sussidiarietà»³³. Tali aspetti sono ampiamente sviscerati nei lunghi passaggi argomentativi offerti dalla Grande Camera prima di tali conclusive statuizioni.

Ribadendo, in molti luoghi della motivazione, il numero astronomico dei ricorsi “tipo *Ivanov*” ancora pendenti³⁴ – e ciò malgrado gli sforzi messi in atto a

24. *Burmych e altri*, cit., parr. 219-220 e punto 4 del dispositivo.

25. *Burmych e altri*, cit., parr. 221-222. Allo stato, non si registrano ancora provvedimenti di questo tipo. Tuttavia, successivamente alla decisione *Burmych*, la Corte ha deciso la radiazione dal ruolo delle doglianze “tipo *Ivanov*” all'interno di ricorsi, proposti prima dell'ottobre 2017, contenenti altre doglianze di tipo diverso: cfr., ad esempio, *Morozov e altri c. Ucraina* [comitato], ric. n. 2318/07 e altri 3, 8 marzo 2018, in specie parr. 15-16.

26. Art. 37, § 1, lett. (a), Cedu.

27. Per un esempio recente: *Severino c. Italia*, ric. n. 52467/14, 15 maggio 2018.

28. Art. 37, § 1, lett. (b), Cedu.

29. *Ali e altri c. Svizzera*, ric. n. 30474/14, 4 ottobre 2016.

30. Art. 37, § 1, lett. (c), Cedu.

31. Per un esempio recente, cfr. *Farchica c. Italia*, ric. n. 39600/13, 28 marzo 2017. Si veda, altresì, l'art. 62A del Regolamento di procedura della Corte.

32. Invero, una decisione analoga era già stata adottata in *Pantusheva e altri c. Bulgaria*, ric. n. 40047/04 e altri, 5 luglio 2011, ma le circostanze sottese a tale decisione paiono diverse da quelle della “saga *Ivanov-Burmych*”; ad ogni buon conto, la decisione *Pantusheva* non è richiamata dalla decisione *Burmych*.

33. Aspetti, questi, messi in evidenza con diversi accenti sia dalla Dichiarazione di Brighton del 18-20 aprile 2012 sia dalla Dichiarazione di Bruxelles del 26-27 marzo 2015, adottate nell'ambito delle conferenze di alto livello in cui si snoda il processo di riforma del sistema Cedu a far tempo dal vertice di Interlaken (<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c>).

34. *Burmych e altri*, cit., parr. 147, 150 e 168.

Strasburgo per lo smaltimento di tale contenzioso³⁵ – la Grande Camera afferma, infatti, che il ruolo della Corte, delineato dagli artt. 19 e 32 Cedu, non è quello di trattare quei ricorsi ripetitivi che, dopo l'emanazione della sentenza-pilota, hanno ormai come scopo il solo versamento di una compensazione finanziaria³⁶. La trattazione di tutti i ricorsi registrati dopo la sentenza-pilota *Ivanov* non contribuirebbe a migliorare il rispetto dei diritti umani nel sistema creato dalla Convenzione³⁷.

Invero, continua la Grande Camera, i ricorsi “tipo *Ivanov*” devono essere considerati (più che dei ricorsi individuali meritevoli di trattazione nel merito) come le mere conseguenze dell'inesecuzione persistente della sentenza-pilota *Ivanov* da parte dell'Ucraina. Ebbene: il compito di vigilare alla corretta esecuzione della sentenza-pilota *Ivanov* non appartiene alla Corte, bensì a una altra istituzione del Consiglio di Europa, vale a dire al Comitato dei ministri³⁸.

In altre parole, se la procedura di sentenza pilota ha come scopo quello di evitare l'accumulazione di ricorsi derivanti dal medesimo problema strutturale davanti alla Corte europea, e ciò per il tramite di rimedi effettivi a livello nazionale, tale obiettivo non può essere realizzato ove la Corte continui a trattare e decidere nel merito la medesima tipologia di ricorsi, sottraendo peraltro risorse alla trattazione di altri ricorsi... più meritevoli di esame individualizzato³⁹. Del resto, osserva la Grande Camera, «gli interessi dei ricorrenti e quelli delle altre vittime attuali o potenziali del problema sistemico in questione sono più adeguatamente protetti nel quadro della procedura di esecuzione» della sentenza-pilota *Ivanov*, sotto la supervisione del Comitato dei ministri⁴⁰.

La decisione *Burmych*, anche grazie all'ampia opinione dissenziente che vi è annessa⁴¹, può essere affrontata da tre angolature diverse, che rappresentano anche un percorso dialettico nella riflessione. Il primo stadio è considerare questa decisione come una mera capitolazione davanti alla persistente in-

secuzione della sentenza-pilota *Ivanov*, che sottende alla sostanziale negazione del diritto di ricorso individuale. A questa visione assai pessimistica potrebbe contrapporsi una rilettura realistica, che prenda atto dei limiti obiettivi dei poteri della Corte e della concreta ripartizione delle competenze all'interno del sistema di tutela dei diritti dell'uomo delineato dalla Convenzione. Finalmente, la tensione fra l'approccio critico e l'obiezione realistica (o, se si vuole: fra sentimento soggettivo e razionalismo pragmatico) si potrebbe dissolvere, nel senso di una *Aufhebung* hegeliana, con l'introduzione di una concezione nomofilattica del sindacato europeo e con l'indicazione di taluni correttivi affinché si possano garantire effettività e, in ultimo, credibilità al sistema.

5. Capitolazione (ovvero della negazione del diritto di ricorso individuale)

Come si è visto nel paragrafo precedente, tutta la decisione *Burmych* è contraddistinta dai dati statistici sui ricorsi dello stesso tipo già definiti e su quelli simili ancora pendenti. La Corte di Strasburgo sottolinea che, visto il loro numero, essa non sarebbe in grado, per mere ragioni di economia del sistema, di investire le risorse sufficienti né per emanare una sentenza per ciascuno di essi né per riservare a ciascuno di essi un trattamento individualizzato⁴².

Argomentazioni di questo tenore possono dare l'impressione che la Corte capitoli di fronte al numero dei casi. In altre parole, se una violazione del diritto convenzionale è reiterata a grande livello, sono gli individui, e non gli Stati, a dover subire le conseguenze della scarsità delle risorse che essi stessi hanno messo a disposizione della Corte⁴³. Pertanto, la sensazione lasciata dalla decisione *Burmych* è che la massa dei ricorrenti, indirizzati a Strasburgo dalla persistenza di un problema strutturale in un dato ordinamento, venga quasi percepita «come un

35. *Burmych e altri*, cit., par. 3.

36. *Burmych e altri*, cit., par. 181.

37. *Burmych e altri*, cit., par. 174.

38. *Burmych e altri*, cit., parr. 194-196.

39. *Burmych e altri*, cit., par. 201.

40. *Burmych e altri*, cit., par. 202.

41. Comune ai giudici Yudkivska, Sajó, Bianku, Karakaş, De Gaetano, Laffranque e Motoc.

42. *Burmych e altri*, cit., par. 174.

43. Osservano a tal proposito i giudici dissenzienti, par. 9: «*Nous trouvons particulièrement troublant que cette négation du droit de recours individuel et du droit à un arrêt ou une décision basés sur une appréciation au cas par cas, droits accordés par la Convention, aît été motivée par les raisons bureaucratiques consistant à “alléger la charge de la Cour”*».

peso» che «impedisce alla Corte di trattare “questioni nuove e gravi di osservanza della Convenzione”»⁴⁴, donde l'opportunità di alleggerirsi da tale peso con una mera cancellazione dal ruolo, senza che i ricorrenti siano mai stati avvertiti di siffatta eventualità⁴⁵.

Sempre sotto il profilo della politica giudiziaria, si potrebbe, poi, osservare come tale esito non promuova il rispetto degli impegni assunti dagli Stati con la loro adesione alla Cedu. È, infatti, persino immaginabile che, a fronte di una violazione sistematica della Convenzione, uno Stato membro possa decidere cinicamente di non fare nulla per risolvere il problema, lasciando quindi proliferare i ricorsi a Strasburgo... fino a che la Corte Edu, richiamandosi alla decisione *Burmych*, non si rassegni a cancellarli dal ruolo⁴⁶.

Peraltro, non si può tacere come – nella sua costante giurisprudenza in tema di giusto processo e, soprattutto, di «*délai raisonnable*» ai sensi dell'art. 6, § 1, Cedu – la Corte di Strasburgo abbia sempre ribadito che gli Stati non possono invocare la scarsità delle risorse giudiziarie⁴⁷ o il numero di casi pendenti⁴⁸ per giustificare le loro manchevolezze. Il fatto che questi principi finiscano per non venire applicati con riguardo al diritto di accesso alla Corte Edu (e a una decisione giudiziale sul ricorso proposto) finisce per gettare un'ombra sulla legittimità della surriferita (e rigorosa) giurisprudenza: *fate quel che vi dico, ma non quel che faccio...*

Su un piano più strettamente giuridico, l'interpretazione dell'art. 37, § 1, lett. (c), Cedu, adottata dalla decisione *Burmych* per addivenire alla cancellazione dal ruolo dei ricorsi ripetitivi “tipo *Ivanov*”, pare non pienamente coerente con la competenza dei Comitati di tre giudici, quale delineata dall'art. 28, § 1, lett. (b), Cedu, laddove si prevede che questa formazione giudicante può pronunciarsi, all'unanimità, sulla ricevibilità e sul merito del ricorso «quando la questione relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione (...) all'origine della causa è oggetto di una giurisprudenza consolidata della Corte».

Invero, nella prospettiva dei redattori del Protocollo n. 14, tale innovazione serviva per l'appunto a snellire la definizione dei ricorsi ripetitivi⁴⁹ dei quali, invece, nell'ottica della decisione *Burmych*, la Corte non dovrebbe proprio occuparsi.

Infine, non è agevole intendere l'esatto significato della trasmissione al Comitato dei ministri dei ricorsi ripetitivi “tipo *Ivanov*”, della quale discorre la decisione *Burmych*. Nella prospettiva critica dell'opinione dissenziente, il Comitato dei ministri sarebbe, in sostanza, chiamato dalla Corte a effettuare una qualche forma di esame individualizzato di questi ricorsi, seppure nell'ambito della procedura di supervisione dell'esecuzione della sentenza-pilota *Ivanov*. Si tornerebbe così, di fatto, al sistema duale Corte-Comitato, con la correlata *potestas iudicandi* di un organo politico, che è stato soppresso dal Protocollo n. 11⁵⁰.

Tuttavia, a tale interpretazione si potrebbe opporre che, *de iure condito*, il Comitato dei ministri ha il potere di supervisionare l'esecuzione delle «sentenze definitive» della Corte (art. 46, § 2, Cedu) nonché – ai sensi dell'art. 39, § 4, Cedu – delle decisioni di cancellazione del ricorso dal ruolo avvenute a seguito di un regolamento amichevole, mentre la decisione *Burmych* reca una radiazione ex art. 37, § 1, lett. (c), Cedu: sembra, insomma, mancare la base giuridica in forza della quale il Comitato possa conoscere degli oltre 12.000 ricorsi oggetto della decisione *Burmych*.

Sta di fatto che, con un comunicato pubblicato sul proprio sito *web* in data 9 novembre 2017⁵¹, il Servizio esecuzione delle sentenze della Corte Edu⁵² avvertiva che dei ricorsi oggetto della decisione *Burmych*, nonché dei ricorsi futuri analoghi, si sarebbero occupate «le autorità nazionali nell'ambito delle misure generali richieste dalla sentenza-pilota *Ivanov*»: *i ricorrenti erano, quindi, invitati a «rivolgersi alle autorità nazionali» (in particolare l'agente del Governo ucraino e il Ministero della giustizia)*. Il Servizio esecuzione, concludeva il comunicato, non avrebbe dato

44. Cfr. C. Madelaine, *La Cour européenne des droits de l'homme, une «Cour constitutionnelle protectrice des individus»?*, in Aa. Vv., *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, Parigi, 2018, p. 421.

45. Per tale notazione critica, cfr. la già richiamata opinione dissenziente annessa alla decisione *Burmych*, par. 12.

46. Per un simile rilievo critico, cfr. C. Madelaine, *op. cit.*, p. 422.

47. *Moreira de Azevedo c. Portogallo*, ric. n. 11296/84, 23 ottobre 1990, §§ 73-75.

48. *Vocaturò c. Italia*, ric. n. 11891/85, 24 maggio 1991, § 17.

49. Cfr. il par. 40 del Rapporto esplicativo al Protocollo n. 14, richiamato dall'opinione dissenziente, par. 24.

50. Cfr., in particolare, i parr. 13 e 15 dell'opinione dissenziente.

51. Reperibile *online* all'indirizzo: <https://www.coe.int/en/web/execution/-/burmych-and-others-v-ukraine>.

52. Vale a dire, il servizio giuridico del Consiglio d'Europa che coadiuva il Comitato nell'adempimento delle sue funzioni ex art. 46 Cedu.

seguito ad alcuna comunicazione relativa ai ricorsi in discorso.

6. Realismo (ovvero: della scarsità dei mezzi a disposizione della Corte di Strasburgo e del principio di sussidiarietà)

La decisione adottata nel caso *Burmych* può anche essere spiegata come una manifestazione di realismo a opera della Corte.

Come pure ha riconosciuto la dottrina critica rispetto alla pronuncia della Grande Camera qui in analisi⁵³, già la prassi attuale – quale si è andata consolidando, soprattutto, a far tempo dall'entrata in vigore del Protocollo n. 14 – conosce più o meno larvate restrizioni del diritto di ricorso individuale ex art. 34 Cedu, sia nella prospettiva dell'accesso alla Corte da parte della vittima della violazione, sia nella prospettiva dell'esame individualizzato del ricorso e della riparazione del torto subito. Si pensi, ad esempio, al tasso di formalismo inserito nell'art. 47 del Regolamento di procedura (e alla conseguente sanzione di inesistenza del ricorso che non rispetti i requisiti indicati da tale disposizione), al rapidissimo filtraggio dei ricorsi a opera della Cancelleria, alla definizione di una elevatissima percentuale di questi con decisioni dalla motivazione solo parzialmente accessibile al ricorrente, all'adozione di procedure rapide e standardizzate che conducono a pronunce altrettanto standardizzate nella prassi dei Comitati, alla frequente scelta della Corte di non accordare alcuna somma a titolo di equa soddisfazione ovvero di liquidare somme a titolo forfettario. Questa è la risposta che, con i mezzi a disposizione, la Corte riesce a offrire con riguardo alla gran parte del contenzioso di cui è investita⁵⁴.

A tale evidenza fattuale recata dal recente processo di riforma se ne aggiunge un'altra, insita nel sistema sin dalle sue origini: la giurisdizione di Strasburgo non è una vera "Corte suprema" europea, nel

senso che essa non dispone dei poteri di cassazione e di ingiunzione che esistono al livello nazionale. Il suo sindacato principale verte sull'esistenza di una violazione della Convenzione o dei Protocolli addizionali. Gli Stati membri del Consiglio d'Europa sono liberi, in linea di principio, di scegliere il modo concreto di esecuzione delle sentenze della Corte⁵⁵. Certo, la Corte talora indica quale sarebbe la maniera a suo giudizio più adeguata per eseguire la sua sentenza⁵⁶; eppure, tale indicazione ha, a livello nazionale, l'effetto che l'ordinamento interno "concede".

A fronte del fallimento della procedura di sentenza-pilota – ché di questo si tratta nella saga *Ivanov-Burmych* – la Corte non ha altro potere se non quello di constatare *sine die* la medesima violazione derivante dal medesimo problema strutturale. E allora, visti i poteri limitati della Corte per quanto riguarda l'esecuzione delle proprie sentenze, la soluzione adottata nella decisione *Burmych* – che era stata in parte preconizzata, ormai dieci anni orsono, dall'allora cancelliere Erik Fribergh⁵⁷ – può sembrare, se non soddisfacente, quantomeno logica: se alla base vi è un problema di esecuzione (della sentenza-pilota *Ivanov*), tanto vale investire di esso direttamente il Comitato dei ministri, cioè l'organo che, nel sistema della Convenzione, ha specifica competenza per vigilare sull'esecuzione delle sentenze della Corte, invece di emanare una sentenza (o più sentenze) succintamente motivate su tutti i ricorsi derivanti dal problema strutturale già segnalato nella sentenza-pilota, aspettando poi che il Comitato dei ministri ne vigili l'esecuzione. Con la decisione *Burmych* si chiede, in altre parole, al Comitato di continuare a occuparsi del problema (nella specie: la problematica dell'inesecuzione delle decisioni di giustizia in Ucraina) e di occuparsi, altresì, delle sue perduranti conseguenze (vale a dire: i casi ripetitivi "tipo *Ivanov*").

Vero è che, nelle more del processo di esecuzione della sentenza-pilota *Ivanov*, l'effetto pratico immediato della decisione *Burmych* è stato quello di "reindirizzare" oltre 12.000 ricorrenti verso quelle stesse autorità nazionali cui va imputato il persisten-

53. Cfr. C. Madelaine, *op. cit.*, pp. 419 ss.

54. Per una più distesa riflessione cfr., *si vis*, F. De Santis di Nicola, *Délai raisonnable del processo innanzi alle Corti di Lussemburgo e Strasburgo: tutela rimediabile, efficienza e qualità della giustizia*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 1/2017, spec. pp. 100 ss. (www.questionegiustizia.it/rivista/2017/1/delai-raisonnable-del-processo-innanzi-alle-corti-420.php).

55. Cfr., ad esempio, *Sejdovic c. Italia* [GC], ric. n. 56581/00, 1° marzo 2006, par. 119; *Scozzari e Giunta c. Italia* [GC], ric. nn. 39221/98 e 41963/98, 13 luglio 2000, par. 249.

56. Per un esempio recente: *Simeonovi c. Bulgaria*, ric. n. 21980/04, 12 maggio 2017, parr. 146-151.

57. Cfr. E. Fribergh, *Pilot judgments from the Court's perspective*, in Aa. Vv., *Towards stronger implementation of the European Convention on Human Rights at national level*, atti del convegno organizzato sotto la presidenza svedese del Consiglio d'Europa (Stoccolma, 9-10 giugno 2008), pubblicazione a cura del Consiglio d'Europa, Strasburgo, 2008, pp. 92 ss. (<https://rm.coe.int/applying-and-supervising-the-echr-towards-stronger-implementation-of-t/1680695ac3>).

te problema strutturale all'origine della saga di cui si discorre. Tuttavia, è altresì vero che, nel sistema della Convenzione, la tutela dei diritti umani non può aversi se non per il tramite della cooperazione delle autorità nazionali: è questo il senso del principio di sussidiarietà e della *responsabilité partagée* riaffermata – prima ancora che dalla Corte nella decisione *Burmych* – dagli Stati membri nella Dichiarazione di Bruxelles!

7. Conclusione: verso una concezione nomofilattica del sindacato europeo (e un uso più spregiudicato della sentenza-pilota)?

Le due analisi della decisione *Burmych* che abbiamo presentato nei due paragrafi precedenti – in sintesi: un approccio *rigoroso* o, se si preferisce, *pessimista* contrapposto a un approccio *realistico* o, se si preferisce, *cinico* – si trovano in un rapporto di tensione dialettica. La scelta fra loro dipende, con tutta probabilità, anche dal punto di vista che si voglia prediligere per quanto riguarda la tutela dei diritti umani in Europa⁵⁸. Se, in proposito, si dà più importanza al diritto di accesso alla Corte di Strasburgo ex art. 34 Cedu e, dunque, alla realizzazione soggettiva del diritto, la decisione *Burmych* costituisce un criticabile passo indietro; una concezione meno centrata sulla singola vittima della violazione e più attenta all'economia globale del sistema – tra livello nazionale e livello sovranazionale di tutela – può meglio accettare questa soluzione. Come abbiamo indicato nell'introduzione, a noi pare doveroso tentare di superare questa contrapposizione. Per fare ciò, è importante soffermarsi sul tipo di obbli-

gazioni scaturenti in capo agli Stati firmatari dalla Convenzione stessa.

Nella rubrica dell'art. 1 Cedu si menziona un «*Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*». Non si tratta di un impegno meramente programmatico. Gli Stati debbono dare attuazione alle sue disposizioni e, così, invero i diritti umani da essa garantiti all'interno dei loro ordinamenti giuridici anche prima dell'emanazione di una sentenza di condanna. L'obbligo di rispettare la Convenzione non si esaurisce nell'esecuzione delle sentenze emanate. La Corte di Strasburgo ha già avuto occasione di sottolineare la necessità che gli Stati adottino un approccio preventivo per quanto riguarda potenziali violazioni della Convenzione⁵⁹, sicché si può discorrere di un vero dovere di vigilanza⁶⁰.

Il perfetto adempimento di questo impegno dovrebbe avere, idealmente, come conseguenza che la Corte europea dei diritti dell'uomo sia chiamata a occuparsi delle sole controversie relative all'esatta interpretazione della Convenzione e, quindi, della delimitazione degli obblighi da essa scaturenti in capo agli Stati. Il sindacato dalla Corte evolverebbe, allora, decisamente in senso puramente nomofilattico: essa sarebbe chiamata a emanare poche sentenze volte a stabilire l'interpretazione della Convenzione e la sua applicazione in una fattispecie generale, mentre le autorità nazionali garantirebbero spontaneamente il loro seguito sotto la supervisione del Comitato dei ministri.

Questa concezione nomofilattica o, se si vuole, «costituzionale»⁶¹ del ruolo della Corte – che risulta chiaramente contestata dalla decisione *Burmych*⁶² – presenta due punti deboli, ai quali, nell'economia del presente lavoro, si può solo dedicare qualche fugace cenno.

58. Cfr. L. Burgorgue-Larsen, *Actualité de la convention européenne des droits de l'homme (août-décembre 2017)*, in *Actualité juridique de droit administratif*, n. 3/2018, p. 152, discorrendo di un «difficile équilibre».

59. Cfr. *Hutten-Czapska c. Polonia* [GC], ric. n. 35014/97, 19 giugno 2006, par. 217: «sachant que l'article 1 de la Convention impose aux Etats l'obligation de reconnaître "à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis (...) [dans la] Convention" et vu le contexte général de l'affaire [...], la Cour considère qu'une telle solution pratique, appliquée par les autorités à l'égard d'un requérant donné dans une affaire où la question centrale qui se pose sous l'angle de la Convention a trait au fonctionnement d'un dispositif législatif affectant potentiellement les droits d'un grand nombre de personnes, ne la dispense pas de rechercher si le problème général sous-jacent à la situation dénoncée a été réglé et si la cause de la violation des droits d'autres personnes a été supprimée».

60. Questa nozione, già conosciuta nel diritto internazionale generale dopo la famosa «Sentenza dell'Alabama» (cfr. A. Ouedraogo, *La due diligence en droit international: de la règle de neutralité au principe général*, in *Revue générale de droit*, n. 2/2012, pp. 641 ss.), ha trovato nel campo dei diritti dell'uomo una risonanza particolare; cfr. lo studio magistrale di H. Tran, *Les obligations de vigilance des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme – Essai sur la transposition en droit européen des droits de l'homme d'un concept de droit international général*, Bruylant, Bruxelles, 2013, *passim*; si veda, altresì, S. Touzé, *La notion de prévention en droit international des droits de l'homme*, in E. Decaux e S. Touzé (a cura di) *La prévention des violations des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2015, pp. 20 ss.

61. Cfr., per tutti, L. Wildhaber, *A constitutional future for the European Court of Human Rights?*, in *Human rights law journal*, nn. 5-7/2002, pp. 161 ss.; S. Greer, *The European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, 2006, pp. 165 ss.

62. E che trova interessanti punti di contatto con la linea di tendenza che ha caratterizzato, quantomeno nell'ultimo decennio, le riforme del giudizio di cassazione in Italia: cfr. S. Rusciano, *Nomofilachia e ricorso in Cassazione*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 60 ss.

Il primo sta a monte: se la vittima della violazione – che, ad oggi, è essenzialmente il solo soggetto legittimato al ricorso individuale ex art. 34 Cedu – non è sicura di poter ottenere tutela a Strasburgo, essa sarà sempre più scoraggiata e, in un crescente numero di casi, rinuncerà ad adire la Corte... che verrebbe così privata della principale fonte della sua attività giudiziale⁶³. A meno che non si voglia scommettere tutto sul rinvio pregiudiziale di cui al Protocollo n. 16 oppure aprire il novero dei legittimati a enti esponenziali di interessi diffusi, si dovrà continuare a lasciare un qualche spazio alla giustizia individuale anche nel prevalere della funzione astrattamente nomofilattica.

Il secondo problema sta a valle. Lo scenario idilliaco di generale e spontaneo adempimento della Convenzione a opera degli Stati membri non costituisce la regola, financo qualora la Corte abbia fatto già ricorso alla sentenza-pilota o a simili strumenti a sua disposizione per individuare gli obblighi convenzionali rilevanti nel caso di specie e aiutare lo Stato a rispettarli. Ciò è manifesto nel caso *Burmych*: malgrado le proroghe, lo Stato ucraino non ha eseguito la sentenza-pilota *Ivanov*; se lo avesse fatto, sarebbe stato in grado di adottare tutte le misure richieste per liquidare i casi successivi “tipo *Ivanov*” a esso comunicati. Occorre, allora, riflettere sulle vie per rafforzare l'adempimento spontaneo delle obbligazioni convenzionali e il potere di pressione del Comitato dei ministri.

Una migliore messa a punto della soluzione *Burmych* non è estranea alla soluzione di entrambi gli accennati problemi.

A tale specifico proposito, giova ricordare come la procedura di sentenza-pilota sia stata da tempo

accostata, in dottrina, a una peculiare forma di *class action* statunitense in materia di violazione dei diritti umani⁶⁴. Nel diritto statunitense⁶⁵, uno degli scopi della *class action* è quello di gestire con efficienza un'importante mole di contenzioso, anche nel settore della tutela dei diritti umani⁶⁶, come si verificò, ad esempio, dopo il crollo della dittatura di Ferdinand Marcos nelle Filippine⁶⁷ o durante la guerra della ex-Yugoslavia⁶⁸. Lo scopo della *class action* è, precisamente, evitare l'accumulazione delle cause pendenti, decidendo con una singola sentenza – relativa a un caso ritenuto adeguatamente rappresentativo della “classe” – un numero potenzialmente illimitato di casi simili, pendenti o potenziali⁶⁹.

Lo stesso scopo è perseguito dalla decisione *Burmych*, a valle della sentenza-pilota *Ivanov*, con la cancellazione dal ruolo ex art. 37, § 1, lett. (c) Cedu dei casi “tipo *Ivanov*” già pendenti. La principale differenza – a prescindere dalla possibilità di liquidare *punitive damages* da parte delle corti nordamericane – sta, allora, nella circostanza che nelle *class actions* la sentenza principale contiene indicazioni, più o meno generali, sul trattamento dei casi successivi. Per esempio, nel caso della dittatura di Marcos, la sentenza designava un *commissario straordinario (special master)* incaricato della liquidazione dei danni da effettuarsi utilizzando i beni della successione del defunto dittatore⁷⁰.

Niente di simile si riscontra nella decisione *Burmych*. La base giuridica della radiazione, come si è visto, rende dubbio il tipo di coinvolgimento del Comitato dei ministri nella trattazione dei casi “tipo *Ivanov*”, né la Corte precisa alcunché circa il trattamento che a essi il Comitato dovrebbe riservare. Considera-

63. In tal senso, pare convincente il par. 28 dell'opinione dissenziente, più volte richiamata.

64. Cfr. L. R. Helfer, *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights*, in *European Journal of International Law*, n. 1/2008, pp. 148 ss.; R. T. Sainati, *Human Rights Class Actions: Rethinking the Pilot-Judgment Procedure at the European Court of Human Rights*, in *Harvard Journal of international law*, vol. 56, 2015, pp. 147 ss.

65. Dove il contenzioso amministrativo è considerato come una parte del diritto processuale civile, sicché non costituisce una vera novità né una eccessiva forzatura la trasposizione – suggerita nel testo – di un istituto proprio al processo civile nazionale (la *class action*) nell'ambito del diritto pubblico (nella specie: la tutela dei diritti umani a Strasburgo).

66. Cfr. M.G. Perl, *Not Just Another Mass Tort: Using Class Actions to Redress International Human Rights Violations*, in *Georgetown law Journal*, vol. 88, 1999-2000, pp. 773-798.

67. *Hilao v. Estate of Marcos*, 103 F. 3d 767 (9th Cir. 1996).

68. *Doe v. Karadzic*, 176 FRD 458 (SDNY 1997).

69. Cfr. le condizioni di ammissibilità della *class action* nel diritto federale americano, come enumerate alla Rule 23(a) delle *Federal Rules of Civil Procedure*. Per prime informazioni sulla *class action* statunitense cfr., nella dottrina italiana, C. Consolo, *Class actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, pp. 610 ss.; A. Giussani, *Studi sulle class actions*, CEDAM, Padova, 1996, pp. 63 ss.; P.F. Giuggioli, *Class action e azione di gruppo*, CEDAM, Padova, 2006, *passim*.

70. Per una descrizione da parte del commissario straordinario stesso: S. Schreiber e L.D. Weissbach, *In Re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation: a Personal Account of the Role of the Special Master*, in *Loyola of Los Angeles law Review*, vol. 31, 1998, pp. 475 ss.

rando che la decisione *Burmych* costituisce una vera novità, questa situazione comporta una zona d'ombra molto estesa.

Si potrebbe, allora, immaginare che – se non già all'atto dell'emanazione della sentenza-pilota, quantomeno, nel momento in cui si palesi l'inadempimento dello Stato agli obblighi da essa scaturenti – la Corte, pronunciandosi su pochi *test-case* adeguatamente rappresentativi della classe, indichi i criteri per la determinazione dell'indennizzo dovuto a ciascuna vittima della medesima violazione strutturale⁷¹ e, solo a quel punto, trasferisca al Comitato dei ministri i casi ripetitivi derivanti dal medesimo problema strutturale identificato nella sentenza-pilota. In tal modo, la base giuridica del coinvolgimento del Comitato dei ministri sarebbe costituita da una sentenza di violazione, fonte – per il governo convenuto – di una chiara obbligazione indennitaria a favore di ciascuno dei membri della classe⁷². Se, poi, l'efficacia di simile sen-

tenza di violazione possa riguardare non solo coloro che abbiano proposto o proponano ricorso alla Corte Edu, ma anche tutte le vittime potenziali – che, a quel punto, si rivolgerebbero per la prima volta al solo Comitato dei ministri, facendo valere la loro “appartenenza alla classe” –, è problema che non può essere qui analizzato⁷³.

Certo, fino a che il Comitato dei ministri (*rectius*: il Servizio esecuzione) non sia adeguatamente attrezzato⁷⁴ per svolgere il ruolo di *special master*, la soluzione qui immaginata finirebbe per richiedere, in ultima istanza, il diretto coinvolgimento delle autorità nazionali, che dovrebbero assicurare in prima persona la gestione della fase indennitaria. E tuttavia, già allo stato dell'arte, simile soluzione parrebbe preferibile – in quanto meno radicale e più... “digeribile” per i ricorrenti – di quella che ha riguardato la Sig.ra *Burmych* e le altre 12.142 vittime di violazioni “tipo *Ivanov*”, i cui ricorsi sono stati cancellati dal ruolo della Corte.

71. Nella saga *Ivanov-Burmych*, come si è visto nel par. 3, la Corte aveva già stabilito l'indennizzo forfettario dovuto per le violazioni “tipo *Ivanov*”.

72. Il che è, a ben vedere, apertamente preconizzato dalla Dichiarazione di Brighton (in specie, punto 20, lett. d) e non può, invece, affermarsi con riguardo alla decisione *Burmych*, come giustamente rilevato dall'opinione dissenziente, par. 31.

73. Nella prospettiva di E. Friebergh, *op. loc. cit.*, il potere di “certificare” i *follow-up cases* successivi al *pilot judgment* sembra essere riservato alla Corte: «*What one could envisage is that, instead of delivering judgments in repetitive cases, the Court would simply certify that the case is to be settled in light of the previous decisive judgment. The follow-up cases would be referred directly to the Committee of Ministers, not as decided cases but certified claims to be enforced on the basis of that existing judgment*». Nondimeno, in un'ottica di massimizzazione dell'efficacia deflattiva della procedura di sentenza-pilota – e proprio sulle orme della *class action* statunitense –, il secondo corno dell'alternativa delineato nel testo andrebbe attentamente considerato.

74. Cfr., ancora, E. Friebergh, *op. loc. cit.*: «*Admittedly, one could object that the Committee of Ministers has neither the competence nor the resources to function in this way. But if, as I argue, these cases should not be processed by the Court, then it is time to look at how the CM could be given the legal competence to take on this role and equipped to do so*».

Gli effetti delle pronunce della Corte Edu sul giudicato penale di condanna

di Luca Masera

Da tempo la nostra giurisprudenza riconosce il principio della cessazione degli effetti di una sentenza penale definitiva di condanna ritenuta dalla Corte Edu lesiva dei diritti fondamentali del condannato. Partendo dall'analisi delle più note vicende pretorie in argomento, il lavoro fornisce un'indicazione dei molteplici strumenti che, in base al tipo di violazione riscontrata dai giudici di Strasburgo, possono essere attivati per dare esecuzione in sede interna alle decisioni europee.

1. Premessa

Il problema qui oggetto di studio inizia a porsi nella nostra giurisprudenza a partire dai primi anni Duemila, quando diventano più frequenti le decisioni di condanna della Corte Edu in cui i giudici europei non si limitano a sancire l'obbligo per lo Stato di fornire un'equa soddisfazione pecuniaria alla vittima della violazione, ma procedono altresì a indicare in motivazione gli strumenti più adeguati per «rimuovere le conseguenze della violazione», secondo quanto previsto dall'art. 41 Cedu. Gli Stati sono tenuti *ex art. 46, par. 1, Cedu* «a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti» (adempimento la cui verifica è affidata, ai sensi dell'art. 46, par. 2, Cedu, al Comitato dei ministri). Quando la sentenza di Strasburgo non indica solo una somma da corrispondere a titolo di equa soddisfazione, ma impone, nei limiti del possibile, la *restitutio in integrum*, è compito delle autorità nazionali trovare gli strumenti tecnicamente più idonei per pervenire al risultato imposto dalla Corte. Qualora, poi, la violazione convenzionale derivi da una sentenza penale definitiva di condanna, l'onere non può che incombere sulla magistratura penale, cioè

sulla medesima autorità che, con la propria decisione, si è resa responsabile della violazione; con la difficoltà, però, per i giudici nazionali, di coniugare tale obbligazione direttamente derivante dall'art. 46 Cedu con il principio dell'intangibilità del giudicato, stante la mancanza di una disciplina normativa *ad hoc* riguardo agli effetti di una sentenza della Corte Edu sul giudicato penale di condanna.

Già da tempo la nostra giurisprudenza (costituzionale e ordinaria) ha messo in discussione il dogma dell'intangibilità del giudicato, quando la decisione definitiva interna sia stata reputata dalla Corte Edu lesiva di un diritto convenzionale. Rimangono, tuttavia, ancora incertezze su quale sia lo strumento tecnico più adeguato, tenuto conto delle peculiarità della singola vicenda, per dare applicazione nell'ordinamento interno alle decisioni di Strasburgo¹.

Di seguito, daremo conto dei *leading case* in materia, per provare – nell'ultimo paragrafo – a svolgere alcune brevi riflessioni di sintesi; non sarà, invece, oggetto di questo saggio il diverso problema degli effetti di una sentenza della Corte Edu sulle decisioni passate in giudicato relative a vicende concrete non oggetto di pronuncia da parte dei giudici europei.

1. Per una sintetica, ma efficace ricognizione di tali questioni, cfr. per tutti il lavoro di F. Viganò, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in G. Ubertis e F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 17 ss.; in argomento, cfr. anche il meno recente contributo di G. Ubertis, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 792 ss.

2. Alle origini della questione: il caso *Somogyi* e la rimessione in termini ex art. 175 cpp

La prima occasione in cui il problema viene affrontato *ex professo* dalla nostra giurisprudenza di legittimità è il caso *Somogyi*, che prende avvio da un ricorso presentato a Strasburgo per violazione dell'art. 6 Cedu da un cittadino ungherese, condannato in contumacia nel nostro Paese. La Corte Edu, nella sentenza in cui accoglie il ricorso e condanna lo Stato italiano, precisa che la soluzione più adeguata per rimuovere le conseguenze della violazione sarebbe quella di riaprire il procedimento cui il ricorrente non era stato posto nelle condizioni idonee per partecipare².

Sulla base di tale decisione, i difensori di *Somogyi*, prima, avanzano istanza di revisione, respinta in sede di merito e di legittimità; poi, propongono richiesta di remissione in termini ex art. 175 cpp, ma la domanda è respinta dalla Corte d'appello adita, secondo cui la condanna della Corte Edu non può comunque consentire la rinnovazione di un procedimento conclusosi con sentenza definitiva.

Tale decisione viene annullata dalla Cassazione, che coglie l'occasione per enunciare il fondamentale principio di diritto per cui l'obbligo per il giudice nazionale di conformarsi alle sentenze della Corte Edu impone di mettere in discussione anche le sentenze penali passate in giudicato³. L'argomento dell'intangibilità del giudicato non può essere dirimente – ragione la Cassazione –, considerato, da un lato, come tale principio non sia assoluto (esemplare, al riguardo, la disciplina in materia di revisione) e, dall'altro, come il sistema convenzionale preveda la possibilità di adire la Corte Edu solo quando sia stata pronun-

ciata una sentenza definitiva, e dunque la possibilità di rimettere in discussione il giudicato per dare esecuzione alla sentenza della Corte Edu debba considerarsi parte integrante del meccanismo di tutela convenzionale dei diritti fondamentali⁴. Sulla base di tali premesse, la Cassazione dispone la remissione del ricorrente nel termine per proporre appello avverso la sentenza (definitiva) di condanna in contumacia ritenuta dalla Corte Edu lesiva dei diritti riconosciuti dall'art. 6 Cedu⁵.

3. La strada del ricorso straordinario ex art. 625-bis cpp: i casi *Drassich* e *Scoppola*

Non sempre l'istituto della remissione in termini può risultare, come nei casi di violazioni legate alla natura contumaciale del processo, il più appropriato a porre rimedio alla violazione sanzionata dalla Corte Edu. Posto il principio per cui l'intangibilità del giudicato deve cedere di fronte a una violazione convenzionale, la giurisprudenza individua nell'applicazione analogica del rimedio di cui all'art. 625-bis cpp («ricorso straordinario per errore materiale o di fatto») un altro possibile strumento per dare seguito nell'ordinamento interno a una pronuncia di condanna dei giudici di Strasburgo.

Un primo caso riguarda l'esecuzione della notissima sentenza *Drassich*⁶, con cui la Corte Edu aveva condannato l'Italia per violazione dell'art. 6 in ordine alla riqualificazione, operata d'ufficio dalla Cassazione, del reato per cui era stata pronunciata in sede di merito la sentenza di condanna (corruzione semplice), che sarebbe risultato prescritto, in una fattispecie criminosa più grave (corruzione in atti giudiziari), in

2. Corte Edu [sez. II], *Somogyi c. Italia*, 18 maggio 2004, § 86: «La Cour estime que, lorsqu'elle conclut que la condamnation d'un requérant a été prononcée malgré l'existence d'une atteinte potentielle à son droit à participer à son procès, le redressement le plus approprié serait en principe de faire rejurer l'intéressé ou de rouvrir la procédure en temps utile et dans le respect des exigences de l'art. 6 de la Convention».

3. Cass., sez. I pen., 12 luglio 2006, n. 32768, *Somogyi*, § 11: «In materia di violazione dei diritti umani (e in particolare in presenza di gravi violazioni del diritto di difesa), il giudice nazionale italiano (è) tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, l'intangibilità del giudicato».

4. *Ibid.*: «L'argomento speso nell'ordinanza impugnata, secondo cui l'autorità del giudicato nazionale renderebbe inaccoglibile la richiesta di *restitutio in integrum*, è un argomento inconferente (...). Qualsiasi sentenza della Corte di Strasburgo che accerti una violazione dell'art. 6 Cedu posta in essere dall'autorità giudiziaria nazionale verrà sempre, inevitabilmente, fisiologicamente (e quindi "istituzionalmente") a collidere con un giudicato nazionale. Ed è appena il caso di aggiungere che il principio di intangibilità del giudicato, nel nostro ordinamento giuridico, non è poi così assoluto (basti pensare all'istituto della revisione)».

5. Nello stesso senso, per la remissione in termini a seguito di sentenza di Strasburgo che aveva riscontrato delle illegittimità convenzionali nel processo contumaciale che aveva portato alla condanna del ricorrente, cfr. la coeva Cass., sez. V pen., 15 novembre 2006, n. 4395, *Cat Berro*.

6. Corte Edu [sez. II], *Drassich c. Italia*, 11 dicembre 2007. Per un'analisi del principio *iura novit curia* nella giurisprudenza di Strasburgo, cfr. per tutti, anche per i necessari riferimenti bibliografici, il commento all'art. 6 di S. Buzzelli - R. Casiraghi - F. Cassibba - P. Concolino - L. Pressacco, in G. Ubertaino e F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, op. cit., pp. 178 ss.

relazione alla quale il termine di prescrizione non era ancora decorso; come nel caso *Somogyi*, i giudici di Strasburgo avevano affermato che «l'avvio di un nuovo procedimento o la riapertura del procedimento su richiesta dell'interessato rappresenta in linea di massima un modo adeguato di porre rimedio alla violazione contestata».

La Cassazione ritiene che «lo strumento giuridico idoneo a dare attuazione alla sentenza europea può essere quello del ricorso straordinario contro le sentenze della Corte di cassazione, previsto dall'art. 625-bis cpp. Questa norma – sebbene realizzata per colmare vuoti di tutela definiti e tassativi, errore materiale e di fatto – ampiamente giustifica un ragionamento “per analogia”», posto che «si è in presenza di situazioni analoghe nel senso che l'elemento che le accomuna è l'identità di *ratio*: rimediare, oltre che a veri e propri errori di fatto, a violazioni del diritto di difesa occorse nell'ambito del giudizio di legittimità che rendono invalida per iniquità la sentenza della Corte di cassazione»⁷. In applicazione della norma invocata, la Cassazione revoca la sentenza definitiva di condanna nella parte relativa alla diversa qualificazione giuridica dei fatti fornita dai giudici di legittimità senza contraddittorio con l'imputato, e dispone una nuova trattazione del ricorso «limitatamente al punto della diversa qualificazione giuridica data al fatto corruttivo rispetto a quella enunciata nell'imputazione e poi ritenuta dai giudici di merito»⁸.

Il medesimo strumento del ricorso straordinario viene in rilievo, poco tempo dopo, in un caso del tutto diverso, a dimostrazione della versatilità attribuita dalla giurisprudenza a tale rimedio. Si trattava, qui, di dare esecuzione alla sentenza *Scoppola* (n. 2) della Corte Edu, che aveva condannato l'Italia per violazione degli artt. 6 e 7 in relazione all'inflizione dell'ergastolo a un soggetto il quale aveva optato per un rito alternativo (il giudizio abbreviato) che, al momento in cui l'opzione era stata esercitata, prevedeva come pena massima infliggibile quella di trenta anni di reclusione: la Corte, oltre a concedere un indennizzo pecuniario, aveva altresì stabilito «*qu'il incombe à l'Etat défendeur d'assurer que la réclusion criminelle à perpétuité infligée au requérant soit remplacée par une peine conforme aux principes énoncés dans le présent arrêt, à savoir une peine n'excédant pas trente ans d'emprisonnement*»⁹.

La Corte di cassazione, cui la difesa di Scoppola si era rivolta con ricorso *ex art. 625-bis cpp*, prende avvio dalla considerazione che, nel caso di specie, l'esecuzione della sentenza di Strasburgo non richiede l'apertura di un nuovo giudizio di merito, posto che non è stata contestata la legittimità della sentenza di condanna, ma solo l'entità della pena inflitta. La Corte procede allora a revocare la propria sentenza, che aveva formato il giudicato, e annulla senza rinvio la sentenza di merito che aveva inflitto la pena dell'ergastolo, sostituendola con quella di trent'anni di reclusione.

4. La cd. revisione convenzionale: il caso *Dorigo* e l'intervento della Corte costituzionale

La vicenda processuale che ha lasciato senz'altro il segno più significativo rispetto alla tematica in esame è, però, quella relativa all'esecuzione della decisione *Dorigo*, con cui la Commissione europea dei diritti dell'uomo¹⁰ aveva stabilito che il processo penale a carico del ricorrente doveva considerarsi in violazione dell'art. 6 Cedu, in quanto la condanna per gravi reati in materia di terrorismo era stata pronunciata sulla base delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da tre coimputati non esaminati in dibattimento, essendosi avvalsi della facoltà di non rispondere¹¹.

Nonostante il Comitato dei ministri presso il Consiglio d'Europa avesse, in svariate occasioni, censurato l'inadempienza dell'Italia nel dare esecuzione a tale pronuncia, nel 2006 – e dunque a distanza di otto anni dalla decisione di Strasburgo – il Sig. Dorigo si trovava ancora in carcere in espiazione della sentenza di condanna dichiarata lesiva dei suoi diritti fondamentali.

Pendente il giudizio sulla richiesta di revisione, si era attivata la procura competente per l'esecuzione della pena, che aveva chiesto al giudice dell'esecuzione di dichiarare l'inefficacia o, comunque, l'inseguibilità della pronuncia di condanna, ma la richiesta era stata respinta in applicazione del principio dell'intangibilità del giudicato. La Cassazione aveva annullato la decisione dei giudici di merito, e aveva ribadito il principio affermato pochi mesi prima nella sentenza *Somogyi*, per cui non può darsi esecuzione a una sentenza definitiva che sia stata dichiarata lesiva dei diritti fondamentali

7. Cass., sez. VI pen., 12 novembre 2008, n. 45807, *Drassich*, § 3.3 del *Considerato in diritto* (per un commento fortemente critico, cfr. F. Zacchè, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 784 ss.).

8. *Ibid.*

9. Corte Edu [GC], *Scoppola c. Italia* (n. 2), 17 settembre 2009, § 154.

10. Competente ai sensi dell'art. 32 Cedu, nella versione anteriore alle modifiche apportate con il Protocollo n. 11.

11. Commissione europea diritti dell'uomo, sez. I, 9 settembre 1998, *Dorigo c. Italia*.

dell'imputato. In mancanza di una disposizione normativa che consentisse la doverosa rinnovazione del giudizio, e in attesa che il legislatore o la Corte costituzionale ponessero rimedio a tale lacuna, la Cassazione si era rifiutata di accettare l'idea che di tale colpevole inerzia fosse il Dorigo a dover subire le conseguenze, e aveva affermato il principio di diritto per cui «il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 cpp, l'ineseguitabilità del giudicato quando la Corte Edu abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 Cedu e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo a instaurare il nuovo processo»¹².

Nel concomitante procedimento di revisione che la difesa di Dorigo aveva instaurato ex art. 630, comma 1, lett. a, cpp (contrasto di giudicati), il giudice adito (Corte d'appello di Bologna), ritenendo non praticabile la qualificazione proposta dal ricorrente, aveva sollevato, nel marzo 2006, una prima questione di costituzionalità rispetto all'art. 630 cpp, in riferimento agli artt. 3, 10 e 27 Cost.; questione che era stata dichiarata infondata, nell'aprile 2008, dalla Corte costituzionale in una decisione ove, peraltro, non si mancava di segnalare al legislatore «l'improrogabile necessità di predisporre adeguate misure» per consentire il rinnovo del processo dichiarato lesivo dei diritti convenzionali dell'imputato¹³. Con ordinanza del dicembre successivo, la Corte bolognese aveva proposto una nuova eccezione di costituzionalità, relativa questa volta alla violazione dell'art. 117 Cost., rispetto al parametro interposto dell'art. 46, par. 1, Cedu, ove è sancito l'obbligo per gli Stati di conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo.

In un'importante decisione dell'aprile 2011¹⁴, la Corte costituzionale anzitutto ricorda come, in mancanza di una disciplina *ad hoc*, sia stata la giurisprudenza ordinaria a doversi fare carico di cercare gli strumenti per rimettere in discussione il giudicato già formatosi sulla vicenda giudiziaria ritenuta in sede europea lesiva dei diritti fondamentali, ma gli strumenti individuati (quelli analizzati appena sopra: la rimessione in termini ex art. 175 cpp e il ricorso straordinario

ex art. 625-bis cpp,) rappresentino solo «soluzioni parziali e inadeguate alla piena realizzazione dell'obiettivo» e, comunque, non siano utilizzabili nel giudizio *a quo*¹⁵. Quanto poi all'incidente di esecuzione ex art. 670 cpp, che, come visto sopra, aveva portato la Cassazione a dichiarare l'ineseguitabilità del giudicato di condanna, con conseguente scarcerazione del Dorigo, la Consulta afferma che «il rimedio si rivela inadeguato: esso “congela” il giudicato impedendone l'esecuzione, ma non lo elimina, collocandolo a tempo indeterminato in una sorta di “limbo processuale”. Soprattutto, la mera declaratoria di ineseguitabilità non dà risposta all'esigenza primaria: quella, cioè, della riapertura del processo, in condizioni che consentano il recupero delle garanzie assicurate dalla Convenzione»¹⁶. L'obbligo per lo Stato di dare esecuzione alle sentenze della Corte Edu non può che passare, in casi come quello oggetto del giudizio *a quo*, per la celebrazione di un nuovo processo, e la «revisione costituisce l'istituto, fra quelli attualmente esistenti nel nostro sistema processuale penale, che presenta profili di maggiore assonanza con quello la cui introduzione appare necessaria al fine di garantire la conformità dell'ordinamento nazionale [alle decisioni della Corte Edu]»¹⁷. Constatata l'impossibilità di ricondurre la situazione in esame alla tipizzazione dei casi di revisione fornita dall'art. 630 cpp, la Corte si decide, infine – dopo il monito rimasto inascoltato del 2008 – a intervenire direttamente sulla norma, dichiarandola costituzionalmente illegittima, per violazione dell'art. 117 Cost., «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 co. 1 Cedu, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte Edu».

5. Le residue resistenze giurisprudenziali all'esecuzione delle sentenze della Corte Edu e la risposta della Cassazione: il caso *Contrada*

Il ventaglio di possibilità offerte al giudice penale per dare esecuzione a una sentenza europea che ab-

12. Cass., sez. I pen., 1 dicembre 2006, n. 2800, *Dorigo*, § 8 del “considerato in diritto”.

13. C. cost., n. 129/2008.

14. C. cost., n. 113/2011.

15. § 5 del *Considerato in diritto*. In particolare, per quanto riguarda il ricorso straordinario, la sentenza osserva come esso «risulti strutturalmente inadeguato ad assicurare la riapertura dei processi a fronte di violazioni che non si siano verificate nell'ambito del giudizio di cassazione», mentre la restituzione in termini «risulta utilizzabile – ed è stata di fatto utilizzata dalla giurisprudenza – unicamente per porre rimedio alle violazioni della Cedu collegate alla disciplina del processo contumaciale».

16. *Ibid.*

17. § 8 del *Considerato in diritto*.

bia accertato una violazione convenzionale risulta, dunque, specie dopo la sentenza del 2011, quanto mai ampio. Oltre alla possibilità della nuova revisione convenzionale, e a seconda della specifica violazione constatata a Strasburgo, potrà risultare adeguato uno dei diversi strumenti che già la giurisprudenza ordinaria utilizzava prima del 2011, e che tuttora risultano praticabili (e concretamente praticati). La recente vicenda *Contrada* mostra tuttavia come l'esecuzione del giudicato europeo possa in concreto risultare ancora quanto mai accidentata per il privato che pur abbia visto riconosciute le proprie ragioni a Strasburgo.

Il caso, molto noto, è relativo all'esecuzione della sentenza della Corte Edu che, nell'aprile 2015, aveva condannato l'Italia per violazione dell'art. 7 Cedu, in quanto Bruno Contrada era stato condannato in via definitiva per *concorso esterno in associazione di stampo mafioso* in relazione a fatti commessi quando, nella giurisprudenza della Cassazione, non era ancora consolidata l'ammissibilità di tale qualificazione penalistica, con la conseguenza che la sua condanna non poteva reputarsi prevedibile al momento della commissione del fatto¹⁸. La pronuncia europea interviene quando Contrada aveva già terminato di scontare la pena detentiva inflittagli, ma i suoi difensori si attivano comunque al fine di veder cessare gli ulteriori effetti della condanna, e percorrono in parallelo diverse strade.

Nell'ambito di un'istanza di revisione già presentata presso la Corte d'appello di Caltanissetta prima della pronuncia europea, in sede di motivi aggiunti, la difesa di Contrada chiede che venga disposta la revisione convenzionale introdotta nel 2011, in ragione dei profili di illegittimità della condanna posti in luce dalla sentenza della Corte Edu. I giudici nisseni richiamano un passo della sentenza dei giudici europei (§ 73), nel quale si rileva come i giudici italiani che si sono occupati del caso non si siano mai misurati con l'obiezione, sollevata dalla difesa di Contrada in

tutti i gradi di giudizio, relativa al difetto di prevedibilità della condanna a titolo di concorso esterno al momento della condotta; e decidono di valutare essi stessi, in sede di ammissibilità del giudizio di revisione convenzionale, la questione, risultata decisiva nel fondare la condanna dell'Italia per la violazione dell'art. 7 Cost., se Contrada fosse nelle condizioni di prevedere, al momento dei fatti contestatigli, la possibilità di una sua futura condanna per concorso esterno in associazione mafiosa. La Corte Edu aveva fornito risposta negativa a tale interrogativo, ritenendo per questa precipua ragione violato l'art. 7 Cedu; i giudici siciliani forniscono, al contrario, una risposta di segno positivo: «ad un soggetto quale Contrada, funzionario di polizia attivo nell'ufficio investigativo impegnato nel contrasto alla criminalità organizzata, non potevano mancare elementi chiari e univoci per avere consapevolezza dell'esistenza del concorso esterno e della sanzionabilità in sede penale di condotte che offrivano un contributo alle organizzazioni mafiose, anche se rimanendo estranei alla configurabilità del sodalizio»¹⁹. Secondo quindi la valutazione dei giudici nisseni, non vi è stata, nel caso specifico di Contrada, alcuna violazione del principio di cui all'art. 7 Cedu, per cui il privato deve essere nella condizione di conoscere le conseguenze giuridiche della propria condotta, e l'istanza di revisione viene per questo motivo respinta²⁰.

A un esito negativo perviene anche il tentativo di azionare il rimedio del ricorso straordinario ex art. 625-bis cpp, utilizzato dalla Cassazione per dare attuazione al giudicato europeo nei casi *Drassich* e *Scoppola* analizzati sopra. La Cassazione non reputa decisivi tali precedenti, in quanto relativi a ipotesi di violazioni convenzionali diverse da quella (di natura sostanziale) oggetto della pronuncia *Contrada*²¹, e dichiara inammissibile il ricorso non ricorrendo i requisiti dell'errore materiale o di fatto, stabiliti dalla legge per l'azionabilità del rimedio²².

18. Corte Edu [sez. IV], *Contrada c. Italia* (n. 3), 14 aprile 2015. Si veda, in proposito, la nota di S. Civello Conigliaro, *La Corte Edu sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2015, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/3883-la-corte-edu-sul-concorso-esterno-nell-associazione-di-tipo-mafioso-primissime-osservazioni-alla-se).

19. Corte appello Caltanissetta, sez. I pen., 17 marzo 2016, n. 924. Si veda, in proposito, la nota di F. Viganò, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2016, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/4660-il-caso-contrada-e-i-tormenti-dei-giudici-italiani-sulle-primarie-ricadute-interne-di-una-scomoda-sent).

20. La difesa di Contrada aveva, poi, proposto ricorso in Cassazione contro il provvedimento di rigetto, ricorso dichiarato inammissibile nel gennaio 2017 a seguito di rinuncia allo stesso.

21. Per una specifica riflessione sugli effetti delle sentenze europee che accertano violazioni di natura sostanziale, cfr. G. Grasso e F. Giuffrida, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2015, disponibile online (<https://www.penalecontemporaneo.it/d/3942-l-incidenza-sul-giudicato-interno-delle-sentenze-della-corte-europea-che-accertano-violazioni-attin>).

22. Cass., sez. II pen., 17 ottobre 2016, n. 43886.

L'ultimo tentativo esperito dalla difesa Contrada è la presentazione di un'istanza di *revoca della sentenza di condanna* ex art. 673 cpp, che viene tuttavia ritenuta inammissibile dalla Corte territoriale adita, posto che la vicenda in esame non rientra tra le ipotesi (abrogazione o illegittimità costituzionale della norma incriminatrice) che ai sensi di legge consentono l'emissione del provvedimento di revoca²³.

Le ragioni di Contrada vengono invece riconosciute dalla decisione di legittimità che conclude il giudizio. La Cassazione apre la motivazione constatando come «l'attuale giudizio costituisce l'ultima sede nella quale è possibile affrontare la questione dell'obbligo di conformazione dell'ordinamento interno alla decisione della Corte Edu nel caso *Contrada c. Italia*»²⁴: è evidente dunque ai giudici supremi che, dopo il fallimento dell'istanza di revisione e del ricorso straordinario ex art. 625 cpp, negare l'ammissibilità anche di questo ricorso significherebbe sancire la definitiva impossibilità di dare esecuzione nell'ordinamento interno alla decisione della Corte Edu. La Cassazione, con un'argomentazione di particolare chiarezza, ricorda allora che «l'obbligo previsto dall'art. 46 Cedu non può essere messo in discussione», e non è dunque condivisibile l'assunto dei giudici siciliani che «presuppone un margine di discrezionalità nell'esecuzione delle decisioni della Corte Edu».

Posta la necessità, per il giudice penale, di trovare uno strumento adeguato a dare seguito alla decisione europea, la Corte esclude nel caso di specie tanto la strada della revisione («non si verte in alcuna ipotesi di violazione delle regole del giusto processo e la decisione della Corte di Strasburgo, per la sua natura e per le ragioni su cui si fonda, non implica né appare superabile da alcuna rinnovazione di attività processuale o probatoria»), quanto quella della revoca della sentenza di condanna ex art. 673 cpp («non vi è alcuno spazio per revocare il giudicato di condanna presupposto, la cui eliminazione non è richiesta, né direttamente né indirettamente, dalla Corte Edu»). È, invece, nella disciplina della fase esecutiva e, in particolare, negli artt. 666 («Procedimento di esecuzione») e 670 («Questioni sul titolo esecutivo») cpp che la Corte individua il contesto ove collocare il necessario intervento di adeguamento alla decisione europea: «gli artt. 666 e 670 non possono che essere interpretati nel senso di consentire l'eliminazione de-

gli effetti pregiudizievoli derivanti da una condanna emessa dal giudice italiano in violazione di una norma della Cedu, dovendosi ribadire che garante della legalità della sentenza in fase esecutiva è il giudice dell'esecuzione, cui compete, se necessario, di ricondurre la decisione censurata ai canoni della legittimità». Sulla base di tale ragionamento, la Cassazione «dichiara ineseguibile e improduttiva di effetti penali» la sentenza definitiva di condanna emessa nei confronti di Bruno Contrada.

6. Conclusioni

Abbiamo ricostruito le vicende del tema qui oggetto di studio attraverso l'analisi di diversi *leading case*, perché si tratta di un tema dai caratteri squisitamente legati alle peculiarità del singolo caso concreto, e in relazione al quale ha rivestito quindi un ruolo predominante il formante giurisprudenziale.

In effetti, guardando in termini astratti alla questione degli effetti delle pronunce di Strasburgo sul giudicato penale, il principio di diritto ancora oggi pacificamente riconosciuto è già stato affermato, ormai quasi quindici anni fa, dalla Cassazione, nella prima occasione in cui i nostri giudici supremi si sono trovati a dover affrontare direttamente la questione. A far data almeno dalla sentenza *Somogyi* del 2004, è chiarissimo come il principio dell'intangibilità del giudicato risulti recessivo rispetto al dovere, per il giudice penale (come per tutti gli organi dello Stato), di dare piena e leale esecuzione alle decisioni assunte dalla Corte Edu. Il problema, come noto, è oggi quello di valutare gli effetti delle decisioni europee su casi diversi da quello deciso a Strasburgo, ma a questo assimilabili sotto il profilo della violazione riscontrata; ma che non possa produrre effetti una decisione definitiva reputata dai giudici europei lesiva dei diritti convenzionali, è conclusione di cui nessuno può seriamente dubitare.

Alla chiarezza del principio, si è tuttavia accompagnata sin dall'inizio, come abbiamo appena visto, la difficoltà di darne concreta applicazione: a seconda del peculiare tipo di violazione riscontrata dalla Corte Edu, può essere opportuno adottare uno piuttosto che un altro rimedio processuale. Se, ad esempio, per le violazioni legate alla natura contumacia del pro-

23. Corte appello Palermo, sez. I, ord. 11 ottobre 2016 (dep. 24 ottobre 2016), n. 466. Si veda, in proposito, la nota di S. Bernardi, *Continuano i "tormenti" dei giudici italiani sul caso contrada: la Corte d'appello di Palermo dichiara inammissibile l'incidente d'esecuzione proposto in attuazione del "giudicato europeo"*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2017, pp. 233-236, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/5071-continuano-i-tormenti-dei-giudici-italiani-sul-caso-contrada-la-corte-dappello-di-palermo-dichiara).

24. Cass., sez. I pen., 20 settembre 2017, n. 43112. Si veda, in proposito, la nota di F. Viganò, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*, in *Dir. pen. cont.*, n. 9/2017, pp. 173-177, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/5616-strasburgo-ha-deciso-la-causa-e-finita-la-cassazione-chiude-il-caso-contrada).

cedimento sarà sufficiente riconoscere la rimessione nel termine, quando è stato riscontrato un vizio nella valutazione delle prove sarà necessario procedere con lo strumento della revisione convenzionale, introdotta dalla Corte costituzionale proprio per tale genere di situazioni; o invece, quando il tipo di intervento imposto dalla Corte Edu ha contenuto già del tutto predeterminato (ad esempio, sostituire una pena ritenuta incongrua con una di entità inferiore già stabilita anche nel *quantum* dalla Corte Edu), potrà soccorrere l'applicazione in via analogica del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto.

Il rimedio più idoneo sarà dunque da individuare in ragione del peculiare tipo di violazione accertata e del tipo di intervento richiesto per dare attuazione alla sentenza europea. Con la sentenza del 2017 sul caso *Contrada*, la Cassazione ha poi definitivamente chiuso il cerchio, individuando la soluzione di *default* quando nessuno dei possibili rimedi sia più, per qualsiasi ragione, percorribile nel caso concreto. In questi casi, sarà il giudice dell'esecuzione a dover eliminare gli effetti pregiudizievoli ancora derivanti dalla sentenza di condanna dichiarata lesiva dei diritti convenzionali, agendo in via residuale a chiusura del sistema di conformazione dell'ordinamento interno alle decisioni di Strasburgo.

Il meccanismo è, a questo punto, completo. Il ricorrente che ha visto riconosciute le proprie ragioni dalla Corte Edu ha a propria disposizione una serie di strumenti processuali che gli consentono, a seconda del tipo di violazione riscontrata, di paralizzare la sentenza definitiva di condanna in cui si sostanzia tale violazione; qualora tali strumenti non siano concretamente esperibili, può fare ricorso al giudice dell'esecuzione perché vengano comunque fatti cessare gli effetti pregiudizievoli della condanna.

Lo schema in cui inserire il problema è, quindi, ben delineato dalla giurisprudenza. Eppure, come abbiamo appena terminato di vedere, nel caso *Contrada* sono stati alla difesa necessari svariati tentativi perché infine la Cassazione, dopo l'ennesimo parere negativo dei giudici di merito, riconoscesse *in limine litis* la necessità di far cessare ogni residuo effetto di una decisione ritenuta dalla Corte Edu lesiva dei diritti convenzionali.

La vicenda *Contrada* è esemplare della possibilità che ancora oggi un giudice nazionale, posto di fronte alla necessità di dare esecuzione a una decisione della Corte Edu di cui non condivide le conclusioni,

possa essere tentato di sostituire il proprio giudizio a quello della Corte europea, negando la sussistenza di una violazione che invece in sede europea è da considerarsi accertata in via definitiva. I giudici nisseni, nel provvedimento analizzato sopra, hanno svolto proprio questa operazione, "correggendo" la Corte europea, e negando la possibilità che per *Contrada* all'epoca dei fatti fosse imprevedibile la condanna poi inflittagli come concorrente esterno nell'associazione mafiosa.

In sede di legittimità, tuttavia, a questo palese tentativo di indebita sottrazione agli obblighi di esecuzione in sede interna delle decisioni europee, ha posto deciso rimedio la Cassazione con la sentenza che, come abbiamo visto sopra, ha chiuso il cerchio del sistema di adeguamento interno agli obblighi convenzionali in sede penale. Una sentenza della Corte Edu può essere legittimamente non condivisa da un giudice italiano, ma almeno sulla concreta vicenda oggetto di scrutinio a Strasburgo, una volta che la sentenza europea sia diventata definitiva, non vi è margine alcuno per il giudice interno di sottrarsi al dovere di esecuzione, facendo cessare gli effetti della sentenza interna ritenuta dalla Corte Edu (a torto o a ragione, ormai la questione non è più rilevante) lesiva dei diritti convenzionali. Lo Stato ha modo di far valere le proprie ragioni nel giudizio innanzi alla Corte Edu, ma, quando la decisione a Strasburgo è stata assunta, i suoi organi non possono opporre resistenza all'applicazione di una sentenza perché questa non li convince.

Ci pare, per finire, che proprio l'esito finale del caso *Contrada* consenta di pervenire alla conclusione che ormai la giurisprudenza (almeno di legittimità) abbia fatto proprio, senza incertezze, il principio per cui il giudicato penale di condanna deve cedere il passo di fronte a una sentenza della Corte Edu che ne accerta l'illegittimità. Tale principio è stato ribadito anche in un caso ove la decisione della Corte Edu risultava, per molti versi, discutibile, e ciò è la migliore conferma della sua stabilità. Potrà, poi, non essere semplice per il privato vincitore a Strasburgo individuare, a seconda della peculiare violazione riscontrata, lo strumento processuale più adeguato per dare esecuzione interna alla sentenza europea; ma le regole del sistema sono ormai chiare, e non lasciano zone d'ombra quanto al dovere di tutti gli organi dello Stato (e quindi anche dei giudici penali) di dare piena ed effettiva esecuzione in sede interna alle decisioni dei giudici europei.

La giurisprudenza civile sull'esecuzione delle decisioni della Corte Edu *

di Roberto Giovanni Conti

Il contributo, muovendo dalla tematica degli effetti delle sentenze della Corte Edu sui giudicati interni formati in ambito civile, affronta i principali nodi problematici determinati dalla lacuna dell'ordinamento che nulla ha espressamente previsto, cercando di prefigurare il ruolo che il legislatore e i giudici potrebbero svolgere per colmarla.

1. Alcune premesse di ordine generale

In termini generali, può dirsi che alla cd. efficacia di “cosa giudicata” della sentenza della Corte Edu sulla vicenda interna che ha originato il ricorso a Strasburgo si affianca, nella dottrina e, più di recente, anche nella giurisprudenza interna, la nozione di “*autorità di cosa interpretata*”¹, per indicare gli effetti che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo produce sul piano ermeneutico nei giudizi nazionali non direttamente investiti dai ricorsi individuali che hanno originato le pronunzie della stessa Corte.

I parametri convenzionali dai quali occorre muovere per comprendere la portata di tali espressioni si rinvencono, quanto alla prima, nell'art. 46 Cedu e, quanto alla seconda, nell'art. 32 Cedu.

Il primo articolo impone allo Stato che si è visto addebitare la violazione di una norma convenzionale di adottare, sotto il controllo del Comitato dei ministri, le misure di ordine particolare e generale idonee a eliminare gli effetti delle violazioni accertate all'interno di un ricorso proposto innanzi alla Corte Edu

dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interno o, direttamente, nei casi di ricorso interno ineffettivi.

Il secondo parametro attribuisce espressamente alla Corte europea il compito di interpretare e applicare la Cedu e i suoi Protocolli.

Il tema che oggi sono chiamato a illustrare, incentrato sull'esecuzione delle sentenze della Corte Edu in ambito civile, costituisce un segmento di un più ampio ambito che guarda al “dopo” di una sentenza della Corte Edu, ai possibili “seguiti” e, dunque, alla *fase discendente* che ha visto già esaurito – anzi, direi, non ben esaurito – il compito del giudice nazionale chiamato, in prima battuta e prima di ogni altro, a esercitare il suo ruolo in sintonia con i diritti di matrice convenzionale, proprio in forza di quel canone generale e prioritario usualmente espresso facendo ricorso al principio di sussidiarietà.

Entriamo così in un clima di paura, di incertezza, a tratti di insofferenza quanto più acquisiamo la consapevolezza di uno sgretolamento che la giurisprudenza di Strasburgo è in condizioni di produrre, non tanto e solo sugli indirizzi ermeneutici delle giurisdizioni nazionali. Paura che, comprensibilmente, può

* Il testo riproduce la relazione al 50° corso di studi «L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il margine di apprezzamento», organizzato dal Centro internazionale magistrati «Luigi Severini» e dal Centro studi giuridici e politici della Regione Umbria, in Perugia, il 26 e 27 ottobre 2018.

1. Il valore di *cosa interpretata* importa che il principio affermato dalla Corte Edu spiega effetti *erga omnes*, vincolando peraltro, nei casi futuri, sia il giudice del Paese nei cui confronti la decisione è stata adottata, che quello degli altri Paesi aderenti alla Cedu. Si vedano le seguenti sentenze della Corte Edu: *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978; *Vermeire c. Belgio*, 29 settembre 1991; *Modinos c. Cipro*, 23 aprile 1993.

contenersi se si muove dall'idea che l'efficacia di cosa interpretata è un processo liquido, elastico, che investe l'autorità nazionale di strumenti ermeneutici propri, la quale, dunque, è meno condizionata rispetto all'esistenza di un "giudicato" formatosi sulla stessa vicenda interna su cui pende un giudizio di contrarietà alla Cedu pronunciato a Strasburgo.

In definitiva, il problema dell'esecuzione delle sentenze della Corte Edu nell'ordinamento interno è drammatizzato proprio dal fatto che gli interessi in gioco, una volta che la stessa ha pronunciato il suo verdetto, non sono più solo e tanto quelli che avevano originariamente animato l'agone giudiziario in ambito interno.

Limitandosi al processo civile, dunque, non vi è più tanto l'attore vittorioso e il convenuto sconfitto – o, talvolta, l'attore sconfitto senza alcun convenuto, inteso come controparte –, ma entra in gioco il "convitato di pietra", e cioè il giudice nazionale che ha definito quel giudizio "corrotto" per effetto del riconoscimento di una violazione convenzionale.

In questa prospettiva, il soggetto condannato originariamente innanzi al giudice nazionale viene surrogato, se ci si passa l'espressione atecnica, da un altro *condannato*, per l'appunto il giudice-Stato che, agli occhi della Corte Edu, ha dato luogo a una violazione capace di stravolgere l'esito del giudizio interno. Giudizio che, dopo Strasburgo, è destinato a portarsi il marchio di processo comunque ingiusto.

Ma fino a quando il processo – e la regolamentazione degli interessi che esso aveva disciplinato – rimarrà ingiusto o, meglio, deve rimanere ingiusto e quando l'ingiustizia che ha corroso il giudicato potrà o dovrà essere purgata?

Questi interrogativi creano ansie e preoccupazioni.

La prima concerne la possibilità che il sistema convenzionale e la Corte Edu si ingeriscano ulteriormente, dopo avere già pesantemente riconosciuto la violazione convenzionale a carico dello Stato, nella verifica delle modalità adottate a livello nazionale per conformarsi alla sentenza in precedenza resa dalla medesima Corte, rispetto al parametro di cui all'art. 46 Cedu.

Paure oggi sicuramente attenuate da quanto affermato nella sentenza *Moreira e Ferreira c. Portogallo* della Grande Camera, sulla quale si avrà modo di tornare nel prosieguo.

Si tratta di un *self-restraint*, pur raggiunto in modo non indolore all'interno della Corte Edu, che oltre a salvaguardare il margine di apprezzamento riconosciuto ai singoli Stati quanto alle misure da adottare per eseguire le sentenze della Corte, ha probabilmente un particolare significato e gioca un ruolo centrale nella riflessione complessiva che si proverà a fare. Un significato che bisogna intendere

nella sua reale portata e che, in definitiva, consentirà di comprendere che il tema dell'esecuzione rimane, intervenga o meno in seconda battuta nuovamente la Corte Edu, in tutta la sua pienezza e problematicità.

E infatti, con riserva di tornare sul tema in prosieguo, la decisione della Corte di modulare secondo precise coordinate il suo ruolo sul processo riaperto innanzi al giudice nazionale, in esito a una sentenza dalla stessa resa, non sposta di un centimetro il tema dell'obbligatorietà ed esecutività della sentenza della Corte di Strasburgo, sul quale tema il Comitato dei ministri è chiamato a controllare che lo Stato abbia correttamente eseguito la decisione.

L'altra paura è rappresentata dall'idea che la pronuncia della Corte europea faccia vacillare una delle colonne portanti dei sistemi nazionali, per l'appunto rappresentata dal giudicato formatosi a livello interno e, con esso, la certezza del diritto che il giudicato, quale "legge giudizialmente data", ha tradizionalmente avuto in tutti i Paesi occidentali.

Non a caso si parla si parla di "attacco" al giudicato, in tal modo estremizzando la portata di ciò che è inteso come bandiera da sventolare e fortino da proteggere a ogni costo. Quest'idea nasce dal convincimento che, cadendo il giudicato, verrebbero travolti non tanto e solo i diritti o i principi ivi affermati, ma anche la scienza giuridica e i centri decisionali dei Paesi membri della Convenzione che sul giudicato interno hanno fondato la loro stessa legittimazione e primazia nell'ambito del diritto.

Oggi vi è una marcata consapevolezza del fatto che le sentenze della Corte di Strasburgo "si rispettano".

In sintonia con questa indicazione di massima e con riferimento agli effetti delle pronunzie della Corte Edu sui giudicati penali interni, la sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale italiana ha infatti chiarito che il giudice comune non può «negare di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi, quando necessario, perché cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata (sentenza n. 210 del 2013)».

Tale risultato la Corte di cassazione ha perseguito, in ambito penale, in varie circostanze, utilizzando diversi strumenti processuali fra la revisione della sentenza di condanna, introdotta dalla sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale, dell'incidente di esecuzione e del ricorso straordinario per errore percettivo. In più, il giudice di legittimità ha contribuito a delineare e circoscrivere i cd. "effetti riflessi" del giudicato formatosi a Strasburgo nei confronti di imputati condannati che, pur non avendo proposto ricorso innanzi alla Corte europea, si erano trovati in posizione identica a quella del ricorrente vittorioso a Strasburgo.

Lo stesso tema dell'attuazione delle sentenze della Corte Edu ha assunto particolare rilevanza anche nei processi non penali, come dimostra la sentenza n. 123 del 2017 – confermata, nell'impianto, dalla successiva Corte cost. n. 93/2018 –, con la quale la Corte costituzionale, decidendo la questione di legittimità sollevata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ha espressamente affermato che la riapertura del processo civile e amministrativo, con il conseguente travolgimento del giudicato interno, compete alle scelte del legislatore, al quale spetta *in via prioritaria* il compito di addivenire ad una «delicata ponderazione, alla luce dell'art. 24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi». In tal modo, si è escluso che lo strumento interno della revocazione sia idoneo a realizzare la tutela del diritto riconosciuto a Strasburgo.

In questo quadro, ancorché *in progress* e composto, il giudicato come valore fondamentale vive, ormai, tra i diritti fondamentali ed è destinato anch'esso a operazioni di bilanciamento con gli altri valori che sembrano destinate a giocarsi volta per volta².

Il punto è, semmai, capire “chi” è tenuto a compiere questi bilanciamenti: il giudice, il legislatore – come ha fin qui detto la Corte costituzionale in ambito civile – o quest'ultima, ove nuovamente investita da altre questioni di costituzionalità?

Bisogna dunque indagare sul come occorra dare attuazione alla sentenza della Corte Edu resa nei confronti del soggetto vittorioso a Strasburgo. Indagine sul “dopo”, sul seguito, che implica, come abbiamo detto, il confronto su temi di non marginale difficoltà anche solo dal punto di vista terminologico – si pensi all'uso del termine “esecuzione” con riferimento alle sentenze della Corte Edu, forse sdoganato dalla stessa sentenza n. 49/2015, già ricordata, quando afferma che «la pronuncia giudiziaria si mantiene sotto l'imperio della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo

a ciò che ha deciso altra sentenza emessa *nella stessa causa*» (corsivo aggiunto) – e lessicale, dai quali poi, a cascata, derivano implicazioni ed effetti di natura sostanziale e processuale.

2. La Cedu e i rapporti fra privati: quale rilevanza?

Prima di affrontare il tema che si è già tratteggiato nelle sue linee generali occorre, però, chiedersi quale rilevanza abbia la Cedu nei rapporti interpretati. Tematica, quest'ultima, collegata a quella della risarcibilità diretta dei diritti di matrice convenzionale³ e di recente approfondita anche in dottrina⁴, manifestandosi in modo ormai marcato l'interesse sulle questioni che ruotano attorno all'applicazione diretta dei diritti fondamentali protetti dalla Carta dei diritti fondamentali ai rapporti fra privati⁵.

Si tratta, per molti versi, di un terreno ancora da esplorare⁶, rispetto al quale verrebbe agevole affermare che la Cedu ha come destinatario finale degli obblighi ivi assunti lo Stato, in tutte le sue multiformi articolazioni organiche. In effetti, ai sensi dell'art. 1 Cedu, ciascuno Stato contraente «riconosce ad ogni persona sottoposta alla [sua] giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel ... [la] Convenzione».

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

La Corte ha, infatti, affermato – caso *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, § 31; caso *Young, James e*

2. Si sottolinea che la l. 9 gennaio 2006, n.12, nel modificare la l. n. 400/1988 e nell'introdurre, tra le attribuzioni del Presidente del Consiglio dei ministri, anche quella di promuovere gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano, non conferirebbe alcun diritto alla parte vittoriosa e non si muoverebbe, in ogni caso, all'interno del tema dell'esecuzione di un giudicato. Né le sentenze della Corte Edu potrebbero essere assimilate a sentenze del giudice nazionale, trovando la loro disciplina in ambito convenzionale. In definitiva, il tema dell'attuazione e dell'ottemperanza a tali pronunzie esulerebbe dalla competenza dell'autorità giudiziaria nazionale, muovendosi unicamente nell'orbita delle attività riservate al Comitato dei ministri. Tuttavia, gli argomenti utilizzati da chi intende depotenziare la forza del giudicato formatosi a Strasburgo non appaiono per nulla persuasivi.

3. Per cui si veda E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 22 ss.

4. Cfr. A. Gentili, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2016, p. 183.

5. Vds., da ultimo, G. Alpa, *L'applicazione diretta dei diritti fondamentali ai rapporti fra privati*, in *I diritti dell'uomo*, vol. XXVII, n. 3/2016, p. 517.

6. U. Rescigno, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, vol I, 2002, pp. 325 ss.

Webster c. Regno Unito, 13 agosto 1981, § 49 – che, in aggiunta all'impegno soprattutto negativo dello Stato di astenersi dall'ingerenza nelle garanzie previste nella Convenzione, possono esservi *obblighi positivi* intrinseci a tali garanzie. La responsabilità dello Stato può, allora, essere impegnata in conseguenza dell'inosservanza del suo obbligo di adottare una legislazione interna idonea a preservare il diritto fondamentale che entra in gioco.

Quanto al primo aspetto, la giurisprudenza della Corte Edu ha affrontato il tema degli obblighi positivi dello Stato rispetto ai danni prodotti da soggetti, anche privati, che espletano servizi pubblici (colpa medica: *Calvelli e Ciglio c. Italia*, 17 gennaio 2002; servizi sanitari: *Storek c. Germania*, 16 giugno 2005; raccolta rifiuti, *Di Sarno c. Italia*, 10 febbraio 2012; sanzioni e istruzione scolastica, *Costello Roberts c. Regno Unito*, 25 marzo 1993). In tali casi lo Stato risponde direttamente della violazione subita dal privato.

Sotto il secondo versante, il concetto di "obbligo positivo" si affianca, differenziandosene, a quello di "obbligo negativo". A fronte dell'esigenza di "non danneggiare" un diritto su base Cedu imposta allo Stato, l'obbligo positivo impone a quest'ultimo un comportamento proattivo, obbligandolo a rendere in concreto esercitabile il diritto di matrice convenzionale. Ed è proprio attraverso il concetto di obbligo positivo che si giunge all'affermazione dell'efficacia *indiretta od orizzontale* della Cedu nei rapporti fra privati⁷.

Chiarificatrici, in ordine alla crescente rilevanza dell'efficacia orizzontale della Cedu, risultano le osservazioni espresse dal giudice Wojtyczek nell'opinione concorrente resa nel caso *Bochan c. Ukraine* (n. 2), 5 febbraio 2015, deciso dalla Grande Camera della Corte Edu.

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

zione» (Corte Edu, *Pla e Puncernau c. Andorra*, 13 luglio 2004, § 59 e *Khurshid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia*, 16 dicembre 2008, § 33).

Occorre, a questo punto, chiarire in quali termini la Cedu è destinata a operare nell'ambito dei rapporti interprivati.

In generale, può dirsi che la protezione offerta ai diritti di matrice convenzionale non è piena tanto quanto quella che nasce dall'immediata applicazione dei diritti convenzionali direttamente azionabili nei confronti dello Stato, richiedendosi allo Stato un obbligo di garantire la protezione giurisdizionale dei diritti secondo la legislazione nazionale e purchè questa sia scevra da profili di arbitrarietà o da irragionevolezza evidenti.

La diversità fra la protezione di un diritto fondamentale nei confronti dello Stato e il medesimo diritto laddove entri in gioco all'interno di un rapporto fra privati si delinea, sia pur con specifico riferimento al diritto di proprietà, in Corte Edu, *Vukušić c. Croazia* 31 maggio 2016, ove la Corte sussume la vicenda in un ambito non esclusivamente privatistico, ritenendo che la protezione della quale gode in questi casi il privato è, dunque, più ampia, riguardando direttamente il contenuto del diritto di matrice convenzionale – qui l'art. 1 del Protocollo n. 1 annesso alla Cedu⁸.

Questo non riduce affatto, tuttavia, la rilevanza della Cedu nei rapporti interprivati, ma si sostanzia nella necessità di interpretare comunque la legislazione interna in modo conforme alla Convenzione. Quando il diritto interno, come interpretato giudizialmente, rende legittima una condotta contraria alla Cedu, si realizza la violazione convenzionale, invece eliminabile informando la legislazione interna al rispetto dei canoni convenzionali, in primo luogo attraverso un'interpretazione convenzionalmente orientata. Il che, ovviamente, non elida le difficoltà correlate alla tipologia di sindacato richiesto al giudice nazionale quando è chiamato a riempire di contenuto un diritto fondamentale che vive dinamicamente nella giurisprudenza della Corte Edu e che, d'altra parte, lo chiama a un sindacato non agevole in ordine al carattere imprevedibile e/o arbitrario di una legge interna, di matrice normativa o contrattuale.

La prospettiva qui segnalata è emersa proprio con riferimento alla protezione del diritto di proprietà (Corte Edu, *Vulakh e altri c. Russia*⁹, 10 gennaio 2012; in modo ancora più chiaro, *Zagrebačka Banka*

7. Sul punto, vds. V. Zagrebelsky – R. Chenal – L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 114 e 116.

8. Cfr. *Vukušić c. Croazia*, § 48.

9. Cfr. *Vulakh e altri c. Russia*.

d.d. c. Croazia¹⁰, 12 marzo 2014), in tema di libertà di espressione (art. 10 Cedu: Corte Edu, *Remuszko c. Polonia*¹¹, 16 ottobre 2013) e di libertà di associazione (art. 11 Cedu: Corte Edu, *Redfearn c. Regno Unito*¹², 6 novembre 2012).

Particolarmente proficuo può ancora risultare il richiamo al caso dei soggetti sfrattati dal proprietario per avere mantenuto un impianto parabolico non consentito dal contratto di locazione.

In *Kurshid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia* (16 dicembre 2008), la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la decisione adottata dal giudice nazionale infrangeva il diritto alla libertà di informazione (art. 10 Cedu), in relazione al fatto che i conduttori, di origine persiana, avevano utilizzato il sistema parabolico per ricevere programmi televisivi in arabo e in persiano dal loro Paese natale. La Corte, in definitiva, ha inteso verificare se le motivazioni fornite dalle autorità nazionali per giustificare l'ingerenza fossero «pertinenti e sufficienti» e se la misura presa fosse «proporzionata ai fini legittimi perseguiti». Si chiarisce, così, testualmente, che «la Corte deve convincersi del fatto che le autorità nazionali, basandosi su una valutazione accettabile dei fatti pertinenti, abbiano applicato regole conformi ai principi racchiusi nell'art. 10 Cedu» (corsivo aggiunto).

In questo, dunque, si sostanzia l'obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata al quale è tenuto il giudice nazionale allorché la controversia, sia anche essa pendente tra privati, involge l'esame di diritti di matrice convenzionale.

Ancora di recente, in *Fabris c. Francia* (ric. n. 16574/08, 7 febbraio 2013), la Grande Camera, chiamata a verificare l'inadempimento (parziale) di uno Stato a una pronunzia resa dal giudice di Strasburgo in un procedimento diverso da quello attivato dai ricorrenti (*Mazurek c. Francia*, ric. n. 34406/97, 1° febbraio 2000) che aveva riconosciuto, in termini di violazione di sistema, una discriminazione in danno del figlio adulterino rispetto ai diritti successori riconosciuti al figlio legittimo, ha esaminato il regime transitorio introdotto dalla legge interna, alla cui stregua era stata, sì, eliminata detta discriminazione non estendendo temporalmente, tuttavia, gli effetti innovativi da essa previsti alla vicenda del ricorrente, originata in epoca precedente alla prima decisione di condanna resa dalla Corte di Strasburgo.

La decisione fa il paio con altre pronunzie nelle quali la Corte Edu, proprio nel campo delle discriminazioni, non ha avuto esitazione a riconoscere la piena applicazione della Cedu nei rapporti interprivati.

Il che si verifica, poi, in termini generali, rispetto al parametro del giusto processo – art. 6 Cedu – come chiarito, tra le altre, da Corte Edu, *Arras e altri c. Italia*, 14 febbraio 2012¹³.

Senza dire che è numericamente rilevante la giurisprudenza della Corte Edu sulle questioni che coinvolgono relazioni familiari di vario genere che, all'evidenza, intercorrono fra privati e che, non per questo, riducono gli obblighi positivi dello Stato affinché i diritti dei diversi soggetti che risultino coinvolti vengano protetti dallo Stato in maniera concreta, effettiva ed efficace.

In chiave riepilogativa può, dunque, risultare utile il richiamo a Corte Edu, *Pla e Puncernau c. Andorra*, 13 luglio 2004, in materia di interpretazione di un testamento contenente disposizioni discriminatorie per alcuni dei figli¹⁴.

3. L'esecuzione delle sentenze della Corte Edu nell'ordinamento interno in ambito non penale.

La casistica prima di Corte cost. n. 123/2017.

Diagnosi preimpianto: Costa e Pavan c. Italia, 28 agosto 2012, ed efficacia di "cosa giudicata" della sentenza della Corte Edu

Il nostro ordinamento non ha disciplinato le conseguenze prodotte da una sentenza della Corte Edu che ha riconosciuto la violazione di un parametro convenzionale – processuale o sostanziale che sia – rispetto a un giudizio civile definito in sede nazionale.

L'assenza di discipline positive ha quindi messo l'interprete in una situazione assai peculiare, nella quale lo scarso interesse della dottrina al tema, unito alla diffidenza con la quale spesso si sono accolte le decisioni di condanna a carico del nostro Paese, ha favorito l'emersione di soluzioni molto spesso caratterizzate dalla specificità dei casi posti volta per volta all'attenzione dei giudici.

10. Cfr. *Zagrebačka banka d.d. c. Croazia*, § 250.

11. Cfr. *Remuszko c. Polonia*, § 62.

12. Cfr. *Redfearn c. Regno Unito*, § 42.

13. Cfr. *Arras e altri c. Italia*, § 45.

14. Cfr. *Pla e Puncernau c. Andorra*, § 5.

Si pensi, in prima battuta, a due vicende che hanno destato particolare interesse anche sui media, relative alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili, ma portatrici di malattie che potrebbero determinare gravi malformazioni del feto, e al desiderio del figlio di conoscere l'identità della madre che si era avvalsa, all'atto della nascita, del diritto all'anonimato assoluto. Entrambe le vicende avevano visto i ricorrenti rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando la violazione dell'art. 8 Cedu. Nelle sentenze *Costa e Pavan c. Italia* (ric. n. 54270/10, 28 agosto 2012) e *Godelli c. Italia* (ric. n. 33783/09, 25 settembre 2012), la Corte di Strasburgo aveva riconosciuto l'esistenza delle violazioni prospettate.

In nessuno dei due casi, però, la Corte Edu aveva affrontato specificamente il tema degli effetti della decisione che accertava la violazione, semmai lasciando intendere che, in entrambe le vicende, esisteva un certo margine di apprezzamento in favore dei singoli Stati sulle modalità con le quali regolare i diritti al rispetto della vita privata e familiare che erano stati lesi.

Orbene, la vicenda che coinvolse i Signori *Costa e Pavan* innanzi alla Corte Edu è successivamente approdata innanzi al giudice nazionale comune¹⁵. Infatti, l'accertamento della violazione dell'art. 8 Cedu certificata dalla Corte europea non aveva comunque consentito ai ricorrenti di ottenere la soddisfazione del bene della vita che li aveva spinti a ricorrere a Strasburgo e, in definitiva, la possibilità di fruire delle pratiche connesse alla diagnosi preimpianto negate in precedenza a livello interno. Da qui la necessità della coppia di ottenere un "titolo" capace di attuare la sentenza della Corte europea.

Il 23 settembre 2013, il Tribunale di Roma, investito in sede cautelare della domanda avanzata dalla coppia, ha ritenuto che il "giudicato" formatosi a Strasburgo non richiedeva alcun intervento della Corte costituzionale per eliminare la norma interna, inserita nella l. n. 40/2004, che impediva la diagnosi preimpianto, dovendo il giudice nazionale dare attuazione a quel giudicato, a meno che vi sia un rischio di contrarietà fra la norma convenzionale che riconosce il diritto fondamentale e i principi costituzionali – nel caso di specie, peraltro, escluso dal giudicante.

Il Tribunale di Roma, nell'inerzia del legislatore interno, rimasto silente rispetto alla pronunzia della Corte europea malgrado l'obbligo di adottare misure capaci di eliminare gli effetti dell'accertata violazione (art. 46 Cedu), si è dunque trovato a dovere "misurare" gli effetti della sentenza sopra ricordata non già ri-

spetto a casi simili od omogenei, ma proprio nei confronti dei medesimi soggetti che avevano sollecitato alla Corte europea l'accertamento della violazione del diritto sancito dall'art. 8 Cedu a carico dell'Italia, che non aveva consentito alla coppia di accedere alla diagnosi preimpianto.

In tale occasione il Tribunale, sottolineando la peculiarità della vicenda rispetto al prisma dei principi fissati dalla Corte costituzionale in tema di rapporti fra ordinamento interno e Cedu, ha ritenuto essersi formato un "giudicato formale" favorevole alla coppia che non rendeva, pertanto, necessario ricorrere alla Corte costituzionale per fare dichiarare la normativa interna contrastante con la Cedu alla stregua dell'art. 117, comma 1, Cost. Ipotesi che, per contro, «dovrà essere limitata alle sole questioni che, pur in presenza di una regola Cedu autoapplicativa, evidenzino un possibile contrasto tra quest'ultima e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale».

Nel fare ciò il giudice monocratico ha ricordato, fra l'altro, la sentenza della Corte costituzionale n. 210/2013, della quale si dirà a breve, pure menzionando un orientamento espresso dalle sezioni unite civili in tema di immediata efficacia delle norme convenzionali nell'ordinamento interno anteriore alle sentenze gemelle (Cass., sez. unite, 23 dicembre 2005, n. 28507).

In questa occasione, in verità, l'attività del giudice nazionale non è stata ostacolata da un precedente giudicato, poiché la coppia si era direttamente rivolta alla Corte edu, saltando le vie di ricorso interno proprio in relazione all'impossibilità di utilmente precorrerle, nascendo la violazione dallo stesso tracciato normativo.

4. Diritto all'anonimato versus diritto alla conoscenza delle proprie origini dell'adottato. Corte Edu, *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012 e Corte cost., n. 278/2013: autorità di cosa "giudicata" e "interpretata"

I giudici nazionali sono stati, ancora una volta, chiamati a misurarsi con gli "effetti" di una sentenza resa dalla Corte Edu nell'ordinamento interno.

La Signora Godelli, non essendo riuscita – innanzi alle corti nazionali – a esercitare il proprio diritto a conoscere l'identità della propria madre, che si era

15. I ricorrenti a Strasburgo non avevano esaurito i rimedi interni, ma la Corte aveva ritenuto ricevibile il ricorso in ragione del divieto normativo alla diagnosi preimpianto, che rendeva a monte ineffettiva la via di ricorso nazionale, malgrado l'esistenza di un unico precedente di merito che sembrava consentire le indagini sollecitate dalla coppia.

avvalsa del diritto a non essere identificata all'atto dell'abbandono della figlia, poi adottata, per effetto del divieto dell'art. 28, comma 7, l. 4 maggio 1983, n. 184, si era rivolta alla Corte di Strasburgo chiedendo l'accertamento della violazione dell'art. 8 Cedu. La Corte Edu, con la sentenza resa il 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, ha riconosciuto la violazione e un equo soddisfacimento.

A questo punto, la Godelli riproponeva innanzi al Tribunale per i minorenni di Trieste la domanda di poter esercitare il diritto alla conoscenza delle proprie origini, che la Corte Edu aveva ritenuto essere stato vulnerato in ambito interno. Quel giudice, tuttavia, con ordinanza del 9 ottobre 2013, sospendeva la decisione poiché il Tribunale per i minorenni di Catanzaro aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, l. n. 184/1983. Ciò sul presupposto che il "giudicato" formatosi a Strasburgo in favore della Godelli non potesse, comunque, trovare applicazione nell'ordinamento interno, in ragione dell'esistenza di una disposizione che non impediva la protezione accordata dal giudice europeo al diritto a conoscere le proprie origini.

Successivamente, la Corte costituzionale ha accolto la questione sollevata dal Tribunale minorile di Catanzaro (Corte cost. n. 278/2013) e, nell'espungere dall'ordinamento il divieto previsto dal citato art. 28, comma 7, ha demandato espressamente al legislatore l'individuazione di un sistema (diverso da quello caducato, troppo sbilanciato in favore del diritto all'anonimato della partoriente) idoneo a contemperare e bilanciare i due diritti¹⁶.

Si sono, così, riproposti i nodi problematici correlati all'efficacia delle pronunzie rese dalla Corte europea nel caso Godelli già esaminato dalle corti interne – ma anche negli altri, non oggetto di ricorso innanzi alla Corte Edu – chiedendosi ancora una volta se la parte vittoriosa a Strasburgo, in assenza di un intervento legislativo, avesse o meno diritto a ottenere una decisione a essa favorevole a prescindere dall'eventuale contrarietà della norma interna con la Costituzione (integrata dalla norma interposta Cedu)¹⁷.

Una prima risposta al problema è stata offerta dal giudice minorile di Trieste che, tornato sul caso *Godelli*, ha ritenuto dapprima di potere iniziare le ricerche sull'identità del genitore anche nel silenzio del

legislatore. In particolare, col decreto reso in data 2 luglio 2014, il giudice minorile, sul rilievo che nelle more di un intervento legislativo sussiste l'obbligo – in forza della sentenza stessa della Corte costituzionale, la quale ha recepito l'orientamento già espresso in materia dalla Corte Edu anche nei confronti dello Stato italiano – di provvedere all'identificazione della madre biologica affinché la stessa potesse essere messa al corrente del ricorso e, eventualmente, di esercitare la sua facoltà di rimuovere il segreto sulla propria identità (che aveva inteso apporre successivamente al parto) ha dato incarico alla polizia giudiziaria di svolgere in via riservata gli accertamenti strettamente necessari per pervenire all'identificazione della madre biologica della istante. Ciò ai fini delle successive valutazioni e deliberazioni di questo Tribunale in ordine alle modalità di interpello, sempre in via assolutamente riservata, della madre biologica stessa circa la persistenza della sua volontà di non essere nominata a fronte della richiesta presentata dall'adottata.

Rispetto a questa prima presa di posizione del giudice triestino, si può dunque affermare che il giudicato sfavorevole alla ricorrente non fu ritenuto più costituire ostacolo al pieno dispiegamento del diritto della stessa a conoscere le proprie origini.

Ma la delicatezza della questione non si esaurisce ancora, occorrendo chiedersi anche fino a che punto il giudice può o deve spingersi per approfondire la tutela del diritto alla conoscenza delle proprie origini.

La soluzione resa, ancora una volta, nel caso *Godelli* dal Tribunale per i minorenni di Trieste – 8 maggio 2015 – di "espandere" il diritto alla conoscenza delle proprie origini in relazione all'intervenuto decesso della madre dell'adottata, che si era garantita il diritto all'anonimato e che, venuta a mancare, avrebbe consumato il limite alla conoscenza della persona a suo tempo generata, apre ulteriori scenari, pure scrutinati di recente dalla Corte di cassazione e che qui non è il caso di approfondire.

5. La vicenda *Mottola e altri c. Italia*

Va a questo punto menzionata la vicenda che ha dato le origini a Corte cost. n. 123/2017. Collocandosi in ambito amministrativo, essa merita di essere bre-

16. Peraltro, la sentenza della Corte costituzionale non ha fondato la sua decisione sul parametro dell'art. 117, comma 1, Cost., ma non pare revocabile in dubbio che la decisione è stata "orientata" dalla Corte europea nei contenuti. Del resto, è la stessa motivazione della sentenza n. 278/2013 a darne espressamente conto. Resta il fatto che i parametri sui quali si fonda la decisione sono rappresentati dagli artt. 2 e 3 della Costituzione.

17. Veniva, allora, spontaneo chiedersi se la sentenza n. 278/13 della Corte costituzionale impedisca l'intervento del giudice minorile chiamato – tanto nel caso specifico che in altre analoghe vicende – a misurarsi con le richieste, provenienti dall'adottato, di conoscere l'identità del genitore d'origine. Se, in definitiva, è caduta la disposizione normativa che garantiva l'anonimato e se il diritto a conoscere le proprie origini rientra nel patrimonio dei diritti fondamentali, poteva seriamente porsi in dubbio la "necessità-doverosità" di un intervento giudiziario?

vemente tratteggiata proprio per le affermazioni di carattere generale offerte dal giudice costituzionale nella sentenza da ultimo ricordata.

Occorre dunque premettere che la Corte Edu, con le sentenze *Mottola e altri c. Italia* (ric. n. 29932/07) e *Staibano e altri c. Italia* (ric. n. 29907/07), entrambe del 4 febbraio 2014, ha riconosciuto la violazione dell'art. 6, par.1, Cedu e dell'art. 1 Protocollo n. 1 annesso alla Cedu, in danno di alcuni medici (cd. "a gettone") che si erano rivolti al giudice amministrativo richiedendo il riconoscimento della natura a tempo indeterminato del loro rapporto con l'università, ottenendo tale riconoscimento in primo grado, mentre l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato – modificando un precedente indirizzo giurisprudenziale – aveva dichiarato irricevibili i ricorsi proposti oltre il termine (di natura sostanziale) fissato normativamente, ma in quel caso inutilmente decorso, così impedendo la *traslatio* del giudizio innanzi al giudice ordinario dotato di competenza giurisdizionale. La Corte Edu ha ritenuto che i ricorrenti avevano avanzato la loro richiesta al giudice amministrativo in buona fede e in un quadro normativo che poteva condurre a una pluralità di interpretazioni, aggiungendo che gli stessi erano stati privati della possibilità di reintrodurre le loro azioni davanti al giudice infine considerato competente – giudice del lavoro. Da qui la violazione dei parametri convenzionali di cui agli artt. 6 Cedu e 1 Protocollo n. 1 annesso alla Cedu, fatta salva la determinazione dell'equo indennizzo, per il quale pende tuttora il giudizio innanzi alla medesima Corte.

I ricorrenti a Strasburgo, unitamente ad altri soggetti che si trovavano nella medesima condizione dei soggetti vittoriosi innanzi alla Corte Edu, pur

non avendo proposto ricorso innanzi a quest'ultima, si sono successivamente rivolti al Consiglio di Stato, chiedendo la revocazione del giudicato interno per effetto della sentenza del giudice di Strasburgo¹⁸.

Posta di fronte al problema degli effetti di "cosa giudicata" prodotti dal giudicato sovranazionale su quello interno, l'adunanza plenaria – ord. n. 2/2015 – reputava che «allorché, come nel caso di specie, i giudici europei abbiano accertato con sentenza definitiva una violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, sorge per lo Stato l'obbligo di riparare tale violazione adottando le misure generali e/o individuali necessarie. La finalità di tali misure è quella della "restitutio in integrum" in favore dell'interessato, ossia porre il ricorrente in una situazione analoga a quella in cui si troverebbe qualora la violazione non vi fosse stata (cfr. Corte cost. 113/2011...)». E, dopo avere ricordato le indicazioni che giungono, a livello europeo, a riaprire il processo in ambito interno – cfr. raccomandazione CM/Rec(2000)2 del 19 gennaio 2000 del Comitato dei ministri –, la stessa adunanza plenaria riteneva doveroso investire della questione la Corte costituzionale, visto che il contrasto fra diritto processuale interno e obbligo gravante sullo Stato di conformarsi alle sentenze della Corte Edu «possa sussistere anche nel caso di specie in cui è in discussione l'ammissibilità del ricorso per la revocazione di una sentenza del giudice amministrativo».

La situazione nella quale versavano i ricorrenti, non regolata come ipotesi di revocazione del giudicato, dimostrava, secondo l'adunanza plenaria, che «l'ordinamento italiano non fornirebbe ai ricorrenti alcuna possibilità per veder rimediata la violazione dei diritti fondamentali dagli stessi subita». Sicché i ricorrenti si

18. La vicenda tratteggiata nel testo merita, peraltro, un ulteriore passaggio in ordine agli effetti di "cosa interpretata" prodotti dalla sentenza *Mottola e altri c. Italia* nei confronti di altri soggetti che, pur avendo lamentato innanzi al giudice amministrativo la medesima lesione della posizione previdenziale, se l'erano vista negare dal giudice amministrativo di ultima istanza, con sentenza resa in epoca anteriore alla sentenza della Corte Edu sopra ricordata. Tali ricorrenti si rivolgevano alle sezioni unite della Cassazione, proponendo un ricorso per violazione dell'art. 362, comma 1, cpc, sulla scia dei principi espressi da Cass., sez. unite, 23 dicembre 2008, n. 30254, in tema di violazione dei limiti interni della giurisdizione. La vicenda è stata esaminata da Cass., sez. unite, ord. 8 aprile 2016, n. 6891. Le sezioni unite muovono dai principi espressi da Cass., sez. unite, 6 febbraio 2015, n. 2242, che era giunta a riconoscere il proprio sindacato in punto di giurisdizione nei confronti di una pronuncia del Consiglio di Stato distonica rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di aggiudicazione di appalti formatasi in epoca successiva alla decisione del giudice amministrativo. Tali principi vengono trasposti nella vicenda della sentenza del giudice amministrativo formatasi in epoca anteriore al "giudicato" della Corte dei diritti umani che, in altro procedimento, ha riconosciuto la violazione della Cedu a carico della sentenza interna. A questo punto, le sezioni unite non ritengono esse stesse di poter annullare la sentenza del Consiglio come avevano fatto con la sentenza n. 2242 del 2015, riconoscendo che il sistema di protezione dei diritti di matrice convenzionale soggiace ai principi espressi dalle sentenze gemelle del 2007 della Corte costituzionale, alla cui stregua è impedita la disapplicazione della norma interna incompatibile con la Cedu, ma è necessario attivare il controllo di costituzionalità. Per tali ragioni, ipotizzando un contrasto fra la norma interna sulla quale si era fondata la sentenza del Consiglio di Stato e i parametri convenzionali che la Corte Edu aveva riconosciuto violati con le sentenze rese nei citati casi *Staibano* e *Mottola*, la Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, d. lgs n. 165/2001. Corte cost., n.6/2018 ha dichiarato l'inammissibilità della questione di costituzionalità, rilevando che il giudice remittente era partito da una concezione del motivo inerente alla giurisdizione sulla base di un indirizzo interpretativo favorevole a inglobare in tale vizio anche talune ipotesi di *error in iudicando* o *in procedendo*, che non trovava conferma nel parametro costituzionale di cui all'art. 111 Cost. Secondo il giudice costituzionale, in particolare, «Rimane il fatto che, specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste, ma deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come auspicato da questa Corte con riferimento alle sentenze della Corte Edu (sentenza n. 123 del 2017)».

sarebbero visti definitivamente privati della possibilità di accedere a un tribunale e, quindi, della facoltà di far valere i diritti pensionistici che assumevano essere loro spettanti, con duplice lesione delle disposizioni convenzionali in tema di giusto processo e della proprietà. Da qui la questione di legittimità costituzionale che ipotizzava il contrasto della normativa interna (art. 106 cpa e, in quanto richiamato dallo stesso, artt. 395 e 396 cpc con l'art. 117, comma 1, Cost., integrato dagli artt. 46 Cedu, 111 e 24 Cost).

6. La Corte costituzionale (sentenza n. 123/2017) sbarra le porte alla riapertura del processo civile

Con la pronuncia n. 123/2017¹⁹, la Consulta ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate con riferimento agli artt. 24 e 111 Cost., ritenendo infondata l'altra questione sollevata con riferimento all'art. 117, comma 1 Cost., integrato dall'art. 46 Cedu.

La Corte costituzionale, dopo avere escluso che i soggetti non ricorrenti a Strasburgo potessero godere delle medesime tutele "riflesse" garantite da Corte cost., n. 210/2013 con riguardo al caso cd. dei "fratelli Scoppola" in ambito penale, non ha ritenuto che la protezione offerta da Corte cost., n. 113/2011 – introducendo un'ulteriore ipotesi di revisione che può dare luogo alla riapertura del processo penale ai sensi dell'art. 630 cpc – ai casi di sentenze della Corte Edu che hanno riconosciuto la violazione di norme convenzionali in ambito penale potesse valere nei confronti dei soggetti parte di un procedimento giurisdizionale amministrativo o civile, definito con sentenza passata in giudicato, contrastante con la sentenza della Corte Edu.

Secondo la Corte costituzionale, l'esigenza della *restitutio in integrum* – in base a una costante giurisprudenza della Corte Edu – era stata, in assenza di una regolamentazione comune da parte dei Paesi contraenti, particolarmente indicata come misura maggiormente soddisfattiva rispetto ai processi penali nei quali erano emerse violazioni convenzionali. Epperò tale esigenza, pur espressa in certo modo anche per i processi civili e amministrativi²⁰, era sempre stata accompagnata dal riconoscimento di un certo margine di apprezza-

mento in capo ai singoli Stati, al fine di considerare e salvaguardare i principi della certezza del diritto e del giudicato interno formatosi nei confronti di soggetti terzi. È, prendendo a prestito le parole di Corte cost., n. 123/2017, «la tutela di costoro, unita al rispetto nei loro confronti della certezza del diritto garantita dalla *res iudicata* (oltre al fatto che nei processi civili e amministrativi non è in gioco la libertà personale), a spiegare l'atteggiamento più cauto della Corte Edu al di fuori della materia penale».

Mai, secondo Corte cost., n. 123/2017, era stata indicata dalla Corte Edu la misura della riapertura dei processi civili e amministrativi quando lo Stato destinatario della pronuncia di condanna non aveva già introdotto, nell'esercizio delle sue prerogative, strumenti normativi tesi alla revisione delle sentenze passate in giudicato – vds. p. 12 della sentenza in esame.

In definitiva, la riapertura del processo non penale, con il conseguente travolgimento del giudicato, compete alle scelte del legislatore, al quale spetta *in via prioritaria* il compito di addivenire ad una «delicata ponderazione, alla luce dell'art. 24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi».

Corte cost., n. 123/2017 ha poi concluso nel senso che l'eventuale apertura della Corte Edu a una prassi capace di generalizzare l'intervento dei terzi nel processo innanzi a sé, attraverso la disposizione dell'art. 36, par. 2, Cedu o, comunque, la modifica dello strumento convenzionale nel senso di una maggiore tutela delle posizioni dei terzi, avrebbe potuto essere proficua. Ciò perché, conclude la Corte, una sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi – per mutamento delle fonti convenzionali o in forza di una loro interpretazione adeguatrice da parte della Corte Edu – avrebbe reso più agevole l'opera del legislatore nazionale.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 123/2017 sottolinea, quindi, che gli effetti di cosa giudicata delle sentenze della Corte Edu rispetto ai processi civili e amministrativi, i cui esiti contrastano con la Cedu, non possono essere trattati in modo omogeneo rispetto a quelli che promanano da sentenza del giudice europeo rese in ambito penale.

In questa direzione milita la forza del giudicato nazionale e l'esigenza, parimenti fondamentale, rap-

19. Si vedano i commenti alla sentenza di A. Randazzo, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Consulta online*, III, 2017, pp. 460-473, disponibile online (www.giurcost.org/studi/randazzo6.pdf) e V.G.A. Petralia, *Conflitto tra giudicato nazionale e sentenze delle corti europee: nota a margine di Corte costituzionale n. 123/2017*, in *Rivista Aic*, n. 4/2017, disponibile online (www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2017_Petralia.pdf).

20. Si veda, ad esempio, Corte Edu, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Svizzera* (n. 2), ric. n. 32772/02, 30 giugno 2009, ricordata in motivazione da Corte cost., n. 123/2017. Sul tema, in modo ampio, si veda A. Carbone, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della Cedu nel diritto amministrativo (A margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2016, pp. 456 ss.

presentata dal rispetto del canone del contraddittorio che, par di capire, non risultando garantito dalla Corte Edu, renderebbe difficoltosa l'estensione degli effetti ai terzi già parti del giudizio interno.

7. L'ulteriore seguito nel caso *Mottola* - Corte Edu, 6 settembre 2018

Chiuse le porte del giudizio di revisione dalla Corte costituzionale, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, riesaminando il ricorso proposto dai soggetti vittoriosi a Strasburgo, dichiarò l'inammissibilità della richiesta di revisione (Cons. Stato, ad. plen., 20 dicembre 2017, n.12) osservando, in particolare, che, per effetto di quanto deciso da Corte cost., n. 123/2017, «il ricorso per revocazione (il cui *petitum*, per la eventuale fase rescissoria, era quello postulante la reiezione degli appelli proposti dalle amministrazioni e, per l'effetto, la conferma delle sentenze di prime cure impugnate e la corresponsione agli odierni ricorrenti del pagamento della contribuzione previdenziale e dell'indennità di fine rapporto) deve essere dichiarato inammissibile, in quanto risulta essere stato proposto per una ipotesi non contemplata dall'ordinamento giuridico, ed è noto che per la costante giurisprudenza civile ed amministrativa, «attesa la loro eccezionalità, i casi di revocazione della sentenza, tassativamente previsti dall'art. 395 cod. proc. civ., sono di stretta interpretazione, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi»».

I ricorrenti vittoriosi a Strasburgo, però, hanno ottenuto soddisfazione rispetto alle pretese di natura patrimoniale azionate innanzi al giudice nazionale e mai dallo stesso esaminate nel merito, posto che la Corte Edu, con la sentenza resa il 6 settembre 2018, ha riconosciuto a titolo di equo soddisfacimento le differenze retributive reclamate.

8. Il giudicato concernente questioni non monetizzabili. Il pianeta famiglia

La Corte costituzionale ha avuto modo di ritornare sul tema degli effetti di cosa giudicata delle sentenze della Corte Edu in materia di famiglia.

Non erano mancate, in dottrina²¹, voci autorevoli che, all'indomani della sentenza n. 123/2017, auspicavano un diverso indirizzo rispetto a quello concernente contenziosi di natura meramente patrimoniale che, poi, hanno trovato comunque soddisfazione innanzi alla Corte Edu in sede di giudizio *ex art. 41* Cedu. Contenzioso rispetto al quale l'ipotesi della riapertura del processo innanzi al giudice interno avrebbe potuto consentire una ricomposizione dei traumi prodotti per effetto della decisione ritenuta in contrasto con la Cedu dalla Corte europea, in assenza di forme remediali ulteriori; traumi, per ciò stesso, non solo non monetizzabili, ma di tale rilevanza da suggerire l'introduzione di rimedi capaci di agire in tempi celeri, caratterizzandosi tali vicende per un loro dispiegarsi nel tempo capace, esso stesso, di produrre ulteriori effetti dannosi rispetto a quelli già prodottisi in relazione a una decisione resa in violazione dell'art. 8 Cedu.

Questa commendevole prospettiva, in definitiva, finiva col superare il convincimento, pure espresso dalla medesima autrice, che il bilanciamento fra interessi dei soggetti in buona fede o terzi aventi causa protetti dal giudicato nazionale e quello dei soggetti vittoriosi a Strasburgo potesse essere compiuto, come aveva affermato la Corte costituzionale, unicamente dal legislatore. Si afferma, infatti che rispetto alle questioni non patrimoniali correlate soprattutto a vicende familiari, il bilanciamento non può che pendere in favore degli interessi dei soggetti vulnerati dalle decisioni interne. Per tale ragione, la Corte costituzionale avrebbe potuto (e dovuto) operare in modo diverso proprio in una vicenda nella quale era in gioco il destino di un minore conteso fra genitori adottivi e naturali.

Mutamento di indirizzo che, tuttavia, non vi è stato nella Corte costituzionale.

Infatti, dopo una pronuncia di inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata dal Consiglio di Stato su questione sovrapponibile a quella esaminata da Corte cost., n. 123/2017 (cfr. Corte cost., n. 19/2018), Corte cost., n. 93/2018, in una vicenda nella quale erano in gioco interessi familiari²², ha confermato la linea interpretativa inaugurata con la sentenza n. 123/2017, anzi riscontrando, nella sopravvenuta giurisprudenza di Strasburgo (Grande Camera, *Moreira Ferreira c. Portogallo*), l'inesistenza di un diritto alla riapertura del processo civile in base alla Cedu.

21. E. D'Alessandro, *L'attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Riv. trim. proc. civ.*, n. 2/2018, pp. 711 ss.

22. Cfr. Corte appello Venezia, ord. 18 luglio 2016, n. 55, che ha prospettato una nuova questione di legittimità costituzionale relativa agli artt. 395 e 396 cpc in relazione all'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui non consentono la revocazione di una sentenza civile per contrasto con una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La vicenda giudiziale, iniziata dalla madre biologica, gravemente malata, alla quale era stato sottratto un minore, per il quale era stato aperto un procedimento di adottabilità, è culminata, dopo che la donna era rimasta soccombente nel giudizio definito in ambito interno, con una pronuncia della Corte Edu (*Zhou c. Italia*, 21 gennaio 2014) che

9. Qualche notazione sulla sentenza n. 123/2017

Le conclusioni alle quali è giunta la sentenza n. 123/2017 presentano alcune criticità, già espresse in passato, che si intendono qui ribadire, per quel nulla che esse possano valere.

Anzitutto, essa sembra costituire un passo indietro rispetto alle affermazioni, di portata generale, contenute nella ricordata sentenza n. 49/2015 che, proprio per arginare gli effetti dei principi ivi espressi a proposito del carattere non vincolante della giurisprudenza non consolidata della Corte Edu, erano intese espressamente ad affermare un obbligo giuridico di esecuzione delle sentenze nei confronti dei soggetti vittoriosi a Strasburgo, già sopra ricordato.

La scelta della Corte costituzionale, in definitiva, paralizza gli effetti delle sentenze della Corte Edu che certificano la persistenza del pregiudizio in relazione alla pronunzia interna, mettendo in *non cale* l'art. 46 Cedu, e suggella la circostanza che il nostro sistema in ambito civile non ha, allo stato, rimedi capaci di rendere effettive le pronunzie della Corte Edu quando gli effetti lesivi prodotti nei confronti dei soggetti vittoriosi a Strasburgo continuino a propagarsi in loro danno. Ancorché, nella prospettiva della stessa sentenza, il rimedio della riapertura del processo sembri essere un'opzione utile, allo stato tale rimedio non esisterebbe, nemmeno per eventualmente ottenere la rimozione della legge nazionale che si pone in contrasto con la sentenza della Corte europea – a voler seguire il ragionamento espresso da Corte cost., n. 210/2013 per il settore penale sostanziale.

È agevole osservare come una posizione di tal genere, oltre a porre il sistema interno in frizione evidente con la Cedu, scarichi sulla fase indennitaria

ex art. 41 Cedu, innanzi alla Corte Edu, e su quella di controllo, innanzi al Comitato dei ministri, il peso dell'impossibilità di dare corso alle pronunzie della Corte Edu in favore dei soggetti vittoriosi, tagliando fuori lo Stato italiano (e il giudice interno) dai compiti che, invece, l'art. 46 allo stesso attribuisce.

Ci è parso, ancora, poco persuasivo l'invito rivolto alla Corte Edu dalla Corte costituzionale a rivitalizzare l'art. 36, par. 2, Cedu o, addirittura agli Stati parte del Consiglio d'Europa a modificare il trattato istitutivo della Cedu in modo da garantire meglio il diritto al contraddittorio.

Un'ulteriore riflessione critica merita la particolare sottolineatura che la sentenza n. 123/2017 ha riservato ai processi amministrativi, «anch'essi caratterizzati dalla frequente partecipazione al giudizio di amministrazioni diverse dallo Stato, di parti resistenti private affidatarie di un *munus* pubblico». In buona sostanza, la sentenza n. 123/2017 sottolinea che il *deficit* di contraddittorio nel processo davanti alla Corte Edu potrebbe avere gravi ripercussioni, al pari che nei processi civili, sulle amministrazioni pubbliche diverse dallo Stato, ove si decidesse di travolgere il giudicato interno.

Ora, sembra doversi dissentire da siffatta ricostruzione e dalla totale parificazione, operata dalla Corte costituzionale, fra processi civili (per i quali, a ben considerare, non vi era necessità di prendere posizione)²³ e processi – civili e amministrativi – nei quali è parte un'amministrazione pubblica, ad essa sfuggendo che lo Stato, all'interno del procedimento svolto innanzi alla Corte Edu, rappresenta tutte le articolazioni pubbliche che a esso fanno capo, vigendo nel diritto internazionale il principio dello Stato come unico volto²⁴.

Ciò significa che, nell'esercizio dei poteri a esso conferiti innanzi alla Corte Edu, il Governo italiano

aveva riconosciuto la violazione dell'art. 8 Cedu. In seguito all'esito favorevole del giudizio innanzi alla Corte Edu, la madre aveva chiesto alla Corte di appello di Venezia che venissero presi contatti con i genitori adottivi e con i servizi sociali perché, nel rispetto dell'interesse del minore, si valutassero le possibili forme di attuazione della sentenza della Corte Edu. Vds, sulla questione, E. Rizzato, *Corte Edu: adozione e diritto al rispetto della vita familiare*, in *Questione Giustizia on line* del 18/7/2014, www.questionegiustizia.it/articolo/corte-edu_adozione-ediritto-al-rispetto-della-vita-familiare_18-07-2014.php.

23. È, infatti, appena il caso di evidenziare che il riferimento alle controversie tra privati toccate da una pronunzia resa dalla Corte Edu è fenomeno di rilevante ampiezza, che già oggi risulta condizionato fortemente dagli esiti della sentenza della Corte Edu resa nei confronti dei soggetti vittoriosi a Strasburgo e che non esime certo il giudice nazionale dal porre in essere le misure idonee ad eliminare gli effetti delle violazioni convenzionali accertate. Si pensi, a solo titolo esemplificativo, al “pianeta famiglia” e alle violazioni dell'art. 8 Cedu. In tema di minori si veda, ad esempio, Corte Edu, *Scozzari e Giunta c. Italia*, ric. n. 39221/98, 13 giugno 2000: «*L'Etat défendeur, reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles, est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences (cfr. mutatis mutandis, l'arrêt Papamichalopoulos et autres c. Grèce du 31 octobre 1995 (article 50) série A n. 330-B, pp.58-59, par. 34). Il est entendu en outre que l'Etat défendeur reste libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour*».

24. Cfr., per tutti, B. Conforti, *Diritto internazionale*, ESI, Napoli, 2005, pp. 10 ss.

ha piena libertà di sollecitare le eventuali amministrazioni pubbliche coinvolte nel processo giurisdizionale interno a fornire elementi utili alla difesa dello Stato medesimo. Tali considerazioni sembrano escludere la sovrapposibilità dei processi civili a quelli amministrativi, nel senso voluto dalla Corte costituzionale.

Si vuol dire, così, che l'esigenza della tutela del contraddittorio, alla quale fa espresso riferimento la sentenza n. 123/2017, non poteva essere avvertita rispetto al caso che aveva suscitato il rinvio alla Corte costituzionale – nel quale le amministrazioni pubbliche in giudizio erano state l'Università degli studi, l'azienda Policlinico e l'Inps – quanto rispetto ad altre vicende giudiziarie intercorse fra privati²⁵.

Parimenti, poco persuasivo ci è sembrato l'incitamento di Corte cost., n. 123/2017 a spingere sulla leva dell'art. 36, par. 2, Cedu per inserire stabilmente, all'interno del processo a Strasburgo, il terzo.

Si tratterebbe, in definitiva, di stravolgere la portata e il senso della cennata disposizione, essenzialmente rivolta a consentire, sempreché il presidente lo ritenga utile, l'intervento di persone diverse dal ricorrente in funzione di *amicus curiae*²⁶. Di ciò vi è conferma nel fatto che il ricorso ritenuto ricevibile dalla Corte Edu in fase di deliberazione preliminare non viene comunicato alle altre parti del processo interno, ma soltanto agli altri Stati contraenti²⁷. Il che, ovviamente, non vuol certo nascondere la circostanza che anche l'altra parte del processo interno, intervenendo nel giudizio innanzi alla Corte Edu, possa fornire elementi di valutazione utili ai fini del ricorso proposto dall'altra parte²⁸.

In sostanza, non si vede quale frutti fecondi potrà produrre l'invito della Corte costituzionale rivolto alla Corte Edu – che è giudice del caso concreto e valuta caso per caso – a rivedere le modalità di applicazione dell'art. 46 Cedu, anche se sarà il tempo a dare il suo responso.

10. I nodi da sciogliere. Una premessa di sistema

Esaurita la fase descrittiva, occorre a questo punto passare a quella, sicuramente più complessa, della individuazione dei paletti entro i quali deve muover-

si il tema dell'esecuzione della sentenza della Corte Edu: non tanto e solo sul giudicato civile formatosi in precedenza, ma in prospettiva più ampia sul diritto che la Corte Edu ha riconosciuto violato e meritevole di una protezione diversa da quella offerta in ambito nazionale.

Per impostare il discorso, occorre fugare un possibile fraintendimento di base, al quale potrebbe indurre una lettura non corretta della posizione espressa dalla Corte costituzionale.

Il giudice costituzionale, agganciandosi alla giurisprudenza della Corte Edu, resa a livello di Grande Camera, ha continuato a ripetere che il diritto alla riapertura del processo in ambito convenzionale non esiste.

Tale affermazione prende le mosse dalla giurisprudenza della corte europea, la quale, nei precedenti *Bochan c. Ucraina* e *Moreira Ferreira c. Portogallo*, è stata chiamata a verificare la giustiziabilità innanzi a sé del ricorso proposto dalla parte vittoriosa a Strasburgo, che aveva reinvestito il giudice nazionale delle medesima questione definita con il precedente giudicato interno. In tali frangenti, la Corte europea, determinando i confini del proprio sindacato, ha riconosciuto se e in quali limiti essa è chiamata a intervenire, in definitiva, circoscrivendo la verifica di conformità del nuovo giudizio all'art. 6 Cedu per le sole questioni sopravvenute rispetto a quelle già oggetto della precedente decisione del medesimo giudice europeo.

Tale indirizzo interpretativo, tuttavia, non ha spostato affatto né incrinato né ridotto la portata del giudicato formatosi a Strasburgo e dell'obbligo dello Stato di rimuovere gli effetti delle violazioni accertate con misure di ordine "particolare" e generale. Obbligo che costituisce la base stessa del sistema della Cedu e senza il quale la giurisdizione della Corte di Strasburgo finirebbe con l'essere una mera lustra. Il che non è se, appunto, si pensa che essa viene investita direttamente – anche – dal soggetto che assume di essere leso in un proprio diritto – e pronunzia la condanna dello Stato nei confronti di tale ricorrente.

Quanto fin qui affermato, ancorché si possa trovare talvolta espresso in filigrana nella giurisprudenza della Corte Edu – cfr. *Kontalexis c. Grecia* (n. 2)

25. Sul punto, vds., infatti, C. Padula, *La Corte edu e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 2/2016, p. 326: «Il problema della tutela del "controinteressato" al mantenimento del giudicato non si pone per il giudizio amministrativo, dato che lo Stato (presente a Strasburgo) comprende, nei rapporti internazionali, tutte le pubbliche amministrazioni. Dunque, anche qualora la Corte europea sia stata adita dal privato, la decisione europea è opponibile all'ente pubblico interessato al mantenimento del giudicato amministrativo».

26. Vds., *amplius*, G. Raimondi, *Commento all'art. 36*, in S. Bartole – B. Conforti – G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, pp. 627 ss.

27. Cfr. V. Zagrebelsky – R. Chenal – L. Tomasi, *Manuale, op. cit.*, p. 423.

28. Corte Edu, *Mandet c. Francia*, ric. n. 30955/12, 14 gennaio 2016, parr. 42 e 43, in materia di filiazione.

[sez. I], ric. n. 29321/13, 6 settembre 2018, parr. 28 e 63 –, non costituisce un dato ben espresso. E non è sufficiente ritenere che ciò costituisce l'*in se* del sistema della Cedu stessa.

Tale argomentare tralascia, infatti, di considerare che gli Stati dialogano, studiano e confrontano la giurisprudenza della Corte Edu, risultando decisamente condizionati da quanto essa afferma.

Sicché, ritenere che l'obbligatorietà delle sentenze della Corte Edu in ambito civile sia talmente scontata da non meritare una specificazione sul punto sembra costituire una petizione di principio che, in definitiva, depotenzia il ruolo della giurisdizione sovranazionale e, prima ancora, dei diritti protetti dalla Cedu.

11. Pregi e difetti della sentenza n. 123/2017

Malgrado le opacità evidenziate rispetto alla sentenza n. 123/2017²⁹, un merito va riconosciuto alla Corte costituzionale: l'impianto e la struttura di base della pronuncia, per l'approfondimento dei richiami giurisprudenziali alla Corte Edu e per le affermazioni ivi contenute, sembra rappresentare una sorta di "clone" della pronuncia n. 129/2008, che dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di appello di Bologna con riguardo al caso *Dorigo*. Anche in quell'occasione, la Corte sottolineò il ruolo del legislatore ai fini della riapertura del processo e fu, in definitiva, antesignana della successiva svolta intrapresa dalla sentenza n. 113/2011.

In sostanza, il legislatore, al quale la Corte costituzionale attribuisce, in via prioritaria, il compito di individuare un rimedio capace di consentire l'esecuzione delle sentenze della Corte Edu incidenti su giudicati civili e amministrativi nell'ordinamento

interno in favore dei soggetti vittoriosi a Strasburgo, sembra avvisato che non saranno consentiti ulteriori rinvii, altrimenti toccando comunque al giudice – costituzionale o comune – l'individuazione di una via di fuga capace di realizzare l'obiettivo di una riapertura del processo al cui interno le parti, nel pieno contraddittorio, potranno, a seconda dei casi, riaprire la partita tenendo conto della pronuncia della Corte Edu³⁰.

Né sembra peregrino ritenere che, proprio nei casi in cui l'oggetto della questione attiene a diritti del cittadino nei confronti dello Stato e/o di altre articolazioni pubbliche che continuano a subire pregiudizio in epoca successiva al "giudicato" della Corte Edu, l'esigenza di ricomporre il quadro interno (ancorché "coperto" dal giudicato nazionale) in modo da renderlo compatibile con l'accertata violazione della norma convenzionale risulta essere un'esigenza talmente prioritaria da meritare, già oggi, di essere pienamente e prontamente protetta.

Non può, del resto, revocarsi in dubbio che l'art. 46 Cedu dimostra che l'obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte Edu incombe sullo Stato nella sua integralità e, dunque, anche nei confronti dei giudici innanzi ai quali le parti decidessero di rivolgere le loro istanze volte a rendere effettivo e concreto un pronunciamento della Corte Edu e i diritti che sono stati violati, soprattutto quando il responsabile sia un potere pubblico. Esiste, dunque, un canone fondamentale che «impone al giudice nazionale l'obbligo di garantire, conformemente all'ordinamento costituzionale vigente e nel rispetto del principio della certezza del diritto, il pieno effetto delle norme della Convenzione, nell'interpretazione loro data dalla Corte» – Corte Edu [GC], *Fabris c. Francia*, p.19³¹.

Se va, quanto meno, contenuta la prospettiva che sposti sulla monetizzazione del pregiudizio la soluzione del problema³², figlia di una concezione che tende

29. Sulle quali sia consentito il rinvio a R.G. Conti, *L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *Consulta online*, II, 2017, pp. 333-344 www.giurcost.org/studi/conti7.pdf.

30. Lo studio di R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, Relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, «Corti europee e giudici nazionali», Verona, 25-26 settembre 2009, disponibile *online* (www.astrid-online.it/static/upload/protected/Capo/Caponi_Rel-Congresso-Ass-processo-civile_25-26_09_09.pdf), rimane imprescindibile per l'esame della questione, anche in relazione alla non proprio sovrapponibile tematica degli effetti delle sentenze della Corte di giustizia sui giudicati interni. Molto rilevante risulta, ancora, il contributo di G. Sorrenti, *Crisi e tenuta del mito del giudicato nell'impatto con le condanne emesse a Strasburgo*, in *Federalismi*, n. 2/2015, p. 11, disponibile *online* (<https://www.federalismi.it/>).

31. Vds. sul punto, l'opinione concorrente del giudice della Corte Edu P. Pinto de Albuquerque, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 67, che offre dell'inciso riportato nel testo una lettura volta, per un verso, a escludere che il contrasto di una sentenza della Corte Edu con la Costituzione possa impedirne l'efficacia e, per altro verso, afferma che «il riferimento alla certezza del diritto (...) costituisce anche un ammonimento» - *injunction* - «ai giudici statali di rispettare rigorosamente, senza alcun margine di apprezzamento, le sentenze della Corte. Sarebbe invece qualsiasi scelta discrezionale compiuta dai giudici statali nell'attuazione delle sentenze della Corte a mettere in discussione il principio della certezza del diritto»

32. Ancora B. Randazzo, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 6/2002, par. 2.2: «Benché non ci si nascondano le perplessità generate dal forte impatto che lo sviluppo di questi orientamenti è in grado di produrre in seno all'organizzazione interna della giustizia, d'altro canto non si può neppure esimersi dal rilevare il pericolo di una monetizzazione della responsabilità per mancato rispetto dei diritti dell'uomo: se per i diritti patrimoniali ciò può forse accettarsi, non può certo essere così per le viola-

a esaurire la tutela della persona umana nel profilo del risarcimento del danno e a non considerare il valore dell'esistenza della persona, direttamente protetto a livello costituzionale (art. 2 Cost.)³³, la pronunzia della Corte costituzionale n. 123/2017 rappresenta, in ogni caso, un forte stimolo a mettere in moto un processo culturale capace di porre al centro del dibattito dottrinale³⁴ e giudiziario – al cui interno occupano una posizione equiordinata giudici e avvocati – il tema, indubbiamente complesso e poliedrico, degli effetti e dell'esecuzione delle sentenze della Corte Edu³⁵, dovendosi dare risposta a un interrogativo che ormai sempre di più compare quando si pone al centro del sistema la protezione dei diritti fondamentali, qualunque ne sia la fonte.

Interrogativo che, involgendo anche il parallelo settore delle misure di ordine generale che lo Stato è chiamato a introdurre per eliminare – sempreché ve ne siano – violazioni ulteriori rispetto a quelle patite dal soggetto vittorioso a Strasburgo, chiama lo studioso e gli interpreti delle varie discipline a individuare non soltanto le specificità che riguardano i singoli settori, ma altresì il confine, se esiste, tra ciò che è necessario fissare in termini generali e astratti per rispondere a un'esigenza di certezza e prevedibilità e ciò che, invece, va necessariamente riservato all'attività di concretizzazione e attuazione del principio al caso concreto, senza il quale soluzioni normative preventivamente delineate in termini analitici e generalizzanti potrebbero non essere utili e capaci di fornire adeguata risposta all'esigenza, comune, di offrire un elevato *standard* di protezione ai diritti fondamentali³⁶.

In questa prospettiva ci si avvede, davvero, che le maglie lasciate dalla sentenza n. 123/2017 siano,

paradossalmente, più aperte rispetto a quelle che lo stesso giudice disegnò in occasione della sentenza n. 113/2011, con la quale venne determinato in modo preciso il “rimedio” della riapertura del processo penale per violazione di ordine processuale. La Corte sembra avere voluto non invadere il campo che lei stessa ha riservato al legislatore quanto alla tipologia dei rimedi – riapertura, risarcimento del danno, etc. –, in definitiva sposando l'idea, sottesa al sistema convenzionale, che appunto demanda allo Stato, all'interno del margine di apprezzamento al medesimo offerto, l'individuazione del miglior rimedio.

12. Che fare, allora?

Dunque, la questione rimane quella del rimedio da adottare per dare efficacia alla sentenza della Corte Edu.

È passato più di un anno e mezzo senza che il legislatore abbia risposto al monito della Corte costituzionale a intervenire. Un monito senza sanzione e senza tutela per le parti vittoriose a Strasburgo, visto che, con la sentenza n. 123/2017 e con la gemella n. 93/2018, la Corte costituzionale non aveva ancora maturato l'idea, innovativamente adottata nel caso *Cappato*, di dare un termine al legislatore per provvedere, riservandosi all'esito (qualunque esso sia) ogni decisione. Decisione che Antonio Ruggeri, all'indomani del comunicato diramato dalla Corte, non ha esitato a definire, da par suo, come «pilatessa e gravida di implicazioni ancora tutte da esplorare», essa rendendo «testimonianza della fervida fantasia con cui il giudice costituzionale sforna a getto continuo nuovi tipi di decisione ovvero fa originali utilizzi di

zioni più gravi dei diritti garantiti dalla Convenzione», disponibile online (<http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/copanello020531/randazzo.html>).

33. P. Perlinger *Profili istituzionali del diritto civile*, ESI, Napoli, 1979, p. 239.

34. Vds. già sul tema, oltre ai contributi ricordati, P. Patrito, *Se sia ammissibile l'impugnativa per revocazione delle sentenze del Consiglio di Stato per contrasto con decisione sopravvenuta della Corte Edu*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 2710 ss.; A.O. Cozzi, *L'impatto delle sentenze della Corte di Strasburgo sulle situazioni giuridiche interne definite da sentenze passate in giudicato: la configurabilità di un obbligo di riapertura o di revisione del processo*, in F. Spitaleri (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della Cedu sugli atti nazionali definitivi*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 159; G. Ubertis, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, n. 2/2011, p. 1542.

35. Rimangono fondamentali, sul punto, gli studi di V. Sciarabba, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale internazionale e comparato*, CEDAM, Padova, 2012; O. Pollicino, *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano, 2010, G. Martinco e O. Pollicino, *The Interaction between Europe's Legal Systems - Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) / Camberley (UK) / Northampton (US), 2012 e P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2004.

36. Sul punto si vedano, ripetutamente, gli scritti di A. Ruggeri e, tra i più recenti, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il 'dialogo' tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in A. Ruggeri – D. Rinoldi – V. Petralia (a cura di), *Vecchie e nuove "famiglie" nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 1 ss. nonché *Id.*, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XX - Studi dell'anno 2016*, Giappichelli, Torino, 2017, in particolare il cap. V (*Lacune costituzionali*), pp. 77-132.

tipi noti e collaudati»³⁷. Ora, non è dubbio che il caso di cui ci occupiamo qui sia figlio di un Dio minore, non meritevole di quella tutela rafforzata invece creata dal giudice costituzionale. In definitiva, i vincitori a Strasburgo non hanno alcuna tutela, in atto.

Al dubbio sul “che fare” dopo una sentenza della Corte Edu che ha privato il giudicato interno si può rispondere evocando l'intervento del legislatore, ovvero è sufficiente che la vicenda sia demandata in via esclusiva alla sede giudiziaria (comune e/o costituzionale) chiamata a individuare, volta per volta, il *rimedio* capace di rendere effettiva la protezione del diritto di matrice convenzionale solo “sulla carta” riconosciuto a livello sovranazionale, ma ancora paralizzato in relazione al giudicato contrastante formatosi in precedenza?

Spetta dunque al giudice il compito di “reperire” o di inventare, se seguiamo le suggestioni che il presidente della Corte costituzionale, Paolo Grossi, ha espresso nel suo ultimo saggio che – non a caso – si intitola *L'invenzione del diritto*, il rimedio migliore, la strada meglio percorribile in funzione del caso concreto esaminato dalla Corte Edu?

In definitiva, le lacune del sistema possono essere modulate e risolte con un intervento nomofilattico delle sezioni unite o, piuttosto, richiedono un intervento legislativo, magari ispirato dalla Corte costituzionale – nuovamente investita dal giudice comune – con una o più sentenze additive di principio?

E ancora, la Corte costituzionale ha “chiuso la porta” all'esecuzione ovvero ha “aperto le porte” a nuovi scenari che potrebbero non muoversi sul piano legislativo in caso di persistente inerzia del legislatore?

13. Lasciare la palla solo al legislatore? L'esperienza francese

Ci si potrebbe, dunque, acquietare sulla tesi vaticinata dalla Corte costituzionale e ritenere che solo il legislatore sia chiamato a dover colmare la lacuna nella quale versa il nostro ordinamento rispetto al tema degli effetti delle sentenze della Corte Edu sul giudicato civile formatosi in violazione della Cedu.

A scegliere questa opzione, il ricorso alla comparazione è fondamentale, come già evidenziato da Ele-

na D'Alessandro nei suoi approfondimenti dedicati al tema.

In questa direzione pare estremamente utile richiamare l'esperienza maturata in Francia, che si è già misurata con problemi simili a quelli qui dibattuti.

Occorre ricordare, *in limine*, che il rimedio introdotto nel sistema francese dalla legge n. 2016-1547 del 18 novembre 2016 in relazione alle ipotesi di contrasto fra giudicato nazionale formatosi su questioni di stato delle persone e sentenze della Corte Edu, ha determinato una modifica del *code de l'organisation judiciaire*, per effetto della quale è consentito il riesame (*réexamen en matière civile*) nei casi in cui la violazione di una delle garanzie fondamentali della Convenzione abbia determinato un danno non risarcibile con l'equa soddisfazione. Si tratta di rimedio da proporre, entro un anno dalla pronuncia della Corte europea, dinanzi alla *Cour de cassation*, la quale decide in una peculiare composizione (cd. “*Cour de réexamen*”) e, in caso di accoglimento, rinvia al giudice di pari grado rispetto a quello che emise la decisione dichiarata contrastante con la Cedu dal giudice di Strasburgo.

Tale strumento è stato attivato, di recente, da alcuni soggetti vittoriosi a Strasburgo innanzi allo speciale organo istituito presso la Cassazione francese, dopo che la Corte Edu, con due coeve pronunzie (*Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, ricc. nn. 65192/11 e 65941/11, 26 giugno 2014), aveva ritenuto contrario all'art. 8 il divieto di trascrizione di un certificato di nascita di minore ottenuto all'estero da una coppia che aveva fatto ricorso alla cd. “maternità surrogata”, deciso dalla Cassazione francese.

In esito alle pronunzie *la Cour de cassation*, in forza del principio dell'*efficacia di cosa interpretata*, senza procedere ad alcuna disapplicazione del parametro interno, aveva modificato il proprio indirizzo interpretativo che aveva condotto all'intrascrivibilità dell'atto di nascita in vicende simili a quelle esaminate dalla Corte Edu, concernenti la maternità surrogata, riconoscendo che le norme di stato civile vanno interpretate alla luce della Cedu, come delineata dalla Corte di Strasburgo – per modo che non poteva essere negata la trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato all'estero da maternità surrogata, se tale atto non è falsificato e se sussiste il legame di paternità con un cittadino francese, a ciò non ostando l'ordine pubblico³⁸.

37. A. Ruggeri, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, III, 2018, pp. 568-570, disponibile online (www.giurcost.org/studi/ruggeri81.pdf).

38. *Cour de cassation, Communiqué relatif à l'inscription à l'état civil d'enfants nés à l'étranger d'une GPA*, 3 luglio 2015, nn. 14-21.323 e 15-50.002 (www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2015_7698/livre_3_jurisprudence_cour_7709/iii_arrets_rendus_chambres_7714/a_droit_personnes_famille_7715/1_tat_civil_34602.html): «Les actes de naissance dont la transcription est demandée mentionnent comme père celui qui a effectué une reconnaissance de paternité et comme mère la femme ayant

Il Comitato dei ministri, con risoluzione CM/ReSDH(2017)286, del 21 settembre 2017³⁹, aveva quindi chiuso il procedimento di verifica dello stato di esecuzione delle sentenze rese dalla Corte Edu nei confronti della Francia qui ricordate, ritenendo che era stata corrisposta dallo Stato l'equa soddisfazione indicata nelle sentenze e che era stata introdotto, nella legge sulla modernizzazione del sistema giudiziario, un sistema di revisione delle decisioni interne a seguito delle sentenze della Corte europea, peraltro verificando che ai bambini era stato concesso il certificato di cittadinanza.

Il *sequito* al quale si riferisce la richiesta di parere preventivo reso dall'adunanza plenaria della Corte di cassazione francese riguarda proprio la vicenda *Mennesson c. Francia* esaminata dalla Corte Edu in una delle due pronunzie sopra ricordate, poiché i soggetti vittoriosi a Strasburgo, facendo valere l'efficacia di cosa giudicata della sentenza della Corte Edu, avevano chiesto la trascrizione del certificato di nascita nell'ordinamento francese inizialmente loro negata, dopo che la stessa Corte di cassazione aveva confermato il rigetto della richiesta di provvedimenti provvisori formulata dalla coppia innanzi alla Corte di appello, in relazione al pregresso giudicato interno che aveva escluso la trascrivibilità del certificato estero (*Cour de cassation*, 5 luglio 2017, *arrêt* n. 16-20052).

Orbene, nel caso concreto, la *Cour de réexamen*, richiesta di dare attuazione alla sentenza della Corte Edu dai soggetti vittoriosi a Strasburgo ha ritenuto di rimettere la decisione all'adunanza plenaria della Corte di cassazione francese. Quest'ultima, con la decisione interlocutoria n. 638 del 5 ottobre 2018, ha quindi deciso di promuovere una richiesta di parere preventivo alla Corte Edu, al fine di verificare la compatibilità del diritto vivente transalpino, nella parte in cui non consente la trascrizione dell'atto di nascita in favore della madre sociale (*mère d'intention*).

La vicenda sulla quale ci si è qui attardati è di estremo rilievo, non tanto per aspetti sostanziali che

esulano dal tema del presente incontro, quanto per il fatto che si percepisce in pieno il ruolo svolto dal Comitato dei ministri rispetto al tema delle misure di ordine generale e particolare che lo Stato è chiamato a osservare per effetto di una decisione emessa dalla Corte Edu.

Il Comitato, in altri termini, decise di chiudere la procedura proprio perché lo Stato ha adottato un meccanismo di protezione dei diritti lesi dalla Corte nazionale, ancora una volta dimostrando l'esistenza di un vincolo che, indissolubilmente, incombe sullo Stato di adeguarsi alle decisioni della Corte Edu. Il tutto, ancora una volta, nel pieno rispetto del margine di apprezzamento.

Sembra il caso di sottolineare come proprio questa vicenda ponga in termini drammatici il tema della necessità di rimedi che vengano tempestivamente e prontamente adottati dal nostro ordinamento, essendo ormai passato oltre un anno senza che il legislatore abbia avvertito la necessità di mettere mano al problema, evidentemente rasserenato dalla soluzione attendista della Corte costituzionale.

Tornando, ora, alle questioni di ordine interno, occorrerebbe dunque chiedersi se si ritiene che debba essere soltanto il legislatore a porre rimedio alle violazioni riscontrate a Strasburgo su giudicati civili, se la riapertura del processo debba riguardare le sole ipotesi di *restitutio in integrum* ovvero anche quelle risarcitorie e, ancora, quale sarebbe il regime al quale sottoporre la emananda sentenza, ai fini della opponibilità della stessa a eventuali terzi. Interrogativi che si è già posta attenta dottrina (E. D'Alessandro, cit.). Andrebbe, altresì, chiarito se del giudicato formatosi a Strasburgo possano beneficiare solo i soggetti vincitori o anche i "fratelli gemelli", per usare un'espressione cara ai penalisti e alla vicenda *Scoppola c. Italia*, esaminata dalla Grande Camera della Corte Edu.

Torna, così, a comparire lo spettro che, in definitiva, anima le già svolte riflessioni. Anche nell'individuazione del rimedio migliore, il legislatore dovrà

accouché. Dès lors, les règles de transcription sur les actes de l'état civil français, interprétées à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, doivent s'appliquer au cas d'espèce. La théorie de la fraude ne peut donc faire échec à la transcription de l'acte de naissance». Anche il Consiglio di Stato francese ha dato continuità alle pronunzie della Corte Edu (*Conseil d'Etat*, 12 dicembre 2014, n. 367324, www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-12-decembre-2014-Association-Juristes-pour-l-enfance-et-autres-), ritenendo legittima la circolare adottata dal Ministero della giustizia il 25 gennaio 2013, relativa al rilascio del certificato di nazionalità francese per i bambini nati all'estero da genitori francesi che avessero fatto ricorso alla maternità surrogata. La posizione della Cassazione francese, espressa con riguardo a ipotesi di genitori d'intenzione – padri – celibi, si era assestata per effetto di un ulteriore indirizzo interpretativo, espresso dalle pronunzie della prima sezione di quella Corte – sentenze 5 luglio 2017, nn. 824-826 (ricc. nn. 15-28.597, 16-16.901, 16-50.025, 16-16.455) – ove si è chiarito che, in relazione al contenuto dell'art. 47 del codice civile francese e dell'art. 8 Cedu, non è ammissibile la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero di un bambino procreato mediante la tecnica della gestione per altri nei confronti della madre sociale – ferma la trascrizione del minore come figlio del padre biologico, pienamente riconosciuta per effetto delle sentenze della Corte Edu su ricordate – non incidendo tale divieto sul diritto al rispetto alla vita privata e familiare del minore, comunque tutelato in quanto accolto nella casa del padre. La Cassazione ha, tuttavia, riconosciuto la possibilità che la madre sociale, moglie del padre biologico, potesse chiedere l'adozione del bambino, alla stregua dell'art. 353, par. 1, codice civile, con ciò peraltro modificando un proprio precedente indirizzo interpretativo.

39. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168074c023.

adottare una disciplina elastica o rigida, individuare con precisione la tipologia del rimedio in relazione al settore nel quale il rimedio è destinato a operare – un po' come ha fatto la Francia, che si è limitata a prevedere il riesame per il settore famiglia – o addirittura stabilire una “scala remediale” diretta a salvaguardare, comunque, l'esigenza di prevedibilità delle decisioni che il giudice deciderà di adottare.

In coscienza, chi scrive non è in grado di offrire elementi trancianti di soluzione del problema, semmai soltanto insistendo sulla circostanza che la varietà e poliedricità degli interessi che possono determinare le decisioni della Corte Edu – come di qualunque altro giudice – sono tali da scoraggiare l'idea di una tassativizzazione remediale, anche a costo di sacrificare, in parte, l'esigenza di certezza del diritto, proprio in nome di quella certezza dei diritti che deve, comunque, sempre avere il sopravvento, come ci ha insegnato Antonio Ruggeri⁴⁰.

14. E il giudice?

L'altra opzione, sulla quale riflettere, è quella di vagliare se, a bocce ferme e nell'attesa che il legislatore intervenga, la parte vittoriosa a Strasburgo possa comunque mettere in moto un meccanismo giudiziario volto a eliminare gli effetti prodotti da un giudicato interno ormai depotenziato.

E invero, il giudicato interno formatosi in ambito civile, quando la Corte europea abbia riconosciuto la violazione di un parametro convenzionale da parte della giurisdizione interna, viene colpito al cuore, anzitutto, nella sua autorità. Agli occhi di chi è stato parte del giudizio concluso in ambito interno, infatti, quel giudicato ha “perso di valore.” Le affermazioni che sono state ivi espresse a favore e/o contro una delle parti sono doppiate da quelle successivamente pronunziate dalla Corte europea.

Potrà allora accadere che, sul piano sovranazionale, il soggetto vittorioso a Strasburgo ottenga dallo Stato pieno riconoscimento al diritto violato dal giudicato malamente formatosi.

Sono a tutti noti i giudizi in tema di espropriazione, legittima e illegittima, che hanno visto lo Stato italiano condannato a risarcimenti assai esosi in relazione a principi giurisprudenziali o a disposizioni normative che avevano danneggiato in modo ingiusto

il diritto di proprietà. Il ristoro dei danni ottenuto a Strasburgo dal proprietario non ha reso necessario porsi il problema del “che fine fa il giudicato interno”.

Esso è rimasto formalmente integro fra le parti dei relativi giudizi e ad esso si è affiancato, tuttavia, un obbligo – indennitario o risarcitorio che sia – a carico dello Stato al quale, peraltro, il legislatore interno ha posto un qualche rimedio introducendo il sistema della rivalsa nei confronti dei soggetti che, in forza del giudicato, avevano comunque beneficiato di un vantaggio patrimoniale (art. 16-bis, comma 5, l. 4 febbraio 2005, n. 11).

Se la fase dell'art. 41 Cedu si chiude con l'integrale soddisfazione dell'interesse leso dal giudicato interno, non si potrà prospettare alcun problema; salvo a chiedersi se la fase relativa alla concreta soddisfazione dell'obbligo indennitario appartenga alla sfera riservata al Comitato dei ministri – come hanno opinato, fin qui, la Corte di cassazione⁴¹ e il Consiglio di Stato⁴² –, ovvero imponga comunque all'autorità statale (*recte*, giurisdizionale) di garantire il pieno soddisfacimento della pretesa pecuniaria.

La piena soddisfazione del diritto si è, ad esempio, realizzata nel caso dei medici “a gettone” del caso *Mottola*, che avevano adito il Consiglio di Stato per ottenere la revocazione della sentenza resa da quel giudice dopo che la Corte Edu aveva acclarato la violazione di ordine procedurale a carico dello Stato stesso. I ricorrenti hanno ottenuto il riconoscimento di un diritto senza che, peraltro, vi sia stato un giudice nazionale che abbia mai statuito sull'esistenza di quel diritto, visto che la pronunzia del giudice europeo si è mossa su un crinale meramente procedurale di violazione dei parametri convenzionali in gioco (art. 1 Protocollo n. 1 alla Cedu e art. 6 Cedu).

Il problema potrebbe, però, porsi tutte le volte in cui, nel giudizio nazionale, si è discusso di diritti personalissimi delle parti e di questioni che non sono patrimonialmente valutabili e che risultano ormai delineate – in maniera distorta – in forza del giudicato interno, in guisa tale che solo una *restitutio in integrum* potrebbe consentire l'appagamento pieno di quelle situazioni giuridiche in modo coerente con i parametri convenzionali individuati dalla Corte Edu.

Pensiamo a contenziosi di varia natura, nei quali sono in discussione diritti infungibili rispetto ai quali la fase indennitaria a Strasburgo non è risultata completamente satisfattiva.

40. Fra i tanti scritti nei quali è stato sviluppato questo tema, si veda A. Ruggeri, “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti XXI studi dell'anno 2017, Giappichelli, Torino, 2018, in particolare il cap. XV (*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*), pp. 255-289.

41. Cass., sez. unite. ord. 16 maggio 2013, n. 11826.

42. Cons. Stato, sez. IV, 11 giugno 2015, n. 2866.

Immaginiamo un diritto al nome non riconosciuto (ingiustamente, secondo la Corte Edu) o un diritto all'unione civile per ipotesi non contemplata dalla legislazione interna. Si ponga mente a tutto il contenzioso in cui sono coinvolti diritti personalissimi facenti capo anche a minori o, ancora, al diritto all'eliminazione di una frase non ritenuta diffamatoria dal giudice nazionale e, invece, riconosciuta essere stata espressa in violazione dell'art. 10 Cedu. Per non dire di quelle vicende nelle quali il *deficit* alla Convenzione è derivato da un *deficit* sistemico, correlato alla presenza o di una legge interna – contraria alla Cedu – o alla sua assenza. Gli esempi potrebbero essere infiniti per quanti possono essere i casi di contenzioso di natura civile nel quale entra in gioco la tutela dei diritti fondamentali.

Si apriranno, innanzi al soggetto vincitore a Strasburgo, diverse opzioni.

Egli potrà, anzitutto, tentare di ottenere dal giudice che ha dato causa alla violazione una sentenza di segno diverso rispetto a quella scrutinata dalla Corte Edu proprio in relazione a quanto deciso dal giudice europeo, ponendo a base della sua richiesta l'immediata efficacia dell'art. 46 Cedu, che impone allo Stato l'adozione di misure di ordine particolare volte a eliminare gli effetti della violazione accertata, in combinato disposto con il parametro convenzionale riconosciuto come violato dalla Corte Edu e con l'art. 13 Cedu – diritto a un ricorso effettivo.

Il portatore di questi interessi potrebbe, in altri termini, fondare la sua pretesa sul carattere immediatamente efficace dell'art. 46 Cedu e sulla necessità di offrire protezione immediata al diritto protetto dalla Cedu nel caso deciso dal giudice di Strasburgo.

Certo, si potrebbe vedere opposta, dall'altra parte – se ve ne sia una in concreto –, la circostanza che, secondo la giurisprudenza della Corte Edu, non esiste un obbligo di riapertura del processo, essendo i singoli Stati tenuti a verificare, nell'ambito del loro margine di apprezzamento, le misure più idonee a elidere le violazioni accertate. Si tratterà, semmai, di capire se il piano d'indagine che il giudice sarà chiamato ad affrontare riguarda il giudicato interno ovvero una situazione nuova, a esso successiva, determinata in base a un composito quadro normativo interno e sovranazionale.

In ogni caso, è probabile che la parte coincidente con lo Stato non potrebbe spiegare utilmente tale eccezione, avendo esso contribuito, con i suoi organi (legislativi o giurisdizionali), alla violazione accertata innanzi alla Corte Edu.

Ma se tale eccezione, fondata sulla forza del giudicato e sulla certezza del diritto a essa sottesa, fosse proposta dal soggetto – diverso dallo Stato – che aveva invece tratto vantaggio dalla violazione giudizialmente prodotta per effetto del giudicato interno, si

potrebbe controdedurre che, in gioco, non è la protezione inizialmente pretesa di quel diritto, ma la necessità di fornire tutela allo stesso diritto, come protetto dalla Cedu, rivolto a salvaguardare un'esigenza ulteriore e nuova, connessa all'eliminazione degli effetti della violazione accertata dalla Corte Edu, divenuti non tollerabili dal sistema. Qualunque sia stato l'esito del giudizio conclusosi innanzi alle corti nazionali, vi sarebbe una situazione sopravvenuta che imporrebbe l'eliminazione degli effetti nocivi prodotti in forza di un giudicato.

Potrebbe, a questo punto, ipotizzarsi che la parte vittoriosa a Strasburgo convenga in giudizio sia lo Stato, che ha dato luogo alla violazione, sia la parte vittoriosa in forza del giudicato nazionale prospettando, in definitiva, diversi e autonomi profili di responsabilità, per l'un verso legati alla circostanza che incombe sullo Stato l'obbligo di eliminare gli effetti delle violazioni accertate a Strasburgo e, per altro verso, che la parte vittoriosa sta lucrando un vantaggio per effetto di un giudicato formatosi in riconosciuto contrasto con la sentenza della Corte Edu.

D'altra parte, lo Stato, che nulla potrebbe accampare quanto alla protezione dell'affidamento prodotto dal giudicato, una volta accertato, con la forza della sentenza resa dalla Corte europea, che egli stesso ha contribuito a rendere possibile la violazione – per effetto di un agire del legislatore o del giudice –, potrebbe avere interesse a rivalersi sul soggetto che ha ricevuto un vantaggio dall'essere stato ritenuto responsabile di una violazione che, certo, discende dall'attività giudiziaria, ma che si è riverberata positivamente sulla parte vittoriosa (sempre che vi sia stata).

Il piano di siffatto giudizio – che potrebbe sfociare in una statuizione di piena restituzione del diritto leso o di risarcimento del danno, in relazione alla specificità della singola vicenda – in altri termini, potrebbe non necessariamente svolgersi su quello della riapertura del processo, ma su un diverso crinale, correlato alla necessità di eliminare completamente gli effetti della violazione accertata a Strasburgo.

Il giudicato formatosi tra le parti finirebbe, allora, in assenza di un intervento legislativo, col giocare un ruolo marginale tanto con riferimento allo Stato – che non era parte del giudizio o che, se lo era stato (risultando vincitore) non potrebbe prospettare alcun esonero di responsabilità – che del soggetto vittorioso innanzi al giudice nazionale, venendo in discussione gli effetti nocivi prodotti dal giudicato contrastante con la Cedu.

Sarebbe, a questo punto, il giudice nazionale a dovere svolgere, all'interno del giudizio, i bilanciamenti necessari caso per caso, al fine di salvaguardare l'interesse che, rispetto al caso, meriti maggiore protezione.

Tornando, così, alle esemplificazioni che si sono fatte più sopra, rispetto al diniego di un diritto a cono-

scere le proprie origini o a un diritto al nome o, ancora, a un diritto a contrarre un'unione civile secondo determinate caratteristiche (per esempio, la piena equiparazione dell'unione al matrimonio in tesi ammessa dalla Corte Edu) il soggetto vincitore potrebbe comunque sperimentare, sul piano interno, tutte le azioni giudiziarie capaci di eliminare gli effetti del diniego al riconoscimento del diritto originariamente formatosi con forza del giudicato. Il *petitum* che si potrebbe prospettare in siffatti casi sarebbe dunque, volta a volta, risarcitorio, ma anche ripristinatorio, in quanto rivolto a riconoscere, con effetti *ex nunc*, il diritto reclamato.

Qualche spiraglio rispetto a tale opzione sembra, d'altra parte, avere in qualche modo aperto proprio l'ultima pronuncia della Corte costituzionale (n. 93/2018) quando, nell'ultimo *incipit*, ha ritenuto di dovere precisare che «fuoriesce dall'alveo della presente questione di legittimità costituzionale il dibattito giurisprudenziale e dottrinale, in cui si inserisce la stessa pronuncia della Corte Edu posta a fondamento dell'istanza di revocazione nel giudizio *a quo*, sulla opportunità o meno di favorire in via interpretativa o di introdurre in via legislativa forme di adozione che consentano il mantenimento dei rapporti del minore con la famiglia di origine».

Una precisazione, a dire il vero, spuria rispetto al tema d'indagine demandato alla Corte, non essendo in alcun modo stata la stessa investita della questione, questa sì di sistema, relativa alla necessità di introdurre o meno nell'ordinamento interno forme di adozione cd. "mite". In gioco, innanzi al giudice che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale, c'era ben altro che una questione di principio, ma il caso specifico esaminato dalla Corte Edu, nel quale una donna era stata privata dei contatti con il figlio biologico sulla base di una pronuncia ritenuta contraria all'art. 8 Cedu.

La questione demandata al giudice costituzionale era solo quella e non, certo, la questione relativa all'efficacia di cosa interpretata della sentenza della Corte Edu *Zhou c. Italia*. È, allora, legittimo chiedersi il senso di quella precisazione, dando per scontato che la distinzione fra *efficacia di cosa interpretata* e

di cosa giudicata sia ben a conoscenza del giudice costituzionale.

Forse la Corte ha voluto lasciar intendere che sia possibile, in futuro, profilare una violazione del parametro convenzionale posto a base della decisione della Corte Edu a sostegno di una nuova questione di legittimità costituzionale convenzionale, all'interno di un giudizio nel quale si faccia valere il diritto violato dal giudicato interno. O, forse, essa ha acquietato un'opinione di minoranza che avrebbe voluto aprire a una qualche forma di tutela ripristinatoria e che, avendo a cuore le sorti dell'efficacia della giurisprudenza europea, in via compromissoria, aveva almeno preteso di sottolineare il vincolo "interpretativo" di quella giurisprudenza? Ovvero, ancora, le ipotesi remediali rappresentano un'opzione legislativa che il giudice nazionale, nel silenzio del legislatore, potrebbe egli stesso adottare, senza previamente rivolgersi alla Corte costituzionale?

Le prospettive che si sono qui cercate di affrontare sono complesse e gravide di conseguenze ma, in definitiva, costituiscono, nel percorso assai personale di chi le ha svolte, un naturale proseguimento di quell'idea che la violazione della Cedu conclamata da un giudice non può, e non deve, rimanere lettera morta, abbisognando di protezione adeguata⁴³.

Gli sforzi che ciascuno dovrà compiere non potranno né dovranno oltrepassare il recinto nel quale il giurista del nostro tempo è abituato a considerare, ma nemmeno potranno accomodarsi a soluzioni defatiganti, lassiste e attendiste, trovandosi di fronte alle persone, alle loro aspettative e a diritti che meritano rispetto, attenzione e considerazione, in nome della centralità che quelle persone assumono nel nostro sistema.

Dunque, un'attenzione, quella richiesta alla *giurisprudenza, prudente*, ma al contempo pienamente ed esclusivamente improntata a quello *ius* che compone la sua piena etimologia. Diritto che si compone, oggi, di una dimensione plurale, fatta di diritto scritto non meno che di diritto in azione, sviluppato, *inventato* e scritto dalla stessa opera di concretizzazione compiuta dal giudice nei casi a esso sottoposti.

43. Si veda, volendo, R.G. Conti, *Il rilievo della CEDU nel "diritto vivente": in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 87 ss.

Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada) *

di Vittorio Manes

L'Autore ripercorre alcune importanti decisioni della Corte di Strasburgo per rileggere e reinterpretare le problematiche delle garanzie intertemporali in materia penale (irretroattività del reato e della pena e applicabilità della legge penale più favorevole), compresi gli aspetti inerenti all'interpretazione giurisprudenziale e all'equiparazione tra legge e giurisprudenza acquisita da tempo nelle pronunce della Corte Cedu.

1. Diritto effimero

1.1. L'importanza ormai assunta dai rapporti intertemporali nell'attuale esperienza giuridica affonda le sue radici in un fenomeno da tempo denunciato: l'"accelerazione del tempo giuridico"¹ e la estrema volubilità e mutevolezza del diritto contemporaneo, che non risparmiano certo il settore penale, dove anzi l'urgenza appare la modalità temporale ordinaria di una legislazione che si dimostra, già da tempo, «compulsiva»².

È noto: se per il diritto arcaico e antico le modificazioni legislative erano fenomeno deplorabile, e la

novazione legislativa così come l'abrogazione erano oggetto di severe restrizioni e minacciose diffide³; se la durevolezza del diritto è stata al centro delle ambizioni della modernità giuridica, che agognavano di poter «*enchaîner l'action du temps*» attraverso leggi e codici⁴, nel contesto contemporaneo il diritto sembra aver smarrito ogni connotato di stabilità e finitezza, guadagnando aggettivazioni in direzione simmetrica e contraria: diritto "fluido", "sfocato" o "evanescente" ("flou"), "liquido", "disordinato", "urgente", "emergenziale", "turbolento"⁵.

Del resto, la letteratura giuridica così come gli operatori del diritto appaiono ormai assuefatti al con-

* È il testo della relazione svolto al convegno su «Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento», Treviso, 18 novembre 2016, i cui atti sono stati pubblicati, con lo stesso titolo, a cura di C. Padula - Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

1. Si vedano, al riguardo, i diversi saggi contenuti in P. Gérard – F. Ost – M. Van De Kerchove (a cura di), *L'accélération du temps juridique*, Bruylant-Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000.

2. Il riferimento è al titolo della collettanea curata da G. Insolera, *La legislazione penale compulsiva*, CEDAM, Padova, 2006.

3. Cfr., ad esempio, M. Gambardella, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, Napoli, 2008, con aneddoti testimoniati anche dalla letteratura greca, come la "legge del laccio", di cui narra Demostene nell'*Orazione contro Timocrate* (sulla quale vds. V. Ghezzi, *I Locresi e la legge del laccio*, in *Dike - Rivista di storia del diritto greco ed ellenistico*, n. 8/2006, pp. 101 ss.).

4. È la celebre domanda su cui si appuntava la critica di J.E.M. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, riproduzione a cura del *Centre de philosophie politique et juridique* di Caen, Caen, 1992, p. 7 (pubblicazione: Presses universitaires de Caen, Caen, 2010).

5. Una più compiuta rassegna in M. Vogliotti, *Fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 12 ss.; dello stesso Autore, si veda già *La metamorfosi dell'incriminazione*, in *Pol. dir.*, 2011, pp. 633 ss., in particolare p. 642, ove si evidenziava già come i rapporti tra tempo e diritto penale apparissero ormai rovesciati, e «[l']incontro tra il registro temporale dell'incriminazione formale e quello dell'incriminazione reale sembra disegnare un chiasmo. Le mutazioni del campo penale sembrano aver determinato un'inversione dei rapporti tra le due componenti della temporalità moderna dell'incriminazione: l'*istantaneità* dell'atto creativo e la *durata* della norma creata. In effetti, è il modo di formazione dell'incriminazione ad apparire come una manifestazione della logica della *durata* (anzi, del flusso), mentre la vita dell'incriminazione sembra modularsi secondo la logica dell'*istantaneità*».

fronto con un “diritto effimero”: anche e sempre più in quel contesto ordinamentale – quale quello dove si esercita il massimo magistero punitivo – dove la solidità è sempre apparsa consustanziale al divieto (*durissima lex sed lex*) e le istanze di stabilità e certezza dei rapporti giuridici più immediatamente riconnesse con i diritti di libertà e le garanzie individuali.

1.2. La crescente importanza e turbolenza dei problemi sottesi ai rapporti intertemporali in materia penale si è anche accompagnata a una loro tendenziale dislocazione: l'orizzonte di senso in cui si iscrivono le problematiche delle garanzie intertemporali in materia penale (irretroattività del reato e della pena e applicabilità della legge penale più favorevole) si sta spostando sempre più rapidamente – o forse si è già spostato – dal piano della “certezza del diritto” a quello della “certezza dei diritti”⁶, alimentata dall'interesse crescente delle diverse fonti internazionali (art. 7 Cedu, art. 49 Carta dei diritti fondamentali Ue, art. 15 Patto internazionale dei diritti civili e politici) e delle relative “vestali” (Corte Edu e Corte di giustizia).

Una certezza, quest'ultima, irruenta, asistematica, a trazione giudiziale, sul cui altare – come sappiamo bene – è stato sacrificato anche il “monolite” della “cosa giudicata”, sgretolato dalla forza corrosiva dei diritti fondamentali⁷: al loro impatto vacilla sempre più quello che era dogma indefettibile per il pensiero giuridico ottocentesco, la cui originaria matrice liberale si è via via colorata in senso assolutistico⁸ apparendo, già da tempo, un tabù⁹; dogma ereditato dal

codice penale del 1930 (ad esempio, art. 2, comma 4, cp) e ancora costretto – seppur in misura minore – in “geometrie chiuse” nel ben più recente codice di procedura penale del 1988, emblematizzate dalla tassatività delle ipotesi di revoca di cui all'art. 673 cpp, della quale si discute, ormai da tempo, in diverse sedi (davanti alla Corte costituzionale così come davanti al giudice di legittimità)¹⁰.

E la caducità del giudicato – sia detto solo per inciso – deve ancora essere compiutamente misurata nei suoi effetti disordinati e disordinanti, e con essa le “nuove frontiere” della fase esecutiva, ormai sottratta alla rassicurante pace dei “rapporti esauriti”¹¹.

1.3. In questa dimensione, la proiezione delle garanzie intertemporali nella prospettiva dei diritti fondamentali, e nella fucina formicolante della giurisprudenza europea, ha comportato una nuova declinazione dei problemi sul paradigma antiformalistico e sostanzialistico seguito – soprattutto – dalla Corte Edu, promuovendo indubbe progressioni garantistiche, da un lato, ma altrettante radicali trasformazioni, dall'altro; e suscitando, comunque, notevole con-fusione di concetti e categorie sempre nuovi e sempre in divenire.

A fronte dell'intensificarsi dei fenomeni intertemporali, in prospettive spesso nuove, non deve dunque sorprendere il tendenziale declino del diritto transitorio: tali fenomeni presentano infatti un metabolismo essenzialmente giurisprudenziale e il legislatore – sempre più – si guarda dall'intervenire con discipline

6. Il richiamo è alla felice immagine di A. Ruggeri, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Leg. pen.*, 2011, pp. 481 ss., e in molti altri lavori.

7. Tra gli altri, peraltro inquadrando il problema sotto diversi profili, si veda G. Ubertis, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *Dir. pen. cont.*, 5 luglio 2012, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/1615-diritti-umani-e-mito-del-giudicato); F. Viganò, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2012, disponibile online (<https://www.penalecontemporaneo.it/d/1431-giudicato-penale-e-tutela-dei-diritti-fondamentali>); F. Caprioli, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in M. Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 265 ss.; più di recente, D. Vicoli, *L'illegittimità costituzionale della norma sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi alle Sezioni Unite* [nota a Cass., sez. unite, 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858], in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 1006 ss.; P. Troisi, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 2 aprile 2015, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/3783-flessibilita-del-giudicato-penale-e-tutela-dei-diritti-fondamentali); L. Bin, *La fermezza del giudicato tra dogma, pragma e principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2015; V. Manca, *Giudicato penale e lex mitior nella tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2016, pp. 28-40, disponibile online (http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/manca_2_16.pdf); V. Paziienza, *La “cedevolezza” del giudicato nelle ipotesi di condanna per fatti successivi all'abrogazione della norma incriminatrice*, in *Dir. pen. cont.*, 23 novembre 2015, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/5068-la-cedevolezza-del-giudicato-nelle-ipotesi-di-condanna-per-fatti-successivi-allabrogazione-della-no).

8. Com'è stato evidenziato, nell'impostazione del codice Rocco, il giudicato diviene infatti «simbolo dell'autorità dello Stato, dell'infallibilità della pretesa punitiva esercitata contro il singolo e dell'ineccepibilità della conoscenza acquisita attraverso il processo»: così P. Troisi, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, *op. cit.*, p. 1.

9. Per tutti, G. Leone, *Il mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, pp. 167 ss.

10. Sul punto, esemplarmente, G. Canzio, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2016, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/4659-la-giurisdizione-e-la-esecuzione-della-pena).

11. Al riguardo, v. ancora D. Vicoli, *L'illegittimità*, *op. cit.*, pp. 1006 ss.

che difficilmente reggerebbero alla forza d'impatto – e all'impeto garantistico – dei principi fondamentali dell'irretroattività e della *lex mitior* (ce lo ricorda, *inter alia*, la normativa transitoria dell'art. 10, comma 4, l. n. 251/2005, cd. “legge ex-Cirielli”, oggetto di diversi incidenti di costituzionalità: sentenza n. 393 del 2006, di parziale accoglimento; n. 72 del 2008 e n. 236 del 2011, di rigetto); si preferisce, per così dire, fare *epoché*, evitando di scrivere norme che sarebbero, verosimilmente, “scritte sul ghiaccio”¹² e accettando che il problema sia rimesso alle *court-made doctrines*¹³.

1.5. In ogni caso, di fronte a queste trasformazioni – sempre più significative, e ormai pienamente dispiegate – si è tornato a indagare le garanzie che governano la legge penale nel tempo con rinnovato interesse e sotto diversi profili, ridiscutendone non solo l'*ambito di applicazione*, ma lo stesso *fondamento*, così come *limiti e deroghe* possibili per principi che, per molto tempo, hanno registrato una diversa intensità e un assetto variabile, e che peraltro costituiscono un campo di osservazione privilegiato anche del rapporto tra fonti (domestiche e sovranazionali) e del cd. dialogo tra corti.¹⁴

Da qui, dunque, riteniamo opportuno iniziare.

2. Il fondamento del principio (di irretroattività e) della *lex mitior* in materia penale: le deroghe ammissibili

2.1. Irretroattività della legge penale e retroattività della *lex mitior*, come noto, sono principi *logicamente e assiologicamente* diversi: se il primo viene tradizionalmente annesso al *Kern* del *nullum crimen sine lege*

e ai contenuti “astorici” della legalità penale – quale presidio garantistico dell'individuo (*Schutzrecht*) che vanta precise connessioni con le finalità della pena, nella prospettiva della libera autodeterminazione individuale e della funzione di orientamento e di richiamo (*Anruf*) della norma penale –, il secondo dimostra da sempre un fondamento meno stabile, e dunque uno statuto più poliedrico e, in certa parte, ambiguo.

“Assolutamente inderogabile” il principio della irretroattività, anche per un roccioso orientamento della giurisprudenza costituzionale (tra le altre, sentenze nn. 393 e 394 del 2006, n. 236 del 2011); soggetto a possibili limiti e deroghe la *lex mitior* (prima fra tutte la deroga espressamente stabilita – a livello codicistico – dal citato comma quarto dell'art. 2 cp, che ne limita l'operatività nel caso in cui «(...) sia stata pronunciata sentenza irrevocabile»). Al riguardo, come si sa, l'orientamento della Corte costituzionale italiana proietta infatti il fondamento dell'applicazione retroattiva della legge penale più mite nel prisma del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), ammettendo deroghe ragionevoli, ove poste a tutela di interessi di pari rilievo costituzionale.

Peraltro, i tracciati della giurisprudenza costituzionale, sul punto, hanno recentemente registrato una progressione, precisando come non sia sufficiente che le deroghe superino un mero vaglio negativo di “non manifesta irragionevolezza”, ma come sia necessario che le deroghe superino un “vaglio positivo di ragionevolezza” (così, ancora, le citate sentenze n. 393 del 2006, n. 72 del 2008, n. 236 del 2011): progressione non poco significativa¹⁵, specie se coltivata nella corretta impostazione suggerita dalla stessa giurisprudenza costituzionale in punto di regole di bilanciamento tra diritti fondamentali, evidenziando che «nelle operazioni di bilanciamento operate dal legi-

12. Solo a titolo di esempio: nell'introdurre l'art. 131-bis cp sulla «Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto», il legislatore – pur dopo ampia discussione, in seno ai lavori della commissione, sull'opportunità di introdurre una norma transitoria – ha scelto di non intervenire e di affidare la soluzione delle conseguenti problematiche al travaglio giurisprudenziale.

13. Con ricadute non poco problematiche, specie in taluni contesti; basti pensare ai casi di cd. “successione impropria”, concernenti il regime intertemporale applicabile a fatti coperti da fattispecie incriminatrice successivamente depenalizzata e sostituita da illecito amministrativo: sul tema, accogliendo la tesi dell'inapplicabilità di ogni fattispecie sanzionatoria, alla luce – *inter alia* – della «piena autonomia dei connotati e dei principi delle violazioni amministrative rispetto a quelle penali» - Cass, sez. unite, 29 marzo 2012, n. 25457, in *Cass. pen.*, vol. 53, n. 4/2013, pp. 1372 ss., con nota di A. Scarcella, *Illecito penale “depenalizzato” ed esclusione della postuma sanzionabilità amministrativa del fatto*, e di F. Cangelli, *Depenalizzazione: ancora sull'unitarietà della funzione afflittiva. La discutibile soluzione delle Sezioni Unite penali*, nonché in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1211 ss., con nota di D. Bianchi, *La cd. “successione impropria”: una questione di garanzie*; al riguardo, vds. altresì il ricco studio di *Id.*, *Il problema della “successione impropria”: un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema del diritto punitivo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 322 ss.

14. Tra gli altri, si vedano di recente V. Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano, 2012; M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2013.

15. Un tale scrutinio positivo è stato giudicato, peraltro, una «novità assai appariscente» (D. Pulitanò, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1035) e, secondo le indicazioni che si traggono nelle citate decisioni costituzionali, dovrebbe procedere secondo diverse fasi, imponendo di individuare – anzitutto – le ragioni poste dal legislatore alla base della norma impugnata e, poi, di verificare, da un lato, la rilevanza costituzionale di dette ragioni; dall'altro, la congruenza con esse della norma impugnata.

slatore non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango»¹⁶.

2.2. Peraltro, in merito al fondamento della *lex mitior* la dottrina ha posto in giusto rilievo che la retroattività del trattamento penale favorevole – oltre a farsi carico, indubbiamente, di una istanza di eguaglianza tra offese di identico disvalore, che altrimenti subirebbero conseguenze punitive differenziate solo *ratione temporis* – può rintracciare una più solida giustificazione nel principio di proporzione (giacché solo il più mite trattamento punitivo risulterebbe proporzionato¹⁷), così ancorandosi anche al principio rieducativo (giacché solo una pena proporzionata può vantare *chance* rieducative nella prospettiva dell'art. 27, comma 3, Cost.).

Anche questa ricostruzione, tuttavia, presenta profili di ambiguità, giacché la proporzione – è noto – così come è in grado di limitare la necessità di pena, può al contempo fondarla: lo dimostra la recente sentenza della Corte Edu *Ruban c. Ukraine*, ove il giu-

dice europeo ha ritenuto la non proporzionalità del trattamento sanzionatorio risultante dall'applicazione del principio della *lex mitior* un valido limite all'operatività del principio stesso¹⁸.

Questa posizione giustificativa potrebbe meglio essere focalizzata, dunque, rintracciando al fondo della *lex mitior* – in ambito penale – il principio del “minimo sacrificio necessario”, principio che vanta una chiara ascendenza illuministica¹⁹ e che è ormai entrato a far parte del corredo dei principi fondamentali in materia penale, grazie a un solido orientamento della Corte costituzionale²⁰: solo la pena che impone il sacrificio minore dei diritti in gioco, del resto, sarebbe legittima nella prospettiva della massima tutela della libertà e dell'*extrema ratio*²¹.

Solo per inciso – e al di là delle specificità e venature che caratterizzano la *ratio* del principio in materia penalistica –, l'istanza di proporzionalità allo stesso sottesa dovrebbe comunque sollecitarne una estensione generalizzata anche all'universo delle sanzioni amministrative (non solo quelle sostanzialmente penali)²², essendo il principio di proporzione un “sovraprincipio” che esercita il suo influsso sull'intero

16. Così la sentenza n. 143 del 2013 (in *Giur. cost.*, 2013, pp. 2164 ss., con osservazioni di M. Ruotolo, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, 2176 ss., e di F. Fiorentin, *Regime speciale del “41-bis” e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, pp. 2180 ss.; sulla pronuncia, volendo, cfr. anche V. Manes e V. Napoleoni, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2013, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/2395-incostituzionali-le-restrizioni-ai-colloqui-difensivi-dei-detenuti-in-regime-di-carcere-duro-nuovi), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. b, ultimo periodo, della l. n. 354/1975, nella parte in cui tale norma limitava quantitativamente i colloqui tra detenuti soggetti al regime “speciale” e difensore (anche alla luce di una puntuale ricognizione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, specie in punto di bilanciamento e di “assoluta necessità” di ogni misura limitativa dei colloqui difensivi).

Nella importante pronuncia, la Corte – dopo aver rilevato l'adeguatezza della limitazione legislativamente prevista a impedire il contatto tra il detenuto e l'esterno per il tramite del difensore eventualmente “colluso” (essendo comunque i colloqui sottratti all'ascolto e non essendo soggetti a videoregistrazione, cosicché i limiti stabiliti «non valgono ad impedire, neppure parzialmente, il temuto passaggio di direttive e di informazioni tra il carcere e l'esterno») – conclude evidenziando che «alla compressione – indiscutibile – del diritto di difesa non corrisponde, *prima facie*, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini», su tali basi fondando l'illegittimità della disposizione impugnata.

17. In questa direzione, ad esempio, C. Sotis, *Le “regole dell'incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, Roma, 2012, pp. 91 ss. e 109 ss.; nella dottrina spagnola, J.A. Lascrain Sánchez, *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 31 ss.

18. Corte Edu, *Ruban c. Ucraina*, 12 luglio 2016.

19. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Tipografia A. Bonfanti, Milano, 1823 (1764), p. 319: «Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è dunque certo, che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso, e non giustizia; è fatto, non già diritto».

20. Il riferimento è alla copiosa schiera di decisioni di accoglimento sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare (sentenze nn. 265 del 2010, 164 del 2011, 231 del 2011, 119 del 2012, 57 del 2013, 232 del 2013, 331 del 2011, 48 del 2015) e in materia di misure di sicurezza (sentenze nn. 253 del 2003 e 367 del 2004).

21. Si avvicina molto a questa idea chi pone alla base della *lex mitior* la proporzionalità in senso ampio e/o la necessità di pena: cfr. ad esempio J.M. Silva Sánchez., *Sullo stato della legalità penale*, in A.M. Stile – S. Manacorda – V. Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, ESI, Napoli, 2015, pp. 181 ss., in particolare p. 190.

22. La Corte costituzionale ha, viceversa, negato che il principio di retroattività della *lex mitior* fosse *sic et simpliciter* estensibile – in forza della giurisprudenza della Corte Edu – al complesso delle sanzioni amministrative, ritenendo obbligata una valutazione “caso per caso” e, dunque, non accoglibile una soluzione generalizzata, quale quella richiesta dal rimettente, ritenendo infondate le questioni proposte *sub artt.* 3 e 117, comma 1, Cost.: così, in particolare, la sentenza n. 193 del 2016, ritenendo non irragionevole la scelta legislativa dell'ap-

diritto dei pubblici poteri, sovrastando controesigenze di stampo generalpreventivo²³.

2.3. I maggiori sussulti sul punto – in ogni caso – sono stati determinati, ancora una volta, dalla giurisprudenza europea, nella nota pronuncia della Grande Camera, *Scoppola c. Italia*, del 17 settembre 2009, che – ravvisata la progressiva emersione di un «consenso a livello europeo» sul punto – ha riconosciuto il principio della *lex mitior* quale proiezione implicita dell'art. 7 Cedu, e dunque quale *diritto fondamentale* da riconoscersi al reo²⁴: un diritto, si noti, che proprio in forza del particolare statuto riconosciuto dalla

stessa Convenzione all'art. 7 non ammette – ai sensi dell'art. 15 – «alcuna deroga»²⁵.

2.4. Questa decisione ha aperto subito interrogativi di rilievo circa la persistente ammissibilità di deroghe – a livello domestico – con riferimento a un principio ormai riconosciuto – in sede sovranazionale –, ascritto al rango dei diritti fondamentali²⁶.

La Corte costituzionale, nella nota sentenza n. 236 del 2011, ha sostanzialmente negato che il *novum* della sentenza *Scoppola c. Italia* fosse realmente capace di alterare le posizioni consolidate a livello interno, ribadendo la derogabilità della *lex mitior* (nella

plicabilità della *lex mitior* limitatamente ad alcuni settori dell'ordinamento, giacché «la qualificazione degli illeciti, in particolare di quelli sanzionati in via amministrativa, in quanto espressione della discrezionalità legislativa si riflette sulla natura contingente e storicamente connotata dei relativi precetti», e precisando anche che «Essa giustifica, quindi, sul piano sistematico, la pretesa di potenziare l'effetto preventivo della comminatoria, eliminando per il trasgressore ogni aspettativa di evitare la sanzione grazie a possibili mutamenti legislativi» (sulla decisione, vds. M. Galdi, *La Corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso*, in *Osservatorio costituzionale – AIC*, n. 3/2016, pp. 87-92; G.L. Gatta, *La Corte costituzionale su sanzioni amministrative e principio di retroattività della lex mitior*, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2016 (www.penalecontemporaneo.it/d/4912-la-corte-costituzionale-su-sanzioni-amministrative-e-principio-di-retroattivita-della-lex-mitior); da ultimo, approfonditamente, A. Chibelli, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, *ivi*, n. 3/2016, pp. 247-269 in particolare pp. 257 ss., evidenziando da un lato l'evoluzione – e la progressiva afflittività – dell'illecito amministrativo nell'ordinamento italiano, dall'altro ritenendo già applicabile in via generalizzata il principio della *lex mitior*, quanto meno alle sanzioni amministrative intrinsecamente punitive).

23. Peculiare, peraltro, restando il tema della cd. successione impropria tra illecito penale depenalizzato e illecito amministrativo, sul quale vds. ancora D. Bianchi, *La cd. "successione impropria"*, *op. cit.*

24. Corte Edu [GC], *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, §§ 106-108: «106. La Corte ne deduce che, dalla decisione *X c. Germania*, si è progressivamente formato un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, è divenuta un principio fondamentale del diritto penale. È altresì significativo che la legislazione dello Stato interessato riconosca questo principio dal 1930 (si veda l'articolo 2 § 3 del CP, citato al paragrafo 32, *supra*). 107. Certo, l'articolo 7 della Convenzione non fa espressamente menzione dell'obbligo, per gli Stati contraenti, di far beneficiare l'imputato di un cambiamento legislativo intervenuto dopo la perpetrazione del reato. È proprio sulla base di questo argomento, legato al testo della Convenzione, che la Commissione ha rigettato il motivo di ricorso del ricorrente nella causa *X c. Germania*. Tuttavia, tenuto conto degli sviluppi sopra menzionati, la Corte non può considerare questo argomento come determinante. Del resto, essa osserva che vietando di infliggere una "pena più severa di quella che era applicabile nel momento in cui è stato commesso il reato", il paragrafo 1 *in fine* dell'articolo 7 non esclude che l'imputato possa beneficiare di una pena meno grave, prevista dalla legislazione posteriore al reato. 108. Agli occhi della Corte, è coerente con il principio della preminenza del diritto, di cui l'articolo 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 all'imputato, si traduce in una chiarificazione delle norme in materia di successione delle leggi penali, il che soddisfa a un altro elemento fondamentale dell'articolo 7, ossia quello della prevedibilità delle sanzioni».

25. Peraltro, nella sentenza *Scoppola c. Italia* il principio della *lex mitior* è stato affermato in relazione a un caso peculiare, concernente una *lex intermedia*, e una giurisprudenza più recente è ritornata sul tema giungendo a conclusioni in parte diverse (si veda, in particolare, Corte Edu, *Ruban c. Ucraina*, 12 luglio 2016, in cui la Corte nega che comporti violazione dell'art. 7 Cedu, in specie nella forma del principio di retroattività della *lex mitior*, il fatto che il ricorrente fosse stato condannato all'ergastolo per un fatto punito al tempo della condotta con la pena di morte, benché prima della condanna quest'ultima fosse stata dichiarata incostituzionale e conseguentemente, per un periodo di circa tre mesi, fosse rimasta in vigore solamente la pena alternativa di quindici anni di reclusione, prima che una modifica legislativa trasformasse la pena di morte originariamente prevista in pena perpetua).

26. Si veda, ad esempio, F. Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu*, in M. D'Amico e B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 2005 ss. (anche in *Dir. pen. cont.*, 6 settembre 2011, disponibile online: www.penalecontemporaneo.it/d/838-sullo-statuto-costituzionale-della-retroattivita-della-legge-piu-favorevole); *Id.*, *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *Treccani - Il libro dell'anno del diritto 2014*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2014, pp. 105-114 (e in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2013 - www.penalecontemporaneo.it/d/2722-retroattivita-della-legge-penale-piu-favorevole), suggerendo un ambito di operatività del principio «a tre cerchi concentrici».

specie, la più favorevole disciplina dei termini di prescrizione per taluni reati introdotta con la cd. “legge ex-Cirielli”) a fronte di controinteressi costituzionali quali «l'efficienza del procedimento» penale e «la salvaguardia dei diritti dei destinatari» (“valori” già evidenziati a giustificazioni di possibili deroghe nella sentenza n. 72 del 2008), ulteriormente corroborati dal riferimento – originale e innovativo – al «principio di effettività del diritto penale».

A nostro sommo avviso, nonostante la perdurante ambiguità della giurisprudenza convenzionale sul punto²⁷, questa posizione meriterebbe di essere riesaminata: se può (forse) essere eccessivo ritenere il principio della *lex mitior* assolutamente inderogabile (così accostandolo allo statuto del principio di irretroattività), dovrebbe quanto meno ammettersi che la derogabilità della retroattività favorevole possa essere giustificata solo a fronte di controinteressi di rango omogeneo: controinteressi, cioè, assiologicamente comparabili – e capaci di esprimere un medesimo *ethos* costituzionale – rispetto al diritto fondamentale in gioco²⁸.

Questo diverso approccio, in definitiva, schiuderebbe la strada a un bilanciamento ben più rigoroso di quello accolto nella sentenza n. 236 del 2011, in linea con una diversa prospettiva seguita – pur in diversa materia – dalla stessa Corte più di recente, ove si è riconosciuta sempre e comunque preminenza al rispetto delle garanzie rispetto alle esigenze di difesa sociale (efficienza processuale, diritti delle vittime, effettività del diritto penale, etc.).

Il riferimento è alla recente sentenza n. 200 del 2016²⁹, concernente il principio del *ne bis in idem* (in merito ad una questione di legittimità sollevata nel noto processo Eternit) e al passaggio – di significativo impatto assiologico – ove la Corte si premura di sottolineare che «nell'ordinamento nazionale 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. Né il principio di obbligatorietà dell'azione penale, né la rilevanza costituzionale dei beni giuridici che sono stati offesi, cui le parti private si sono ampiamente riferite, possono rendere giusto, e quin-

di conforme a Costituzione, un processo che abbia violato i diritti fondamentali, e costituzionalmente rilevanti, della persona che vi è soggetta» (punto 6, corsivo nostro).

Al riguardo, se è vero che il discorso concerne, in quest'ultimo caso, garanzie “procedurali” quale quella concernente il divieto di un doppio procedimento, è altrettanto chiara l'impostazione valoriale di fondo, che assegna precedenza – e primazia – ai diritti fondamentali del soggetto sottoposto alla pretesa punitiva statale (dell'imputato come del reo) rispetto alle esigenze di difesa sociale e di tutela dei beni giuridici (ancorché di rilievo costituzionale) offesi.

3. L'ambito di applicazione delle garanzie intertemporali: il nodo delle norme processuali a valenza sostanziale e l'irretroattività dell'interpretazione giurisprudenziale

3.1. Il sempre maggior interessamento, da parte della giurisprudenza della Corte Edu, in merito alle garanzie intertemporali in materia penale non ha prodotto sussulti solo sul piano del *fondamento* e dei limiti ai suddetti principi, ma ha avuto ricadute significative anche sul fronte del relativo *ambito di applicazione*, estendendone la portata oltre i confini originari e tracciando un perimetro ancora in via di compiuta definizione.

Da un lato, l'approccio “*behind the appearances*” della Corte Edu, veicolato attraverso il concetto “aformalistico” di “materia penale” e volto a ricomprendere, sotto l'ombrello garantistico dell'art. 7 Cedu, ogni illecito e sanzione suscettibile di essere considerato “intrinsecamente punitivo” secondo i noti criteri Engel; dall'altro, l'estensione delle garanzie non solo al diritto di produzione “politica”, ma anche alla *judge-made law*, ossia al “diritto giurisprudenziale”, secondo una prospettiva epistemologicamente rivoluzionaria, almeno per il penalista continentale.

Si tratta di un mutamento di prospettiva tanto significativo da aver fagocitato la gran parte dei pro-

27. La Corte europea non sembra offrire indicazioni chiare, in merito: non la citata sentenza *Scoppola c. Italia* (in particolare, § 109), né la più recente Corte Edu, *Gouarré Patte c. Andorra*, 12 gennaio 2016, §§ 28 ss., pur avendo rilevato che l'intangibilità del giudicato è garanzia del «principio di sicurezza giuridica» (così Corte Edu, *Perez Arias c. Spagna*, 28 giugno 2007).

28. Sul punto, con ulteriori considerazioni, si rinvia a V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012, pp. 155 ss., 158 ss. e 161 ss.; vds. sul punto, anche A. Martufi, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 488 ss.

29. Corte cost., n. 200 del 2016, sulla quale vds. S. Zirulia, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 cpp nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit prosegue)*, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2016, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/4913-ne-bis-in-idem-la-consulta-dichiara-l-illegittimita-dell-art-649-cpp-nell-interpretazione-datane-da).

blemi: e alla luce del quale, oggi, si può dire che le questioni sul tappeto più delicate, per chi guardi alle garanzie intertemporali in materia penale, concernono la loro applicazione all'interpretazione giudiziale e alle norme (solo) "intrinsecamente penali".

3.2. Muovendo da quest'ultimo fronte di problemi, si è ormai preso atto di come talune distinzioni/dicotomie tradizionali care al formalismo classificatorio di stampo giuspositivistico ereditato dal tecnicismo giuridico – *in primis*, quella che assoggettava al *nullum crimen sine praevia lege poenali* le sole pene, e al *tempus regit actum* le misure di sicurezza, le norme processuali, la disciplina dell'esecuzione penale, etc. – non soddisfino più, specie in una prospettiva – quale quella coltivata dalla Corte Edu – volta a dare alle garanzie in rilievo "una protezione non illusoria e astratta, ma effettiva e concreta".

3.2.1. Ne ha preso atto la stessa Corte costituzionale, ormai da tempo, al cospetto di ipotesi speciali di confisca contrassegnate da note di afflittività (si veda, ad esempio, la sentenza n. 196 del 2010, relativa alla confisca dell'autoveicolo per il più grave reato di guida in stato di ebbrezza; ma anche, prima, l'ordinanza n. 97 del 2009, in relazione alla confisca per equivalente), inaugurando una *nouvelle vague* che promette altre importanti bonifiche garantistiche su un terreno spesso preda di autentiche "truffe delle etichette".

Una analoga verifica deve oggi interessare il regime delle garanzie intertemporali da applicarsi alle cd. *sanzioni nascoste*, ossia alle sanzioni (formalmente) amministrative ma contenutisticamente afflittive, e, dunque, "sostanzialmente penali"³⁰.

3.2.2. In questa stessa prospettiva, come si anticipava, resta aperto, e tutto da sondare, il tema delle *norme processuali a rilevanza sostanziale*: sulla trac-

cia della più volte citata sentenza *Scoppola c. Italia*, che ha ritenuto la norma dell'art. 442, comma 2, cpp una «disposizione di diritto penale materiale riguardante la severità della pena da infliggere in caso di condanna secondo il rito abbreviato»³¹ e di altre decisioni orientate a una analoga impostazione (ad esempio, in tema di *reformatio in pejus*³²), potrebbe condurre a esiti simili l'analisi di diverse modifiche introdotte nel codice di procedura penale, ma aventi ricadute consequenziali sulla concreta penalità sostanziale.

Solo per fare un esempio, si pensi al neointrodotta comma 1-bis dell'art. 444 cpp, ai sensi del quale «Nei procedimenti per i delitti previsti dagli artt. 314, 317, 318, 319, 319-quater e 322-bis del codice penale, l'ammissibilità della richiesta di cui al comma 1 è subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato»: non si tratta, anche in questo caso, di una disposizione processuale che – introducendo una condizione ostativa alla possibilità di fruire di un procedimento speciale con effetti di mitigazione sanzionatoria – incide indirettamente sul trattamento punitivo concretamente patito dal soggetto? A nostro avviso la risposta deve essere positiva, ogni volta che la modifica (formalmente) processuale incida non solo sul *quantum* ma – ancor prima – sull'*an* della cornice edittale concretamente irrogabile all'imputato.

3.2.3. Ovviamente, in direzione – per così dire – simmetrica e contraria si pone anche il problema delle norme "sostanziali" a rilevanza (meramente) processuale: il pensiero corre, ovviamente, agli "atti interruttivi" della prescrizione, e alla famosa – o famigerata – sentenza *Taricco* della Corte di giustizia dell'Ue.

Così, se si conviene che la prescrizione, nel nostro ordinamento, è «sostanza della legalità penale, non semplice morte del processo»³³ – come conferma un roccioso orientamento della Corte costituzionale³⁴ –,

30. Sul punto, si veda, ad esempio, F. Mazzacava, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1899 ss.; più di recente, A. Massaro, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2015, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/4064-europeizzazione-del-diritto-penale-e-razionalizzazione-del-sistema-sanzionatorio-il-superamento-dei).

31. Cfr. ancora Corte Edu [GC], *Scoppola c. Italia*, cit., § 113: «Alla luce di quanto precede, la Corte ritiene che l'articolo 442 § 2 del CPP sia una disposizione di diritto penale materiale riguardante la severità della pena da infliggere in caso di condanna secondo il rito abbreviato. Essa ricade dunque nel campo di applicazione dell'ultimo capoverso dell'articolo 7 § 1 della Convenzione».

32. Cfr., ad esempio, Corte Edu, 7 luglio 2015, *Gaetano Davide Greco c. Italia*, 7 luglio 2015: «La Corte è pronta ad accettare che, benché faccia parte del CPP, le cui disposizioni regolano di norma la procedura da seguire per perseguire e giudicare i reati, l'articolo 597 comma 3 sopra citato possa essere considerato una disposizione di diritto penale materiale, in quanto verte sulla severità della pena da infliggere quando l'appello viene interposto unicamente dall'imputato».

33. P. Gaeta, *Rapporti tra fonti europee e Cassazione in tema di legalità: alcune icone*, relazione dattiloscritta presentata al convegno «Cassazione e legalità penale», Parma, 9-10 ottobre 2015, p. 4; assume come dato incontrovertibile che le scelte in materia di prescrizione siano scelte sulla punibilità, sopra tutti, D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2015, pp. 20 ss.

34. Tra le altre, sentenze nn. 393 del 2006, 72 e 324 del 2008; nonostante talune ambiguità, tale inquadramento è confermato, di fatto,

non sembrano esservi spazi per modificazioni peggiorative (legislative o giurisprudenziali) *sine praevia lege poenali*; ma può dirsi lo stesso – come da più parti si domanda – per le disposizioni che disciplinano il fenomeno dell'interruzione del termine di prescrizione³⁵, o siamo al cospetto di intarsi processuali di un fenomeno sostanziale, che dovrebbero essere affidati al regime del *tempus regit actum*?

A noi sembra che debba comunque emanciparsi la soluzione da partizioni formalistiche, valutando – con riguardo a quella che si è efficacemente descritta come «norma penale reale»³⁶ – l'effetto della modifica legislativa in termini di concreta afflittività: se il risultato è – quale che ne sia la fonte – una ricaduta peggiorativa sulla sfera giuridico-penale del singolo, una istanza di tutela individuale, di eguaglianza e di «affidamento» dei singoli di fronte allo Stato, meriterebbe di attrarre il problema sotto la copertura garantistica della irretroattività (così come a tutti i corollari del *nullum crimen*): non – si noti – l'affidamento sulla recondita speranza di poterla «fare franca» grazie all'intervento salvifico di quella «creatura teratologica» che è la prescrizione, ma l'affidamento sul fatto che – a prescindere da ogni valutazione in chiave di

prevedibilità soggettiva – lo Stato non «cambi le carte in tavola» alle spalle (e a detrimento) degli individui, dovendo sempre garantire – in un sistema basato sul principio di *prééminence du droit* e sulla *rule of law* – una *fairness*, sostanziale o processuale³⁷.

Questa soluzione ha del resto trovato l'autorevole conforto della Corte costituzionale, proprio a margine della vicenda *Taricco*, ove si è evidenziato senza ambiguità né tentennamenti che «il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale, espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost.» e che, sotto tale ombrello garantistico, devono essere ricondotte tutte le modifiche della relativa disciplina – ivi compresi gli atti interruttivi – giacché il principio della «ragionevole prevedibilità» – «in base al quadro normativo vigente al momento del fatto» – del trattamento punitivo concretamente applicabile al reo è «principio irrinunciabile del diritto penale costituzionale»³⁸.

3.2.4. Dalla medesima prospettiva assiologica dovrebbe essere affrontato il tema delle variazioni normative concernenti la disciplina delle misure cautelari, dove ancora si registra un atteggiamento

anche dalla sentenza n. 236 del 2012; più di recente, vds. la sentenza n. 143 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 2363 ss., con nota di C. Piergallini, *Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all'esame della Consulta*, pp. 2371 ss.

35. Ritengono comunque riferibili alla scelta su «se punire», ad esempio, V. Maiello, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 1258 ss. e C. Sotis, *Il limite come controlimite*, in *Dir. pen. cont.*, 14 ottobre 2016, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/4962-il-limite-come-controlimite) e anche in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 185 ss.

36. Per tutti, autorevolmente, M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 15, il quale propone, appunto, il concetto di «norma penale reale», composta da regole sostanziali e da regole processuali che si compongono in un tutto unitario, alla luce del quale si potrebbe ritenere che la natura processuale di una norma non costituisca ostacolo all'applicazione delle garanzie in materia penale.

37. Del resto, non si comprenderebbe altrimenti perché la Corte Edu, con l'autorevolezza della Grande Camera (*Del Rio Prada c. Spagna*, 21 ottobre 2013), abbia sanzionato la retroattività occulta di un mutamento giurisprudenziale imprevedibile in materia sanzionatoria esecutiva.

38. Così Corte cost., ordinanza n. 24 del 2017, punto 5, ove si sottolinea, con ancor più chiarezza: «Occorre infatti che la disposizione scritta con cui si decide quali fatti punire, con quale pena, e, nel caso qui a giudizio, entro quale limite temporale, permetta «una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo» (corsivo nostro).

Sulla decisione, F. Palazzo, *La Consulta risponde alla «Taricco»: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in corso di pubblicazione in *Dir. pen. proc.*, n. 3/2017, pp. 285 ss.; C. Amalfitano, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus*, 20 gennaio 2017, disponibile online (<http://rivista.eurojus.it/la-vicenda-taricco-nuovamente-al-vaglio-della-corte-di-giustizia-qualche-breve-riflessione-a-caldo/>); C. Cupelli, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2017, pp. 199-205; P. Faraguna, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: «Gauweiler in the Roman Campagna»*, in *VerfBlog*, 31 gennaio 2017, disponibile online (<https://verfassungsblog.de/the-italian-constitutional-court-in-re-taricco-gauweiler-in-the-roman-campagna/>); O. Pollicino e M. Bassini, *When cooperation means request for clarification, or better for «revisitation»*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2017, pp. 206-211; M. Caianiello, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea: dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2017, pp. 216-230; A. Massaro, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *Giur. pen.*, n. 3/2017, disponibile online (www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/03/massaro_taricco_gp_2017_3.pdf); inoltre, volendo, V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/5215-la-corte-muove-e-in-tre-mosse-da-scacco-a-taricco); C. Sotis, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia. Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2017, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/5317-tra-antigone-e-creonte-io-sto-con-porzia); G. Riccardi, *«Patti chiari, amicizia lunga». La Corte costituzionale tenta il «dialogo» nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/5304-patti-chiari-amicizia-lunga-la-corte-costituzionale-tenta-il-dialogo-nel-caso-taricco-esibendo-la).

ondivago della giurisprudenza, tanto europea quanto nazionale, e una certa ritrosia ad abbandonare il tradizionale canone del *tempus regit actum*³⁹.

Anche qui, tuttavia, non mancano sentenze più coraggiose, interessate alla sostanza afflittiva, ben più che alla forma o all'etichetta di una certa misura; un orientamento sulla cui traccia si dovrebbe precludere – quanto meno – ogni valenza retroattiva a modificazioni *in pejus* concernenti presupposti, caratteri e limiti di durata della coercizione o della interdizione cautelare⁴⁰.

3.3. Un profilo altamente problematico, infine, concerne le garanzie intertemporali cui va assoggettata (non l'incriminazione penale, formalmente o contenutisticamente tale, bensì) l'interpretazione giurisprudenziale.

Qui si registrano le evoluzioni più significative, giacché l'equiparazione *a fini garantistici* tra legge e giurisprudenza – da tempo acquisita nella giurisprudenza della Corte Edu – appare epistemologicamente rivoluzionaria per ordinamenti di *civil law*, declinati sul paradigma della riserva di legge parlamentare⁴¹.

Si tratta, però, di una semplice constatazione da parte della Corte di Strasburgo, piuttosto che di una scelta di campo per ricostruzioni dell'ordinamento democratico – per così dire – di matrice “neo-costi-

tuzionalista”⁴²: preso atto che l'incriminazione possa avere e di fatto abbia – nei diversi contesti ordinamentali di *common law* e di *civil law* – una genesi tanto legislativa quanto giurisprudenziale (a partire dai fondamenti primordiali dei diversi contesti ordinamentali), la preoccupazione del sistema convenzionale di tutela dei diritti umani è quella di apprestare presidi, sia in relazione alla nuova interpretazione sfavorevole (*casus novus*), sia in relazione al mutamento giurisprudenziale peggiorativo (cd. *overruling in malam partem*): entrambi non potranno retroagire, a detrimento dell'individuo *nel caso concreto*, se imprevedibili.

In altri termini, muovendo da una indifferenza sul piano della legittimazione genetica della potestà punitiva, la prospettiva coltivata dalla Corte di Strasburgo fonde diverse istanze sottese al *nullum crimen* (istanze che nella prospettiva continentale guarderebbero non solo all'irretroattività, ma alla determinatezza e alla libera autodeterminazione individuale): da questa composita prospettiva, la fonte giurisprudenziale deve rispettare gli stessi *qualitative requirement* imposti dall'art. 7 Cedu alla legge, ossia “prevedibilità” e “accessibilità” del comando legale, in una dimensione oggettiva e impersonale – requisiti in assenza dei quali la pena non avrebbe una base legale; non, quanto meno, una base legale convenzionalmente accettabile⁴³.

39. Di recente, ad esempio, Cass., sez. VI, 25 ottobre 2016, n. 51378, secondo la quale «nella materia cautelare si applica la regola del *tempus regit actum*, con la conseguenza che la nuova norma trova applicazione dal momento della sua entrata in vigore anche in rapporto alle misure cautelari da adottare per fatti commessi anteriormente alla data in vigore della novella legislativa» (caso relativo all'applicazione retroattiva del nuovo termine massimo della misura cautelare dell'interdizione dai pubblici uffici, esteso a dodici mesi – ai sensi del nuovo art. 308, comma 2, cpp – a differenza del più breve limite temporale massimo precedentemente vigente).

40. Così, ad esempio., Cass., sez. V, 20 maggio 2015, n. 38094, secondo la quale ««vero è che in tema di successioni di leggi processuali nel tempo, il principio secondo il quale, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, non costituisce un principio dell'ordinamento processuale, nemmeno nell'ambito delle misure cautelari. Tale principio, tuttavia, come affermato da un condivisibile arresto della giurisprudenza di legittimità, è applicabile alla norma cautelare che, al di là della sua collocazione formale, produce effetti afflittivi per l'indagato».

41. Sul punto, volendo, V. Manes, “Common law-isation del diritto penale”? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di M. Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017.

42. Sul “neo-costituzionalismo” si veda, ad esempio, la ricostruzione critica di N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, n. 4/2015, pp. 919 ss.; al riguardo, vds. anche C. Pinelli, *Il giudice e la legge*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, pp. 1 ss. (in particolare il par. 3, *Creatività della giurisprudenza, Stato costituzionale e neocostituzionalismo* - www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2016_Pinelli.pdf).

43. Emblematica, al riguardo, *Pessino c. Francia*, 10 ottobre 2006, che per prima ha riconosciuto la violazione del divieto di retroattività occulta; ma anche la già citata *Del Rio Prada c. Spagna*, relativa a un mutamento giurisprudenziale imprevedibile in materia sanzionatoria esecutiva, come tale escluso da valutazioni di prevedibilità soggettiva (e dal perimetro delle scusanti).

Diverso, invece, il caso della retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole (oggetto della celebre sentenza della Corte costituzionale, n. 230 del 2012, che ha rigettato la questione di legittimità sollevata invocando una pronuncia additiva che ampliasse il campo di applicazione dell'art. 673 cpp): se, al riguardo, la Corte Edu non ha mai preso posizione è perché, in questi casi, non si lamenta la mancanza di prevedibilità di una norma in relazione a un caso concreto, ma l'estensione di una determinata interpretazione giurisprudenziale (non di una legge generale e astratta) più favorevole a casi che risultano (o potrebbero risultare) solo analoghi a quello deciso da altro giudice, in una prospettiva che sembra trascendere, dunque, l'ambito di incidenza della Convenzione – situazione che, per essere considerata (lo diciamo con le parole della citata sentenza della Corte cost., n. 230 del 2012), richiederebbe «una vicenda modificativa che determini la caduta della rilevanza penale di una determinata condotta con connotati di *generale vincolatività* e di *intrinseca stabilità*». *In effetti, il problema potrebbe porsi in sede convenzionale se si ammettesse – pur dopo il diniego della Corte costituzionale – la possibilità di applicare in chiave analogica l'art. 673 cpp – come già ha ritenuto, ad esempio, Trib. Torino, sez. GIP, ord. 30 gennaio 2012, in Dir. pen.*

Sulla base di questo approccio, è stata di recente rilevata la violazione dell'art. 7 Cedu – nell'ambito di una casistica crescente⁴⁴ – a fronte di mutamenti giurisprudenziali che avevano condotto a qualificare gli impiegati di istituti di credito come funzionari pubblici⁴⁵ e ad estendere la nozione di “danno” in una fattispecie di abuso d'ufficio⁴⁶, così come in presenza di contrasti sincronici concernenti elementi costitutivi del reato⁴⁷.

3.3.1. È quanto la Corte Edu ha affermato anche nella recente e notissima decisione *Contrada c. Italia*, che ha riconosciuto la violazione dell'art. 7 Cedu, ritenendo che l'incriminazione del concorso esterno «all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (...) non era sufficientemente chiara e prevedibile per quest'ultimo»⁴⁸: sentenza concettualmente non originale, ma che rappresenta, di fatto, «la prima vera “messa in mora” del sistema giuridico italiano rispetto all'irresponsabilità dell'interprete in materia penale»⁴⁹.

A questo riguardo, la discussione suscitata, specie a livello giurisprudenziale, da questa importante decisione di condanna sembra (volutamente?) fraintenderla e andare *ultra petitem*: la critica rivolta alla pronuncia di condanna europea si indirizza sempre più spesso, infatti, sulla ritenuta genesi giurisprudenziale del concorso esterno in associazione per delinquere per stampo mafioso – quasi che, se non fosse così (come in effetti è), la conseguenza sarebbe una sottrazione al dominio della garanzia convenzionale, essendo l'interpretazione giurisprudenziale, per così dire, uno *ius naturaliter exceptum* in un sistema fondato sulla riserva di legge – e, comunque, sulla prevedibilità soggettiva dello schema di incriminazione, al momento dei fatti⁵⁰.

Questa critica, tuttavia, non sembra cogliere nel segno: quale che ne fosse la fonte (legislativa o giurisprudenziale), la violazione dell'art. 7 Cedu sarebbe stata comunque ravvisata, giacché l'incriminazione non risultava “chiara” al momento dei fatti per il *quibus de populo*, ossia a prescindere da valutazioni

cont., 19 ottobre 2012, con nota di F. Viganò, *Mutamento in bonam partem del diritto giurisprudenziale e revoca del giudicato: la palla torna al giudice ordinario?* (www.penalecontemporaneo.it/d/1780-mutamento-in-bonam-partem-del-diritto-giurisprudenziale-e-revo-ca-del-giudicato-la-palla-torna-al-gi) e come più ampiamente sostenuto, in dottrina, da *Id.*, *Retroattività, op. cit.*, pp. 15 ss. –, a fronte di un eventuale rigetto dell'incidente di esecuzione e a un successivo ricorso (che, tuttavia, rischierebbe di essere ritenuto irricevibile perché l'incidente di esecuzione è considerato rimedio extra-ordinario insuscettibile di rimettere in termini il ricorrente...).

44. Riferimenti, da ultimo, in F. Mazzacava, *Art. 7*, in F. Viganò e G. Uberris (a cura di), *Corte di Strasburgo e ordinamento penale*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 236 ss. e 239 ss.

45. Corte Edu, *Dragotoni e Militaru-Pidhorni c. Romania*, 24 maggio 2007, § 33 ss., in un caso ove si è affermata la violazione dell'art. 7 Cedu a fronte di una condanna per corruzione pronunciata nei confronti dei ricorrenti.

46. Corte Edu, *Liivik c. Estonia*, 25 giugno 2009, §§ 92 ss.

47. Corte Edu, *Plechkov c. Romania*, 16 febbraio 2015, §§ 58 ss., ove si rilevava un'incertezza dei giudici nazionali circa la natura imperativa o di principio della norma che definiva la zona economica esclusiva e da cui dipendeva l'applicabilità di un reato in materia di pesca.

48. Corte Edu, *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015 (in particolare punti 64 ss.), che ha appunto riconosciuto la violazione dell'art. 7 Cedu ritenendo non sufficientemente chiara né prevedibile la “fattispecie” del concorso esterno in associazione per delinquere di stampo mafioso (artt. 110-416-bis cp), evidenziandone la genesi giurisprudenziale *posteriore* all'epoca dei fatti per i quali il ricorrente era stato condannato e ritenendo tale “fattispecie giurisprudenziale” consolidata solo a partire dal (primo) intervento chiarificatore delle sezioni unite della Cassazione (1994).

La sentenza è stata particolarmente discussa nel contesto della dottrina italiana: tra gli altri, evidenziano, tuttavia, cortocircuiti e paradossi della legalità convenzionale in rapporto alla legalità costituzionale, F. Palazzo, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 1061 ss., D. Pulitanò, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, pp. 46-54; V. Maiello, *Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 1022 ss.; A. Esposito, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, pp. 26-39; S.E. Giordano, *Il “concorso esterno” al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Archivio penale*, n. 2/2015, disponibile online (www.archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=aedb4e89-bd9f-4c11-a26e-dcd95054f080&idarticolo=9122); M. Donini, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 347 ss., e *Id.*, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2016, pp. 13-38; R. Bartoli, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2016, pp. 283-303.

49. M. Donini, *Il caso Contrada*, *op. cit.*, p. 347.

50. Così, emblematicamente, Corte appello Caltanissetta, sez. I pen., 18 novembre 2015 (dep. 17 marzo 2016), n. 924, di rigetto del ricorso in revisione di *Contrada*, sulla quale vds. le osservazioni critiche di F. Viganò, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute di una scomoda sentenza della Corte Edu*, in *Dir. pen. cont.*, 22 aprile 2016 (www.penalecontemporaneo.it/d/4660-il-caso-contrada-e-i-tormenti-dei-giudici-italiani-sulle-prime-ricadute-interne-di-una-scomoda-sent), e di M. Donini, *Il caso Contrada*, *op. cit.*, p. 256, nota 19, nonché la ricca nota di P. Maggio, *Nella “revisione infinita” del processo Contrada i nodi irrisolti dell'esecuzione delle sentenze CEDU e del concorso esterno nel reato associativo*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 3432 ss.).

e accertamenti individualizzanti; secondo il parere della Corte, sarebbe risultata tale solo dopo – appunto – il chiarimento intervenuto con la decisione delle sezioni unite *Demistry*, del 1994, perché a essa si deve – anzitutto – l'aver proceduto a una (temporanea, precaria, ma compiuta) “tipizzazione” delle condotte concretamente punibili.

3.3.2. Al di là di ciò – e assunto dunque che, nella prospettiva oggettiva e impersonale seguita dalla Corte Edu, la *prevedibilità della qualificazione giuridica di un fatto come specifico reato* rappresenta un corollario del *nullum crimen* (convenzionale e costituzionale), e dunque un *diritto del cittadino* alla conoscibilità della materia del divieto cui corrisponde un *dovere dello Stato* di non punire retroattivamente quei comportamenti⁵¹ –, si profilano diversi interrogativi al cospetto della “legalità non legale”: in base a quali criteri può essere giudicata (non) prevedibile una applicazione giurisprudenziale evolutiva (una determinata, innovativa *Rechts-anwendung*) e, così, mettere al riparo il singolo da nuove interpretazioni e *revirement* che nascondano forme di criptoretroattività *in malam partem*? Basta un contrasto sincronico tra decisioni, magari protrattosi (ma quanto?) a lungo⁵²? L'irretroattività deve garantire solo evoluzioni interpretative *in malam partem* che abbiano a oggetto norme incriminatrici, o deve estendersi anche a norme di parte generale (direttamente estensive della punibilità – tentativo, concorso di persone – o anche

solo indirettamente tali)? Più in generale, «Come evitare», si è chiesto il primo presidente della Corte di cassazione Giovanni Canzio «che (...) la tensione fra la dimensione giurisprudenziale del “diritto vivente” e il principio di legalità incida negativamente sulle garanzie convenzionali di conoscibilità del comando e di prevedibilità, stabilità e uniformità della decisione, perciò nel declino della certezza del diritto?»⁵³.

Muovendo da questi primi interrogativi, la creatività interpretativa dei giudici, e la tendenza a farsi fonte e non solo formante, ne suscita molti altri, anche oltre la prospettiva di interesse della Convenzione europea dei diritti umani: in un sistema dove al precedente – anche della Cassazione – è riconosciuto valore solo e squisitamente persuasivo, è necessario introdurre meccanismi di stabilizzazione del diritto giurisprudenziale e assegnare, ad esempio, vincolatività almeno alle decisioni delle sezioni unite, per garantire certezza al diritto⁵⁴? Abbiamo giudici culturalmente preparati per questa rivoluzione che li responsabilizza (al fianco dello Stato)? Quale sanzione per l'“illecito giurisprudenziale” sotteso all'applicazione di un “tipo” formatosi solo dopo i fatti⁵⁵?

Sono tutti interrogativi aperti, e vertiginosi⁵⁶: a fronte dei quali, la sola sensazione è che – tramontata ormai l'illusione della modernità giuridica di “incatenare l'azione del tempo” attraverso la legge – sia urgente ricostruire i termini di una legalità (anche) intertemporale che possa, anzitutto, responsabilizzare lo Stato e il potere giudiziario.

51. Ancora M. Donini, *Il caso Contrada*, op. cit., p. 362; ma vds. altresì N. Recchia, *La Corte di cassazione alle prese con gli effetti nel nostro ordinamento della decisione Contrada della Corte Edu*, in *Giur. it.*, n. 5/2017, pp. 1205 ss.

52. Su questi profili, ampiamente, ancora M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, op. cit.

53. Cfr. G. Canzio, *Corte di cassazione e principio di legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 425 ss.

54. Soluzione da tempo invocata in dottrina: per primo, A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 318 ss. (e ora anche, con nuove posizioni, nella seconda edizione del 2014, in particolare pp. 330 ss., e in *Id.*, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Digesto/pen.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2016, pp. 407 ss.); inoltre, S. Riondato, *Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in U. Vincenti (a cura di), *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, CEDAM, Padova, 2000, pp. 239 ss.; M. Donini, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un nuovo ruolo della Corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 1165 ss. – e, più di recente, *Id.*, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 153 ss. e *Id.*, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 92 ss. (Cap. II: *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*); da ultimo, *Id.*, *Il diritto penale giurisprudenziale*, op. cit., p. 36 –; G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1722 ss. e 1736 ss.; M. Vogliotti, *Penser l'impossible: le principe de la non-rétroactivité, du jugement pénal in malam partem. La perspective italienne*, in *Rev. fac. de droit*, Université Libre de Bruxelles, 2002, pp. 59 ss.

55. E ancora: l'imprevedibilità del diritto può trasformarsi – paradossalmente – nella maggior prevedibilità delle decisioni giudiziarie? Al riguardo, di recente, G. Insolera, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2016, pp. 1999 ss.

56. Molte risposte si trovano nei recenti saggi di M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, op. cit., e A. Cadoppi, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, op. cit., in particolare pp. 411 ss.

Determinatezza dell'incolpazione e contestazioni in fatto

di *Claudia Cinnirella*

Il contributo offre uno studio sul dialogo sviluppatosi intorno all'art. 6, §3, lett. (a), Cedu, tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte suprema di cassazione. L'indagine focalizza gli sviluppi interpretativi che hanno interessato la disciplina in materia di qualificazione giuridica delle accuse e quella concernente i limiti alla contestazione in fatto delle circostanze aggravanti.

1. Cenni introduttivi

Negli ultimi anni, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha precisato i parametri interpretativi volti a definire il livello di determinatezza dell'incolpazione. Per i giudici di Strasburgo, un'accusa sufficientemente precisa, in relazione ai fatti addebitati all'imputato e alla qualificazione giuridica a essi attribuita, è una condizione fondamentale per garantire l'equità del procedimento (art. 6 Cedu)¹. Ciò si comprende meglio in ragione del fatto che l'imputato può concretamente articolare la propria difesa solamente avendo contezza dei fatti ascrittigli e della veste giuridica a questi attribuita, insieme alla possibilità di disporre di tempo e mezzi (processuali) sufficienti per metterne il dubbio il fondamento. In questo contesto, il concetto di "riqualificazione", e delle conseguenti garanzie, è stato articolato come comprensivo sia del mutamento del solo *nomen iuris*, che del mutamento del *nomen iuris* accompagnato da una diversa descrizione del fatto storico.

Questa giurisprudenza ha messo in crisi l'ordinamento nazionale, tanto da indurre la Corte costi-

tuzionale a esortare un intervento legislativo volto al ripensamento, in termini strutturali, della disciplina relativa alla riqualificazione giuridica del fatto (art. 521, comma 1, cpp)². Proprio la Consulta, ancor prima che nell'art. 111 Cost. venissero esplicitate le garanzie minime sull'equo processo, aveva inquadrato la conoscenza dell'accusa quale oggetto di «un diritto soggettivo perfetto»³.

Il principale punto di frizione con la disciplina convenzionale concerne l'eterogeneità delle garanzie predisposte nei casi di modificazione degli elementi dell'imputazione. Da una parte, eventuali modifiche all'originaria ricostruzione dei fatti emerse a seguito delle risultanze probatorie sono consentite, a opera del pubblico ministero e nei limiti della competenza del giudice *a quo*, solamente se l'imputato è messo nella condizione di esercitare il proprio diritto di difesa, tramite la sospensione del dibattimento e l'ammissione di nuove prove (artt. 516 e 519 cpp). Analoghe garanzie difensive sono previste nel caso di contestazione suppletiva di una circostanza aggravante (art. 517 cpp). Dall'altra, le modifiche attinenti alla definizione giuridica degli addebiti sono delineate

1. *Ex multis*, Corte Edu, *Drassich c. Italia* (2), 22 febbraio 2018, § 66, con nota di G. De Marzo, *Drassich 2. La Corte di Strasburgo a proposito della formulazione dell'accusa e della partecipazione dell'imputato al processo in Cassazione*, in *Il penalista*, 8 marzo 2018, disponibile online (<http://ilpenalista.it/articoli/giurisprudenza-sovranaazionale/drassich-2-la-corte-di-strasburgo-proposito-della>); Corte Edu, *Drassich c. Italia* (1), 11 dicembre 2007, § 26; Corte Edu, *Mattei c. Francia*, 19 dicembre 2006, § 35; Corte Edu, *Pellisier e Sassi c. Francia*, 25 marzo 1999, § 54.

2. Corte cost., 10 marzo 2010, n. 103, con nota di T. Rafaraci, *Poteri d'ufficio e contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto: la Consulta rimanda al legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2010, pp. 1161 ss.

3. Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10.

dal codice quale potere intrinsecamente devoluto al giudice, esercitabile in ogni stadio e grado di giudizio, senza alcuna necessaria instaurazione del contraddittorio sul punto (art. 519, comma 2, cpp), alla stregua del principio di legalità e in conformità con l'art. 101, comma 2, Cost.⁴.

Alla luce di queste premesse, il presente contributo intende proporre un breve studio sul dialogo giurisprudenziale in materia di equo processo. In particolare, l'esame sarà volto a delineare il modo in cui le garanzie convenzionali predisposte dall'art. 6, § 3, lett. (a) e (b), Cedu, come articolate dalla Corte di Strasburgo, sono state recepite dalla giurisprudenza di legittimità e veicolate per il tramite di interpretazioni estensive delle regole processualpenalistiche interne. Due saranno i punti oggetto di indagine: il ripensamento della disciplina in materia di riqualificazione giuridica delle accuse (art. 521, comma 1, cpp) e l'individuazione dei limiti posti alla contestazione in fatto delle circostanze aggravanti.

2. Il quadro convenzionale

In materia penale, le garanzie sull'equo processo delineate dall'art. 6, § 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali devono essere interpretate insieme alle specifiche garanzie che l'art. 6, § 3, della stessa Convenzione riconosce alla persona accusata di reato⁵.

La Grande Camera ha più volte sottolineato il ruolo fondamentale che l'atto di accusa svolge nel processo penale, in quanto, a partire dalla sua comunicazione, la persona indiziata di reato è ufficialmente informata della base giuridica e fattuale degli addebiti

contestati⁶. A partire dall'art. 6, § 3, lett. (a), Cedu, il concetto di «accusa» («charge», «accusation») è stato sviluppato dalla Corte Edu in termini sostanziali e delineato come «la notifica ufficiale rilasciata a un individuo dall'autorità competente in cui si afferma che egli ha commesso un reato» ovvero «altre misure che conducono alle medesime conseguenze e che influenzano in maniera sostanziale la situazione del sospettato»⁷. Del resto, l'approccio antiformalistico rappresenta una costante nella giurisprudenza della Corte, dovendo questa tenere in considerazione le diverse tradizioni giuridiche degli Stati aderenti alla Convenzione.

«Condizione fondamentale per l'equità del processo»⁸ è che l'incolpazione contenga informazioni dettagliate sia sulla «natura» delle accuse, intendendosi per tale la «qualificazione giuridica che la giurisdizione potrebbe considerare nei suoi confronti», sia sui «motivi» dell'incolpazione, da individuare nei fatti materiali contestati all'imputato (art. 6, § 3, lett. (a), Cedu)⁹. Sul punto, la giurisprudenza convenzionale ha più volte precisato che esiste un legame tra gli alinea (a) e (b) dell'art. 6, § 3, Cedu, nel senso che il diritto all'informazione sulla natura e sulle cause dell'accusa deve essere valutato alla luce del diritto per l'imputato di preparare la propria difesa. Pertanto, di centrale importanza è che l'imputato sia concretamente messo nella posizione di conoscere, in maniera precisa, i rimproveri a lui mossi così da poterne mettere in dubbio il fondamento (art. 6, § 3, lett. (b))¹⁰. Tra l'altro, l'art. 6, § 3, lett. (a), non impedisce che l'originaria imputazione venga modificata o precisata alla luce delle nuove emergenze probatorie, ma esige che tali variazioni siano tempestivamente comunicate all'accusato, con modalità e tempi tali da

4. Per il giudizio di primo grado, tale potere è disciplinato dall'art. 521, comma 1, cpp; per l'appello, dall'art. 597 cpp. In assenza di espressa previsione normativa, la sussistenza del potere di modifica della qualificazione giuridica delle accuse in grado di legittimità è stata riconosciuta dalla stessa Corte di cassazione (Cass., sez. VI pen., 18 settembre 1997, n. 9103; Cass., sez. IV pen., 16 gennaio 2008, n. 11335; Cass., sez. VI pen., 27 settembre 2004, n. 41972).

5. Corte Edu., *Pélissier e Sassi*, cit. §§ 45-46. Sul punto, si veda W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp.307 ss; S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2012, pp. 228 ss.

6. Corte Edu, *Pélissier e Sassi*, cit., § 51; Corte Edu, *Kamasinski c. Austria*, 19 dicembre 1989, § 79; Corte Edu, *Drassich (1)*, cit., § 31; Corte Edu, *Deweere c. Belgio*, 27 febbraio 1980, § 46.

7. Traduzione della scrivente da Corte Edu, *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, §55; sembrerebbe che tale comunicazione possa anche avvenire oralmente: Corte Edu, *Kamasinski*, cit., §§ 61-108.

8. Sul punto si veda la nota 1.

9. Corte Edu, *Drassich (2)*, cit., § 65; Corte Edu, *Mulosmani c. Albania*, 8 ottobre 2013, §123; Corte Edu, *Pélissier e Sassi*, cit., § 51; Corte Edu, *Drassich (1)*, cit., § 34.

10. Corte Edu, *Drassich (2)*, cit., § 66; Corte Edu, *Drassich (1)*, cit., § 34; Corte Edu, *Dallos c. Ungheria*, 1° marzo 2011, § 43; Corte Edu, *Mattoccia c. Italia*, 25 luglio 2000, § 60. In dottrina, M. Caianiello, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 Cedu.: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *Giust. pen.*, 2007, pp. 165-179.

non vanificare l'effettività del diritto di difesa¹¹.

Di non trascurabile impatto, per l'ordinamento italiano, è stata la nota pronuncia *Drassich c. Italia* (1), con la quale i giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per violazione strutturale dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. (a) e (b), Cedu¹². In tale vicenda, la suprema Corte aveva corretto l'inquadramento normativo delle accuse da corruzione semplice (art. 319 cp) a corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter cp), con il conseguente allungamento del termine di prescrizione del reato. Mediante una interpretazione sistematica dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. (a) e (b), Cedu, la Corte di Strasburgo ha ritenuto, da una parte, che l'imputato non sarebbe stato edotto in tempo utile «della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico», non essendo la nuova ipotesi di reato indicata nel rinvio a giudizio né mai stata comunicata alla difesa nel corso del procedimento; dall'altra, che l'imputato sarebbe stato privato del tempo e delle *chance* processuali necessarie a discutere la nuova qualificazione dell'addebito che, nel caso di specie, lo aveva pregiudicato¹³. Tra l'altro, la modifica dell'imputazione non poteva considerarsi né prevedibile né, di conseguenza, prevenibile, nella strategia di contrasto all'addebito accusatorio, anche in considerazione della diversità strutturale tra le due autonome fattispecie di reato.

3. Sul potere del giudice di modificare la qualificazione delle accuse

Uno dei meriti della giurisprudenza *Drassich* è stato quello di aver modificato il perimetro delle ga-

ranzie nazionali preposte a tutela dell'imputato nei casi di mutamento *ex officio* della qualificazione giuridica del titolo di reato.

Come illustrato, la giurisprudenza della Corte Edu ha richiesto l'adozione di garanzie equivalenti, tanto nelle ipotesi di mutamento *in iure* dell'originaria imputazione quanto in quelle di mutamento *in facto*, in termini di puntualità e tempestività dell'informazione nonché di concreto esercizio del diritto di difesa¹⁴.

La Corte di cassazione, ben consapevole delle pronunce costituzionali sul valore della Cedu nella gerarchia delle fonti interne¹⁵, ha tentato in più occasioni – e con varietà di soluzioni – di modellare l'interpretazione dell'art. 521, comma 1, cpp al nuovo paradigma delineato da Strasburgo.

Un primo e più garantista orientamento della giurisprudenza di legittimità ha sottolineato la necessità di garantire all'imputato il contraddittorio sulle questioni attinenti alla diversa qualificazione del titolo di reato sin dalla fase di merito¹⁶. Tra queste pronunce, talune si sono spinte fino a richiedere che l'imputato fosse messo nella condizione di difendersi «nella stessa fase in cui si verifica la modificazione dell'imputazione, considerato che l'impugnazione non sempre può avere un effetto equipollente al mancato contraddittorio»¹⁷. E ciò anche nei casi in cui la posizione dell'imputato sia risultata meno gravata dal mutamento del *nomen iuris*, posto che la difesa «ben può diversamente atteggiarsi (quanto alle opzioni strategiche) e modularsi (sul piano tattico), in rapporto alla differente qualificazione giuridica della condotta, rispetto alla quale, oltretutto, le emergenze processuali assumono, a loro volta, diversa e nuova rilevanza»¹⁸.

11. *Ex multis*, Corte Edu, *Previti c. Italia* (n. 2), 8 dicembre 2009, §§ 200-210.

12. Corte Edu, *Drassich c. Italia* (1), cit., con note di M. Caianiello, *La riapertura del processo ex art. 625-bisc.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, n.4/2009, pt. 2, pp. 1465-1473; D. Iacobacci, *Riqualificazione giuridica del fatto ad opera della Corte di cassazione: esercizio di una facoltà legittima o violazione del diritto di difesa?* in *Giur. it.*, 2008, pp. 2581-2590; 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, pp. 1503 ss.

13. La Corte di Strasburgo non considera l'orientamento della Corte di cassazione secondo cui non si considera *reformatio in peius* la modifica della qualificazione giuridica da cui dipende un allungamento del tempo necessario per la prescrizione, quand'anche esso risultasse decisivo quanto all'esito del processo. Sul punto si vedano *Cass.*, sez. II pen., 8 marzo 2007, n. 11935; *Cass.*, sez. V pen., 19 dicembre 2006, n. 4984; *Cass.*, sez. IV pen., 16 aprile 1991, n. 9847.

14. Sul punto si veda il contributo di L. De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica solo se viene rispettato il diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, n. 11/2006, p. 3838.

15. Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348; Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 349.

16. *Cass.*, sez. V pen., 7 febbraio 2012, n. 6487; *Cass.*, sez. I pen., 29 aprile 2011, n. 18590; *Cass.*, sez. VI pen., 19 febbraio 2010, n. 20500; *Cass.*, sez. I pen., 4 novembre 2009, n. 43230.

17. *Cass.*, sez. VI pen., 19 febbraio 2010, n. 20500, con nota di V. Bruni., in *Cass. pen.*, 2011, p. 1834, relativa a un caso di riqualificazione in grado di appello del reato di abuso d'ufficio (323 cp) in peculato (314 cp), con conseguente allungamento del termine di prescrizione.

18. *Cass.*, sez. I pen., 29 aprile 2011, n. 18590, ove la Corte ha rilevato la nullità di ordine generale comminata dall'art. 178, lett. c, cpp, per violazione del diritto di difesa, della sentenza di primo grado con cui i giudici di merito avevano derubricato il reato di violenza sessuale nella più favorevole ipotesi di molestie – si veda la nota di G. Biondi, *Piccoli passi della Corte di Cassazione verso una nuova discipli-*

Il prevalente filone giurisprudenziale, che ha trovato il supporto della più recente giurisprudenza di Strasburgo¹⁹, ha avallato la possibilità di una modifica *ex officio* della qualificazione giuridica delle accuse anche a opera dei giudici di appello. In tal caso, le garanzie difensive concernenti il mutamento del titolo di reato si riterrebbero adeguatamente tutelate dal solo ricorso per cassazione²⁰. In taluni di questi casi, la suprema Corte ha ritenuto di poter riqualificare essa stessa il titolo del reato, laddove tale ipotesi era stata rappresentata dal procuratore generale nel corso della sua requisitoria orale ed era stata altresì oggetto di discussione, all'esito della quale le parti avevano rassegnato le rispettive conclusioni²¹. Alle medesime conclusioni si è giunti laddove l'imputato aveva evidenziato l'opportunità che la condotta venisse riqualificata in un'ipotesi accusatoria più lieve nel suo ricorso per cassazione, oltre ad averne discusso nel corso dell'udienza²².

Nell'ottica della Corte Edu, l'intimo condizionamento tra *quaestio iuris* e *quaestio facti* comporta il riconoscimento del diritto alla prova anche nei casi di modificazione del titolo di reato. Pertanto, l'impugnazione perde la sua valenza tutte le volte in cui essa non consenta all'imputato di contestare tutti gli aspetti legali e fattuali delle accuse a suo carico²³. Sembra, allora, aver colto nel segno quella voce della suprema Corte che, confortata da un'attenta dottri-

na²⁴, ha sottolineato la necessità di restituire l'imputato nella facoltà di esercitare pienamente il diritto di difesa, attraverso la proposizione di richieste di prova rilevanti per il diverso contenuto dell'accusa, tutte le volte in cui la riqualificazione dell'addebito abbia inciso su risalenti strategie difensive, che sarebbero state diverse qualora la diversa imputazione fosse stata immediatamente offerta all'imputato²⁵.

Per vagliare la compatibilità dell'attività qualificatoria con gli *standard* convenzionali la suprema Corte ha fatto ricorso a taluni indicatori, relativi alla prevedibilità del mutamento *in iure* dell'accusa e alle eventuali conseguenze sfavorevoli da essa scaturenti in materia di trattamento sanzionatorio e computo dei termini di prescrizione. Con riguardo al primo di essi, in più occasioni i giudici di legittimità hanno ritenuto sufficientemente garantito il diritto di difesa dell'imputato perché il mutamento della qualificazione giuridica poteva ritenersi "prevedibile", in quanto «nel capo di imputazione [erano] contenuti tutti gli elementi fondamentali idonei a porre l'imputato in condizione di difendersi dal fatto poi ritenuto in sentenza, da intendersi quale accadimento storico oggetto di qualificazione giuridica da parte della legge penale, che spetta al giudice indentificare nei suoi contorni»²⁶. La diversa ipotesi qualificatoria è apparsa come uno dei possibili o "non sorprendenti" epiloghi decisori del giudizio, stante la riconducibilità del fatto storico accertato nel corso del

na della modifica della qualificazione giuridica del fatto, in *Cass. pen.*, n. 2/2012, p. 608. Questo orientamento è conforme a Corte Edu, *D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria*, 24 luglio 2012, §§ 76 ss., sulla cui portata vds., in particolare, R. Casiraghi, *Corte europea dei diritti dell'uomo e iura novit curia*, in *Proc. pen. e giust.*, n. 6/2012, pp. 113 ss. In senso contrario: *Cass.*, sez. VI pen., 15 maggio 2012, n. 24631 e *Cass. pen.*, sez. unite, 26 giugno 2015, n. 31617.

19. Il riferimento è diretto a Corte Edu, *Drassich c. Italia* (2), cit., ove la Corte ha ritenuto conforme all'art. 6, §§ 1 e 3, lett. (a) e (b), Cedu il fatto che l'imputato avesse potuto difendersi sulla modifica della qualificazione giuridica delle accuse davanti ai giudici di legittimità. In particolare, la Corte ha negato che il procedimento *ex art. 625-bis*, applicato in via analogica, abbia pregiudicato il diritto di difesa dell'imputato, in considerazione del tempo riconosciuto al ricorrente al fine di predisporre la propria difesa, durante il quale lo stesso aveva depositato due memorie, nonché della possibilità di discutere il mutamento del *nomen iuris* nel corso dell'udienza fissata davanti al supremo consesso.

20. Tra le più recenti, si veda *Cass.*, sez. V pen., 12 febbraio 2018, n. 19380; *Cass.*, sez. II pen., 07 maggio 2013, n. 21170; *Cass.*, sez. II pen., 15 marzo 2013 n. 37413; *Cass.*, sez. II pen., 13 novembre 2012, n. 45795; *Cass.*, sez. VI pen., 24 maggio 2012, n. 22301; *Cass.*, sez. II pen., 09 maggio 2012, n. 32840 con nota di S. Quattrocchio, *Un auspicabile assestamento in tema di riqualificazione del fatto in sentenza*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 2362 ss; *Cass.*, sez. I pen., 18 febbraio 2010, n. 9091, con nota di M. Sculco, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e prerogative difensive*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 633-642 e nota di L. Mele, *La diversa qualificazione del fatto operata ex officio e la tutela del diritto al contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 75-83.

21. *Cass.*, sez. IV pen., 12 dicembre 2017, n. 9133.

22. *Cass.*, sez. VI pen., 20 giugno 2017, n. 41767; similmente accade in *Cass.*, sez. II pen., 26 febbraio 2010, n. 14674.

23. Corte Edu, *I.H e altri c. Austria*, 20 aprile 2006, § 37-38, con nota di L. De Matteis, *Diversa qualificazione*, *op. cit.*, pp. 3832 ss.

24. Con riferimento alla dottrina, si veda M. Sculco, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e prerogative difensive*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 185-186.

25. Con riguardo alla giurisprudenza, si veda *Cass.*, sez. II pen., 15 maggio 2013, n. 37413; *Cass.*, sez. II pen., 17 ottobre 2014, n. 47413; più di recente, *Cass.*, sez. III pen., 9 marzo 2017, n. 22296.

26. *Cass.*, sez. V pen., 4 aprile 2018, n. 23609; *Cass.*, sez. II pen., 24 gennaio 2017, n. 5260; *Cass. pen.*, sez. unite, 26 giugno 2015, n. 31617; *Cass.*, sez. II pen., 17 ottobre 2014, n. 47413; *Cass.*, sez. II pen., 24 ottobre 2014, n. 46786; *Cass.*, sez. V pen., 6 giugno 2014, n. 48677; *Cass.*, sez. V pen., 25 settembre 2013, n. 1697; *Cass.*, sez. VI pen., 8 febbraio 2013, n. 7195; *Cass.*, sez. V pen., 24 settembre 2012, n. 7984.

procedimento «ad una limitatissima gamma di previsioni alternative per cui, l'esclusione dell'una comporta[va], inevitabilmente, l'applicazione dell'altra, senza tuttavia che il fatto [risultasse] mutato in uno dei suoi elementi essenziali»²⁷.

Nella casistica giurisprudenziale, tale approccio è stato utilizzato con riguardo alla riqualificazione del reato di incendio (art. 423 cp) nel reato di cui all'art. 424, comma 1, cp (danneggiamento seguito da incendio), posto che il fatto storico, stante la sua immutabilità, «non poteva che essere ricondotto secondo le regole di esperienza ad una delle due fattispecie di reato»²⁸. Una «evenienza del tutto prevedibile» è stata altresì riconosciuta la riqualificazione del reato di concussione (art. 317 cp) in corruzione (art. 318 cp), tenuto conto delle «sottili interrelazioni» tra le due fattispecie di reato nonché della giurisprudenza esistente sul punto²⁹.

Tuttavia, sembrerebbe emergere una discrasia interpretativa tra quella voce della suprema Corte secondo la quale la *fairness* processuale risulterebbe soddisfatta dalla mera prevedibilità dell'*emedatio iuris*, pur in assenza di previo contraddittorio sul punto, e la più garantista giurisprudenza di Strasburgo, che invece ritiene imprescindibile per l'equità del procedimento un concreto esercizio delle prerogative difensionali³⁰. Sembra dunque cogliere nel segno quella dottrina che sottolinea la necessità di una «contestazione» preventiva della nuova qualificazione giuridica dell'illecito, non potendo l'imputato, di fronte al fatto addebitato, dirigere la propria linea difensiva verso tutti i possibili approdi definitivi³¹.

4. Sulla contestazione in fatto delle circostanze aggravanti

Il fecondo dialogo tra la Corte Edu e la giurisprudenza di legittimità ha prodotto più ampi effetti di

quelli appena illustrati. Negli ultimi anni si è, infatti, assistito a un ripensamento delle condizioni per le quali un giudice possa riconoscere in sentenza la sussistenza di una circostanza aggravante i cui riferimenti normativi non risultino esplicitati nel capo di imputazione, ritenendola contestata in fatto.

Com'è noto, nell'ordinario sviluppo processuale, i mutamenti dell'imputazione legati all'emersione di circostanze aggravanti nel corso dell'istruzione dibattimentale sono regolati dall'art. 517 cpp. La giurisprudenza di legittimità ha esteso l'utilizzo di tale istituto anche ai casi in cui le nuove contestazioni non fossero emerse nel corso del dibattimento, ma risultassero già contenute dagli atti delle indagini preliminari, senza essere state formalizzate dal pubblico ministero³². Per lungo tempo, la stessa giurisprudenza ha altresì avallato la possibilità che il giudice ritenesse in sentenza la sussistenza di una circostanza aggravante che, pur non essendo stata formalmente contestata nel corso del giudizio, risultava insita nell'originaria descrizione dei fatti. Tale pratica era foriera di non trascurabili effetti, poiché consentiva di riconoscere un allungamento del termine di prescrizione, direttamente in sede di deliberazione, in casi in cui risultava oramai decorso il termine di prescrizione per la fattispecie di reato non aggravata.

La Corte di Strasburgo non ha mancato di chiarire che il riconoscimento in sentenza di una circostanza aggravante possa prescindere dalla sua previa identificazione nell'atto di accusa, qualora risulti «implicitamente» dalla descrizione dei fatti ivi contenuta, a condizione che il ricorrente fosse a conoscenza – o avrebbe dovuto esserlo – delle conseguenze giuridiche derivanti da tale elemento³³. In questi termini, il contenuto descrittivo dell'accusa sembrerebbe rilevare come espressione del diritto di difesa dell'imputato e non già, direttamente, come vincolo decisivo per il giudice, alla luce di una lettura combinata degli alinea (a) e (b), dell'art. 6, § 3, Cedu³⁴.

27. Cass., sez. V pen., 24 settembre 2012, n. 7984; Cass., sez. V pen., 25 settembre 2013, n. 1697.

28. Cass., sez. V pen., 25 settembre 2013, n. 1697. Similmente è accaduto in Cass., sez. V pen., 06 giugno 2014, n. 48677, ove la suprema Corte ha riqualificato il reato di cui all'art. 497-bis cp in quello di cui agli artt. 477 e 482 cp, posto che «la condotta, come accertata sulla base delle risultanze processuali ed in mancanza di spiegazioni alternative, non poteva che essere ricondotta, anche alla luce delle regole dell'esperienza, ad uno dei due paradigmi normativi alternativamente descritti».

29. Cass. pen., sez. unite, 26 giugno 2015, n. 31617.

30. Cass., sez. V pen., 6 giugno 2014, n. 48677; protende per la medesima posizione anche Cass. pen., sez. unite, 26 giugno 2015, n. 31617. Con riguardo alle pronunce di Strasburgo, si veda Corte Edu (sez. I), *I.H. c. Austria*, 20 aprile 2006, § 34; Corte Edu (sez. IV), *D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria*, cit., § 79.

31. R. Casiraghi, *Corte europea, op. cit.*, p. 117.

32. Cass. pen., sez. unite, 28 ottobre 1998, n. 4.

33. Corte Edu, *De Salvador Torres c. Spagna*, 24 ottobre 1996, §§ 30 ss.

34. Sul punto, si vedano S. Buzzelli, R. Casiraghi, F. Cassibba, P. Concolino e L. Pressacco, *Diritto ad un equo processo (Art. 6 CEDU)*, in F. Viganò e G. Uberti (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, p. 176 e dottrina ivi citata.

Sul fronte interno, la suprema Corte appare divisa nell'ammettere tale possibilità. Se una parte della sua giurisprudenza ha abbracciato l'orientamento convenzionale appena descritto, un'altra parte non ha trascurato le posizioni più garantiste volte a ritenere la completezza e la puntualità dell'atto di accusa come condizione fondamentale per l'equità del procedimento. La definizione di chiari orientamenti giurisprudenziali sul tema soffre di un inevitabile schematicismo, in ragione della varietà e della complessità della casistica affrontata, ma consente di tracciare due principali approcci.

Un primo filone adotta una lettura più formalistica dell'art. 6, § 3, lett. (a), Cedu, ritenendo che non possa riconoscersi in sentenza l'ipotesi aggravata di un reato in assenza di una specifica indicazione dell'aggravante nell'atto di accusa, essendo invece necessaria l'enunciazione dei relativi riferimenti normativi o l'uso di sinonimi e formule equivalenti che consentano una sua precisa identificazione³⁵. In quest'ottica, «il perimetro all'interno del quale può collocarsi una valida contestazione in fatto è definito anche dalla natura della stessa fattispecie circostanziale, nel senso che quando essa è delineata dalla norma sulla base di elementi fattuali, più ampia è l'area in cui può essere riconosciuta siffatta contestazione»³⁶. Si pensi al caso dell'aggravante di abuso di prestazione di opera, ritenuta desumibile dalla descrizione delle modalità della condotta nell'imputazione, all'aggravante di cui all'art. 576 cp, ritenuta integrata dall'indicazione, nel capo di imputazione, del rapporto di parentela con la vittima o, ancora, all'aggravante relativa al numero dei concorrenti, ex art. 112, comma 1, n. 1, cp, ovvero dalla pluralità dei fatti nel delitto di bancarotta. Nel caso in cui la circostanza aggravante concerna una determinata qualificazione giuridica, quale la natura fidefacente del documento, ex art. 476, comma 2, cp, la sua identificazione richiede l'uso di formule linguistiche che siano chiaramente evocative della peculiare efficacia dell'atto³⁷. Sul punto, tale orientamento ritiene che, «pure in presenza di un atto da

considerare facente fede sino a querela di falso, ma le cui caratteristiche, a tal fine, non siano di manifesta evidenza, occorre una compiuta contestazione dell'ipotesi aggravata»³⁸. Questa giurisprudenza, che sposa il filone più formalistico di Strasburgo³⁹, non ha mancato di evidenziare come l'equità procedurale sia compromessa nel caso di imprevedibile *mutatio* degli elementi costitutivi della condotta contestata, pur tuttavia senza alcuna indagine sul *vulnus* effettivo arrecato al diritto di difesa dell'imputato.

Un secondo orientamento ritiene che, ai fini della contestazione di una circostanza aggravante, sia sufficiente la sua risultanza "in fatto" all'interno dell'atto di accusa⁴⁰. Premessa di tale ragionamento è una concezione sostanzialistica del principio di correlazione tra accusa e sentenza, secondo cui la puntualità dell'incolpazione dovrebbe essere valutata alla luce delle effettive possibilità difensive dell'imputato. Il problema di fondo sarebbe, dunque, quello di garantire che il fatto storico venga contestato in modo sufficientemente preciso, in modo da porre l'imputato nella condizione di espletare pienamente la propria difesa, nel corso del giudizio o mediante l'impugnazione, anche in relazione alle modalità aggravate della sua condotta. Questa giurisprudenza ha valorizzato il profilo del pregiudizio sostanziale al diritto di difesa, escludendo la violazione dei parametri convenzionali tutte le volte in cui la contestazione in sentenza della circostanza aggravante fosse prevedibile per l'imputato, anche per il tramite dell'assistenza tecnica del difensore⁴¹. In questo senso, è stato ritenuto "prevedibile" il riconoscimento dell'aggravante di cui all'art. 476, comma 2, cp relativamente alla condotta di falsificazione di un certificato medico, di una relata di notifica, di un verbale di visita medica, di una cartella esattoriale così come di un documento attestante il processo verbale di audizione del contribuente in contraddittorio, in considerazione della natura "inequivocabilmente" fidefacente di tali atti, ampiamente riconosciuta dalla giurisprudenza⁴².

35. Cass., sez. V pen., 13 aprile 2018, n. 24643; Cass., sez. V pen., 10 novembre 2016, n. 14520; Cass., sez. V pen., 5 febbraio 2016, n. 8359; Cass., sez. III pen., 8 ottobre 2014, n. 6809; Cass., sez. V pen., 13 febbraio 2014, n. 12213.

36. Cass., sez. V pen., 18 aprile 2018, n. 30345.

37. *Ibid.*

38. Cass., sez. V pen., 10 novembre 2016, n. 14520; Cass., sez. V pen., 02 aprile 2015, n. 38931.

39. Corte Edu, *I.H. e altri c. Austria*, cit.

40. Cass., sez. V pen., 4 aprile 2018, n. 23609; Cass., sez. V pen., 26 febbraio 2018, n. 19388; Cass., sez. V pen., 20 dicembre 2017, n. 55804; Cass., sez. V pen., 14 settembre 2016, n. 2712; Cass., sez. V pen., 25 maggio 2015, n. 28722; Cass., sez. V pen., 2 aprile 2015, n. 38931; Cass., sez. VI pen., 29 giugno 2012, n. 40283; Cass., sez. V pen., 1 marzo 2011, n. 23255.

41. Cass., sez. V pen., 4 aprile 2018, n. 23609; Cass., sez. V pen., 26 febbraio 2018, n. 19388.

42. Si vedano, rispettivamente, Cass., sez. V pen., 14 settembre 2016, n. 2712; Cass., sez. V pen., 02 aprile 2015, n. 38931; Cass., sez. V

Si comprende come entrambi gli orientamenti appena descritti abbiano ampiamente attinto dalla giurisprudenza convenzionale formatasi intorno all'art. 6, § 3, lett. (a) e (b), Cedu, così come dalla giurisprudenza di legittimità sviluppata sul tema. In ogni caso, l'effetto ultimo di questo dialogo giurisprudenziale è stato un accrescimento complessivo delle garanzie difensive preposte a tutela dell'imputato.

5. Conclusioni

Il tema della determinatezza dell'incolpazione è un esempio di fruttuosa contaminazione tra ordinamenti. La giurisprudenza sopra descritta testimonia la felice riuscita di quella «*funzione interpretativa eminente*» che è stata riconosciuta alla Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché la forza conformativa che la sua giurisprudenza esercita nei confronti dell'ordinamento interno⁴³.

Come emerso nel corso della trattazione, il pregio della giurisprudenza di legittimità è indubbiamente quello di aver trovato plurime soluzioni interpretative volte a favorire un – non facile – superamento di importanti lacune procedurali, tali da indurre a un integrale ripensamento dei presupposti e dei limiti all'esercizio del potere-dovere del giudice di qualificazione giuridica degli addebiti. Tutto ciò non può essere ignorato. Si pensi all'inedito principio di diritto affermato dalla Cassazione per cui, sebbene il potere-dovere del giudice di assegnare al fatto la corretta qualifica giuridica costituisca una funzione indefettibile della giurisdizione, il relativo «modulo operativo è emendabile», fornendo una interpretazione dell'art. 521, comma 1, cpp rispettosa dell'art. 111, comma 2, Cost. e dell'art. 6, § 3, Cedu, in forza della quale il contraddittorio deve investire «anche ogni questione

che attiene alla valutazione giuridica del fatto commesso»⁴⁴.

L'effetto di tale azione conformatrice emerge ancor di più se si pensa che anche la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 424, 429 e 521, comma 1, cpp con riguardo agli artt. 3, 24, 111, comma 3, e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui non è estesa all'*emendatio iuris* la disciplina dettata per l'*emendatio libelli*, ha dismesso la questione dichiarandola inammissibile. Sebbene questa soluzione sia stata fondata principalmente sull'«insufficiente motivazione in punto di rilevanza della questione», la Corte non ha taciuto che il giudice remittente stava sollecitando una «pronuncia additiva, non avente carattere di soluzione costituzionalmente obbligata, ma rientrante nell'ambito di scelte discrezionali riservate al legislatore», rilevando che «la soluzione prospettata dal giudice *a quo* tende[va] ad ottenere la parificazione di situazioni processuali tra loro non omogenee»⁴⁵.

Anche la dottrina si è preoccupata di prospettare un ventaglio di soluzioni procedurali volte a colmare le lacune di sistema mediante l'estensione applicativa di preesistenti istituti processuali e moduli operazionali, nel tentativo di garantire il rispetto del diritto di difesa nelle ipotesi di mutamento *in iure* dell'imputazione. In ogni caso, si è sottolineata la necessità di un ripensamento della disciplina sul tema⁴⁶.

Nelle more di un auspicato intervento legislativo, i tempi sembrano maturi per un intervento nomofilattico delle sezioni unite. Sebbene non risolutiva, una tale pronuncia consentirebbe di sanare gli ormai consolidati contrasti giurisprudenziali, rafforzando un'equità processuale certamente pregiudicata dalle carenze strutturali del sistema, ma altrettanto intaccata dai molteplici percorsi argomentativi ormai percorribili in sede decisionale.

pen., 25 maggio 2015, n. 28722; Cass., sez. V pen., 20 dicembre 2017, n. 55804; Cass., sez. V pen., 4 aprile 2018, n. 23609.

43. Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348 (corsivi aggiunti).

44. Cass., sez. VI pen., 12 novembre 2008, n. 45807.

45. Corte cost., 17 marzo 2010, n. 103, con nota di T. Rafaraci, *Poteri d'ufficio*, op. cit.

46. *Ex multis*, R.E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e prerogative difensive*, in *Giur. it.*, 2009, pp. 2511-2525; M. Caianiello, *Mutamento del nomen iuris*, op. cit.; T. Rafaraci, *Poteri d'ufficio*, op. cit.; R. Casiraghi, *Corte europea*, op. cit.; L. De Matteis, *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 1474-1483; D. Iacobacci, *Riqualificazione giuridica*, op. cit.; L. Mele, *La diversa qualificazione*, op. cit.; S. Quattrocchio, *Un auspicabile assestamento*, op. cit.

Le perquisizioni disposte dall'autorità giudiziaria

di Daniela Cardamone

La sentenza *Brazzi* affronta la questione della mancanza, nel sistema processuale italiano, di un controllo giurisdizionale *ex ante* e di un rimedio *ex post* riferiti all'inviolabilità del domicilio, in caso di provvedimento di perquisizione domiciliare non seguito da sequestro. Il presente commento, dopo alcuni spunti critici sulle carenze valutative della Corte rispetto a specifici profili fondanti il nostro sistema, analizza gli effettivi rimedi prevedibili per colmare la ritenuta lacuna.

1. L'assenza di un controllo giurisdizionale *ex ante* della perquisizione domiciliare. La mancata valutazione da parte della Corte Edu del ruolo del pm nel sistema costituzionale italiano di organizzazione dei poteri di garanzia

Con la sentenza *Brazzi c. Italia* del 27 settembre 2018¹, la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata) in un caso di perquisizione domiciliare disposta dal pubblico ministero, non seguita da sequestro, ritenendo che il ricorrente non disponesse né di un controllo di legalità *ex ante* della misura né di un sindacato *ex post* della legittimità della stessa.

Il primo aspetto critico che la Corte Edu individua nel sistema italiano è costituito dall'assenza di un "controllo giurisdizionale" *ex ante* delle perquisizioni ordinate nella fase delle indagini preliminari, poiché «non è previsto che il pubblico ministero chieda l'autorizzazione di un giudice o lo informi della sua decisione di ordinare una perquisizione» (par. 43).

Si tratta di un'affermazione che prescinde, però, da un'analisi dei tratti salienti del sistema giuridico

nazionale e delle scelte di valore compiute dal legislatore nell'inquadrare il pubblico ministero nella qualifica di "autorità giudiziaria" (si veda rel. prog. prel. cpp, p. 68), che ne collega la funzione anche alle garanzie di esercizio dei diritti di libertà e, quindi, alla protezione dei diritti fondamentali.

La Costituzione italiana, che ha posto alla base dell'ordinamento giuridico l'universalità dei diritti fondamentali e delle libertà individuali e collettive, ha organizzato i pubblici poteri in base a un sistema di pesi e contrappesi, disegnando un sistema nel quale il maggiore elemento di discontinuità rispetto all'assetto politico antecedente è rappresentato dalla netta separazione tra i poteri di governo e amministrazione attiva, e i poteri di garanzia, primo fra tutti il controllo di legalità esercitato in modo indipendente dall'autorità giudiziaria.

Per rendere effettiva tale indipendenza, la Costituzione ha disegnato la figura di un pubblico ministero sottratto alla sfera d'influenza del potere esecutivo e incluso a pieno titolo nella sfera di indipendenza dell'autorità giudiziaria, presidiata dal Consiglio superiore della magistratura. In questo modo, il pubblico ministero non solo è sottratto alla dipendenza del Ministro della giustizia, ma ha le medesime guarentigie dei magistrati giudicanti, con i quali condivide la stessa carriera.

La solenne proclamazione dell'autonomia e in-

1. La sentenza è divenuta definitiva a seguito di rigetto da parte del collegio di cinque giudici della richiesta di rinvio alla Grande Camera proposta dal Governo.

dependenza della magistratura da ogni altro potere (art. 104 Cost.) e l'estensione a tutti i magistrati della garanzia dell'inamovibilità (art. 107 Cost.) delineano un sistema di guarentigie finalizzate a consentire all'autorità giudiziaria di esercitare la funzione di effettivo controllo della legalità e di garanzia dello Stato di diritto. La previsione secondo la quale «L'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria» (art. 109 Cost.) assegna al pm il compito di direzione di quest'ultima, al fine di garantire la tecnicità, la legalità e l'efficacia dell'attività investigativa; in questo modo, anche l'operato della polizia giudiziaria viene sottratto alla sfera di esclusivo controllo del potere esecutivo, assegnando alla magistratura la funzione di garanzia indipendente della tutela dei diritti fondamentali dei cittadini e di prima garanzia della libertà individuale.

La figura del pm così delineata dal nostro sistema costituzionale e processuale appare, inoltre, del tutto in linea con quella che emerge dalla giurisprudenza europea.

Anche se la Corte di Strasburgo non disegna un modello di pubblico ministero europeo, taluni principi cardine sono enucleabili da quelle sentenze in cui, chiamata a valutare la sussistenza di una violazione del diritto della persona arrestata di essere tradotta al più presto dinanzi a un «giudice» o a un altro «magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie» (art. 5, par. 3, Cedu), la Corte ha analizzato la nozione di «autorità giudiziaria». Mentre non vi sono stati particolari problemi interpretativi per quanto riguarda la nozione di «giudice», qualche difficoltà in più vi è stata nell'individuare i connotati della figura del «magistrato autorizzato (...) a esercitare funzioni giudiziarie». A tal proposito, la Corte Edu ha stabilito che l'organo dinanzi al quale deve essere tradotto l'arrestato non deve necessariamente avere tutte le caratteristiche della giurisdizionalità, dovendo, piuttosto, essere un organo indipendente dal potere esecutivo e dinanzi al quale l'arrestato possa esercitare il diritto di difesa, individuando un elemento di criticità solo nell'ipotesi in cui assuma la veste di accusa in una successiva fase processuale².

In quest'ottica, nel valutare a quali condizioni al pubblico ministero possa essere riconosciuta la funzione di garanzia propria dell'autorità giudiziaria, la

Corte Edu ha individuato un importante indice rivelatore della natura «giurisdizionale» nell'«indipendenza dal potere esecutivo»³.

Emblematica, in tal senso, è la pronunzia *Moulin c. Francia*⁴, nella quale la Corte Edu affronta il tema dell'indipendenza dal potere esecutivo del magistrato incaricato del primo controllo sulla legittimità della restrizione della libertà personale. Dopo aver compiuto un'analisi accurata delle relazioni tra autorità governativa e pubblici ministeri nel sistema francese, la Corte giunge alla conclusione che lo statuto differenziato di questi ultimi rispetto a quello dei giudici e, in particolare, la mancanza dei requisiti della inamovibilità e la sottoposizione all'autorità del Ministro della giustizia nell'ambito di una struttura gerarchica, impedisce di ravvisare nel *magistrat du parquet* quel requisito di indipendenza rispetto al potere esecutivo che rappresenta un connotato essenziale della nozione di «autorità giudiziaria».

Si tratta di principi generali che vanno anche nella stessa direzione indicata da una serie di atti, emanati nell'ambito del Consiglio d'Europa (CdE), rispetto ai quali il sistema costituzionale e processuale italiano appare del tutto in linea⁵.

Ad esempio, la raccomandazione del Comitato dei ministri CM/Rec(2000)19 impegna gli Stati membri ad assumere iniziative appropriate per consentire al pubblico ministero di svolgere le proprie funzioni senza ingiustificate interferenze ed esposizioni a responsabilità civile, penale o di altro genere. Vi è poi l'opinione n. 9 (2014) in materia di «norme e principi europei sui pubblici ministeri», stilata dal Consiglio consultivo dei pubblici ministeri europei (CCPE), istituito dal Comitato dei ministri del CdE nel 2005, e contenente la «Carta di Roma», che fissa norme e principi condivisi dai 47 Paesi membri del CdE: essi concordano sul fatto che il valore dell'indipendenza e autonomia del pm rappresenta un indispensabile corollario dell'indipendenza del potere giudiziario in genere.

Tanto premesso, un'analisi del sistema costituzionale italiano e delle scelte compiute dal nostro legislatore, le quali sono conformi alle indicazioni europee e disegnano un sistema unico nello scenario internazionale – tanto da far parlare di «anomalia italiana»⁶ – avrebbe potuto contribuire a una maggiore aderenza della pronunzia della Corte di Strasburgo

2. *Assenov e altri c. Bulgaria*, 28 ottobre 1998, par. 146; *Huber c. Svizzera*, 23 ottobre 1990, par. 42.

3. Si vedano ad esempio: *Schiesser c. Svizzera*, 4 dicembre 1979, parr. 12-18; *Niedbala c. Polonia*, 4 luglio 2000, par. 52.

4. *Moulin c. Francia*, 23 novembre 2010, parr. 56-57.

5. In tal senso, si veda A. Balsamo e L. Trizzino, *Il rapporto tra indipendenza del Pubblico ministero e tutela della libertà personale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, n. 3/2011, p. 1226.

6. Per un'analisi di tale «anomalia italiana» si veda, tra gli altri: G. Di Federico, *L'indipendenza del pubblico ministero e il principio democratico della responsabilità in Italia: l'analisi di un caso deviante in prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1/2002, p. 99.

alle peculiarità del sistema interno, anche alla luce delle garanzie procedurali che assistono la fase dell'esecuzione della perquisizione (delle quali si tratterà nel successivo paragrafo).

2. La possibilità di controbilanciare la mancanza di controllo *ex ante* con garanzie procedurali nella fase di esecuzione della perquisizione

La Corte di Strasburgo afferma poi che, in assenza di un controllo giurisdizionale *ex ante* sulla legalità e necessità della perquisizione, dovrebbero esistere altre garanzie procedurali nella fase di esecuzione della stessa, idonee a «controbilanciare le imperfezioni legate alla fase di emissione del mandato stesso» (par. 43).

La sentenza non contiene, però, un'analisi delle garanzie difensive in tema di perquisizioni, le quali si innestano nel mutato contesto costituzionale, a tutela della inviolabilità del domicilio *ex art.* 14 Cost., e si rapportano alla logica dell'intervento della difesa in sede di indagini preliminari, nell'intento di contemperarlo con le esigenze investigative che si ricollegano alla perquisizione, la quale è, per sua natura, atto urgente e riservato⁷.

Nell'ambito del diritto processuale penale pertinente, la sentenza si limita a indicare (parr. 17 e 18) che l'autorità giudiziaria dispone la perquisizione mediante un decreto motivato (art. 247 cpp), che il mandato di perquisizione deve essere consegnato all'indagato o a chi abbia la disponibilità dei luoghi, i quali hanno la facoltà di farsi assistere da un avvocato (art. 250 cpp) e che è prevista una fascia oraria nella quale la perquisizione può essere eseguita (art. 251 cpp).

Non è fatto alcun cenno, invece, alle altre garanzie procedurali quali, ad esempio, la designazione di un difensore di ufficio alla persona che ne sia priva e il diritto del difensore dell'indagato di assistere alla perquisizione, pur senza diritto al preavviso (art. 365, commi 1 e 2, cpp); non è menzionata la facoltà del difensore di intervenire presentando al pm richieste, osservazioni e riserve delle quali è esplicitamente previsto che venga fatta menzione nel verbale di per-

quisizione (art. 364, comma 7, cpp), attesa la futura "utilizzazione" nel fascicolo del dibattimento dell'atto, tipicamente irripetibile ai sensi dell'art. 431, lett. c, cpp. Mancano anche riferimenti alle garanzie procedurali successive alle operazioni di perquisizione: ad esempio quella che, *ex art.* 366 cpp, prevede che il pm debba depositare presso la sua segreteria, entro il terzo giorno dal compimento dell'atto, il verbale di perquisizione, con facoltà del difensore – al quale va immediatamente notificato l'avviso di deposito – di prenderlo in esame ed estrarne copia; ciò anche in funzione della facoltà, attribuita ai difensori nella fase delle indagini, di presentare memorie e richieste scritte al pm (art. 367 cpp).

Si tratta di garanzie previste dalla legge (consegna del decreto motivato ai sensi degli artt. 250 e 253, comma 4, cpp; invito a nominare un difensore di fiducia o, in mancanza, nomina di un difensore di ufficio *ex art.* 365, comma 1, cpp), sostitutive, nel concreto, dell'informazione di garanzia che, nella perquisizione – al pari degli altri atti "a sorpresa" diretti alla ricerca della prova, per i quali non sia previsto l'avviso al difensore –, non deve essere previamente inoltrata all'indagato, qualora questi sia presente. Ove, invece, la persona non abbia assistito all'atto, una volta che questo sia concluso e che, quindi, venga meno quell'esigenza preclusiva connessa alla sua natura di "atto a sorpresa", riemerge l'obbligo del pm del tempestivo inoltro dell'informazione di garanzia, al fine di assicurare all'indagato il pieno esercizio delle facoltà difensive riconducibili al deposito degli atti previsto dall'art. 366 cpp⁸.

Né va sottovalutato il requisito della motivazione del decreto di perquisizione, primo strumento di garanzia, la cui osservanza è prescritta a pena di nullità dal combinato disposto degli artt. 247, comma 2, e 125, comma 3, cpp⁹, e il cui vizio può essere fatto valere come causa di nullità ai sensi dell'art. 182, comma 2, cpp al momento della perquisizione o immediatamente dopo¹⁰. Il contenuto di tale obbligo di motivazione è stato delineato compiutamente a seguito di una costante elaborazione giurisprudenziale, che ha chiarito che l'autorità giudiziaria, nel disporre la perquisizione – che presuppone l'esistenza di indizi di reato – non può fare riferimento a semplici sospetti o congetture né, tanto meno, a denunce anonime o

In prospettiva comparata, si veda S. Shetreet e C. Forsyth (a cura di), *The culture of judicial independence*, Leiden, Boston, 2012.

7. Rel. prog. prel. cpp, p. 68.

8. Cass., sez. unite, 23 febbraio 2000 (dep. 4 maggio 2000), n.7, *Mariano*.

9. Cfr tra le tante: Cass., sez. VI pen., 6 aprile 1993 (dep. 21 maggio 1993), n. 1012.

10. Cass., sez. V pen., 26 maggio 1998 (dep. 13 luglio 1998), n. 3287.

provenienti da fonti confidenziali¹¹, ma deve riferirsi a indizi di un certo rilievo, convergenti nell'accreditare la probabilità che l'oggetto da ricercare si trovi nel luogo oggetto di perquisizione¹². Inoltre, rilevando l'obbligo di indicazione del *thema probandum* (reato per il quale si procede, elementi essenziali del fatto, quanto meno a livello embrionale, e delle norme che si assumono violate), la giurisprudenza ha chiarito che la perquisizione non può tradursi in un improprio mezzo di ricerca della *notitia criminis*, essendo invece un mezzo di ricerca delle prove di un determinato reato¹³. Sono, infine, da ricondurre al medesimo rimedio di carattere generale di cui all'art. 182, comma 2, cpp – esercitabile mediante lo strumento delle «memorie o richieste» che, ai sensi dell'art. 121 cpp, possono essere inoltrate «in ogni stato e grado del procedimento» – anche altri motivi di nullità quali, ad esempio, la violazione dell'art. 114 disp. att. cpp per mancato avviso, da parte della polizia giudiziaria, della facoltà per l'indagato di farsi assistere da un difensore¹⁴.

Si tratta di garanzie procedurali presenti nel diritto interno le quali, in ottemperanza alla protezione costituzionale offerta al domicilio dall'art. 14 della Costituzione, hanno comportato, nel codice in vigore e nell'elaborazione giurisprudenziale, un rafforzamento della dimensione garantistica dell'istituto che la Corte di Strasburgo omette semplicemente di considerare, lasciando irrisolto il dubbio se, in caso di adeguata valutazione, le stesse sarebbero state ritenute idonee a controbilanciare le ritenute «imperfezioni nella fase di emissione del mandato di perquisizione».

3. La mancanza di un rimedio *ex post*

La Corte Edu afferma poi che, qualora un controllo *ex ante* sulla perquisizione non sia previsto, una garanzia adeguata a norma dell'art. 8 Cedu può essere integrata da un controllo *ex post* sulla legittimità e sulla necessità della misura. In particolare, la Corte richiede un «controllo giurisdizionale effet-

tivo» della misura e delle modalità di svolgimento della stessa. Qualora, invece, l'operazione considerata irregolare abbia già avuto luogo, il rimedio deve fornire all'interessato «una riparazione adeguata» (par. 44).

Si tratta di un principio di carattere generale nella giurisprudenza europea, secondo il quale l'inopponibilità di un atto di ingerenza di una pubblica autorità in un diritto fondamentale è incompatibile con le garanzie richieste dall'art. 8 Cedu.

Nel censurare il sistema processuale italiano anche sotto questo profilo, la sentenza non individua, però, uno specifico rimedio effettivo e fornisce solo delle indicazioni di massima, facendo riferimento a precedenti pronunzie nelle quali la Corte ha affrontato questioni analoghe.

Ad esempio, la Corte Edu rammenta che la possibilità del soggetto di contestare la legittimità e la necessità della misura investigativa adottata e, se del caso, di ottenere la declaratoria d'inutilizzabilità del risultato probatorio, è un rimedio giurisdizionale effettivo¹⁵. Peraltro, essa rileva che, nel caso in esame, tale rimedio di carattere processuale non era esperibile perché la perquisizione aveva avuto esito negativo e non vi era alcun elemento di prova da rendere inutilizzabile in un processo che, inoltre, non era mai iniziato (par. 46).

La Corte Edu evidenzia anche che, nel caso in esame, non essendovi stato alcun sequestro, il ricorrente non avrebbe potuto neanche esperire il ricorso al tribunale del riesame (par. 47).

La giurisprudenza di legittimità, in applicazione del principio di tassatività delle impugnazioni è, infatti, costante nell'affermare che non è autonomamente impugnabile, neppure per motivi di legittimità, sia il decreto con il quale sia disposta la perquisizione da parte del pm, sia quello con cui lo stesso proceda alla sua convalida, qualora l'atto istruttorio sia stato compiuto per motivi di urgenza su iniziativa della polizia giudiziaria¹⁶. Secondo tale impostazione, al principio di tassatività delle impugnazioni fa eccezione la sola ipotesi dell'abnormità del provvedimento, nel qual caso l'autonoma impugnazione del decreto di perquisizione dinanzi al giudice di legittimità costituisce

11. Cfr., tra le tante: Cass., sez. VI pen., 21 settembre 2006 (dep. 27 ottobre 2006), n. 36003; sez. IV pen., 17 maggio 2005 (dep. 10 agosto 2005), n. 30313; sez. V pen., ord. 13 maggio 2004 (dep. 24 settembre 2004), n. 37941.

12. Cfr., tra le tante: Cass., sez. V pen., 30 novembre 1995 (dep. 5 gennaio 1996), n. 2834.

13. Cfr., tra le tante: Cass., sez. III pen., 20 marzo 2013 (dep. 27 giugno 2013), n. 28151; Cass., sez. VI pen., 06 ottobre 1998 (dep. 11 dicembre 1998), n. 2882.

14. Cass., sez. I pen., 6 giugno 1997 (dep. 24 giugno 1997), n. 4017.

15. Ad esempio, in *Panarisi c. Italia*, 10 luglio 2007, con riferimento alle intercettazioni di comunicazioni.

16. Tra le tante, da ultimo: Cass., sez. III pen., 27 settembre 2016 (dep. 7 giugno 2017), n. 28060. Il principio è stato affermato anche nel caso del ricorrente: Cass., sez. III pen., 10 febbraio 2011 (dep. 8 marzo 2011), n. 8999, *Brazzi*.

un'ipotesi eccezionale, avente finalità di "chiusura del sistema". A parte tale ipotesi eccezionale, quindi, l'inosservanza delle norme che disciplinano i presupposti e i limiti della perquisizione dà luogo unicamente a rilievi disciplinari¹⁷.

La sentenza *Brazzi*, comunque, non prende in considerazione i rimedi disciplinari che il nostro sistema prevede in via generale (art. 124 cpp) e, in modo specifico, per le condotte della polizia giudiziaria agli artt. 16 ss. d.lgs 28 luglio 1989, n. 271 («Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale»), né il rimedio di natura penale, segnatamente l'art. 615 cp, che prevede come reato la «Violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale».

Essa, inoltre, respinge anche l'eccezione governativa sulla possibilità, per il ricorrente, di avvalersi dell'azione risarcitoria di cui alla l. n. 117/1998 (par. 49), ribadendo che è la normativa processuale a presentare una lacuna ed è, innanzitutto, nell'ambito delle garanzie procedurali che va garantito ai soggetti un rimedio contro i possibili abusi di potere delle autorità pubbliche (par. 50).

4. Gli effetti della pronuncia. Analisi dei possibili rimedi effettivi

A parte gli spunti critici sopra evidenziati, la pronuncia della Corte di Strasburgo ha il merito di portare all'attenzione degli interpreti il tema, già presente nella dottrina e nella giurisprudenza italiane, del diritto a un ricorso effettivo, con particolare riferimento all'inviolabilità del domicilio, e della assenza nel nostro sistema processuale di uno specifico rimedio impugnatorio per il decreto di perquisizione non seguito da sequestro.

Una questione di legittimità costituzionale, sollevata con riferimento al profilo della mancanza di un controllo *ex ante* da parte di un giudice, è stata ritenuta manifestamente infondata dalla Cassazione nel 2002¹⁸, essendosi ritenuto che i principi del giusto processo e della parità delle armi tra accusa e difesa, recepiti dal novellato art. 111 Cost., attengono alla fase

del "processo" e non a quella delle indagini preliminari, con una motivazione non conforme ai principi della giurisprudenza europea per la quale, invece, i principi del *fair trial* si applicano, *mutatis mutandis*, anche alla fase delle indagini.

Un'altra questione di illegittimità costituzionale, sollevata in relazione all'art. 247 cpp, nella parte in cui non consente il ricorso al tribunale del riesame avverso i decreti che dispongono la perquisizione locale, è stata ritenuta manifestamente infondata dalla suprema Corte nel 2003¹⁹, ritenendosi che la garanzia costituzionale in materia di provvedimenti che incidono sulla libertà personale è limitata al controllo della legittimità del provvedimento e non del merito, e che tale garanzia non si estende a limitazioni diverse da quelle indicate dall'art. 111, comma 7, Cost.

Per quanto riguarda i possibili strumenti di tutela, in dottrina – *de iure condendo* – si trova chi è favorevole all'introduzione di un'autonoma ipotesi di riesame del decreto di perquisizione, a prescindere da un sequestro²⁰. Secondo altri, invece, la strada preferibile non sarebbe il controllo di merito attuabile con il riesame autonomo del provvedimento (a prescindere dal sequestro) quanto, piuttosto, l'effettiva applicazione delle sanzioni penali (artt. 609 e 615 cp) e disciplinari (art. 124 cpp) agli autori degli abusi²¹.

Non può negarsi, invero, che la perquisizione non seguita da sequestro si risolve in una mera attività materiale che si esaurisce nel momento in cui è compiuta e non può essere messa nel nulla; né l'annullamento del decreto di perquisizione varrebbe a eliminare l'accaduto e ad elidere le conseguenze pregiudizievoli derivanti da una illegittima ingerenza nella sfera privata.

Per quanto riguarda la perquisizione domiciliare, parte della dottrina è favorevole a ritenere che il decreto sia immediatamente ricorribile per cassazione, inquadrando la inviolabilità del domicilio quale *species* del *genus* "libertà personale"²².

Al tal fine, si fa leva sull'art. 111, comma 7, Cost., recepito a livello di legge ordinaria dall'art. 568, comma 2, cpp, che fornisce copertura costituzionale alla generale ricorribilità per cassazione di tutti i provvedimenti sulla libertà personale. Tale tesi sarebbe avvalorata dal

17. Si veda, di recente, Cass., sez. III pen., 15 maggio 2018 (dep. 21 giugno 2018), n. 28770.

18. Si veda Cass., sez. III pen., 15 ottobre 2002 (dep. 05 dicembre 2002), n. 40974.

19. Si veda Cass., sez. III pen., 27 giugno 2003 (dep. 04 settembre 2003), n. 35049.

20. G. Bellantoni, *Nuovi scritti di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 209 (vds. cap. III: *Provvedimento di perquisizione e impugnazioni*).

21. P. Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Giuffrè, Milano, 2012, pag. 209.

22. R. Malvasi, sub art. 247 cpp, in G. Conso e G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, CEDAM - Wolters Kluwer, Padova, 2015 (edizione II), p. 967.

rinvio operato dall'art. 14, comma 2, Cost. alle garanzie prescritte per la tutela della libertà personale, tra le quali andrebbe ricompreso il controllo di legalità dei provvedimenti restrittivi di cui all'art. 111, comma 7, Cost. e consentirebbe, quindi, un'interpretazione conforme alla Cedu, a legislazione invariata.

Non mancano, comunque, rilievi critici da parte di chi ritiene che il ricorso per cassazione, non avendo funzione inibitoria, non varrebbe a eliminare l'accaduto e non consentirebbe di elidere il nocumento personale subito²³.

In tema di possibili rimedi effettivi, occorre prendere atto che, allo stato, la giurisprudenza della Corte Edu, limitandosi a fornire indicazioni di carattere generale, non chiarisce con certezza quale tipo di rimedio possa costituire un *redressement*

approprié. Il rimedio richiesto sembrerebbe essere di natura processuale, tale da consentire al soggetto destinatario di un atto invasivo della propria sfera personale di presentare le proprie doglianze dinanzi a una giurisdizione terza rispetto a quella che ha disposto la misura. La possibilità di ottenere tale scrutinio parrebbe rappresentare, di per sé, un rimedio effettivo nel senso richiesto dall'art. 8 Cedu, e idoneo a elidere le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla illegittima ingerenza nella sfera privata del soggetto.

Si tratta, comunque, 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.

23. F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012.

La pubblicità dell'udienza

di Giulia Valentini Grigioni

La pubblicità dell'udienza, garanzia del «fair trial» secondo l'art. 6 Cedu, è stata oggetto di numerose pronunce della Corte di Strasburgo, le quali hanno determinato rilevanti implicazioni nell'ordinamento interno, suscitando interrogativi sui confini di tale regola, soprattutto all'interno dei procedimenti camerati previsti dal nostro sistema processuale penale.

1. Il diritto alla pubblica udienza nella giurisprudenza Cedu

Nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il diritto all'udienza pubblica si colloca nell'alveo delle garanzie che realizzano l'«equo processo», sancite dall'art. 6 Cedu. In particolare, la prima parte del par. 1 della disposizione normativa riconosce il diritto di ogni persona «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».

Invero, secondo l'interpretazione fornita dai giudici di Strasburgo, la pubblicità dell'udienza costituisce un elemento essenziale per l'attuazione del «fair trial», in quanto assicura trasparenza all'operato e alla decisione finale del giudice, impedendo «una giustizia segreta, sottratta al controllo del pubblico». Inoltre è uno degli strumenti mediante i quali si realizza e preserva «la fiducia nelle corti e nei tribunali da parte della collettività, rassicurata sul fatto che lo sforzo di stabilire la verità sarà massimo». Ancora, in materia penale, la Corte europea

sottolinea come il diritto a un'udienza pubblica abbia una valenza ulteriore, poiché garantisce all'imputato che «il suo caso è stato deciso da un tribunale, di cui egli ha potuto controllare indipendenza ed imparzialità»¹. In tal senso, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, il carattere pubblico dei procedimenti diventa fondamentale in quei casi in cui, ad esempio, l'imputato è un detenuto accusato di reati compiuti all'interno dell'istituto penitenziario nei confronti degli agenti, quando, in aggiunta, gli unici testimoni sono altri agenti penitenziari: è evidente che si tratta di circostanze estremamente delicate, nelle quali il pubblico scrutinio contribuisce a dissipare i dubbi sulla corretta acquisizione della prova e, soprattutto, sulla piena imparzialità dell'organo giudicante².

Quanto al contenuto del diritto, la Corte insiste sul fatto che questo sia effettivo; pertanto, non basta che la pubblicità «non sia formalmente esclusa», ma deve essere «sostanzialmente garantita», facendo sì che il processo si tenga «in un luogo facilmente accessibile, in un'aula capace di contenere un certo numero di spettatori, normalmente raggiungibile e riconoscibile attraverso adeguata informazione». Nei casi eccezionali in cui il processo viene tenuto in luoghi particolari, al di fuori delle aule di giustizia, sarà compito precipuo dello Stato soddisfare queste condizioni.

1. Per tutti tali principi, si veda Corte Edu, *Riepan c. Austria*, 14 novembre 2000, § 27; *Tierce e altri c. San Marino*, 25 luglio 2000, § 92; *Serre c. Francia*, 29 settembre 1999; *Szucs c. Austria*, 24 novembre 1997; *Acsen c. Germania*, 8 dicembre 1983.

2. Corte Edu, *Riepan c. Austria*, cit.

L'esplicarsi di tale diritto realizza, quindi, sia una pubblicità immediata, poiché consente a ogni cittadino maggiorenne di partecipare al processo e avere una diretta percezione delle modalità con le quali viene amministrata la giustizia, sia una pubblicità mediata, capace però di raggiungere un numero illimitato di persone, attraverso la presenza della stampa e la sua opera divulgativa, contribuendo in tal modo alla realizzazione del diritto di cronaca riguardo alle vicende giudiziarie e all'attività dei pubblici poteri. Anche sotto quest'ultimo profilo, segnatamente, si coglie la funzionalità della pubblicità processuale ai fini della costruzione di una società democratica³.

Se quanto detto è vero, tuttavia, l'obbligo di tenere un'udienza pubblica non è assoluto. In effetti, il par. 1 dell'art. 6 Cedu ammette che l'accesso alla sala d'udienza possa essere limitato al pubblico e alla stampa, durante tutto il processo o parte di esso, «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». Si tratta, in sostanza, di casi eccezionali, legati alla tutela di valori superindividuali o di interessi d'alto rango, di cui risultano portatori particolari soggetti. Da sottolineare è il richiamo finale alle «circostanze speciali», integranti un rovesciamento di prospettiva tale da rendere la pubblicità pregiudizievole nel caso concreto. A differenza delle ipotesi precedenti, tali situazioni non sono tipizzate, chiamando così il giudice del singolo processo a una valutazione sulla loro esistenza e incidenza nel procedimento in corso, a un bilanciamento con le esigenze di giustizia in gioco, fino a individuare la misura della limitazione strettamente necessaria alla pubblicità processuale. Non solo, proprio alla luce del carattere aperto della disposizione normativa, la giurisprudenza di Strasburgo riconosce alle autorità nazionali un «cospicuo margine di apprezzamento» nella tipizzazione

interna dei limiti alla pubblicità. Resta fermo il fatto che, tanto tali norme interne quanto gli apprezzamenti giudiziali deroganti al principio di pubblicità, possono essere sottoposti al controllo della Corte europea⁴.

Dal canto suo, la stessa Corte convenzionale ha sfruttato la formulazione dell'art. 6 Cedu per identificare fattispecie ulteriori nelle quali possa legittimamente derogarsi al canone della pubblicità. In special modo, i giudici di Strasburgo considerano rilevante, oltre alla necessità di proteggere la vita privata di terze persone, la natura delle questioni trattate nel procedimento, senza che possa darsi peso alla frequenza con la quale vengono affrontate: nel caso di questioni altamente tecniche, nelle quali la decisione si fonda su elementi contabili o pareri degli esperti (come nelle cause previdenziali, fiscali o disciplinari), nonché nel caso di questioni prettamente giuridiche, rispetto alle quali si pongano complessi problemi interpretativi, purché non entrino in gioco dispute relative alla credibilità dei soggetti – soprattutto dell'imputato o dei testimoni, in ambito penale – o alla valutazione e ricostruzione dei fatti, la Corte europea ritiene che i relativi procedimenti possano essere chiusi al pubblico, fino a ricevere una trattazione esclusivamente scritta. In queste circostanze, infatti, non possono ignorarsi esigenze di economia ed efficienza processuale, riguardo alle quali il principio di pubblicità risulterebbe recessivo e, addirittura, controproducente rispetto a un altro principio altrettanto fondamentale nell'ottica dell'equo processo: il diritto alla ragionevole durata del procedimento.

Alla luce di tali considerazioni, è interessante notare come la Corte europea abbia escluso che lo svolgimento del giudizio abbreviato italiano comporti una violazione dell'art. 6 Cedu, proprio perché con tale rito alternativo, a fronte di vantaggi indiscutibili per l'imputato, l'ordinamento persegue il fine di semplificare e accelerare la trattazione dei processi penali, garantendo un giudizio entro un termine ragionevole. Senonché, in materia penale, concepita dalla Corte in modo ampio e autonomo, secondo i tre «criteri Engel», in linea di principio è fondamentale che

3. Sul contenuto del diritto, in giurisprudenza, *ibidem*, relativamente a un'udienza tenuta in carcere, senza che il pubblico fosse stato adeguatamente informato sulle modalità con cui raggiungere l'istituto penitenziario, accedervi e assistere al processo, tenuto – per giunta – in una stanza non adeguatamente attrezzata come aula di giustizia. In dottrina, sugli aspetti della pubblicità, si vedano, tra gli altri: A. De Caro, *Udienza pubblica e diritto alla partecipazione diretta al processo*, in A. Gaito (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike, Roma, 2016, p. 429; M. Chiavario, sub art. 6, in S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, pp. 154-248, precisa che, stante il riferimento al «trial», contenuto nella disposizione normativa, il regime della pubblicità è richiesto solo in relazione al «giudizio», ossia alla fase che prelude a una decisione idonea a chiudere il processo. Perciò, la norma non impedisce che fasi di mero passaggio o momenti meramente preparatori siano chiusi al pubblico.

4. Sul punto, Corte Edu, *Guisset c. Francia*, 26 settembre 2000; *Hakansson e Sturesson c. Svezia*, 21 febbraio 1990; *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, §§ 82-83. In dottrina, M. Chiavario, sub art. 6, op. cit., p. 200; P. Bronzo, *La pubblicità delle udienze*, in A. Gaito e D. Chinnici (a cura di), *Regole europee e processo penale*, CEDAM, Padova, 2016, p. 138.

almeno l'udienza di primo grado sia tenuta rispettando tutti i canoni dell'art. 6 Cedu, tra cui la pubblicità. In effetti, il bilanciamento con le esigenze di economia e speditezza diviene più frequente nei giudizi di impugnazione, dove in genere sono affrontate quelle questioni che, in forza della giurisprudenza di Strasburgo, possono essere intese come "contro-limiti" al principio di pubblicità. In quest'ottica, è opportuno tener conto del procedimento nel suo complesso, per cogliere la funzione della giurisdizione d'appello o di cassazione, i relativi poteri, gli scopi perseguiti, nonché la natura delle questioni trattate: se un'udienza pubblica ha avuto luogo in prima istanza e i successivi gradi di giudizio affrontano appunto questioni di puro diritto o aspetti altamente tecnici, senza che si proceda all'assunzione di prove, può legittimamente giustificarsi l'assenza di pubblicità⁵.

Se, quindi, la Corte ritiene rispettato l'art. 6 Cedu anche quando viene esclusa *in toto la trattazione pubblica, a vantaggio del rito camerale, sempre che ricorrano le condizioni sopra esposte, tuttavia, vi è un ulteriore elemento in presenza del quale, nonostante le legittime deroghe, torna a riaffermarsi la necessità dell'udienza pubblica: si tratta dell'elevata «posta in gioco». Quando infatti, nel procedimento, sono coinvolti beni primari del giudicando, rispetto ai quali la decisione è destinata ad incidere in modo diretto e sostanziale, «non si può affermare che il controllo del pubblico non sia una condizione necessaria alla garanzia del rispetto dei diritti dell'interessato». In questi casi deve essere riconosciuta al giustiziabile la possibilità di richiedere al tribunale un'udienza pubblica, che potrà essere rifiutata solo qualora ciò sia «strettamente imposto dalle circostanze della causa», ossia da quei motivi particolari sopra richiamati. In definitiva, quando la disposizione normativa non prevede la pubblicità dell'udienza quale "modulo procedimentale", la Corte europea affida al giudice del caso concreto un compito di gran-*

de rilevanza, quello cioè di valutare la causa, il suo impatto sulla situazione personale del giudicando e sui suoi interessi primari, al fine di ripristinare e mantenere la garanzia di un processo giusto in tutti i suoi aspetti. In questo modo, la pubblicità cessa di essere un canone oggettivo del fair trial, per trasformarsi in un diritto individuale, attivabile su domanda dell'interessato⁶.

2. Le condanne subite dall'Italia per la violazione del canone di pubblicità

Nonostante il principio di pubblicità non sia espressamente incluso tra i paradigmi costituzionali del processo, il nostro ordinamento, all'art. 471 cpp, prevede la pubblicità quale regola generale dell'udienza dibattimentale, tutelata a pena di nullità. La norma successiva detta, poi, una serie di casi eccezionali in cui il giudice può o deve procedere a porte chiuse, a garanzia di interessi della collettività, dello Stato, o di soggetti coinvolti nel procedimento. Accanto a questa disciplina, non mancano diversi riti celebrati in camera di consiglio, senza la presenza del pubblico e variamente articolati: si va dalla forma ordinaria *ex art. 127 cpp, nella quale le parti sono libere di partecipare o non all'udienza, a quella dell'art. 666 cpp, che richiede la presenza necessaria del difensore e del pubblico ministero, fino alla camera di consiglio non partecipata, prevista dall'art. 611 cpp per il giudizio di cassazione rispetto a provvedimenti non emessi in dibattimento, nella quale il contraddittorio è meramente cartolare.*

Ora, ferma la legittimità di tali procedimenti, i quali perseguono innegabili esigenze di semplificazione ed economia processuale, la Corte europea vi ha riscontrato alcune criticità, arrivando a sentenze di condanna per l'Italia, le quali hanno inevita-

5. Sulle possibili deroghe al canone della pubblicità: Corte Edu, *Chiper c. Romania*, 27 giugno 2017; *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006; *Hermi c. Italia*, 18 ottobre 2006; *Miller c. Svezia*, 8 febbraio 2005; *Botten c. Norvegia*, 19 febbraio 1996; *Schuler-Zraggen c. Svizzera*, 24 giugno 1993; *Monnell e Morris c. Regno Unito*, 2 marzo 1987; *Sutter c. Svizzera*, 22 febbraio 1984. Riguardo al giudizio abbreviato, *ex multis*: Corte Edu, *Hermi c. Italia*, cit., §§ 22-24; *Greco c. Italia*, 28 ottobre 2013; *Fornataro c. Italia*, 26 settembre 2017, la quale ribadisce che la rinuncia a parte delle garanzie di un processo equo «non deve essere in contrasto con alcun interesse pubblico importante»; si veda anche Cass. pen., sez. unite, 21 dicembre 2017, n. 14800. Sui criteri Engel: Corte Edu, *Engel c. Paesi Bassi*, cit.; *Jussila c. Finlandia*, cit., § 43, nella quale si ammette come la Corte abbia finito per accogliere una nozione molto ampia di materia penale, nella quale sono confluiti anche gli illeciti amministrativi, quelli disciplinari, doganali, penitenziari, fiscali, fino a quelli relativi al diritto di concorrenza. In dottrina, parla di «contro-limiti» al principio di pubblicità P. Bronzo, *Pubblicità delle udienze e dialogo tra corti: la pubblicità "su richiesta"*, in Cass. pen., 2016, p. 1766; in tema, anche S. Furfaro, *Il diritto alla pubblicità dell'udienza tra sistema interno e giusto processo europeo*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1765.

6. *Ex plurimis* Corte Edu, *Bocellari e Rizza c. Italia*, 13 novembre 2007; *Martinie c. Francia*, 12 aprile 2006. In dottrina, P. Bronzo, *La pubblicità*, cit., pp. 139 e 164, il quale definisce l'«alta posta in gioco» come una circostanza contro-eccezionale a quelle che giustificerebbero la trattazione camerale; parlano di «delega di bilanciamento in concreto», con riferimento all'attività del giudice, A. Guazzarotti, *Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e Cedu*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 595, e F. Licata, *Il rito camerale di prevenzione di fronte ai diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1080. Vds. anche S. Ciampi, *Alla ricerca di un procedimento camerale "giusto": l'udienza pubblica tra esigenze di garanzia ed obiettivi di funzionalità*, in *Dir. pen. proc.*, n.4/2014, p. 15.

bilmente avviato un processo di adeguamento interno agli standard convenzionali. La prima di tali pronunce, la sentenza *Bocellari e Rizza c. Italia* del 2007, ha investito il procedimento di applicazione delle misure di prevenzione reali, tenuto in camera di consiglio, rispetto al quale la Corte europea ha ritenuto violato l'art. 6, §1, Cedu, poiché non era prevista dalla normativa in materia la possibilità, per il prevenuto, di richiedere lo svolgimento di un'udienza pubblica. La Corte, infatti, pur riconoscendo l'esigenza di tutelare interessi superiori, nonché il carattere tecnico del procedimento, ha sottolineato come non possa ignorarsi l'elevata posta in gioco delle procedure di prevenzione, destinate a incidere sulla situazione patrimoniale del giustiziabile: «davanti a tale 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». Il principio è stato confermato anche in successive pronunce, sempre relative al procedimento di prevenzione, con le quali, quindi, i giudici di Strasburgo hanno messo in luce un vero e proprio deficit interno di tutela rispetto alla *fair hearing* convenzionale⁷.

La medesima conclusione è stata affermata dalla sentenza *Lorenzetti c. Italia* del 2008, con riferimento al procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione. In quell'occasione, i giudici di Strasburgo hanno escluso che il procedimento riguardasse questioni di carattere tecnico, le quali avrebbero giustificato l'assenza di pubblicità, perché – al contrario – i giudici interni sono chiamati a valutare se l'interessato, con la sua condotta, abbia contribuito alla propria detenzione intenzionalmente o per colpa grave. Trattandosi di questioni di fatto, non può essere esclusa a priori la presenza del pubblico e il suo controllo, così dovendo quanto meno consentire al ricorrente di sollecitare un'udienza pubblica⁸.

Da ultimo, merita di essere menzionata anche la nota sentenza *Grande Stevens c. Italia* del 2014, relativa al procedimento di irrogazione delle sanzioni per «manipolazione del mercato». Dopo aver affermato il carattere penale delle sanzioni in questione,

nel merito, la Corte europea ha ammesso che non è contrario all'art. 6 della Convenzione un procedimento amministrativo che porti all'irrogazione di sanzioni, senza rispettare tutti i crismi dell'equo processo, purché però tale decisione sia sottoposta successivamente al controllo di un organo giudiziario avente piena giurisdizione. Nel caso in questione, le sanzioni inflitte erano prima state contestate dinanzi alla corte d'appello e, in seguito, alla Corte di cassazione, superando in tal modo i precedenti deficit di garanzia processuale, a eccezione di quello relativo alla pubblicità dell'udienza. In effetti, l'appello si era svolto con un rito camerale, benché la controversia fosse inerente a fatti, e le sanzioni, al di là del loro valore economico, avessero un carattere infamante, potendo pregiudicare l'onorabilità e il credito professionale dei destinatari. Non poteva neanche darsi peso al fatto che un'udienza pubblica fosse stata tenuta in Cassazione, poiché «quest'ultima non era competente per esaminare il merito della causa, accertare i fatti e valutare gli elementi di prova». In definitiva, i giudici di Strasburgo hanno riscontrato una violazione dell'art. 6 Cedu proprio per la mancanza della garanzia della pubblicità, impiegando, anche nel contesto di un procedimento amministrativo avente, però, caratteristiche penali, i criteri della natura delle questioni trattate e della rilevanza della posta in gioco⁹.

3. Le implicazioni nell'ordinamento interno

Come anticipato, le pronunce dei giudici di Strasburgo hanno inevitabilmente smosso le acque e innescato nell'ordinamento nazionale un percorso di adattamento ai *dicta* europei, percorso che ha preso il via proprio dal procedimento di prevenzione. Innanzitutto, in materia di misure di prevenzione, è intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 93 del 2010, la quale ha fatto propria l'impostazione della Corte europea, dichiarando costituzionalmente illegittimi gli articoli che all'epoca ne disciplinava-

7. Sul punto, Corte Edu, *Bocellari e Rizza c. Italia*, cit., §§ 38-40; successivamente, Corte Edu, *Perre e altri c. Italia*, 8 luglio 2008; *Bongiorno c. Italia*, 5 gennaio 2010; *Leone c. Italia*, 2 febbraio 2010; *Capitani e Campanella c. Italia*, 17 maggio 2011. Gli stessi principi sono stati recentemente estesi anche al procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione personali: Corte Edu, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017. In tema, tra gli altri, S. Ciampi, *Alla ricerca*, op.cit., p. 14; A. La Placa, *Dalla Corte europea dei diritti dell'uomo un'importante sottolineatura della pubblicità delle udienze come carattere fondamentale del giusto processo*, in *Leg. pen.*, 2008, p. 2658; N. Plastina, *Il rito camerale nelle procedure per le misure di prevenzione nell'ordinamento italiano: la Corte europea ne assolve l'equità, ma ne censura parzialmente la mancata pubblicità*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1633. Sulla pubblicità interna, P. Bronzo, *La pubblicità*, op. cit., p. 140.

8. Corte Edu, *Lorenzetti c. Italia*, 10 aprile 2012, §§ 33-34.

9. Corte Edu, *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014, §§ 116-123, 139, 155. Sul punto, P. Bronzo, *La pubblicità*, op. cit., p. 152; S. Ciampi, *Alla ricerca*, op.cit., p. 22.

no il procedimento di applicazione, per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui non consentivano che, su istanza degli interessati, il procedimento si svolgesse nelle forme dell'udienza pubblica davanti al tribunale e alla corte d'appello. Secondo la Consulta, l'assenza nella Costituzione di un esplicito riferimento al principio di pubblicità non ne scalfisce il valore costituzionale, poiché «la pubblicità del giudizio, specie di quello penale, costituisce principio connaturato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale – in forza dell'art. 101, primo comma, Cost. – trova in quella sovranità la sua legittimazione». È pur vero che tale principio non ha valore assoluto, ma può venire meno solo qualora ricorrano ragioni giustificative obiettive e razionali, che, nel caso del dibattimento penale, perseguono esigenze di tutela di beni costituzionalmente rilevanti. Nel procedimento di prevenzione, il giudice è chiamato a esprimere un giudizio di merito, destinato a incidere su beni dell'individuo a rilevanza costituzionale, quali la libertà personale, il patrimonio, nonché la libertà di iniziativa economica; pertanto, non può negarsi al prevenuto il diritto di chiedere un'udienza pubblica, la quale potrà essere negata dal giudice in base alle peculiarità del caso concreto, nei limiti dell'art. 472 cpp¹⁰.

La Corte costituzionale ha invece escluso la medesima conclusione, nell'ambito del procedimento di prevenzione, con riferimento al giudizio di legittimità, il quale si svolge nelle forme dell'udienza camerale non partecipata. La relativa questione di legittimità costituzionale è stata rigettata sul presupposto che il principio affermato dalla Corte di Strasburgo in materia di pubblicità fosse riferito unicamente ai giudizi di merito: infatti, secondo la Consulta, la mancata menzione del giudizio di legittimità assume «una valenza ad excludendum». Considerando la natura dei giudizi di impugnazione e, in special modo, di quello di legittimità, richiamando anche la consolidata giurisprudenza europea sul punto, si afferma come «la valenza del controllo immediato del quisque de populo sullo svolgimento delle attività processuali, reso possibile dal libero accesso alla sala d'udienza (...), si apprezza, difatti (...), in modo specifico quando il giudice sia chiamato ad assumere prove, specialmente orali-rappresentative, e co-

munque ad accertare o ricostruire fatti; mentre si attenua grandemente allorché al giudice competa soltanto risolvere questioni interpretative di disposizioni normative»¹¹.

In seguito a tali pronunce, è intervenuto il legislatore, il quale ha provveduto a riformare la materia delle misure di prevenzione con il d.lgs 6 settembre 2011, n. 159, di fatto recependo agli artt. 7 e 10 la disciplina elaborata dalle Corti.

Nel 2012 un'analoga questione di legittimità costituzionale è stata sollevata relativamente al procedimento di riparazione per l'ingiusta detenzione, sulla scorta della pronuncia europea in materia, nella parte in cui non consente appunto l'udienza pubblica su istanza degli interessati. In quell'occasione, però, la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione per difetto di rilevanza, poiché nel giudizio a quo la parte non aveva mai richiesto la trattazione pubblica. Tuttavia, l'orientamento espresso dalla stessa Corte costituzionale nelle precedenti decisioni lascia supporre che la censura possa, in un futuro, trovare accoglimento¹².

Nonostante non vi fosse stata una pronuncia della Corte europea, il nostro giudice delle leggi ha dichiarato incostituzionale il procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza di fronte al magistrato di sorveglianza e al tribunale di sorveglianza, nella parte in cui non prevede la possibilità di un'udienza pubblica su richiesta dell'interessato. La conclusione raggiunta è la stessa delle sentenze precedenti: la Corte costituzionale ha ritenuto applicabile la giurisprudenza europea in materia di misure di prevenzione e ingiusta detenzione, sottolineando come nel caso di specie si tratti di un procedimento estremamente delicato, in cui si accerta la pericolosità sociale del soggetto, foriera di conseguenze rilevanti per la libertà personale dell'individuo. L'elevata posta in gioco e il carattere non tecnico del procedimento rendono la pubblicità, quanto meno su richiesta, una garanzia indispensabile ai fini dell'attuazione del giusto processo.

Le stesse argomentazioni hanno poi, come detto, portato alla pronuncia di incostituzionalità delle norme disciplinanti il procedimento davanti al tribunale di sorveglianza, nella parte in cui appunto non prevedono la pubblicità su istanza degli interessati¹³. Come ha evidenziato autorevole dottrina, in questo caso la pronuncia ha una portata ancora maggiore, poiché

10. Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93. La pronuncia ha dichiarato incostituzionali gli artt. 4 l. n. 1423/1956 e 2-ter l. n. 575/1965.

11. Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80. Critico sulla sentenza A. De Caro, *Udienza pubblica*, op.cit., p. 442.

12. Corte cost., 18 luglio 2013, n. 214. In dottrina, S. Ciampi, *Alla ricerca*, op. cit., p. 20; P. Bronzo, *La pubblicità*, op. cit., p. 147.

13. Riguardo al procedimento per l'applicazione di misure di sicurezza, Corte cost., 19 maggio 2014, n. 135; sul procedimento davanti al tribunale di sorveglianza, Corte cost., 15 aprile 2015, n. 97.

non riguarda una specifica procedura come le precedenti, ma tutte quelle di competenza del tribunale di sorveglianza¹⁴. Nello stesso anno, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime, per lo stesso motivo, anche le norme relative al procedimento di opposizione contro l'ordinanza applicativa della confisca, trattandosi di procedura incidente su un diritto «*unito di garanzia convenzionale*», caratterizzata da accertamenti di fatto e da un'elevata posta in gioco, il cui esito può pregiudicare anche un soggetto terzo rimasto del tutto estraneo al giudizio di cognizione. A fronte di tali caratteristiche, anche in questo caso, non è ammissibile una deroga assoluta al principio di pubblicità¹⁵.

Da ultimo, va segnalata una recente pronuncia in cui la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale del procedimento di riesame delle misure cautelari coercitive, sollevata proprio per l'impossibilità di richiedere un'udienza pubblica. Pur ribadendo il carattere costituzionale del principio di pubblicità delle udienze, la Consulta ha evidenziato il carattere incidentale e cartolare del procedimento in esame, non finalizzato all'acquisizione della prova, ma a una decisione che, seppur limitativa della libertà personale dell'individuo, «è intrinsecamente provvisoria, essendo destinata ad essere superata dagli esiti del successivo giudizio», nel quale, peraltro, «il principio di pubblicità trova il suo naturale sbocco, soddisfacendo la relativa esigenza costituzionale». In sostanza, nel procedimento di riesame, l'assenza di pubblicità è il frutto «di un ragionevole esercizio della discrezionalità che al legislatore compete in materia», tenuto conto anche delle comprensibili esigenze di speditezza e segretezza esterna degli atti di indagine che lo caratterizzano – a differenza di quanto accade nei procedimenti relativi alle misure di prevenzione e di sicurezza, che sono procedimenti autonomi recanti giudizi definitivi sul thema decidendum, rispetto al quale non potrebbe più esercitarsi il controllo del pubblico¹⁶.

4. Riflessioni conclusive

Quello che emerge dal panorama sopra delineato in tema di pubblicità è uno scenario composito, nel quale risultano protagoniste la Corte europea e la Corte costituzionale. Quest'ultima, in particolare, pur dimostrandosi sensibile alle sollecitazioni della Corte di Strasburgo, applicandone gli orientamenti anche al di fuori dei casi espressamente oggetto del sindacato europeo, non manca, però, di salvaguardare altresì quelle esigenze che sono alla base dei procedimenti camerati, rispetto alle quali un'estensione generalizzata della trattazione pubblica potrebbe risultare nociva. Nondimeno, dalle sentenze additive della Consulta, analogamente a quanto statuito dalla Corte europea, prende vita una forma di pubblicità «su richiesta» dell'interessato che ha sollevato diverse perplessità e timori in dottrina. In effetti, si è detto che in tal modo viene delineato un diritto alla pubblicità in termini potestativi, di fronte al quale il giudice nazionale non avrebbe quel potere di valutare in concreto se sia prevalente l'interesse alla pubblicità, ma sarebbe vincolato all'istanza dell'interessato, senza alcun margine di apprezzamento, se non la verifica delle circostanze tipizzate dall'art. 472 cpp. Inoltre, le pronunce non chiariscono come assicurare la pubblicità qualora vi sia una pluralità di giudicabili: secondo alcuni, sarebbe necessaria la richiesta di tutti i possibili interessati, come previsto per il giudizio abbreviato; secondo altri, sarebbe sufficiente anche una sola domanda, non ritenendo applicabile la disciplina del rito abbreviato per diversità di ratio¹⁷. Ancora, ci si interroga su quali siano le forme da adottare qualora venga accolta la richiesta di pubblicità nel corso del rito camerale. Secondo autorevole dottrina, l'espressione «nelle forme dell'udienza pubblica», impiegata nelle sentenze costituzionali esaminate, induce a ritenere che non sia sufficiente la mera apertura al pubblico della camera di consiglio, dovendo trovare applica-

14. Secondo M. Ruaro, *Il diritto alla pubblicità dell'udienza nel procedimento di sorveglianza: un plauso alla Corte con qualche (non piccolo) interrogativo*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1566, la disciplina emergente non risulterebbe sempre giustificata, in quanto, da un lato, il diritto a chiedere l'udienza pubblica è stato esteso anche a procedimenti nei quali potrebbe risultare controproducente, come nel caso della riabilitazione; dall'altro, ne sono rimasti esclusi quelli di fronte al magistrato di sorveglianza, talvolta molto delicati (si pensi a quelli ex artt. 35-bis o 35-ter). Critico anche P. Bronzo, *Pubblicità delle udienze*, op. cit., p. 1773, il quale ritiene che la Corte avrebbe dovuto fare una verifica più accurata sulla compatibilità della disciplina interna con la Convenzione secondo un itinerario a tre fasi, da seguire in tutti i casi in cui, come quello in questione, non vi è stata una specifica condanna della Corte di Strasburgo.

15. Corte cost., 15 aprile 2015, n. 109.

16. Corte cost., 24 ottobre 2017, n. 263.

17. Le osservazioni critiche sono di P. Bronzo, *La pubblicità*, op. cit., pp. 158 ss; contra F. Licata, *Il rito camerale*, op. cit., p. 108, il quale ritiene che la Corte costituzionale abbia avallato l'impostazione della Corte europea nel senso di riconoscere al singolo giudice nazionale il compito di bilanciare le esigenze di tutela del caso concreto, a fronte dell'istanza di pubblicità.

*zione tutta la disciplina dell'udienza contenuta nel Libro VII del codice penale*¹⁸.

In conclusione, le numerose pronunce sopra richiamate e gli interrogativi che ne derivano palesano l'esigenza di un intervento legislativo che, recependo gli insegnamenti della Corte europea e della Corte costituzionale, si assuma il compito di chiarire quando e come garantire il diritto alla pubblica udienza all'interno dei vari procedimenti camerali, anche al fine di eliminare ingiustificate disparità di trattamento

normativo. Senonché, risulta fondamentale evitare che il rispetto del canone di pubblicità sfoci in una irrazionale solennizzazione delle forme, poiché se è vero che il principio di pubblicità è funzionale alla realizzazione dell'equo processo, è altrettanto vero che quest'ultimo passa anche attraverso modalità semplificate, funzionali a un'efficiente amministrazione della giustizia, nell'interesse dei singoli e di quella stessa collettività in genere chiamata a effettuarne il controllo.

18. A. Gaito e S. Furfaro, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 1073-1074.

La giurisprudenza in tema di testimoni assenti e le criticità del sistema italiano

di *Andrea Tamietti*

La giurisprudenza della Corte Edu ha conosciuto, a partire dal 2011, una progressiva evoluzione sul delicato tema dell'utilizzazione, ai fini della determinazione della fondatezza di un'accusa penale, delle dichiarazioni di testimoni che, per diverse ragioni, non potevano essere sottoposti all'esame dibattimentale. La ricerca di un punto di equilibrio tra valutazione dell'equità globale della procedura e garanzia dei diritti fondamentali della difesa non si rivela sempre facile.

1. Premessa

Nell'interpretare l'art. 6, § 3, lett. (d), Cedu, che garantisce, *inter alia*, a ogni persona accusata il diritto di «esaminare o far esaminare i testimoni a carico», la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha conosciuto, in tempi recenti, importanti evoluzioni, soprattutto in tema di quelli che vengono definiti i “testimoni assenti”. Con tale espressione si intende designare quelle persone che, avendo reso durante le indagini preliminari dichiarazioni utilizzabili per valutare la colpevolezza dell'imputato, non vengono sentite a dibattimento e, quindi, si sottraggono alla *cross-examination* da parte della difesa,

principalmente a causa della loro non partecipazione all'udienza¹.

2. Il quadro giurisprudenziale antecedente

Confrontata a simili situazioni in passato, la Corte europea aveva adottato un approccio pragmatico, che teneva conto dell'incidenza delle dichiarazioni extradibattimentali sulla condanna del ricorrente. Così, pur ritenendo che lo schema processuale ideale fosse quello in cui l'imputato aveva la possibilità, al momento della deposizione o successivamente, di

1. È considerato “testimone a carico” chiunque, pur se avente diversa qualifica in diritto interno, *renda dichiarazioni suscettibili di costituire materiale probatorio* sul quale sarà (in tutto o in parte) fondata un'eventuale sentenza di condanna (cfr. *Mika c. Svezia*, ric. n. 31243/06, 27 gennaio 2009, § 36; *Laukkanen e Manninen c. Finlandia*, ric. n. 50230/99, 3 febbraio 2004, § 32; *S.N. c. Svezia*, ric. n. 34209/96, 2 luglio 2002, § 45; *Lucà c. Italia*, ric. n. 33354/96, § 40, 27 febbraio 2001, § 40; *Vidal c. Belgio*, ric. n. 12351/86, 22 aprile 1992, serie A, n. 235-B, § 33; *Asch c. Austria*, ric. n. 12398/86, 26 aprile 1991, serie A, n. 203, § 25). Interpretando in *maniera autonoma* tale nozione, la Corte europea ha applicato l'art. 6, § 3, lett. (d) Cedu alle *parti offese dal reato* (*A.H. c. Finlandia*, ric. n. 46602/99, 10 maggio 2007, § 41, e *Cafagna c. Italia*, ric. n. 26073/13, 12 ottobre 2017), ai *consulenti tecnici* (*Doorson c. Paesi Bassi*, ric. n. 20524/92, 26 marzo 1996, §§ 81-82, e *Constantinides c. Grecia*, ric. n. 76438/12, 6 ottobre 2016, § 37), ad altre persone sentite dalla giustizia, quali il coimputato (cfr. *Kuchta c. Polonia*, ric. n. 58683/08, 23 gennaio 2018, § 44) e persino a *prove documentali e archivi informatici* che avevano un rapporto con le accuse mosse al ricorrente (*Mirilashvili c. Russia*, ric. n. 6293/04, 11 dicembre 2008, §§ 158-160, e *Georgios Georgios Papageorgiou c. Grecia*, ric. n. 59506/00, 9 maggio 2003, §§ 37-40; cfr. anche *Chap Ltd c. Armenia*, ric. n. 15485/09, 4 maggio 2017, §§ 46-48, in cui la Corte ha considerato quale “testimone” una persona che non aveva mai reso dichiarazioni orali contro la società ricorrente, ma aveva prodotto documenti richiesti dalle autorità fiscali e utilizzati ai fini della condanna). Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo possono essere consultate sulla piattaforma HUDOC (<https://hudoc.echr.coe.int>). In dottrina, sulla questione dell'autonomia della nozione di testimone, vds. A. Balsamo e A. Lo Piparo, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in A. Balsamo e R.E. Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 340.

porre domande a ogni testimone le cui dichiarazioni fossero valutate dai giudici al fine di stabilire la sua colpevolezza², essa aveva ammesso che circostanze particolari potessero impedire l'esame dibattimentale³. La "deviazione" rispetto a tale modello era considerata incompatibile con i diritti della difesa solo se la condanna era fondata, «essenzialmente o in misura determinante», sulle affermazioni sottratte al contraddittorio⁴.

Per quanto, in alcune pronunce, la Corte avesse fatto riferimento alla mancanza di «seri motivi» suscettibili di giustificare l'assenza del testimone a dibattimento⁵, al fine del rispetto dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. (d), Cedu, rilevavano in ultima analisi non tanto le ragioni che avevano determinato l'impossibilità del contro-interrogatorio⁶, quanto la valenza probatoria delle dichiarazioni del testimone assente o rinunciante⁷. In effetti, era ed è ancora costante, nella

2. Cfr. *Lüdi c. Svizzera*, ric. n. 12433/86, 15 giugno 1992, serie A, n. 238, § 49; *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, ric. n. 21363/93, 23 aprile 1997, § 51; *Carta c. Italia*, ric. n. 4548/02, 20 aprile 2006, § 48; *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, ric. n. 19874/92, 7 agosto 1996, § 51; *Saïdi c. Francia*, ric. n. 14647/89, 20 settembre 1993, serie A, n. 261-C, § 43; *Asch c. Austria*, cit., § 27. In dottrina, vds. P. Ferrua, *Il contraddittorio nella formazione della prova tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in R. Gambini e M. Salvadori, in *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, ESI, Napoli, 2009, p. 49; A. Balsamo e A. Lo Piparo, *Principio*, op. cit., p. 335; A. Tamietti, *Il diritto ad esaminare i testimoni a carico: permangono contrasti tra l'ordinamento italiano e l'art. 6 § 3 d) della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, n. 9/2006, pp. 2991 ss.

3. La Corte ammette, infatti, che «in talune circostanze» possa essere necessario, per le autorità giudiziarie, «fare ricorso a deposizioni che risalgono alla fase dell'istruzione preparatoria»: cfr. *Isgro c. Italia*, ric. n. 11339/85, 19 febbraio 1991, § 34, serie A, n. 194-A, § 34; *Lüdi c. Svizzera*, cit., § 47; *Carta c. Italia*, cit., § 49; *Bracci c. Italia*, ric. n. 36822/02, 13 ottobre 2005 § 55. In materia di contraddittorio differito vds. G. Ubertis, *Corte europea dei diritti dell'uomo e «processo equo»: riflessi sul processo penale italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 33; E. Selvaggi, *Il valore probatorio delle dichiarazioni irripetibili*, in A. Balsamo e R.E. Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea*, op. cit., p. 373; A. Balsamo e A. Lo Piparo, *Principio*, op. cit., p. 345; C. Cesari, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1447; S. Maffei, *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni «assenti» in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2843.

4. Vds. *ex pluribus*, *Carta c. Italia*, cit., § 49; *Lucà c. Italia*, cit., § 40; *A.M. c. Italia*, ric. n. 37019/97, 14 dicembre 1999, § 25; *Saïdi c. Francia*, cit., §§ 43-44; *Unterperthinger c. Austria*, ric. n. 9120/80, 24 novembre 1986, serie A, n. 110, §§ 31-33; nonché *Dorigo c. Italia*, ric. n. 33286/96, rapporto della Commissione del 9 settembre 1998, § 43 e risoluzione del Comitato dei ministri DH(99)258, del 15 aprile 1999. Tale massima può essere considerata un corollario della regola *iuris* secondo cui l'equità deve essere apprezzata in base a una valutazione globale della procedura sotto esame (cfr. *Taxquet c. Belgio* [GC], ric. n. 926/05, 16 novembre 2010, § 84), della quale devono essere presi in considerazione tanto i reali ed effettivi svantaggi subiti dalla difesa, quanto le eventuali garanzie compensatorie offerte dall'ordinamento nazionale.

5. Vds. le sentenze: *Lüdi c. Svizzera*, cit.; *Mild e Virtanen c. Finlandia*, ric. nn. 39481/98 e 40227/98, 26 luglio 2005; *Bonev c. Bulgaria*, ric. n. 60018/00, 8 giugno 2006; *Pello c. Estonia*, ric. n. 11423/03, 12 aprile 2007.

6. Si può trattare di un'impossibilità di natura oggettiva, per sopravvenuta irreperibilità del testimone (cfr. le seguenti decisioni: *Raniolo c. Italia*, ric. n. 62676/00, 21 marzo 2002; *Calabrò c. Italia e Germania*, ric. n. 59895/00, 21 marzo 2002, in *Cassazione penale*, 2002, p. 2920; *Kostu c. Italia*, ric. n. 33399/96, 9 marzo 1999; *Natoli c. Italia*, ric. n. 4290/02, 27 novembre 2003; *Halimi e altri c. Italia*, ric. n. 9713/03, 18 gennaio 2005; *Scheper c. Paesi Bassi*, ric. n. 39209/02, 5 aprile 2005; *Cipriani c. Italia*, ric. n. 37272/05, 9 febbraio 2006), ovvero della libera scelta dell'esaminando, che si avvale della facoltà di non rispondere riconosciuta dal diritto nazionale (vds., ad esempio, le decisioni *Sofri e altri c. Italia*, ric. n. 37235/97, 27 maggio 2003; *De Lorenzo c. Italia*, ric. n. 69264/01, 12 febbraio 2004; *Chifari c. Italia*, ric. n. 36037/02, 13 maggio 2004; *Jerinò c. Italia*, ric. n. 27549/02, 7 giugno 2005, nonché le sentenze *Lucà c. Italia*, cit., §§ 13 e 38-45, e *Carta c. Italia*, cit., §§ 15 e 47-55).

7. Cfr. *Orhan Çağan c. Turchia*, ric. n. 26437/04, 23 marzo 2010, § 37; *Majadallah c. Italia*, ric. n. 62094/00, 19 ottobre 2006, § 38; *Craxi c. Italia*, ric. n. 34896/97, 5 dicembre 2002, § 86; *A.M. c. Italia*, cit., § 25; *Saïdi c. Francia*, cit., §§ 43-44; *Unterperthinger c. Austria*, cit., §§ 31-33.

In dottrina si segnalano i contributi di P. Tonini, *Il testimone irreperibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 878; P. Ferrua, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Arch. pen.* 2008, p. 9; A. Balsamo, *La cultura della prova del giudice nazionale e l'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. merito*, 2007, p. 2036; A. Balsamo, *Ancora su contumacia e dichiarazioni predibattimentali*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3095; A. Balsamo e A. Lo Piparo, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le dichiarazioni «irripetibili»: ovvero la crisi delle «abitudini» nell'interpretazione delle norme processuali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 689; F. Zacché, *Lettura di atti assunti senza contraddittorio e giusto processo*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 427; C. Gabrielli, *Condanna fondata soltanto sulle dichiarazioni irripetibili di un teste che la difesa non ha mai potuto interrogare: dalla Corte di Strasburgo una censura annunciata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 284.

Un'eccezione a tale regola era stata apparentemente introdotta nella sentenza *Vaturi c. Francia*, ric. n. 75699/01, 13 aprile 2006, §§ 52-59, ove, pur ammettendo che le dichiarazioni dei testimoni sottratti al contraddittorio «ne constituient pas le seul élément de preuve sur lequel les juges du fond ont appuyé la condamnation du requérant», la Corte ha nondimeno concluso alla violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. (d), Cedu, in base a un esame dell'insieme degli atti della procedura che, nella loro globalità, avrebbero creato un disequilibrio pregiudizievole ai diritti della difesa (riferimento fu fatto, in particolare, alla complessità del caso, all'impossibilità di sollecitare misure istruttorie o di confronto con un qualunque testimone, alla lapidarietà delle decisioni di rigetto delle domande di audizione). In tale contesto, la Corte ha ritenuto che, al di là di ogni speculazione circa il carattere «fondamentale» delle loro dichiarazioni, l'esame dei testi avrebbe contribuito a ristabilire

giurisprudenza di Strasburgo, l'affermazione secondo cui l'ammissibilità delle prove dipende dalle regole di diritto interno e dalla loro interpretazione da parte dei giudici nazionali, mentre il compito della Corte europea è di determinare se la procedura nei suoi complessi sia stata, o meno, equa⁸. A conferma di ciò, è sufficiente citare il caso *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*⁹, in cui la Corte ritenne adottata, in spregio dei principi dell'equo processo, una condanna fondata sulle dichiarazioni predibattimentali di un testimone che non poté essere contro-interrogato perché nel frattempo deceduto, e ciò non perché tale decesso fosse in alcun modo imputabile alle autorità italiane né perché, ovviamente, si richiedesse a queste ultime di condurre il morto in un'aula di giustizia, ma sulla base dell'assorbente considerazione che, nella fattispecie, la Corte di appello di Caltanissetta aveva svolto «un'analisi molto elaborata delle dichiarazioni del testimone a carico» e le aveva giudicate «corroborate da una da una serie di altri elementi di prova»¹⁰.

La regola, che poteva essere soggetta a eccezioni nei casi di minori vittime di aggressioni sessuali¹¹,

presentava il vantaggio della semplicità: il *test* da condurre si limitava sostanzialmente a un unico *step*, consistente nel determinare se le dichiarazioni del testimone assente avessero o meno i requisiti della esclusività o decisività ai fini della condanna.

La determinazione del carattere "decisivo" delle dichiarazioni, tuttavia, aveva dato luogo a non pochi dubbi interpretativi. *Nulla quaestio* quando la o le testimonianze incriminate costituivano l'unico elemento a carico¹² ovvero, di converso, nelle ipotesi in cui vi erano numerose altre prove, da sole capaci di giustificare un'affermazione di penale responsabilità¹³. Permanevano, tuttavia, pericolose e incerte zone grigie, in particolare nei casi in cui le testimonianze *de quibus agitur*, da un lato, fornivano la prova degli elementi costitutivi del reato; dall'altro, erano riscontrate da uno o più elementi indiziari. Non era chiaro, in effetti, se per escludere una violazione dell'art. 6 Cedu tali elementi dovessero essere, da soli, capaci di giustificare una dichiarazione di penale responsabilità, o se la loro valenza probatoria potesse anche non essere autonoma, facendo salva

la parità delle armi tra accusa e difesa. La sentenza in questione è anche significativa per l'affermazione (§ 53, *in fine*) secondo cui condizionare l'ammissibilità di una domanda di audizione di testimoni presentata in appello al deposito di analoga istanza in primo grado può disconoscere le esigenze dell'equo processo, riducendo sensibilmente l'esercizio dei diritti della difesa. Tale assunto pare, peraltro, contrastare con la sentenza *Bracci c. Italia* (cit., § 64), ove la doglianza relativa al rifiuto di procedere a un *test* del DNA è stata rigettata anche sulla base della considerazione che «in diritto italiano la rinnovazione dell'istruzione in secondo grado ha un carattere eccezionale, dovendo essere ordinata solo se il giudice ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti». In senso analogo, e in materia di rifiuto di audizione di testimoni indicati per la prima volta in appello, cfr. *Crescente c. Italia*, ric. n. 16565/02, 7 dicembre 2004.

8. Vds, *ex pluribus*, *Gäfgen c. Germania* [GC], ric. n. 22978/05, 1° giugno 2010, § 162, con ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

9. Cit., § 52.

10. In senso analogo, si veda anche *Craxi c. Italia*, cit., § 87, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1080. Per un caso in cui la vittima di una violenza sessuale era deceduta pochi giorni dopo i fatti, e non era quindi stato possibile citarla a dibattimento, cfr. *Mika c. Svezia*, cit., §§ 37-42, in cui la Corte concluse peraltro alla manifesta infondatezza del ricorso, osservando che data l'esistenza di prove scientifiche e di altre testimonianze a carico, la deposizione della vittima del reato non poteva essere considerata «decisiva» ai fini della condanna.

11. Cfr. le sentenze *A.M. c. Italia*, cit.; *P.S. c. Germania*, ric. n. 33900/96, 20 dicembre 2001; *S.N. c. Svezia*, cit.; *Aigner c. Austria*, ric. n. 28328/03, 10 maggio 2012; *Vronchenko c. Estonia*, ric. n. 59632/09, 18 luglio 2013; nonché la decisione *Accardi e altri c. Italia*, ric. n. 30598/02, 20 gennaio 2005, che, in procedure concernenti minori vittime di abusi sessuali, pervengono a risultati talvolta opposti e, sostanzialmente, *case-specific*, ovvero legati alle peculiarità delle fattispecie concrete. In tali pronunce, è comunque presente la sottolieatura che «*The Court must also have regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences. Such proceedings are often conceived of as an ordeal by the victim, in particular when the latter is unwillingly confronted with the defendant. These features are even more prominent in a case involving a minor. In the assessment of the question whether or not in such proceedings an accused received a fair trial, account must be taken of the right to respect for the private life of the alleged victim. Therefore, the Court accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim, provided that such measures can be reconciled with an adequate and effective exercise of the rights of the defence*» (cfr. *Aigner c. Austria*, cit., § 37; *Bocos-Cuesta c. Paesi Bassi*, ric. n. 54789/00, 10 novembre 2005, § 69; *A.S. c. Finlandia*, ric. n. 40156/07, 28 settembre 2010, § 55; *T.K. c. Lituania*, ric. n. 14000/12, 12 giugno 2018, § 97).

12. Cfr. le sentenze *Lucà c. Italia*, cit.; *A.M. c. Italia*, cit.; *P.S. c. Germania*, cit.; *Craxi c. Italia*, cit.; *Birutis e altri c. Lituania*, ric. nn. 47698/99 e 48115/99, 28 marzo 2002, § 32. Per la precisazione che altre deposizioni che non riguardano alcuno degli elementi costitutivi del reato non tolgono «decisività» alle dichiarazioni del teste assente, cfr. *S.N. c. Svezia*, cit., § 46, e *Accardi e altri c. Italia*, cit.

13. V. le sentenze *Asch c. Austria*, cit., § 30; *Isgrò c. Italia*, cit., § 35, *Artner c. Austria*, ric. n. 13161/87, 28 agosto 1992, serie A, n. 242-A, §§ 22-23; *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, cit., § 52; *Doorson c. Paesi Bassi*, cit., § 76; nonché le decisioni *Kostu c. Italia*, cit.; *Kok c. Paesi Bassi*, ric. n. 43149/98, 4 luglio 2000; *Vella c. Italia*, ric. n. 48388/99, 30 novembre 2000; *P.M. c. Italia*, ric. n. 43625/98, 8 marzo 2001; *Calabrò c. Italia e Germania*, cit.; *Carrozzo c. Italia*, ric. n. 56725/00, 20 giugno 2002; *Sangiorgi c. Italia*, ric. n. 70981/01, 5 settembre 2002; *Sofri e altri c. Italia*, cit.; *Fausciana c. Italia*, ric. n. 4541/02, 1° aprile 2004; *Chifari c. Italia*, cit.; *Halimi e altri c. Italia*, cit.

una loro “lettura congiunta” alle dichiarazioni del testimone assente¹⁴.

In proposito, è a nostro avviso emblematica (e problematica) la decisione *Raniolo c. Italia*, cit., in cui l'unico elemento che riscontrava le accuse di omicidio provenienti da un testimone oculare assente a dibattimento era il fatto che sui vestiti dell'imputato furono trovate due particelle di polvere da sparo compatibili con l'uso di una pistola, per le quali il ricorrente non aveva fornito giustificazioni. La Corte europea rigettò il ricorso per manifesta infondatezza. È, però, legittimo chiedersi se, in assenza delle dichiarazioni predibattimentali, si sarebbe potuto, sulla sola base di tracce di polvere da sparo e non disponendo di altri elementi che dimostrassero connessioni tra vittima e imputato, ritenere provata la partecipazione di quest'ultimo al fatto di sangue incriminato¹⁵.

3. Il nuovo approccio: la sentenza *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*

Forse per aggirare i dubbi interpretativi sopra accennati o, più probabilmente, al fine di fornire un'interpretazione della questione dei testimoni assenti che tenesse conto del processo penale nazionale considerato nel suo complesso e nelle sue specificità, evitando di ancorare l'eventuale violazione della Convenzione a un solo parametro – la “decisività” o meno delle dichiarazioni del testimone sottratto al contro-interrogatorio –, la Corte, nella sua composizione più allargata, ha modificato la propria giurisprudenza nella sentenza *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*¹⁶.

La Grande Camera fu chiamata a valutare l'equità di due procedure penali (per violenza sessuale e lesioni), nelle quali erano state utilizzate le dichiarazioni di due testimoni che, a causa del decesso della prima e dei timori di rappresaglie manifestati dal secondo, non parteciparono al dibattimento.

Dopo aver svolto un'analisi della propria precedente giurisprudenza (§§ 120-128) e aver preso in considerazione le critiche rivolte alla «regola della prova unica o determinante» (§§ 129-146), in *Al-Khawaja e Tahery* la Corte ha ritenuto che tale regola non dovesse essere applicata «in maniera rigida o ignorando totalmente le specificità del sistema giuridico in causa»; al contrario, non si poteva fare astrazione da un bilanciamento tra, da una parte, gli «interessi concorrenti della difesa, della vittima e dei testimoni» e, dall'altra, «l'interesse pubblico ad assicurare una buona amministrazione della giustizia» (§ 146). La Grande Camera ha quindi forgiato un nuovo *test* di compatibilità dell'assunzione delle dichiarazioni dei testimoni assenti con l'art. 6 Cedu, che si snoda in tre tappe o *step*. Il primo consiste a verificare se vi fosse una «buona ragione» («*good reason*») che giustificava, come *extrema ratio*, una deroga alla regola generale secondo cui il testimone deve deporre a dibattimento. Il secondo si risolve nel valutare il carattere «decisivo» delle dichiarazioni sottratte al contraddittorio, tenendo presente che una prova orale riveste tale qualità quando appare determinante per il risultato del processo¹⁷. Il terzo – e ultimo – aspetto da esaminare è se vi fossero elementi in grado di controbilanciare le difficoltà cui la difesa era stata confrontata a causa della lettura e dell'utilizzazione delle dichiarazioni extra-dibattimentali. Tali elementi “di bilanciamento” possono consistere in

14. In tal senso, cfr. le decisioni *Jerinò c. Italia*, cit.; *Lemasson e Achat c. Francia*, ric. n. 49849/99, 14 gennaio 2003; *Natoli c. Italia*, cit.; *Magnusson c. Svezia*, ric. n. 53972/00, 16 dicembre 2003. Per l'affermazione secondo cui le dichiarazioni assunte nel contraddittorio non devono necessariamente coprire tutti gli elementi costitutivi del reato, ben potendo alcuni di essi «être déduits soit par les biais du raisonnement logique, soit de tout autre matériel présenté au juge», cfr. *De Lorenzo c. Italia*, cit.

15. In senso analogo, vds. anche *Scheper c. Paesi Bassi*, cit. Di converso, vi sono state ipotesi in cui la presenza di altre prove non ha tolto “decisività” alle dichiarazioni rese fuori dal contraddittorio. In proposito, si può citare il caso *Hulki Günes c. Turchia* (ric. n. 28490/95, 19 giugno 2003), in cui era questione delle deposizioni di due gendarmi che avevano identificato l'imputato per commissione rogatoria. La partecipazione del ricorrente a un attacco armato era, tuttavia, confermata anche dalla confessione resa dal diretto interessato, il che avrebbe potuto indurre a concludere all'“equità globale” della procedura. La Corte europea osservò, tuttavia, che le condizioni della detenzione del ricorrente, durante la quale fu resa – senza assistenza del difensore – la confessione *de qua agitur*, erano inumane e degradanti, che egli aveva successivamente ritrattato e che più di un dubbio avrebbe potuto nascere quanto alla spontaneità delle dichiarazioni auto-incriminanti. Fu ritenuto, di conseguenza, che la condanna si fondava in maniera determinante sulle deposizioni extra-dibattimentali dei gendarmi, mai interrogati dalla difesa, con conseguente violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. (d), Cedu.

16. Grande Camera, ricc. nn. 26766/05 e 22228/06, 15 dicembre 2011.

17. La Grande Camera ha tentato di fornire un'interpretazione della nozione di «prova determinante» (§ 131), precisando che tale termine non può essere inteso come riferito, in senso lato, agli elementi “probanti”, ovvero a quelli la cui assenza farebbe diminuire le *chance* di condanna a favore di quelle di assoluzione. Al contrario, una prova è “determinante” se suscettibile di condizionare l'esito del processo: più gli altri elementi a carico sono forti, meno la deposizione del testimone assente merita tale qualifica. Come indicato alla nota n. 15, nella prassi antecedente la Corte non sembra essersi sempre attenuta a questa rigorosa definizione. Per la precisazione che per valutare il peso di una prova non è sufficiente tener conto dell'insieme degli elementi esaminati dai tribunali, ma occorre anche appurare quali siano le prove sulle quali si basa effettivamente la condanna e quali siano i differenti elementi costitutivi del reato e della responsabilità dell'imputato, vds. *Tseber c. Repubblica Ceca*, ric. n. 46203/08, 22 novembre 2012, §§ 54-55.

garanzie procedurali tali da permettere un controllo dell'affidabilità della «*untested evidence*», assicurando che una condanna possa essere fondata su di essa solo se altamente credibile¹⁸.

Applicando il nuovo *test* alle fattispecie sottoposte al suo esame, la Grande Camera ha concluso alla violazione dei principi dell'equo processo nel caso *Tahery* (§§ 159-165), ove l'assenza era dovuta a timori di rappresaglie considerati fondati dai giudici britannici. Tuttavia, la circostanza che si trattasse del solo testimone oculare dell'aggressione, la cui deposizione non appariva «manifestamente affidabile», ha fatto pendere la bilancia in favore del ricorrente¹⁹. La Corte è giunta a opposte conclusioni rispetto al ricorrente *Al-Khawaja* (§§ 153-158), per cui la lettura era giustificata dalla circostanza oggettiva e ineluttabile del decesso della testimone; per quanto le dichiarazioni di quest'ultima fossero state «determinanti» per la condanna in relazione a un episodio di violenza sessuale, alcuni elementi (come la similitudine rispetto ad altri fatti contestati all'imputato e provati sulla base di testimonianze dibattimentali) permettevano di ritenerle credibili, e i giurati erano stati avvisati che dovevano attribuire minor peso alla *untested evidence*.

Le divergenti conclusioni in due casi indubbiamente distinti, ma che presentavano rilevanti similitudini, costituiscono la migliore esemplificazione della delicatezza dell'esercizio interpretativo imposto dal nuovo approccio della Grande Camera. La necessità di procedere a un esame di tre aspetti (o *step*) di ogni vicenda, per poi riassumere i risultati ottenuti in una valutazione complessiva dell'equità della procedura, consente indubbiamente un approccio individualizzato, capace di prendere in considerazione le specificità di ciascun caso di specie. Al tempo stesso, essa conferisce al giudice un'ampia discrezionalità nel valutare in quale misura le difficoltà con cui la difesa ha dovuto confrontarsi siano state giustificate dalla protezione di altri interessi o controbilanciate da «sufficienti garanzie». A tale fine, è possibile che sia data maggiore rilevanza ad alcuni aspetti del caso a discapito di altri, cosa che, se non adeguatamente e convincentemente motivata, rischia di prestare il fianco a critiche.

4. I dubbi interpretativi rimasti aperti

La sentenza *Al-Khawaja e Tahery* non aveva, tuttavia, chiarito tutte le questioni relative all'operatività del nuovo *test*. Se quest'ultimo si articolava, potenzialmente, in quattro fasi (i tre *step* concernenti la presenza di «buone ragioni» per l'assenza, la «decisività» delle dichiarazioni sottratte al contraddittorio e l'esistenza di sufficienti elementi compensatori, cui si poteva aggiungere la finale valutazione dell'equità globale del processo), non era del tutto chiaro quali rapporti legassero tali fasi. In particolare, non era stato esplicitato se la mancanza di una giustificazione plausibile per l'assenza del testimone fosse, di per sé sola, incompatibile con l'art. 6 Cedu né se vi potesse essere violazione di tale disposizione quando le dichiarazioni sottratte al contraddittorio venivano considerate non «decisive» ai fini della condanna.

Tali incertezze sono riflesse nella giurisprudenza che ha seguito la pronuncia della sentenza *Al-Khawaja e Tahery*.

Nel caso *Karpenko c. Russia*²⁰, la Corte ha affermato il carattere decisivo delle deposizioni dei testimoni assenti, per poi concludere che le autorità non avevano profuso sforzi sufficienti per rintracciarli e garantire la loro presenza a dibattimento, cosa che era stata sufficiente a fondare una violazione dell'art. 6 Cedu, senza che fosse necessario determinare «quale effetto [l'assenza dei testimoni] avesse avuto sull'equità complessiva della procedura penale contro il ricorrente né se l'assenza dei testimoni dal processo fosse controbilanciata dal confronto tra il ricorrente e i testimoni durante le indagini preliminari». Nella sentenza *Rudnichenko c. Ucraina*²¹, di converso, la Corte ha ritenuto che l'esistenza di buoni motivi a giustificazione dell'assenza del testimone fosse «una questione preliminare che deve essere esaminata prima di ogni altra considerazione circa la natura esclusiva o determinante» delle sue dichiarazioni. Poiché, nella fattispecie, il testimone non si era presentato semplicemente perché non citato in giudizio, tale circostanza è stata ritenuta di per sé sola contraria alla Cedu²². Infine, nella sentenza *Balta e Demir c.*

18. Per un'efficace sintesi dei principi affermati in *Al-Khawaja e Tahery*, v. *Seton c. Regno Unito*, ric. n. 55287/10, 31 marzo 2016, § 58.

19. E ciò malgrado la presenza di elementi compensatori, come la possibilità, per l'imputato, di confutare le dichiarazioni a carico sottoponendosi a interrogatorio o citando altri testimoni, e l'invito fatto dal giudice di carriera ai giurati di «considerare con prudenza» le affermazioni del testimone assente.

20. Ric. n. 5605/04, 13 marzo 2012. La pronuncia presenta interesse anche per l'affermazione (§§ 67-69) secondo cui, in principio, la possibilità offerta all'imputato non rappresentato da un avvocato di essere messo, nella fase delle indagini preliminari, a confronto con i testimoni non è un sostituto sufficiente dell'esame dibattimentale di questi ultimi.

21. Ric. n. 2775/07, 11 luglio 2013.

22. In senso in parte analogo, vds. anche *Nikolitsas c. Grecia*, ric. n. 63117/09, 3 luglio 2014, § 35. Per un approccio meno rigido, che con-

*Turchia*²³, concernente l'audizione di un testimone anonimo da parte di un giudice della Corte d'assise nel corso di un'udienza a porte chiuse senza la presenza dell'imputato o del suo difensore, la Corte ha percorso tutti i tre *step* del "test *Al-Khawaja*", concludendo che non era stato dimostrato che vi fosse un serio motivo a giustificazione della procedura seguita (cosa che nel caso *Rudnichenko* aveva, da sola, condotto alla violazione dei principi dell'equo processo), che la testimonianza anonima aveva giocato un ruolo determinante per la condanna e che non vi erano stati adeguati elementi compensatori per controbilanciare le difficoltà incontrate dalla difesa²⁴.

5. La precisazione dei principi pertinenti nel caso *Schatschaschwili c. Germania*

Confrontata ai differenti approcci che essa stessa aveva adottato rispetto al "test *Al-Khawaja*" e all'obbligatorietà delle sue fasi, la Corte ha accettato il rinvio di fronte alla Grande Camera di un altro caso in materia di testimoni assenti, *Schatschaschwili c. Germania*²⁵. La successiva sentenza ha tentato di fornire un'interpretazione uniforme, chiarendo che, pur essendo un «fattore molto importante» (e po-

tenzialmente decisivo) nel valutare l'equità globale della procedura, la mancanza di buoni motivi a giustificazione dell'assenza di un testimone non è, di per sé sola, costitutiva di una violazione dell'art. 6 Cedu. Quest'ultima potrà essere accertata solo procedendo all'esame degli altri aspetti del processo.

La Grande Camera si è, poi, soffermata sui casi in cui il motivo dell'assenza è l'impossibilità di entrare in contatto con il testimone. In tali ipotesi, la Convenzione richiede al tribunale interno di adottare tutte le misure che si potevano ragionevolmente prospettare per assicurare la comparizione dell'interessato a dibattimento. Pur non fornendo una lista dettagliata di tali misure, che possono ovviamente variare a seconda dei casi, la Corte ha sottolineato che le ricerche devono essere attive, con l'aiuto delle forze di polizia e ricorrendo, se necessario e possibile, ai meccanismi di assistenza giudiziaria internazionale. Non è quindi sufficiente allegare che la persona ha abbandonato il territorio dello Stato convenuto: saranno comunque determinanti gli sforzi effettuati per localizzarla²⁶.

Nel caso *Schatschaschwili*, la Corte ha anche precisato di dover verificare l'esistenza di «adeguati elementi di bilanciamento» (ovvero il terzo degli *step* previsti) non solo nei casi in cui le dichiarazioni del testimone assente erano la base unica o decisiva della condanna, ma anche nelle ipotesi in cui, pur essendo

sidera la mancanza di un motivo valido per la non-comparizione un chiaro indizio di violazione dell'art. 6 Cedu, che sarebbe esclusa solo qualora le dichiarazioni del testimone risultassero irrilevanti per l'esito del processo, cfr. le sentenze *Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia*, ric. nn. 13772/05 e 11082/06, 25 luglio 2013, §§ 709-16; *Cevat Soysal c. Turchia*, ric. n. 17362/03, 23 settembre 2014, §§ 76-79; *Suldin c. Russia*, ric. n. 20077/04, 16 ottobre 2014, §§ 56-59.

23. Ric. n. 48628/12, 23 giugno 2015.

24. A tale proposito, la Corte ha osservato che né il giudice che, su commissione rogatoria e a porte chiuse, aveva raccolto la deposizione del testimone, né la Corte d'assise che, senza interrogarlo, aveva dato lettura delle sue dichiarazioni avevano verificato con rigore la credibilità e l'affidabilità del teste anonimo. Inoltre, non era stato fatto uso della possibilità, prevista dal diritto turco, di interrogarlo in una sala diversa da quella del dibattimento, con ritrasmissione audio e video e facoltà, per gli imputati, di porgli delle domande. Infine, non era stato valutato se misure meno afflittive dei diritti della difesa potessero ugualmente proteggere l'incolumità del dichiarante. Per altri casi in cui la Corte si è soffermata a esaminare tutti i tre *step* del *test*, cfr. le sentenze *Salikhov c. Russia*, ric. n. 23880/05, 3 maggio 2012, §§ 118 ss; *Asadbeyli e altri c. Azerbaijan*, ric. nn. 3653/05, 14729/05, 20908/05, 26242/05, 36083/05 e 16519/06, 11 dicembre 2012, § 134; *Yevgeniy Ivanov c. Russia*, ric. n. 27100/03, 25 aprile 2013, §§ 45-50; *Şandru c. Romania*, ric. n. 33882/05, 15 ottobre 2013, §§ 62-70.

25. Ric. n. 9154/10, 15 dicembre 2015.

26. Cfr. *Mirilachvili c. Russia*, ric. n. 6293/04, 11 dicembre 2008, § 220; *Gabrielyan c. Armenia*, ric. n. 8088/05, 10 aprile 2012, §§ 81-84; *Lučić c. Croazia*, ric. n. 5699/11, 27 febbraio 2014, § 79; *Schatschaschwili c. Germania*, cit., §§ 119-122, con ulteriori riferimenti giurisprudenziali. Per un esempio concernente il nostro Paese, v. *Ben Moumen c. Italia*, ric. n. 3977/13, sentenza del 23 giugno 2016, §§ 45-51, in cui era questione di un testimone di nazionalità marocchina non presentatosi al processo. I tribunali interni si erano limitati a rilevare che la sua assenza non era prevedibile e che le ricerche sul territorio nazionale erano state vane; ulteriori ricerche all'estero erano state escluse notando che l'indirizzo dell'interessato in Marocco era sconosciuto. La Corte ha concluso che non vi erano «buoni motivi» a giustificazione dell'assenza, visto che non era stato spiegato perché non si potesse fare ricorso agli strumenti di assistenza giudiziaria internazionale (utilizzati, invece, dai giudici tedeschi nel caso *Schatschaschwili*). Vale anche la pena di ricordare che, nel merito, la Corte concluse nel caso *Ben Moumen* alla non-violazione dell'art. 6 Cedu, osservando che la testimonianza *de qua agitur* non era determinante e che vi erano state sufficienti garanzie procedurali, in particolare la cura con la quale la credibilità del testimone, ritenuto disinteressato, era stata valutata, e la concordanza della sua versione con quella della vittima del reato, regolarmente contro-interrogata a dibattimento. È stato infine sottolineato che, contrariamente alla prospettazione del ricorrente e al caso *Schatschaschwili* (cit., §§ 158-160), l'assenza del testimone non era prevedibile. A conclusioni opposte (violazione dell'articolo 6, §§ 1 e 3, lett. (d) Cedu), la Corte è invece pervenuta nel precitato caso *Cafagna c. Italia*, ove, a fronte di insufficienti e non tempestive ricerche per localizzare il testimone assente, le cui dichiarazioni costituivano l'unico elemento a carico del ricorrente, non sono state ritenute garanzie sufficienti né l'audizione pubblica del carabiniere che aveva raccolto la querela, né la cura nel valutare la credibilità dell'accusatore.

difficile dire se fossero “decisive”, tali dichiarazioni avevano avuto un «peso significativo», tale da rendere la loro lettura suscettibile di creare un *handicap* per la difesa²⁷. Per determinare tale peso, la Corte precisa di non erigersi a tribunale «di quarta istanza» – ovvero a giurisdizione competente ad apprezzare il materiale probatorio e a giudicare circa la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato –, ma di basarsi sulla valutazione operata dai giudici nazionali, purché non inaccettabile o arbitraria. La Corte europea sarà chiamata a prendere una posizione autonoma in proposito solamente nei (presumibilmente rari) casi in cui tale valutazione manchi o non sia chiara²⁸.

La Grande Camera ha, poi, detto che la portata degli elementi di bilanciamento necessari a rendere «equo» il processo dipende dal peso delle dichiarazioni del testimone assente, nel senso che più queste ultime hanno importanza, più le tutele e le garanzie offerte all'imputato dall'ordinamento dovranno essere solide²⁹. La Corte non fornisce, ovviamente, un elenco esaustivo di tali “garanzie”, limitandosi a sottolineare l'importanza di una valutazione prudente delle dichiarazioni sottratte al contraddittorio e della loro affidabilità, alla luce degli altri elementi di prova disponibili. Questi ultimi possono consistere in dichiarazioni dibattimentali *de relato*, in prove scientifiche³⁰, in consulenze tecniche o, ancora, nella testimonianza sostanzialmente concordante della vittima di altro reato simile, che potrebbe essere usata a conferma del *modus operandi* dell'imputato³¹.

Né va dimenticato che, se la sottrazione di un testimone al contraddittorio impedisce al giudice di valutarne il comportamento e le risposte sotto il “fuoco incrociato” delle domande di accusa e difesa, la diffusione della registrazione video del suo interrogatorio pre-dibattimentale potrebbe comunque costituire un mezzo, per il tribunale interno, di osservare il linguaggio corporale del dichiarante e di formarsi un'opinione (parziale) circa la sua credibilità³². Altri elementi di bilanciamento possono essere la possibilità di porre domande al testimone per iscritto durante il processo, ovvero direttamente, ma nella fase delle indagini preliminari³³.

Infine, la Grande Camera ha voluto chiarire che per quanto, in principio, i tre *step* del *test Al-Khawaja* debbano essere esaminati nell'ordine ivi prospettato (esistenza di “buoni motivi” per l'assenza; carattere determinante o meno della testimonianza; garanzie procedurali), non è escluso che in casi specifici risulti «appropriato» adottare un ordine differente³⁴.

6. La casistica nelle sentenze successive all'intervento della Grande Camera

La sentenza *Schatschaschwili* ci dice, in sostanza, che nessuno degli *step* del “*test Al-Khawaja*” è decisivo: il processo può essere «equo» anche se l'assenza del testimone era completamente ingiustificata e, di

27. Di converso, sembrerebbe potersi affermare che, se le dichiarazioni sottratte al contraddittorio non hanno neanche rivestito un “peso significativo”, la violazione dell'art. 6 sia esclusa senza ulteriori analisi, in quanto il difetto procedurale lamentato non ha avuto un impatto tale da influire sull'equità globale del processo.

28. Cfr. *Schatschaschwili c. Germania*, cit., § 124.

29. Per un'efficace sintesi dei principi affermati in *Schatschaschwili*, vds. *Seton c. Regno Unito*, cit., § 59, che, peraltro, rappresenta un eccellente esempio di non-violazione dell'art. 6 Cedu pur in mancanza di buoni motivi a giustificazione dell'assenza del testimone. Il ricorrente, accusato di omicidio, sosteneva che l'autore del reato era in realtà un detenuto pluripregiudicato. Quest'ultimo non fu citato a testimoniare perché, agli occhi dei giudici britannici, risultava praticamente certo che si sarebbe avvalso della facoltà di non rispondere. La Corte ritenne che non si trattasse di una valida ragione per non convocarlo, ma che al tempo stesso, pur rivestendo un certo peso, le sue dichiarazioni (registrate durante intercettazioni telefoniche) non fossero l'elemento determinante per la condanna del ricorrente, e che le garanzie procedurali offerte dal sistema processuale nazionale (essenzialmente, l'accurato esame effettuato al momento dell'ammissione delle dichiarazioni non sottoposte a *cross-examination* e le istruzioni date dal giudice di carriera alla giuria) avessero controbilanciato le difficoltà incontrate dalla difesa.

30. La Corte sottolinea che, tra esse, riveste un grande grado di affidabilità il test de DNA: cfr. *McGlynn c. Regno Unito*, ric. n. 40612/11, 16 ottobre 2012, § 24.

31. Cfr. *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, cit., § 156.

32. Cfr. *Schatschaschwili c. Germania*, cit., § 127, con ulteriori riferimenti giurisprudenziali, nonché *S.N. c. Svezia*, cit., § 49, in cui la Corte ha osservato che l'imputato, pur potendolo fare ai sensi del diritto interno, non aveva chiesto che l'interrogatorio di un minore, vittima degli abusi sessuali che gli erano contestati, fosse videoregistrato, cosa che, unita ad altri elementi, ha fatto cadere la bilancia in suo sfavore.

33. Tali audizioni extradibattimentali sono organizzate in molti ordinamenti per proteggere minori vittime di abusi sessuali (cfr. *Schatschaschwili c. Germania*, cit., § 130, con ulteriori riferimenti giurisprudenziali) o per prevenire il rischio di una futura indisponibilità del testimone (vds. *Chmura c. Polonia*, ric. n. 18475/05, 3 aprile 2012, § 51). Lo strumento tipico dell'ordinamento italiano è l'incidente probatorio.

34. Per esempio, valutando innanzitutto la forza probatoria delle dichiarazioni del testimone assente: vds. *Schatschaschwili c. Germania*, cit., § 118, con ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

converso, può essere contrario all'art. 6 Cedu anche se le dichiarazioni *de quibus agitur* non erano *stricto sensu* decisive per la condanna. L'ampiezza o meno di eventuali garanzie procedurali e la valutazione finale e globale dell'"equità complessiva" possono infatti ancora far pendere l'ago della bilancia in una o nell'altra direzione (anche se è difficile ipotizzare una non-violazione dell'equo processo ove l'assenza ingiustificata riguardi il testimone che ha fornito l'unica prova a carico). Ne consegue che un grande peso è lasciato alla casistica e alle "circostanze particolari" di ogni fattispecie³⁵. Chi trovi un precedente favorevole in una situazione fattuale molto simile alla propria avrà buone probabilità di ottenere soddisfazione a Strasburgo invocando il principio dello *stare decisis*³⁶.

La successiva giurisprudenza della Corte ha messo in evidenza l'importanza degli elementi *case-specific* per la conclusione di conformità o contrarietà all'articolo 6, § 3, lett. (d), Cedu. Esempi ne sono la sentenza *Przydział c. Polonia*³⁷, ove la Corte ha escluso la violazione di tale disposizione mettendo l'accento su garanzie procedurali quali l'esame minuzioso del materiale probatorio e la possibilità di interrogare lo psicologo che era stato in contatto diretto con la persona offesa dal reato, e senza ritenere determinante che il mancato avviso delle audizioni della vittima al difensore dell'imputato fosse avvenuto in spregio

delle norme di diritto interno; ovvero il caso *T.K. c. Lituania*, cit., anch'esso concernente abusi sessuali su minori, ove la Corte è pervenuta a opposte conclusioni, essenzialmente stigmatizzando il sistematico rigetto delle richieste difensive di audizione degli esperti che avevano interrogato i minori e di produzione di materiale volto a dimostrare, *inter alia*, la tesi dell'imputato secondo cui la madre delle vittime ne avrebbe influenzato le testimonianze, che erano state le prove determinanti e principali a carico³⁸.

In considerazione dell'ampio margine di discrezionalità che l'approccio della Corte europea conferisce all'interprete, specie al momento del bilanciamento finale tra gli *handicap* della difesa e gli elementi compensatori in funzione della valutazione dell'"equità globale" della procedura, pare auspicabile che i giudici internazionali non "bacchettino" quelli interni, se non nei casi in cui l'arbitrarietà dell'apprezzamento appaia evidente. In tal senso, ispirazione potrebbe essere tratta dalla nota massima in tema di bilanciamento tra libertà di espressione e diritto al rispetto della vita privata, secondo la quale, se le giurisdizioni nazionali hanno agito nel rispetto dei criteri stabiliti dalla giurisprudenza della Corte, devono sussistere «serie ragioni» perché quest'ultima sostituisca la propria opinione a quella dei tribunali nazionali³⁹.

35. Quanto tale esercizio di bilanciamento possa risultare, in pratica, difficile e delicato è illustrato *per tabulas* dal fatto che, nel caso *Schatschaschwili*, la Grande Camera ha concluso alla violazione dell'articolo 6, §§ 1 e 3, lett. (d), Cedu con la risicata maggioranza di nove voti contro otto. Peraltro, un certo "scetticismo" rispetto al "*test Al-Khawaja*" (malgrado le precisazioni contenute nella sentenza *Schatschaschwili*) è stato autorevolmente espresso dal giudice Vincent A. De Gaetano nelle proprie opinioni separate alle sentenze *Fafrowicz c. Polonia* (ric. n. 43609/07, 17 aprile 2012), *Kostecki c. Polonia* (ric. n. 14932/09, 4 giugno 2013), *Scholer c. Germania* (ric. n. 14212/10, 18 dicembre 2014), *Devinar c. Slovenia* (ric. n. 28621/15, 22 maggio 2018), e *T.K. c. Lituania* (cit.). De Gaetano sottolinea come la sentenza *Al-Khawaja e Tahery* sembri focalizzata sulla specifica definizione legislativa della testimonianza *de relato* (*hearsay evidence*) in diritto inglese, elaborata in tale peculiare contesto e alla luce delle critiche che i tribunali inglesi rivolgevano al criterio della "prova unica o determinante". Va anche segnalato, inoltre, che nella propria opinione dissenziente alla sentenza *Cafagna c. Italia*, cit., il giudice Krzysztof Wojtyczek ha auspicato una rivisitazione della questione dell'equità del processo penale «alla luce dei principi fondamentali delle varie procedure penali».

36. Anche se la Corte non è formalmente tenuta a seguire le sue precedenti sentenze, è nell'interesse della certezza legale, della prevedibilità e dell'eguaglianza di fronte alla legge che non se ne distacchi senza buone ragioni: cfr., *ex pluribus*, *Chapman c. Regno Unito* [GC], ric. n. 27238/95, 18 gennaio 2001, § 70, e *Goodwin c. Regno Unito* [GC], ric. n. 28957/95, 11 luglio 2002, § 74.

37. Ric. n. 15487/08, 24 maggio 2016. Si trattava, in particolare, di una procedura penale per violenza sessuale, nel corso della quale al ricorrente era stato impedito di contro-interrogare la vittima. Un forte accento è stato posto sull'esigenza di tutelare, in virtù della loro vulnerabilità, i minori che avevano subito abusi sessuali; nella fattispecie, pareri medici sconsigliavano la partecipazione della vittima al processo (§ 51).

38. Cfr. anche *Chap Ltd c. Armenia*, cit., ove le giurisdizioni interne avevano ritenuto "irrilevante" il contro-interrogatorio di testimoni che avevano reso dichiarazioni "decisive" per accertare la responsabilità fiscale della società ricorrente, e non vi erano garanzie procedurali specifiche (era stata persino rigettata una richiesta di verifica di determinati documenti fiscali). Il caso riveste interesse in quanto la dichiarazione di irrilevanza della convocazione dei testi impediva di valutare se vi fossero "buoni motivi" a giustificazione della loro assenza. Senza poter, in questa sede, svolgere un'attenta disamina delle stesse, si segnalano altresì le seguenti sentenze "post-*Schatschaschwili*" che, a nostro avviso, mettono in evidenza la delicatezza e la difficoltà dell'esercizio di bilanciamento richiesto dal "*test Al-Khawaja*": *Kuchta c. Polonia*, cit.; *Butkevich c. Russia*, ric. n. 5865/07, 13 febbraio 2018; *Toma c. Romania* [comitato], ric. n. 23408/11, 27 marzo 2018; *Virgil Dan Vasile c. Romania*, ric. n. 35517/11, 15 maggio 2018 (ove si precisa che gli «impegni professionali» di un agente infiltrato non erano una giustificazione sufficiente per la sua assenza); e *Devinar c. Slovenia*, cit.

39. Cfr. *MGN Ltd c. Regno Unito*, ric. n. 39401/04, 18 gennaio 2011, §§ 150 e 155; *Palomo Sánchez e altri c. Spagna* [GC], ric. nn. 28955/06, 28957/06, 28959/06 e 28964/06, 12 settembre 2011, § 57; *Von Hannover c. Germania* (n. 2) [GC], ric. nn. 40660/08 e 60641/08, 26 giugno 2012, § 107.

La Corte ha, inoltre, avuto l'occasione di chiarire che, qualora l'assente non sia un testimone in senso stretto, ma un consulente o perito, il "test *Al-Khawaja*" si applica *mutatis mutandis*, in quanto la difesa dovrebbe, in principio, avere la possibilità di porre domande all'esperto in ogni caso in cui i giudici interni abbiano deciso che una perizia o una consulenza erano necessarie⁴⁰. Tuttavia, non si può fare astrazione dal fatto che, a differenza di un testimone che può aver visto o sentito qualcosa, un esperto ha come unica funzione quella di informare i giudici di merito circa aspetti tecnici della vicenda. Di conseguenza, nel caso *Constantinides c. Grecia*⁴¹, la Corte ha ritenuto che la non-audizione ingiustificata di tale ausiliario del giudice, le cui conclusioni avevano rappresentato un «documento importante», corroborato da altri elementi di prova, non avesse violato i principi dell'equo processo, avuto riguardo, in particolare, al fatto che la difesa aveva potuto contestare la consulenza tecnica d'ufficio tramite le dichiarazioni scritte e orali del proprio perito.

7. I possibili profili di criticità dell'ordinamento italiano. Il consenso dell'imputato e la provata condotta illecita

Il sistema giuridico italiano prevedeva, prima del 1999, la possibilità di acquisire le dichiarazioni predibattimentali rese da persone che si avvalevano della facoltà di non rispondere o che sceglievano di non presentarsi al processo, lasciando al tempo stesso il giudice libero di valutarle come prova di col-

pevolezza. Per questo motivo, il nostro Paese aveva subito condanne in sede internazionale, derivanti dall'applicazione degli artt. 513 e 512-bis cpp⁴². Esse si riferivano, tuttavia, a fattispecie anteriori alla riforma dell'art. 111 Cost. Quest'ultima disposizione, specificando al quarto comma che «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore», aveva indotto la convinzione che l'ordinamento interno si fosse ormai conformato agli obblighi internazionali assunti con la ratifica della Cedu.

Non bisogna dimenticare, tuttavia, che il quinto comma del novellato art. 111 Cost. prevede tre deroghe al principio della formazione della prova in contraddittorio, e segnatamente: a) per consenso dell'imputato; b) per accertata impossibilità di natura oggettiva; c) per effetto di provata condotta illecita.

La prima di queste ipotesi non sembra porre problemi di compatibilità con il diritto europeo. I giudici di Strasburgo hanno infatti avuto occasione di precisare che «né la lettera né lo spirito dell'art. 6 della Convenzione impediscono a una persona di rinunciare di propria spontanea volontà alle garanzie di un equo processo in maniera espressa o tacita»⁴³. In applicazione di tale massima, la Corte europea ha ritenuto che, formulando una richiesta di giudizio abbreviato, l'imputato sapeva o avrebbe dovuto sapere che la procedura non sarebbe stata pubblica e che le prove non sarebbero state formate nel contraddittorio dibattimentale⁴⁴, ovvero che la fruizione dei benefici premiali legati all'applicazione della pena su richiesta delle parti non privava la rinuncia ai motivi

40. Cfr. *Butkevich c. Russia*, cit., § 89 (c).

41. Cit., §§ 37-52.

42. Cfr. *Lucà c. Italia*, cit.; *A.M. c. Italia*, cit.; *Craxi c. Italia*, cit.; nonché *Dorigo c. Italia*, rapporto della Commissione, cit.

43. Vds., *ex pluribus*, *R.R. c. Italia*, ric. n. 42191/02, 9 giugno 2005, § 53, e *Sejdovic c. Italia* [GC], ric. n. 56581/00, 1° marzo 2006, § 86.

44. Cfr. *Kwiatkowska c. Italia*, ric. n. 52868/99, 30 novembre 2000. D'altra parte, la dottrina italiana ritiene che l'applicazione della pena e il giudizio abbreviato costituiscano ipotesi di rinuncia al contraddittorio riconducibili al quinto comma dell'art. 111 Cost. e, quindi, costituzionalmente legittime: cfr. A. Scaglione, *Il regime di utilizzabilità degli atti delle indagini preliminari a contenuto dichiarativo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 357; C. Conti, *Le due anime del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 200; P. Ferrua, *Rischio di contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Dir. giust.*, n. 1/2000, p. 81; G. Spangher, *Il giusto processo penale*, in *Studium iuris*, 2000, p. 257. Più problematica appare, invece, la rinuncia al contraddittorio per effetto di adozione della procedura di decreto penale, sulla quale vds. V. Grevi, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 845, nonché *Id.*, *Quelle rigidità del giusto processo che portano a risultati paradossali*, in *Guida dir.*, n. 42/1999, p. 1. Sull'acquisizione al fascicolo per il dibattimento delle dichiarazioni rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero a seguito di «accordo delle parti» (art. 500, comma 7, cpp), vds. F. Caprioli, *Il processo penale dopo la legge Carotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 293, *sub artt.* 25-26. Va segnalato che si ritiene, generalmente, in dottrina che l'accordo delle parti non sani atti viziati da nullità assoluta o compiuti in violazione dei divieti stabiliti dalla legge e che, a dispetto dell'accordo, permanga il divieto (art. 526, comma 1-bis, cpp) di utilizzare *in malam partem* le dichiarazioni di chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore: vds. A. Scaglione, *Il regime*, *op. cit.*, p. 359, e G. Illuminati, *La nuova disciplina in materia di formazione e valutazione della prova (l. 1° marzo 2001, n. 63)*, in G. Conso e V. Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale - Appendice di aggiornamento* (al 1° giugno 2001), CEDAM, Padova, 2001, p. 127.

di ricorso per cassazione dei requisiti di genuinità e libertà di scelta⁴⁵. Pertanto, a condizione che il consenso sia manifestato in maniera chiara e che l'imputato non subisca coercizioni di sorta, la rinuncia ai diritti convenzionali esonererà lo Stato da responsabilità in sede internazionale⁴⁶.

Anche la deroga *sub c)* sembra essere compatibile con la Cedu.

Qualora la provata condotta illecita consista della sottoposizione del testimone a «violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga»⁴⁷, potrebbe sostenersi che l'imputato stesso ha compiuto atti volti a sottrarre le dichiarazioni in questione al contraddittorio dibattimentale, rinunciando implicitamente, ma senza equivoci, al contro-interrogatorio.

Tale interpretazione trova un appiglio testuale nella sentenza *Al-Khawaja e Tahery*, ove (§ 123) si legge che, quando i timori del testimone sono imputabili all'imputato o a persone che agiscono per suo conto, sarebbe incompatibile con i diritti delle vittime e dei testimoni permettere all'imputato di trarre vantaggio dalle proprie manovre; egli, in tali ipotesi, può essere considerato come rinunciante ai diritti di cui all'articolo 6, § 3, lett. (d), Cedu⁴⁸.

Se, invece, le condotte sopra delineate sono volte a ottenere una falsa deposizione, il loro autore non mostra alcuna intenzione di allontanare il testimone dall'udienza. In mancanza di un comportamento univocamente riconducibile alla volontà di non esaminare il teste, si potrebbe forse ipotizzare un *factum proprium* volto ad alterare gli equilibri e la *fairness* del processo, suscettibile di privare il ricorrente del diritto di invocare in sede europea la disposizione di cui egli stesso ha tentato di impedire la corretta operatività⁴⁹.

In ogni caso, ove le giurisdizioni interne ritengano che il testimone sottoposto a pressioni illecite abbia deposto il falso al processo e che debbano ritenersi credibili le sue dichiarazioni predibattimentali sfavorevoli all'imputato, non si pone, a ben vedere, alcuna questione di denegato contraddittorio, quantomeno nell'interpretazione che ne dà la Corte europea. In effetti, essendovi stata *cross-examination* del teste a dibattimento, la scelta di ritenere veritiere alcune sue affermazioni a discapito di altre rientra nel potere di valutazione del giudice nazionale, che è compatibile con la Cedu a condizione di essere esercitato in maniera non arbitraria⁵⁰.

Resta, ovviamente, il problema della prova delle minacce, che, a differenza delle giurisdizioni italiane,

45. Vds. *Borghi c. Italia*, ric. n. 54767/00, 20 giugno 2002. Di converso, nel caso *Jones c. Regno Unito* (ric. n. 30900/02, 9 settembre 2003), la Corte ha escluso che la fuga dell'imputato costituisca rinuncia non equivoca al diritto di comparire all'udienza, essendo incerto, in diritto britannico, se in tali circostanze il processo potesse proseguire. Per l'affermazione secondo cui il ricorso a procedure abbreviate in materia penale non è – a condizione che esse offrano sufficienti garanzie – di per sé contrario alla Cedu, vds. *Butkevich c. Russia*, cit., §§ 91-92.

46. La giurisprudenza europea precisa che la rinuncia deve essere assistita da garanzie commisurate alla sua gravità e non deve essere equivoca o confliggere con «interessi pubblici significativi» (cfr. *Poitrinol c. Francia*, n. 14032/88, 23 novembre 1993, serie A, n. 277-A § 31; *Håkansson e Sturesson c. Svezia*, ric. n. 11855/85, 21 febbraio 1990, serie A, n. 171-A, § 66; e *Hermi c. Italia* [GC], ric. n. 18114/02, 18 ottobre 2006, § 73).

47. Cfr. art. 500, commi 4 e 5, cpp. In tali casi, non pare esservi contrasto tra i commi 4 e 5 dell'art. 111 Cost., in quanto la condotta illecita renderebbe «non libera» la scelta della sottrazione al contraddittorio: così M. Panzavolta, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra "impossibilità oggettiva" e "libera scelta"*, in *Cass. pen.*, n. 1176/2003, pp. 3980-3981.

48. Nel successivo § 124, la sentenza *Al-Khawaja e Tahery* esamina la diversa ipotesi (non prevista dal diritto italiano) in cui le paure del testimone non traggano origine dal comportamento dell'imputato o dei suoi complici, ma dal generale timore che, in qualche modo, la partecipazione al processo possa pregiudicare i diritti e gli interessi del teste o di terzi. In tali ipotesi, secondo la Corte, spetta al giudice svolgere indagini per determinare la natura oggettiva e concreta dei timori in questione. Viene, comunque, precisato (§ 125) che la lettura della deposizione predibattimentale del testimone assente deve costituire una *extrema ratio*, conto tenuto del nocimento che essa arreca ai diritti della difesa.

49. A tale proposito, giova ricordare che, ai sensi dell'art. 17 Cedu, nessuna disposizione della Convenzione «può essere interpretata nel senso comportare il diritto di (...) un individuo, di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione». Tale norma è stata utilizzata dalla Corte soprattutto per giustificare ingerenze con la libertà di espressione dei fautori di teorie revisioniste – cfr., *ex pluribus*, *Garaudy c. Francia*, ric. n. 65831/01, 24 giugno 2003 e *Perinçek c. Svizzera* [GC], ric. n. 27510/08, 15 ottobre 2015, § 212 (estratti). In contrario, si potrebbe argomentare che i diritti umani per i quali la Cedu non prevede la clausola di proporzionalità costituiscono un *minimum* inderogabile in ogni circostanza e a prescindere dalla gravità dei comportamenti del ricorrente, al quale non è richiesto di presentarsi a Strasburgo «with clean hands».

50. Cfr. *Illiano c. Italia*, ric. n. 41612/98, decisione della Commissione del 22 ottobre 1998, ove la Corte d'assise d'appello di Napoli aveva ritenuto non credibile, e dovuta a pressioni e minacce, la ritrattazione di fronte al gip del testimone oculare di un omicidio, con conseguente utilizzazione, per condannare i ricorrenti, delle dichiarazioni rese dal medesimo testimone al pubblico ministero poche ore dopo il fatto di sangue. La Commissione ha rigettato la doglianza basata sul fatto che si era ritenuto affidabile il riconoscimento operato da una persona mentalmente instabile, che aveva fornito tre diverse versioni dei fatti, considerandola, sostanzialmente, come volta a ottenere una nuova valutazione delle prove in sede europea.

il giudice europeo potrebbe ritenere non sufficientemente accertate⁵¹. Tale rischio potrebbe essere evitato se, seguendo le indicazioni della dottrina⁵², i giudici interni opereranno valutazioni secondo parametri di ragionevolezza e persuasività e, pur non esigendo la stessa forza probatoria necessaria per un'affermazione di penale responsabilità, eviteranno di ancorarsi a meri sospetti privi di ogni riscontro obiettivo.

8. I possibili profili di criticità dell'ordinamento italiano. L'accertata impossibilità di natura oggettiva

L'ipotesi più delicata di deroga all'assunzione contraddittoria della prova è quella che il quarto comma dell'art. 111 Cost. definisce come «accertata impossibilità di natura oggettiva». La disposizione che dà attuazione alla previsione costituzionale è l'art. 512 cpp, ai sensi del quale «il giudice, a richiesta di parte, dispone che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso dell'udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione».

Tale norma è rimasta immutata dopo la riforma cd. del «giusto processo». La sua compatibilità con il novellato art. 111 Cost. era stata posta in dubbio da chi

osservava che la Corte costituzionale aveva ritenuto oggettivamente non ripetibili – e, quindi, acquisibili al fascicolo per il dibattimento – le dichiarazioni dei prossimi congiunti che si erano avvalsi della facoltà di non deporre prevista dall'art. 199 cpp⁵³. Ora, tale interpretazione si poneva in contrasto con la regola secondo cui l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni di chi, per libera scelta, si è sempre e volontariamente sottratto al contro-interrogatorio⁵⁴. Con pronuncia interpretativa di rigetto⁵⁵, la Consulta ha fatto salva la legittimità della disposizione *de qua agitur*, fornendone una lettura costituzionalmente orientata⁵⁶. Essa ha osservato, in particolare, che a seguito dell'entrata in vigore della l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, il quadro normativo è mutato e che non è più lecito ricomprendere tra i fatti che rendono impossibile la ripetizione dell'atto quelli dipendenti dalla volontà del dichiarante. Ne consegue che l'esercizio della facoltà di astenersi dal deporre non può più essere considerata causa di impossibilità «di natura oggettiva».

È stato, in tal modo, sconfessato l'orientamento giurisprudenziale che riteneva ammissibile la categoria concettuale della cd. «impossibilità giuridica»⁵⁷, ovvero derivante dall'esercizio di facoltà processuali o dalla tutela di valori costituzionalmente garantiti⁵⁸.

Se l'intervento del giudice costituzionale costituisce un punto fermo circa i limiti all'applicazione dell'art. 512 cpp, esso non ha certo risolto tutte le questioni che l'esegesi della norma ha posto a dottrina e

51. In materia di plausibilità del rischio per l'incolumità dei testimoni, in vista della giustificazione dell'anonimato di questi ultimi, vds. le sentenze *Van Mechelen e Altri c. Paesi Bassi*, cit., §§ 60-61; *Visser c. Paesi Bassi*, ric. n. 26668/95, 1° febbraio 2002, §§ 47-48; *Doorson c. Paesi Bassi*, cit., § 71; *Krasniki c. Repubblica Ceca*, ric. n. 51277/99, 28 febbraio 2006, §§ 80-83. In *Al-Khawaja e Tahery* (§ 123, *in fine*), la Corte ha precisato che, per quanto l'accertamento delle pressioni illecite sia un compito delicato, indagini appropriate possono consentire di superare eventuali difficoltà.

52. Vds. A. Scaglione, *Il regime*, op. cit., p. 364, nonché P. Ferrua, *L'indagine entra in dibattimento solo attraverso il contraddittorio*, in *Dir. giust.*, n. 7/2001, pp. 78 ss.

53. Cfr. Corte cost., 16 maggio 1994, n. 179, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1593.

54. Cfr. l'ordinanza di rimessione della Corte d'assise di Nuoro del 22 marzo 2000, in *Gazzetta ufficiale*, n. 23/2000, prima serie speciale.

55. Cfr. Corte cost., 25 ottobre 2000, n. 440, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 346. Tale pronuncia pare essere indice del fatto che, dopo la riforma dell'art. 111 Cost., il principio di «non dispersione – e, quindi, di conservazione – della prova», che tanta importanza aveva avuto nella giurisprudenza costituzionale fino alla sentenza n. 361/1998, non costituisce più, oggi, un parametro decisivo per valutare la legittimità delle norme. Circa l'«inattualità» di tale principio, cfr. Corte cost., ordinanze nn. 32 e 36 del 2002, rispettivamente in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1373 e in *Cass. pen.*, 2002, p. 1936, n. 620.

56. Non è mancato, tuttavia, chi – cfr. P. Ferrua, *Una garanzia "finale" a tutela del contraddittorio: il nuovo art. 526 comma 1-bis cpp*, in P. Tonini (a cura di), *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, CEDAM, Padova, 2001, p. 526, nota n. 10 – ritiene che non sia possibile optare per un'interpretazione adeguatrice dell'art. 512 cpp senza dichiararne l'illegittimità costituzionale.

57. Sulla quale cfr. C. Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 146 ss.

58. Quali, ad esempio, la protezione della psicologia del minore vittima di abusi sessuali: cfr. Cass., sez. III, 25 settembre 2000, G. e altri, in *Foro it.*, 2001, II, c. 19, con nota di G. Di Chiara. Sulla medesima pronuncia, vds. anche S. Ardita, *La prevedibilità ex art. 512 cpp dei fatti impeditivi della ripetizione della testimonianza in dibattimento. Il caso del minore affetto da grave forma di stress*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 616 e T. Cavallaro, *L'applicabilità dell'art. 512 cpp al caso in cui la salute psicologica del teste minorene sia a rischio*, *ivi*, 2002, p. 1060. Da segnalare che non è stata, invece, ritenuta riconducibile alla «libera scelta del dichiarante» l'impossibilità di ripetizione dovuta al suicidio del testimone: cfr. Cass., sez. I, 22 novembre 2002, Chiasso, in *Ced*, n. 223252.

giurisprudenza, un cui esame esaustivo esula dall'ambito del presente articolo.

In questa sede, è sufficiente richiamare brevemente le diatribe che hanno riguardato la fonte dell'irripetibilità o impossibilità. Quest'ultima può, infatti, essere concepita come necessariamente derivante da un evento *non addebitabile* all'uomo, nel senso di dover dipendere da forze fisiche o naturali⁵⁹, ovvero come evento *non superabile* da chi chiede l'assunzione della prova, e ciò a prescindere dal suo essere stata originata da un comportamento umano. Tale seconda concezione, in altre parole, pone l'accento sulla non imputabilità della situazione alla parte processuale, che non avrebbe potuto né evitarla né porvi rimedio con l'ordinaria diligenza, di modo che nessun rimprovero può esserle mosso⁶⁰.

È evidente che, seguendo tale ultima impostazione, è possibile configurare l'impossibilità oggettiva anche in situazioni causate da un atto volontario dell'uomo⁶¹, quale, ad esempio, l'evasione⁶² o l'irreperibilità⁶³. Rispetto a quest'ultima, che è alla base delle fattispecie che hanno dato origine a due sentenze di condanna del nostro Paese da parte della Corte europea⁶⁴, è opportuno svolgere alcune, pur succinte, considerazioni.

9. I possibili profili di criticità dell'ordinamento italiano. L'irreperibilità del testimone

A differenza di quanto avviene per l'imputato, nei confronti del quale un decreto di irreperibilità può essere emesso solo a seguito delle ricerche previste dall'art. 159 cpp, il codice non prevede alcuna disposizione specifica in materia di irreperibilità del testimone⁶⁵. Si ritiene tuttavia che, pur non potendo la normativa dettata per l'imputato essere estesa per analogia al testimone⁶⁶, quest'ultimo possa essere ritenuto oggettivamente non rintracciabile solo a seguito di accertamenti di fatto adeguati alle circostanze della fattispecie⁶⁷. Si tratterà, allora, di valutare caso per caso se le verifiche operate dalle autorità siano state sufficienti e se, al momento dell'assunzione delle dichiarazioni predibattimentali, fosse o meno prevedibile che il testimone sarebbe successivamente divenuto irreperibile. Ove sia ritenuta tale prevedibilità, l'art. 512 cpp non consente al giudice di disporre la lettura della deposizione assunta senza contraddittorio: la parte processuale avrebbe dovuto attivare la procedura di incidente probatorio⁶⁸, che può essere considerata una garanzia, tipica dell'ordinamento ita-

59. Si pensi alla morte o alla malattia grave del dichiarante; sembrano orientarsi, in tal senso, G. Monaco, *La riforma costituzionale del «giusto processo» penale*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 562.

60. Così M. Panzavolta, *Le letture, op. cit.*, pp. 3981-3983.

61. Si potrebbe, pertanto, avere impossibilità oggettiva anche a seguito del rifiuto del testimone di sottoporsi al contraddittorio. Il quinto comma dell'art. 111 Cost. opererebbe allora come norma di chiusura, nel senso di impedire che la condanna sia basata *esclusivamente* sulle dichiarazioni di chi ha liberamente scelto di non rispondere: cfr. V. Grevi, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, facoltà di non rispondere e garanzia del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progettato nuovo modello di «giusto processo»)*, in Aa. Vv., *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2000, p. 730 e F. Cordero, *Procedura Penale*, Giuffrè, Milano, 2000 (5a edizione), p. 730. Tale interpretazione, tuttavia, sembra smentita dalla sentenza della Consulta n. 440/2000 (citata in nota n. 55).

62. Cfr. Cass., sez. VI, 20 aprile 2001, Mutaf, in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, p. 224.

63. M. Panzavolta, *Le letture, op. cit.*, p. 3995, considera «corretto l'indirizzo che ritiene che l'irreperibilità può essere sussunta entro l'impossibilità dell'art. 512 cpp se consti l'imprevedibilità». In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. I, 13 giugno 2001, Bentouiza, in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, p. 355 e Cass., sez. I, 9 ottobre 2002, Nuredini Bujar, in *Ced.*, n. 222913.

64. Cfr. le sentenze *Bracci e Cafagna c. Italia*, cit.

65. Vds. M. Panzavolta, *Le letture, op. cit.*, p. 3993.

66. In effetti, l'art. 167 cpp, relativo alle notificazioni ad altri soggetti – e quindi ai testimoni – richiama l'art. 157, ma non l'art. 159 cpp: cfr. Cass., sez. II, 15 maggio 1996, Vassiliev, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2478 (secondo cui «il concetto di irreperibilità che vale per il testimone non è lo stesso che vale per l'imputato»), nonché Cass., sez. V, 18 dicembre 1996, Gregorian, *ivi*, 1998, p. 1404. *Contra*, nel senso che l'art. 159 cpp dovrebbe applicarsi analogicamente ai testimoni, con la conseguenza che sarebbero necessarie, dopo un primo infruttuoso accesso, ulteriori e accurate ricerche del dichiarante, vds. M. Panzavolta, *Le letture, cit.*, pp. 3994-3995.

67. Così I. Ciarniello, *Nota a Ass. app. Trieste* (ord. 26 ottobre 2004, S.S.), in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 898. Cass., sez. III, 25 gennaio 1993, Mei, in *Giur. it.*, 1994, II, c. 81, ricorda che, nella nozione di irreperibilità, rientra «il caso della impossibilità sia di rintracciare il soggetto, sia di individuarlo e di identificarlo». In senso analogo, vds. anche Cass., sez. V, 3 maggio 1996, Nocchiero, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3539. M. Panzavolta – *Le letture, op. cit.*, p. 3994 – considera deprecabile e meritevole di «ferma opposizione» l'orientamento che fa rientrare nella irreperibilità il caso della non identificazione: in tale ipotesi il testimone sarebbe ignoto, non irreperibile.

68. Va ricordato che, ai sensi dell'art. 392, comma 1, cpp, il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio «a) all'assunzione della testimonianza di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento; b) all'assunzione di una testimonianza quan-

liano, volta a controbilanciare le difficoltà che la difesa subisce a causa dell'omesso esame dibattimentale. Se, da un lato, tale mezzo sacrifica il principio dell'immediatezza, poiché il teste viene sentito da un magistrato diverso da quello che giudicherà sul merito delle accuse, dall'altro, fa salva la *cross-examination*, perché consente alla difesa di porre direttamente domande al dichiarante.

Secondo la nostra giurisprudenza, la prevedibilità dell'irreperibilità non può essere dedotta in maniera automatica dalle condizioni personali o dalla professione del testimone. Così, lo stato di «nomade»⁶⁹, la nazionalità extracomunitaria⁷⁰ e l'esercizio della prostituzione⁷¹ non possono configurare ipotesi di «irreperibilità permanente» con corrispettivo obbligo della parte che intende avvalersi delle dichiarazioni di questi soggetti di chiedere, sempre e comunque, l'incidente probatorio. E anzi, la giurisprudenza si è spinta fino a ritenere che l'emissione di un provvedimento di espulsione a carico del testimone non configuri, necessariamente, una fonte di prevedibilità della sua successiva non rintracciabilità⁷².

Altra questione, cui si è accennato in precedenza e che assume particolare rilevanza in ottica Cedu, concerne la possibilità di qualificare l'irreperibilità quale «volontaria sottrazione all'esame», ai sensi

degli artt. 111, comma 4, Cost. e 526, comma 1-bis cpp.

In giurisprudenza⁷³ e dottrina⁷⁴ si è osservato che l'irreperibilità, di per sé, configura una situazione «neutra». Le sue cause potrebbero prescindere del tutto dal processo nel quale essa si inserisce. In altre parole, pur potendovi essere una irreperibilità volontaria, teleologicamente orientata a evitare il contraddittorio, è altrettanto possibile che essa dipenda da fattori e circostanze del tutto diverse, e che il testimone non intenda in alcun modo sottrarsi alla *cross-examination*.

In regola generale, affinché si abbia una libera scelta⁷⁵ di sottrazione al confronto, occorrono taluni requisiti minimi: in primo luogo, il testimone deve sapere di essere chiamato a deporre in una certa data a un determinato processo; egli dovrebbe, inoltre, avere una elementare conoscenza della natura dell'obbligo che gli viene imposto; infine, deve aver deliberatamente deciso di non rendere testimonianza⁷⁶.

Alla luce di quanto precede, è evidente che, nel caso dell'irreperibilità, è più difficile configurare una volontaria sottrazione all'esame qualora il testimone, come nei casi *Bracci* e *Cafagna*, non abbia mai ricevuto la citazione a comparire all'udienza⁷⁷. Di converso, vi può essere una presunzione (vincibile dalla pro-

do, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso».

69. Cfr. Cass., sez. I, 28 settembre 1993, *Berisa*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2943; in dottrina, vds. C. Cesari, *L'irreperibilità sopravvenuta*, *op. cit.*, p. 181, nota n. 107 e M. Panzavolta, *Le letture, op. cit.*, pp. 3996-3997, secondo il quale «non si può (...) procedere a generalizzazioni tali da imporre regimi uniformi per certe categorie di soggetti; regimi che, peraltro, irrigidirebbero troppo il sistema, oltre ad essere «discriminatori»».

70. Vds. Cass., sez. I, 13 giugno 2001, *Bentouiza*, *cit.*; Cass., sez. III, 23 ottobre 2002, *Manazza*, in *Ced*, n. 223090; Cass., sez. I, 9 ottobre 2002, *Nuredini Bujar*, *cit.*

71. Osserva anzi Ass. app. Trieste, ord. 26 ottobre 2004, S.S., in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 895-897, che le circostanze che una donna avesse operato come prostituta in una relativamente ristretta fascia di territorio e che la stessa traesse il proprio sostentamento dal meretricio erano indizi che inducevano a ritenere «il rintraccio (...) della medesima come operazione di non particolare complessità». Inserendosi in questo filone giurisprudenziale, nel caso *Bracci c. Italia*, *cit.*, le giurisdizioni interne avevano concluso che le circostanze che entrambe le persone offese dal reato esercitassero la prostituzione e fossero di nazionalità extracomunitaria non bastassero, di per sé sole, a far ritenere prevedibile la loro successiva irreperibilità.

72. Così Ass. app. Trieste, ord. 26 ottobre 2004, S.S., *cit.*

73. Vds. Cass., sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 25, *Pantini*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1123.

74. Cfr. M. Panzavolta, *Le letture, op. cit.*, p. 3996.

75. Che, come nota giustamente M. Panzavolta, *op. ult. cit.*, p. 3988, non coincide con la scelta «lecita», e può, quindi, essere compiuta anche da chi, come il testimone, non ha il diritto di tacere.

76. Secondo C. Conti, *Irreperibilità volontaria del dichiarante e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 233, sarebbe necessario «l'intento di non sottoporsi all'esame», anche nella forma del dolo eventuale. *Contra*, vds. I. Ciarniello, *Nota a Ass. app. Trieste, op. cit.*, pp. 900-901, che ritiene più adeguato un accertamento modulato sul singolo caso, risolvendo secondo il *favor rei* ogni situazione di dubbio. Una questione delicata riguarda, poi, la necessità di un dolo specifico, che potrebbe essere fatto coincidere con l'intento di nuocere all'imputato od ostacolare il contraddittorio (cfr., in proposito, Trib. Milano, 1° marzo 2000, in *Foro ambros.*, 2000, p. 220). Contro tale tesi, vds. M. Panzavolta, *Le letture, op. cit.*, pp. 3989-3990, secondo cui la finalità perseguita da chi si sottrae al contraddittorio è indifferente: ciò che conta è il risultato della libera scelta, ovvero la lesione del diritto al confronto della parte processuale.

77. Situazione che secondo M. Panzavolta, *op. ult. cit.*, p. 3995, andrebbe definita come irreperibilità «in senso stretto».

va contraria) di volontarietà dell'assenza qualora, pur regolarmente citato, il testimone non sia comparso⁷⁸.

Se, sulla base di un accertamento di fatto, il giudice conclude che il testimone ha coscientemente e volontariamente deciso di rendersi irreperibile al fine di non deporre, dovrebbe intervenire il divieto costituzionale di cui all'art. 111, comma 4 (ripreso dall'art. 526, comma 1-bis cpp⁷⁹): la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni di chi, per libera scelta, si è sempre sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. Tale disposizione imporrebbe una regola di valutazione: ferma l'acquisibilità della prova, il giudice non potrà utilizzarla come mezzo per giungere a un verdetto di penale responsabilità⁸⁰.

Tale interpretazione eviterebbe ogni possibile contrasto con l'art. 6 Cedu: per costante giurisprudenza, tale norma non regola l'*ammissibilità* degli elementi di prova⁸¹, questione deferita ai tribunali e alla legge nazionali, ma pone limiti alla loro *utilizzazione* in danno dell'imputato se non vi è stato contro-esame. Ora, come evidenziato alla nota n. 27, un'attenta lettura della sentenza *Schatschaschwili* sembrerebbe suggerire che non possa esservi violazione dei principi dell'equo processo se le dichiarazioni sottratte al contraddittorio non hanno avuto almeno un "peso significativo" per la condanna dell'imputato.

Resta il fatto che, qualora sopraggiunga una causa oggettiva, imprevedibile e umanamente insuperabile che impedisce l'esame e non sia possibile ricondurre tale causa a una "libera scelta" del testimone⁸², è lecito, anche dopo la novella all'art. 111 Cost. e la riforma codicistica del cd. "equo processo", acquisire e utilizzare *in malam partem* dichiarazioni risalenti alle fasi delle indagini preliminari, con conseguente lesione del diritto dell'imputato al contro-interrogatorio. Nulla, poi, in diritto italiano impedisce al giudice di fondare la condanna, esclusivamente o in maniera decisiva, su tali dichiarazioni.

In tal senso, dunque, l'art. 512 cpp è, nella sua applicazione pratica, a rischio di contrasto con la Convenzione, e ad analoghe conclusioni può giungersi rispetto all'articolo 512-bis cpp.

Tale ultima norma, che pure configura un'ipotesi di impossibilità oggettiva, stabilisce che «il giudice, a richiesta di parte, può disporre, tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti, che sia data lettura dei verbali di dichiarazioni rese da persona residente all'estero anche a seguito di rogatoria internazionale se essa, essendo stata citata, non è comparsa e solo nel caso in cui non ne sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale».

Ora, la disposizione *de qua agitur* è all'origine della constatazione di violazione nel caso *A.M. c. Italia*, cit., e non pare che le modifiche apportate dall'art.

78. Situazione che, secondo l'Autore da ultimo citato in nota, costituirebbe una irreperibilità «in senso lato (o ampio)».

79. Norma che, secondo M. Panzavolta, *op. ult. cit.*, pp. 3985-3988 avrebbe scarsa utilità, essendo, sostanzialmente, ripetitiva della disposizione costituzionale e dei divieti di lettura di cui all'art. 500, comma 3, cpp. Essa avrebbe autonoma operatività solo nell'ipotesi dell'esame della parte privata disposto ai sensi dell'art. 503 cpp.

80. Cfr. Cass., sez. II, 22 gennaio 2002, Valerio, in *Ced*, n. 221839, nonché Ass. S. Maria Capua Vetere, sez. II, 18 aprile 2002, Abbate e altri, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 229. In dottrina, vds. P. Ferrua, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 1/2001, p. 63; *Id.*, *Una garanzia "finale" a tutela del contraddittorio*, *op. cit.*, pp. 522 e 525; P.P. Paulesu, *Volontaria sottrazione al contraddittorio e inutilizzabilità della prova per la colpevolezza*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 130; C. Conti, *Irreperibilità volontaria*, *op. cit.*, p. 231; I. Ciarniello, *Nota a Ass. app. Trieste*, *op. cit.*, p. 900. *Contra*, vds. M. Panzavolta, *Le letture*, *op. cit.*, p. 3985, che, opponendo all'esistenza di una distinzione, nella Costituzione, tra acquisizione e valutazione degli elementi a carico, considera tale opzione interpretativa incongrua sul piano dell'attribuzione dell'onore della prova. Ricorda V. Grevi, *Dichiarazioni*, *op. cit.*, pp. 847 ss., che il comma 4 dell'art. 111 Cost. è regola di inutilizzabilità relativa (ovvero *in malam partem*). In senso analogo, A. Scaglione, *Il regime*, *op. cit.*, p. 366, per il quale resta comunque ferma l'utilizzabilità delle dichiarazioni come prova dell'innocenza dell'imputato.

81. Cfr., *ex pluribus*, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 50; *Vaturi c. Francia*, cit., § 49; *De Lorenzo c. Italia*, cit.; *Lhermitte c. Belgio* [GC], ric. n. 34238/09, 29 novembre 2016, § 83; *Gäfgen c. Germania*, cit., § 163. Va anche ricordato che, a differenza di numerose altre disposizioni convenzionali (vds., ad esempio, gli artt. 8, 9, 10 e 11 Cedu), l'art. 6 non contiene alcun riferimento al rispetto della legge nazionale; un processo non cessa necessariamente di essere equo per il solo fatto di essere stato illegale: cfr. *P.G. e J.H. c. Regno Unito*, ric. n. 44787/98, 25 settembre 2001, §§ 76-81, in *Cass. pen.*, 2002, p. 214, nonché *Khan c. Regno Unito*, ric. n. 35394/97, 12 maggio 2000, § 34, e *Allan c. Regno Unito*, ric. n. 48539/99, 5 novembre 2002, § 42. D'altra parte, in tutti i casi in cui il nostro Paese è stato condannato per il non rispetto del diritto a interrogare i testimoni a carico, l'eccezione al principio del contraddittorio nel momento della formazione della prova era prevista da una specifica disposizione interna (segnatamente, gli artt. 512, 512-bis e 513 cpp). Come la Corte ha ripetuto a più riprese, essa non è chiamata a giudicare della compatibilità in astratto delle norme interne con la Cedu, ma a valutare se la loro applicazione pratica abbia, nel caso di specie, violato i diritti del ricorrente: cfr., *ex pluribus*, *Padovani c. Italia*, ric. n. 13396/87, 26 febbraio 1993, serie A, n. 257-B, § 24; *Hauschildt c. Danimarca*, ric. n. 10486/83, 24 maggio 1989, serie A, n. 154, § 45; e *De Lorenzo c. Italia*, cit.

82. Come avviene nei casi di morte (anche a seguito di suicidio), malattia grave o irreperibilità giudicata non preordinata alla sottrazione all'interrogatorio.

43, l. 16 dicembre 1999, n. 479⁸³ abbiano mutato la sostanza del problema: l'eventuale assenza del residente all'estero⁸⁴ all'udienza può portare all'utilizzazione delle sue dichiarazioni predibattimentali.

Ogniqualevolta i tribunali italiani applicheranno l'una o l'altra di tali disposizioni, vi sarà un potenziale *vulnus* del diritto a esaminare i testimoni a carico, con conseguente necessità di applicare al caso di specie gli *step* del "*test Al-Khawaja*", come precisati e chiariti dalla sentenza *Schatschaschwili*.

Pare a chi scrive che si potranno, se non evitare del tutto, quantomeno ridurre le pronunce di condanna a Strasburgo contro il nostro Paese con un'accresciuta attenzione alla fase di ricerca del testimone irreperibile, di modo che la sua mancata comparizione non possa essere imputata a negligenza dello Stato, e apprestando adeguate garanzie procedurali

compensatrici. Tra queste, spiccano un ampio ricorso alla procedura di incidente probatorio quando le circostanze facciano ritenere improbabile la presenza del dichiarante al processo, un'accresciuta prudenza nella valutazione della credibilità e della forza probatoria della *untested evidence* e la videoregistrazione sistematica degli interrogatori effettuati dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria nella fase delle indagini preliminari. In caso di indisponibilità del teste a dibattimento, tali videoregistrazioni potranno essere mostrate al giudice di merito, e accusa e difesa potranno argomentare sul loro contenuto. Pur privando la difesa dell'occasione di "minare" la versione del dichiarante con domande mirate, questa soluzione consente al tribunale di non limitare il proprio esame alla lettura di verbali, ma di osservare il comportamento del teste sotto interrogatorio.

83. Nel testo originario dell'articolo, il riferimento era alle dichiarazioni «rese dal cittadino residente all'estero se la persona non è stata citata, ovvero, essendo stata citata, non è comparsa».

84. Peraltro, la giurisprudenza ha attenuato l'ambito applicativo della norma, precisando che essa non si applica a stranieri che, pur conservando residenza all'estero, abbiano avuto dimora in Italia per un tempo apprezzabile: cfr. Ass. app. Trieste, ord. 26 ottobre 2004, S.S., cit.

La tutela della parte offesa non costituita parte civile

di Giuseppe De Marzo

L'Autore esamina la nozione di *parte del processo*, ai fini della garanzia della ragionevole durata del processo, all'interno del sistema della Convenzione e alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

1. Il tema degli strumenti che l'ordinamento giuridico pone a disposizione della persona che abbia subito un pregiudizio a causa della commissione di un reato è evidentemente destinato a trovare mutevoli soluzioni, affidate, in larga misura, alla discrezionale valutazione del legislatore domestico.

Nella prospettiva del rapporto con le garanzie della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, si è posta la questione della possibilità di configurare una violazione del principio della ragionevole durata nel processo, con riguardo al danneggiato che non abbia avuto la possibilità di costituirsi parte civile e per effetto dello spirare del termine di prescrizione del reato.

In particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza 7 dicembre 2017, nel caso *Arnoldi c. Italia* (ric. n. 35637/2004), ha ritenuto che in tali casi sussista, nei confronti del danneggiato, la violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione.

La soluzione è diametralmente opposta a quella accolta dalla giurisprudenza interna italiana, che esclude la sussistenza, in capo al danneggiato, della qualità di parte¹.

Nella sentenza del 7 dicembre 2017, il caso era scaturito dalla vicenda della proprietaria di un immobile, la quale, nella sua denuncia, aveva lamentato la falsità della dichiarazione sottoscritta dal titolare

dell'appartamento confinante e da quattro testimoni, avente ad oggetto la data risalente di realizzazione di un manufatto. Per effetto di tale dichiarazione, l'amministrazione comunale aveva escluso che potesse ordinarsi la demolizione dell'opera. Nonostante i ripetuti solleciti rivolti dalla denunciante, il procedimento era infine stato archiviato per intervenuta prescrizione.

Coerentemente alla costante giurisprudenza di legittimità, la Corte d'appello adita aveva dichiarato il ricorso della Arnoldi, finalizzato a conseguire la riparazione dei danni materiali e morali sofferti per la durata eccessiva del procedimento penale, inammissibile, in quanto, per il soggetto leso, il periodo da prendere in considerazione al fine di determinare la durata del procedimento decorre dalla data di costituzione formale come parte civile. Pertanto, la persona danneggiata dal reato che non si sia costituita parte civile non può lamentarsi della durata eccessiva del procedimento penale, ancorché sia stata proprio la durata delle indagini preliminari a impedire tale iniziativa, consentita solo a partire dall'udienza preliminare. Del resto, ha osservato la Corte d'appello, alla stregua della consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione, il danneggiato può sempre esercitare i suoi diritti, proponendo un'autonoma azione in sede civile.

1. Si vedano, ad esempio, a riprova del carattere risalente e costante dell'orientamento: Cass. civ., 30 gennaio 2003, n. 1405; Cass. civ., 24 luglio 2003, n. 11480; Cass. civ., 19 settembre 2003, n. 13889; Cass. civ., 12 gennaio 2007, n. 569; Cass. civ., 3 aprile 2012, n. 5294; Cass. civ., 27 aprile 2016, n. 8291; Cass. civ., 21 dicembre 2016, n. 26625.

2. La posizione della Corte di Strasburgo è stata piuttosto netta.

Essa ha ricordato:

a) che, secondo la Corte costituzionale, la persona offesa nel procedimento penale, indipendentemente dalla costituzione di parte civile, anche nel nuovo codice, conserva la veste di soggetto eventuale del procedimento o del processo, e non di parte²;

b) che, ai sensi dell'art. 79 cpp, la parte danneggiata può costituirsi parte civile a partire dall'udienza preliminare e che, prima di tale momento, può esercitare determinati poteri (art. 90 cpp), in ordine ai quali le autorità interne sono tenute a fornire tempestiva informazione (art. 90-bis cpp);

c) che, tra l'altro, la persona offesa ha diritto di essere informata, senza pregiudizio del segreto investigativo, decorsi sei mesi dalla data di presentazione della denuncia o della querela, in ordine allo stato del procedimento (art. 335, comma 3-ter, cpp), di svolgere attività investigativa (art. 327-bis cpp), di essere assistita da un difensore (art. 101 cpp);

d) che, in tema di equa riparazione per irragionevole durata del processo penale, la persona offesa dal reato o il querelante, anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs n. 212/2015, che ha rafforzato la posizione della vittima del reato, non possono considerarsi parti del suddetto procedimento prima della loro costituzione come parte civile, non avendo un autonomo diritto a che il reo sia sottoposto a pena e neppure, dunque, alla tempestività della decisione di assoluzione o di condanna dell'imputato in sé sola considerata, senza che ciò contrasti con gli artt. 3 e 24 Cost., ben potendo la persona offesa svincolarsi dall'esito di quel procedimento, promuovendo un'autonoma domanda risarcitoria in sede civile ovvero, quando possibile, costituirsi parte civile nel procedimento penale, senza alcuna compromissione del proprio diritto di difesa³.

Ciò posto, la Corte si è posta l'interrogativo se il potere riconosciuto al danneggiato di adire autonomamente il giudice civile giustifichi l'orientamento ricordato, da ultimo, in tema di applicabilità della cd. "legge Pinto", ossia se valga a mettere fuori gioco la possibilità di richiedere l'equa riparazione per il caso che la durata eccessiva del procedimento penale impedisca persino la costituzione di parte civile quante volte, come nella specie, non si giunga neppure all'udienza preliminare.

La risposta della Corte europea, adottata all'unanimità, pur se corredata da una *concurring opinion* del giudice Koskelo, alla quale ha aderito il giudice Ei-

cke, è stata nel senso di ritenere che l'eccessiva durata del procedimento penale abbia leso i diritti di carattere civile del danneggiato.

3. In sintesi, i capisaldi argomentativi sono i seguenti:

- a) il diritto di far perseguire penalmente o di ottenere la condanna di una persona non assume rilievo in sé considerato, ma in quanto l'esito del procedimento sia determinante per i diritti di carattere civile che vengono in rilievo;
- b) la questione dell'applicabilità dell'art. 6, par. 1, della Convenzione non può dipendere dal riconoscimento dello *status* formale di parte, alla stregua del diritto interno, in quanto lo spirito della Convenzione impone di andare al di là delle apparenze e di cercare la sostanza della situazione controversa;
- c) in definitiva, diviene essenziale accertare se il richiedente intenda ottenere la protezione di un suo diritto civile o far valere il suo diritto al risarcimento nel quadro del procedimento penale e se l'esito delle indagini preliminari sia determinante per il diritto di carattere civile in causa;
- d) sotto il primo profilo, il conseguimento di una riparazione, ancorché simbolica, o di una forma di protezione identifica condizioni non cumulative, ma alternative, destinate a evitare la tutela di forme di vendetta privata o il riconoscimento di una *actio popularis*;
- e) sotto il secondo profilo, è necessaria una considerazione non astratta, ma alla luce delle peculiarità del sistema giuridico nazionale e del caso di specie;
- f) in quest'ultima prospettiva, la sfera di poteri riconosciuti al soggetto danneggiato nella fase delle indagini preliminari può assumere rilievo determinante, in particolare alla luce del possibile deteriorarsi delle prove con il passare del tempo e, comunque, in un contesto ordinamentale retto dal principio di legalità e obbligatorietà dell'azione penale.

Alla stregua di tali considerazioni, la Corte Edu ha ritenuto che, nell'ordinamento italiano, la posizione della persona offesa in attesa di costituirsi parte civile, proprio in ragione dei poteri che le sono riconosciuti, non differisca nella sostanza, ai fini dell'applicabilità dell'art. 6 Cedu, da quella della parte civile.

2. Corte cost., 27 luglio 2011, n. 254; si vedano anche le considerazioni svolte da Corte cost., 27 febbraio 2015, n. 23.

3. Cass. civ., 21 dicembre 2016, n. 26625.

4. Il nucleo fondante della decisione si coglie nella nozione autonoma di «parte» delineata dalla Corte di Strasburgo, tenendo conto delle finalità protettive perseguite dall'art. 6, par. 1, Cedu.

In definitiva, non si tratta di individuare, secondo la prospettiva e gli obiettivi del legislatore domestico, una nozione di “parte” come soggetto che abbia rivolto una richiesta al giudice, ma, nella dimensione sovranazionale, di accertare se il soggetto sia o non legittimato a partecipare al procedimento, della cui ragionevole durata si tratta, in quanto destinatario di doveri di informazione strumentali e di poteri procedurali, riconosciuti in vista della protezione di interessi di natura civile.

In tale cornice di riferimento, la possibilità alternativa di rivolgersi al giudice civile appare alla Corte europea completamente fuori campo, in quanto non è il potere di ottenere audizione da un giudice che viene in questione, ma la lentezza della procedura alla quale la persona, per effetto di scelte dello stesso ordinamento interno, ha diritto di partecipare.

Rispetto a tali esigenze, allora, non ha senso, secondo la sentenza *Arnoldi*, interrogarsi sull'avvenuta formulazione di una domanda alla quale il giudice abbia il dovere di rispondere, ma di ricostruire il quadro concettuale nel quale individuare il titolare dell'interesse giuridicamente protetto alla sollecita definizione del procedimento, il cui esito è destinato a incidere in modo determinante sulla protezione delle sue ragioni.

5. Pure, ci pare che delle perplessità nell'approdo interpretativo non riescano a dissolversi.

Non si tratta, evidentemente, di mettere in discussione la nozione autonoma di parte, ai fini di cui all'art. 6 della Convenzione, ma di considerare innanzitutto, seguendo i capisaldi argomentativi sopra ricordati, che la finalità ultima perseguita dal richiedente non può valere a stravolgere la correlazione funzionale che lo stesso art. 6 istituisce tra la pretesa al sollecito svolgimento del processo e la partecipazione allo stesso del richiedente, in quanto protagonista della “sua” causa.

Non si tratta, quindi, di assumere come determinanti, in via immediata, le qualificazioni operate dall'ordinamento, ma di considerare che l'accertamento dell'esistenza di un processo nel quale un soggetto possa essere identificato come parte è condizionato inevitabilmente dalle scelte del legislatore interno, al quale spetta di determinare, anche nel quadro dei diritti garantiti dalla Convenzione, quali siano le modalità più idonee a garantirne la protezione effettiva.

Ora, in tale ottica, ci pare che la ricostruzione della sentenza *Arnoldi* sovrapponga piani completamente distinti.

Innanzitutto, non è detto che la persona offesa, ossia la persona titolare dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice, sia anche il danneggiato.

Soprattutto, se anche si riconosce che le riflessioni in esame valgono per la persona offesa che abbia subito un pregiudizio, non si può fare a meno di rilevare, nella verifica dei poteri riconosciuti dal codice di procedura penale alla prima nel corso delle indagini preliminari – accertamento indispensabile, secondo quanto si è sopra rilevato, anche alla stregua della giurisprudenza di Strasburgo – che, nel nostro ordinamento, i numerosi diritti e le numerose facoltà riconosciute alla persona offesa, pur strumentali, in prospettiva, all'esercizio dell'azione civile, non ne rappresentano l'esercizio, in quanto quest'ultimo presuppone determinazioni del pubblico ministero che, ancorché sottoposte al sindacato giurisdizionale, restano essenzialmente autonoma espressione delle valutazioni della pubblica accusa.

In altre parole, attraverso tali diritti e tali facoltà, solo indirettamente la persona offesa persegue i suoi interessi, ma certamente non esercita direttamente il diritto civile alla pretesa risarcitoria o riparatoria, ossia quei diritti alla cui protezione è funzionale la ragionevole durata del processo.

Non per sostituire nozioni domestiche a quelle convenzionali, ma solo perché è la stessa Convenzione che impone l'esame delle regole procedurali interne, sia pure in una prospettiva sostanzialistica e non formalistica, deve allora rilevarsi, ad esempio, che – ieri come oggi (ossia sia prima che dopo la riforma attuata dalla l. n. 103/2017) – le decisioni rese dal giudice per le indagini preliminari sulla richiesta di archiviazione sono sindacabili, attualmente col rimedio del reclamo previsto dall'art. 410-bis cpp, esclusivamente per violazione del contraddittorio con la persona offesa.

Il che dimostra che anche il richiamo al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale è del tutto fuori fuoco, se riguardato nella prospettiva delle facoltà riconosciute alla persona offesa, la quale non dispone di alcun rimedio, ad esempio, per ottenere, una volta assicurato il contraddittorio, una verifica sulla correttezza della soluzione del giudice quanto alla non configurabilità del reato, per quanto macroscopica possa essere la distanza tra le valutazioni del pubblico ministero e dello stesso giudice e l'orientamento della giurisprudenza di legittimità.

Escluso, pertanto, che il complesso dei poteri e facoltà attribuiti alla persona offesa valga a dimostrare una diretta e immediata protezione assicurata agli interessi di quest'ultima, può venire in rilievo, piuttosto (ma si tratta di questione diversa, non sovrapponibile, appunto, e correlata ad altro parametro convenzionale), il tema della effettività della tutela giurisdizionale.

In altri termini, il fatto che l'esito delle indagini preliminari sia determinante per il diritto di carattere civile in causa non ha nulla a che fare con la nozione di "parte" e porrebbe del tutto ragionevolmente un problema di garanzia convenzionale, anche se l'ordinamento interno neppure consentisse la costituzione di parte civile nel processo penale.

In tal caso, infatti, l'inerzia delle indagini comprometterebbe un accertamento dei fatti ai quali la persona offesa non può ragionevolmente aspirare con mezzi privati.

Ci pare, pertanto, che, in disparte la questione del diritto all'accesso alla giustizia, lo specifico diritto alla ragionevole durata del processo ha un significato, in quanto il processo sia stato promosso, attraverso l'esercizio del rimedio predisposto dall'ordinamento con riferimento alle controversie su diritti e obbligazioni.

Si tratta di propugnare non una nozione formalistica di parte, ma una nozione ricostruita in relazione alle finalità di tutela perseguite dalla Convenzione, ossia di assicurare una celere definizione delle controversie che investano diritti.

6. La sollecitazione della Corte ad andare oltre il dato letterale per cogliere lo scopo protettivo della Convenzione, che rappresenta la "stella polare" nell'individuazione del significato delle nozioni adoperate o, se si preferisce, nell'accertamento della portata delle regole di tutela delineata dallo strumento internazionale, induce piuttosto a una diversa riflessione.

Nella tradizione interna, la posizione della parte civile nel processo penale è, d'ordinario, vista in termini sostanzialmente recessivi, proprio in considerazione della finalità principale del processo penale.

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale si leggono ripetuti cenni al fatto che «l'inserimento dell'azione civile nel processo penale pone in essere una situazione in linea di principio differente rispetto a quella determinata dall'esercizio dell'azione civile nel processo civile è (...), e ciò in quanto tale azione assume carattere accessorio e subordinato rispetto all'azione penale, sicché è destinata a subire tutte le conseguenze e gli adattamenti derivanti dalla fun-

zione e dalla struttura del processo penale, cioè dalle esigenze, di interesse pubblico, connesse all'accertamento dei reati e alla rapida definizione dei processi»⁴.

Da tale premessa discende la conseguenza che, quando il danneggiato, «previa valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi insiti nella opzione concessagli», scelga di esercitare l'azione civile nel processo penale, invece che nella sede civile, «non è dato sfuggire agli effetti che da tale inserimento conseguono»⁵.

La sentenza *Arnoldi*, tuttavia, ci pare possa indurre a un ripensamento di tali conclusioni tutte le volte che, in un giudizio di bilanciamento dagli esiti non scontati, la soluzione domestica, sia essa di fonte legislativa o giurisprudenziale, finisca per tradursi in un'irragionevole compressione del diritto della parte civile a vedere soddisfatte le proprie ragioni all'interno del processo penale (e fintanto che, s'intende, tale percorso processuale sia consentito dal legislatore).

Un esempio recente di tali questioni sembra provenire dalle conseguenze dell'introduzione, nel nostro ordinamento, della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto.

Nella giurisprudenza di legittimità, prevale decisamente la tesi che ritiene preclusa la possibilità di decidere sulla domanda proposta dalla parte civile, poiché si può far luogo alle statuizioni civili nel giudizio penale solo in presenza di una sentenza di condanna o nelle ipotesi previste dall'art. 578 cpp, tra le quali non rientra quella di cui all'art. 131-bis⁶.

Del tutto minoritario è l'orientamento secondo cui la sussistenza della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, in sede di legittimità, lascia ferme le statuizioni civili disposte dal giudice di merito⁷.

Tuttavia, se anche non si dubita del carattere generale dell'art. 578 cpp, insuscettibile di applicazione analogica⁸, pure, nel contesto di economia dei mezzi processuali e di conservazione delle attività svolte – da non disperdere, se tale esito non sia imposto da esigenze sistematiche –, non può farsi a meno di rilevare che altro è il caso dell'*abolitio criminis*, destinata a paralizzare i poteri di accertamento del giudice penale, altro è il caso in cui opera una causa di non punibilità, che non preclude affatto l'esercizio di

4. Corte cost., 19 luglio 1994, n. 353 e 8 luglio 2009, n. 217.

5. Corte cost., 3 aprile 1996, n. 94 e 23 dicembre 1998, n. 424.

6. Cass., 6 dicembre 2016 – 10 febbraio 2017, La Mastra, rv. 269449; vds. anche Cass., 28 giugno 2017 – 3 agosto 2017, n. 38762, Izzo, rv. 270925, secondo la quale è inammissibile per mancanza di interesse il ricorso della parte civile, proposto, in assenza di impugnazione da parte del pubblico ministero, avverso la sentenza con cui si è dichiarata la non punibilità per particolare tenuità del fatto.

7. Cass., 7 ottobre 2015 – 3 dicembre 2015, V., rv. 265467.

8. Vds., di recente, Cass., sez. unite, 29 settembre 2016, n. 46688, Schirru.

tali poteri, ma li presuppone così come presuppone la verifica di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito. Ne consegue che, davvero, non s'intende quale sia la ragione per far pagare alla parte civile il prezzo della necessità di iniziare nuovamente l'azione penale e all'imputato stesso un costo maggiorato di spese per la controparte⁹.

In tale contesto, appare necessaria una rinnovata riflessione interna, anche a livello legislativo, o,

in radice, sulla opportunità di conservare l'innesto dell'azione civile nel processo penale o, più conservativamente, sulla consapevolezza che, una volta riconosciuta tale possibilità, non è possibile sbrigativamente risolvere ogni questione alla luce del carattere recessivo della posizione del danneggiato, trascurando del tutto l'affidamento sulla ragionevole durata degli strumenti processuali che l'ordinamento, nella sua autonomia, mette a disposizione dei consociati.

9. Se è vero, come ricorda la citata sentenza n. 46688 del 2016, che l'arresto dell'azione civile nel processo penale per una causa esogena come l'abrogazione del reato consente al danneggiato di richiedere le spese sostenute – oltre a quelle che andrà a sostenere per riproporre l'azione – nella sede civile.

Dialogo tra le corti e giurisprudenze a confronto sulla controversa natura delle sanzioni amministrative

di Renato Bernabai

Il testo esamina le diverse posizioni della giurisprudenza nazionale e della Corte Edu in materia di sanzioni amministrative, soffermandosi sul problema della loro qualificazione giuridica, dell'applicabilità del principio del *ne bis in idem* e di quello della retroattività in mitius delle relative norme.

1. Premessa

È opinione corrente in dottrina che, in tema di tutela dei diritti fondamentali, si vada verso la realizzazione di un sistema giuridico generale e stratificato, alla cui formazione concorrano la normativa primaria interna, quella comunitaria e quella internazionale, cui corrispondono diverse corti di riferimento, con la fusione di orizzonti costituzionali prefigurata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 53).

Con particolare riguardo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte costituzionale, con le pronunce gemelle nn. 348 e 349 del 2007 – rispettivamente, in tema di espropriazione per pubblica utilità e di occupazione acquisitiva –, ha chiarito che le sue disposizioni, così come interpretate dalla Corte Edu, integrano, quali norme interposte, il parametro di cui all'art. 117 Cost., nella parte in cui impone la conformazione ai vincoli internazionali: con riflessi, quindi, su possibili profili di illegittimità delle norme interne. Il giudice, lungi dal disapplicare la norma interna, deve quindi sollevare questione di legittimità costituzionale, in caso di rilevata incompatibilità.

Al riguardo, va ricordato che il 2 aprile 2013 è stato aperto alla firma il Protocollo n. 16, che introduce la inedita possibilità, per i giudici nazionali di ultima istanza, di rivolgersi direttamente alla Corte di Strasburgo per chiedere un parere consultivo o un'opinione non vincolante sull'interpretazione del diritto della Cedu su questioni di principio della Convenzione e dei protocolli.

Si profila, pertanto, il rischio di una triplice pregiudizialità: potendo il giudice di ultima istanza ritenere necessarie, nel corso dello stesso giudizio, sia la pregiudiziale costituzionale, sia quella comunitaria, sia quella convenzionale, con effetti pregiudizievoli sulla durata ragionevole del processo. In più, si prospettano profili di contrasto tra talune affermazioni della Corte europea e principi del nostro ordinamento, anche di rilievo costituzionale, che pongono delicati problemi di composizione e financo di controlli da opporre in sede giurisdizionale.

2. La problematica delle sanzioni amministrative

Fondamentale – anche se non radicalmente innovativa – si palesa, sul tema, la sentenza 4 marzo 2014 della Corte Edu, *Grande Stevens e altri c. Italia*, con cui è stata riconosciuta la violazione dell'art. 6 Cedu (e dell'art. 4 Protocollo n. 7), in tema di abusi di mercato, per contrasto con il diritto al giusto processo e con il divieto del *ne bis in idem*. Il caso, che ha ricevuto ampia eco nei mezzi di comunicazione, anche per la notorietà dei personaggi implicati, trae origine da una contestazione di manipolazione del mercato in conseguenza di un comunicato al pubblico, non del tutto veritiero, relativo a una complessa vicenda finanziaria, che non faceva cenno a un progetto di rinegoziazione, al fine – secondo l'addebito – di evitare possibili effetti sul prezzo delle azioni di altra società di primaria importanza.

Ne conseguiva un procedimento amministrativo davanti alla Consob, la cui decisione di condanna era poi ridotta dalla Corte di appello di Torino, con ammende variabili tra 500.000 e 3 milioni di euro (oltre all'interdizione dall'amministrare, dirigere o controllare società quotate in borsa per un tempo compreso tra due e quattro mesi), divenendo, infine, esecutiva a seguito di rigetto del ricorso per cassazione.

A esso faceva seguito un procedimento penale, con condanna in primo e secondo grado, annullata peraltro dalla Corte di cassazione per prescrizione dei reati.

Il successivo ricorso davanti ai giudici di Strasburgo aveva a oggetto la violazione dell'art. 6 Cedu per contrasto del procedimento amministrativo davanti alla Consob con il principio del giusto processo (sotto diversi profili: mancanza del contraddittorio; mancata pubblicità del procedimento), nonché per violazione del divieto del *ne bis in idem*, sancito nell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione, data la sostanziale identità di natura, nella specie, della pena per il reato e della sanzione amministrativa (artt. 187-ter e 185, punto 1, d. lgs n. 58/1998).

Nell'accogliere *in parte qua* il ricorso, la Corte europea ha enunciato i seguenti principi:

- 1) le sanzioni derivanti dalla violazione dell'art. 187-ter, comma 1, d. lgs 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico sull'intermediazione finanziaria - Tuf) hanno natura penale ai fini dell'art. 6 Cedu;
- 2) la Consob non offre le garanzie di imparzialità proprie dell'equo processo penale, perché i ricorrenti non sono stati posti in condizioni di conoscere e di interloquire, né mediante memorie e documenti né tramite audizione orale, relativamente a tutti gli atti istruttori del procedimento amministrativo; inoltre, non c'è stata eguaglianza tra accusa e difesa, è mancata un'udienza pubblica e si è realizzata un'ibrida commistione, nel medesimo organo, di competenze istruttorie e giudicanti;
- 3) il successivo procedimento di opposizione, dinanzi alla corte d'appello, è viziato anch'esso dall'assenza di un'udienza pubblica;
- 4) il procedimento *ex art. 185 Tuf*, dopo che vi era stata condanna definitiva per la violazione dell'art. 187-ter, ha dato luogo a violazione del divieto del *ne bis in idem* stabilito all'art. 4 del Protocollo n. 7.

Trattandosi di aspetti critici suscettibili di reiterazione casistica, appare opportuno saggiarne la compatibilità con il diritto vivente interno.

3. La concezione sostanzialistica della natura penale delle norme

L'ipostatizzazione del canone di equiparazione della sanzione amministrativa a quella penale, enunciato dalla Corte Edu con riferimento a fattispecie concrete, può portare ad antinomie irriducibili con principi di rango costituzionale, oltre che di consolidata tradizione dogmatica. Tali sono, ad esempio: la riserva assoluta di legge per le norme penali (art. 25 Cost.), che comporterebbe l'illegittimità di ogni sanzione afflittiva di matrice regolamentare; la presunzione di non colpevolezza (pure affermata in Corte Edu, *Grayson e Barnham c. Regno Unito*, 23 settembre 2008), che, interpretata in tutta la sua estensione, renderebbe illegittima la provvisoria esecutività di condanne pecuniarie, normale in materia extrapenale e vieppiù potenziata, nel diritto amministrativo, al rango di esecutorietà, nei casi previsti dalla legge: con possibilità della stessa pubblica amministrazione di eseguire il proprio provvedimento in regime di autotutela.

Soprattutto, l'assimilazione *quoad effectum* delle fattispecie punitive comporterebbe, di necessità, il divieto di retroattività della sanzione amministrativa, da un lato; dall'altro, l'opposta retroattività della *lex mitior* (patrocinata da parte della dottrina), a somiglianza dell'*abolitio criminis* o dell'attenuazione della pena in senso stretto (art. 2, commi 2 e 3, cp).

Non senza aggiungere che la *vis expansiva* dell'assimilazione sarebbe potenzialmente in grado di investire anche fattispecie sanzionatorie di tipo civile (*astreinte*, condanna per lite temeraria *ex art. 96 cpc*, come pure danni punitivi, qualora riconosciuti ammissibili nel nostro ordinamento) e financo disciplinari.

La portata imprevedibile degli effetti a cascata di questa impostazione concettuale induce a ritenere che la strada da seguire sia, piuttosto che l'equiparazione indifferenziata (che, tra l'altro, segnerebbe, in controtendenza con una politica del diritto evolutiva, un *mouvement de pénalisation* di segno culturalmente regressivo), la tecnica del *distinguishing*; ciò senza escludere *a priori* la rilevanza di aspetti profondamente distintivi tra le fattispecie: ad esempio, la mancanza della pena reclusiva, l'aggravamento da recidiva e, in generale, lo stigma sociale incontestabilmente più grave per il soggetto attinto da condanna penale.

Né appare riferibile al legislatore italiano l'eventuale espediente elusivo, pure adombrato in talune enunciazioni teoriche della giurisprudenza di Strasburgo, di una configurazione amministrativa dell'illecito proprio al fine di evitare le accentuate garanzie proprie del processo penale (cd. "*truffa delle etichette*"): atteggiamento da Stato autoritario che, pur non

assente storicamente nella passata normativa italiana (le vecchie *misure di confino*, irrogate da autorità amministrative per la diffidenza del regime fascista verso la residua autonomia della magistratura), non sembra francamente ipotizzabile in un moderno Stato di diritto fondato su valori democratici.

In sintesi, la ricorrenza di specifici caratteri comuni non comporta, di necessità, la *reductio ad unum* della sanzione amministrativa e penale a tutti gli effetti, in virtù di assonanze formali, talvolta ridondanti nella magia delle parole (“*afflittività*”) – oltre al rilievo che una pluralità di sanzioni (detentiva, pecuniaria, interdittiva) è, spesso, prevista cumulativamente dalla stessa normativa penale, a fini diversi e non sovrapponibili.

Lo stesso approccio sostanzialistico e pragmatico della Corte Edu, peraltro, è d’ausilio nell’evitare derive interpretative eversive dei tradizionali confini tra fattispecie tradizionalmente distinte e di matrice eterogenea, che appaiono imputabili, il più delle volte, a una non disinteressata strategia difensiva in sede processuale.

In ordine al secondo e terzo motivo di condanna sopra indicati, riconducibili alla carenza di garanzie di imparzialità proprie dell’equo processo penale, si osserva che, se le garanzie fossero già assicurate nella fase amministrativa, neppure sarebbe necessaria la successiva fase giurisdizionale.

Al riguardo, l’art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 («*Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*») prescrive che «*i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all’irrogazione della sanzione*».

In senso analogo, prescrive l’art. 187-*septies*, comma 2, Tuf, con riguardo alle sanzioni Consob: «*(...) il procedimento è retto dei principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*»; tuttavia il nuovo regolamento della Consob, emanato con deliberazione del 19 dicembre 2013, n. 18750, non risolve tutte le criticità.

La stessa direttiva comunitaria 2003/6/CE, sugli abusi di mercato (*market abuses*), contiene, al *considerando* n. 44, analoghe prescrizioni: «*La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente dalla Carta dei diritti dell’Unione Europea*».

Non sembra, comunque, che la sentenza *Grande Stevens* ponga, sul punto, difficoltà di adattamento insormontabili, visto che ha ritenuto sufficiente il sindacato giurisdizionale successivo della corte d’ap-

pello per ristabilire il rispetto del diritto di difesa: ciò mette al riparo da infrazioni, se anche il principio del contraddittorio resti non pienamente garantito nel procedimento amministrativo.

Un elemento di criticità può essere ravvisato, semmai, nella ritenuta esigenza di un’udienza pubblica, visto il ricorso sempre più frequente, nel sistema processuale italiano, al giudizio camerale. Quest’ultimo, peraltro, rispettando la struttura bilaterale e il diritto alla prova, non lede, di per sé solo, il principio del contraddittorio, come ripetutamente enunciato dalla Corte costituzionale, che ha parlato di un «*contenitore neutro*», idoneo alla trattazione di diritti soggettivi e della discrezionalità legislativa nella conformazione di modelli processuali (cfr., *ex plurimis*, Corte cost., 16 aprile 1985, n. 103; Corte cost., 9 gennaio 1997, n. 7; Corte cost., 16 gennaio 2002, n. 35).

4. *Ne bis in idem*

Il principio del *ne bis in idem*, comune a ogni ordinamento europeo, è sancito nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo dall’art. 4, par. 1, Protocollo n. 7 («*Nessuno può essere perseguito e condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale sia già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva, conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato*»).

Se non vi sono contrasti, in sede concettuale, sull’esistenza del divieto, difficoltà non lievi sorgono, invece, dalla delimitazione del suo campo di applicazione.

In varie materie – tra cui la manipolazione del mercato – vige, infatti, in Italia il principio del cd. “*doppio binario*”: le condotte possono essere punite sia con sanzione penale, sia con sanzione amministrativa – nel caso *Grande Stevens*, rispettivamente, ex artt. 185 («*Manipolazione del mercato*») e 187-*ter* («*Abuso di informazioni privilegiate*») Tuf.

La Corte di Strasburgo, svalutando però il *nomen iuris* in favore di un’interpretazione sostanzialistica, procede ad autonome ridefinizioni, che l’hanno portata a qualificare come «*penalty*» qualsiasi misura di carattere punitivo capace di incidere pesantemente nella sfera soggettiva degli individui (prassi interpretativa risalente, almeno a partire dalla sentenza *Engel c. Paesi Bassi*, dell’8 giugno 1976).

In tale cornice concettuale, diventano discriminanti il carattere non meramente risarcitorio, o ripri- stinatorio, della sanzione e la sua gravità: requisiti, però, da valutare alternativamente, e non cumulativamente.

Sono state ritenute, in tal modo, *penali*, ex art. 6 Cedu, le sanzioni amministrative pecuniarie previste

dalla l. n. 689/1981, perfino con riferimento alle più modeste fattispecie di violazione di norme sulla circolazione stradale (Corte Edu, *Varruzza c. Italia*, 9 novembre 1999, riguardo a un'ammenda per eccesso di velocità).

In quest'ottica, perfino le sanzioni irrogate dalla Commissione europea sono soggette a una cognizione penetrante (come nel caso *KME Germany c. Commissione europea* – Cgue, sez. II, 8 dicembre 2011, C-272/09 P). la Corte di giustizia dell'Ue ha statuito, al riguardo, che il giudice non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione al fine di rinunciare a un controllo approfondito, in fatto e in diritto, senza astenersi, in particolare, dal controllo dell'interpretazione della Commissione di dati di natura economica e senz'alcuna deferenza giudiziaria: «*The judge cannot use the Commission's margin of discretion as a basis for dispensing with the conduct of an in-depth review of the law and of the facts. The principle of effective judicial protection is a general principle of EU law to which expression is now given by article 47 of the Charter and which corresponds, in EU law, to article 6 of the ECHR*».

Siffatto indirizzo giurisprudenziale collide frontalmente con la distinzione, su base rigorosamente formale, imposta nell'ordinamento italiano dal dettato legislativo, costituzionale e ordinario. La distonia oggettiva tra la giurisprudenza europea e la tradizione culturale italiana è suscettibile, infatti, di porre, sotto il profilo in esame del *ne bis in idem*, problemi non lievi di compatibilità.

Il divieto di concorso reale di sanzioni produrrebbe, infatti, effetti processuali inammissibili nel nostro ordinamento: l'eventuale irrogazione di una sanzione amministrativa dovrebbe, cioè, precludere l'esercizio successivo dell'azione penale per un fatto da considerarsi identico secondo il metro di giudizio della Corte europea, sebbene esso sia prescritto come obbligatorio da norma di rango costituzionale (art. 112 Cost.): così da porre un problema di controlimiti all'eventuale equiparazione, a tutti gli effetti, tra illecito penale e amministrativo con identità di oggetto.

Tanto più che la nuova direttiva 2014/57/UE e il contestuale regolamento (UE) n. 596/2014 vincolano oggi gli Stati membri all'adozione, entro il 2016, di sanzioni penali per i più gravi abusi di mercato commessi con dolo, mentre l'adozione di sanzioni amministrative resta solo facoltativa.

Oltre a ciò, si può osservare, sul punto, come la concezione sostanziale presenti un inconveniente congenito – la valutazione *ex post*, all'esito di una disamina, caso per caso, della fattispecie all'esame – e un rischio quasi inevitabile, dato dalla difficoltà di assicurare in via preventiva la certezza del diritto, quale solo una predefinizione dell'illecito, in virtù di parametri legali – tipici – può garantire.

La natura casistica (*case law*) dell'elaborazione concettuale propria della giurisprudenza Edu consente, peraltro, una possibile attenuazione dei contrasti – altrimenti inevitabili, a meno di non violare principi normativi interni, snaturando una dogmatica giuridica tralatizia – mediante la valorizzazione, di volta in volta, di elementi distintivi ravvisabili tra il precedente della Corte europea e il caso concreto all'esame del giudice interno (cd. *distinguishing*).

Per altro verso, si apre una prospettiva speculare, ancora tutta da esplorare, sulla possibilità di valorizzare la Convenzione e la giurisprudenza della Corte Edu ai fini di un'applicazione evolutiva di istituti di diritto sostanziale; salvo, s'intende, il limite dell'*interpretatio abrogans*.

Uno spunto stimolante in tal senso è offerto dall'*arrêt* del 4 dicembre 2013, n.1389, della Corte di cassazione francese (rinomata per il suo tradizionale rigore interpretativo), tramite l'annullamento (d'ufficio) di una sentenza di merito dichiarativa della nullità di un matrimonio contratto tra suocero e nuora, dopo il divorzio di quest'ultima, e durato vent'anni.

Si riportano, di seguito, i passi salienti di tale sentenza (*Cour de cassation, première chambre civile*), dalla quale si potrebbe trarre esempio per un'ammissibile valutazione, anche officiosa, di vizi di sentenze per violazione della Convenzione.

«*Arrêt n.1389 du 4 décembre 2013*

“(…) *sur le moyen relevé d'office, après avis donné aux parties conformément à l'article 1015 du code de procédure civile,*

Vu l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

Attendu

- Qu'en statuant ainsi, le prononcé de la nullité du mariage du Mr. Y avec Madame Y revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale, dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans, la Cour d'appel a violé le texte susvisé (...)

Par ces motifs casse et annule (...)».

È interessante notare come a questa sentenza abbia fatto seguito un comunicato della prima sezione civile, che espressamente chiarisce come, «*en raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question*».

Precisazione che, se fatta propria anche da noi, potrebbe consentire, in casi particolari, un'applicazione diretta delle norme convenzionali, senza infirmare, in via generale e astratta, la portata della norma nazionale.

Su questa linea evolutiva sembra essersi mossa, di recente, Cass., sez. I, 30 giugno 2016, n.13435 (in

Foro it., 2016, I, c. 2319), che ha revocato *ex art.* 391-bis cpc una precedente dichiarazione di adottabilità di minore anche sulla base di un forte richiamo alla giurisprudenza della Corte Edu.

Quanto questa strada si palesi impervia è dimostrato, peraltro, dalla vivace reazione critica – ai limiti della polemica – di qualche commentatore, poco incline a contaminazioni comparatistiche.

5. La retroattività *in mitius* delle norme sulle sanzioni amministrative

Un consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale ritiene inapplicabile, in materia di sanzioni amministrative, il principio della retroattività della legge più favorevole al reo, di cui all'art. 2 cp, in forza dell'autonomia reciproca dei due sistemi sanzionatori. Occorre l'espressa previsione di retroattività, quale eccezione alla regola (ravvisabile, ad esempio, nell'art. 3 d. lgs. n. 472/1997, in tema di infrazioni tributarie; nell'art. 23-bis dPR n. 148/1988 in materia valutaria; nell'art. 46 d. lgs. n. 112/1999, in tema di concessione del servizio di riscossione; nell'art. 3 d. lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche): eccezione non ravvisabile nella legge di depenalizzazione 24 novembre 1981, n. 689 («Modifiche al sistema penale»), il cui art. 1 («Principio di legalità»), senza fare alcun riferimento al principio della retroattività della legge più favorevole, si limita a stabilire che «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati».

Fuori delle ipotesi espressamente previste valgono, quindi, il principio generale di irretroattività sancito dall'art. 11 delle preleggi, e il divieto di applicazione analogica di cui all'art. 14 delle medesime. La *ratio* dell'irretroattività della *lex mitior* è ravvisata nell'esigenza di rafforzare l'efficacia deterrente della sanzione, eliminando ogni aspettativa di elusione per effetto di una più favorevole legge successiva.

L'irretroattività sarebbe giustificata, inoltre, da esigenze di prevedibilità, certezza e celerità della contestazione e del recupero delle somme. La Corte costituzionale ha sempre ritenuto manifestamente infondata la relativa questione (sentenza 28 novembre 2002, n. 501), con riferimento all'art. 1, comma 2, l. 24 novembre 1981, n. 689 e all'art. 7, comma 13, d. lgs. 8 novembre 1997, n. 389 («Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, in materia di rifiuti, di rifiuti pericolosi, di imballaggi e di rifiuti di imballaggio»), nella parte in cui non è previsto che,

se la legge in vigore al momento in cui fu commessa la violazione e quella posteriore stabiliscono sanzioni amministrative pecuniarie diverse, si applichi la legge più favorevole al responsabile. In senso conforme, Corte cost., 24 aprile 2002, n. 140 e Corte cost., 15 luglio 2003, n. 245, ove si statuisce che «*in materia di sanzioni amministrative non è dato rinvenire, in caso di successione di leggi nel tempo, un vincolo imposto al legislatore nel senso dell'applicazione della legge posteriore più favorevole, rientrando nella discrezionalità del legislatore, nel rispetto del limite della ragionevolezza, modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggior o minor rigore, a seconda delle materie*».

In senso contrario, altri autori ritengono che la retroattività, prevista in via eccezionale, debba diventare il fondamento di un'interpretazione evolutiva.

La giurisprudenza pretoria della Corte di Strasburgo tende a estendere, come detto, l'applicabilità delle garanzie di matrice penale anche a fattispecie sanzionatorie amministrative, non reputando decisiva la definizione di illecito, *penale* o *amministrativo*, attribuita dal singolo ordinamento. In origine, però, la stessa Corte era contraria a estendere le garanzie di matrice penale anche agli illeciti amministrativi (Corte Edu, X c. *Austria*, ric. n. 2432/65, 7 aprile 1967).

Si è già accennato alle aporie cui condurrebbe un'indiscriminata applicazione della *ratio decidendi* di un singolo giudizio, elevato a principio generale. Sul punto, si deve altresì osservare che manca, negli illeciti amministrativi, l'indefettibile requisito di tipicità e determinatezza proprio, invece, delle norme incriminatrici.

Nella sentenza *Scoppola c. Italia* (2) [GC], ric. n. 10249/03, 17 settembre 2009, è stata affermata, in concreto, la *retroattività in bonam partem*: principio, poi confermato nella decisione Corte Edu, *Mihai Toma c. Romania*, ric. n. 1051/06, 24 gennaio 2012.

La Corte costituzionale ha, peraltro, fornito una lettura riduttiva della sentenza *Scoppola*, statuendo che il principio di retroattività sia normalmente collegato all'assenza di ragioni giustificative di deroghe o limitazioni (affermazione basata sull'avverbio «*solo*», utilizzato dai giudici di Strasburgo in un passaggio della motivazione: «*Infliggere una pena più severa solo perché essa è prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in un'applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo*»).

In questo senso, la giurisprudenza di legittimità ha confermato l'inesensibilità automatica di regole dettate in sede penale a sanzioni amministrative irrogate dalla Consob (Cass., sez. I, 2 marzo 2016, n. 4114), che, a mio avviso, si deve tuttora mantenere ferma.

In chiusura di trattazione, occorre fare un cenno anche alla questione della legittimità costituzionale degli artt. 106 cpa e 395 cpc, nella parte in cui non prevedono un'ipotesi di revocazione della sentenza per conformarsi a una pronuncia definitiva della Corte Edu, ex art. 46, par. 1, Cedu, come emendato dal Protocollo n. 14 (vigente dal 1° giugno 2010): e ciò dopo che la Corte costituzionale, con sentenza 7 aprile 2011, n. 113, ha dichiarato illegittimo l'art. 630 cpp nella parte in cui non contempla un caso di revisione volto, specificamente, a consentire la riapertura del processo, quando questa risulti necessaria – ai sensi dell'art. 46, par. 1, Cedu –

per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte Edu. Con sentenza n. 123/2017, la Corte costituzionale, rilevato che «nelle materie diverse da quella penale, dalla giurisprudenza convenzionale non emerge, allo stato, l'esistenza di un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo, e che la decisione di prevederla è rimessa agli Stati contraenti, i quali, peraltro, sono incoraggiati a provvedere in tal senso, pur con la dovuta attenzione per i vari e confliggenti interessi in gioco», ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale delle norme su richiamate.

Appunti su *ne bis in idem* e sanzione autonoma *

di Piero Gaeta

In esito all'innovativa sentenza della *Corte Edu A e B c. Norvegia*, l'applicazione da parte della Corte di cassazione dei principi in essa espressi in materia di divieto di *bis in idem* appare, tuttavia, significativamente condizionata dalla contemporanea elaborazione, nella medesima materia, di principi in parte non coincidenti a opera della Cgue, con un 'trattico' di sentenze rese il 20 marzo 2018. Ciò ripropone il tema della diversità di prospettive sul problema del *ne bis in idem* tra le due Corti europee.

1. Premessa

Dieci minuti costituiscono poco più di un sospiro per riflettere sullo stato dell'arte del divieto di *bis in idem* e della nozione di "sanzione autonoma" nel dialogo tra le Corti.

Il tema – già sconfinato nei suoi aspetti teorici – ha conosciuto, nell'anno appena trascorso, ulteriori e complessi intrecci, nei profili teorici e normativi, oltre che negli aspetti pratici e applicativi. Dunque, anche solo fare il punto su di esso presuppone, per un verso, di dare per note molte cose e, per altro verso, di adottare uno schematismo spinto, quasi una *percursorio*, un "attraversamento veloce" a scapito di una doverosa e buona argomentazione.

Cerco, allora, di concentrarmi innanzitutto sui casi "difficili" in materia di *bis in idem*: quelli che – ritengo – rimangono problematici ben oltre le apparenze, poiché sotto di essi cova sempre il rischio di "collisione" tra ordinamento nazionale e *dicta* della giurisprudenza sovranazionale; se ne avrò il tempo, accennerò poi – per evitare di deprimersi troppo – anche a qualcuno dei casi "facili", per i quali cioè si intravede, tra le giurisprudenze, un accordo già stabile sulla "sostanza" concettuale.

2. Gli abusi di mercato ed i reati tributari: profili problematici della giurisprudenza

2.1. Il primo e principale "caso difficile" nella materia del *bis in idem* è ancora rappresentato dagli illeciti in materia di abusi di mercato e dai reati tributari, tradizionalmente accomunati nella medesima problematica.

Entrando subito *in medias res*, il primo interrogativo che mi pare da porre è: come si è assestato il quadro giurisprudenziale nazionale dopo la pronuncia della Grande Camera *A e B c. Norvegia* (ricc. nn. 24130/11 e 29758/11), del 15 novembre 2016, e quali possono essere i punti di possibile frizione per il futuro?

Quesiti interessanti poiché, in apparenza, *A e B c. Norvegia* sembra aver chetato i dissidi dopo aver spostato l'"asse" di rotazione del divieto stesso. Detto altrimenti, mentre in forza della precedente giurisprudenza Cedu il *ne bis in idem* ruotava essenzialmente intorno a una (automatica) preclusione di tipo *processuale* (divieto di duplicazione dei procedimenti per il medesimo fatto, ancorché diversamente quali-

* Il testo riproduce la traccia scritta dell'intervento – nel tempo assegnato di dieci minuti – all'incontro di studio tra le Corti italiane e la Corte europea dei diritti dell'uomo sul tema: "Il dialogo tra la Corte di Strasburgo e le Corti italiane", svoltosi presso la Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, l'11 gennaio 2019.

ficato), dopo *A e B c. Norvegia*, il divieto parrebbe operare prevalentemente (se non esclusivamente) sul piano *sostanziale*: finalizzato, cioè, ad assicurare la complessiva proporzionalità delle diverse sanzioni inflitte nei procedimenti duplicati (“tollerati”, a differenza del passato) e divenendo così, alla fine, metro-nomo dell’entità della sanzione “integrata” complessivamente irrogata.

Occorre spendere, tuttavia, qualche riflessione sulla effettiva fondatezza di tale lettura “evolutiva” della giurisprudenza di Strasburgo.

È indubitabile come, attraverso lapidarie affermazioni, la sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia* (Corte Edu, sez. II, ric. n. 18640/10, 4 marzo 2014) avesse strutturato il divieto di *bis in idem* nel territorio processuale. In quella circostanza, la Corte di Strasburgo aveva affermato, a chiare lettere e fuggendo ogni possibile dubbio, che la garanzia sancita dall’art. 4 Protocollo n. 7 «entra in gioco quando viene avviato un nuovo procedimento e la precedente decisione di assoluzione o di condanna è già passata in giudicato» e che, pertanto, essa fosse baluardo «contro nuove azioni penali o contro il rischio di tali azioni», a prescindere dal divieto di una seconda condanna o di una seconda assoluzione (*Grande Stevens*, § 220). Per contro, la nozione di “proporzionalità tra le sanzioni”, in quella pronuncia, risultava – più che recessiva – del tutto irrilevante.

È perfettamente nel vero, dunque, la Corte costituzionale allorquando, qualche anno dopo (sentenza n. 43 del 2018, § 5 del *Considerato in diritto*), pone in rilievo che «il divieto convenzionale di *bis in idem* aveva, alla luce della giurisprudenza vigente al tempo (...), natura esclusivamente processuale» e che «la tutela convenzionale basata su quella disposizione non richiedeva perciò alcun controllo di proporzionalità sulla misura della sanzione complessivamente irrogata, né, allo scopo di prevenire un trattamento sanzionatorio eccessivamente afflittivo, subordinava la quantificazione della pena inflitta per seconda a meccanismi compensativi rispetto alla sanzione divenuta definitiva per prima».

2.2. Che, rispetto a tale *status quo*, il mutamento di prospettiva di *A e B c. Norvegia* sia stato assai netto e marcato, è affermazione difficilmente contestabile: lo si è detto e scritto diffusamente. Come perspicuamente constatato dalla stessa Corte costituzionale, dopo quest’ultima pronuncia «non si può continuare a sostenere che il divieto di *bis in idem* convenzionale ha carattere esclusivamente processuale, giacché criterio *eminente* per affermare o negare il legame materiale [tra i due procedimenti eventualmente instaurati] è proprio quello relativo all’entità della sanzione complessivamente irrogata»: il *ne bis in idem* convenzionale, insomma, «cessa di agire quale regola in-

derogabile conseguente alla sola presa d’atto circa la definitività del primo procedimento, ma viene subordinato a un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti, perché in presenza di una *close connection* è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell’altro» (sentenza n. 43/2018, § 7 del *Considerato*).

Ma – è da chiedersi – ciò vale già a realizzare, per il divieto, un μεταβάσις εις ἄλλο γένος, (*metábasis eis állo génos*), uno slittamento del divieto dalla terra del processo a quella della sanzione? E il giudice nazionale – da originario, inerme prigioniero di un automatismo processuale (la “tagliola” del *bis in idem* che scattava al solo avvio del nuovo procedimento, secondo l’ammonimento della *Grande Stevens*) – è divenuto davvero il demiurgo della proporzionalità della sanzione e, pertanto, il taumaturgo del divieto stesso?

Non è così, naturalmente. O, per meglio dire, non credo affatto che sia questo ciò che la Corte Edu, anche dopo *A e B c. Norvegia*, richieda alle supreme giurisprudenze nazionali.

Strasburgo non vuole affatto che la dimensione processuale del divieto venga relegata in uno sfondo di (quasi) insignificanza e che, quindi, il criterio di una sanzione penale “integrata” – che sia prevedibile e, in concreto, complessivamente proporzionata al disvalore del fatto –, da criterio *eminente* per affermare o negare il legame materiale fra i due procedimenti, divenga criterio *unico*; che, insomma, lo “stretto nesso materiale e temporale” della duplicità dei procedimenti sia ricavato, *ex post*, attraverso solo un “riallineamento” sanzionatorio.

2.3. Registro, tuttavia, che proprio quest’ultima pare essere l’odierna tendenza della giurisprudenza della nostra Cassazione penale e prevedo, quindi, che il nervo scoperto continuerà a dare scosse future, anche intense.

Ci sono, è vero, molti fattori che paiono assecondare e, quasi, giustificare questa prospettiva ermeneutica di un *ne bis in idem* in chiave sostanzialistica e sanzionatoria. È ben vero infatti che, in mancanza di chiari riferimenti normativi, l’esercizio ermeneutico nella materia *de qua* è assai complesso e articolato, e che la Corte di cassazione è chiamata a un metodo – quello della resecazione del caso concreto – ad essa culturalmente estraneo (almeno quanto familiare a Strasburgo); è ben vero, ancora, che individuare quale sub-criterio prevalente (tra i cinque enunciati in *A e B c. Norvegia*) quello della proporzionalità tra il cumulo delle sanzioni irrogate in relazione alla gravità dell’illecito rappresenta, spesso, l’unico *spatium deliberandi* per il giudice di legittimità, essendo l’unico profilo, sovente, di cui esso giudice è investito: quasi

sempre, i ricorsi per cassazione in materia, infatti, censurano esclusivamente l'entità della sanzione inflitta.

Comunque sia, sono davvero rare le sentenze della suprema Corte autenticamente fedeli al *côté* processuale di *A e B c. Norvegia* e che dunque, per escludere l'esistenza del divieto, hanno motivato sulla "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" tra il procedimento amministrativo e quello penale, sì che le due sanzioni siano parte di un unico sistema: un esempio – meritorio perché reso quasi agli albori – è Cass., sez. III, 22 settembre 2017, n. 6993 (dep. 14 febbraio 2018), ric. Servello, rv. 272588-01, che ha ben sottolineato, a questi fini, la contemporaneità dell'irrogazione delle due sanzioni a pochi mesi di distanza.

Viceversa, le pronunce più recenti della suprema Corte – mi riferisco, essenzialmente, a Cass., sez. V., 16 luglio 2018 (dep. 10 ottobre 2018), n. 45829, ric. Franconi e altri; sez. V, 21 settembre 2018 (dep. 31 ottobre 2018), n. 49869, ric. Chiarion Casoni, non massimate – assumono, nel delineare la portata del principio del *bis in idem*, "la centralità del profilo sanzionatorio", ponendo così, quali criteri essenziali per ritenere o meno la violazione del divieto, il canone della proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio e l'entità della sanzione complessivamente irrogata. Entrambe le pronunce – a fronte di una sanzione "formalmente" amministrativa (ma la cui "natura penale" è incontestata) già irrogata agli imputati, poi condannati anche in sede penale – concentrano il percorso giustificativo (in ordine alla violazione o meno del divieto di *bis in idem*) sull'accertamento della proporzionalità sanzionatoria e sulla sua eventuale emenda attraverso un meccanismo compensativo del sistema sanzionatorio integrato: a garantire che la severità delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità della condotta. Si tratta, peraltro, di sentenze estremamente curate, di profonda elaborazione giuridica e di piena consapevolezza culturale del problema e della giurisprudenza Cedu: eppure, attuano la meta-basi cui sopra si accennava.

2.4. Sono convinto, tuttavia, che su questa 'peculiare' lettura ed applicazione di *A e B c. Norvegia* da parte dei giudici della Corte di cassazione – tale da "spostare" progressivamente l'asse del *bis in idem* verso la (proporzionalità della) sanzione, facendone dimenticare la sua origine e il suo nucleo forte processuale – abbia influito un altro e preponderante fattore.

Mi riferisco all'erompere, ancora una volta, della giurisprudenza eurolunitaria sul problema del *bis in idem*, con le tre pronunce rese il 20 marzo 2018 dalla Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea nelle cause *Menci* (C-524/15), *Garlsson Real*

Estate SA in liquidazione, Ricucci Stefano, Magiste International SA c. Consob (C-537/16) e *Di Puma c. Consob e Consob c. Zecca* (C-596/16 e C-597/16).

Non ho naturalmente, in questa sede, possibilità alcuna di esaminare, neppure per cenni, il loro contenuto.

Confesso, però, di provare rispetto ad esse la medesima sensazione già percepita all'indomani della sentenza *Fransson* (Cgue [GS], *Aklagarem c. Akeberg Fransson*, C-617/10, 26 febbraio 2013), in relazione alla precedente giurisprudenza Cedu: e cioè che Corte di giustizia e Corte Edu (fossero allora e) continuino a essere assai lontane su concezione, metodi di verifica e ipotesi di soluzione del problema del *bis in idem*. Sono distanze innanzitutto culturali e di "ruolo" giudiziale, poiché Strasburgo è giudice delle garanzie individuali, mentre Lussemburgo è giudice dell'effettività della repressione delle violazioni agli interessi finanziari dell'Unione, e interessato quindi essenzialmente alle alchimie sanzionatorie. Non è un caso che il percorso giustificativo del tritico delle sentenze della Corte di Lussemburgo di marzo 2018 sia speso, in massima parte, per ribadire i consolidati criteri funzionali all'identificazione della natura sostanzialmente penale di una sanzione formalmente amministrativa; per l'accertamento dell'*idem* (sentenza *Menci*, rispettivamente, §§ 26 ss. e §§ 34 ss.; sentenza *Garlsson Real Estate*, §§ 28 ss. e 36 ss.); per evidenziare la necessaria complementarietà finalistica del cumulo sanzionatorio («scopi complementari vertenti, eventualmente, su aspetti differenti della medesima condotta di reato interessata, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare»: sentenza *Menci*, § 44; sentenza *Garlsson Real Estate*, § 46) in vista della realizzazione di un "obiettivo di interesse generale". Soprattutto – come poi perfettamente recepito da Cass., n. 49869/2018, cit. – la Corte di giustizia, insistentemente, richiama il canone di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, «canone che – a conferma della dimensione prevalentemente sostanziale riconosciuta al *ne bis in idem* nell'ambito del diritto dell'Unione europea – rinviene il proprio fondamento anche nell'art. 49, comma 3, della Carta, in forza del quale le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato». Il discorso è giocato esclusivamente sul problema della compensazione/limitazione del cumulo di sanzioni di "natura penale". Secondo la Grande Sezione, a esso «devono accompagnarsi norme che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte corrisponda alla gravità del reato di cui si tratti, considerato che un'esigenza siffatta discende non soltanto dall'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, ma altresì dal principio di proporzionalità delle pene di cui all'articolo 49, paragrafo 3, della medesima»,

norme che «devono prevedere l'obbligo per le autorità competenti, qualora venga inflitta una seconda sanzione, di far sì che la severità del complesso delle sanzioni imposte non sia superiore alla gravità del reato constatato» (sentenza *Menci*, § 55; sentenza *Garlsson Real Estate*, § 56).

La “distanza” tra tali postulati e quelli della giurisprudenza della Corte Edu mi pare evidente. Volendo, per la tirannia del tempo, esprimerla in una proporzione matematica, si potrebbe dire che le sentenze *Menci* e *Garlsson* stanno ad *A e B c. Norvegia* come *Akeberg Fransson* stava a *Zolotukhin c. Russia*, *Jusila c. Finlandia*, etc., e, in generale, alla pregressa giurisprudenza Cedu sul *bis in idem*.

Si riapre insomma la distanza – un baratro mascherato – tra i *dicta* di Corte di giustizia e Corte Edu in materia di *bis in idem*.

2.5. Quale il messaggio, infatti, che dalla Corte di giustizia perviene al giudice nazionale? Univoco, direi: vale a dire che «spetta, in definitiva, al giudice del rinvio valutare la proporzionalità dell'applicazione concreta della summenzionata normativa nell'ambito del procedimento principale, ponderando, da un lato, la gravità del reato tributario in discussione e, dall'altro, l'onere risultante concretamente per l'interessato dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni di cui al procedimento principale» (sentenza *Menci*, § 59; sentenza *Garlsson Real Estate*, §§ 59 e 61). È pur vero che la sentenza *Menci* non si scorda completamente di Strasburgo e, in un rapido passaggio (§§ 60 e 61), afferma che occorre «tenere conto dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 della Cedu ai fini dell'interpretazione dell'articolo 50 della Carta», limitandosi tuttavia a ricordare che, «a tale riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha giudicato che un cumulo di procedimenti e di sanzioni tributarie e penali volte a reprimere una medesima violazione della legge tributaria non lede il principio del *ne bis in idem*, sancito all'articolo 4 del Protocollo n. 7 della Cedu, quando i procedimenti tributari e penali di cui trattasi presentano un nesso temporale e materiale sufficientemente stretto (sentenza della Corte Edu del 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, § 132)». Sembra quasi una fuggevole concessione obbligata al *bon ton* istituzionale, più che uno sforzo di condividere concetti e armonizzare principi.

Se questo è il quadro, pare di poter affermare che il giudice nazionale, una volta di più, rimane ancora “nella morsa” delle due Corti, per usare la felice e sempre acuta espressione di Marco Bignami.

È, insomma, un rischio serio che i plurimi criteri enunciati in *A e B c. Norvegia* dalla Corte Edu *ad vitandum bis in idem* conoscano una crisi applicativa, e siano piuttosto ricondotti, tutti, a una funzione di riduzionismo sanzionatorio: il giudice nazionale è il

grande artefice del bilanciamento delle plurime pene, a prescindere dai procedimenti, dall'esame della loro connessione temporale e sostanziale, della loro complementarietà funzionale.

Se così sarà, mi attendo – e non per pessimismo di principio – più di un sussulto da parte della Corte di Strasburgo: un richiamo forte sul versante delle garanzie, di cui non mancano peraltro i prodromi. Ad esempio, in *Jóhannesson e altri c. Islanda* (Corte Edu, sez. I, ric. n. 22007/11, 18 maggio 2017), successiva ad *A e B c. Norvegia*, la Corte – in una fattispecie di reati fiscali per omissioni nella denuncia dei redditi, relativamente a entrate derivanti da pagamenti di prestazioni, *fringe benefits*, plusvalenze e altre fonti di reddito non emerse nelle relative dichiarazioni – ha ritenuto la violazione del divieto di *bis in idem* in ragione della sottoposizione dei due ricorrenti dapprima a un procedimento di accertamento dell'illecito tributario con applicazione di una sovrattassa (calcolata nell'importo del 25 per cento dell'imposta evasa) e, quindi, del procedimento penale (relativo alla medesima violazione).

In quel caso, i procedimenti paralleli erano sorti praticamente assieme, a seguito di denuncia delle autorità fiscali; l'azione penale era stata esercitata dopo la definizione irrevocabile del procedimento amministrativo sanzionatorio e il processo penale si era protratto per oltre quattro anni dopo tale momento: esattamente ciò che, di norma, accade nello scenario giudiziario italiano in materia di reati tributari e anche di *market abuse*. Inoltre, in quel caso, la suprema Corte islandese aveva dedotto dalla pena comminata nel procedimento penale la sovrattassa formalmente amministrativa irrogata in precedenza: secondo l'identico *modus operandi* adottato oggi dalla nostra Corte di cassazione. Ma i giudici di Strasburgo hanno nondimeno ritenuto la violazione “processuale” del divieto: per la prosecuzione di uno dei procedimenti (in questo caso, quello penale) dopo la definizione irrevocabile del primo (*duplication of proceedings - bis*) e per l'assenza di stretta connessione degli stessi, tale da determinare una indebita duplicazione probatoria a scapito della (necessaria) circolarità. È significativo che il cuore argomentativo della pronuncia sia l'espresso richiamo ai §§ 131 e 132 di *A e B c. Norvegia*, secondo cui «whether the relevant sets of proceedings are conducted in such a manner as to avoid as far as possible any duplication in the collection as well as the assessment of the evidence, notably through adequate interaction between the various competent authorities to bring about that the establishment of facts in one set is also used in the other set» (corsivo aggiunto).

Considerazioni, queste, che potrebbero essere traslate integralmente nei recenti ricorsi decisi dalla Cassazione italiana nelle sentenze sopra richiamate.

3. La nuova disciplina nazionale del *market abuse*: uno scenario poco rassicurante

3.1. A rendere ulteriormente precaria la futura stabilità degli assetti del divieto in materia è poi l'incerto, recentissimo intervento del legislatore nazionale nella disciplina dell'abuso di mercato, che ha lasciato irrisolti molti degli snodi problematici già manifestatisi in passato. Anzi, se possibile, li ha resi per certi aspetti maggiormente intricati.

Anche qui, sarò costretto a una sintesi estrema.

La direttiva 2014/57/UE in materia di *market abuse* (MAD 2) e il connesso regolamento (UE) 596/2014 (MAR) attendevano da tempo attuazione nell'ordinamento nazionale, avvenuta solo a mezzo del recente d.lgs 10 agosto 2018, n. 107 («Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE e le direttive 2003/124/UE, 2003/125/CE e 2004/72/CE»).

Grande attesa – come ribadito da attenta e acuta dottrina¹ – era riposta in tale provvedimento normativo: esso era accompagnato dall'auspicio comune che proprio detta legge di attuazione costituisse la favorevolissima occasione per risolvere il (o quantomeno, attenuare gli effetti del) “doppio binario punitivo” che – com'è noto – da sempre caratterizza negativamente questo settore del diritto nazionale, più volte censurato dalla Corte di Strasburgo.

L'auspicio – perorato con forza anche dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 102 del 2016, resa proprio sul tema² – è tuttavia in gran parte rimasto inascoltato, poiché inappagante pare essere la soluzione normativa al problema.

Assai schematicamente, il legislatore nazionale, con il d.lgs n. 107/2018, ha *formalmente* sostituito il testo degli artt. 187-*bis* e 187-*ter* del Tuf – vale a dire, le “pietre dello scandalo” che sancivano gli illeciti amministrativi dell'abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato in maniera del tutto omologa e quasi sovrapponibile alle corrispondenti incriminazioni penali (rispettivamente, artt. 184 e 185 Tuf) – e ne ha mutuato il nuovo testo con il richiamo, rispettivamente, agli artt. 14 e 15 del regolamento 2014/596/UE (MAR): ma tale sbrigativa operazione

di tecnica legislativa recettizia non ha eliminato il problema.

Invero, per quanto di rilievo nella problematica del *bis in idem*, il d.lgs n. 107/2018 ha lasciato inalterata la delineazione delle corrispondenti fattispecie penali, generando così un sistema normativo in qualche modo zoppo. Se, insomma, il legislatore eurounitario, nella direttiva e nel regolamento citati, era stato preciso e analitico nella delineazione delle *diverse* condotte integranti l'illecito amministrativo e il reato, rispettivamente, in materia di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione di mercato – sì da evitare *in radice* la possibile sovrapposizione di procedimenti e sanzioni proprio in ragione della diversa *species facti* idonea a integrare gli uni e gli altri – il legislatore nazionale ha inteso intervenire solo sugli illeciti amministrativi del sistema nazionale, senza che a ciò abbia corrisposto una diversa formulazione degli originari illeciti penali.

3.2. La conseguenza è ovvia: a livello eurounitario, la descrizione del fatto punibile è differente tra illeciti penali e illeciti amministrativi (come si apprezza dal confronto tra le rispettive norme del regolamento e della direttiva) e, dunque, scema fortemente il rischio di *bis in idem* processuale (oltre che sostanziale); a livello nazionale, le (sostanzialmente) intatte fattispecie di incriminazione penale continuano in parte a coincidere con le nuove figure di illecito amministrativo: o, perlomeno, è questa l'impressione che si trae a prima lettura. In ogni caso, il legislatore nazionale non ha inteso adottare un criterio di diversificazione nella descrizione iniziale delle fattispecie e non ha costruito un meccanismo normativo per risolvere la contemporanea insorgenza di un “doppio processo” per i medesimi fatti sostanziali. Si rimanda insomma, ancora una volta, ad una ermeneutica giurisprudenziale, assai impervia e complessa, il compito di tracciare il “confine di sabbia” tra illecito amministrativo e illecito penale.

Non senza aggiungere ulteriore rammarico per ciò che l'intervento normativo avrebbe potuto realizzare, sempre per smorzare eventuali violazioni del divieto: nel campionario sanzionatorio amministrativo del *market abuse* permangono sanzioni di tipo interdittivo (quale l'incapacità ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di società

1. V., in particolare, F. Mucciarelli, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 10*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2018; id., *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, *ivi*, 17 ottobre 2018.

2. Nella quale si ribadiva come «non può negarsi che un siffatto divieto [di *bis in idem* processuale, n.d.r.] possa di fatto risolversi in una frustrazione del sistema del doppio binario, nel quale alla diversa natura, penale o amministrativa, della sanzione si collegano normalmente procedimenti anch'essi di natura diversa, ma è chiaro che spetta anzitutto al legislatore stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che tale sistema genera tra l'ordinamento nazionale e la Cedu»

quotate) o conseguenze di tipo inabilitativo (ad esempio, la perdita dei requisiti di onorabilità) che si fa fatica a non considerare di natura “sostanzialmente” penale, secondo l’interpretazione della Corte europea dei diritti dell’uomo e, quindi, in potenziale frizione con il divieto.

4. Su alcune concordanze

Come preannunciato, si registrano poi alcune significative concordanze, tali da escludere, in piena armonia tra le giurisprudenze, la sussistenza della violazione del divieto: i “casi facili” ovviamente maturati nei tempi più recenti. Mi limito a citarne alcuni.

4.1. Tali concordanze hanno, ad esempio, riguardato la materia delle *sanzioni disciplinari*. Nel recente arresto *Lázaro Laporta c. Spagna* (ric. n. 32754/16), del 3 luglio 2018, la terza sezione della Corte Edu ha ribadito, in linea con una giurisprudenza abbastanza consolidata – *Moulet c. Francia* (dec.), ric. n. 27521/04, 13 settembre 2007; *Kremzow c. Austria*, ric. n. 16417/90, decisione della Commissione europea dei diritti umani, 7 novembre 1990, e altre –, che «*proceedings relating to disciplinary sanctions do not, in principle, involve “the determination of a criminal charge”*. *The fact that an act which can lead to a disciplinary sanction under administrative law also constitutes a criminal offence is not sufficient reason to consider that a person presented as responsible is “charged with a crime”*». Affermazioni, queste, perfettamente in linea con quanto deciso dalla suprema Corte (Cass., sez. II, 15 dicembre 2016, n. 9184 - dep. 24/02/2017, pg in proc. Pagano, rv. 26923701) in un caso in cui essa ha annullato con rinvio la sentenza che aveva dichiarato non doversi procedere per il reato di danneggiamento aggravato commesso da un detenuto su una finestra della casa circondariale in cui era ristretto, sulla base della considerazione che l'imputato

aveva già subito la sanzione disciplinare della esclusione dalle attività in comune per cinque giorni. Il giudice di legittimità ha escluso la preclusione all’esercizio dell’azione penale (art. 649 cpc) non tanto sulla base dell’assenza, rispetto alla sanzione disciplinare, di un *criminal charge*, quanto sulla base dell’applicazione dei principi della sentenza *A e B c. Norvegia*, ritenendo cioè le due procedure complementari, in quanto dirette al soddisfacimento di finalità sociali differenti, e tali da determinare l’inflizione di una sanzione penale “integrata”, prevedibile e, in concreto, complessivamente proporzionata al disvalore del fatto.

4.2. Notizie confortanti provengono anche dal settore delle *misure interdittive adottate in occasione di manifestazioni sportive*, i.e. il cd. “daspo”.

La decisione Corte Edu, sez. I, *Serazin c. Croazia*, dell’8 novembre 2018, – pur riconoscendo che «*although it may be difficult in practice to draw a clear distinction between deterrence, as an element of a penalty, and prevention*» – ha affermato che l’obbligo di firma presso l’ufficio di polizia in concomitanza dell’evento sportivo (onde evitare la partecipazione del soggetto che ne è destinatario) risulta «*aimed at ensuring the safety of the public from a threat of violence rather than punishing the applicant for his previous conduct*», con la conseguenza che «*its application did not amount to the application of a “criminal penalty” within the autonomous meaning of the Convention*».

Conclusioni, queste, che valgono a legittimare molta della giurisprudenza nazionale (in questa sede impossibile da sintetizzare) la quale, riguardo ai molteplici profili problematici dell’istituto, ne sottolinea la natura di misura di prevenzione in ragione della violenza occasionata da manifestazioni sportive, così dirimendo più di un dubbio anche di compatibilità costituzionale più volte avanzati.

Come dire: chi riesce a dialogare nel poco, riuscirà certamente a dialogare anche nel molto.

L'esecuzione delle sentenze nel sistema convenzionale: profili teorici e pratici *

di *Matteo Fiori*

L'intento di questo contributo è illustrare i tratti salienti del processo esecutivo delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, dando conto in particolare dei soggetti implicati, degli obiettivi perseguiti e della procedura seguita.

1. Introduzione

Dalla fine degli anni Novanta si è assistito a un aumento esponenziale dei ricorsi presentati davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito, "Corte Edu" o "Corte europea"). Questa dinamica è stata determinata da molteplici fattori, tra cui principalmente l'apertura del Consiglio d'Europa a numerosi nuovi Stati membri, una maggiore consapevolezza da parte dei cittadini del diritto al ricorso individuale, nonché l'introduzione dell'automatismo di quest'ultimo¹.

Questa situazione, ben presto divenuta critica, ha reso indispensabile intraprendere un percorso di riforma, al fine di salvaguardare nel lungo periodo l'efficienza del sistema convenzionale di protezione dei diritti umani².

In questo contesto, un'enfasi particolare è stata posta sull'importanza del processo esecutivo e sull'impegno politico degli Stati membri, volto ad assicurarne il rapido ed efficace svolgimento.

La piena e tempestiva esecuzione di una sentenza

della Corte europea permette agli Stati di porre rimedio alla violazione constatata nei confronti del ricorrente e anche, laddove necessario, di adottare delle misure generali idonee a impedire il riprodursi di violazioni simili. Una tale dinamica genera un circolo virtuoso che rinforza l'efficacia del diritto al ricorso individuale e permette di ridurre il flusso di ricorsi ripetitivi, consentendo alla Corte Edu di fare un uso più razionale delle proprie risorse.

Il processo esecutivo ha assunto, quindi, un ruolo imprescindibile quale snodo cruciale da cui dipende, da un lato, la credibilità del sistema convenzionale di protezione dei diritti umani e, dall'altro, il suo funzionamento sostenibile.

Nonostante l'importanza ad essa riconosciuta, la fase esecutiva rimane ancora largamente inesplorata e poco conosciuta. L'obiettivo di questo breve contributo è, pertanto, di ripercorrerne i tratti salienti, dando conto in particolare dei soggetti implicati, degli obiettivi perseguiti e della procedura adottata, evidenziandone alcuni profili di interesse.

* Un ringraziamento particolare va a Fredrik Sundberg, capo *ad interim* del Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze e decisioni della Corte Edu, per lo scrupolo e l'attenzione con cui ha curato l'attività di revisione, nonché per il supporto, i suggerimenti e le soluzioni proposte.

1. Con l'entrata in vigore, il 1° novembre 1998, del Protocollo n. 11, il diritto al ricorso individuale è stato dotato di carattere automatico e non più opzionale come in precedenza, quando era connesso alla necessità di un'accettazione preventiva da parte degli Stati.

2. Tale processo di riforma è iniziato con la Conferenza di alto livello di Interlaken nel 2010 ed è proseguito attraverso le Conferenze di alto livello di Izmir (2011), Brighton (2012), Bruxelles (2015) e Copenaghen (2018). Entro la fine del 2019, il Comitato dei ministri dovrà decidere se le misure adottate finora sono sufficienti a garantire il funzionamento sostenibile del meccanismo di controllo della Convenzione o se sono necessari cambiamenti più profondi.

2. Pronunce della Corte Edu oggetto del processo esecutivo

La fase esecutiva ha inizio nel momento in cui una sentenza della Corte europea in cui siano state riscontrate una o più violazioni della Convenzione diviene definitiva ed è trasmessa al Comitato dei ministri, cui la Cedu conferisce la responsabilità di controllarne l'esecuzione. Da questo momento, lo Stato soccombente è obbligato a conformarsi alla sentenza secondo quanto sancito dall'art. 46 della Convenzione.

Le pronunce della Corte hanno tempi diversi per quanto riguarda il loro "passaggio in giudicato", a seconda che siano state rese da un comitato di tre giudici, da una camera di sette, o dalla Grande Camera. Le sentenze rese da un comitato e quelle emesse dalla Grande Camera sono immediatamente definitive. Le sentenze pronunciate da una camera divengono definitive se le parti dichiarano che non richiederanno il rinvio del caso dinanzi alla Grande Camera, se trascorsi tre mesi dalla data della sentenza tale rinvio non è stato richiesto oppure se il collegio della Grande Camera respinge una richiesta di rinvio.

Con l'entrata in vigore (il 1° giugno 2010) del Protocollo n. 14, il Comitato dei ministri è divenuto competente a supervisionare anche l'esecuzione delle decisioni della Corte Edu che hanno disposto la cancellazione della causa dal ruolo a seguito dell'accettazione, da parte del ricorrente e del governo convenuto, di una proposta di regolamento amichevole formulata dalla Corte stessa (art. 39 Cedu). Tale procedura implica che il ricorrente accetti di rinunciare a ogni pretesa nei confronti dello Stato convenuto in merito ai fatti all'origine del ricorso, e che il governo riconosca l'avvenuta violazione della Convenzione e si impegni a corrispondere una somma a titolo di equa soddisfazione e/o ad adottare delle misure specifiche³.

Il Comitato dei ministri non segue, di regola, l'esecuzione delle dichiarazioni unilaterali (art. 37, §1, lett. (b), Cedu). Queste ultime riguardano i casi in cui la Corte Edu decide di cancellare la causa dal ruolo a seguito del rifiuto ingiustificato, da parte del ricorrente, di una proposta di regolamento amichevole, a fronte di una dichiarazione del governo convenuto di riconoscere la violazione della Convenzione indicando le misure che intende adottare per porvi rimedio⁴.

La differenza principale tra regolamenti amichevoli e dichiarazioni unilaterali in fase esecutiva riguarda le conseguenze dell'eventuale non esecuzione.

Mentre, infatti, nel caso dei regolamenti amichevoli spetta al Comitato dei ministri adottare le misure necessarie per assicurare che lo Stato ne rispetti i termini, in caso di mancata esecuzione di una dichiarazione unilaterale la causa sarà rimessa direttamente sul ruolo dalla Corte, su richiesta del ricorrente.

3. I soggetti coinvolti nel processo esecutivo

3.1. Lo Stato soccombente

Se l'attuazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è una responsabilità condivisa tra la Corte Edu, gli Stati membri e il Comitato dei ministri, così come riaffermato dalla Dichiarazione di Bruxelles del 2015, la responsabilità di un'esecuzione efficace delle sentenze della Corte di Strasburgo appartiene, in primo luogo, agli Stati contraenti, coadiuvati dall'azione del Comitato dei ministri.

Le sentenze della Corte sono essenzialmente di natura dichiaratoria e, in generale, è in primo luogo lo Stato in causa a dover scegliere, sotto il controllo del Comitato dei ministri, i mezzi da utilizzare nel proprio ordinamento giuridico interno per conformarsi all'art. 46 della Convenzione. La Corte fornisce, in qualche misura, indicazioni rilevanti per la fase esecutiva circa la posizione del ricorrente (per esempio, riconoscendo una somma a titolo di equa soddisfazione) e, talvolta, in merito alle misure generali necessarie al fine di evitare la ripetizione di violazioni simili.

Un esempio di queste ultime sentenze è costituito dalle cd. "sentenze pilota". Questa procedura è stata sviluppata, a partire al 2004, come tecnica per identificare i problemi strutturali che hanno dato (o possono dare) luogo a casi ripetitivi contro molti Paesi, imponendo agli Stati di adottare soluzioni efficaci. In una sentenza pilota, il compito della Corte Edu non è solo quello di decidere se una violazione della Convenzione si sia verificata nel caso specifico, ma anche di identificare il problema sistemico e fornire al governo indicazioni chiare sul tipo di misure correttive necessarie per risolverlo nonché, sovente, sul termine ultimo per la loro adozione⁵.

Tuttavia, nella grande maggioranza dei casi, la questione dell'individuazione delle misure individuali e generali da adottare viene lasciata aperta dalla Corte, e avviene nel corso del processo esecutivo davanti

3. Si veda, per esempio, *Alfarano c. Italia*, ric. n. 75895/13, 6 aprile 2017.

4. Si veda, per esempio, *Jablońska c. Italia*, ric. n. 13774/15, 30 agosto 2016.

5. Si vedano, ad esempio, le sentenze pronunciate nei casi *Torreggiani e altri c. Italia*, ric. n. 43517/09, 8 gennaio 2013 e *M.C. e altri c. Italia*, ric. n. 5376/11, 3 settembre 2013.

al Comitato dei ministri, del quale – come si dirà più avanti – rappresenta un momento cruciale⁶.

Il Comitato dei ministri, al fine di agevolare gli Stati membri nel difficile compito di eseguire le sentenze della Corte Edu, ha posto l'accento su alcuni aspetti generali essenziali del processo esecutivo attraverso l'adozione di specifiche raccomandazioni agli Stati.

In questo contesto si colloca, per esempio, il richiamo all'esigenza di coordinare gli organismi interni che operano nell'ambito del processo esecutivo, potendo quest'ultimo richiedere interventi complessi, anche di carattere normativo, che implicano la partecipazione di diversi attori. È dunque cruciale, come evidenziato dal Comitato dei ministri, che ciascuno Stato sia in grado di coordinare efficacemente la propria azione, dotandosi di una struttura organizzativa snella ed efficiente che permetta di dare rapida esecuzione alle sentenze della Corte europea⁷.

In modo simile, il Comitato dei ministri ha esortato i governi degli Stati contraenti a dotare il proprio sistema giuridico di strumenti idonei a permettere, laddove questa esigenza risulti imprescindibile, la riapertura a livello nazionale di procedure giudiziarie in conseguenza delle decisioni della Corte Edu⁸. Anche quest'ultima ha affermato l'obbligo, per i governi degli Stati membri, di organizzare i loro sistemi giudiziari in modo tale che i loro tribunali possano soddisfare i requisiti della Convenzione, e che tale principio si applica anche all'esecuzione delle proprie sentenze⁹.

Sul versante della prevenzione di eventuali violazioni della Convenzione, il Comitato ha evidenziato l'importanza di verificare la compatibilità dei disegni di legge (nonché delle leggi esistenti e delle prassi amministrative) con gli *standard* fissati dalla Convenzione alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹⁰.

3.2. Il Comitato dei ministri

L'art. 46 Cedu conferisce al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, organo esecutivo dell'organizzazione, composto da un rappresentante di ciascuno dei 47 Stati membri, il compito di monitorare

l'esecuzione delle sentenze e delle decisioni rese dalla Corte Edu.

Il Comitato assicura impulso al processo esecutivo nella misura in cui ne valuta i progressi e, laddove necessario, sollecita e incoraggia, principalmente attraverso l'adozione di decisioni e risoluzioni, i governi degli Stati ad adottare le misure individuali e generali necessarie all'esecuzione di una sentenza della Corte europea. Inoltre, come detto, il Comitato dei ministri svolge anche un ruolo di controllo, vigilando affinché le misure scelte dai governi siano, da un lato, conformi allo spirito della sentenza e alla giurisprudenza della Corte nella materia e, dall'altro, tempestive e in grado di prevenire violazioni simili.

La supervisione assicurata dal Comitato è costante e opera dall'intervenuta definitività della pronuncia fino alla completa esecuzione della stessa e all'adozione di una risoluzione finale.

Ogni tre mesi, il Comitato dei ministri dedica una riunione di tre giorni all'esecuzione delle sentenze della Corte Edu (cd. "riunioni diritti umani"). Un intervento del Comitato dei ministri può, tuttavia, rendersi necessario in ogni momento secondo l'evoluzione del processo esecutivo e gli ostacoli che eventualmente possono manifestarsi. In queste circostanze, il Comitato dei ministri può decidere di esaminare un caso nel corso di una o più riunioni ordinarie.

Una sentenza della Corte Edu può rilevare problematiche di natura strutturale e/o sistemica (per esempio, in materia di sovraffollamento carcerario o eccessiva durata dei procedimenti giudiziari). Più spesso, tale natura emerge nel corso del processo esecutivo davanti al Comitato dei ministri. In questi casi il ricorso da parte del Comitato alle molteplici sinergie esistenti all'interno del Consiglio d'Europa si dimostra risorsa preziosa, sia nella fase esecutiva che in quella successiva alla chiusura del caso, per seguire – sul lungo periodo – l'impatto delle riforme adottate.

In questi casi, il Comitato, prima di passare il testimone, deve assicurarsi che lo Stato coinvolto abbia adottato misure di ampiezza sufficiente, che una tendenza positiva si sia delineata e consolidata, che esista un controllo permanente a livello nazionale e che esistano dei ricorsi interni efficaci.

6. Nel 2017, sono stati trasmessi al Comitato dei ministri 1333 nuovi casi. Di questi, 179 sono stati classificati come precedenti, ovvero casi che sollevano una questione nuova, non già pendente davanti al Comitato. Solo in 5 di questi casi, la sentenza della Corte ha fornito indicazioni sulle misure individuali e/o generali rilevanti per la fase esecutiva. Si veda, in proposito, Consiglio d'Europa, *Sorveglianza dell'esecuzione delle sentenze e delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (2017) - 11° Rapporto annuale del Comitato dei ministri*, pp. 61 e 126-127 (disponibile online: <https://rm.coe.int/rapport-annuel-2017/16807af92a>).

7. Raccomandazione (2008)2, adottata dal Comitato dei ministri il 6 febbraio 2008.

8. Raccomandazione (2000)2, adottata dal Comitato dei ministri il 19 gennaio 2000.

9. *Verein gegen Tierfabriken c. Svizzera* (n. 2) [GC], ric. n. 32772/02, 30 giugno 2009, § 97.

10. Raccomandazione (2004)5, adottata dal Comitato dei ministri il 12 aprile 2004.

3.3. Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze della Corte Edu

Il Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze della Corte Edu ("Dipartimento") assicura un *follow-up* stretto e continuo dei progressi nell'esecuzione di tutti i casi.

L'attività del Dipartimento si rivolge, da un lato, al Comitato dei ministri e, dall'altro, ai governi degli Stati convenuti.

Sul primo versante, il Dipartimento assiste il Comitato, in particolare, nella valutazione delle misure adottate e/o previste dagli Stati per attuare le sentenze della Corte Edu e nell'individuazione delle risposte da dare. Il Dipartimento presenta, inoltre, proposte per quanto riguarda la scelta iniziale del percorso di supervisione e qualsiasi successivo trasferimento di casi tra i due percorsi¹¹, nonché proposte relative a casi che richiedono un sostegno specifico da parte del Comitato dei ministri per rilanciare il processo esecutivo. Nell'ambito delle «riunioni "Diritti umani"» del Comitato dei ministri, il Dipartimento propone i casi da includere nell'ordine dei lavori, fornendo altresì analisi e valutazioni dello stato della loro esecuzione, nonché proposte in merito alle azioni da intraprendere sotto forma di progetti di decisioni e progetti di risoluzioni. Inoltre, il Dipartimento interviene, se necessario, durante le riunioni del Comitato per illustrare le suddette analisi, valutazioni e proposte.

Il secondo versante dell'azione del Dipartimento riguarda la collaborazione con gli Stati membri e il supporto loro fornito, in particolare, nell'identificazione e nell'attuazione delle misure individuali e/o generali richieste per eseguire una sentenza. Inoltre, esso mantiene un dialogo permanente con le autorità nazionali per favorire il processo di esecuzione, in particolare attraverso valutazioni tempestive dei piani e dei bilanci d'azione, nonché attraverso riunioni bilaterali.

Il Dipartimento promuove altresì il rafforzamento delle sinergie con altri attori del Consiglio d'Europa nelle loro aree di competenza, in particolare con la Corte Edu, l'Assemblea parlamentare e il Commissario per i diritti umani, e assicura la trasparenza e la visibilità dei risultati del processo di supervisione.

3.4. Ricorrenti, istituzioni nazionali per la promozione e la protezione dei diritti umani, organizzazioni non governative

Il Regolamento del Comitato dei ministri ("Regolamento") prevede la possibilità, per il ricorrente, di

partecipare al processo esecutivo attraverso l'invio di comunicazioni riguardanti le misure individuali. La stessa possibilità è offerta, in relazione alle misure generali, alle istituzioni nazionali per la promozione e la protezione dei diritti umani ed alle organizzazioni non governative (ong). A seguito di un emendamento adottato nel 2017, il Comitato dei ministri esamina anche comunicazioni provenienti da organizzazioni internazionali intergovernamentali la cui attività include la protezione dei diritti umani.

Il valore aggiunto di questo tipo di comunicazioni consiste nella possibilità di instaurare, in una certa misura, una forma di contraddittorio che arricchisce e completa il processo esecutivo, portando all'attenzione del Comitato dei ministri aspetti e problematiche spesso rilevanti.

Il Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze della Corte Edu provvede a portare le suddette comunicazioni all'attenzione del Comitato dei ministri e a pubblicarle sul proprio sito *web*, al fine di assicurare la trasparenza della procedura esecutiva.

4. Obiettivi dell'esecuzione

L'obbligo dello Stato chiamato a dare esecuzione a una sentenza della Corte Edu è un'obbligazione di risultato, sia per quanto riguarda la posizione del ricorrente che per ciò che concerne la risoluzione del problema sottostante al fine di evitare una proliferazione di ricorsi simili¹². Tale obbligazione si estrinseca concretamente nel pagamento dell'equa soddisfazione eventualmente riconosciuta dalla sentenza e, laddove necessario, nell'adozione di misure individuali e/o generali. Degli sviluppi tangibili, volti ad affrontare le criticità rilevate dalla Corte Edu, sono, pertanto, attesi.

L'obbligazione di raggiungere determinati risultati è corredata da un'ampia libertà di scelta dei mezzi per farlo. Quest'ultima è la concreta manifestazione del principio di sussidiarietà nella fase esecutiva che, come ribadito dalla Dichiarazione di Copenaghen del 2018, non è volto a limitare o indebolire la protezione dei diritti umani, ma a sottolineare la responsabilità delle autorità nazionali di garantire i diritti e le libertà sanciti nella Convenzione.

Questa discrezionalità circa le modalità di esecuzione di una sentenza, per quanto importante, non è assoluta e le misure scelte devono dimostrarsi effica-

11. Dal 2011, il Comitato dei ministri segue l'esecuzione delle sentenze della Corte Edu attraverso una procedura "standard" e una procedura "rafforzata". L'introduzione di questo sistema a doppio binario ha permesso di migliorare l'efficienza del processo esecutivo, tenendo conto dei diversi livelli di priorità delle problematiche sollevate dalla Corte nelle proprie sentenze.

12. Da notare, tuttavia, come, in alcuni casi che sollevano questioni di giurisdizione extra-territoriale, tali obbligazioni possono divenire obbligazioni di mezzi e non necessariamente di risultato. Si veda, per esempio, il caso *Al Nashiri c. Polonia*, ric. n. 28761/11, 24 luglio 2014.

ci ed essere conformi alle conclusioni della sentenza della Corte Edu e alla sua giurisprudenza nella materia. Il Comitato dei ministri vigila al fine di assicurare tale conformità.

4.1. Misure individuali

Le misure individuali mirano, da un lato, a porre fine alla violazione della Convenzione constatata dalla Corte Edu (qualora persistente) e, dall'altro, ad assicurare al ricorrente, per quanto possibile, la *restitutio in integrum* attraverso l'eliminazione delle conseguenze di tale violazione.

Il primo aspetto evocato, ovvero la necessità di porre rapidamente fine a una violazione persistente, può portare, a seconda delle circostanze del caso, all'adozione delle più svariate misure individuali. Per esempio, può concretizzarsi nell'esigenza di assicurare la liberazione del ricorrente, qualora la Corte abbia constatato che la sua detenzione violi gli artt. 5, § 1, e/o 6, § 1, Cedu (*Assanidzé c. Georgia*, ric. n. 71503/01, § 203), nella chiusura di un procedimento penale nel caso di una violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 Protocollo n. 7 (*Grande Stevens c. Italia*, ric. n. 18640/10, § 237) o, ancora, nella reintegrazione del ricorrente – nella fattispecie, giudice di una Corte suprema nazionale – nel suo posto di lavoro, qualora il suo licenziamento abbia violato i principi fondamentali del giusto processo di cui all'art. 6 Cedu (*Oleksandr Volkov c. Ucraina*, ric. n. 21722/11, § 208).

In questo tipo di situazioni può accadere (come avvenuto negli esempi di cui sopra) che la Corte Edu, considerate le circostanze particolari del caso e la necessità urgente di porre fine alla violazione della Convenzione constatata, nonché l'assenza di valide alternative, indichi in sentenza le misure individuali da adottare.

Riguardo alla *restitutio in integrum*, si può rilevare in via preliminare come questa esigenza risponda a un principio consolidato di diritto internazionale, secondo il quale uno Stato che si è reso responsabile di un atto illecito è obbligato a ripararne le conseguenze ripristinando la situazione preesistente (salvo che ciò sia materialmente impossibile o comporti un peso sproporzionato rispetto ai benefici derivanti dalla riparazione e rispetto al pagamento di un indennizzo). Tale principio è stato considerato, dalla Corte Edu e dal Comitato dei ministri, alla base del risarcimento dovuto a seguito di violazioni della Convenzione¹³.

Ne consegue che il ricorrente, idealmente, dovrebbe poter beneficiare della totale rimozione degli effetti della violazione della Convenzione ed essere posto in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se questa non avesse avuto luogo. Purtroppo ciò non sempre è possibile, ed è per questo che tale obbligazione non è assoluta, ma da adempiere *nei limiti del possibile (autant que possible)*.

Basti pensare ai casi in cui la Corte Edu ha concluso che le autorità, prima di prevedere la soluzione di una rottura del legame familiare, non si sono adoperate in maniera adeguata e sufficiente per fare rispettare il diritto dei genitori (ricorrenti a Strasburgo) di vivere con i propri figli, violando in tal modo il loro diritto al rispetto della vita familiare sancito dall'art. 8 della Convenzione.

Ebbene, in questi casi può accadere che il passare del tempo, e il relativo consolidamento di dinamiche familiari venutesi a creare dopo la separazione del minore dal genitore biologico, rendano non praticabile, in quanto contrario all'interesse del minore, un ricongiungimento dei genitori in sede di esecuzione della sentenza. L'interesse prevalente nell'esecuzione di questo tipo di sentenze non è quello del ricorrente, bensì quello del minore¹⁴.

In questi casi, un indennizzo di carattere economico riveste un ruolo importante nell'ambito delle misure individuali. Tale compensazione è solitamente riconosciuta dalla Corte Edu. Tuttavia, non è raro che i ricorrenti richiedano questo tipo di risarcimento alle autorità nazionali. Laddove questo sia il caso, sarà il Comitato dei ministri a supervisionare l'assegnazione del risarcimento necessario.

Secondo il tipo di violazione della Cedu constatata dalla Corte, e alla luce della situazione del ricorrente al momento in cui la sentenza diviene definitiva, le misure individuali che si rendono necessarie possono essere le più varie. Per esempio, le autorità possono essere chiamate a distruggere informazioni raccolte in violazione del diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata, a dare esecuzione a una decisione giudiziaria interna non eseguita o, ancora, a revocare un provvedimento di espulsione verso un Paese in cui il ricorrente correrebbe il rischio di essere torturato o sottoposto a trattamenti inumani e degradanti.

Nell'ambito delle misure individuali, una menzione particolare merita la possibilità di riaprire una procedura giudiziaria a seguito di una sentenza della Corte europea. Come detto, il Comitato dei ministri,

13. Si veda *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*, ric. n. 14556/89, 31 ottobre 1995, § 36, nonché la raccomandazione CM/Rec(2000)2 del Comitato dei ministri, § 2.

14. Nel caso *R.M.S. c. Spagna*, ric. n. 28775/12, 18 giugno 2013, il Comitato dei ministri ha adottato la risoluzione finale CM/ResDH(2016)139 a seguito di un riesame della situazione della ricorrente da parte delle giurisdizioni interne competenti, alla luce della sentenza della Corte Edu, ma nel rispetto dell'interesse superiore del minore.

con la raccomandazione CM/Rec(2000)2, aveva invitato gli Stati contraenti a prevedere, nel loro sistema giuridico, la possibilità di riapertura dei processi laddove ciò risulti indispensabile per rimuovere la violazione della Cedu che ha viziato il processo.

L'importanza di tale misura, in particolare con riferimento ai processi penali, in cui la libertà personale o altri importanti interessi del ricorrente sono in gioco (per esempio, diritti politici, o il diritto ad ottenere un indennizzo per l'ingiusta detenzione), è stata affermata con forza dalle istituzioni del Consiglio d'Europa¹⁵. Nel corso degli anni, il ricorso a questa misura è divenuto quindi sempre più frequente, perdendo il carattere di eccezionalità suggerito dalla raccomandazione sopra richiamata.

Come per le altre misure, anche la necessità di una riapertura della procedura a livello interno è decisa dalle autorità dello Stato coinvolto sotto la supervisione del Comitato dei ministri.

In casi più recenti, la Corte Edu ha talvolta indicato in sentenza come questa misura fosse la più appropriata per assicurare la *restitutio in integrum*. In particolare, laddove un ricorrente sia stato condannato all'esito di un procedimento penale che non ha soddisfatto le esigenze dell'art. 6 Cedu, un nuovo processo o una riapertura del procedimento su richiesta dell'interessato costituiscono, in principio, la forma più appropriata di riparazione della violazione constatata¹⁶.

La raccomandazione CM/Rec(2000)2 del Comitato dei ministri fornisce una prima indicazione delle circostanze in cui è necessario procedere alla riapertura di una procedura interna.

Ciò è necessario, in primo luogo, quando il ricorrente continui a subire gravi conseguenze a causa della decisione interna oggetto della sentenza della Corte Edu, che non sono adeguatamente sanate dall'equa soddisfazione e non possono essere rettifiche, se non mediante riesame o riapertura della procedura; in secondo luogo, quando la sentenza della Corte Edu porti a concludere che la decisione in questione è contraria nel merito alla Convenzione, oppure quando la violazione constatata si basi su errori procedurali di gravità tale da gettare seri dubbi sulle conclusioni del procedimento di cui il ricorrente si lamenta.

Nella supervisione del processo esecutivo, il Comitato dei ministri farà affidamento sulle conclusioni

raggiunte dai tribunali nazionali in merito al fatto che le violazioni procedurali della Cedu creino o meno seri dubbi sull'esito del caso, nella misura in cui tali conclusioni siano adeguatamente motivate e tengano pienamente conto dei requisiti della Convenzione.

Se una procedura è riaperta a seguito di una sentenza della Corte Edu, i tribunali nazionali dovranno porre rimedio alle *défaillance* riscontrate dalla Corte europea. In caso di violazioni sostanziali della Cedu (artt. 7 e 10, per esempio) risultanti da una condanna penale, l'esito della causa riaperta non può, in linea di principio, che essere l'assoluzione del ricorrente (salvo che non sia eccezionalmente possibile rimediare alle violazioni in altro modo, in particolare attraverso l'equa soddisfazione). In caso di violazioni procedurali (prevalentemente, nell'ambito dell'art. 6 Cedu), sono le lacune procedurali a dover essere sanate nel nuovo processo. Fintanto che ciò è assicurato e il procedimento rispetta le garanzie procedurali dell'art. 6 Cedu, l'esito del nuovo procedimento non è una questione che necessariamente rientra nella supervisione dell'esecuzione da parte del Comitato dei ministri.

Ad ogni modo, la riapertura di un procedimento interno è solo una delle possibili misure – anche se spesso la migliore, se non l'unica – per assicurare la *restitutio in integrum* al ricorrente. Misure alternative, come per esempio un provvedimento di grazia¹⁷ o un riesame della situazione del ricorrente, senza annullamento di precedenti decisioni, al fine di adottare nuove decisioni giudiziarie o amministrative¹⁸ (soluzione particolarmente rilevante in casi in materia di diritto di famiglia o immigrazione), possono essere ritenute congrue e altrettanto efficaci a seconda della natura del caso e delle violazioni constatate.

Misura altrettanto rilevante, soprattutto riguardo a violazioni della Convenzione attinenti a procedure civili, in cui emerge la necessità di proteggere gli interessi dei terzi in buona fede, è l'indennizzo economico (inclusa l'equa soddisfazione riconosciuta dalla Corte Edu) o in forma equivalente, inclusa la possibilità di un'azione civile contro lo Stato per responsabilità extracontrattuale per perdita di *chance*¹⁹.

4.2. Misure generali

L'adozione di misure generali da parte delle autorità dello Stato convenuto mira a evitare che violazioni simili a quelle riscontrate nella sentenza in ese-

15. L'esigenza della riapertura di una procedura penale nazionale ha caratterizzato l'esecuzione delle sentenze di Strasburgo sin dai primi casi risalenti agli anni Sessanta. Si veda, per esempio, *Pataki e Dushirn c. Austria*, ric. n. 596/59, 28 marzo 1963.

16. *Ex multis, Lesjak c. Croazia*, ric. n. 25904/06, 18 febbraio 2010, § 54 e *Lorefice c. Italia*, ric. n. 63446/13, 29 giugno 2017, § 52.

17. *Dalban e altri c. Romania*, Risoluzione finale CM/ResDH(2011)73.

18. *Metropolitan Church of Bessarabia e altri c. Moldavia*, risoluzione interinale ResDH(2006)12 e risoluzione finale CM/ResDH(2010)8.

19. *Ex multis, Bar-Bau Sp. z o. o. c. Polonia*, risoluzione finale CM/ResDH(2013)248.

cuzione possano riprodursi. Le misure generali forniscono una soluzione al problema generale che è alla radice delle violazioni della Convenzione riscontrate dalla Corte Edu, a prescindere dalla loro gravità e dal numero di persone che ne sono state (o potrebbero esserne) colpite²⁰. Quest'aspetto della fase esecutiva è, dunque, essenziale per assicurare l'effettiva implementazione della Convenzione.

Nel contesto attuale, in cui il numero di ricorsi ripetitivi continua a minacciare la sostenibilità del sistema, la rapida adozione delle misure generali riveste un'importanza particolare per porre rimedio a problemi strutturali, che danno luogo a numerosissimi ricorsi ripetitivi, in particolare, in considerazione dell'assenza frequente di rimedi effettivi nazionali.

Non è, quindi, sorprendente che il Comitato dei ministri presti particolare attenzione all'esistenza e all'efficacia di rimedi interni. L'adozione della raccomandazione CM/Rec(2004)6 si iscrive in questo contesto. Il Comitato dei ministri aveva invitato gli Stati contraenti a effettuare, in presenza di sentenze della Corte Edu che rilevino carenze di natura strutturale o sistemica nella legislazione o nella pratica nazionale, una revisione dell'efficacia dei rimedi interni esistenti e, laddove necessario, a crearne di nuovi, al fine di evitare l'aumento di ricorso ripetitivi davanti alla Corte europea²¹.

A seconda dei casi, l'adozione di misure generali può comportare la necessità di interventi legislativi o di cambiamenti nella giurisprudenza dei tribunali interni. In certi casi, può altresì essere necessario un intervento sulla costituzione di uno Stato al fine di assicurarne la conformità alle esigenze della Convenzione.

Altri esempi di misure generali, solo per citarne alcuni, possono includere la ristrutturazione di istituti penitenziari o l'organizzazione di corsi di formazione e/o di aggiornamento in materia di diritti umani per magistrati e forze dell'ordine²².

Laddove l'ordinamento interno di uno Stato assicuri l'efficacia diretta alle sentenze e della giurisprudenza della Corte Edu, la pubblicazione e la diffusione di queste ultime, ove necessario tradotte e commentate, sono spesso sufficienti per ottenere

i necessari cambiamenti e per assicurare efficaci rimedi interni.

5. Procedura

Con l'entrata in vigore, nel 2011, del Regolamento del Comitato di ministri, sono stati introdotti rilevanti requisiti di natura procedurale nel processo esecutivo, nonché cambiamenti nei metodi di lavoro, al fine di migliorarne l'efficienza e la trasparenza.

5.1. Procedura a doppio binario

In primo luogo, è stato introdotto un sistema di controllo a doppio binario (*twin track procedure*) fondato sul presupposto di un monitoraggio costante da parte del Comitato dei ministri di tutti i casi, che tenga conto – allo stesso tempo – delle peculiarità e, soprattutto, del livello di complessità di ciascuno di essi. Questo sistema permette di seguire i casi più complessi nell'ambito di quella che viene definita “procedura rafforzata”, e gli altri in “procedura *standard*”.

In pratica questo sistema prevede che, una volta divenuta definitiva e trasmessa al Comitato dei ministri, una sentenza della Corte Edu sia classificata, alla prima “riunione diritti umani”, *utile* nell'una o nell'altra procedura, sulla base dei seguenti criteri.

Tutti i casi sono, di regola, seguiti in procedura *standard*. La classificazione in procedura rafforzata è, quindi, residuale e riguarda le sentenze che richiedono l'adozione di misure individuali urgenti, le sentenze pilota, le sentenze che rivelano un problema strutturale importante o comunque di complessità elevata, le sentenze emesse nell'ambito di un caso interstatale, nonché i casi in cui sia lo Stato convenuto a farne richiesta. La procedura rafforzata è, quindi, riservata a quei casi che richiedono un'attenzione prioritaria da parte del Comitato dei ministri.

La procedura rafforzata implica una stretta cooperazione tra lo Stato convenuto e il Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze. Questa cooperazione si concretizza nell'assistenza nella preparazione dei piani e dei bilanci d'azione, e nell'individuazione

20. Si vedano per esempio: *Broniowski c. Polonia* [GC], ric. n. 31443/96, 22 giugno 2004, (compensazione di proprietà abbandonate a seguito di cambiamenti di confine successivi alla Seconda guerra mondiale), *Kudeshkina v. Russia*, ric. n. 29492/05, 26 febbraio 2009 (non imparzialità dei procedimenti disciplinari contro magistrati in Russia), *Meltex Ltd e Mesrop Movsesyan c. Armenia*, ric. n. 32283/04, 17 giugno 2008 (mancato riconoscimento di una licenza televisiva) e *Paksas c. Lituania* [GC], ric. n. 34932/04, 6 gennaio 2011 (ineleggibilità permanente del Presidente della Lituania a seguito del suo *impeachment*).

21. Si veda anche la raccomandazione CM/Rec(2010)4 in materia di rimedi interni per la durata eccessiva dei procedimenti, adottata dal Comitato dei ministri il 24 febbraio 2010.

22. Dal 2015 il *Rapporto annuale del Comitato dei ministri (Sorveglianza dell'esecuzione delle sentenze e delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo)* comprende una selezione delle riforme più importanti adottate dagli Stati membri nell'ambito del processo esecutivo.

delle misure necessarie, nonché in frequenti contatti bilaterali (riunioni, seminari, tavole rotonde). La procedura rafforzata include la possibilità che un caso sia inserito nell'ordine dei lavori di una riunione diritti umani del Comitato dei ministri e che, in questo contesto, possa fare oggetto di dibattito. Ciò non significa, tuttavia, che ogni caso classificato in procedura rafforzata debba essere necessariamente esaminato dal Comitato dei ministri.

Nell'ambito della procedura *standard*, l'intervento del Comitato dei ministri è solitamente limitato all'adozione di decisioni sulla classificazione nell'ambito di questa procedura e, successivamente, a prendere nota formale dei piani e dei bilanci d'azione.

Gli sviluppi nell'esecuzione di questi casi sono strettamente seguiti dal Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze; le informazioni ricevute e le valutazioni fatte dal Dipartimento sono diffuse il più rapidamente possibile.

La classificazione di un caso non è irreversibile ma, al contrario, risponde a esigenze di flessibilità legate agli sviluppi concreti del processo esecutivo. Può, per esempio, accadere che, nell'esecuzione di una sentenza seguita in procedura *standard*, insorgano ostacoli impreveduti che rendano necessario un intervento del Comitato dei ministri. In tal caso, il Dipartimento o uno Stato membro possono proporre il trasferimento di una causa alla procedura di "supervisione rafforzata" per consentire al Comitato dei ministri di intervenire per definire le risposte adeguate ai nuovi sviluppi (*trigger up*). Al contrario, quando, nel corso dell'esecuzione di una sentenza classificata inizialmente in procedura rafforzata, siano state adottate importanti misure e si siano raggiunti risultati positivi, il Comitato, qualora sussistano questioni che ancora non permettono di adottare una risoluzione finale, può ritenere opportuno continuare a seguire il caso in procedura *standard* (*trigger down*).

5.2. Piani e bilanci d'azione

Nel corso del processo esecutivo, il Comitato dei ministri riceve le informazioni riguardanti lo stato di avanzamento dell'esecuzione da parte delle autorità degli Stati coinvolti sotto forma di piani e bilanci d'azione.

Un piano d'azione è un documento che illustra le misure che lo Stato convenuto intende adottare (e/o ha adottato) per dare esecuzione a una sentenza della Corte Edu, compreso un calendario indicativo per l'adozione e l'attuazione di tali misure. Esso deve essere presentato il prima possibile e, in ogni caso, non oltre sei mesi dalla data in cui una sentenza è diventata definitiva. Da sottolineare come questo sia il limite massimo di tempo. Il piano di azione dovrà essere presentato prima in situazioni urgenti o in presenza di una sentenza pilota che contiene, di per sé, un termine per

l'adozione di determinate misure prescritte dalla Corte europea. In quest'ultimo caso, ad esempio, il piano d'azione deve essere presentato in tempo utile affinché il Comitato possa garantire il rispetto del termine fissato dalla Corte. Per i casi che implicano l'adozione di misure individuali urgenti, le autorità devono fornire informazioni sulle singole misure non appena la sentenza diventi definitiva – se necessario, in una comunicazione specifica.

Un piano d'azione è un documento in costante evoluzione, che deve essere regolarmente aggiornato durante tutto il processo esecutivo con informazioni sugli sviluppi che si sono verificati nell'adozione delle misure inizialmente previste. Un piano d'azione deve essere rivisto anche quando le autorità ritengono che le misure inizialmente previste debbano essere riesaminate alla luce dei nuovi sviluppi.

Come ricordato, il Comitato dei ministri ha sempre assicurato che, nell'esercizio del loro margine di apprezzamento nella scelta delle misure da adottare, gli Stati rispettino lo spirito della sentenza e la giurisprudenza della Corte nella materia in questione. Il piano d'azione permette al Comitato dei ministri di conoscere la lettura che le autorità hanno fatto della sentenza e di intervenire, qualora necessario (per esempio, in caso di interpretazione troppo restrittiva della sentenza), per assicurare la conformità dell'azione delle autorità al dettato della pronuncia della Corte.

Un bilancio d'azione è una relazione dello Stato convenuto che espone tutte le misure adottate per attuare una sentenza della Corte Edu e/o una spiegazione del motivo per cui non sono necessarie misure (o misure ulteriori). Quando sono state adottate tutte le misure descritte nei piani d'azione inizialmente presentati dallo Stato, l'aggiornamento finale del piano d'azione si trasforma in un bilancio d'azione. Qualora non siano necessarie misure (ad esempio, perché i fatti oggetto della sentenza risalgono a un periodo antecedente l'intervento legislativo che abbia risolto la problematica sottostante) o le misure necessarie siano già state adottate in una fase iniziale, lo Stato presenta direttamente un bilancio d'azione.

Il Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze effettua una valutazione finale del bilancio d'azione entro sei mesi dalla sua presentazione. Se lo Stato membro e il Dipartimento concordano che le misure attuate sono adeguate e sufficienti, il Dipartimento proporrà al Comitato dei ministri di adottare una risoluzione finale che ponga fine all'esame del caso. Qualora, al contrario, vi sia una divergenza che si dimostri insanabile, spetterà al Comitato dirimere la questione.

Come si evince dalla breve illustrazione delle caratteristiche principali di questi documenti, i piani e i bilanci d'azione sono diventati elementi chiave nella

supervisione dell'esecuzione, apportando un importante contributo alla maggiore trasparenza e dinamicità del processo di esecuzione.

Secondo i nuovi metodi di lavoro, qualora nel suddetto termine di sei mesi non venga presentato al Comitato dei ministri alcun piano o bilancio d'azione, il Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze invia una lettera di sollecito alla delegazione interessata, stabilendo un nuovo termine di tre mesi, se il caso è seguito in procedura *standard*, o di due mesi, se in procedura rafforzata. Se anche tale termine non è rispettato, senza che alcuna spiegazione sia fornita al Comitato dei ministri, il Dipartimento è incaricato di proporre che il caso venga esaminato dal Comitato dei ministri nell'ambito della successiva riunione di riuniti umani, in procedura rafforzata.

5.3. Ostacoli e resistenze nel processo esecutivo

Il Protocollo n. 14, entrato in vigore il 1° giugno 2010, ha modificato l'art. 46 Cedu introducendo la possibilità, per il Comitato dei ministri, di rivolgersi alla Corte Edu, da un lato, qualora una questione di interpretazione di una sentenza definitiva ostacoli il processo esecutivo e, dall'altro, quando uno Stato membro rifiuti di conformarsi a una sentenza della Corte²³.

In relazione al primo punto, si può ribadire come l'interpretazione di una sentenza sia un elemento essenziale del processo esecutivo alla luce delle implicazioni che può avere sulla natura e sull'ampiezza delle misure che lo Stato può essere chiamato ad adottare. Qualora vi siano divergenze interpretative che non riescono a essere superate e che, quindi, minacciano l'effettività del processo esecutivo, l'intervento della Corte Edu potrebbe permettere di risolvere la questione, sbloccando l'esecuzione del caso. La procedura prevede, *inter alia*, che la domanda indirizzata alla Corte indichi, in maniera precisa e completa, la natura e la fonte della questione interpretativa della sentenza che è di ostacolo alla sua esecuzione. La domanda è esaminata dalla Corte secondo la composizione che aveva deciso il merito del caso.

Da notare, tuttavia, che questa procedura, la quale richiede una decisione a maggioranza qualificata da parte del Comitato dei ministri, non è stata ad oggi ancora attivata.

Passando al secondo punto, l'articolo 46 Cedu prevede ormai che, in caso di rifiuto da parte di uno Stato di adempiere una sentenza definitiva della Corte di Strasburgo, il Comitato dei ministri possa (dopo aver messo in mora il suddetto Stato) adottare una decisione con la quale adisce la Corte. Anche questa

decisione è adottata attraverso una maggioranza qualificata di due terzi degli aventi diritto.

Una volta investita della questione, la Corte decide con una sentenza di Grande Camera, dopo aver fissato un termine per la presentazione di osservazioni. Il Comitato è rappresentato davanti alla Corte dalla sua presidenza. Se la Corte constata una violazione dell'art. 46, rinvia il caso al Comitato affinché valuti le misure più appropriate da adottare.

L'inserimento di questa procedura nelle disposizioni di cui all'art. 46 della Convenzione fornisce al Comitato dei ministri uno strumento di pressione ulteriore. Il carattere eccezionale e residuale di questa procedura è evidente, così come lo è l'incertezza circa i suoi potenziali effetti.

Ad oggi, il Comitato dei ministri ha attivato questa procedura una sola volta nell'ambito dell'esecuzione del caso *Ilgar Mammadov c. Azerbaijan* (ric. n. 15172/13). In questo caso, il ricorrente è stato arrestato e posto in custodia il 4 febbraio 2013 per aver contestato nel suo *blog* la versione del Governo in relazione ad alcuni disordini provocati da un incidente che aveva visto coinvolto il figlio del ministro del lavoro e il nipote di un politico locale. Il ricorrente è stato, poi, condannato in primo grado a sette anni di reclusione il 17 marzo 2014. La Corte Edu ha ritenuto, in particolare, che l'arresto e la detenzione del ricorrente avessero avuto luogo in assenza di ogni ragionevole sospetto di aver commesso un reato e avessero avuto l'obiettivo di punirlo per aver criticato il Governo e tentato di divulgare ciò che riteneva la verità e che il Governo stava cercando di nascondere (violazioni dell'art. 5 Cedu).

Il 25 ottobre 2017, il Comitato dei ministri, considerando di essere in presenza di un rifiuto di conformarsi alla sentenza definitiva della Corte Edu (non essendo stato assicurato il rilascio incondizionato del ricorrente), ha notificato formalmente alla Repubblica dell'Azerbaijan la propria intenzione, secondo l'art. 46, § 4, Cedu, di adire la Corte Edu – CM/ResDH(2017)379. Il 5 dicembre 2017, il Comitato ha adito la Corte – risoluzione interinale CM/ResDH(2017)429, e il caso è pendente. Nelle more, il 13 agosto 2018, il ricorrente è stato liberato condizionalmente.

6. Conclusioni

L'esecuzione delle sentenze della Corte Edu rappresenta una fase cruciale del meccanismo conven-

23. Si veda a riguardo il documento del gruppo di lavoro *ad hoc* sulla riforma del sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – GT-REF.ECHR(2013)2 rev2 –, contenuto nel *Rapporto annuale 2013* del Comitato dei ministri (*Sorveglianza dell'esecuzione delle sentenze e delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*), pp. 177-178.

zionale di tutela dei diritti umani, che ha ripercussioni dirette sulla sua credibilità e sostenibilità. Tale ruolo cruciale, sia sul versante nazionale che a livello del Consiglio d'Europa, è stato sottolineato nell'ambito del processo di riforma iniziato a Interlaken.

I risultati ottenuti, in termini di efficacia dell'esecuzione delle sentenze della Corte negli ultimi anni, sono positivi. Essi mostrano che il processo esecutivo funziona e che le riforme adottate si stanno dimostrando efficaci.

Il 2017 ha fatto registrare una riduzione dei casi pendenti (passati da 10.000 nel 2016 a 7500) e un nuovo *record* nel numero di casi chiusi (passati da 2066 nel 2016 a 3691). Progressi concreti sono stati riscontrati in relazione a problemi generali e complessi (per esempio, in materia di condizioni di detenzione, indipendenza del sistema giudiziario e controllo sulle azioni delle forze dell'ordine), nonché in relazione ad ambiti più specifici (per esempio, nella criminalizzazione della tortura, nell'analisi dei fattori di rischio in procedure d'asilo e nel diritto al ricongiungimento familiare per coppie omosessuali)²⁴.

Tuttavia, come evidenziato dal *Rapporto annuale 2017* del Comitato dei ministri sulla sorveglianza dell'esecuzione delle sentenze e delle decisioni della

Corte Edu, numerose e difficili sono le sfide che continuano a richiedere una risposta efficace da parte del Comitato dei ministri. Tale risposta, soprattutto quando ci si confronta con l'esecuzione di sentenze della Corte che hanno rilevato problemi estremamente complessi (si pensi, per esempio, alla situazione delle zone post-conflitto in Europa), non può che passare per un ulteriore rafforzamento del dialogo costruttivo già instaurato con le autorità degli Stati coinvolti, al fine di individuare soluzioni efficaci. Questo dialogo deve poter contare su un ampio ricorso alle sinergie esistenti tra gli organi del Consiglio d'Europa, sullo sviluppo di nuove attività di cooperazione, su una più efficace interazione con la Corte Edu, nonché su una cooperazione con altre organizzazioni internazionali (cui dal 2017, non a caso, è consentito intervenire nel processo esecutivo). Appare, inoltre, importante sviluppare ulteriormente la capacità del sistema di affrontare situazioni di stallo del processo esecutivo.

Il futuro (prossimo) dirà se il sistema convenzionale di protezione dei diritti umani sarà stato in grado di rispondere efficacemente a tali sfide, in un contesto europeo particolarmente complesso come quello attuale.

24. Per una più ampia disamina dei risultati ottenuti nell'ambito dell'esecuzione delle sentenze della Corte Edu e dei relativi dati statistici, si rinvia al *Rapporto annuale 2017* del Comitato dei ministri, citato in nota (n. 7).

Tutela d'urgenza e ambito di intervento della Corte

di *Maria Aversano*

Le «*interim measures*» della Corte Edu, prive di previsione convenzionale e dai contorni indefiniti, obbligano lo Stato ad adottare misure provvisorie destinate a incidere sul sistema interno, talvolta con difficili equilibrismi tra diritto nazionale e diritto internazionale.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, al pari di una corte ordinaria interna, oltre alle decisioni finali conclusive di un procedimento, può emettere anche provvedimenti cautelari urgenti.

Le cd. «*interim measures*» sono previste dall'art. 39 del Regolamento della Corte, secondo cui:

«1. La Camera o, se del caso, il Presidente della Sezione o giudice di turno nominato a norma del paragrafo 4 del presente articolo, possono, su richiesta di una parte o di un'altra persona interessata, o di propria iniziativa, indicare alle parti qualsiasi provvedimento provvisorio la cui adozione è ritenuta necessaria nell'interesse delle parti o del corretto svolgimento della procedura.

2. All'occorrenza, il Comitato dei Ministri viene immediatamente informato delle misure adottate nell'ambito di una causa.

3. La Camera o, se del caso, il Presidente della Sezione o un giudice di turno designato a norma del paragrafo 4 del presente articolo possono invitare le parti a fornire informazioni su eventuali questioni relative all'attuazione delle misure provvisorie indicate.

4. Il presidente della Corte può nominare dei Vice Presidenti di sezione come giudici di turno per decidere sulle richieste di misure provvisorie».

Si tratta, dunque, di misure urgenti adottate dalla

Corte nell'ambito di procedimenti pendenti innanzi ad essa, al precipuo fine di evitare o prevenire il rischio imminente di un irreparabile danno ai diritti dell'individuo e che, tuttavia, non pregiudicano la successiva decisione sull'ammissibilità e sul merito del caso¹.

Pertanto, ove ravvisi un effettivo rischio per il ricorrente (in sede cautelare), la Corte «indica» (nel testo in inglese: «*indicate*») al governo convenuto le misure che devono essere provvisoriamente adottate al fine di impedire, almeno per il lasso di tempo necessario a un approfondimento istruttorio nel merito della controversia, il verificarsi di una prossima quanto irreversibile situazione pregiudizievole al ricorrente.

Benché decisamente meno frequenti, non è escluso che la Corte indichi l'adozione di misure provvisorie urgenti anche al ricorrente nel suo stesso interesse, come – da ultimo – nel caso *Sentsov c. Russia*, ric. n. 48881/14, 25 luglio 2018, ove il ricorrente, detenuto in Siberia con l'accusa di terrorismo e in sciopero della fame per reclamare il rilascio di prigionieri politici detenuti in Crimea e in Russia, veniva invitato a cessare lo sciopero della fame e lo Stato convenuto invitato a fornire al ricorrente, senza ritardo, i trattamenti sanitari più adeguati².

1. Per un inquadramento di sintesi della materia e per la giurisprudenza richiamata nel testo del presente articolo, si veda la scheda informativa «*Interim measures*», Unità stampa Corte Edu, febbraio 2018, disponibile online (www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf).

2. In tema di *interim measures* nell'interesse del ricorrente, si segnalano anche i casi *Ilaşcu e altri c. Moldavia e Russia* (ric. n. 48787/99, 8 luglio 2004) e *Rodić e altri c. Bosnia Herzegovina* (ric. n. 22893/05, 27 maggio 2008).

Anche dalle «*Practice Directions*»³ (*p.d.*) impartite dal presidente della Corte (ai sensi dell'art. 32 del Regolamento della Corte) sulle richieste di misure cautelari e sui principi da osservare per una corretta presentazione di una tale istanza è, sostanzialmente, possibile estrapolare, per così dire, dei *principi regolatori* della materia, integrativi e interpretativi della scarna previsione regolamentare.

Se ne desume, infatti, che anche per le *interim measures* vige una sorta di principio di “sussidiarietà cautelare”, in virtù del quale il ricorrente è tenuto ad accompagnare la sua richiesta – che, nel caso di espulsione o estradizione, dovrà necessariamente indicare anche data e ora del paventato allontanamento dal territorio – con la dovuta documentazione relativa ai giudizi interni (*p.d.*, § 1), a presentare l'istanza immediatamente dopo l'emanazione delle decisioni interne definitive (*p.d.*, § 3) e a dimostrare, nei casi di espulsione ed estradizione, di aver preventivamente agito a livello interno per esperire tutti i rimedi necessari al conseguimento di un effetto sospensivo del provvedimento di allontanamento (*p.d.*, § 4). Di contro, la Corte, nel valutare la concedibilità della misura invocata dal ricorrente, deve appunto valutarne anche la conformità al principio di previo esaurimento dei rimedi interni, pena il rigetto della richiesta.

Tuttavia, è possibile avanzare in anticipo istanza cautelare nell'ipotesi di imminente decisione definitiva suscettibile di immediata esecuzione, in particolare nei casi di estradizione ed espulsione, precisando la data in cui il deliberato sarà adottato e che la richiesta è subordinata a una decisione interna negativa (*p.d.*, § 3).

Quanto al rapporto con il ricorso sul merito della questione, si evidenzia che il procedimento cautelare può precedere o essere concomitante alla pendenza di un giudizio ordinario innanzi alla Corte Edu. Nel primo caso, a un eventuale diniego di misura provvisoria il ricorrente dovrà far seguire la manifestazione del suo interesse a presentare comunque ricorso nel merito (*p.d.*, § 5); nel secondo, parallelamente alla conduzione del giudizio ordinario sul ricorso di accertamento di violazione, secondo la ordinaria disciplina convenzionale e regolamentare sull'ammissibilità e sul merito del caso, la Corte può esaminare anche una concomitante istanza cautelare e, se del caso, valutarne l'ammissibilità congiuntamente all'ammissibilità del ricorso nel merito (*p.d.*, §1).

I tempi di durata delle misure cautelari non sono anticipatamente prevedibili, essendo strettamente legati alle circostanze concrete e all'evoluzione del caso, a livello nazionale e sovranazionale. Pertanto, un eventuale omesso aggiornamento della Corte sui

seguiti delle procedure nazionali successivamente all'adozione della misura cautelare potrebbe portare a una radiazione dal ruolo del caso (*p.d.*, § 5); oppure, al contrario, secondo quanto emerge dalla casistica giurisprudenziale (in parte citata di seguito), una misura provvisoria può durare fino all'acquisizione di elementi tali da far ritenere cessato il pericolo imminente che ne aveva giustificato l'adozione o anche per tutta la durata del procedimento di merito e fino alla decisione finale, che, tuttavia, ben potrebbe risolversi in un accertamento di non violazione e rigetto del ricorso principale.

In concreto le decisioni di adozione di una misura provvisoria sono comunicate al governo convenuto con procedure piuttosto agili che, in linea di massima, si limitano a dar conto solo delle misure che lo Stato sarà tenuto ad adottare in via temporanea per prevenire il pericolo di un danno irreversibile, senza una preventiva fissazione di un termine di durata. Peraltro, in talune situazioni, qualora ritenga necessario un approfondimento istruttorio, la Corte può sospendere il giudizio sulla misura cautelare per chiedere informazioni sul caso al governo convenuto, riservando all'esito della disamina degli elementi a disposizione la decisione, che potrà – a questo punto e alla luce dell'integrazione istruttoria – risolversi anche in un rigetto dell'istanza cautelare.

Quanto alla casistica, si evidenzia che, naturalmente, proprio in considerazione dell'imminenza del pericolo corso dal ricorrente e dell'irreversibilità della potenziale lesione, le ipotesi più frequenti di esame e concessione di misure provvisorie riguardano le richieste di sospensione di provvedimenti di espulsione o di estradizione, ovvero le ipotesi in cui in ogni caso si prospetti per il ricorrente un concreto timore di lesione alla vita, in violazione dell'art. 2 Cedu, o di esposizione a trattamenti inumani e degradanti, in violazione dell'art. 3 Cedu.

Esemplificativi di ciò possono considerarsi i ben frequenti casi in cui il ricorrente prospetti il rischio concreto di incorrere, in caso di rimpatrio:

- in *persecuzioni politiche, etniche e religiose; ex multis*, si veda *W.H. c. Svezia* [GC], ric. n. 49341/10, 8 aprile 2015, in cui la Corte ha ordinato allo Stato convenuto di non espellere la ricorrente verso l'Iraq, in cui, attesa la sua appartenenza a una minoranza, sarebbe stata esposta al rischio di persecuzione per ragioni etniche – misura poi revocata dalla Corte, che in considerazione della sopravvenuta concessione alla ricorrente di un permesso di soggiorno permanente e della rinuncia al ricorso principale, ha archiviato il caso; ancora, si veda

3. www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_ENG.pdf.

- F.H. c. Svezia*, ric. n. 32621/06, 20 gennaio 2009, in cui la Corte ha preventivamente ordinato allo Stato convenuto di non espellere il ricorrente verso l'Iraq, dove, a causa della sua fede cristiana e della sua appartenenza al partito Ba'ath, avrebbe rischiato di essere ucciso o torturato, e poi revocato tale ordine una volta accertato in via definitiva che l'espulsione del ricorrente non avrebbe determinato alcuna violazione degli artt. 2 e 3 della Convenzione;
- in *mutilazioni genitali*; *ex multis*, si veda da ultimo *Sow c. Belgio*, ric. n. 27081/13, 19 gennaio 2016, in cui la Corte ha ordinato allo Stato convenuto di non espellere la ricorrente, per tutta la durata della procedura di merito, verso la Guinea, dove avrebbe corso il rischio di mutilazioni genitali, salvo poi revocare la misura all'esito della causa di merito conclusasi con un rigetto del ricorso;
 - in *persecuzioni per motivi di orientamento sessuale*; si veda, *ex multis*, *M.E. c. Svezia* [GC], ric. n. 71398/12, 8 aprile 2015;
 - in *sfruttamento della prostituzione*; si veda *M. c. Regno Unito*, ric. n. 16081/08, 1° dicembre 2009, in cui la Corte ha ordinato di non procedere al rimpatrio in Uganda della ricorrente, che avrebbe corso il rischio di essere nuovamente vittima di tratta e sottoposta a sfruttamento della prostituzione (misura poi revocata alla luce del regolamento amichevole intercorso tra le parti);
 - in *lapidazione per adulterio*; si veda *Jabari c. Turchia*, ric. n. 40035/98, 11 luglio 2000;
 - in *condanna alla pena di morte*; si veda, *ex multis*, *Öcalan c. Turchia* [GC], ric. n. 46221/99, 12 maggio 2005, in cui la Corte ha provvisoriamente ordinato allo Stato convenuto di non portare a esecuzione la pena capitale comminata, salvo revocare successivamente la misura alla luce dell'intervenuta abolizione di tale tipo di pena e la commutazione della sentenza in ergastolo;
 - in *trattamenti inumani e degradanti per motivi di salute*; si veda, *ex multis*, *Paposhvili c. Belgio* [GC], ric. n. 41738/10, 13 dicembre 2016⁴.

Tuttavia, la variegata casistica giurisprudenziale in materia pone in evidenza come il pericolo concreto di possibili lesioni anche di altri diritti fondamentali, oltre ai fondamentali diritti alla vita (art. 2) e al divieto di essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti (art. 3), possa comunque giustificare un "ordine" cautelare della Corte.

Il riferimento va, ad esempio, a casi in cui il diritto esposto al pericolo di imminente lesione sia il *diritto a un equo processo ex art. 6 Cedu (ex multis*, si veda *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, ric. n. 8139 /09, 17 gennaio 2012, in cui la Corte ha basato l'ordine di non espulsione di un cittadino giordano sospettato di collegamenti con l'organizzazione di Al-Qaeda sul concreto pericolo che nel Paese di destinazione venisse sottoposto a un giudizio basato su prove acquisite mediante tortura, confermando tali conclusioni anche nella decisione finale di accertamento di violazione dell'art. 6 quale conseguenza dell'espulsione e di conferma della misura cautelare fino a quando la sentenza non fosse divenuta definitiva) o il *diritto alla vita privata e familiare ex art. 8 Cedu (ex multis*, si veda *Soares de Melo c. Portogallo*, ric. n. 72850/14, 16 febbraio 2016, in cui la Corte ha ordinato, in via cautelare, che le autorità nazionali consentissero il mantenimento di contatti tra la ricorrente e i figli affidati a terzi in vista di successiva adozione, concludendo poi nel merito per la sussistenza di una violazione dell'art. 8 nella condotta dello Stato convenuto, che, nell'affidamento dei bambini, non aveva osservato il giusto equilibrio tra tutti gli interessi coinvolti, quello dei bambini e quello della loro madre naturale, con un invito alle autorità all'assunzione di nuove misure più adeguate al *best interest* dei minori).

Per quanto riguarda l'esperienza Italiana, uno dei casi più significativi sul tema, anche per la rappresentazione dell'impatto che tali misure hanno sul sistema interno, è il caso *Saadi c. Italia* [GC], ric. n. 37201/06, 28 febbraio 2008, in cui la Corte, adita da un cittadino tunisino condannato, in Italia, per associazione a delinquere e altri reati e, in patria, per terrorismo, ordinava allo Stato italiano la sospensione dell'espulsione del ricorrente in considerazione del pericolo concreto che questi subisse trattamenti inumani e degradanti nello Stato di origine. L'argomento è stato in seguito confermato dalla Corte anche nella sentenza di merito di accertamento di violazione "eventuale", configurabile laddove lo Stato convenuto avesse dato esecuzione al rimpatrio del ricorrente nonostante le rassicurazioni dello Stato tunisino, ritenute insufficienti dai giudici di Strasburgo, di rispetto dei diritti umani.

Oltre alle misure in tema di estradizione/espulsione, che certamente è l'ipotesi che più si presta all'adozione di *interim measures*, la casistica nazionale più recente registra casi di procedimenti cautelari attinenti anche ad altri aspetti del fenomeno migratorio – come, *inter alia*, l'adeguato alloggiamento in strutture idonee di minori non accompagnati presenti sul territorio (tra i molteplici casi ricadenti in que-

4. Per la giurisprudenza citata nel testo e altra ancora in tema, si veda la nota n. 1.

sta ipotesi, si richiamano i recenti *Jubail c. Italia*⁵ e *Dansu e altri c. Italia*⁶, in cui la Corte, in accoglimento dell'istanza cautelare dei ricorrenti, ne ha disposto l'immediato spostamento da centri per soggetti adulti in strutture più adeguate alla tutela dei minori non accompagnati) – o alla tutela dei diritti dei ricorrenti (tra gli altri, il diritto alla vita privata e familiare) mediante la sospensione di operazioni di sgombero.

Per quanto concerne l'efficacia vincolante delle misure cautelari della Corte Edu nei confronti degli Stati, occorre necessariamente premettere che, a differenza delle decisioni finali di un giudizio ordinario, la cui vincolatività discende direttamente dalla Convenzione (art. 46) e, quindi, dall'impegno reciprocamente assunto dagli Stati con la sottoscrizione dell'accordo, le misure cautelari hanno la loro base giuridica esclusivamente nel Regolamento di cui la Corte si è unilateralmente dotata.

Ne discende che la fonte dell'obbligo di adeguamento non è direttamente riconducibile alla volontà degli Stati contraenti di autovincolarsi a tali provvedimenti, ma ad altri obblighi discendenti dalla Convenzione.

E invero, nella giurisprudenza della Corte, la fonte dell'obbligo dello Stato convenuto di dare esecuzione alle misure cautelari adottate nell'ambito di un procedimento trova il suo fondamento nell'obbligazione, assunta dagli Stati contraenti e prevista dall'art. 34 Cedu, di non ostacolare in alcun modo l'effettivo esercizio del diritto al ricorso sovranazionale riconosciuto agli individui.

Dal che consegue che il mancato adeguamento alle misure indicate dalla Corte per prevenire il verificarsi, per il ricorrente, di un imminente pericolo nelle more di un accertamento nel merito, espone lo Stato convenuto, oltre che a una condanna nel merito per violazione dei diritti di volta in volta coinvolti nello specifico caso, anche a un accertamento di violazione dell'art. 34 Cedu per violazione del diritto al ricorso individuale.

La consolidata posizione della Corte sul punto, oltre che nei *leading case Mamatkulov e Askarov c. Turchia* [GC] (ric. nn. 46827/99 e 46951/99, 4 febbraio 2005), *Paladi c. Moldavia* [GC] (ric. n. 39806/05, 10 marzo 2009) e *Kondrulin c. Russia* (ric. n. 12987/15, 20 settembre 2016), è stata ripetutamente affermata anche in casi italiani⁷.

Da ultimo, nel sopra citato caso *Mannai c. Italia* (ric. n. 9961/10, 27 marzo 2012), relativo all'espulsio-

ne di un cittadino tunisino condannato in Italia per terrorismo ed esposto al rischio di tortura in caso di rimpatrio, nel quale era stato cautelativamente indicato al Governo di sospendere l'espulsione ai sensi dell'art. 39 del Regolamento, la Corte ha affermato che:

«§ 51. Nell'ambito del contenzioso internazionale, le misure provvisorie hanno lo scopo di preservare i diritti delle parti, permettendo alla giurisdizione di dare effetto alle conseguenze della responsabilità derivata dal procedimento in contraddittorio. In particolare, nel sistema della Convenzione, le misure provvisorie, così come sono state costantemente applicate nella pratica, risultano essere di fondamentale importanza per evitare situazioni irreversibili che impedirebbero alla Corte di eseguire in buone condizioni un esame del ricorso e, eventualmente, per assicurare al ricorrente la possibilità di fruire praticamente ed effettivamente del diritto tutelato dalla Convenzione da lui invocato. Pertanto, in queste condizioni, il fatto che uno Stato convenuto non osservi le misure provvisorie mette in pericolo l'efficacia del diritto di ricorso individuale, come garantito dall'art. 34, nonché l'impegno formale dello Stato, in virtù dell'art. 1, di salvaguardare i diritti e le libertà sanciti dalla Convenzione. Tali misure permettono anche allo Stato interessato di adempiere al suo obbligo di conformarsi alla sentenza definitiva della Corte, la quale è giuridicamente vincolante in virtù dell'art. 46 della Convenzione (*Mamatkulov e Askarov*, prima citata, §§ 113 e 125). Ne consegue che l'inosservanza di misure provvisorie da parte di uno Stato contraente deve essere considerata come un fatto che impedisce alla Corte di esaminare efficacemente il motivo di ricorso del ricorrente e ostacola l'esercizio efficace del suo diritto e, pertanto, come una violazione dell'art. 34 (*Mamatkulov e Askarov*, prima citata, § 128). § 52. Nel caso specifico, poiché l'Italia ha espulso il ricorrente verso la Tunisia, il livello di protezione dei diritti enunciati all'art. 3 della Convenzione che la Corte poteva garantire all'interessato è stato ridotto in modo irreversibile, privando di qualsiasi utilità l'eventuale constatazione di violazione della Convenzione, in quanto il ricorrente è stato allontanato verso un Paese che non è parte a tale strumento, dove sosteneva che avrebbe corso il rischio di essere sottoposto a trattamenti contrari alla Convenzione».

A quanto sopra va necessariamente aggiunto che la pratica delle misure cautelari della Corte, proprio

5. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-178276"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

6. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-173092"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

7. Si vedano *Khemais c. Italia*, ric. n. 246/07, 24 febbraio 2009; *Trabelsi c. Italia*, ric. n. 50163/08, 13 aprile 2010; *Mannai c. Italia*, 27 marzo 2012 ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid%22":\["%22001-146326%22"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)).

in considerazione della flebile base giuridica degli obblighi cui sono chiamati gli Stati, del loro raccordo con il sistema interno, della sostanziale indeterminazione dei termini di durata, del fatto che nella maggior parte dei casi si basino esclusivamente sulla prospettiva di parte ricorrente, della mancanza di mezzi processuali di impugnazione e, non ultimo, dell'impatto che esse possono avere su procedure ancora aperte a livello nazionale, ha suscitato, a più riprese, preoccupazioni e riflessioni da parte degli Stati.

Infatti, con la *Dichiarazione di Izmir* del 2011⁸, gli Stati, nel ribadire che «la Corte non è un tribunale di appello in materia migratoria né una corte di quarta istanza», hanno espressamente «enfaticamente la necessità che la trattazione delle richieste di misure cautelari faccia rigorosa applicazione del principio di sussidiarietà, e si basi su una valutazione dei fatti e delle circostanze di ogni singolo caso, seguita da una rapida disamina e decisione anche del merito del ricorso».

Significative di questa filosofia di fondo sono, infatti, le direttive e gli inviti indirizzati a tutti i soggetti coinvolti a vario titolo nelle procedure in questione: agli Stati, affinché si dotino di rimedi interni efficaci provvisti anche di eventuali effetti sospensivi; ai ricorrenti, affinché nella presentazione delle istanze cautelari si attengano alla più rigorosa osservanza delle «*practise directions*» (art. 32, Regolamento della Corte); e alla Corte, affinché, in ossequio alle «*practise directions*»: tragga le dovute conclusioni in caso di loro inosservanza; proceda, nella disamina delle istanze cautelari in tema di asilo e immigrazione, a una preventiva disamina dell'efficacia delle procedure interne e, in caso positivo, si astenga dall'intervenire se non in circostanze veramente eccezionali; consideri la migliore combinazione tra misure cautelari e principio di sussidiarietà; valuti una spedita trattazione, entro ristretti limiti temporali, delle cause in cui sono state applicate le misure cautelari.

Successivamente, gli Stati, in sede di Comitato direttivo per i diritti umani (CDDH) del Consiglio d'Europa, hanno continuato le loro riflessioni sul tema delle misure cautelari facendole confluire anche nello specifico «*Report on interim measures under rule 39 of the Rules of Court*», del 22 marzo 2013 – CDDH(2013)R77, *Addendum III*⁹ –, comprensivo, oltre che di una disamina approfondita della pratica delle misure cautelari della Corte, anche di una serie di inviti e proposte alla Corte medesima e agli Sta-

ti sugli aspetti di constatata maggiore criticità della procedura cautelare.

Così, con riferimento ai termini di durata delle misure cautelari (si veda il § 43 del *Report* citato), proprio in considerazione delle ricadute immediate sul sistema interno, sembrerebbe necessaria una certa prevedibilità di un termine di durata massima delle misure provvisorie. Una misura provvisoria *sine die* – che peraltro, in teoria, rischia di essere annullata dalla decisione di merito di non violazione – può generare crisi di raccordo con il diritto interno, che segue logiche e tempi diversi, e con i provvedimenti già adottati dalle autorità nazionali, che, nei casi in cui tocchino materie estremamente sensibili come la libertà personale o situazioni che comunque involgano la salvaguardia di altri diritti e interessi individuali e nazionali, a maggior ragione necessitano di punti di riferimento certi (sui possibili effetti e conseguenze interne di una *interim measure* sospensiva di un provvedimento di espulsione, si rinvia ai fatti di causa in *Saadi c. Italia*, cit., §§ 42-50).

Anche altri e non meno importanti aspetti di una tale procedura, nei termini in cui emerge dalla casistica giurisprudenziale, hanno suscitato serie perplessità da parte degli Stati.

La carenza di motivazione dei provvedimenti con cui la Corte, sostanzialmente, impone le misure provvisorie (affrontata nei §§ 44 e 51 del *Report*) è certamente tra questi.

Infatti, una puntuale cognizione delle ragioni alla base dei provvedimenti di accoglimento, nella maggior parte dei casi fondati solo sulla prospettiva del ricorrente, unita a un'ipotesi di impugnazione o comunque di pronta revisione della misura, non solo consentirebbe di mettere le parti a conoscenza del percorso argomentativo seguito dalla Corte, ma consentirebbe loro anche di contestare in maniera più puntuale la decisione, che, comunque, proprio per i suoi effetti vincolanti per il sistema e – in caso di accoglimento – anticipatori del giudizio, presenta un'evidente natura giudiziaria.

Non meno perplessità suscita la generale limitazione del contraddittorio con lo Stato convenuto al momento della disamina dell'istanza cautelare (affrontata nel § 48 del *Report*). Di conseguenza, sebbene una qualsiasi forma di dialogo tra la Corte e lo Stato convenuto non possa essere pensata su base sistematica proprio per le esigenze di celerità di intervento che il singolo caso potrebbe presentare, essa andrebbe certamente incoraggiata rispetto alle decisioni *inaudita altera parte*.

8. «Conferenza di alto livello sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo», Izmir, 26-27 aprile 2011. In particolare, si veda il «*Follow-up Plan*» della Dichiarazione, lett. A. («Diritto al ricorso individuale»), par. 3.

9. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168045fdf5>.

Invero, l'obbligatorietà delle misure provvisorie e le immediate ricadute su un sistema interno che potrebbe ancora non aver completato il suo corso, aggiunte al fatto che non sono soggette a termini di efficacia, suggeriscono e impongono una maggiore attenzione al contraddittorio con lo Stato contraente. In quanto principale destinatario di tali provvedimenti, quest'ultimo ha interesse a interloquire, sin dalle primissime fasi della procedura, sulla fondatezza della doglianza – che, anche se in forma di *fumus boni iuris*, tocca sempre il merito della questione – oltre che sui profili di ammissibilità cautelare.

Da ultimo, anche una più rigorosa applicazione del principio di sussidiarietà cautelare (affrontata nel § 49 del *Report*) è stata reiteratamente incoraggiata dagli Stati quali rappresentanti dei sistemi su cui tali provvedimenti sono destinati a incidere: ciò al precipuo fine di lasciare più ampio spazio ai rimedi interni di “agire” e “reagire” in favore della vittima prima ancora che si rivolga alla Corte Edu, in ossequio al principio di sussidiarietà, e, al tempo stesso, di evitare possibili interferenze tra procedimento sovranazionale e nazionale e difficili punti di raccordo tra i due sistemi.

In sintesi, a differenza delle sentenze della Corte Edu – le quali, in virtù di una più solida base giuridica convenzionale e della loro definitività, offrono prospettive di un più agevole raccordo con il diritto nazionale –, le *interim measures*, sia per la mancanza

di un quadro normativo di dettaglio che per la loro imprevedibile temporaneità, che ancora per la loro possibile incidenza su procedure ancora pendenti a livello nazionale, presentano maggiori criticità di armonizzazione con il sistema interno.

Come si può desumere, infatti, dagli argomenti presentati e dalle reiterate riflessioni degli Stati al riguardo, le misure cautelari rischiano di avere ricadute contundenti sul versante nazionale, soprattutto quando intervengono su fattispecie involgenti altri diritti fondamentali meritevoli di tutela (principalmente: libertà personale, di circolazione e di stabilimento degli individui), disciplinate da precisi quadri regolamentari che non ne contemplano una possibile evenienza, oppure quando sono destinate a sovrapporsi a procedimenti interni ancora aperti, che rispondono a precise logiche normative e costituzionali, con evidenti implicazioni in termini di potenziale impatto sul principio di sussidiarietà e di incidenza sull'operato delle autorità nazionali, ancora in divenire.

Così, in definitiva, anche le misure cautelari della Corte Edu ripropongono, a determinate condizioni, la questione della sottile linea di confine su cui, talvolta, si trova a correre lo Stato, tra l'adempimento degli obblighi convenzionali, da un lato, e il rispetto del diritto interno, dall'altro, oltre a un problema – già noto – di dualismo del sistema tra diritto nazionale e diritto internazionale.

Inquinamento ambientale e diritti umani

di Pasquale Fimiani

Anche se non è menzionato tra i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), l'ambiente costituisce un valore fondamentale che la giurisprudenza della Corte Edu riconosce come caratterizzante i singoli diritti, quali, in particolare, quello al domicilio e alla vita privata e familiare (art. 8) e quello alla vita (art. 2).

1. Premessa

Il diritto all'ambiente non è previsto espressamente tra quelli riconosciuti dalla Cedu.

Tale mancanza, come rilevato nella opinione dissidente dei giudici Costa, Ress, Turmen, Zupančič e Sterner nella pronuncia della Grande Camera dell'8 luglio 2003 sul caso *Hatton e altri c. Regno Unito*, si spiega con il fatto che l'approvazione della Convenzione risale agli anni Cinquanta, quando non era ancora emersa nella coscienza collettiva la consapevolezza della necessità di proteggere i diritti ambientali dell'uomo. Una consapevolezza maturata nel tempo e che ha trovato poi riscontro, a livello di individuazione principi fondamentali del diritto eurounitario, nell'art. 37 della Carta europea dei diritti fondamentali (Cdfue), secondo cui «*un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile*».

Il riconoscimento del valore ambientale è, quindi, avvenuto mediante la sua progressiva emersione, da parte della giurisprudenza della Corte Edu, all'interno del sistema dei diritti fondamentali garantiti

dalla Cedu, in una duplice prospettiva: quale limite all'espansione del diritto di proprietà¹, ovvero quale elemento caratterizzante i singoli diritti, quali, in particolare, il diritto al domicilio e alla vita privata e familiare (art. 8) e il diritto alla vita (art. 2).

2. La valenza ambientale del diritto al domicilio ed alla vita privata e familiare nella giurisprudenza della Corte Edu

Mentre il diritto alla vita riconosciuto dall'art. 2 è stato ritenuto leso soltanto in occasioni eccezionali, in presenza di gravi eventi di disastro ambientale che avevano causato la morte di persone (si veda la sentenza *Öneryıldız c. Turchia*, del 2004), numerose sono state le decisioni in cui la Corte Edu ha ritenuto che il valore ambientale caratterizza in modo stringente il diritto fondamentale al domicilio e alla vita privata e familiare garantito dall'art. 8.

La tutela accordata dalla norma non riguarda tre beni diversi, ma un *unicum* proteiforme, in quanto a essere considerato è l'insieme dei rapporti che ruotano intorno alla sfera più intima della persona.

1. Si veda la sentenza *Hamer c. Belgio* del 2007, relativa a una fattispecie in cui il ricorrente, dopo essere stato sottoposto a procedimento penale per avere edificato, in territorio forestale, contro il divieto di edificazione e aver subito la demolizione del manufatto, aveva lamentato la violazione del diritto alla protezione della proprietà di cui all'art. 1 Protocollo n. 1 alla Cedu. La violazione è stata esclusa dalla Corte, dichiarando la prevalenza dell'ambiente quale valore in sé, anche se non espressamente previsto dalla Convenzione, rispetto al quale sono recessive considerazioni economiche al pari del diritto di proprietà, specie quando lo Stato abbia legiferato nella materia.

Un contesto unitario, quindi, la cui violazione rileva sotto vari profili: da quello strettamente domiciliare, legato ai luoghi nei quali si svolge la vita privata, a quello che riguarda lo spazio di autonomia e di qualità di quest'ultima (che, nella valenza ambientale, si risolve nel diritto a godere senza interferenze che alterino il benessere psico-fisico dell'individuo), fino alla tutela delle relazioni familiari che la qualificano e le danno consistenza.

È importante evidenziare come la violazione dell'impegno degli Stati contraenti a tutelare questo e gli altri diritti non riguardi soltanto comportamenti direttamente riconducibili alle istituzioni pubbliche, ma anche quelli posti in essere da privati laddove risulti che essi sono stati resi possibili da negligenze od omissioni da parte dello Stato (inteso, in senso ampio, come "Stato-apparato", espressione riferita a tutte le sue articolazioni).

All'ampiezza del diritto al domicilio e alla vita privata e familiare corrisponde una vasta gamma di situazioni in cui la valenza ambientale di tale diritto è esaminata dalla Corte Edu.

Un primo versante riguarda i numerosi casi in cui la lesione è stata ravvisata in caso di inquinamento acustico, rispetto al quale la violazione è stata affermata quando sia risultata superata la soglia di tolleranza del rumore, attraverso l'analisi comparata del disturbo lamentato dagli interessati e delle misure in concreto adottate dal responsabile della immissione rumorosa, in una prospettiva di bilanciamento tra interessi contrapposti. Una verifica che ha portato all'esclusione della violazione in diversi casi di rumore aeroportuale rientrante nella sfera di tollerabilità. *Ex plurimis*, si vedano le sentenze *Powell e Rayner c. Regno Unito*, del 1990, *Hatton c. Regno Unito*, del 2003, *Flamenbaum e altri c. Francia*, del 2012. Altra fattispecie in cui è stato ritenuto congruo il bilanciamento di interessi da parte delle autorità nazionali è quella della sentenza *Martínez Martínez e Pino Manzano c. Spagna*, del 2012, relativa a soggetti residenti in prossimità di una cava attiva di pietra, che provocava rumore e inquinamento da polveri e nella quale si è esclusa la violazione per la collocazione dell'abitazione in una zona industriale e non residenziale, e per l'esito dell'accertamento tecnico da cui era risultato che i livelli di rumore e di inquinamento erano pari o leggermente superiori alla norma, ma erano tollerabili.

La violazione dell'art. 8 è stata, invece, ritenuta:

- nel caso di rilevante superamento dei limiti di legge da parte di locali privati; *ex plurimis*,

sentenza *Moreno Gomez c. Spagna*, del 2004 relativa al rumore causato al ricorrente da alcune discoteche vicine alla sua abitazione, che ne avevano disturbato il sonno in maniera prolungata, o la sentenza *Mileva e altri c. Bulgaria*, del 2010, in cui la doglianza riguardava il rumore causato da un ufficio, da un club in cui erano installati giochi elettronici e da un centro riparazioni di computer, che si trovavano tutti all'interno di appartamenti vicini a quelli dei singoli ricorrenti;

- nell'ipotesi di traffico veicolare pesante non regolamentato lungo la strada limitrofa alla residenza degli interessati; si veda, in proposito, la sentenza *Dees c. Ungheria*, del 2010, in cui la violazione dell'art. 8 è stata ravvisata nel caso di emissioni sonore superiori del 15 per cento rispetto al limite fissato dalla legge; la decisione ha risolto positivamente la questione se il contenuto sostanziale dell'art. 8 della Convenzione possa configurare, in capo allo Stato membro, l'obbligazione di adottare misure effettivamente idonee a limitare i disagi dovuti a un eccesso di rumorosità.

Un secondo versante in cui è stata configurata la violazione dell'art. 8 Cedu è quello dell'inquinamento industriale, rispetto al quale la Corte Edu ha affermato l'obbligo per le autorità pubbliche, quando siano messi in «funzione impianti inquinanti per il trattamento di sostanze potenzialmente nocive per la salute o lesive per l'ambiente (...) di operare un equo bilanciamento tra interessi contrapposti entrambi meritevoli di tutela: da una parte, vi è l'interesse della collettività all'esistenza dell'impianto, al fine di ridurre l'inquinamento complessivo e di implementare l'economia locale; dall'altro, quello individuale dei singoli abitanti dei luoghi limitrofi all'impianto a conservare un ambiente salubre e a che la propria vita privata e familiare e il libero godimento della propria abitazione non vengano oltremodo sconvolti. Questo equo bilanciamento comporta, per le Autorità, un dovere di premunirsi adottando tutti gli accorgimenti necessari a scongiurare che la messa in funzione di detti impianti abbia conseguenze abnormi sulla vita privata e familiare e sul diritto al godimento dell'abitazione dei singoli cittadini, pena l'infrazione dell'art. 8 della Convenzione, posto a tutela di tali diritti»².

L'equo bilanciamento in questione implica l'obbligo, per le autorità nazionali, di compiere un'a-

2. In tal senso, la felice sintesi della sentenza *Lopez Ostra c. Spagna*, del 1994, operata da A. Scarcella, *Giurisprudenza Cedu e diritto dell'ambiente: i principali «filoni» della Corte di Strasburgo*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 2/2013, pp. 129-137. Lo stesso Autore ricorda, nella medesima prospettiva, la sentenza *Fadeyeva c. Russia*, del 2005, in cui «la ricorrente era una cittadina russa che, vivendo in un'area ad alto inquinamento industriale, aveva ottenuto dal giudice un provvedimento che ordinava il suo reinsediamento a spese delle

deguata valutazione preventiva sui rischi per l'ambiente derivanti da un'attività di tipo industriale, ponendo in essere le misure idonee a evitare la compromissione del benessere psico-fisico della persona caratterizzante il godimento del domicilio e della sfera privata – sentenza *Tatar c. Romania*, del 2009; conforme la sentenza *Cordella e altri c. Italia*, del 24 gennaio 2019, nella nota vicenda Ilva, che ha ritenuto violato l'art. 8 in quanto «la persistenza di una situazione di inquinamento ambientale mette in pericolo la salute dei richiedenti e, più in generale, quella dell'intera popolazione che vive nelle aree a rischio» e «le autorità nazionali non hanno adottato tutte le misure necessarie per garantire una protezione efficace del diritto dei richiedenti al rispetto della loro vita privata».

Altro aspetto che rende configurabile la violazione dell'art. 8 nel caso di inquinamento industriale è quello dell'omessa informazione dei rischi potenziali dipendenti dal continuare a vivere in un luogo esposto a pericolo di inquinamento o contaminazione, come riconosciuto fin dalle sentenze *Guerra e altri c. Italia*, del 1998 e *Taskin e altri c. Turchia*, del 2004, in quanto elemento che incide negativamente sul godimento del domicilio, a prescindere dalla effettività del danno alla salute.

A questo aspetto si collega la violazione dell'art. 13 Cedu, quando l'omessa informazione sullo stato dell'ambiente e sulle misure di prevenzione e riparazione che il sistema pubblico attua – o ha in programma di attuare – impediscano ai cittadini di ricorrere davanti a un giudice «contro l'impossibilità di ottenere misure anti-inquinamento, violando quindi il loro diritto a un ricorso effettivo» (sentenza *Cordella e altri c. Italia*, cit., con riferimento alla mancanza di informazioni sulle operazioni di bonifica del territorio).

Al diritto di informazione è altresì collegato quello delle associazioni ambientaliste all'accesso alla giustizia, riconosciuto dalla Corte con riferimento all'art. 6 Cedu (sentenza *L'Erablière ASBL c. Belgio*, del 2009).

Un terzo versante nel quale è stata configurata la violazione dell'art. 8 Cedu è quello dell'inquinamento da rifiuti.

Oltre a ribadire, anche in tal caso, gli obblighi delle pubbliche autorità di verifica preventiva dell'impatto ambientale di un nuovo insediamento³, di particolare importanza è il caso della “crisi dei rifiuti” campani esaminato dalla Corte Edu con la sentenza *Di Sarno c. Italia*, del 2012, della quale è utile riprodurre i punti 104-107 perché ricognitivi dei principi generali:

«104. La Corte ricorda che i gravi danni ambientali possono incidere sul benessere delle persone e privarle del godimento del loro domicilio in modo da nuocere alla loro vita privata e familiare (*López Ostra*, sopra citata, § 51; *Guerra e altri*, sopra citata, § 60).

105. Peraltro, sottolinea che l'articolo 8 non si limita a costringere lo Stato ad astenersi da ingerenze arbitrarie: a questo impegno piuttosto negativo possono aggiungersi obblighi positivi inerenti ad un rispetto effettivo della vita privata. Comunque sia, che si affronti la questione in termini di obbligo positivo dello Stato ad adottare misure ragionevoli e adeguate per proteggere i diritti della persona in virtù del primo paragrafo dell'articolo 8 o in termini di ingerenza di un'autorità pubblica, da giustificare ai sensi del secondo paragrafo, i principi applicabili sono abbastanza simili (*López Ostra*, sopra citata, § 51, e *Guerra*, sopra citata, § 58).

106. Gli Stati hanno prima di tutto l'obbligo positivo, in particolare nel caso di un'attività pericolosa, di mettere in atto una regolamentazione idonea alle specificità di detta attività, soprattutto a livello del rischio che potrebbe derivarne. Questo obbligo deve regolare l'autorizzazione, la messa in funzione, l'esercizio, la sicurezza e il controllo dell'attività in questione, nonché imporre a qualsiasi persona interessata da tale attività l'adozione di misure di ordine pratico idonee ad assicurare una protezione effettiva dei cittadini la cui vita rischia di essere esposta ai pericoli inerenti al campo in causa (vedere, mutatis

autorità in una zona limitrofa bonificata e l'assegnazione gratuita del relativo alloggio: tale provvedimento non veniva tuttavia eseguito ritenendosi che l'aggiudicazione alla ricorrente avrebbe comportato l'esclusione dal beneficio di altri soggetti legittimati all'assegnazione degli stessi alloggi per motivi di indigenza». In questo caso, la Corte, «pur riconoscendo che non rientra tra gli obblighi positivi di uno Stato, in vista del rispetto dell'art. 8 della Convenzione, quello di garantire un alloggio gratuito, osserva che (...) le autorità non avevano compiuto alcun passo per attenuare i rischi di coloro che vivevano nella zona inquinata, omettendo di operare un corretto bilanciamento tra gli interessi della comunità e quelli della ricorrente al rispetto effettivo del suo diritto ad una casa ed alla vita privata» e ha ritenuto «sussistere la violazione dell'art. 8, qualora le autorità nazionali non abbiano adempiuto gli obblighi positivi finalizzati alla tutela della salute degli abitanti di una zona residenziale afflitta da emissioni gassose nocive provenienti da un impianto industriale privato», poiché nella specie «il Governo russo avrebbe dovuto fornire alla ricorrente una soluzione effettiva che le consentisse di spostarsi dalla zona di sicurezza e avrebbe dovuto adottare, nel rispetto della normativa nazionale, misure specifiche finalizzate alla prevenzione o, quantomeno, alla riduzione delle emissioni tossiche prodotte dall'impianto» (*ibid.*, pp. 133-134).

3. Sentenza *Giacomelli c. Italia*, del 2 novembre 2006, in cui è stata ravvisata la violazione dell'art. 8 perché l'autorizzazione dell'impianto di trattamento di rifiuti in prossimità dell'abitazione degli interessati era stata effettuata senza un'adeguata previa verifica del suo impatto.

mutandis, *Oneryildiz c. Turchia*, [GC], n. 48939/99, § 90, CEDU 2004-XII).

107. Per quanto riguarda gli obblighi procedurali che derivano dall'articolo 8, la Corte ricorda che essa attribuisce una particolare importanza al fatto che il pubblico abbia accesso alle informazioni che gli permettano di valutare il rischio al quale è esposto (*Guerra*, sopra citata, § 60; *Taşkin e altri c. Turchia* n. 46117/99, § 119, CEDU 2004-X; *Giacomelli c. Italia*, n. 59909/00, § 83, CEDU 2006 XII; *Tătar c. Romania*, n. 67021/01, § 113, CEDU 2009 ... [estratti]). Per di più, ricorda che l'articolo 5, § 1, c) della Convenzione di Aarhus, ratificata dall'Italia, prevede che ogni Parte faccia in modo che "in caso di minaccia imminente per la salute o per l'ambiente, imputabile ad attività umane o dovuta a cause naturali, siano diffuse immediatamente e senza indugio tutte le informazioni in possesso delle autorità pubbliche che consentano a chiunque possa esserne colpito di adottare le misure atte a prevenire o limitare i danni derivanti da tale minaccia".

La sentenza riguarda una fattispecie in cui i ricorrenti lamentavano di essere stati costretti a vivere in un ambiente inquinato dai rifiuti abbandonati per le strade. La Corte ha ritenuto che «questa situazione abbia potuto portare ad un deterioramento della qualità di vita degli interessati e, in particolare, nuocere al loro diritto al rispetto della vita privata e del domicilio».

Rilevato, poi, che «i ricorrenti non hanno sostenuto di essere stati colpiti da patologie ricollegabili all'esposizione ai rifiuti e che gli studi scientifici forniti dalle parti sull'esistenza di un nesso di causalità tra l'esposizione ai rifiuti e l'aumento del rischio di sviluppare patologie quali tumori o malformazioni congenite giungono a conclusioni opposte», la Corte ha osservato che «in queste circostanze, benché la Corte di giustizia dell'Unione europea, chiamata a pronunciarsi sulla questione dello smaltimento dei rifiuti in Campania, abbia ritenuto che un accumulo nelle strade e nelle aree di stoccaggio temporanee di quantitativi così ingenti di rifiuti potesse costituire un pericolo per la salute della popolazione locale (vedere la sentenza C-297/08)» si deve «concludere che la vita e la salute dei ricorrenti siano state minacciate. Detto ciò, l'articolo 8 può essere invocato anche se manca la prova di un grave pericolo per la salute degli interessati (vedere sentenza *López Ostra*, sopra citata, § 51)».

La Corte ha poi rilevato che «la raccolta, il trattamento e lo smaltimento dei rifiuti costituiscono senza dubbio delle attività pericolose», per cui «gravava sullo Stato l'obbligo positivo di adottare delle misure ragionevoli ed idonee in grado di proteggere i diritti delle persone interessate al rispetto della loro vita privata e del loro domicilio e, in genere, al godimento di un ambiente sano e protetto».

Ha, inoltre, ricordato «il margine di discrezionalità di cui godono gli Stati nella scelta delle misure concrete da adottare per tener fede agli obblighi positivi derivanti dall'articolo 8 della Convenzione», per rilevare che «nel caso di specie, dal 2000 al 2008, il servizio di trattamento e smaltimento dei rifiuti è stato affidato a società di diritto privato, mentre il servizio di raccolta dei rifiuti è stato assicurato da varie società a capitale pubblico. Il fatto che le autorità italiane abbiano affidato a terzi la gestione di un servizio pubblico non può tuttavia dispensarle dagli obblighi di vigilanza loro imposti dall'articolo 8 della Convenzione».

Pur tenendo presente che «lo Stato italiano, a partire dal maggio 2008, ha adottato varie misure e preso iniziative per superare le difficoltà incontrate in Campania e che lo stato di emergenza, dichiarato in Campania l'11 febbraio 1994, è stato revocato il 31 dicembre 2009», ha escluso una situazione di forza maggiore⁴ e ha concluso che, «anche se si considera, come afferma il Governo, che la fase acuta della crisi sia durata soltanto cinque mesi – dalla fine del 2007 al maggio 2008 – e nonostante il margine di discrezionalità riconosciuto allo Stato convenuto, è necessario constatare che l'incapacità protratta delle autorità italiane ad assicurare un corretto funzionamento del servizio di raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti ha leso il diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e del loro domicilio, in violazione dell'articolo 8 della Convenzione sotto il suo profilo materiale».

Al contrario, per quanto riguarda il profilo procedurale dell'articolo 8 e il motivo di ricorso relativo alla lamentata omessa divulgazione delle informazioni idonee a permettere ai ricorrenti di valutare il rischio al quale erano esposti, la Corte ha osservato che gli studi disposti dal Dipartimento della Protezione civile erano stati resi pubblici nel 2005 e nel 2008, per cui le autorità italiane avevano adempiuto all'obbligo di informare le persone interessate, compresi i ricorrenti, sui potenziali rischi ai quali si esponevano

4. Si legge in sentenza: «a tale proposito, la Corte si limita a ricordare che ai sensi dell'articolo 23 degli Articoli della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite sulla responsabilità dello Stato per atto internazionalmente illecito, la "forza maggiore" consiste in "(...) una forza irresistibile o in un avvenimento imprevedibile, fuori dal controllo dello Stato, che rende materialmente impossibile, nelle circostanze, agire in conformità dell'obbligo" (...). Avuto riguardo anche alle conclusioni della Corte di giustizia della Unione europea nella causa C-297/08 sopra citata, la Corte ritiene che le circostanze invocate dallo Stato italiano non possano rientrare fra le cause di forza maggiore».

continuando a risiedere in Campania, escludendo la violazione dell'art. 8 sotto tale profilo.

3. Considerazioni finali

Il percorso seguito dalla Corte Edu per rilevare la violazione dei diritti fondamentali indicati, quale conseguenza di comportamenti materiali dovuti a dolo o colpa e non, invece, consentiti da norme non rispettose della sfera “ambientale” dei diritti stessi è, in qualche modo, analogo a quello della giurisprudenza italiana che, a partire dalla nota sentenza della Cassazione, sez. unite civili, 6 ottobre 1979, n. 5172, riconobbe il diritto alla salute previsto dall'art. 32 della Costituzione come inclusivo del diritto alla salubrità dell'ambiente in cui la persona abita o lavora e «*riconosciuto dalla Costituzione in via primaria, assoluta, non condizionata ad eventuali interessi di ordine collettivo o generale, e, quindi, anche nei confronti dell'Amministrazione, cui è negato il potere di*

disporre di esso». Ne consegue che «*nessun organo di collettività neppure di quella generale e del resto neppure l'intera collettività generale con unanimità di voti potrebbe validamente disporre per qualsiasi motivo di pubblico interesse della vita o della salute di un uomo o di un gruppo minore*».

A differenza del percorso italiano, però, quello della Corte Edu non è partito dall'espressa previsione del diritto alla salute tra quelli fondamentali per, poi, ampliarne la portata da individuale a collettiva attraverso la sua evoluzione come diritto a un ambiente salubre, ma ha attratto l'aggressione o interferenza nella sfera privata sul versante del benessere psico-fisico nell'ambito di tutela del diritto fondamentale al domicilio e alla vita privata, nonché, in casi eccezionali, del diritto alla vita.

Una prospettiva, in qualche modo, più “antropocentrica” della tutela dell'ambiente, rispetto a quella di carattere misto, individuale e collettivo, che caratterizza il riconoscimento del diritto all'ambiente da parte della giurisprudenza italiana.

Asilo e protezione internazionale nella Cedu

di Giulia Ciliberto e Andreea Maria Roşu*

Il recente flusso migratorio verso l'Europa ha posto in tensione due dei pilastri su cui si fonda il Consiglio d'Europa: il rispetto della sovranità statale e la tutela dei diritti umani. Il contributo analizza la prassi più rilevante della Corte Edu relativa alle garanzie da assicurare ai richiedenti asilo sottoposti alla giurisdizione di un Paese parte della Cedu, al fine di evidenziare quali siano i vincoli convenzionali alla discrezionalità delle autorità nazionali in materia di politiche migratorie.

1. Introduzione

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, insieme alla sua Corte di Strasburgo, sono gli "strumenti" principali per la protezione dei diritti umani in Europa, entrambi afferenti al Consiglio d'Europa, istituito nel 1949. Al momento dell'adozione della Convenzione (all'indomani della fine della Seconda guerra mondiale e delle atrocità commesse durante i conflitti), la preoccupazione principale era quella di ricostruire un'Europa democratica, rispettosa dei principali diritti dell'individuo, particolarmente di quelli civili e politici (conosciuti anche come i "diritti di prima generazione"). In questo contesto, le altre categorie di diritti, tra cui quelli sociali ed economici (cd. "diritti di seconda generazione") o i diritti collettivi, di carattere solidaristico (cd. "diritti di terza generazione"), sebbene non ignorati, sono stati inclusi in modo marginale oppure incidentale¹.

Non stupisce, pertanto, il fatto che il testo originale della Cedu non contenga nessuna disposizione riguardante diritti specifici degli stranieri o il diritto all'asilo. La suddetta carenza trova spiegazione nella *ratio* della creazione del Consiglio d'Europa e nell'obiettivo principale perseguito dagli autori della Convenzione, ossia l'armonia tra gli Stati parte². Perciò, la tutela del diritto all'asilo e, più in generale, dei diritti degli stranieri, non risultava prioritaria al fine di ristabilire in Europa la pace, la democrazia e la preminenza del diritto.

Tuttavia, nella stessa epoca il problema dei rifugiati non era ignoto al diritto internazionale: si pensi, ad esempio, alla Dichiarazione universale dei diritti umani, adottata nel 1949, nella quale il diritto all'asilo è stato proclamato nell'art. 14, oppure alla Convenzione di Ginevra relativa allo *status* di rifugiato, firmata nel 1951, adottata a seguito del riconoscimento del carattere sociale e umanitario della questione.

* La stesura dell'articolo ha beneficiato di un costante e, si spera, proficuo dialogo tra le Autrici. Tuttavia, i parr. 2, 4 e 6 sono da attribuirsi a Giulia Ciliberto; i parr. 1, 3 e 5 sono da attribuirsi ad Andreea Maria Roşu.

1. B. Rainey – E. Wicks – C. Ovey, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014 (VI ed.), p. 7.

2. Vds. preambolo della Cedu: «I Governi firmatari, membri del Consiglio d'Europa, (...) Considerato che il fine del Consiglio d'Europa è quello di realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri, e che uno dei mezzi per conseguire tale fine è la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; riaffermato il loro profondo attaccamento a tali libertà fondamentali che costituiscono le basi stesse della giustizia e della pace nel mondo e il cui mantenimento si fonda essenzialmente, da una parte, su un regime politico effettivamente democratico e dall'altra, su una concezione comune e un comune rispetto dei diritti dell'uomo di cui essi si valgono (...); vds. anche F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, Parigi, 2015 (XII ed.), pp. 130-132.

Per di più, uno dei principali elementi della sovranità nazionale è costituito dal diritto degli Stati di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri dal territorio nazionale. Gli Stati sono tenuti ad accettare sul loro territorio gli stranieri soltanto nei casi in cui la loro espulsione contrasti con una disposizione di diritto internazionale, tra le quali la più importante è il diritto di asilo³. In questo modo, la discrezionalità statale risulta circoscritta da alcuni limiti previsti dal diritto internazionale generale e pattizio, dal diritto dell'Unione europea⁴ e, non in ultimo luogo, dal "diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo", cioè dalla Cedu nel modo in cui è stata interpretata nella giurisprudenza della Corte Edu.

Per quanto riguarda il diritto della Cedu, la mancanza di una disciplina puntuale sul trattamento degli stranieri non implica l'assenza di diritti in capo a questi ultimi. Se la Convenzione (più precisamente, il testo della Convenzione e dei protocolli adottati successivamente) contiene poche disposizioni che menzionano espressamente gli stranieri (ad esempio, l'art. 16 della Convenzione, l'art. 4 Protocollo n. 4 e l'art. 1 Protocollo n. 7), ciò non implica che la tutela dei loro diritti non possa derivare da altre previsioni della Cedu stessa. Infatti, l'art. 1 della Convenzione riconosce i diritti ivi sanciti a tutte le persone sottoposte alla giurisdizione degli Stati membri, indipendentemente dalla loro nazionalità, e quindi anche agli stranieri. Ai sensi dell'art. 1 Cedu, ogni Stato contraente è responsabile di tutte le azioni e omissioni dei suoi organismi, anche laddove l'atto o l'omissione in questione sia la conseguenza dell'esecuzione di norme di diritto interno o dell'adempimento di obblighi di matrice internazionale⁵. Inoltre, attraverso una inter-

pretazione evolutiva e teleologica della Cedu, intesa come "strumento vivente", la Corte Edu ha sviluppato un *corpus* di limiti di matrice giurisprudenziale alla prerogativa sovrana degli Stati contraenti in materia di politiche migratorie. Il complesso di questa attività ermeneutica, definita protezione "*par ricochet*" (cioè "di riflesso"), ha attenuato alcune tra le più criticabili insufficienze del diritto della Cedu per quanto riguarda gli stranieri, da intendersi come categoria di persone particolarmente vulnerabili⁶.

Le varie questioni in materia di migrazione e asilo sollevate di fronte alla Corte Edu hanno, quindi, consentito di sviluppare un ampio *corpus* giurisprudenziale, una selezione del quale è presentata nel seguito, con un riguardo particolare alla situazione italiana. Si darà innanzitutto conto delle disposizioni convenzionali specificamente riferite agli stranieri (par. 2), per poi analizzare più diffusamente i diritti – sostanziali e procedurali – di cui questi sono titolari nei confronti dello Stato in cui soggiornano (parr. 3-5). Infine, si tratteranno delle brevi conclusioni.

2. Disposizioni convenzionali applicabili unicamente agli stranieri

La prima categoria di limiti all'esercizio della discrezionalità statale in materia di politiche migratorie è costituita dalle disposizioni della Convenzione che si riferiscono espressamente agli stranieri. Ai fini della presente trattazione, assumono particolare rilievo l'art. 4 del Protocollo addizionale alla Cedu n. 4, il quale sancisce il divieto di espulsioni collettive, e l'art. 1 del Protocollo addizionale alla Cedu n. 7, che

3. Vds. N. Mole, *Le droit d'asile et la Cour européenne des droits de l'homme*, Consiglio d'Europa, Strasburgo, 2001 (III ed.), p. 5.

4. Nell'ambito del diritto dell'Ue, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede il diritto di asilo all'art. 18 e il divieto del respingimento all'art. 19. L'art. 78 Tfue stabilisce la creazione di un sistema europeo comune di asilo, che deve rispettare gli obblighi degli Stati a norma della Convenzione di Ginevra del 1951. In più, il diritto dell'Ue prevede una forma di protezione internazionale specifica, cd. protezione sussidiaria, per i richiedenti asilo che, pur non soddisfacendo i requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, tuttavia corrono un rischio effettivo di subire un danno grave nel Paese di origine. L'Italia si distingue tra gli altri Paesi europei per l'esistenza, nell'ordinamento interno, di una forma di protezione nazionale con valenza nell'ambito del diritto di asilo: la protezione umanitaria, prevista dall'art 5, comma 6, d.lgs n. 286/1998 (per maggiori dettagli vds. Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) e Consiglio d'Europa, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, Lussemburgo, 2014, p. 38; C. Balleix, *La politique migratoire de l'Union européenne*, La documentation française, Parigi, 2013, pp. 190-197; N. Morandi, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi dell'art. 5, comma 6, d.lgs. N. 286/98*, 2018, disponibile *online* sul sito dell'Asgi (www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/07/2017_Scheda-ASGI-permesso-umanitario_def..pdf). Occorre, però, segnalare che in data 24 settembre 2018 il Consiglio dei ministri ha approvato il decreto-legge recante «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata»; tale provvedimento, si legge nel comunicato stampa emesso all'esito del Consiglio dei ministri, è volto – tra l'altro – a disciplinare i casi speciali di permesso di soggiorno temporaneo per motivi umanitari. Il comunicato stampa è consultabile *online* (www.governo.it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-20/10026).

5. Corte Edu [GC], *Matthews c. Regno Unito*, ric. n. 24833/94, 18 febbraio 1999, par. 32; Corte Edu [GC], *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, ric. n. 45036/98, 30 giugno 2005, par. 153.

6. Vds. F. Sudre, *Droit européen*, *op. cit.*, p. 869.

prevede specifiche garanzie procedurali nei casi di espulsione individuale⁷.

L'art. 4 Protocollo n. 4 stabilisce il divieto assoluto di espulsioni collettive di stranieri. Il termine «espulsione» è inteso come qualsiasi misura volta ad allontanare un soggetto da un territorio, anche in assenza di un formale provvedimento amministrativo. La nozione comprende l'espulsione di stranieri già presenti sul suolo dello Stato, i respingimenti alla frontiera e le intercettazioni oltre frontiera, mentre risultano esclusi i provvedimenti di estradizione⁸.

L'allontanamento operato dalle autorità competenti assume carattere di collettività qualora queste adottino misure che costringono gli stranieri, in quanto gruppo, a lasciare lo Stato parte della Cedu, salvi i casi in cui una tale misura sia adottata all'esito e sulla base di un esame ragionevole e oggettivo della situazione particolare di ciascun membro del gruppo. Questa definizione di espulsione collettiva rispecchia la *ratio* dell'art. 4 Protocollo n. 4, che consiste nell'evitare che gli Stati contraenti procedano all'allontanamento di un gruppo di cittadini di Paesi terzi senza una previa valutazione delle condizioni specifiche di ognuno e, dunque, senza permettere agli interessati di opporsi alla misura adottata⁹.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione soggettivo, il divieto sancito dall'art. 4 Protocollo 4 concerne tutti gli stranieri sottoposti alla giurisdizione di uno Stato parte della Convenzione, non assumendo rilievo la regolarità del soggiorno sul territorio del Paese coinvolto¹⁰.

Nel corso degli ultimi anni, la Corte Edu è stata chiamata in più occasioni a esprimersi sul nesso intercorrente tra esercizio della giurisdizione e applicazione extraterritoriale del divieto di espulsioni collettive, con particolare riferimento ai respingimenti alle frontiere terrestri e a quelli avvenuti in acque internazionali.

La prima sentenza a occuparsi di detta questione è la nota *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, che trae origine da un ricorso presentato da alcuni cittadini eritrei e somali i quali, durante il tentativo di raggiungere le coste italiane, erano stati intercettati dalle navi della Guardia costiera italiana, trasferiti su queste ultime e ricondotti in Libia – Stato da cui erano partiti. L'intercettazione e il trasferimento dei migranti sulle motovedette italiane erano avvenuti in acque internazionali, nel contesto della lotta all'immigrazione clandestina perseguita dall'accordo bilaterale tra Italia e Libia, entrato in vigore nel febbraio del 2009¹¹.

La Grande Camera non ha esitato a dichiarare che il caso di specie rappresentava un'ipotesi di esercizio extraterritoriale di giurisdizione, come tale idoneo a impegnare la responsabilità dell'Italia ai sensi dell'art. 1 Cedu. Il criterio in base al quale la Corte Edu ha stabilito la sussistenza di tale esercizio di giurisdizione è quello del “controllo continuo ed esclusivo”, sia *de jure* sia *de facto*, esercitato dalle autorità italiane a partire dalla salita a bordo delle motovedette militari sino alla consegna ai funzionari libici. Il controllo *de jure* trovava fondamento nel luogo in cui erano avvenuti gli eventi contestati, ossia in alto mare e a bordo di navi militari della Guardia costiera, cioè imbarcazioni sottoposte alla giurisdizione esclusiva dello Stato di cui battevano bandiera – l'Italia. Il controllo *de facto*, invece, discendeva dalla nazionalità dei membri dell'equipaggio, composto da soli militari italiani¹².

Nell'esaminare il merito della causa, la Grande Camera ha successivamente concluso per l'applicabilità dell'art. 4 Protocollo n. 4 alle intercettazioni e ai respingimenti in acque internazionali, dichiarando che, nel caso di specie, l'Italia aveva violato il divieto di espulsioni collettive¹³.

7. La Cedu contiene un'ulteriore norma specificamente riferita agli stranieri, ossia l'art. 16, ai termini del quale gli artt. 10, 11 e 14 della Convenzione non possono essere interpretati nel senso di impedire agli Stati membri di imporre restrizioni all'attività politica degli stranieri.

8. Corte Edu [GC], *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, 23 febbraio 2012, par. 174; Corte Edu, *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12, 15 dicembre 2016, parr. 243-244; vds. anche S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012, p. 869.

9. *Hirsi Jamaa e altri*, cit., parr. 166 e 177.

10. *Hirsi Jamaa e altri*, cit., par. 174.

11. «Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista», firmato a Bengasi il 23 ottobre 2008 ed entrato in vigore il 6 febbraio 2009.

12. *Hirsi Jamaa e altri*, cit., parr. 70 ss. Per un commento, vds. F. Lenzerini, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2012, pp. 721 e ss. Per respingimenti ai porti e l'affermazione del diritto di essere informati in una lingua che si comprende, vds. Corte Edu, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, ric. n. 16643/2009, 21 ottobre 2014. Per respingimenti alle frontiere terrestri, vds. Corte Edu, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. nn. 8675/15 e 8697/15, 3 novembre 2017 (tuttora al vaglio della Grande Camera).

13. *Hirsi Jamaa e altri*, cit., parr. 166 e ss.

Due ricorsi, presentati recentemente e attualmente pendenti dinanzi alla Corte Edu, hanno nuovamente lamentato la violazione dell'art. 4 Protocollo n. 4 da parte delle autorità italiane.

Il primo riguarda l'allontanamento di alcuni cittadini sudanesi verso il proprio Paese di origine a seguito dell'arresto e della detenzione su suolo italiano¹⁴. Il rimpatrio, avvenuto il 24 agosto 2016, è stato operato nel quadro di un *memorandum* di intesa tra Italia e Sudan¹⁵. Il secondo ricorso, non ancora comunicato al Governo, concerne il "respingimento per procura" del 6 novembre 2017 a largo delle coste libiche. I ricorrenti sostengono che la responsabilità del Governo italiano per la violazione di una pluralità di disposizioni della Cedu – tra cui il divieto di espulsioni collettive – derivi dalla donazione di motovedette alla Guardia costiera libica, dal finanziamento della formazione dei militari libici e dal coordinamento delle operazioni di soccorso, in ossequio al *memorandum* di intesa tra Italia e Libia del febbraio 2017¹⁶.

Il primo dei ricorsi pendenti non si discosta da altri casi di espulsione collettiva di stranieri presenti sul territorio dello Stato interessato¹⁷. Il secondo ricorso, invece, si distingue dalla già citata *Hirsi Jamaa e altri*, in cui l'Italia aveva agito direttamente – ossia, tramite le navi della propria Guardia costiera, su cui operavano i proprio militari. Nel caso attualmente pendente dinanzi alla Corte Edu, i ricorrenti sostengono che le autorità libiche avrebbero agito come *longa manus* del Governo italiano, al quale l'espulsione sarebbe comunque (indirettamente) attribuibile¹⁸.

Passando alle garanzie procedurali in caso di espulsione individuale, il primo paragrafo dell'art. 1 Protocollo n. 7 alla Cedu dispone che uno straniero regolarmente residente sul territorio di uno Stato contraente non può essere espulso se non in esecuzione

di una decisione legittima, ossia di un provvedimento adottato conformemente alla legge nazionale, la quale deve risultare accessibile e conoscibile al destinatario della decisione. Inoltre, il cittadino del Paese terzo deve poter interagire con le autorità competenti, anche tramite un rappresentante, sia anteriormente sia successivamente all'adozione dell'ordine di allontanamento, al fine di chiarire la propria situazione e reagire nei confronti della misura eventualmente adottata. La tutela disposta dal primo paragrafo dell'art. 1 Protocollo n. 7 risulta effettiva unicamente laddove lo straniero conosca i fatti che gli sono contestati e le motivazioni su cui si fonda l'ordine di espulsione, il quale non può poggiarsi su generiche ragioni di sicurezza nazionale¹⁹.

Siffatte garanzie procedurali devono essere assicurate allo straniero salvo qualora l'espulsione sia «necessaria nell'interesse dell'ordine pubblico o sia motivata da ragioni di sicurezza nazionale», come specificato dal secondo paragrafo dell'art. 1 Protocollo n. 7. Oltre a dimostrare la proporzionalità della misura, lo Stato che si avvalga di questa deroga deve fornire giustificazioni adeguate, indicando con precisione i fatti e fornendo le prove dell'esistenza di una minaccia effettiva all'ordine pubblico o alla sicurezza nazionale²⁰.

Va infine notato che l'art. 1 Protocollo n. 7 ha un ambito di applicazione diverso rispetto al divieto posto dall'art. 4 Protocollo n. 4: in primo luogo, l'art. 1 si riferisce alle espulsioni individuali – e non a quelle collettive –; in seconda battuta, sul piano soggettivo, esso concerne unicamente gli stranieri regolarmente residenti sul territorio dello Stato. Dunque, le garanzie ivi contenute non possono essere invocate dagli stranieri che, giunti alle frontiere dello Stato, non abbiano superato i controlli con cui le autorità nazionali

14. *W.A. e altri c. Italia*, ricorso n. 18787/17, presentato il 13 febbraio 2017, comunicato il 24 novembre 2017.

15. *Memorandum* d'intesa tra il Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno italiano e la polizia nazionale del Ministero dell'interno sudanese per la lotta alla criminalità, la gestione delle frontiere e dei flussi migratori e in materia di rimpatrio, firmato a Roma il 3 agosto 2016 ed entrato in vigore lo stesso giorno.

16. *Memorandum* d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, firmato a Roma il 2 febbraio 2017 ed entrato in vigore lo stesso giorno. Sulla pratica dei ricorsi per procura, vds. C. Heller e L. Pezzani, *Mare Clausum. Italy and the EU's undeclared operation to stem migration across the Mediterranean*, Goldsmiths Press (University of London), Londra, maggio 2018, rapporto di ricerca redatto nell'ambito del progetto «Forensic Oceanography» consultabile online (www.forensic-architecture.org/case/sea-watch/).

17. Vds., ad esempio, Corte Edu, *Čonka c. Belgio*, ric. n. 51564/99, 5 febbraio 2002.

18. Sul punto, vds. F.V. Paleologo, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2018, pp. 215 ss. (www.questionegiustizia.it/rivista/2018/2/gli-obblighi-disoccorso-inmare-neldiritto-sovrana-zionale-enell-ordinamento-interno_548.php).

19. Vds., da ultimo, Corte Edu, *Ljatifi c. Macedonia*, ric. n. 19017/16, 17 maggio 2018, par. 35 ss. Vds. anche S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario*, op. cit., pp. 876 ss.

20. Vds. S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky (a cura di), op. ult. cit., *ibid*.

accertano la regolarità del soggiorno, né dai cittadini di Paesi terzi in attesa della decisione circa il rilascio del permesso di soggiorno²¹.

3. Protezione “par ricochet” dei richiedenti asilo nel Paese di arrivo

Come accennato nell'introduzione, le lacune convenzionali della tutela dei diritti degli stranieri nel sistema Cedu sono state mitigate tramite l'applicazione “par ricochet” dei diritti previsti in alcune disposizioni della Convenzione ad alcune situazioni non tutelate in modo espresso. Questa tecnica è volta, da un lato, a consentire l'applicazione dei diritti convenzionali agli stranieri presenti sul territorio dei Paesi vincolati al rispetto della Cedu e, dall'altro, a limitare la discrezionalità statale in materia di politiche migratorie, rendendo lo Stato parte indirettamente responsabile per le violazioni della Convenzione cui lo straniero sarebbe verosimilmente esposto nel Paese d'origine.

Con riferimento al primo aspetto, del quale ci si occuperà nel presente paragrafo, di grande rilevanza sono gli artt. 3, 5 e 8 Cedu, ossia il divieto di tortura e di trattamenti inumani, il diritto alla libertà e alla sicurezza e il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Nella misura in cui gli stranieri siano assoggettati alla giurisdizione degli Stati membri ai sensi dell'art. 1 Cedu, essi devono godere degli stessi diritti dei loro cittadini. Ad esempio, dall'estensione delle garanzie dell'art. 3 Cedu alla situazione delle condizioni di detenzione²² è derivato che lo stesso divieto di trattamenti inumani e degradanti ex art. 3 Cedu trova applicazione nell'ambito dell'immigrazione e l'asilo, con riguardo alle condizioni di detenzione o accoglienza dei richiedenti asilo.

Una delle sentenze più note sulla questione è stata pronunciata dalla Grande Camera della Corte Edu

nel caso *M.S.S. c. Grecia e Belgio*, relativa al trasferimento di un richiedente asilo dal Belgio alla Grecia, ritenuta responsabile per l'esame della domanda di protezione internazionale secondo il criterio del “primo ingresso” stabilito dal Regolamento di Dublino. La Grande Camera ha condannato la Grecia per aver violato l'art. 3 per aver esposto il richiedente a condizioni di detenzione inumane e degradanti, nonché per le condizioni di vita contrarie alla dignità umana e agli obblighi derivanti dall'*acquis* comunitario in materia di accoglienza dei richiedenti asilo²³.

Una doglianza simile è stata oggetto del caso *Khlaifia e altri c. Italia*, che però non riguardava richiedenti asilo. Nello specifico, la situazione esistente, nel corso del 2011, nel Centro di soccorso e prima accoglienza (Cspa) di Lampedusa aveva spinto la camera semplice a concludere che l'Italia aveva violato l'articolo 3 Cedu a causa del sovraffollamento e delle cattive condizioni di igiene del Cspa. Invece, la Grande Camera è arrivata a una conclusione opposta rispetto a quella della (maggioranza della) camera, rimarcando innanzitutto l'eccezionalità della situazione di emergenza umanitaria causata dagli sbarchi del 2011 e, conseguentemente, l'estrema difficoltà in cui si erano trovate le autorità italiane, dalle quali non si sarebbe potuto pretendere (salvo configurare in capo a esse un «onere eccessivo») di prevedere le dimensioni e la tempistica di tale ondata migratoria²⁴.

Nonostante la conclusione della Grande Camera, nel corso del 2017 sono stati presentati numerosi altri ricorsi dinanzi alla Corte Edu, la cui doglianza principale riguarda le condizioni di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati (msna) sia nei centri per adulti che al di fuori del circuito di accoglienza. I problemi ricorrenti riguardano, in particolare, l' inadeguatezza dei centri di trattenimento alle necessità dei msna, il sovraffollamento dei centri e le scarse condizioni igieniche²⁵. Quindi, a breve, la Corte Edu dovrebbe pronunciarsi su suddetti ricorsi. A tal proposito, ci si chiede se i giudici adotteranno un atteggiamento

21. Consiglio d'Europa, *Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, ETS n. 117, 22 novembre 1984, par. 9.

22. Vds. F. Sudre, *Droit européen*, op. cit., pp. 484-494; Corte Edu [GC], *Kudla c. Polonia*, ric. n. 30210/96, 26 ottobre 2000, par. 94.

23. Corte Edu [GC], *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09, 21 gennaio 2011, parr. 223-234. Vds. anche B. Rainey – E. Wicks – C. Ovey, *Jacobs*, op. cit., p.180.

24. Corte Edu, *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12, 1° settembre 2015, parr. 130-136; Corte Edu [GC], *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12, 15 dicembre 2016, parr. 178-201. Vds. anche F. De Santis di Nicola, *Trattenimento di migranti in CSPA e “respingimento differito” alla prova della CEDU*, in *Giur. it.*, n. 11/2015, pp. 2311-2313; A.M. Rosu, *L'intervento (e il parziale revirement) della Grande Camera nel caso Khlaifia e altri*, in *Giur. it.*, n. 1/2017, pp. 27-28.

25. Per esempio, vds. *Trawalli e altri c. Italia*, ric. n. 47287/17, presentato il 5 luglio 2017, comunicato il 11 gennaio 2018, riguardante la detenzione di msna nell'*hotspot* di Taranto insieme a degli adulti. In questo contesto, si inseriscono anche le vicende del Cas di Cona (Venezia), che al gennaio 2017 ospitava almeno 30 msna, nonostante fosse un centro per soli adulti. Questo ha costituito l'oggetto di una pluralità di ricorsi proposti dall'Asgi e da altre ong dinanzi alla Corte Edu, in cui si lamentavano la situazione di sovraffollamento (a fronte di una capacità massima di 500 persone, il Cas ne ospitava 1400 nel periodo settembre-ottobre 2016) e le condizioni degradanti

giamento simile a quello espresso in *Khlaifia e altri c. Italia*, sostenendo la persistenza della situazione di emergenza umanitaria anche alla fine del 2016, questione che suscita l'interesse dei diversi attori coinvolti, a diverso titolo, nel settore dell'accoglienza.

Gli stranieri presenti sul territorio degli Stati membri, che siano in situazione regolare o meno, inclusi i richiedenti asilo, godono del diritto alla libertà e alla sicurezza al pari dei cittadini degli Stati membri. Nello specifico, l'art. 5 Cedu sancisce che la privazione della libertà personale deve essere prevista dalla legge, attuata secondo una procedura prevista dalla legge e non deve essere arbitraria. Inoltre, la misura può essere disposta unicamente nei casi tassativamente elencati dallo stesso art. 5, par. 1, lett. (a) – (f).²⁶

Per quanto riguarda il settore dell'immigrazione e dell'asilo, l'art. 5, par. 1, lett. (f), Cedu consente il trattenimento di un richiedente asilo per impedirgli di entrare in maniera irregolare nel territorio di uno Stato.

In una delle prime sentenze rese dalla Corte Edu in materie di asilo, nel caso *Amuur c. Francia*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto contraria all'art. 5 la misura, adottata dalla polizia francese, di non consentire a dei richiedenti asilo somali, irregolarmente arrivati sul territorio nazionale, di uscire dalla zona internazionale aeroportuale per venti giorni, senza offrirgli alcuna assistenza sociale e legale. Per i giudici di Strasburgo, la circostanza che le linee-guida riguardanti la detenzione degli stranieri nelle zone internazionali aeroportuali fossero contenute solo in una circolare non pubblicata del Ministero dell'interno non rispondeva ai requisiti di chiarezza e accessibilità della legge²⁷.

Ai fini della presente analisi, sembra opportuno segnalare che la questione della legalità della detenzione dei richiedenti asilo in Italia presenta alcuni aspetti problematici alla luce della Cedu. Due sentenze del 2016 mettono in evidenza delle problematiche dal punto di vista sia della legislazione in materia, sia dell'applicazione di quest'ultima da parte delle forze dell'ordine e dei tribunali.

Nella già citata sentenza *Khlaifia*, sia la camera che la Grande Camera hanno deciso che vi è stata violazione dell'articolo 5, par. 1, a causa dell'assenza di

una base giuridica del trattenimento dei richiedenti nel Cspa di Lampedusa e sulle navi su cui i ricorrenti erano stati trasferiti a seguito di un incendio, che aveva reso inutilizzabili le strutture del Centro. Da una parte, i ricorrenti non erano stati destinatari di alcun decreto di espulsione ai sensi dell'art. 14 d. lgs n. 286/1998 e, di conseguenza, non erano stati trattenuti in un centro per identificazione ed espulsione (cie); dall'altra parte, nei loro confronti non era in corso l'esecuzione di un accompagnamento immediato alla frontiera, ai sensi dell'art. 10 d. lgs n. 286/1998.

In realtà, detta ambiguità legislativa ha comportato numerose situazioni di detenzione *de facto*, che sfuggono al controllo dell'autorità giudiziaria e che, anche nel contesto di una crisi migratoria, la giurisprudenza passata in rassegna non ritiene compatibili con lo scopo dell'art. 5 Cedu: proibire qualsiasi privazione arbitraria della libertà. Malauguratamente, uno scenario simile si è ripetuto ad agosto 2018, quando le autorità nazionali hanno, prima, negato a una nave della Guardia costiera italiana l'autorizzazione ad approdare nel porto di Catania e, successivamente, hanno proibito, per dieci giorni, lo sbarco delle 177 persone soccorse in mare dalle motovedette militari.

Poco prima della sentenza *Khlaifia* della Grande Camera, la Corte Edu ha reso una sentenza di violazione dell'art. 5, par. 1, lett. (f), e 5, nel caso *Richmond Yaw e altri c. Italia*. Il ricorso riguardava la convalida dell'istanza di proroga della misura detentiva, propedeutica all'esecuzione di un decreto di espulsione. Tale convalida era pronunciata dal giudice di pace competente, in assenza di contraddittorio: l'udienza, infatti, non era stata notificata né ai richiedenti asilo, diretti interessati, né ai rispettivi legali – e ciò nonostante sia la Corte costituzionale sia la Corte di cassazione avessero già affermato che tale garanzia procedurale si applica anche a casi come quello in oggetto. Alla luce di ciò, la Corte Edu ha ritenuto che l'autorità giudiziaria interna si fosse resa responsabile di una grave ed evidente irregolarità, in violazione dell'art. 5, par. 1, lett. (f), Cedu. Inoltre, i giudici di Strasburgo hanno anche riscontrato l'assenza di un mezzo interno che consenta di ottenere, con sufficiente grado di certezza, una riparazione del danno causato dalla violazione della stessa disposizione convenzionale, dichiarando che tale circostanza integrava una viola-

del centro. La Corte Edu ha disposto cinque misure *ex art. 39* Regolamento della Corte (richiesta di misure provvisorie), ordinando al Governo italiano di trasferire i ricorrenti in strutture adeguate al fine di garantire loro condizioni di accoglienza compatibili con le disposizioni interne e internazionali relative alla tutela dei msna (*Darboe e Camara c. Italia*, ric. n. 5797/17; *Sadio e altri c. Italia*, ric. nn. 3571/17, 3610/17 e 3963/17; *Dansu e altri c. Italia*, ric. n. 16030/17).

26. Per un'analisi dettagliata delle garanzie previste dall'art. 5, vds. B. Rainey – E. Wicks – C. Ovey, *Jacobs*, *op. cit.*, pp. 213-246.

27. Corte Edu, *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92, 25 giugno 1996. Vds. anche *Jacobs*, *White*, *Ovey*, *op. ult. cit.*, pp. 217-218. Per un esempio contrario, ove la Corte Edu ha confermato la conformità all'art. 5 della misura di trattenimento di un richiedente asilo durante l'esame della sua domanda asilo, vds. il caso *Saadi c. Regno Unito* [GC], ric. n. 13229/03, 29 gennaio 2008.

zione dell'art. 5, par. 5, Cedu²⁸ – che sancisce il diritto a ottenere una riparazione in caso di privazione della libertà personale in contrasto con quanto disposto dall'articolo stesso.

4. Protezione “par ricochet” dei richiedenti asilo con riguardo al rischio di violazioni nel Paese di destinazione

Muovendo al secondo profilo in cui rileva la protezione “par ricochet”, ossia la limitazione della discrezionalità statale in materia di politiche migratorie, rileva in primo luogo il caso dell'allontanamento degli stranieri dal territorio nazionale. In proposito, la Corte Edu ha ampliato l'ambito di applicazione del principio di *non-refoulement*, le cui radici si rinven- gono nella Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1951.

In particolare, la Corte Edu è ferma nel dichiarare la responsabilità degli Stati contraenti per violazione della Convenzione, nelle ipotesi in cui questi ultimi allontanino un individuo sottoposto alla propria giurisdizione verso un Paese terzo (vincolato o meno alla Cedu) laddove sussistano seri e comprovati motivi per ritenere che, nello Stato di destinazione, il soggetto allontanato possa subire una violazione di alcuni dei diritti convenzionalmente riconosciuti. Il principio viene in rilievo nel caso in cui si rischi una lesione del diritto alla vita (art. 2 Cedu), di essere sottoposti a tortura o trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu), di essere privati arbitrariamente della propria libertà personale (art. 5 Cedu)²⁹, di subire un diniego di giustizia (art. 6 Cedu)³⁰.

Questa giurisprudenza si salda al concetto di *efficacia extraterritoriale* della Cedu e si sostanzia nell'imporre due obblighi in capo agli Stati contraenti: innanzitutto, il Paese che intenda allontanare lo straniero ha l'obbligo positivo di verificare preliminarmente l'esistenza di un rischio effettivo per il sog-

getto e, in caso di esito affermativo, l'obbligo negativo di non allontanarlo. Per quanto concerne la nozione di “rischio”, la Corte ha affermato che bisogna prendere in considerazione – cumulativamente o alternativamente – sia la situazione generale di rispetto dei diritti umani nello Stato di destinazione, sia la situazione specifica dell'individuo³¹.

Il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti è venuto in rilievo nelle già citate *Hirsi Jamaa e altri* e *M.S.S.*. In entrambi i casi, i giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia, prima, seguita dal Belgio, per violazione del principio di *non-refoulement* sia diretto sia indiretto: le autorità nazionali, trasferendo i soggetti – rispettivamente – in Libia e in Grecia, li avrebbero esposti al rischio sia di essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti, sia di essere rimandati nel proprio Paese di origine³².

A proposito degli artt. 2 e 3 Cedu, il principio di *non-refoulement* ha carattere assoluto, ossia si applica indipendentemente dalla condotta della persona interessata e non ammette deroghe o eccezioni. Tuttavia, il carattere assoluto del divieto di allontanamento verso uno Stato in cui sussiste il rischio di una violazione degli artt. 2 e 3 Cedu è mitigato dalla prassi delle assicurazioni personali o diplomatiche: il Paese da cui il soggetto viene espulso non incorrerà in una violazione della Convenzione laddove lo Stato di destinazione assicuri che l'individuo interessato sarà trattato conformemente agli artt. 2 e 3 Cedu³³.

Lo strumento delle assicurazioni diplomatiche è stato utilizzato anche nei casi di rimpatrio di migranti gravemente malati, laddove le strutture sanitarie del Paese di origine fossero di livello inferiore rispetto a quelle disponibili nello Stato parte della Convenzione. Nelle ipotesi in cui il ritorno in patria conduca a un declino serio, rapido e irreversibile delle condizioni di salute del soggetto interessato, da cui derivi una sofferenza intensa o una riduzione significativa dell'aspettativa di vita, lo Stato di destinazione deve assicurare la disponibilità e l'accessibilità delle cure mediche di cui ha bisogno l'individuo interessato³⁴.

28. Corte Edu, *Richmond Yaw e altri c. Italia*, ric. nn. 3342/11, 3391/11, 3408/11 e 3447/11, 6 ottobre 2016, parr. 74-78 e 92-96.

29. Vds. Corte Edu [GC], *El-Masri c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, ric. n. 39630/09, 13 dicembre 2012, par. 239.

30. Con riferimento all'art. 6 Cedu, si parla di «*flagrant denial of justice*». Vds. Corte Edu, *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, ric. n. 8139/09, 17 gennaio 2012, parr. 238 ss.

31. Vds. S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario, op. cit.* e, tra le pronunce, ad esempio, Corte Edu, *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06, 28 febbraio 2008, par. 127.

32. *Hirsi Jamaa e altri*, cit., parr. 122 ss.; *M.S.S.*, cit., parr. 323 ss. Per un approfondimento sul caso *M.S.S.*, vds. G. Morgese, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra gli Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1/2012, pp. 147-162.

33. Per un approfondimento, vds. A. Tancredi, *Assicurazioni diplomatiche e divieto assoluto di refoulement alla luce di alcune recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2010, pp. 41-64.

34. Vds., da ultimo, Corte Edu [GC], *Paposhvili c. Belgio*, ric. n. 41738/10, 13 dicembre 2016, par. 119.

Infine, l'ottenimento di assicurazioni diplomatiche è stato ritenuto una condizione necessaria al fine di evitare che il trasferimento di una famiglia di richiedenti asilo, da attuarsi in conformità alle disposizioni del cd. "sistema Dublino", si sostanziasse in una violazione dell'art. 3 Cedu. Il riferimento è alla sentenza *Tarakhel c. Svizzera*, in cui la Corte Edu è giunta alla conclusione che la Svizzera avrebbe violato l'art. 3 Cedu se avesse trasferito una famiglia afgana in Italia senza aver prima ottenuto le necessarie assicurazioni dal Governo italiano che, una volta arrivati, i membri sarebbero stati sistemati in strutture adatte all'età dei bambini e che la famiglia non sarebbe stata separata³⁵.

Infine, va evidenziato come anche l'art. 8 Cedu, che sancisce il «diritto al rispetto della vita privata e familiare», contribuisca indirettamente a limitare la discrezionalità dello Stato in materia di politiche migratorie e decisioni di espulsione.

Questa previsione, invero, non garantisce il diritto di entrare o risiedere in un Paese diverso da quello di cittadinanza. Tuttavia, il diritto al rispetto della vita privata e familiare può comportare, in capo allo Stato parte della Convenzione, l'obbligo positivo di consentire allo straniero di entrarvi e soggiornarvi legalmente. Quest'obbligo è temperato dal margine di apprezzamento goduto dalle autorità nazionali, ossia dalla necessità di operare un bilanciamento equo tra le esigenze di controllo dei flussi migratori e di tutela dell'ordine pubblico, da un lato, e l'interesse e la situazione specifica dello straniero che intenda ricongiungersi con i propri familiari, dall'altro³⁶.

5. Garanzie in relazione al procedimento di asilo

Con riguardo alle garanzie procedurali in materia di asilo (che si aggiungono a quelle connesse al divieto di espulsione collettiva, cui si è fatto cenno nel paragrafo 2), giova innanzitutto ricordare come l'art. 6, par. 1, Cedu non venga ritenuto applicabile, in generale, nel settore del diritto dell'immigrazione.

Il *leading case* in materia è costituito dal caso *Maaouia c. Francia*³⁷, che trae origine dalla richiesta di un immigrato tunisino di ottenere la revisione di un provvedimento di interdizione dal territorio, del quale era stato destinatario. Per la Grande Camera, il fatto che, con il Protocollo n. 7 Cedu, gli Stati contraenti abbiano previsto specifiche garanzie procedurali in tema di espulsione degli stranieri, sta infatti a rimarcare la loro volontà di non ricondurre questi procedimenti all'art. 6, par. 1. A questa conclusione – continua la sentenza in discorso – non è di ostacolo né il fatto che l'ordine di espulsione possa avere, accessoriamente, delle conseguenze sulla vita familiare o sull'attività lavorativa dell'immigrato (potenzialmente rilevanti *ex art. 8 Cedu*), né il fatto che esso possa avere un'apparenza sanzionatoria, chiamando in causa il profilo penale dell'art. 6, par. 1, poiché tali tipologie di misure, nella maggior parte degli Stati contraenti, costituiscono misure di prevenzione specifica in materia di polizia degli stranieri: misure amministrative, dunque, non penali.

Si tratta di un orientamento risalente già alla Commissione europea dei diritti dell'uomo (prima della sua soppressione a opera del Protocollo n. 11)³⁸ e che, per quanto non scevro da critiche³⁹, appare ormai come consolidato⁴⁰.

L'inapplicabilità del diritto di accesso al giudice (per ottenere tutela del diritto di asilo) e del diritto al giusto processo (relativamente ai procedimenti giurisdizionali in materia) *ex art. 6, par. 1, Cedu* non comporta, tuttavia, che il procedimento di asilo si svolga in una situazione di vuoto giuridico rispetto alla Convenzione dei diritti dell'uomo: viene, infatti, ancora una volta in rilievo il principio del *non-refoulement* e, più in particolare, il combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cedu con l'art. 13 Cedu, che garantisce il diritto a un rimedio effettivo. Per di più, tali garanzie di origine convenzionale si rafforzano di contenute nell'interazione con il diritto euro-unitario, di rango primario e secondario, nonché con il diritto internazionale.

In primo luogo, tale *corpus* normativo impone, in sostanza, alle autorità nazionali di garantire che

35. Corte Edu [GC], *Tarakhel c. Svizzera*, ric. n. 29217/12, 4 novembre 2014, par. 120.

36. Corte Edu, *Tuquabo-Tekle e altri c. Olanda*, ric. n. 60665/00, 1° marzo 2006, parr. 43-44. Sul margine di apprezzamento, vds. tra gli altri Y. Shany, *Toward a general margin of appreciation doctrine in International law?*, in *European journal of international law*, vol. 16, n. 5/2006, pp. 907-940. Sull'incertezza della giurisprudenza della Corte Edu in tema di bilanciamento, vds. S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario, op. cit.*, pp. 343-345.

37. Corte Edu [GC], *Maaouia c. Francia*, ric. n. 39652/98, 5 ottobre 2000.

38. Cfr. Commissione Edu, *Lukka c. Regno Unito*, ric. n. 12122/86, dec. 16 ottobre 1986.

39. Cfr., ad esempio, l'opinione dissenziente del giudice L. Loucaides, alla quale aderisce il giudice K. Traja, annessa alla già citata sentenza *Maaouia c. Francia*.

40. Cfr., nella giurisprudenza successiva, Corte Edu, *Mehemi c. Francia*, ric. n. 53470/99, 28 febbraio 2002; *Aronica c. Germania*, ric. n. 72032/01, 18 aprile 2002; *Yilmaz c. Germania*, ric. n. 52853/99, 17 aprile 2003; *Naumov c. Albania*, ric. n. 10513/03, 4 gennaio 2005.

lo straniero abbia una possibilità, concreta ed effettiva, di proporre domanda di asilo e far valere, così, che in caso di espulsione verso il Paese di origine egli rischierà la vita ovvero sarà sottoposto a tortura o altri maltrattamenti vietati dall'art. 3 Cedu: assenza di informazioni chiare e comprensibili allo straniero sui suoi diritti in materia, assenza di mediazione linguistica e culturale, difficoltà pratiche di accesso agli uffici competenti, carenza di formazione del personale addetto possono annoverarsi tra gli elementi atti a inficiare la concreta accessibilità della procedura di asilo e, dunque, l'effettività del rimedio *ex art. 13 Cedu*, tenuto conto anche delle condizioni materiali in cui versano i richiedenti asilo⁴¹.

In secondo luogo, è necessario che, a fronte di una decisione di espulsione (che ben potrebbe conseguire a un diniego di protezione internazionale e, dunque, all'esito sfavorevole del procedimento amministrativo), lo straniero disponga di un ricorso a effetto sospensivo, quantomeno nella misura in cui egli possa invocare in maniera "difendibile" che tale misura lo espone al rischio di violazioni degli artt. 2 o 3 Cedu⁴².

Infine, la Corte non si disinteressa delle modalità attraverso le quali le domande di asilo sono trattate e decise, avendo essa, ad esempio, stigmatizzato – sempre sotto il profilo del combinato disposto tra art. 3 e art. 13 Cedu – prassi amministrative volte al sistematico rigetto di tali domande tramite decisioni stereotipate⁴³. Certo, sono le autorità nazionali a essere chiamate a valutare la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale e la Corte di Strasburgo non vi si sostituirà con il suo apprezzamento, limitandosi essa a verificare che il *modus operandi* di tali autorità sia adeguato alla luce delle esigenze di tutela derivanti dall'art. 3 Cedu. Tuttavia, in questo disegno chiaramente ispirato al principio di sussidiarietà, non mancano indicazioni anche dettagliate alle autorità nazionali circa la ripartizione

dell'*onus probandi* e i criteri di apprezzamento delle dichiarazioni dei richiedenti asilo⁴⁴.

Nel contesto dell'applicazione del Regolamento di Dublino, le regole inerenti alla determinazione del Paese competente per esaminare la domanda di asilo e la possibilità di richiedere asilo una sola volta in uno dei Paesi europei non vengono in contraddizione con le garanzie previste dal combinato disposto tra artt. 3 e 13 Cedu per quanto riguarda il diritto di presentare domanda in caso di trasferimento⁴⁵.

6. Conclusioni

Il presente contributo ha esaminato alcune delle pronunce più rilevanti della Corte Edu in materia di asilo. Oltre alla giurisprudenza relativa ai diritti specificamente riconosciuti agli stranieri, il contributo ha analizzato le pronunce con cui i giudici di Strasburgo hanno esteso le tutele convenzionali ai cittadini di Paesi terzi sottoposti alla giurisdizione di uno Stato parte della Cedu, soprattutto per il tramite della cosiddetta protezione "*par ricochet*"; ci si è soffermati, ancora, sulle garanzie procedurali in sede di domanda di asilo. Dallo studio degli orientamenti emersi, si può evincere la costante attività di ricerca di un equilibrio tra la tutela dei diritti fondamentali, da un lato, e il rispetto delle prerogative statali nella regolamentazione dei flussi migratori, dall'altro. Pur non scevra di elementi di criticità, la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo ha dimostrato la propria incisività nel delineare, anche se non sempre con l'auspicata chiarezza, i limiti oltre i quali la discrezionalità delle autorità nazionali si pone in contrasto con le disposizioni convenzionali. Una simile prassi risulta particolarmente rilevante proprio nel panorama italiano, in considerazione sia della pluralità di ricorsi attualmente pendenti, sia del contenzioso che, verosimilmente, si instaurerà nel prossimo futuro.

41. In tal senso, vds. Corte Edu, *Sharifi e altri*, cit., parr. 167 ss., sviluppando spunti già offerti da Corte Edu [GC], *M.S.S.*, cit., parr. 286 ss.

42. V. Corte Edu [GC], *De Souza Ribeiro c. Francia*, ric. n. 22689/07, 13 dicembre 2012, par. 82.

43. V. Corte Edu [GC], *M.S.S.*, cit., parr. 286 ss.

44. V. Corte Edu [GC], *J.K. e altri c. Svezia*, ric. n. 59166/12, 23 agosto 2016, parr. 79 ss.

45. V. Corte Edu, *Mohammed Hussein e altri c. Olanda e Italia*, ric. n. 27725/10, 2 aprile 2013.

Protezione dei migranti: Corte Edu e Corte di giustizia a confronto

di Salvatore Centonze e Sara Anastasio

Il contributo analizza l'elaborazione differenziata della giurisprudenza europea – rispettivamente, nell'ambito del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea – in materia di protezione del soggetto “migrante”. Il critico bilanciamento tra diritti intangibili della persona e istanze sovrane nazionali, e il mancato raggiungimento di un livello comune di tutela riflettono l'urgenza di un ripensamento del concetto giuridico di “frontiera” e del principio di solidarietà fra Stati membri.

1. Migranti e Cedu

«Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il suo»: così l'art. 2 del Protocollo n. 4 addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, sotto la rubrica «libertà di circolazione», afferma il cd. “diritto all'emigrazione”.

È trascorso mezzo millennio da quando, nel 1539, il teologo spagnolo Francisco de Vitoria, nelle sue *Relectiones de Indis*, teorizzò per la prima volta lo *ius migrandi* come un diritto naturale universale e, insieme, come fondamento del moderno diritto internazionale.

Lo *ius migrandi* è oggi universalmente considerato uno dei più antichi diritti naturali. Un diritto che appartiene alla tradizione giuridica liberale, al punto da essere stato consacrato nell'art. 13, comma 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, e nell'art. 35, comma 4, della nostra Costituzione repubblicana.

La teorizzazione di quel diritto servì, sul piano pratico, a legittimare culturalmente la conquista spa-

gnola del Nuovo Mondo e fu, quindi, per molto tempo un diritto asimmetrico, nel senso che venne di fatto esercitato soltanto dagli occidentali ai danni di coloro che ne subirono, loro malgrado, le politiche espansionistiche¹.

A tale diritto, ora come allora, non si accompagna un corrispondente diritto di immigrazione nel Paese di destinazione, materia questa che costituisce tradizionale prerogativa dello Stato nazionale in quanto tipica manifestazione della sua sovranità.

È, invero, principio di diritto internazionale ormai consolidato quello per cui i singoli Stati, nell'ambito di politiche di controllo dell'immigrazione, possono limitare la libertà degli stranieri cui non sia riconosciuto il diritto di ingresso e soggiorno nel territorio di un altro Stato².

Gli sviluppi del fenomeno migratorio e il crescente atteggiamento statale di chiusura verso cittadini di Paesi terzi hanno, tuttavia, sollecitato la giurisprudenza sovranazionale a bilanciare le prerogative statali con l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali e inderogabili di un soggetto migrante sempre più vulnerabile.

1. Così G. De Simone, citando L. Ferrajoli, nella prefazione a S. Centonze (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 2010.

2. «117. Whilst the general rule set out in Article 5 § 1 is that everyone has the right to liberty, Article 5 § 1 (f) provides an exception to that general rule, permitting States to control the liberty of aliens in an immigration context. As the Court has remarked before, subject to their obligations under the Convention, States enjoy an “undeniable sovereign right to control aliens' entry into and residence in their territory” (see *Chahal*, cited above, § 73, and *Saadi*, cited above, § 64)» (*Popov c. Francia*, ric. n. 39472/07, 19 gennaio 2012).

A quest'ultimo è stato, pertanto, progressivamente attribuito un nucleo di diritti minimi e intangibili, con inevitabili ripercussioni sulle modalità di esercizio delle politiche migratorie dei singoli Stati.

2. Tutela del migrante nella giurisprudenza della Corte Edu

Nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il migrante non è tutelato in quanto tale, ma in quanto persona cui sono attribuiti diritti assoluti e fondamentali quali il diritto alla vita, quello inerente al divieto di trattamenti disumani o degradanti o il diritto alla vita privata e familiare.

Da qui il ruolo determinante della Corte di Strasburgo nel plasmare l'applicazione di tali diritti alle situazioni concretamente ascrivibili al migrante, condizionando la discrezionalità statale sul controllo delle proprie frontiere.

2.1. Divieto di tortura

«Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Il divieto di cui all'art. 3 Cedu rappresenta, usando un'efficace espressione utilizzata per la prima volta dai giudici di Strasburgo (nella sentenza *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88, 7 luglio 1989, par. 88), un «principio fondamentale delle società democratiche» che non ammette deroga alcuna, neppure nei casi di urgenza di cui all'art. 15 della stessa Convenzione³.

Nella giurisprudenza della Corte Edu, tale principio è stato spesso utilizzato a tutela dei migranti sia per scongiurare il rischio di trattamenti inumani nel Paese di destinazione, sia in riferimento alle condizioni di detenzione nei centri di espulsione.

Da qui il ruolo chiave della norma nel lavoro interpretativo della Corte sovranazionale, teso a bilanciare le istanze statali di difesa della propria sovranità nelle politiche migratorie con la tutela del nucleo di diritti minimi e intangibili riconosciuti allo straniero migrante⁴.

Per comprendere la portata del principio basti rammentare che, secondo i giudici di Strasburgo, il rischio di trattamenti inumani o degradanti nel Paese di destinazione del migrante espulso delegittimerebbe anche l'espulsione giustificata dalla rilevante pericolosità sociale di quest'ultimo (*Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06, 28 febbraio 2008, par. 127)⁵.

Il divieto di cui all'art. 3 è stato ritenuto operante anche nei casi di cd. «*refoulement* indiretto», qualora sussista il pericolo che il Paese intermedio, non applicando la legislazione in materia di asilo conformemente ai principi convenzionali, rinvii il migrante in un territorio a rischio (*M.S.S. c. Belgio e Grecia* [GC], ric. n. 30696/09, 21 gennaio 2011).

Neanche le difficoltà derivanti dal crescente flusso di migranti e di richiedenti asilo nei Paesi situati ai confini dell'Unione europea potrebbero esonerare gli Stati dall'ottemperare agli obblighi derivanti dall'art. 3 Cedu, ciò anche in riferimento alle condizioni di detenzione nei centri di espulsione (*Popov c. Francia*, ric. n. 39472/07, 19 gennaio 2012, par. 103; nel caso trattato, le condizioni di detenzione di migranti minori sono state considerate incompatibili con i principi internazionali di protezione dell'infanzia)⁶.

La portata del principio è stata estesa anche ai casi di espulsione di stranieri esposti al rischio «reale e dimostrato» per la vita e per la salute a causa della previsione di cure mediche inadeguate nel Paese di destinazione (*D. c. Regno Unito*, ric. n. 30240/96, 2 maggio 1997, parr. 49 ss.).

3. «Article 3, which prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, enshrines one of the fundamental values of democratic societies. Unlikemost of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15, even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (see *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 163, Series A no. 25; *Chahal*, cited above, § 79; *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 95, ECHR 1999-V; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 59, ECHR 2001-XI; and *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, no. 36378/02, § 335, ECHR 2005-III)» (*Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06, 28 febbraio 2008, par. 127).

4. Così F.L. Gatta, *Le espulsioni collettive di stranieri alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in F. Cortese e G. Pelacani (a cura di), *Il Diritto in migrazione, Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 219-256, disponibile online (<https://iris.unitn.it/retrieve/handle/11572/181252/145291/COLLANA%20QUADERNI%20VOLUME%2030.pdf>).

5. «As the prohibition of torture and of inhuman or degrading treatment or punishment is absolute, irrespective of the victim's conduct (see *Chahal*, cited above, § 79), the nature of the offence allegedly committed by the applicant is therefore irrelevant for the purposes of Article 3 (see *Indelicato v. Italy*, no. 31143/96, § 30, 18 October 2001, and *Ramirez Sanchez v. France* [GC], no. 59450/00, §§ 115-16, ECHR 2006-IX)».

6. «Ainsi, compte tenu du bas âge des enfants, de la durée de leur détention et des conditions de leur enfermement dans un centre de rétention, la Cour estime que les autorités n'ont pas pris la mesure des conséquences inévitablement dommageables pour les enfants. Elle considère que les autorités n'ont pas assuré aux enfants un traitement compatible avec les dispositions de la Convention et que celui-ci a dépassé le seuil de gravité exigé par l'article 3 de la Convention. Partant il y a eu violation de cet article à l'égard des enfants».

2.2. Diritto alla libertà e alla sicurezza

L'art. 5 Cedu è volto a proteggere la libertà personale intesa nella sua accezione tradizionale di libertà fisica della persona contro detenzioni o arresti arbitrari e abusivi.

Tale garanzia, al pari di quelle contemplate dagli artt. 2, 3 e 4 Cedu, ha rango di diritto fondamentale, tuttavia derogabile, nei casi di urgenza, ai sensi dell'art. 15, comma 2, Cedu e nelle ipotesi tassative previste dalla lett. (a) alla lett. (f) dello stesso art. 5.

L'ultima di tali ipotesi riguarda il caso di «arresto o detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare irregolarmente nel territorio, o di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o d'estradizione».

La compatibilità convenzionale della privazione della libertà personale del migrante irregolare non è, tuttavia, incondizionata e la Corte europea ne ha progressivamente disegnato i confini ridimensionandola attraverso la previsione di requisiti di conformità e non arbitrarietà (*Mikolenko c. Estonia*, ric. n. 10664/05, 8 ottobre 2009, par. 60)⁷.

In particolare, la detenzione deve essere conforme al diritto interno nazionale che la prescrive e disciplina, in linea con i principi generali della Convenzione. L'accertamento del rispetto di tale requisito impone la necessità di valutare non solo la legislazione in vigore nel settore in esame, ma anche la qualità delle altre norme giuridiche applicabili alle parti inte-

ressate. Detta "qualità" implica, in questo senso, che una legge nazionale che autorizzi la privazione della libertà debba essere sufficientemente accessibile e precisa, al fine di evitare ogni rischio di arbitrarietà (*Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, ric. n. 13178/03, 12 ottobre 2006, par. 97)⁸.

La privazione della libertà deve essere, inoltre, strettamente legata allo scopo perseguito, in modo che luogo, condizioni e durata della detenzione si pongano rispetto all'obiettivo ultimo in termini di proporzionalità e adeguatezza (*Popov c. Francia*, ric. n. 39472/07, 19 gennaio 2012)⁹.

In materia di trattenimento dello straniero nelle more del procedimento di espulsione, la Corte Edu ha precisato che la limitazione della libertà personale, pur slegata dalla sussistenza di un effettivo pericolo di fuga o di commissione di reati da parte del soggetto interessato, non debba prolungarsi per un periodo di tempo irragionevole, in ossequio al principio di proporzionalità (*Chahal c. Regno Unito*, ric. n. 22414/93, 25 ottobre 1996)¹⁰.

Ancora, il rispetto del principio di proporzionalità richiede che lo Stato si adoperi diligentemente per creare le condizioni che rendano possibile l'espulsione in presenza di una realistica prospettiva della sua attuazione; circostanza questa, ad esempio, assente nel caso di impossibilità, per le autorità nazionali, a procurarsi i documenti necessari per eseguire l'allontanamento (*Mikolenko c. Estonia*, ric. n. 10664/05, 8 ottobre 2009).

7. «Article 5 § 1 requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of protecting the individual from arbitrariness. It is a fundamental principle that no detention which is arbitrary can be compatible with Article 5 § 1 and the notion of "arbitrariness" in Article 5 § 1 extends beyond lack of conformity with national law, so that a deprivation of liberty may be lawful in terms of domestic law but still arbitrary and thus contrary to the Convention (see Saadi, cited above, § 67). To avoid being branded as arbitrary, detention under Article 5 § 1 (f) must be carried out in good faith; it must be closely connected to the ground of detention relied on by the Government; the place and conditions of detention should be appropriate; and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued (Saadi; A. and Others v. the United Kingdom)».

8. «In order to ascertain whether a deprivation of liberty has complied with the principle of compatibility with domestic law, the Court must assess not only the legislation in force in the field under consideration, but also the quality of the other legal rules applicable to the persons concerned. Quality in this sense implies that a national law authorising deprivation of liberty must be sufficiently accessible and precise, in order to avoid all risk of arbitrariness».

9. «116. The Court reiterates that all that is required for detention to be compatible with Article 5 § 1 (f) is that action is being taken with a view to deportation and that the detention is carried out for the purposes of enforcing the measure. It is therefore immaterial whether the underlying decision to expel can be justified under national or Convention law, or whether the detention was reasonably considered necessary, for example to prevent the person concerned from committing an offence or fleeing. [...] 118. It is well established in the Court's case-law under the sub-paragraphs of Article 5 § 1 that any deprivation of liberty must, in addition to falling within one of the exceptions set out in sub-paragraphs (a)-(f), be "lawful" (see, among other authorities, *Winterwerp v. the Netherlands*, 24 October 1979, § 37, Series A no. 33; *Amuur*, cited above, § 50; and *Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, § 78, ECHR2000-III). The Court has already stated, in two cases concerning similar facts, that there must be some relationship between the ground of permitted deprivation of liberty relied on and the place and conditions of detention (see *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga*, cited above, § 102, and *Muskhadzhivjeva and Others*, cited above, § 73); lastly, the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued (see *Saadi*, cited above, § 74, and *Rahimi*, cited above, § 106)».

10. «113. The Court recalls, however, that any deprivation of liberty under Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f) will be justified only for as long as deportation proceedings are in progress. If such proceedings are not prosecuted with due diligence, the detention will cease to be permissible under Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f) (see the *Quinn v. France* judgment of 22 March 1995, Series A no. 311, p. 19, para. 48, and also the *Kolompar v. Belgium* judgment of 24 September 1992, Series A no. 235-C, p. 55, para. 36). It is thus necessary to determine whether the duration of the deportation proceedings was excessive».

Il trattenimento, inoltre, non deve privare il richiedente asilo del diritto di ottenere un accesso effettivo alla procedura per determinare lo *status* di rifugiato (*Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92, 25 giugno 1996, par. 46)¹¹.

2.3. Diritto a un processo equo

«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 deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta» (art. 6 Cedu).

I giudici di Strasburgo hanno dato alla norma una interpretazione restrittiva, escludendo l'applicabilità delle garanzie di cui all'art. 6 Cedu ai procedimenti sull'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dello straniero poiché non attinenti a controversie di natura strettamente civile o penale (*Maaouia c. Francia*, ric. n. 39652/98, 5 ottobre 2000)¹².

Tuttavia, in tali casi, dovranno intervenire le tutele di cui agli artt. 5 e 13 Cedu.

Il secondo comma dell'art. 5 stabilisce il diritto della persona arrestata a «conoscere, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico».

L'art. 13 prevede che «ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati» abbia «diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

Tale garanzia, intrinsecamente collegata alla violazione di un diritto convenzionale, deve essere riconosciuta in maniera «*practical and effective*» comportando, pertanto, la sospensione della misura espulsiva in via cautelare (*Conka c. Belgio*, ric. n. 51564/99, 5 febbraio 2002)¹³.

Le garanzie procedurali in caso di espulsioni di stranieri sono, inoltre, espressamente richiamate nell'art. 1 Protocollo addizionale alla Cedu n. 7, per

11. «In order to determine whether someone has been “deprived of his liberty” within the meaning of Article 5 of the ECHR, “the starting point must be his concrete situation, and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question. The difference between deprivation of and restriction upon liberty is merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance. (...) Above all, such confinement must not deprive the asylum-seeker of the right to gain effective access to the procedure for determining refugee status».

12. «37. The Court therefore considers that by adopting Article 1 of Protocol No. 7 containing guarantees specifically concerning proceedings for the expulsion of aliens the States clearly intimated their intention not to include such proceedings within the scope of Article 6 § 1 of the Convention. 38. In the light of the foregoing, the Court considers that the proceedings for the rescission of the exclusion order, which form the subject matter of the present case, do not concern the determination of a “civil right” for the purposes of Article 6 § 1. The fact that the exclusion order incidentally had major repercussions on the applicant’s private and family life or on his prospects of employment cannot suffice to bring those proceedings within the scope of civil rights protected by Article 6 § 1 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, the *Neigel v. France* judgment of 17 March 1997, Reports 1997-II, pp. 410-11, §§ 43-44, and the *Maillard v. France* judgment of 9 June 1998, Reports 1998-III, pp. 1303-04, §§ 39-41). 39. The Court further considers that orders excluding aliens from French territory do not concern the determination of a criminal charge either. In that connection, it notes that their characterisation within the domestic legal order is open to different interpretations. In any event, the domestic legal order’s characterisation of a penalty cannot, by itself, be decisive for determining whether or not the penalty is criminal in nature. Other factors, notably the nature of the penalty concerned, have to be taken into account (see *Tyler v. the United Kingdom*, application no. 21283/93, Commission decision of 5 April 1994, DR 77, pp. 81-86). On that subject, the Court notes that, in general, exclusion orders are not classified as criminal within the member States of the Council of Europe. Such orders, which in most States may also be made by the administrative authorities, constitute a special preventive measure for the purposes of immigration control and do not concern the determination of a criminal charge against the applicant for the purposes of Article 6 § 1. The fact that they are imposed in the context of criminal proceedings cannot alter their essentially preventive nature. It follows that proceedings for rescission of such measures cannot be regarded as being in the criminal sphere either (see, *mutatis mutandis*, *Renna v. France*, application no. 32809/96, Commission’s decision of 26 February 1997, unreported). 40. The Court concludes that decisions regarding the entry, stay and deportation of aliens do not concern the determination of an applicant’s civil rights or obligations or of a criminal charge against him, within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention. 41. Consequently, Article 6 § 1 is not applicable in the instant case».

13. «46. The Convention is intended to guarantee rights that are not theoretical or illusory, but practical and effective (see, *mutatis mutandis*, *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, § 34, ECHR 1999-I) (...) 75. The Court reiterates that Article 13 of the Convention guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an “arguable complaint” under the Convention and to grant appropriate relief. The scope of the Contracting States’ obligations under Article 13 varies depending on the nature of the applicant’s complaint; however, the remedy required by Article 13 must be “effective” in practice as well as in law. The “effectiveness” of a “remedy” within the meaning of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant. Nor does the “authority” referred to in that provision necessarily have to be a judicial authority; but if it is not, its powers and the guarantees which it affords are relevant in determining whether the remedy before it is effective. Also, even if a single remedy does not by itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided for under domestic law may do so (see, among many other authorities, *Kudla v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 157, ECHR 2000-XI)».

cui uno straniero regolarmente residente nel territorio di uno Stato non può essere espulso se non in esecuzione di una decisione presa conformemente alla legge e deve poter: far valere le ragioni che si oppongono alla sua espulsione (par. 1, lett. a); far esaminare il suo caso (par. 1, lett. b); farsi rappresentare, a tali fini, davanti all'autorità competente o ad una o più persone designate da tale autorità (par. 1, lett. c).

Lo stesso articolo prevede (par. 2) che uno straniero possa essere espulso prima dell'esercizio dei menzionati diritti enunciati di cui al par. 1, lett. a, b, c, qualora tale espulsione sia necessaria nell'interesse dell'ordine pubblico o sia motivata da ragioni di sicurezza nazionale.

2.4. Principio di legalità

Il principio di legalità sancito dall'art. 7 Cedu prevede che «nessuno» possa «essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

Tale principio è stato applicato dai giudici di Strasburgo anche alla materia dell'espulsione dello straniero quale misura sostitutiva della pena detentiva (vds. *Gurguchiani c. Spagna*, ric. n. 16012/06, 15 dicembre 2009)¹⁴.

2.5. Diritto al rispetto della vita privata e familiare

Ulteriore limite al potere statale di espulsione dello straniero migrante è individuabile nell'art. 8 Cedu, che sancisce il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare, vietando l'ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto, se non nei casi in cui questa sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, sia necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del Paese, per la difesa dell'ordine pubblico e la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale o, ancora, per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Tale diritto è stato, in più occasioni, richiamato dai giudici di Strasburgo che, nel valutare la portata potenzialmente pregiudizievole di provvedimenti espulsivi, hanno sottoposto la libertà di azione statale al rispetto di requisiti di legalità, finalità e necessità.

Ad esempio, è stata sottolineata la necessità di limitare l'espulsione degli stranieri che abbiano trascorso la maggior parte della loro vita nel Paese ospite a casi eccezionali di pericolo per la sicurezza dello Stato (*Bousarra c. Belgio*, ric. n. 25672/07, 23 settembre 2010).

Inoltre, è stata più volte ribadita l'esigenza che l'espulsione risulti necessaria in una società democratica attraverso un corretto bilanciamento tra interesse pubblico statale e tutela della situazione familiare dell'individuo (*Mutlag c. Germania*, ric. n. 40601/05, 25 marzo 2010).

Nell'ambito di tale bilanciamento, il parametro della gravità dei reati commessi ha determinato l'ammissibilità dell'interferenza statale nella vita familiare dei singoli poiché ritenuta proporzionata rispetto al fine legittimo di prevenire la commissione di reati di natura violenta (*Joseph Grant c. Regno Unito*, ric. n. 10606/07, 8 gennaio 2009).

2.6. Divieto di espulsioni collettive

L'art. 4 del Protocollo addizionale alla Cedu n. 4 vieta, in modo chiaro e insuscettibile d'interpretazioni, la pratica delle espulsioni collettive di stranieri.

Il principio insito in tale divieto è quello per cui un provvedimento di espulsione debba essere adottato sempre individualmente, prendendo in considerazione, in modo reale e non fittizio e di mera forma, le singole e differenziate situazioni di ogni individuo.

Ciò che caratterizza le espulsioni collettive, dunque, non è il dato quantitativo del numero di soggetti coinvolti, bensì il carattere non individualizzante della misura, dato dal mancato esame ragionevole e obiettivo della posizione individuale del singolo soggetto allontanato dal territorio dello Stato (*Andric c. Svezia*, ric. n. 45917/99, 23 febbraio 1999, par. 1)¹⁵.

Il carattere collettivo dell'espulsione, secondo i giudici di Strasburgo, può essere svelato da determinati fattori quali la concentrazione dei soggetti in-

14. In tale occasione «il ricorrente, straniero, si era visto applicare la misura dell'espulsione, con divieto di reingresso per dieci anni, in sostituzione della pena detentiva cui era stato condannato, sulla base di un nuovo regime successivo alla commissione del fatto che prevedeva obbligatoriamente tale sostituzione, al contrario della legge del tempo che invece demandava al giudice se eventualmente disporre – ciò che non era avvenuto nel caso concreto – l'espulsione sostitutiva con un divieto di reingresso, peraltro, dai tre ai dieci anni». Così G. Abbadessa, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2011, p. 286 (http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Trim_1_2011-287-294.pdf).

15. «The Court finds that collective expulsion is to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group. Moreover, the fact that a number of aliens receive similar decisions does not lead to the conclusion that there is a collective expulsion when each person concerned has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis (see application no. 14209/88, decision of 16 December 1988, DR 59, p. 274)».

teressati, appartenenti alla stessa etnia, presso una medesima struttura di polizia e sulla base di un provvedimento per tutti identico (*Conka c. Belgio*, ric. 51564/99, 5 febbraio 2002)¹⁶.

Nel caso *Khlaifia e altri c. Italia* (ric. n. 30240/96, 15 dicembre 2016), la Grande Camera, pronunciandosi a seguito della richiesta di rinvio formulata dal Governo italiano avverso la sentenza resa dalla camera, tra le stesse parti, in data 1° settembre 2015, ha sostenuto che il fatto che i provvedimenti di respingimento fossero redatti in termini del tutto omogenei, con la sola diversificazione di dati personali del migrante destinatario, e che un gran numero di persone della stessa provenienza geografica fosse stato espulso contestualmente, non avrebbe dovuto portare a ritenere automaticamente integrata la violazione dell'art. 4 Protocollo n. 4 alla Cedu (parr. 239 e 251).

In particolare, la Corte, rilevando che i ricorrenti erano stati sottoposti, in due occasioni, a identificazione (la prima, avvenuta subito dopo il loro arrivo nel centro di accoglienza, operata dalle autorità italiane; la seconda, all'aeroporto, operata dal console tunisino prima che i tre migranti fossero imbarcati sul volo per Tunisi), ha valorizzato il fatto che, nel corso di tali operazioni, questi ultimi avessero avuto modo di far presente la propria situazione e di evidenziare le specificità del proprio caso individuale attraverso colloqui personali effettuati con l'assistenza di un interprete.

3. Tutela del migrante e Unione europea

In campo comunitario, la materia dell'immigrazione è stata trattata in via solo riflessa e, per lo più, strumentale rispetto agli obiettivi di realizzazione del mercato interno e della libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali.

In tale ambito, l'atteggiamento della Comunità europea e, successivamente, dell'Unione europea ha risentito di opposte tensioni, oscillando tra l'avvertita esigenza di una "comunitarizzazione" della disciplina e le continue istanze statali volte al rafforzamento della sicurezza delle proprie frontiere.

Le competenze dell'Unione europea in materia di immigrazione discendono dall'art. 67 Tfeue, che prevede che l'Unione, nella realizzazione di «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri», garantisca «che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne» e sviluppi «una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi».

Il ruolo di definire gli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia spetta al Consiglio, ai sensi dell'art. 68 Tfeue.

In tale settore, la competenza della Comunità ha natura concorrente con quella degli Stati membri, ma limitata al rispetto del principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 Tfeue¹⁷.

Al capo II del titolo V Tfeue sono definite le «politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione», che si fondano su tre distinte disposizioni del Trattato.

In tema di controlli alle frontiere, l'art. 77 prevede che l'Unione sviluppi una politica volta a: «garantire l'assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne» (par. 1, lett. a); «garantire il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne» (par. 1, lett. b); «instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne» (par. 1, lett. c).

L'art. 78 stabilisce che l'Unione sviluppi una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessiti di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. Detta politica deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al Protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo *status* dei rifugiati, nonché agli altri trattati pertinenti.

Infine, l'art. 79 attribuisce all'Unione europea il compito di sviluppare una politica comune dell'im-

16. «That doubt is reinforced by a series of factors: firstly, prior to the applicants' deportation, the political authorities concerned had announced that there would be operations of that kind and given instructions to the relevant authority for their implementation (see paragraphs 30 and 31 above); secondly, all the aliens concerned had been required to attend the police station at the same time; thirdly, the orders served on them requiring them to leave the territory and for their arrest were couched in identical terms; fourthly, it was very difficult for the aliens to contact a lawyer; lastly, the asylum procedure had not been completed».

17. «(...) 2. Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria. Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria» (art. 2 Tfeue).

migrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei Paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani.

Nel T^{fue} (art. 45), la libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione è disciplinata a seconda che si tratti o meno di soggetti economicamente attivi¹⁸.

Il diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione è, cioè, garantito nella misura in cui non pregiudichi la tutela della sostenibilità finanziaria dei sistemi nazionali di sicurezza sociale e la tutela giuridica dei diritti del migrante è subordinata al venire in rilievo di una posizione giuridica tutelata dal diritto comunitario.

Tuttavia, ai sensi dell'art 6 T^{ue}, l'Unione «riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati» e «aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»; «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

I diritti fondamentali sanciti dalla Carta (diritto alla vita, divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, rispetto della vita privata e familiare, diritto di asilo) sono perciò garantiti a tutti i soggetti presenti sul territorio dell'Unione europea, in quanto persone e a prescindere dallo *status* migratorio.

4. La giurisprudenza della Corte di giustizia

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per effetto del Trattato di Lisbona, ha assunto dal 1° dicembre 2009 lo stesso valore giuridico dei trattati istitutivi dell'Unione.

Ciò significa che la tutela dei diritti in essa sanciti ha carattere giuridicamente vincolante e non più solo ornamentale, anche in tema di politiche migratorie.

Dunque, le istituzioni dell'Unione, in tutte le loro azioni o iniziative legislative, devono tener conto di tali diritti fondamentali il cui rispetto, da parte degli

Stati membri, è sottoposto al giudizio della Corte di giustizia.

Così, ad esempio, l'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali, che prevede il divieto di espulsioni collettive, comprendendo in questo termine qualunque forma di respingimento alla frontiera o di allontanamento forzato dal territorio che non consenta un esame individuale della posizione della persona, potrebbe un utile strumento normativo in grado di sanzionare prassi amministrative volte a eluderlo.

Ancora, il rispetto della dignità umana di cui all'art. 1 e della vita privata e familiare di cui all'art. 7, dovrebbero imporre alle autorità nazionali, nell'ambito dell'esame di una domanda di asilo, il rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta nell'esercizio di quelle attività tese a stabilire le reali esigenze di protezione internazionale del richiedente. Ed effettivamente, nella causa C-473/16, la Corte di giustizia ha sostenuto che sottoporre un richiedente asilo a *test* psicologici ai fini dell'accertamento del proprio orientamento sessuale costituisca un'ingerenza particolarmente grave nel diritto della persona al rispetto della sua vita privata e, come tale, non conforme al diritto dell'Unione letto alla luce della Carta.

4.1. Famiglia

In materia di rispetto della vita privata e familiare, la Corte di giustizia ha ammesso che il rigetto di una domanda di ricongiungimento familiare da parte delle autorità nazionali competenti di uno Stato membro possa essere fondato su una valutazione in prospettiva della probabilità che il soggiornante mantenga oppure no le risorse stabili, regolari e sufficienti di cui deve disporre per mantenere se stesso e i propri familiari; ciò senza ricorrere al sistema di assistenza sociale di tale Stato membro nel corso dell'anno successivo alla data di presentazione della domanda (C-588/14).

Il diritto di soggiorno a titolo di ricongiungimento con il familiare "economicamente attivo" pare lasci trasparire la preminente preoccupazione del giudice europeo di tutelare gli interessi connessi all'integrazione europea rispetto ai diritti fondamentali della persona¹⁹.

4.2. Salute

Quanto all'art. 4 della Carta, sulla proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, esso è stato interpretato nel senso che il trasferimento di un richiedente asilo possa essere ef-

18. Così Elisa Cavasino, *Diritti europei e non nazionali? Sullo statuto giuridico del migrante: il nodo degli standards sovranazionali comuni*, in *Revista de derecho de la Unión europea*, UNED, Madrid, n. 31/2016 (ISSN 1695-1085), pp. 291-312.

19. Così G. Bonaventura, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa. Il case study dei diritti dei migranti*, in *ADIR – L'altro diritto (Rivista)*, cap. III, par. 3.3., disponibile online (www.adir.unifi.it/rivista/2015/bonaventura/index.htm).

fettuato solo in condizioni in cui sia escluso che detto trasferimento comporti il rischio reale e acclarato che l'interessato subisca trattamenti inumani o degradanti (nella causa C-578/16, la Corte di giustizia ha, perciò, sostenuto che spetta alle autorità dello Stato membro che deve procedere al trasferimento e, eventualmente, ai suoi giudici eliminare qualsivoglia dubbio serio relativo all'impatto del trasferimento sullo stato di salute dell'interessato, adottando le precauzioni necessarie affinché si realizzino le condizioni che consentano di tutelare in modo adeguato e sufficiente lo stato di salute della persona. Nell'ipotesi in cui, tenuto conto della particolare gravità del disturbo del richiedente, l'adozione di dette precauzioni non sia sufficiente a evitare il rischio reale di un aggravamento significativo e irrimediabile del suo stato di salute, spetta alle autorità dello Stato membro in parola sospendere l'esecuzione del trasferimento dell'interessato, e questo finché il suo stato gli renda possibile un trasferimento siffatto).

4.3. *Espulsione e rimpatrio*

Parimenti, con riferimento al secondo comma dell'art. 19, il divieto di essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti è stato richiamato dalla Corte di giustizia nel sostenere che le disposizioni della cd. "direttiva rimpatri" (2008/11/UE), lette alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, debbano essere interpretate nel senso che ostano a una normativa nazionale: a) che non conferisce effetto sospensivo a un ricorso proposto contro una decisione che ordina a un cittadino di Paese terzo, affetto da una grave malattia, di lasciare il territorio di uno Stato membro, quando l'esecuzione di tale decisione può esporre tale cittadino di Paese terzo a un serio rischio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute; b) che non prevede la presa in carico, per quanto possibile, delle necessità primarie di detto cittadino di Paese terzo, al fine di garantire che le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie possano effettivamente essere forniti nel periodo durante il quale tale Stato membro è tenuto a rinviare l'allontanamento del medesimo cittadino di Paese terzo, in seguito alla proposizione di tale ricorso (causa C- 562/13).

In altra occasione, però, la Corte di giustizia ha assunto una posizione restrittiva, apparentemente più orientata a limitare l'ingresso dei flussi migratori

in Europa che a tutelare i diritti fondamentali della persona²⁰: nella causa C-542/13, si è sostenuto che «gli articoli 28 e 29 della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, ai cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, letti congiuntamente ai suoi articoli 2, lettera e), 3, 15 e 18, devono essere interpretati nel senso che uno Stato membro non è tenuto a concedere l'assistenza sociale e l'assistenza sanitaria previste da tali articoli a un cittadino di Paese terzo autorizzato a soggiornare nel territorio di tale Stato membro in base a una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale prevede che in detto Stato membro sia autorizzato il soggiorno dello straniero affetto da una malattia che comporti un rischio effettivo per la vita o l'integrità fisica o un rischio effettivo di trattamento inumano o degradante, qualora non esista alcuna terapia adeguata nel Paese d'origine di tale straniero o nel Paese terzo in cui egli risiedeva in precedenza, senza che sia in discussione una privazione di assistenza sanitaria inflitta intenzionalmente al predetto straniero in tale Paese».

In altri termini, qualora la mancanza di terapie e di assistenza sanitaria adeguata non sia imputabile a un'attività volontaria e intenzionale nei confronti dello straniero da parte del proprio Stato di origine, tali carenze generali del sistema sanitario non potrebbero essere collocate alla base del riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria, così circoscrivendo i contorni della nozione di «danno grave» quale requisito per poter beneficiare della protezione.

4.4. *Accesso alla giustizia e diritto a un processo equo*

Quanto all'art. 47 della Carta, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale non si tradurrebbe, a detta della Corte, nel diritto a un doppio grado di giudizio contro le decisioni di rigetto delle domande di protezione internazionale. Nella causa C-180/17, la Corte di giustizia ha sostenuto che il diritto dell'Unione – in particolare, le disposizioni della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale – letto alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dev'essere interpretato nel senso che non osta a una normativa

20. Così B. Catalo, *Il diritto alla salute nel contesto delle migrazioni e la protezione sussidiaria: l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza c-542/13 del 18 dicembre 2014*, in *DPCE on line*, n. 2/2015, p.176 (www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/175).

nazionale che «prevede un procedimento di impugnazione contro un provvedimento giurisdizionale di primo grado che conferma la decisione della competente autorità amministrativa di respingere una domanda di protezione internazionale, senza dotare tale impugnazione di effetto sospensivo automatico, ma che consente al giudice che ha emesso tale provvedimento di disporre, su istanza dell'interessato, la sospensione della sua esecuzione, previa valutazione della fondatezza dei motivi dedotti nell'impugnazione contro tale provvedimento e non della sussistenza di un rischio di danno grave e irreparabile che la sua esecuzione causerebbe al richiedente».

Nella causa C-348/16 la Corte di giustizia ha, altresì, precisato che «la direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale, e in particolare i suoi articoli 12, 14, 31 e 46, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che non osta a che il giudice nazionale, investito di un ricorso avverso la decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale manifestamente infondata, respinga detto ricorso senza procedere all'audizione del richiedente, qualora le circostanze di fatto non lascino alcun dubbio sulla fondatezza di

tale decisione, a condizione che, da una parte, in occasione della procedura di primo grado sia stata data facoltà al richiedente di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di protezione internazionale, conformemente all'articolo 14 di detta direttiva, e che il verbale o la trascrizione di tale colloquio, qualora quest'ultimo sia avvenuto, sia stato reso disponibile unitamente al fascicolo, in conformità dell'articolo 17, paragrafo 2, della direttiva medesima, e, dall'altra parte, che il giudice adito con il ricorso possa disporre tale audizione ove lo ritenga necessario ai fini dell'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto contemplato all'articolo 46, paragrafo 3, di tale direttiva».

Dunque, la previsione di un colloquio personale con il richiedente nella fase amministrativa di valutazione della domanda di protezione sarebbe, di per sé, idonea e sufficiente a integrare in maniera effettiva il diritto all'udienza o all'audizione, così delineando uno *standard* di tutela deteriore rispetto a quello previsto dalla Cedu (per cui il diritto all'udienza «*implies a right to a oral hearing at least at one level of jurisdiction*» – *Fischer v. Austria*, ric. n. 16922/90, 26 aprile 1995, par. 44). Tale eventualità, tuttavia, dovrebbe essere esclusa dal disposto dell'art. 52, par. 3, della Carta, che imporrebbe di lasciare impregiudicato il livello minimo di tutela conferito dalla Cedu.

Questioni Pinto ancora aperte

di *Alessio Scaffidi*

Il contenzioso “Pinto” pendente davanti alla Corte Edu ne ha, per lungo tempo, minacciato il regolare funzionamento. Per evitare il rischio di collasso, i giudici di Strasburgo hanno adottato soluzioni discutibili, una fra tutte la liquidazione di scarni indennizzi forfettari. L’arretrato è oggi scomparso, ma ciò, probabilmente, è avvenuto a scapito dei ricorrenti.

1. Il diritto di Crono¹

«*O lente, lente currite, noctis equi!*»: con queste ultime parole, il celebre Doctor Faustus di Marlowe elevava al cielo la propria disperata supplica affinché il tempo arrestasse la sua inesorabile corsa. Ma, si sa, il tempo è una divinità inclemente – che non ascolta neanche le preghiere dei suoi fedeli più ferventi – a cui tutto e tutti devono sottomettersi, diritto compreso.

Se, infatti, lo scorrere degli anni può far sorgere e consolidare situazioni giuridiche meritevoli di tutela, solitamente la “*dittatura del dio Crono*” si manifesta con particolare ferocia nel condizionare, fino a neutralizzarla, l’effettività della risposta di giustizia. Una epifania nefasta, che si trasforma in vera e propria catastrofe nel momento esatto in cui si prende definitivamente coscienza che la giurisdizione rappresenta una risorsa costosa e limitata.

In un siffatto contesto, allora, non stupisce che la ragionevole durata del processo sia stata elevata a diritto fondamentale dell’uomo, garantito sia a livello sovranazionale che nazionale. Peccato, però, che nella prassi tali previsioni restino troppo spesso lettera mor-

ta, così come dimostrato dall’infinita “saga Pinto”.

Orbene, a distanza di più di trent’anni dalla prima condanna per irragionevole durata del processo da parte della Corte Edu nei confronti dell’Italia², le criticità sono ancora molteplici e la stessa questione sembra oramai aver assunto – quasi a mo’ di beffa – caratteri *metatemporali*.

Difatti, lo sfiante e ultradecennale *confronto* intercorso sul tema tra Stato italiano e Corte europea dei diritti dell’uomo ha dato vita a tre riforme legislative, ma soprattutto a migliaia di ricorsi introdotti a Strasburgo. Un contenzioso enorme e dai tempi paradossali, che ha lasciato in eredità un modello di giustizia standardizzata capace di minare alle fondamenta la credibilità delle differenti parti in gioco.

2. Un ristoro a metà

Ogni qualvolta si affronta il tema del contenzioso Pinto, è necessario tenere ben in mente che si sta parlando di circa 13.000 ricorsi contro l’Italia pervenuti a Strasburgo³. Richiamate tali cifre, può allora facilmente comprendersi come l’abusata immagine di una

1. Con tale titolo, l’Autore intende qui richiamare il n. 1/2017 di questa *Rivista trimestrale*, completamente dedicato al rapporto tra diritto e tempo (www.questionegiustizia.it/rivista/2017-1.php).

2. Cfr. Corte Edu, *Capuano c. Italia*, ric. n. 9381/81, 25 giugno 1987.

3. Dato desumibile dalle *Relazioni al Parlamento* sullo stato di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo nei confronti dello Stato italiano per gli anni 2010-2016, redatte dalla Presidenza del Consiglio dei ministri (http://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/contenzioso_europeo/relazione_annuale.html).

Corte Edu sommersa dai ricorsi italiani per l'irragionevole durata dei processi non sia una mera iperbole. I giudici di Strasburgo, infatti, si sono trovati a fronteggiare una insostenibile mole di lavoro nonché una giurisprudenza interna a tratti ostile, arroccata su posizioni di autodifesa e tesa più a tutelare i rilevanti interessi economici nazionali in gioco che le posizioni soggettive lese. Una situazione che, per assurdo, è andata peggiorando proprio a partire dall'introduzione dell'equa riparazione prevista dalla legge Pinto, rimedio più volte giudicato inadeguato sia nell'ambito del Consiglio d'Europa che in sede nazionale.

Non stupisce, dunque, che la Corte abbia nel tempo differenziato le risposte offerte al problema, ridisegnando la propria struttura organizzativa⁴, ma soprattutto passando da posizioni di aperto conflitto⁵ ad atteggiamenti più accomodanti e di dialogo con la giurisdizione interna. Al «Palais des droits de l'homme» hanno, infatti, compreso che la partita che si stava giocando metteva in palio il regolare funzionamento della Corte e, implicitamente, la sua stessa sopravvivenza.

A pagare, però, questo cambio di rotta sono stati senza dubbio i ricorrenti italiani, i quali hanno visto ridursi vertiginosamente il *quantum* degli indennizzi riconosciuti. Se, invero, prima dell'introduzione della «legge Pinto» il danno morale liquidato dalla Corte Edu si aggirava mediamente intorno ai 2,2 milioni di lire per ogni anno di processo nazionale, a partire dalla celebre sentenza *Cocchiarella c. Italia*⁶ le somme sono state, di fatto, dimezzate. E ciò perché la Corte, per il sol fatto che lo Stato italiano avesse introdotto una via di ricorso interna, ha considerato accettabile che i ricorrenti ricevessero una somma inferiore purché non «*déraisonnable*». Ragionevolezza del ristoro che i giudici di Strasburgo hanno fissato intorno al 50 per cento della somma che il ricorrente avrebbe ricevuto dalla Corte se non ci fosse stato il rimedio Pinto⁷.

Un ulteriore dato emerge, peraltro, dalla giurisprudenza *Cocchiarella*: qualora il ricorrente possa continuare a pretendersi vittima a causa dell'indennizzo *déraisonnable* ottenuto a livello nazionale, la Corte gli riconoscerà un'equa soddisfazione pari

alla differenza tra somma ricevuta e somma che essa avrebbe ritenuto ragionevole (e, quindi, pari al 50 per cento) e non lo scarto tra la prima e l'ammontare che essa stessa avrebbe accordato.

Tale discutibile prassi, giustificata dalla Corte sulla base del principio di sussidiarietà, mira ovviamente a disincentivare i ricorrenti dallo scomodare la giurisdizione sovranazionale per le controversie relative al *quantum* delle riparazioni ottenute in sede nazionale, fatti salvi i casi più eclatanti. Anche perché, con l'utilizzo del metodo di calcolo appena richiamato, aumentano le possibilità che l'eventuale differenza superi solo leggermente la cifra ritenuta ragionevole dalla Corte, esponendo il ricorso a una dichiarazione di irricevibilità per assenza di pregiudizio rilevante.

Allo stesso tempo, non mancano i vantaggi – soprattutto economici – per lo Stato italiano il quale, favorito da un *modus operandi* che lo autorizza esplicitamente a discostarsi fin oltre la metà dai criteri stabiliti dalla Corte, non ha alcun interesse a elevare i propri *standard* di tutela. Non stupisce, dunque, che l'ultima riforma della legge Pinto⁸, attraverso l'introduzione del nuovo articolo 2-bis, comma 1, abbia fissato valori indennitari minimi e massimi inferiori rispetto a quelli precedenti, passando rispettivamente dai limiti dei 500 e dei 1500 euro (per anno o frazione di anno superiore ai sei mesi, di eccedenza sulla ragionevole durata del processo) a quelli dei 400 e degli 800 euro.

3. Il malato ha contagiato il medico

Tuttavia, tale censurabile prassi – da considerarsi oramai consolidata – non rappresenta di certo il paradosso maggiore della saga Pinto. Come risaputo, infatti, la Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 6 della Convenzione anche nei casi in cui a protrarsi oltre una ragionevole durata sia il procedimento *ex l. n. 89/2001*, nonché alla presenza di gravi ritardi nella sola esecuzione di un decreto Pinto.

Ebbene, si prenda in esame la seconda fattispecie: per i ritardi nel pagamento degli indennizzi Pinto,

4. Si vedano, al riguardo, l'istituzione del giudice unico – composizione giudiziaria nata nel 2010, a seguito dell'entrata in vigore del Protocollo n° 14, e alla quale sono assegnati i ricorsi palesemente inammissibili – e della sezione filtro – creata nel 2011, a seguito della Conferenza di Interlaken, con i dichiarati obiettivi di monitorare i nuovi ricorsi per identificare i casi da sottoporre alla camera, affrontare i ricorsi ripetitivi, ridurre l'arretrato. Per un'analisi più approfondita cfr. F. Buffa, *Il ricorso alla Cedu ed il filtro*, Key, Vicalvi (FR), 2018.

5. Un esempio su tutti è offerto dalla decisione *Scordino c. Italia*, del 27 marzo 2003, con la quale la Corte Edu affermava che i ricorrenti non fossero tenuti a ricorrere in Cassazione per contestare la quantificazione dell'indennizzo Pinto, poiché la suprema Corte italiana non applicava i criteri quantitativi sviluppati nella giurisprudenza sovranazionale.

6. Corte Edu, *Cocchiarella c. Italia*, ric. n. 64886/01, 29 marzo 2006.

7. Ivi, § 146, nonché *ex multis* Corte Edu, *Garino c. Italia*, ricc. nn. 16605/03, 16641/03 e 16644/03, 18 maggio 2006.

8. Avvenuta attraverso la legge 28 dicembre 2015, n. 208, cd. «legge di stabilità 2016».

la Corte era solita accordare ai ricorrenti una somma pari a 100 euro per ogni mese di ritardo, a partire dal settimo successivo al deposito del decreto.

Dalla sentenza *Gaglione e altri c. Italia*⁹ in poi, però, la Corte ha mutato strategia. Preoccupata, infatti, dal pessimo stato di salute del “*grande malato*” Italia – e soprattutto dai circa 3900 ricorsi simili pendenti in quel momento – la Corte ha deciso di cambiare approccio al problema per evitare gravi «*pericoli, in termini di intasamento del ruolo, (...) sull’effettività del dispositivo creato dalla Convenzione*»¹⁰.

I giudici di Strasburgo, dunque, in riparazione del danno morale subito dai ricorrenti, hanno optato per la liquidazione di una somma forfettaria di 200 euro, indipendentemente dalle specificità legate a ciascun ricorso. E ciò perché i ricorrenti erano considerati tutti egualmente vittime dell’incapacità delle autorità italiane di garantire il pagamento degli indennizzi Pinto entro un termine compatibile con gli obblighi derivanti dall’adesione dello Stato convenuto alla Convenzione dei diritti dell’uomo.

In realtà la Corte si è trincerata dietro la sua figura di giudice internazionale – il cui ruolo privilegiato è quello di «*adottare decisioni pubbliche che stabiliscano norme in materia di diritti dell’uomo applicabili in tutta Europa piuttosto che quello di compensare i danni subiti dai ricorrenti italiani minuziosamente e in maniera completa*» –, ma tali affermazioni di principio a molti sono suonate come una vera e propria dichiarazione di resa, il cui principale effetto negativo è stato quello di legittimare una giustizia di tipo sommaria. E, in effetti, non può omettersi di sottolineare come l’equiparazione di chi, ad esempio, abbia atteso nove mesi per il pagamento di una modesta somma a quanti abbiano aspettato per anni il versamento di una cifra consistente sembra ben lungi dall’idea di equa soddisfazione.

Ma la Corte si è spinta, in realtà, oltre: se infatti la sentenza *Belperio e Ciarmoli c. Italia*¹¹ ha esteso la liquidazione forfettaria di 200 euro anche ai casi

di irragionevole durata della procedura Pinto, è l’adozione dei *Piani d’azione Pinto* (PAP) ad averla resa lo strumento ufficiale «*per lo smaltimento dei casi pendenti*»¹².

I PAP, avviati a partire dal 2012 su proposta dello Stato italiano e con il beneplacito della Corte, hanno difatti interessato circa 10.000 ricorsi pendenti riconducibili alla giurisprudenza *Gaglione e/o Belperio*, i quali sono stati radiati dal ruolo a seguito dell’intervenuto regolamento amichevole tra Stato italiano e ricorrenti. Un’operazione sicuramente a vantaggio della Corte, che ha visto ridursi drasticamente il carico dei ricorsi arretrati, e dell’Italia, che ha evitato un eccessivo pregiudizio per l’erario, ma che nuovamente è andata a danno dei ricorrenti: questi hanno visto liquidarsi importi a dir poco modesti senza poter realmente contestare tale scelta, dato che il nuovo articolo 62A del Regolamento della Corte permette di superare unilateralmente ogni eventuale dissenso.

Al danno si è aggiunta, poi, la doppia beffa. In primo luogo, va ricordato come la Corte abbia liquidato a titolo di spese processuali – anche in questo caso, in maniera forfettaria – una somma di 30 euro per ogni ricorso introdotto. Una cifra che, nella migliore delle ipotesi, riesce a coprire i costi di spedizione del formulario.

In secondo luogo, cosa decisamente ancor più grave, la maggior parte dei ricorrenti interessati dai piani d’azione Pinto hanno dovuto attendere diversi anni prima di vedere i propri ricorsi definiti e di ricevere i tanto agognati 200 euro. Al riguardo, è sufficiente ricordare come il PAP 1, originariamente di durata biennale, si è concluso con un ritardo di due anni¹³.

Una situazione paradossale che non solo ha riaperto l’accesso dibattito dottrinale sulla possibilità di far valere il diritto alla ragionevole durata del processo anche contro la stessa Corte europea dei diritti dell’uomo¹⁴, ma che evidenzia soprattutto come, alla fine, il malato abbia purtroppo contagiato il medico.

9. Corte Edu, *Gaglione e altri c. Italia*, ric. n. 45867/07 e altri, 21 dicembre 2010.

10. Ivi, § 66.

11. Corte Edu, *Belperio e Ciarmoli c. Italia*, ric. n. 7932/04, sentenza del 21 dicembre 2010.

12. Cfr. Presidenza del Consiglio dei ministri, *Relazione al Parlamento per l’anno 2012. L’esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo nei confronti dello Stato italiano*, 2013 (http://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/comunicazione/allegati/RelazioneParlamento_2012.pdf).

13. Cfr. Presidenza del Consiglio dei ministri, *Relazione al Parlamento per l’anno 2016. L’esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo nei confronti dello Stato italiano*, 2017 (http://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/contentenzioso_europeo/relazione_annuale/RELAZIONE_2016.pdf).

14. Sul punto, vds. F. De Santis di Nicola, *Délai raisonnable del processo innanzi alle Corti di Lussemburgo e Strasburgo: tutela rimediale, efficienza e qualità della giustizia*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 1/2017, www.questionegiustizia.it/rivista/2017/1/delai-raisonnable-del-processo-innanzi-alle-corti-420.php.

4. Le paure di oggi

I piani d'azione Pinto, seppur in maniera discutibile, hanno avuto il grande merito di ridurre drasticamente l'arretrato della Corte concernente la durata dei processi italiani. Può, quindi, finalmente dirsi superata la lunga *fase emergenziale* che ha interessato la Corte Edu, benché un nuovo pericolo sembri oggi aleggiare sulla stessa.

Orbene, la rinnovata attenzione del legislatore nei confronti della legge Pinto ha condotto, come in precedenza accennato, a una terza riforma di quest'ultima aggravando (invece di ridurli) i possibili punti di frizione tra legislazione nazionale e giurisprudenza sovranazionale. Non a caso, numerosi autori hanno già manifestato diverse perplessità sulla compatibilità della riforma con le garanzie convenzionali, specialmente in relazione ai cd. «rimedi preventivi» previsti dal nuovo art. 1-ter l. n. 89/2001, sui quali la recente sentenza *Olivieri c. Italia*¹⁵ ha gettato numerose ombre. Senza poi dimenticare sia che i nuovi criteri indennitari introdotti dall'art. 2-bis, comma 1, sono nettamente inferiori a quelli fissati dalla Corte Edu nella sua giurisprudenza consolidata, sia che la Corte costituzionale italiana ha

recentemente dichiarato incostituzionale l'art. 4 della stessa legge¹⁶.

L'impressione dunque è che la legge Pinto sia tuttora un grande cantiere aperto, il che genera, ovviamente, il fondato timore che nuovi ricorsi ripetitivi, capaci di minacciare ancora una volta il regolare funzionamento della Corte, possano essere il prodotto di tale riforma.

Per tali ragioni, allora, sarebbe forse più opportuno se il legislatore si interrogasse realmente sulle cause endogene e sistemiche che incidono negativamente sulla celerità dei processi italiani, piuttosto che riformare la legge Pinto con il solo scopo di rendere sempre più tortuoso il cammino verso l'equa riparazione.

Per quanto, invece, attiene alla Corte Edu, visto il ruolo fondamentale da essa svolto per la salvaguardia dei diritti umani, l'auspicio è che, qualora dovesse nuovamente trovarsi in una situazione di sovraccarico, essa possa adottare soluzioni eventualmente meno pragmatiche¹⁷, ma più attente alla tutela delle posizioni soggettive lese. Anche perché liquidare cifre irrisorie e forfettarie equivale a screditare l'incredibile lavoro svolto fin qui dalla Corte, ma soprattutto a rinnegare «*gli scopi di non discriminazione e di equità che sono innegabilmente insiti nello spirito e nella lettera della Convenzione*»¹⁸.

15. Corte Edu, *Olivieri e altri c. Italia*, ric. n. 17708/2012 e altri, 25 settembre 2016. Per un'attenta disamina della pronuncia, cfr. F. De Santis di Nicola, *Istanza di prelievo e altri "rimedi preventivi" per la ragionevole durata del processo*, in *Giur. it.*, nn. 8-9/2016, pp. 1975-1983.

16. Corte costituzionale, sentenza n. 88/2018.

17. È interessante ricordare come i giudici I. Cabral Barreto e D. Popović, nella loro opinione parzialmente discordante alla sentenza *Gaglione*, avessero indicato lo strumento della sentenza pilota quale soluzione più adatta alla situazione italiana. Cfr. Corte Edu, *Gaglione c. Italia*, cit., opinione parzialmente discordante, § 8.

18. Ivi, § 9.

Nomofilachia della Corte Edu, con particolare riguardo alla prescrizione estintiva

di Federico Roselli

Il rinnovamento dell'istituto della prescrizione attuato nei codici tedesco e francese rimane affidato, in Italia, a una giurisprudenza che attua norme formulate oggi più per principi che per fattispecie. Ciò caratterizza anche l'opera nomofilattica europea della Corte Edu. Nella prescrizione si ha un modello a dimensione continentale, che sembra anteporre l'interesse alla realizzazione del diritto soggettivo, anche molto procrastinata, all'interesse del soggetto passivo alla liberazione dal vincolo.

1. La prescrizione estintiva, istituto in trasformazione. La prescrizione tra diritto legale e diritto giurisprudenziale

Si è recentemente notato come l'attenzione dei giuristi teorici verso alcuni istituti e, di conseguenza, i problemi sottoposti ai giudici presentino notevoli discontinuità. Si passa da lunghi periodi di quasi disattenzione o, comunque, di quiete a periodi di risveglio dell'interesse, suscitato da casi risolti dalla giurisprudenza¹, costituzionale o comune, a sua volta determinato dal mutamento dei valori sociali o dell'economia o delle scienze fisiche.

La prescrizione estintiva è uno di questi istituti, caratterizzato nei codici civili, non soltanto in Italia, da «una selva di norme intricata... che anche da noi contribuisce a rendere [il fenomeno] dell'estinzione dei diritti per inerzia difficilmente comprensibile dall'uomo della strada»².

La non linearità delle norme codicistiche (artt. 2934-2963), dettate per “ogni diritto” (art. 2934),

anche reale, ma in sostanza concernenti le vicende dei diritti di credito, ha origine da una trascuranza della dottrina e del legislatore, che recentemente è stata definita «ingiusta»³, e con ragione, trattandosi spesso di diritti soggettivi a cui sottostanno interessi di livello costituzionale e l'estinzione non soddisfattiva dei quali, non per volontà del titolare – con correlativo vantaggio del soggetto passivo –, pone problemi di bilanciamento che finiscono con l'essere rimessi alla prudenza dei giudici.

È infatti lontano il tempo in cui anche i professori ostili alla codificazione, e favorevoli alla formazione progressiva degli istituti attraverso l'esperienza e sulla base della tradizione, ritenevano tuttavia necessario l'intervento autoritativo e risolutivo del legislatore in alcune materie particolarmente bisognevoli di certezza, come quella delle “prescrizioni”⁴.

Già dai primi anni Cinquanta del Novecento, si registra «l'apparent paradox of an intense initiative judiciaire dans une matière toute légale par vocation»⁵.

In questa materia, tutti riconoscono oggi la necessità di rinunciare a una meccanica certezza legale

1. F. Briolini, *Appunti in tema di revocatoria di conferimenti in società e garanzia patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 827.

2. P. Rescigno, *Dalla rilettura dei Digesti al diritto comune europeo*, in *Aa.Vv., Scritti in onore di Nicolò Lipari*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 2416.

3. G. Magri, *La prescrizione in Europa tra ordine pubblico e tutela del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1160.

4. F.C. Von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (1814), trad. it.: *Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la scienza giuridica*, in G. Marini (a cura di), *La polemica sulla codificazione*, ESI, Napoli, 1982, p. 103.

5. J. Carbonnier, *Notes sur la prescription extinctive*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1952, p. 170.

e di affidare alla discrezionalità del giudice questioni risolvibili solo con riguardo alle mutevoli caratteristiche del caso concreto, come avviene ad esempio in tema di decorrenza del termine, in cui si preferisce la mobilità o variabilità del *dies a quo*⁶. I giudici si sono riappropriati, negli ultimi tempi, di gran parte della discrezionalità che spettava loro nel diritto comune.

Più in generale, dopo la lunga parentesi costituita dal positivismo e dalla «scuola dell'esegesi», in epoca più recente si assiste a un netto e generale recupero dell'equità⁷. Il diritto oggettivo attuale, formato meno per fattispecie e più per principi, come si dirà tra breve, tende a dar prevalenza al caso concreto quando la soluzione astratta rischi di portare a una soluzione irragionevole, ossia iniqua. In ciò può vedersi anche un ritorno all'impostazione del diritto canonico⁸. Sulle esigenze di certezza prevalgono le esigenze di giustizia, con la conseguenza che recede l'interesse del debitore alla liberazione dal vincolo obbligatorio (si parla di «*prescription libératoire*» e di «*véritable droit subjectif au déclenchement des effets de la prescription*»⁹) entro un tempo non tanto lungo da deteriorare anche i mezzi di difesa in giudizio e da generare l'affidamento¹⁰ nel sopravvenuto disinteresse della controparte; per contro, viene spesso preferita l'esigenza morale di non imporre l'estinzione del diritto a un titolare che non sia stato in grado di conoscerne l'esistenza¹¹.

2. Norme per fattispecie e norme per principi. Il diritto europeo come diritto per valori

Un nostro storico del diritto¹² ritiene «stupefacente quanto poco si sia compreso, nella storiografia, nelle scienze giuridiche e sociali, nella cultura politica, nelle consapevolezze comuni e diffuse, la portata di quella svolta» ossia della svolta politico-giuridica impressa dalla Costituzione del 1948.

Il mutamento di questo panorama accompagna la storia del diritto italiano dal dopoguerra a oggi.

Secondo una visione neo-retorica del discorso con cui debbono essere giustificate le scelte interpretative, le premesse del sillogismo giudiziale consistono non più nel mero accertamento della volontà del legislatore bensì in una selezione di regole e di interessi richiedente giudizi di valore, a loro volta sostenuti da svolgimenti del discorso ragionevolmente argomentati¹³.

Insieme al modello di formazione delle decisioni giudiziarie mutano i modelli di produzione del diritto oggettivo. Il paradigma tradizionale è quello della norma costruita per fattispecie, ossia per schemi tipici che, anticipando i casi futuri, li attraggono nel proprio ambito. Queste norme, in sede di applicazione, richiedono un procedimento mentale logico così da garantire razionalità, oggettività e prevedibilità delle decisioni, ossia calcolabilità degli esiti delle iniziative giudiziarie¹⁴. Dalla parte opposta, si constata una “cri-

6. A. Guarneri, *L'exordium praescriptionis*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1130.

7. Così P. Gallo, *Della prescrizione e della decadenza*, in E. Gabrielli (a cura di), *Commentario del codice civile - artt. 2934-2969*, Utet, Torino, 2016, p. 513.

8. P. Grossi, *Aequitas canonica* (1998), in C. Fantappiè (a cura di), *Scritti canonistici*, Giuffrè, Milano 2013, p. 200 (già pubblicato in *Quaderni fiorentini*, n. 27/1998). Vds. il canone 198 del codice di diritto canonico.

9. A. Collin, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, Defrénois, Parigi, 2010, p. 490; P. Sargos, *Les points de départ de la prescription dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, in P. Courbe (a cura di), *Les désordres de la prescription*, Presses universitaires de Rouen et du Havre, Rouen, 2000, p. 24. Di «diritto alla liberazione» avevano già parlato F. Messineo, *Variazioni sul concetto di rinuncia alla prescrizione* (art. 2937, comma 1°, cc), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 505, e A. Auricchio, *Appunti sulla prescrizione*, Jovene, Napoli, 1971, p. 16. Si vedano, più di recente, M. Ferrario Hercolani, *La durata delle obbligazioni di origine volontaria e la libertà del debitore*, CEDAM, Padova, 2009, pp. 1-13; G. Anzani, *Riflessioni su prescrizione e responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ.*, 2012, p. 201. Si parla normalmente della prescrizione, vista dalla parte del debitore, come di *species acquirendi*.

10. P. Casson, *Le nouveau régime de la prescription*, in P. Casson e P. Pierre (a cura di), *La réforme de la prescription en matière civile. Le chaos enfin régulé ?*, Dalloz-Sirey, Parigi, 2010, p. 32. Questo affidamento viene protetto in Germania attraverso l'istituto pretorio della *Verwirkung* – vds. P. Vitucci e F. Roselli, *La prescrizione*, in F.D. Busnelli (a cura di), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2012 (II), p. 11 – fondato e già diretto da P. Schlesinger).

11. A. Guarneri, *L'exordium, op. cit.*

12. M. Fioravanti, *Fine o metamorfosi?*, in P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Il Mulino, Bologna 2005, p. 57. Vds. anche S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Il Mulino, Bologna 2008, p. 68.

13. G. Zaccaria, *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. V, 2012, p. 69; S. Cassese, *Per un'educazione giuridica universalistica*, in *Aa. Vv.*, *Pensiero giuridico e riflessione sociale. Liber amicorum Andrea Bixio*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 325.

14. N. Irti, *I “cancelli delle parole” (intorno a regole, principi, norme)*, in *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 71.

si della fattispecie”, corrispondente alla sopravvenuta inutilità e – comunque – inoperatività delle categorie giuridiche tradizionali, le quali non potrebbero più costituire «stampi o caselle classificatorie»¹⁵ capaci di comprendere i nuovi dati dell’esperienza. È evidente come, alla crisi delle norme per fattispecie, corrispondano non più dispositivi giudiziari geometricamente necessitati, bensì concrete soluzioni di problemi, plausibili in quanto riconducibili a un condiviso sistema di valori. Qui la certezza del diritto non può più essere assicurata dalla inattaccabilità formale del sillogismo, che caratterizzò il primo giuspositivismo con la nettezza della sua premessa maggiore. Sono le regole dell’argomentazione giuridica a soddisfare l’aspettativa di un esito del processo coerente col valore espresso dalla norma o dal sistema.

La crisi della fattispecie si manifesta con il ricorso, sempre più frequente nelle leggi dello Stato, alle disposizioni formulate per clausole generali, col loro richiamo a principi o a precetti della morale oppure del costume o, ancora, di ordinamenti minori. Negli ordinamenti internazionali, poi, vengono indicati scopi da raggiungere o valori da salvaguardare, compatibilmente con le situazioni proprie dei singoli Stati: non, dunque, regole determinate, ma enucleazione di principi¹⁶. Si pensi, tra gli esempi più significativi, alla sentenza *M.A.S. e M.B.*, del 5 dicembre 2017, in cui la Grande Sezione della Corte di giustizia Ue, in un caso di interpretazione dell’art. 325, parr. 1 e 2, Tfu, affida agli Stati membri il «fine di assicurare la riscossione integrale delle entrate provenienti dall’Iva e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell’Unione»; interessi, tuttavia, recessivi di fronte al principio di legalità dei reati e delle pene, qualora quel fine sia perseguito attraverso comminatorie penali.

Se la forma applicativa delle regole è la sussunzione, la realizzazione e il bilanciamento dei valori richiede la ponderazione. In Germania, fin dal dopoguerra, si distingue fra diritto orientato alle norme (*satzrecht*) e diritto orientato ai valori (*wertrecht*).

Non è di oggi la stigmatizzazione di un diritto «incalcolabile e imprevedibile», dell’«intuizionismo dei valori»¹⁷, così come è ricorrente l’appello alla «serietà del linguaggio legislativo», al quale vanno restituite «precisione tecnica, sobrietà di parole, scioltezza dei nessi grammaticali e sintattici»¹⁸.

Non si tratta di semplici questioni linguistiche, ossia sintattiche e lessicali, ma di un declino del positivismo giuridico sempre più legato alla consapevolezza dell’impossibilità di dominare, con il linguaggio, una realtà sempre più vasta, varia e mutevole¹⁹. Fenomeno che costringe ad affidare la certezza a una tavola dei valori condivisi e alla generale persuasività dell’argomentazione.

All’ormai antica concezione dei codici, fondata sulla chiusura dello spazio statale e su un «*temps stable*»²⁰, si sostituisce la convinzione che anche un testo costituzionale non può coprire che una parte della «*réalité constitutionnelle, cette dernière incluant également principes et procédés que n’enferme a priori aucune norme écrite précise*»²¹.

Germania e Francia hanno riformato i codici civili in materia di prescrizione, rispettivamente, con la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* del 2001, poi inserita nella parte generale del codice (sez. *Verjährung*), e con la legge n. 2008-51 del 17 giugno 2008, non limitandosi a miglioramenti tecnici e terminologici, ma innovando sulle scelte di valore, ad esempio con la modifica della durata dei termini in modo da renderli più aderenti all’attuale contenuto sostanziale del diritto soggettivo²², oppure con un nuovo bilanciamento degli interessi, del debitore e del creditore, quanto alla fissazione dell’*exordium praescriptionis*.

Che il giudizio della Corte Edu – strumento preposto, pur nel rispetto della discrezionalità legislativa degli Stati, a superare i profili d’inquadramento formale di una fattispecie, per valorizzare piuttosto la sostanza dei diritti che vi sono coinvolti, e salvaguardarne l’effettività²³ – consista essenzialmente in scelte e bilanciamenti di valori è ovvio. Il fenomeno

15. N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 3.

16. V. Zagrebelsky, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 35.

17. N. Irti, *La crisi del circolo (a modo di prefazione)*, in *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, op. cit., pp. VIII-IX.

18. N. Irti, *I “cancelli delle parole”*, in *Id.*, op. ult. cit., pp. 77 e 79.

19. Sul diverso atteggiamento dei giuristi verso il linguaggio, vds. A. Gambaro, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte fondamentali*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1226.

20. B. Oppetit, *Essai sur la codification*, Presses universitaires de France (PUF), Parigi, 1998, p. 62.

21. C. Vimbert, *La jurisprudence française et la “tradition républicaine”*, L’Harmattan, Parigi, 2014, p. 256.

22. A. Diurni e P. Kindler, *Il codice civile tedesco “modernizzato”*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 70.

23. Parole della Corte costituzionale, sentenza n. 3 del 2015.

è stato percepito anche nella letteratura non giuridica rispetto all'ordinamento dell'Unione europea: «non si tratta, come nello Stato di diritto classico, di leggi, bensì di direttive, di criteri, di disposizioni, ciò che corrisponde esattamente all'impostazione autoritaria prediletta dalle autorità di Bruxelles»²⁴. Dove l'autoritarismo sta, semmai, nella cd. legittimazione non democratica dei nomoteti, piuttosto che nelle tecniche di normazione. Si è giustamente osservato che il diritto “programmatorio” chiede collaborazione ai destinatari: «sostituendo la direttiva al comando o divieto (...) in ogni caso si guadagna nel campo dell'effettività poiché l'osservanza dipende dalla ragionevolezza della direttiva, non più dalla forza del comando»²⁵.

3. Nomofilachia europea?

A ogni giudice di qualsiasi ordine e grado, e – anzi – a ogni cittadino per la sua parte, è affidato il dovere della cosiddetta nomofilachia, vale a dire della conservazione delle norme nel loro più plausibile significato in relazione alle contingenze di tempo e di luogo. Ogni decisione giudiziaria assolve la funzione nomofilattica non solo quando riconduce il caso singolo alla previsione specifica di una norma, ma anche quando concretizza un principio generale estraendone e sviluppandone alcuni caratteri: in questa seconda ipotesi, la decisione assicura l'effettiva operatività del principio, contribuendo a precisarne il contenuto e a delimitarne la portata. Essa produce nuovo diritto in modo non arbitrario e imprevedibile, bensì appunto coerente col principio, ossia con un valore già presente nell'ordinamento. Il valore della coerenza si palesa così come il maggiore strumento di conservazione del diritto oggettivo: «*La mission du juge y apparaît dominée par le souci, permanent et puissant, de la recherche et du maintien de la cohérence du système juridique*»²⁶.

Coerenza non solo sincronica, ma anche diacronica: la decisione giudiziale, oltre a risolvere la controversia, si rivolge al futuro, assumendo il valore di *exemplum*, ossia di precedente da adoperare per la soluzione dei casi successivi²⁷.

Questa seconda funzione si realizza meglio quando il caso venga definito da un'autorità centrale e di ultima istanza. Gli studiosi del diritto antico ci informano come, già in passato, malgrado la vastità territoriale e la lentezza delle comunicazioni, la conservazione delle organizzazioni politiche fosse affidata al funzionamento dell'autorità centrale, quando ai funzionari periferici fosse imposto il dovere di interpellarla in caso di dubbio interpretativo oppure essa costituisse organo di ultima istanza, capace di mantenere l'unità dell'ordinamento. Risultato raggiungibile tanto più facilmente quanto più il potere centrale rispettasse le situazioni e le consuetudini locali²⁸.

Ogni ordinamento consegna la custodia delle proprie norme all'autorità centrale; così, gli Stati del secolo XIX attribuivano alle corti di cassazione o ai tribunali di terza istanza la nomofilachia intesa come custodia della sola legge. La Cassazione francese non poteva pronunciarsi se non su denuncia di violazione di una legge francese, soltanto scritta²⁹. Così pure la nomofilachia, affidata dall'art. 360 cpc. alla nostra Cassazione e definita, nell'art. 65 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, come assicurazione dell'«esatta osservanza, uniforme interpretazione della legge e unità del diritto oggettivo nazionale», corrisponde all'idea di legge già propria del periodo rivoluzionario, come regola unica, onnipotente e autosufficiente, ossia «capace di informare interamente la realtà senza intermediazione di alcuno»³⁰.

Concezione destinata a recedere dopo che, soprattutto a partire dalla metà del Novecento, si afferma la pluralità delle fonti normative e si distinguono dalle fonti formali le cosiddette “fonti-fatto”, tanto più rilevanti in ambito sovranazionale: negoziazioni, accordi, procedure non contenziose vincolanti per gli

24. H.M. Enzensberger, *Sanftes Monster Brüssel oder Die Entmündigung Europas*, trad. it.: *Il mostro buono di Bruxelles ovvero l'Europa sotto tutela*, Einaudi, Torino 2013, p. 72.

25. G. De Minico, *Regole, comando, consenso*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 4.

26. P. Deumier, *Synthèse*, in *Id.* (a cura di), *Le raisonnement juridique*, Dalloz, Parigi, 2013, p. 266.

27. F. Arcaria, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiales in età classica*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 31-39.

28. F. Arcaria, *Referre ad principem, op. ult. cit.*, pp. 82-83; «*Leges interpretari solum dignum imperio esse oportet*»: Cod. I, 14, *de legibus*, 12, 3; M. D'Amelio, *Corte di cassazione*, in *Enc. it.*, vol. IX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1949, p. 535; A. Marongiu, *Legislatori e giudici davanti all'autorità dei giuristi*, in *Aa. Vv., Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, vol. III, Giuffrè, Milano 1953, p. 447.

29. E. Faye, *La Cour de cassation*, La Mémoire du droit, Parigi, 1999 (1903), p. 120.

30. S. Satta, *Le impugnazioni - Commentario al codice di procedura civile* (estratto – Libro II, parte II), Vallardi, Milano, 1962, p. 176.

Stati, le imprese, i privati; un'altra realtà giuridica da considerare³¹. Si nega, inoltre, l'esclusivo assoggettamento del giudice statale alle norme nazionali (art. 11 Cost.) e si riconosce la possibile pluralità di significati attribuibili alla disposizione interpretata e, quindi, la parziale creatività dell'interpretazione giudiziaria, specie quando, sempre più di frequente e inevitabilmente – come s'è detto nel paragrafo precedente –, le norme enuncino principi invece che descrivere fattispecie.

Alla necessaria coerenza interna degli ordinamenti statali (oscillazioni della giurisprudenza e conseguente imprevedibilità e arbitrarietà delle decisioni possono portare alla violazione del principio di legalità: Corte Edu, *Belvedere alberghiera Srl c. Italia* nonché *Carbonara e Ventura c. Italia*, 30 maggio 2000; *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, 30 luglio 2015) si aggiunge ora la coerenza dell'ordinamento nato con la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il cui art. 32 affida alla Corte di Strasburgo la risoluzione delle questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione stessa e dei suoi protocolli. La generale espansione del diritto giurisprudenziale ha portato la Corte ad affermare, già con la sentenza *Irlanda c. Regno Unito*, del 18 gennaio 1978, la propria funzione non limitata alla definizione della singola controversia, ma comprendente il chiarimento e lo sviluppo delle disposizioni convenzionali, tanto da poter parlare di un "corpo unico" formato dalle sentenze e da quelle disposizioni. È come parlare di una funzione nomofilattica della Corte, quanto all'ordinamento Cedu³².

Le difficoltà sono, però, evidenti: essendo il diritto europeo soltanto sussidiario e non usando mai direttamente concetti dei diritti nazionali, esso non reca propri concetti basilari³³. Le disposizioni convenzionali sono interpretate dalla Corte in maniera autonoma (*Howald Moor e altri c. Svizzera*, 11 marzo

2014), ossia non secondo le regole ermeneutiche proprie del diritto interno dello Stato interessato, e tuttavia l'ordinamento del singolo Stato non può rimanere sullo sfondo, giacché a esso spetta un margine d'autonomia nell'assicurare ai cittadini l'effettivo esercizio dei diritti e delle libertà protette dalla Convenzione (principio di sussidiarietà della norma europea). Occorre solo far salvo l'*European consensus*, il comune denominatore, e quest'opera non è definibile *ex ante*, ma è fluida, ossia rimessa al seguito delle decisioni giurisprudenziali, in una pluralità di modelli sociali e giuridici in continua evoluzione³⁴.

Nel diritto dell'Unione europea, la Corte di Lussemburgo, con la citata sentenza del 5 dicembre 2017, afferma che il rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 267 Tfeue «instaura un dialogo da giudice a giudice tra la Corte e i giudici degli Stati membri, il quale mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione nonché la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto (n. 22). A tale riguardo (...) La Corte deve prendere in considerazione, nell'ambito della ripartizione delle competenze tra i giudici dell'Unione e i giudici nazionali, il contesto materiale e normativo nel quale si inseriscono dette questioni» (n. 24).

Allo scopo di rendere condivisibili le conclusioni a cui giunge, senza che esse appaiano espressione di un punto di vista puramente soggettivo, la Corte Edu ricerca e indica gli elementi di appoggio, se non di evidente implicazione, offerti dal panorama del diritto comparato europeo³⁵.

Gli organi giudiziari degli Stati – variamente dislocati – funzionano in modo diverso, ossia incidono su situazioni economiche e sociali diverse e tendono a realizzare valori diversi, anche quando siano assoggettati a norme formulate nella stessa veste linguistica. Il diritto vivente, in altre parole, risente della varietà dei luoghi oltreché dei tempi.

Il rischio è, però, che nel concreto funzionamento del diritto europeo e globale rimangano in ombra le

31. S. Cassese, *Per un'educazione*, op. cit., p. 326. Non è detto che questo diritto nuovo debba sempre essere giudicato in positivo. Paolo Grossi, *Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno*, in Aa. Vv., *Pensiero giuridico e riflessione sociale*, op. cit., p. 452, parla del «complesso di regole e istituti inventati da poteri economici e dominante in quel canale giuridico di produzione privata (e dunque *soft law*) che si affianca ai canali statali e sovra-statali nei traffici economici globali».

32. Sulla variabilità del concetto di nomofilachia a seconda del tempo e delle diverse esigenze da tutelare, si veda S. Rusciano, *Nomofilachia e ricorso per cassazione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 42.

33. A. Gentili, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Id.*, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano 2013, p. 251.

34. Vds. ampiamente F. Buffa, *Il diritto del lavoro e della previdenza sociale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Ufficio del massimario della Corte di cassazione, Relazione n.112, 7 giugno 2012, specie pp. 6-8 (www.dirpubblica.it/public/allegati/1127/20120607_da_Cassazione_giurisprudenza_CEDU_lavoro_112.pdf), nonché *Id.*, *Il margine di apprezzamento degli Stati aderenti alla Cedu*, in G. Bronzini e R. Cosio (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2017, in particolare p. 258.

35. V. Zagrebelsky, *Manuale*, op. cit., pp. 39-40.

caratteristiche, formali e materiali, dei sistemi giuridici nazionali, su cui i singoli atti dovranno incidere³⁶.

Si parla dunque di un “sistema stratificato” di tutela dei diritti fondamentali. Questi vengono protetti anzitutto dalla cosiddetta “normativa primaria”, di livello tanto costituzionale quanto comunitario (comprendente i trattati e la Convenzione di Lisbona) quanto, ancora, internazionale, costituito anzitutto dalla Cedu³⁷.

Nell’università si prospetta la necessità di una nuova formazione dei giovani, non più soltanto nazionalistica bensì basata sui diritti sia interno che sovranazionale, che concorrono a uno *ius commune europaeum* e, domani, globale³⁸.

Il discorso riguarda, in particolare, l’incidenza delle decisioni della Corte Edu. Nell’interpretare un testo convenzionale, la Corte non può lasciare troppo in ombra norme e contesto sociale dello Stato-parte in causa, e ciò tanto più considerando la formulazione necessariamente aperta, ossia non definitoria, delle norme convenzionali, di cui già si è detto.

La civilistica italiana, ad esempio, ha qualificato come «falso presupposto» l’idea che un diritto soggettivo classificato come fondamentale nella Convenzione – nel caso in rilievo, quello di proprietà (art. 1 Protocollo addizionale n. 1) – possa risolversi, nella giurisprudenza della Corte, in un «amalgama indistinto tratto dai concetti di bene, possesso, aspettativa». Il falso presupposto può portare il giudice europeo a decisioni che possono anche essere considerate assurde nell’ordinamento interno³⁹.

Altra difficoltà nasce quando le diversità degli ordinamenti nazionali ostacolano uno sviluppo lineare della giurisprudenza europea⁴⁰, ciò che ha portato la

Corte costituzionale italiana a ravvisare il vincolo costituito dalle pronunce della Corte Edu solo quando essa abbia raggiunto «uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali». Dice la Corte costituzionale: «è pertanto solo un “diritto consolidato” generato dalla giurisprudenza europea, [quello] che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento ormai divenuto definitivo»⁴¹. L’autorità di dette pronunce può essere indebolita anche quando esse appaiano frutto di una «incompleta ricostruzione del quadro giurisprudenziale interno»⁴².

Viene, in ogni caso, in risalto il metodo della distinzione, ossia della valorizzazione delle particolarità del caso di specie, che eventualmente rendono non pertinente al caso in esame una massima già enunciata dalla Corte.

In tal modo, il principio di diritto che vincola il giudice nazionale può non essere definito completamente *uno actu*, ma per addizioni successive⁴³.

Nella coesistenza e nella necessità d’integrazione di più ordinamenti deve bensì sopravvivere l’esigenza di nomofilachia, la cui nozione assume tuttavia un significato nuovo.

Si tratta non tanto di accertare il contenuto di singole norme, più o meno chiaramente e specificamente definito, o di estrarre principi da esse, quanto di riempire i vuoti tra i diversi ordinamenti, di individuare valori e principi distinguendo tra quelli comuni e quelli peculiari, da adattare e rendere compatibili, così da ridurre al massimo disordine e frammentazione⁴⁴ e

36. Vds. Aa. Vv., *Corti di cassazione e Corti europee*, Istituto poligrafico dello Stato, Roma 2014, p. 21; I. Ambrosi, Ufficio del massimario della Corte di cassazione, Relazione n. 133, 2014.

37. S. Cassese, *Per un’educazione giuridica universalistica*, in Aa. Vv., *Pensiero giuridico e riflessione sociale*, op. cit., p. 325; G. D’Amico, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in Aa. Vv., *Liber amicorum Pietro Rescigno*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, p. 705.

38. G. Santoro Passarelli, *Il diritto e il giudice del lavoro*, in Aa. Vv., *Liber amicorum*, op. ult. cit., p. 1838. Delle regole dettate dalle corti europee, come espressione di una logica spesso estranea al diritto privato nazionale, parla A. Zoppini, *Appunti per un’intervista sul diritto privato*, *ibid.*, p. 2033. La Corte costituzionale (sentenza n. 49 del 2015) considera, tra i motivi che possono indurre il giudice italiano a non considerare vincolante la giurisprudenza europea, «il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano».

39. A. Gambaro, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte dei diritti fondamentali*, in *Riv. dir. civ.*, vol. 62, n. 5/2016, pp. 1243-1245.

40. Si veda, da ultimo, A. Pin, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione anglosassone e il diritto sovranazionale europeo*, CEDAM, Padova, 2017, pp. 175-177 e 246.

41. Sentenza n. 49 del 2015, cit. e, poi, sentenza n. 43 del 2018; già in questo senso, F. Buffa, *Il diritto del lavoro*, relazione citata, p. 16.

42. Corte cost., sentenza n. 6 del 2018.

43. G. De Minico, *Regole. Comando e consenso*, Giappichelli, Torino 2004, p. 3.

44. S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009, p. 36; A. Jannarelli, *La Drittwirkung dei diritti fondamentali e la crisi della socialità*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, op. cit., pp. 1077-1081.

conseguire un *corpus* comune di regole e valori condivisi⁴⁵.

Nomofilachia potrebbe così definirsi, in presenza di grande varietà di norme eterogenee e non disposte in modo gerarchico, quella funzione che garantisce non solo l'unità interna di ciascun ordinamento, ma anche il collegamento tra ordinamenti diversi⁴⁶, come se si dovesse costruire un sistema unico.

Non si tratta, in conclusione, di custodia di un diritto oggettivo preformato e intangibile, bensì di capacità di governare in modo ragionevole il cambiamento nel tempo e le diversità nello spazio, con garanzia di fedeltà ai principi⁴⁷.

Certezza del diritto e parità di trattamento possono essere intesi infine come «*harmonie ideologique*»⁴⁸.

4. Nuovi orientamenti nazionali in materia di prescrizione

Più di dieci anni or sono, nel rinnovato interesse per l'istituto della prescrizione, un autore⁴⁹ notava come stesse emergendo, anzitutto per opera della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte Edu, un vero e proprio «modello a dimensione europea», che, superando l'esigenza di certezza del diritto e di connessa rigidità, specie per quanto riguarda la decorrenza del termine, promuoveva una flessibilità rimessa alla discrezionalità giudiziale e rispettosa soprattutto dei motivi del ritardo nella proposizione delle pretese giudiziali.

Queste, ai sensi dell'art. 6 Cedu, non debbono trovare irragionevoli ostacoli alla tutela effettiva (*effective remedy*) negli istituti della prescrizione e della decadenza.

I giudici della Corte Edu assumono il compito di verificare se il diritto positivo dello Stato contraente abbia compromesso irrimediabilmente, attraverso l'imposizione di un termine finale, la posizione soggettiva affermata dall'attore in giudizio. Verifica da

condurre in concreto, attraverso un bilanciamento degli interessi prospettati dalle parti.

Il fenomeno non è dissimile da quello risultante dall'art. 197 del codice di diritto canonico, il quale recepisce l'istituto della prescrizione «(...) *prout est in legislatione civili respectivae nationis, salvis exceptionibus quae in canonibus huius Codicis statuuntur*». Le leggi civili vengono recepite e divengono leggi di diritto canonico, come tali conosciute dal giudice di quest'ordinamento, senza bisogno di essere provate dalla parte interessata, e sono interpretate in base all'ordinamento rinviato, seppure entro i limiti canonicamente sanciti⁵⁰.

Quanto al diritto degli Stati contraenti, non possono essere qui trascurate le novellazioni dei codici civili, apportate rispettivamente con la già citata (vds. paragrafo 1) legge tedesca di modernizzazione del diritto delle obbligazioni e con la legge francese n. 2008-561.

La prima pone, nel par. 199 (la cui rubrica è «inizio del termine ordinario di prescrizione e durata massima») due diversi tipi di termine: quello ordinario («*regelfrist*»), decorrente da quando il titolare «ha avuto conoscenza» o «avrebbe dovuto averla senza colpa grave» dei fatti costitutivi la sua pretesa o della persona del debitore (decorrenza mobile, dunque), e quello – più lungo – di sbarramento («*hochfrist*» o «*ausschlussfrist*») a scadenza fissa, destinato a tutelare il debitore, ossia a non prolungare eccessivamente lo stato di assoggettamento alla pretesa. La seconda, sulla base di una già consolidata giurisprudenza⁵¹, pone un'analogia distinzione tra «*délai flottant*» o «*glissant*» e «*délai butoir*» (artt. 2225, 2226 e 2232).

In tal modo i due codici: a) accolgono una nozione di prescrizione quale sanzione dell'inerzia colpevole; b) evitano la protrazione illimitata dell'*exordium*, ponendo il termine di sbarramento⁵².

Anche nel nostro ordinamento, poiché l'art. 2935 cc parla genericamente di «giorno in cui il diritto può essere fatto valere», si palesa attuale l'osservazione,

45. S. Cassese, *I tribunali*, op. cit., p. 7.

46. *Ibid.*, p. 90.

47. In tal senso P. Grossi, *Percorsi nel giuridico pos-moderno* (2016), in *Id.*, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. 99. Vds. anche R. Rordorf, *La nomofilachia nella dialettica Sezioni semplici-Sezioni unite e Cassazione-Corte costituzionale*, in M. Acierio – P. Curzio – A. Giusti (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Cacucci, Bari 2015, p. 543.

48. M. Van De Kerchove e F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Parigi, 1988, p. 147.

49. G. Del Signore, *Contributo alla teoria della prescrizione*, CEDAM, Padova, 2004, p. 37.

50. P.A. Bonnet, *Prescrizione* (diritto canonico), in *Enc. dir.*, vol. XXXV, 1986, p. 101.

51. C. Biguenet-Maurel, *Réforme de la prescription civile*, Éditions Francis Lefebvre, Levallois Perret, 2008, p. 39.

52. Sull'opportunità di introdurre anche nel codice civile italiano questo termine di sbarramento, si veda S. Patti, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, pp. 33; A. Guarneri, *L'exordium*, op. cit.

espressa da un autore francese prima dell'innovazione del 2008, secondo cui l'inizio di decorrenza della prescrizione non è riducibile a una precisa definizione, con conseguente necessità di affidarsi alla casistica⁵³.

Dottrina e giurisprudenza si sono, in un primo tempo, basate sul solo fatto oggettivo dell'inattività del titolare del diritto. Nel codice (art. 2903) la prescrizione dell'azione revocatoria, nel caso di dolosa preordinazione dell'atto revocando, decorre addirittura da prima che, col sorgere del credito, l'azione possa essere esercitata. Anche la Corte costituzionale, in una sentenza meno recente⁵⁴, negò il contrasto tra l'art. 24 Cost. e l'art. 2947, comma 3, cc, che in caso di morte del reo fa decorrere il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno dalla data di estinzione del reato, quand'anche ignota al danneggiato.

In un secondo tempo, ha prevalso il peso attribuito dalla giurisprudenza costituzionale e comune all'imputabilità soggettiva dell'inerzia al creditore; criterio che opera prevalentemente, ma non esclusivamente⁵⁵, nella materia delle prestazioni previdenziali per infermità o del risarcimento del danno o, ancora, degli indennizzi da attività lecita (per esempio, danni da vaccinazioni obbligatorie o da emotrasfusione, ove la prescrizione decorre dal momento dell'effettiva percepibilità)⁵⁶.

Anzi l'imputabilità soggettiva dell'inerzia venne richiesta, per la prima volta, dalla Corte costituzionale in materia di crediti retributivi del lavoratore subordinato, verosimilmente distolto dalla manifestazione della propria pretesa dal timore di rappresaglie da parte del datore di lavoro⁵⁷.

Cass., sez. unite, 2 dicembre 2010, n. 24418⁵⁸ fa decorrere la prescrizione del diritto alla ripetizione degli interessi anatocistici indebitamente pagati dal correntista non dal giorno della singola annotazione,

ma dal giorno dell'estinzione del conto, col relativo saldo di chiusura.

Cass., 27 maggio 2014, n. 11815 e 19 gennaio 2007, n. 1210⁵⁹ stabiliscono che, per l'azione revocatoria dell'atto di trasferimento di un immobile, la prescrizione inizia dalla data non già di stipulazione, bensì di trascrizione dell'atto, necessaria affinché questo sia reso pubblico e, così, conoscibile dai terzi.

Suole dirsi che, in tutti questi casi, l'esigenza di giustizia prevale su quella di certezza, ma meglio si direbbe, abbandonando una visione pubblicistica che vede nella prescrizione solo un presidio di sicurezza dei rapporti, che l'interesse del creditore viene anteposto a quello del debitore, secondo la contrapposizione tra interessi privati di cui s'è detto nel paragrafo 1.

Da aggiungere che, nel nostro ordinamento, il favore del codice civile verso il creditore è maggiormente evidente nell'art. 2943, comma 4, che, differenza di quanto è nei codici tedesco e francese, permette l'interruzione attraverso un atto non giudiziale⁶⁰.

5. La giurisprudenza della Corte Edu

5.1. La Corte Edu pone all'istituto della prescrizione, di per sé non lesivo del diritto d'accesso ai tribunali garantito dall'art. 6 della Convenzione (*Stubbings e altri v. Regno Unito*, ric. n. 22083/93, 22 ottobre 1996), il solo limite della ragionevolezza, tanto nella durata del termine quanto nel suo inizio. Ciò significa che, riconosciuto dalla Corte un diritto soggettivo già negato dall'ordinamento nazionale al cittadino, il diritto alla riparazione può non realizzarsi perché prescritto secondo lo stesso ordinamento nazionale⁶¹.

Nel nostro ordinamento, l'art. 24, comma 1, Cost. consente di sindacare norme non solo processuali,

53. P. Sargos, *Les points de départ*, op. cit., p. 24.

54. Corte cost., sentenza n.732 del 1998.

55. Come vorrebbe C.M. Bianca, *Diritto civile - Volume 7*, Giuffrè, Milano 2012, p. 572.

56. Rinvio per brevità alla giurisprudenza citata in P. Vitucci e F. Roselli, *La prescrizione*, op. cit., pp. 161-170. *Adde* Cass., 23 settembre 2013, n. 21715; 19 dicembre 2013, n.28464, in *Foro it.*, 2014, I, 2181; 6 agosto 2014, n. 17700, in *Foro it.*, 2015, I, 240, con nota di V. Ferrari, *La manifestazione della malattia professionale. Conoscenza o conoscibilità?*; C. Murgo, *Il tempo e i diritti. Criticità dell'istituto della prescrizione tra norme interne e fonti europee*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 186; S. Mazzamuto, *Tempo e prescrizione*, in Aa. Vv., *Tempo e diritto. Studi in memoria di Paolo Vitucci*, Jovene, Napoli, 2010, p. 97.

57. Vds. P. Vitucci e F. Roselli, *La prescrizione*, op. cit., pp. 185-193.

58. In *Corr. giur.*, 2011, 221. Sentenza per così dire confermata da Corte cost., sentenza n. 78 del 2012.

59. In *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 1152.

60. Soluzione criticata vivamente da G. Deiana, *Problemi di politica legislativa in tema di interruzione della prescrizione*, in Aa. Vv. *Studi in onore di Paolo Greco - Vol. I*, CEDAM, Padova, 1965, p. 324. Secondo S. Patti, *Certezza*, op. cit., p. 34, la reiterata interruzione stragiudiziale della prescrizione può configurare un'ipotesi di abuso del diritto.

61. Cass., sez. unite, 8 maggio 2018, n. 11018 nega la prescrizione, ritenendo il diritto non esercitabile per impedimento di diritto (art.

ma anche di diritto sostanziale, quando vengano a configurare un diritto soggettivo in modo da renderlo non effettivamente difendibile davanti a un giudice. Ciò vale per l'istituto della decadenza (la nullità delle clausole convenzionali che rendano eccessivamente difficile l'esercizio del diritto, comminata dall'art. 2965 cc, si traduce nell'illegittimità costituzionale delle leggi di analogo contenuto), ma anche per la prescrizione. Altre volte la disciplina della prescrizione è ritenuta incostituzionale perché contraria al principio di ragionevolezza (art. 3, comma 2, Cost.)⁶².

Primo oggetto di tutela è, secondo la Corte, l'interesse superindividuale a che i diritti soggettivi non vengano trascurati per un tempo eccessivo («*encourager les demandeurs à ne pas s'endormir sur leurs droits*»).

La Corte, con riferimento all'inglese *Limitation Act* del 1980, nota poi come la prescrizione tuteli il debitore in quanto impedisce che si controverta su fatti di cui i testimoni possono non avere ricordo preciso e, più in generale, che si deteriorino le prove a sua difesa. Essa impedisce, inoltre, che venga frustrato l'affidamento («*confidence*») dello stesso debitore, indotto dal passaggio del tempo, nell'abbandono della pretesa creditoria.

Tuttavia, salvo errore, la giurisprudenza europea sembra meno sensibile verso questo interesse di fronte a quello, proprio del creditore, a conservare il diritto, ancorché a lungo non esercitato; essa, in altre parole, considera di meno la prescrizione come *species acquirendi*, vale a dire come mezzo di protezione dell'interesse del debitore a conseguire la definitiva liberazione dal vincolo, quasi attenendosi alla massima *ex iniuria non oritur ius*, ossia qualificando l'istituto in questione come rimedio empio. In ciò la Corte si discosta dalla prevalente dottrina italiana⁶³, come apparirà tra breve dalla sentenza *Hoare c. Regno Unito*.

Ancora, può considerarsi come comune acquisizione negli Stati aderenti alla Convenzione il principio secondo cui il creditore non può essere privato del diritto senza avere avuto la materiale possibilità di esercitarlo, per aver ignorato senza colpa l'esistenza del fatto costitutivo o l'identità del debitore.

Sta al legislatore nazionale trovare l'equilibrio tra i due suddetti interessi.

Nel caso *Hoare c. Regno Unito*, definito con decisione del 12 aprile 2011, la Corte Edu esclude che

l'interesse del debitore sia leso quando, come nella specie esaminata, il giudice nazionale (la *House of Lords*) abbia, come permesso dalla legge, derogato in via equitativa alla durata del termine e così abbia concesso azione di risarcimento del danno (da abuso sessuale su minore) al creditore, a prescrizione già maturata. Ciò perché, prima che il termine fosse esaurito, il debitore “non aveva beni”, onde sarebbe stato inutile convenirlo in giudizio. Successivamente la situazione patrimoniale del debitore si era capovolta a causa di una grossa vincita in una lotteria, onde il giudice inglese aveva riportato in vita la pretesa. La mancanza o insufficienza di quella che noi chiamiamo la garanzia patrimoniale generale del debito (art. 2740 cc. e art. 2092 codice civile francese, ora abrogato) aveva così dato luogo a una sorta di sospensione del termine di prescrizione.

La Corte Edu nega che questa sentenza inglese abbia sacrificato l'affidamento, riposto dal debitore condannato, nella prescrizione maturata e che la condanna alle spese processuali nella misura di 770.000 sterline abbia violato l'art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla Convenzione, ossia abbia leso ingiustamente il patrimonio del medesimo. La violazione è esclusa sia perché la precedente giurisprudenza in materia era “insoddisfacente” sia perché meritano approvazione le interpretazioni dei giudici nazionali che, nella materia della prescrizione, siano più favorevoli alle vittime di abusi sessuali.

Con questa pronuncia la Corte ritiene che l'ago della bilancia vada spostato quando su uno dei piatti pesi un interesse morale degno di particolare protezione, ciò che la induce ad auspicare riforme legislative negli Stati membri del Consiglio d'Europa in materia di violenza sui minori, considerando che solo da pochi anni si è avuto conoscenza dei connessi effetti psicologici, anche latenti per lungo tempo (par. 56). Motivo ripreso nella citata sentenza *Howald Moor* e che si ritrova nella nostra Cassazione, la quale fa decorrere la prescrizione del diritto al risarcimento del danno da violenza su un minore dal momento in cui questo, raggiunta l'età adulta e maturati i primi approcci alla sessualità, abbia acquistato consapevolezza del danno⁶⁴.

5.2. Quanto alla durata del termine, vario per i diversi diritti soggettivi, la Corte non può che affidarla alla discrezionalità dei legislatori.

2935 cc) prima della pronuncia della Corte Edu.

62. A. Cerri, *Diritto di agire in giudizio e norme sostanziali sulla prescrizione*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 326; P. Vitucci e F. Roselli, *La prescrizione*, op. cit., p. 50; A. Lepore, *Prescrizione, decadenza e “giusto rimedio”*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 669.

63. Vds. *supra*, in questo contributo, nota n. 9. F. Carnelutti, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1933, p. 32, definì l'istituto come «una specie di miracolo per cui il diritto diventa non diritto e viceversa».

64. Cass., 14 marzo 2016, n. 4899.

Nella già citata sentenza *Stubbings*, essa non ritiene eccessivamente breve il termine, posto dalla legge inglese, per la detta azione di risarcimento dei danni psichici sopportati dai minori, di tre anni dal raggiungimento della maggiore età. La Corte si dice consapevole della necessità di una disciplina differenziata della prescrizione quando si tratti in generale di danni lungolatenti, come spesso quelli derivati da malattie professionali (par. 33), ciò che giustifica la mobilità del termine, non decorrente prima che il danno si renda manifesto.

La Corte aggiunge che un termine di tre anni decorrente dal raggiungimento della maggiore età da parte della vittima non è troppo breve perché gli illeciti dolosi – come gli abusi sessuali, e a differenza delle violazioni delle leggi sul lavoro, addebitabili a colpa – vengono percepiti più facilmente dalle vittime, che perciò più tempestivamente possono agire in giudizio. Per questo motivo la differente ampiezza del termine, negli illeciti dolosi e in quelli colposi, non contrasta col divieto di discriminazione posto dall'art. 14 Cedu.

Uno degli argomenti che inducono la Corte a negare il contrasto della legge inglese con la Convenzione consiste nell'aver il legislatore «longuement et profondément étudié ces questions», com'è dimostrato dalle modifiche e dalle riforme succedutesi dal 1936 (par. 55), ciò che dimostra l'importanza del fa-

scicolo informativo di cui dispongono i giudici⁶⁵.

Da notare che, sempre nel caso *Stubbings*, due opinioni individuali (art. 45, par. 2, Cedu) contestano il differente trattamento rivolto agli illeciti dolosi e colposi, che i dissenzienti ritengono privo di fondamento razionale, nonché l'esordio della prescrizione, imposto anche a vittime ancora ignare sia del danno sia dell'identità del responsabile.

Nella sentenza *Giavi c. Grecia*, del 3 ottobre 2013, viene ritenuto legittimo il più breve termine di prescrizione di un credito quando debitore sia una pubblica amministrazione, particolarmente bisognosa di rapida definizione dei rapporti obbligatori.

Nella sentenza *Stagno c. Belgio*, del 7 luglio 2009, si tratta di diritto al risarcimento del danno da illecito patrimoniale, commesso a danno di figli minori dalla madre e da una società di assicurazioni, per avere la seconda versato somme alla prima senza autorizzazione del giudice tutelare; diritto prescritto per essere decorso il termine triennale, posto dalla legge belga, anche durante la minore età dei danneggiati. La Corte, dopo aver giustificato il termine breve, necessario in materia di assicurazione per prevenire la scomparsa delle prove⁶⁶, ritiene tuttavia il decorso del termine durante la minore età dei creditori contrario all'art. 6 della Convenzione, in quanto ostativo senza giustificazione dell'azione in giudizio.

65. La Corte non potrebbe adoperare lo stesso argomento guardando ai lavori preparatori del nostro codice civile, esigui in materia di prescrizione (si veda per tutti N. Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, Giuffrè, Milano, 2003, in particolare p. 253).

66. Nel codice (art. 2952), i termini sono stati modificati in favore degli assicurati dall'art. 22 dl 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221.

Il principio dei *best interests* e la tutela dei minori

di Joëlle Long

L'analisi della giurisprudenza di Strasburgo sul principio dei *best interests of the child* mostra come lo stesso possa contribuire a rinforzare la tutela della persona minorenni, ma non sia esente da rischi: facendo ricorso a definizioni stereotipate, l'approccio casistico della Corte Edu può legittimare la sistematica violazione di norme poste dal diritto domestico a garanzia dei minori come gruppo, nonché favorire strumentalizzazioni da parte dei genitori.

1. I *best interests of the child* nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Nella Cedu manca un riferimento esplicito ai «*best interests of the child*». Il dato non stupisce, considerato che il testo non riguarda specificamente le persone di età minore e che, comunque, negli anni Cinquanta del XX secolo il principio era ancora in via di definizione nel diritto internazionale¹. Malgrado ciò, i minorenni sono menzionati all'art. 5, par. 1, lett. (d) e all'art. 6, par. 1; inoltre, l'art. 2 del Protocollo addizionale codifica il diritto all'istruzione, che riguarda soprattutto bambini e ragazzi.

Con una decisiva accelerazione nell'ultimo decennio, la Corte Edu ha tuttavia costruito il (principio dei) *best interests of the child* in via interpretativa, concettualizzandolo alla luce dello *human rights-based approach*. Tale operazione ermeneutica è stata resa possibile «dal basso», grazie al *consensus* tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa:

nelle parole della Corte, «*there is currently a broad consensus (...) in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount*» (cfr. *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, 6 luglio 2010, par.135). Le pronunce in materia minorile sono, inoltre, costanti nel richiamare il principio dei *best interests* contenuto nei diritti nazionali positivi – nella sezione sul «diritto interno pertinente» – e nelle argomentazioni del governo dello Stato convenuto, in merito alla necessità dell'ingerenza nella vita familiare del genitore per la tutela dei diritti fondamentali della prole ex art. 8, comma 2, Cedu². «Dall'alto», invece, giocano un ruolo importante il diritto internazionale pattizio, in particolare la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia (cfr., per esempio, i riferimenti in *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017, par. 76 e *S.L. e J.L. c. Croazia*, 7 maggio 2015, par. 62). Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, infatti, la Cedu non va interpretata da sola, ma in armonia con i principi del diritto internazionale e, in particolare, con le norme concernenti la protezione internazio-

1. Il Comitato Onu sui diritti dell'infanzia fa risalire le origini del principio, nel diritto internazionale, alla *Declaration on the Rights of Child* del 1959: *United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment n. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as primary consideration (art. 3, para. 1 Convention on the Rights of the Child)*, par. 2, malgrado i due riferimenti testuali allo stesso (*Principle n. 2 e Principle n. 7*) siano ivi specifici e circostanziati.

2. Uno dei primi esempi è la decisione della Commissione del 2 maggio 1978, nel caso *X c. Germania*, in cui la Commissione dichiara inammissibile il ricorso contro la decisione tedesca *nell'interesse del minore* di non garantire il diritto di visita al ricorrente nei confronti del figlio biologico.

nale dei diritti dell'uomo (cfr., per esempio, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, cit., par. 131).

Con specifico riferimento alla Cedu, il parametro normativo utilizzato è, anzitutto, l'art. 8 sotto il profilo della vita familiare (ad esempio, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, cit., parr. 135 ss.) e della vita privata (cfr., per esempio, *Mikulic c. Croazia*, 7 febbraio 2002, par. 64 e *Menesson c. Francia*, 26 giugno 2014, par. 96), ma anche – sebbene meno frequentemente – l'art. 3 sul divieto di trattamenti inumani e degradanti (*Z e altri c. Regno Unito*, 10 maggio 2001, par. 74), e l'art. 1 Protocollo n. 1 (cfr. *S.L. e J.L. c. Croazia*, cit., par. 63). Frequenti sono, inoltre, i riferimenti ad altre normative internazionali, anzitutto la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del minore.

L'analisi della giurisprudenza consente di notare come la Corte intenda il principio in tre diverse accezioni, conformemente – del resto – all'elaborazione del *Committee on the Rights of the Child* delle Nazioni Unite³.

a) Anzitutto, il minore ha un «*subjective right*» a che i suoi *best interests* siano valutati (*assessed*) e presi in considerazione (*taken into account*) «*as a primary consideration*» (talvolta la Corte si spinge addirittura oltre dicendo che esso «*must come before any other consideration*»: vds. *Gnahore c. Francia*, 19 settembre 2000, par. 59) in tutte le azioni e decisioni pubbliche e private che lo riguardino, realizzando così la «giustizia del caso concreto». Per esempio, è dunque legittimo allontanare, anche definitivamente, il figlio se c'è la prova che la permanenza o il reinserimento presso i genitori possa causare al minore un grave pregiudizio (cfr., tra i tanti, *Bronda c. Italia*, 9 giugno 1998, che avalla la decisione di un tribunale per i minorenni italiano di mantenere il collocamento di una minore nella famiglia affidataria, che la accoglieva da anni, e di mantenere la sospensione dei contatti con la famiglia di origine malgrado l'accoglimento per cassazione del ricorso dei genitori contro il provvedimento di adottabilità) e occorre decidere per il non ritorno nella sottrazione internazionale di minori, se emerge da attento esame fattuale della situazione personale e familiare del minore che lo stesso subirebbe un pregiudizio dal rimpatrio (cfr. *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, cit., che rileva una violazione dell'art. 8 Cedu nella decisione elvetica di ordinare il ritorno in Israele di un bambino sottratto dalla madre al padre, malgrado il significativo pregiudizio che il minore può subire nel caso di rientro nel suo luogo di residenza abituale. In *X c. Lettonia*, addirittura, si dice che non c'è neppure bisogno della

prova di un «*grave risk*»: per un approfondimento critico, cfr. *infra*, par. 3).

b) In un secondo significato, il *best interests* è invece un *legal principle* che, *sul piano della politica del diritto*, deve essere tenuto presente a tutela dei minorenni come gruppo. Il riferimento principale è qui soprattutto all'inciso che fa salva l'ingerenza nel diritto individuale al rispetto della vita privata e familiare se «necessaria (...) per la difesa dell'ordine (...) o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui» (art. 8, comma 2, Cedu). Così l'allontanamento del minore dal genitore deve costituire una misura eccezionale, da adottare esclusivamente qualora vi siano ragioni «pertinenti e sufficienti», nella valutazione delle quali l'interesse del minore deve essere d'importanza cruciale⁴. Nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* (24 gennaio 2017), per esempio, la Grande Camera ha ritenuto non configurasse una violazione dell'art. 8 Cedu l'allontanamento di un minore dalla coppia che l'aveva avuto all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità, e cresciuto in Italia come figlio per alcuni mesi: secondo i giudici europei, la decisione delle autorità nazionali di assimilare il minore a un minore straniero e di applicare per la sua protezione la *lex fori*, dichiarandone lo stato di adottabilità, appariva proporzionata allo scopo legittimo di perseguire la tutela dei «diritti e delle libertà» altrui ai sensi dell'art. 8, comma 2, Cedu, segnatamente interrompendo un rapporto istituito in violazione della legislazione nazionale relativa all'adozione internazionale e alla procreazione medicalmente assistita.

c) Infine, il *best interests* assume la natura di una *procedural rule*, volta a garantire anzitutto la «voce» della persona di età minore nei procedimenti che lo riguardino. Nei casi *Pini e Bertani c. Romania* (22 settembre 2004) e *Bronda c. Italia* (9 giugno 1998, cit.), per esempio, l'opinione dei minori coinvolti è valorizzata per legittimare la decisione nazionale di disapplicare, rispettivamente, una sentenza di adozione e una revoca dello stato di adottabilità. In *N.Ts. e altri c. Georgia* (2 febbraio 2016) si insiste invece sui diritti processuali delle persone di età minore e, in particolare, sulla necessità di rappresentanza tecnica indipendente e sull'ascolto giudiziale come garanzia del rispetto del suo *best interests*.

Tuttavia, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo le *procedural safeguards* non riguardano solo la «voce» del minore, ma anche il ruolo dei genitori nei procedimenti *de responsabilitate*. Secondo la Corte, infatti, i genitori, nella loro qualità di primi interpreti dell'interesse della prole, devono essere

3. Cfr. Comitato Onu sui diritti dell'infanzia, *General Comment n. 14* (2013), par. 6.

4. Cfr. *Covezzi e Morselli c. Italia*, 9 maggio 2003, par. 81. Cfr. anche *Olsson I c. Svezia*, 24 marzo 1988, par. 68.

pienamente coinvolti in tutti i procedimenti che riguardano la loro responsabilità genitoriale. Nelle pronunce più risalenti, la base giuridica è rinvenuta nel principio del *fair trial* di cui all'art. 6 Cedu (*E.P. c. Italia*, 16 novembre 1999). Nelle sentenze più recenti, invece, il parametro utilizzato è l'art. 8 Cedu, e dunque proprio il diritto dei genitori *e dei figli* al rispetto della vita familiare, interpretato come ricomprensente le summenzionate garanzie processuali. Esempio il caso *Covezzi e Morselli c. Italia* (9 maggio 2003), che condanna il nostro Paese per violazione dell'art. 8 Cedu poiché ai genitori ricorrenti (che agivano in nome proprio e nell'interesse dei figli sui quali, tuttavia, non avevano più la potestà genitoriale, essendo stati giudizialmente privati) era stata negata la possibilità di influire sull'andamento della procedura di affidamento familiare e adottabilità svoltasi nelle more del procedimento penale (poi conclusosi con una condanna) contro i genitori e altri parenti per violenze sessuali subite dai minori stessi.

2. I suoi contenuti principali

Come indica la locuzione plurale «*best interests*», gli interessi della persona minorenni da tenere in considerazione nell'accertamento (*assessment*) sono plurimi. Con l'approccio casistico che le è consueto, la Corte di Strasburgo ne ha, nel tempo, individuati i principali⁵, pur precisando che non si tratta di un elenco tassativo⁶.

a) Anzitutto, i giudici europei desumono in via interpretativa dal diritto al rispetto della vita familiare, di cui all'art. 8 Cedu, l'interesse del minore a mantenere i legami con la sua famiglia: «*the child's ties with its families must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit*» (*Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, cit., par. 136). Un primo ambito di applicazione del principio è quello del collocamento del minore fuori famiglia (*placement in care*): la Corte è infatti costante nel ribadire che la privazione di assistenza materiale (*Wallova e Walla c. Repubblica Ceca*, 26 ottobre 2006; *Saviny c. Ucraina*, 18 dicembre 2008; *R.M.S. c. Spagna*, 18 giugno 2013) e la sola negligenza nelle cure (*S.H. c. Italia*, 13 ottobre 2015; *Barnea e Caldararu c. Italia*, 22 giugno 2017) non possano, di per sé sole, essere causa di allontanamento. Oltre a ciò, si specifica che la vita familiare non cessa di per sé nel caso di allon-

tanamento deciso dalle autorità pubbliche a tutela del minore e, pertanto, il minore allontanato ha diritto alla frequentazione con i genitori anche dopo l'allontanamento, salvo il caso vi siano specifiche prove di contrarietà al suo interesse (*E.P. c. Italia*, 16 novembre 1999, par. 65; *Scozzari e Giunta c. Italia*, 13 luglio 2000, parr. 170-171). Le autorità nazionali devono fare ogni sforzo per rendere temporaneo l'allontanamento, ricostituendo e sostenendo il legame familiare (*Olsson c. Svezia* [1], 24 marzo 1988, par. 81) e le genitorialità "fragili" (*E.P. c. Italia*, cit.; *Akinnibosun c. Italia*, 16 luglio 2015), eventualmente – qualora il minore non possa, nel suo interesse, crescere con i genitori – prevedendo forme di mantenimento del legame tra minore e genitore affettivamente significativo dopo l'adozione (*Zhou c. Italia*, 21 gennaio 2014). Si specifica, inoltre, che tra gli affidatari e l'affidato può nascere un rapporto di contenuto sostanzialmente familiare, come tale meritevole di tutela anche dopo la cessazione dell'affidamento familiare (*Moretti e Benedetti c. Italia*, 27 aprile 2010). Un secondo ambito è quello dell'affidamento a seguito della scissione della coppia genitoriale. Qui la Corte è costante nel ribadire che il minore ha diritto alla frequentazione con il genitore non coabitante e che, in conseguenza di ciò, occorre che lo Stato predisponga strumenti idonei per: promuovere l'esercizio del diritto di visita nel caso di rifiuto, da parte del figlio minorenni, di incontrare il genitore; garantire il rispetto del diritto del genitore e del figlio non coabitante alla reciproca frequentazione, anche nel caso di rifiuto del genitore con il quale il figlio viva di cooperare all'esercizio del diritto di visita da parte del genitore non coabitante. Nella sentenza *Bove c. Italia* (30 giugno 2005), per esempio, la Corte Edu ha condannato l'Italia, rilevando l'esistenza di una violazione del diritto del padre al rispetto della vita familiare dovuta al comportamento omissivo delle autorità nazionali che non avevano adottato «le misure che si potevano ragionevolmente esigere da parte loro per fare rispettare le decisioni prese dal tribunale per i minorenni di Napoli» (par. 47. In senso analogo *Piazzi c. Italia*, *Lombardo c. Italia*, *Santilli c. Italia*, *Bondavalli c. Italia*, *Cincimino c. Italia*, *Strumia c. Italia*, *Solarino c. Italia*, *D'Alconzo c. Italia*, *Endrizzi c. Italia*).

b) Un secondo elemento del *best interests* è l'interesse allo sviluppo dell'identità personale quale tratto imprescindibile del soggetto in formazione – ma, più in generale, di qualunque essere umano⁷. Tale aspetto

5. Per un tentativo di sistematizzazione, vds. *Schimdt c. Francia*, 26 luglio 2007.

6. *Y. C. c. Regno Unito*, 13 marzo 2012.

7. Cfr. *Godelli c. Italia* (25 settembre 2012), in cui la ricorrente era una donna adulta adottata che lamentava il diniego di accedere alle informazioni sull'identità della madre biologica, che si era valsa, al momento della nascita, del diritto di partorire anonimamente.

è ricondotto anch'esso alla cornice normativa dell'art. 8 Cedu, considerato questa volta sotto il profilo della «vita privata». Ai fini che qui interessano, le pronunce più interessanti concernono l'interesse a conoscere le proprie origini familiari e genetiche, così come la propria storia personale di cui non si abbia direttamente memoria.

Nel caso *Gaskin c. Regno Unito* (7 luglio 1989), per esempio, un cittadino britannico accusava il Regno Unito di violazione dell'art. 8, ritenendo che l'impossibilità di accedere al fascicolo dei servizi sociali territoriali relativo al lungo periodo di tempo (dall'età di un anno fino alla maggiore età) in cui era stato affidato ai servizi stessi e aveva vissuto con diverse famiglie affidatarie, gli impediva di conoscere il suo passato. La Corte, dichiarando la sussistenza di una violazione dell'art. 8 (senza distinguere tra vita privata e familiare), afferma tra l'altro che «le persone che si trovano nella stessa situazione del ricorrente hanno un interesse fondamentale» – «*vital interest*» – «protetto dalla Convenzione, a ricevere le informazioni necessarie a conoscere e comprendere la loro infanzia e gli anni della loro formazione» (par. 49).

Nel caso *Mikulic c. Croazia* (7 febbraio 2002), invece, la ricorrente, una minorenni croata di cinque anni, lamentava di non aver potuto accedere all'informazione sull'identità del padre biologico. Secondo la ricorrente, le cause del mancato accesso erano la durata eccessiva della procedura giudiziale per la costituzione del rapporto di filiazione con il (preteso) padre naturale e l'impossibilità di presentare un ricorso per accelerare la procedura o per ottenere la comparizione del padre, che si rifiutava sistematicamente di sottoporsi agli esami ematologici disposti dal giudice per verificare la sussistenza del rapporto biologico di filiazione. La Corte dichiara che le autorità croate hanno fallito nel garantire alla ricorrente il rispetto della sua vita privata – «la nascita e, in particolare, le circostanze della nascita fanno parte della vita privata del bambino e, di conseguenza, dell'adulto, il cui rispetto è garantito dall'art. 8 della Convenzione» (par. 29) –, dal momento che la procedura prevista dall'ordinamento croato per la costituzione del rapporto giuridico di filiazione con il padre naturale «non realizza un giusto equilibrio tra il diritto della ricorrente a porre fine senza inutili ritardi alla situazione di incertezza sulla propria identità personale e il diritto del padre presunto a non sottoporsi al test del DNA» (parr. 65-66).

c) Un terzo elemento del principio del *best interests* è, come già accennato, il rispetto delle garanzie processuali relative al ruolo del minorenne, ma anche a quello dei genitori, nei procedimenti giudiziari sulla responsabilità genitoriale. Con specifico riferimento ai genitori, si tratta in effetti di una trasposizione in termini processuali del principio «feticcio» dell'interesse del minore a mantenere i legami con la sua famiglia (*supra*, lett. a): una buona difesa dei genitori garantisce, infatti, che il minore sia allontanato dagli stessi solo ed esclusivamente nei casi in cui ciò è necessario nel suo interesse. Nel merito, secondo la Corte, il diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 Cedu garantisce ai genitori il diritto di esprimere le loro opinioni e presentare le loro difese, le quali dovranno poi essere prese in considerazione dall'autorità giudiziaria⁸, nonché il diritto di conoscere e di discutere tutti gli elementi di prova contenuti nel fascicolo processuale, che saranno presi in considerazione dal giudice perché prenda la sua decisione⁹.

3. Una lettura in chiaroscuro

Le pagine che precedono consentono di affermare che il *best interests of the child* permette ai giudici di Strasburgo di rafforzare la tutela della persona minorenne, già garantita dall'attribuzione dei diritti e delle libertà fondamentali a tutti gli esseri umani e, dunque, anche alle persone di età minore¹⁰.

Anzitutto, la Corte ha infatti invocato il *best interests* per enucleare specifici diritti della persona minore deducendoli in via interpretativa da generiche prescrizioni convenzionali. Pensiamo, per esempio, al diritto del figlio a intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori dopo la scissione della coppia genitoriale (*supra*, paragrafo 2, lett. a): nella più recente Carta europea dei diritti fondamentali, tale diritto è invece espressamente declinato come applicazione del principio del superiore interesse del minore, come dimostra la sua proclamazione nella norma immediatamente successiva alla codificazione del principio del *best interests* (cfr. art. 24, commi 2 e 3). Un altro esempio è costituito dal contributo dato agli ordinamenti nazionali con l'enunciazione del diritto del minore allo sviluppo della sua identità personale, che ha portato anche gli Stati più restii ad ammettere la trascrizione nei registri dello stato civile di atti di nascita di minori nati all'estero

8. *Balbotin c. Regno Unito*, 14 settembre 1999, parr. 63-64.

9. *Kosmopoulou c. Grecia*, 5 febbraio 2004, par. 49.

10. È invece *tranchant* nell'affermare la «natura essenzialmente retorica» dei richiami della Corte Edu al principio del *best interests* E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016, p. 105.

con *surrogacy* quantomeno *ex latere naturali patris* (il riferimento è ai casi *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, su cui *supra*, paragrafo 2, lett. b).

Inoltre, il *best interests* si rivela in concreto utile per operare il bilanciamento nel caso di conflitto tra diritti fondamentali. Nel caso *Menesson c. Francia* (26 giugno 2014) si nega, anche valorizzando l'ordine pubblico, la violazione del diritto al rispetto della vita familiare dei genitori che avevano scelto di procreare all'estero ricorrendo alla *surrogacy*, ma si garantisce poi, in concreto, un minimo livello di tutela alla famiglia, tutelando il diritto del figlio al riconoscimento giuridico della genitorialità biologica quale aspetto della sua identità personale. Le sentenze *Criszian Barnabas Toth c. Romania* (12 febbraio 2013) e *Chavdarov c. Bulgaria* (21 dicembre 2010) poi avallano decisioni di rigetto di azioni di paternità da parte di pretesi padri biologici nell'interesse del minore alla stabilità dei legami familiari esistenti. Similmente, nel caso *Mandet c. Francia* (14 gennaio 2016), si ritiene conforme alla Cedu l'annullamento del riconoscimento "di compiacenza" fatto dal marito della madre e padre sociale del minore: i giudici nazionali avevano infatti realizzato un equo bilanciamento degli interessi coinvolti ritenendo, nell'impossibilità di ascoltare direttamente il minore (allontanato dalla Francia dai genitori alla comparsa del padre biologico), che l'interesse del minore non fosse solo quello individuato dai ricorrenti (mantenimento della stabilità familiare acquisita), ma anche quello di conoscere la verità circa le sue origini biologiche e di stabilire contatti con il padre biologico.

L'analisi che precede dimostra, tuttavia, come l'uso fatto dai giudici di Strasburgo del *best interests* non sia esente da rischi.

Anzitutto, assolutizzare (come *subjective right*) tale principio prevalentemente *sub specie* di interesse del bambino o ragazzo protagonista della fattispecie concreta a preservare i rapporti esistenti *de facto* realizza spesso la «giustizia del caso concreto», ma può legittimare la sistematica violazione di norme poste dal diritto domestico a garanzia dei minori come gruppo. Esempio è la "logica del fatto compiuto" che pare ispirare le più recenti pronunce in tema di sottrazione internazionale e, in parte, anche la maternità per surrogazione, rendendo in concreto del tutto irrilevante il dato oggettivo dell'illiceità della condotta genitoriale.

In tema di sottrazione internazionale, il *leading case* è il caso *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* (cit. *supra*), che riguardava il trasferimento illecito da Isra-

ele alla Svizzera di un minore da parte della madre co-affidataria. In quella vicenda, la Corte afferma – per la prima volta, esplicitamente – che il combinato disposto della Cedu e della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia prevale sulla Convenzione dell'Aja del 1980, traendone la conseguenza, nel caso di specie, che l'esecuzione della decisione svizzera di ritorno del minore in Israele, emessa in forza della Convenzione dell'Aja del 1980, violerebbe il diritto della madre e del figlio al rispetto della vita familiare essendo il rientro in Israele verosimilmente contrario al *child's best interests*: il minore era, ormai da cinque anni, radicato in Svizzera; il padre aveva dimostrato in più occasioni la sua inadeguatezza; in caso di ritorno, la madre avrebbe rischiato la detenzione quale sanzione per l'*abduction*, con conseguente separazione del minore dalla stessa (*Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, par. 151). Tale orientamento, confermato nelle sentenze successive (vds., per esempio, *Sneerson e Campanella c. Italia*, 12 luglio 2011), rischia nei fatti di sovvertire tutto il sistema della Convenzione dell'Aja del 1980 (e, ancor più, quello del regolamento UE 2201/2003, stante il minor spazio, in tale strumento, della possibilità di evitare il rientro invocando la sua contrarietà all'interesse del minore), consentendo di per sé alla separazione dal genitore sottraente e all'allontanamento dal luogo di vita di bloccare l'operatività del rimedio dell'ordine (quasi) automatico di ritorno, studiato – al contrario – per disincentivare le sottrazioni¹¹. Da qui l'effetto «– indiretto e non voluto, ma non per questo meno reale – di incentivare i genitori che, dopo una separazione, siano insoddisfatti della loro sistemazione a ricollocarsi con il figlio in un altro Stato, ignorando la contraria volontà dell'altro genitore co-affidatario»¹².

Un rischio analogo di superamento delle garanzie poste dai diritti nazionali minorili si è corso con la pronuncia camerale nel già citato caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (27 gennaio 2015), in cui i giudici europei sanzionano l'Italia per l'allontanamento di un minore nato in Russia con surrogazione di maternità, ma senza alcun vincolo genetico con i coniugi italiani che, poi, l'avevano portato in Italia e se ne prendevano cura da alcuni mesi. Secondo la camera, infatti, le autorità nazionali non avevano tenuto in sufficiente considerazione l'interesse del minore, sottoponendo a specifica e puntuale valutazione di idoneità educativa gli attuali *caregiver* (parr. 81 ss.).

Non può poi non sottolinearsi come l'accento sul diritto "relazionale" del minore alla reciproca frequentazione aiuti i genitori, favorendo le stru-

11. Cfr., nella dottrina italiana, N. Di Lorenzo, *Il superiore interesse del minore sottratto supera l'applicazione della Convenzione dell'Aja 1980*, in *Dir. fam. e pers.*, n. 1/2014, p. 50.

12. C. Honorati, *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, n. 1/2013, p. 13.

mentalizzazioni¹³. Basti pensare che sono pressoché inesistenti i casi di ricorso diretto di persone di età minore alla Corte (per uno dei pochi esempi, vds. *Z e altri c. Regno Unito*, cit.) e che, nella quasi totalità dei casi, sono gli adulti a ricorrere in nome proprio e dei minori, lamentando appunto la violazione di un diritto relazionale facente capo a entrambi, e invocando la corrispondenza del *best interests of the child* al loro interesse. Esempio mi pare, anche qui, il caso *Covezzi e Morselli c. Italia* (cit. *supra*), in cui i giudici europei accolgono il ricorso di due genitori, già condannati in sede penale per le violenze sessuali perpetrate sulla prole, che lamentavano innanzi ai giudici europei la violazione del diritto al rispetto della vita familiare (anche) per la violazione dei loro diritti processuali nella procedura di allontanamento dei figli. Costituisce poi, ad avviso di chi scrive, un lamentevole portato della lettura adultocentrica del *best interests of the child* l'individuazione "al ribasso" del presupposto per l'adottabilità dei minorenni. Se è certamente vero che è nell'interesse del minore crescere nella propria famiglia, che le difficoltà materiali dei genitori non possono essere causa di allontanamento e che non può procedersi a una valutazione comparativa tra la situazione della famiglia di origine e quella della famiglia di accoglienza (reale, nel caso in cui il minore sia già in affidamento, o potenziale), non pare condivisibile l'interpretazione della Corte secondo cui solo violenze o maltrattamenti (attivi) nei confronti dei minori, o abusi sessuali possono legittimare l'adottabilità (cfr., da ultimo, *Barnea e altri c. Italia*, 22 giugno 2017, par. 74). Anche gravi negligenze nelle cure e nell'accudimento, infatti, possono rendere necessario nell'interesse del minore provvedere al suo allontanamento e all'inserimento in una nuova famiglia, e ciò indipendentemente dall'imputabilità della condotta ai genitori, che non dovrebbe rilevare, dovendo il *focus* essere posto esclusivamente sulla situazione oggettiva del minore (questa è la lettura data, ma a strettissima maggioranza, nella pronuncia *Strand Lobben c. Norvegia*, 30 novembre 2017, il cui caso è attualmente all'esame della Grande Camera)¹⁴.

Inoltre, l'indeterminatezza del contenuto della locuzione, enfatizzata dall'approccio casistico e *a posteriori* della Corte, nonché (parrebbe un controsenso, ma è effettivamente così) dalla tendenza della stessa Corte europea a individuare i *best interests* in formule stereotipate (vds. *supra* il riferimento "buono per tutte le stagioni" all'interesse del minore a mantenere i legami con la sua famiglia)¹⁵, alimenta l'arbitrio nelle decisioni e, quindi, l'incertezza del diritto¹⁶. Esempio, anche qui, la giurisprudenza in materia di sottrazione internazionale. Da un lato, infatti, la Corte Edu si pone come ennesimo grado di esame *del merito*: indicativa l'espressione, centrale nella sentenza *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, che «*the Court is not convinced that it would be in the child's best interests for him to return to Israel*» (par. 151). Dall'altro, il riconoscimento teorico della possibilità (*rectius*, del dovere), per le autorità dello Stato di rifugio, di rivalutare nel merito le relazioni genitoriali elimina la finalità deterrente della disciplina positiva e favorisce gli spostamenti transfrontalieri ai fini del *forum shopping*. Un altro esempio può essere fornito dal confronto tra il caso *Giubergia c. Italia* (Commissione europea dei diritti dell'uomo, 5 marzo 1990)¹⁷ e il già menzionato caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*. In entrambi i casi, i genitori *de facto*, che non avevano alcun rapporto genetico con il minore e lo avevano portato illecitamente in Italia, lamentavano l'illegittimità dell'allontanamento dello stesso a opera delle autorità interne, invocando l'interesse del minore alla permanenza in "famiglia". Le soluzioni sono, tuttavia, opposte: nel primo caso (1990), i giudici europei avallano la decisione italiana di allontanamento; nel secondo, alla decisione di avallare l'allontanamento si arriva solo con la pronuncia della Grande Camera (2017), che si discosta dalla pronuncia di primo grado (2015), che aveva invece valorizzato il legame esistente *de facto*, affermando che l'interesse del minore nel caso di specie era, così come avviene per i figli biologici e adottivi, rimanere nella famiglia salvo situazioni di violenza o di maltrattamento (attivo) fisico o psichico (*Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015, cit., par. 80).

13. Rileva la frequente «pretestuosità», nell'interesse degli adulti, dei richiami all'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte E. Lamarque, *Prima i bambini*, op. cit., p. 106.

14. Cfr. www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=3728313_17102018&language=lang.

15. In questo senso, nella dottrina italiana, autorevolmente L. Lenti, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, vol. 32, n. 1/2016, p. 150.

16. In questo senso, autorevolmente E. Lamarque, *Prima i bambini*, op. cit., in particolare p. 100; l'Autrice aggiunge, poi come in concreto la Corte ritenga che il riferimento ai *best interests* la dispensi dall'onere di motivazione, con la conseguenza di limitarsi spesso al richiamo generale al principio, talvolta accompagnato da formule stereotipate, senza enunciazione dei motivi reali della scelta.

17. Si tratta della nota vicenda Serena Cruz su cui si veda, tra l'altro, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 192 ss.

Violenza contro le donne e accesso alla giustizia

di *Kristina Velcikova*

Questo contributo analizza principalmente l'inquadramento convenzionale della lotta alla violenza contro le donne, soffermandosi sugli obblighi positivi degli Stati membri in materia di accesso alla giustizia per le vittime, come affermati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ambito degli articoli 2, 3, 8 e 14 della Convenzione.

1. Introduzione

L'eliminazione radicale della violenza contro le donne pone una sfida difficile per i paesi del Consiglio d'Europa e per la Corte europea dei diritti dell'uomo, soprattutto in considerazione delle implicazioni socioculturali che questo odioso fenomeno comporta.

La violenza contro le donne rappresenta «una delle espressioni più pronunciate dello squilibrio di potere tra donne e uomini, costituendo allo stesso tempo una violazione dei diritti umani e uno dei principali ostacoli all'uguaglianza di genere»¹. La caratteristica essenziale è che si tratta di una forma di violenza commessa contro le donne in quanto tali.

L'impunità diffusa e le risposte inadeguate degli Stati nell'affrontare questa violenza, spesso basate su stereotipi patriarcali del rapporto uomo/donna, lascia molte donne vittime di violenza senza protezione e senza possibilità di ricorrere alla giustizia. È obbligo degli Stati occuparsi pienamente di questo fenomeno poiché non può esserci vera uguaglianza tra uomini e donne se queste ultime continuano a subire violenze su larga scala, nell'inerzia delle istituzioni statali.

Di fronte a un argomento così ampio, l'intento di questo contributo è soffermarsi sull'analisi dei principali obblighi positivi degli Stati membri in materia

di lotta alla violenza contro le donne come affermati dalla giurisprudenza della Corte Edu, nell'interpretazione degli articoli 2, 3, 8 e 14 della Convenzione. Altre disposizioni convenzionali, come per esempio gli articoli 4 e 13, pur rilevanti, non saranno oggetto di trattazione².

L'illustrazione della tutela che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo assicura alle vittime di questo tipo di violenza metterà in evidenza gli ostacoli che queste ultime incontrano nell'accesso alla giustizia a livello interno, che rappresenta invece uno strumento indispensabile per rafforzarne la protezione e per assicurare una presa di coscienza del fenomeno.

Un accenno sarà fatto anche alla fase esecutiva, poiché l'efficacia dell'accesso alla tutela giurisdizionale davanti alla Corte Edu dipende in gran parte dalla rapida ed efficace esecuzione delle sue pronunce in materia.

Dei riferimenti ad altre fonti internazionali, in particolare al sistema di protezione dei diritti umani delle Nazioni Unite, accompagneranno la suddetta analisi al fine di tracciare l'origine di alcuni dei principi essenziali in materia.

Nell'ambito di questo contributo, l'espressione «violenza contro le donne» sarà intesa nel senso a essa attribuito dalla «Convenzione del Consiglio d'Europa

1. Consiglio d'Europa, *Strategia per l'uguaglianza tra donne e uomini 2014-2017*, Strasburgo, febbraio 2014, p. 5 (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680590174>).

2. In relazione a questi articoli della Convenzione si segnalano, *inter alia*, *O'Keefe c. Irlanda* [GC], ric. n. 35810/09, 28 gennaio 2014 e *J. e altri c. Austria*, ric. n. 58216/12, 17 gennaio 2017.

sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica» (Convenzione di Istanbul), ovvero come «comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata».

2. Fonti normative e tutela convenzionale

La violenza contro le donne è riconosciuta dal diritto internazionale come una violazione dei diritti umani. La lotta contro questa forma di violenza è stata disciplinata da vari strumenti normativi internazionali (convenzioni, raccomandazioni, dichiarazioni etc.) che hanno condotto non solo a una definizione del fenomeno che potesse includere le varie forme di violenza di cui una donna può essere vittima (fisica, psicologica, verbale), ma anche all'adozione di *standard* normativi comuni agli Stati contraenti.

Tra i molti si possono citare la «Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica» (Convenzione di Istanbul, 2011), la raccomandazione Rec(2002)5 del Comitato dei ministri ("Comitato") agli Stati membri sulla protezione delle donne contro la violenza, la «Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna» (CEDAW, 1981)³, la «Dichiarazione sull'eliminazione di ogni violenza contro le donne» (DEVAW, 1993), nonché la «Convenzione interamericana per la prevenzione, la punizione e lo sradicamento della violenza contro le donne» (Convenzione di Belém do Pará, 1994).

Il valore di questi testi, che mirano a sradicare la violenza contro le donne in tutte le sue componenti, inclusa la più insidiosa ovvero quella socioculturale, è innegabile soprattutto se consideriamo che, in tempi non lontani, non esisteva alcuna forma di riconoscimento normativo del fenomeno.

Ciò detto, è altrettanto innegabile che, per le vittime di questa forma di violenza, la tutela più efficace sia di natura giurisdizionale, sia a livello nazionale che internazionale. In questo ambito, l'azione della Corte Edu riveste una grande importanza non solo per la tutela che ha apportato direttamente alle ricorrenti nei casi che ha esaminato, ma anche per l'interpretazione

estensiva del dettato convenzionale sviluppatasi nella sua giurisprudenza, che ha permesso di riconoscere importanti obblighi positivi a carico degli Stati membri.

La Corte europea ha analizzato la violenza contro le donne nell'ambito di diversi articoli della Convenzione (presi da soli o in combinazione tra loro) e, in particolare, sotto il profilo degli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (proibizione della tortura o trattamenti inumani o degradanti), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 4 (proibizione della schiavitù e del lavoro forzato), 13 (diritto a un ricorso effettivo) e 14 (divieto di discriminazione).

3. Gli obblighi positivi dello Stato

L'art. 1 Cedu statuisce che gli Stati membri del Consiglio d'Europa sono chiamati a riconoscere a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione.

Questo impegno si materializza in obblighi positivi e negativi. Questi ultimi implicano che gli Stati debbano astenersi dal violare direttamente i diritti convenzionali. Gli obblighi positivi, invece, richiedono un atteggiamento attivo da parte dello Stato, volto ad assicurare, in certi casi, il rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione nelle relazioni tra privati cittadini. Siamo quindi nell'ambito di una tutela orizzontale. Anche in assenza di una responsabilità diretta per gli atti di un privato, la responsabilità dello Stato può, nondimeno, essere assunta dall'obbligo imposto dall'art. 1 della Convenzione.

L'esistenza di obblighi positivi è stata riconosciuta e sviluppata dalla giurisprudenza della Corte Edu sin dal 1985⁴. Il ricorso al concetto di obbligo positivo ha permesso alla Corte di rafforzare e, talvolta, estendere i requisiti sostanziali del testo europeo, al fine di garantire agli individui l'effettivo godimento dei diritti sanciti dalla Convenzione.

Gli artt. 2 e 3 Cedu, che tutelano gli individui contro forme gravi di offese alla vita e all'integrità della persona, sono tra le clausole fondamentali della Convenzione e sanciscono alcuni dei valori fondanti delle società democratiche che formano il Consiglio d'Europa. Contrariamente alle altre disposizioni della Convenzione, essi sono formulati in termini assoluti, non prevedono eccezioni né limitazioni e non ammettono deroghe da parte degli Stati membri *ex art. 15* Cedu.

Gli obblighi positivi che gravano sulle autorità in virtù di questi articoli e, in altri casi, in virtù dell'art. 8

3. Come interpretata, in particolare nelle Raccomandazioni generali nn. 12 del 1989 e 19 del 1992.

4. Si veda il caso *X e Y c. Paesi Bassi*, ric. n. 8978/80, 26 marzo 1985. Il caso riguardava lo stupro di una ragazza di 16 anni con *handicap* mentale in una casa per bambini con disabilità mentali.

(diritto al rispetto della vita privata e familiare), comportano per lo Stato il dovere di istituire e applicare in maniera efficace un quadro normativo adeguato che offra una protezione contro gli atti di violenza che possono essere commessi dai privati⁵. Nell'ambito dell'art. 2 Cedu, lo Stato è altresì chiamato a dotarsi di un sistema giudiziario efficace e indipendente, che permetta di condurre indagini effettive laddove una persona sia stata uccisa e di punire i colpevoli. Un'esigenza di prontezza e diligenza ragionevole è implicita in questo contesto.

Un intervento da parte delle autorità per proteggere la vita di un determinato individuo può, altresì, essere necessario in presenza di un rischio reale e immediato che le autorità conoscevano o avrebbero dovuto conoscere⁶.

Consapevole delle difficoltà per la polizia di esercitare le sue funzioni nelle società contemporanee, dell'imprevedibilità del comportamento umano e delle scelte operative da fare in termini di priorità e di risorse, la Corte Edu ha affermato che la portata di questo obbligo positivo deve essere interpretata in modo da non imporre alle autorità un onere insostenibile o eccessivo.

Pertanto, non ogni asserita minaccia contro la vita di un individuo obbliga le autorità ad adottare misure concrete di prevenzione. Perché vi sia un obbligo positivo, deve essere accertato che le autorità sapevano – o avrebbero dovuto sapere – che una persona determinata correva un rischio concreto e imminente, e che esse non hanno adottato, nell'ambito dei loro poteri, le misure che, da un punto di vista ragionevole, avrebbero senza dubbio neutralizzato tale rischio. Quest'ultimo sussiste anche in presenza di una *escalation* di violenza tale da costituire una minaccia costante e continua⁷.

L'affermazione di obblighi di *due diligence* in capo agli Stati membri nell'ambito della lotta alla violenza contro le donne costituisce uno strumento per promuovere una maggiore responsabilità dello Stato. La Corte ha, infatti, più volte ribadito che le donne vittime di violenza nonché tutte le altre persone vulnerabili hanno diritto alla protezione dello Stato sotto forma di una prevenzione efficace, che le metta al riparo da forme altrettanto gravi di offese all'integrità della persona⁸.

L'esistenza dei suddetti obblighi è stata riconosciuta anche dal Comitato dei ministri nella raccomandazione agli Stati sulla protezione delle donne contro la violenza cui si è fatto riferimento in precedenza – Rec(2002)5. In questo documento, il Comi-

tato ha affermato che gli Stati hanno l'obbligo di esercitare la dovuta diligenza per prevenire, investigare e punire gli atti di violenza contro le donne, che essi siano perpetrati dallo Stato o da privati, e fornire protezione alle vittime.

Ne consegue che, quando degli episodi di violenza sono denunciati alle autorità ed esiste un rischio reale e immediato per l'incolumità di chi li ha subiti, le autorità sono chiamate ad adottare tempestivamente misure efficaci e adeguate di protezione delle vittime nonché di prevenzione di ulteriori episodi di violenza.

L'obbligo positivo di proteggere l'integrità delle donne vittime di violenza riguarda anche l'effettività dell'accesso alla giustizia, che richiede che siano condotte delle indagini effettive e tempestive. I giudici nazionali devono tenere conto della situazione di precarietà e di particolare vulnerabilità morale, fisica e/o materiale della vittima, e devono quindi valutare la situazione nel più breve tempo possibile.

Occorre altresì che le indagini siano idonee a condurre all'identificazione e alla punizione dei responsabili. Non si tratta, tuttavia, di un obbligo di risultato, ma di mezzi: si deve dar prova di aver utilizzato tutti i mezzi disponibili per assicurare l'effettività dell'inchiesta. Oltre che tempestive, le indagini dovranno essere imparziali e indipendenti, nonché sufficientemente ampie da prendere in considerazione ogni elemento rilevante, inclusi eventuali motivi discriminatori.

Riassumendo, i principali obblighi positivi cui uno Stato deve adempiere in materia di violenza contro le donne, sembrano richiedere: un sistema giuridico e giudiziario adeguato, che abbia un effetto deterrente e permetta di condurre indagini effettive e di punire i responsabili; una pronta reazione delle autorità alle denunce delle vittime attraverso l'adozione di misure di protezione e prevenzione; l'impegno a combattere ogni forma d'inerzia e tolleranza di fronte a tale forma di violenza, di natura discriminatoria per le donne.

4. Gli obblighi positivi dello Stato in materia di lotta alla violenza contro le donne nella giurisprudenza della Corte Edu

4.1. Quadro normativo e indagini effettive

Le sentenze illustrate di seguito evidenziano l'importanza, nella giurisprudenza di Strasburgo, dell'ob-

5. *Ex multis, Sandra Janković c. Croazia*, ric. n. 38478/05, 5 marzo 2009, § 45.

6. *Ex multis, Osman c. Regno Unito*, ric. n. 23452/94, 28 ottobre 1998, § 116.

7. *Opuz c. Turchia*, ric. n. 33401/02, 9 giugno 2009, § 134.

8. *Ex multis, Talpis c. Italia*, ric. n. 41237/14, 2 marzo 2017, § 99.

bligio positivo degli Stati di dotarsi di un quadro normativo adeguato a sanzionare gli atti di violenza contro le donne, nonché l'esigenza che tale quadro normativo sia applicato in maniera effettiva. La sentenza *M.C. c. Bulgaria* illustra, in particolare, quali siano gli obblighi positivi dello Stato nella lotta a un tipo di violenza contro le donne particolarmente grave, cioè la violenza sessuale.

4.1.1. Valiulienė c. Lituania

Il caso *Valiulienė c. Lituania*, riguarda una serie di episodi di violenza perpetrati ai danni della ricorrente dal suo convivente⁹. La Corte Edu ha constatato una violazione dell'art. 3 della Convenzione sulla base dei fatti come di seguito descritti.

A seguito degli episodi di violenza di cui era stata vittima, la ricorrente aveva esercitato un'azione penale privata (ovvero un'azione penale esercitata direttamente dalla vittima avanti al tribunale) per il reato di lesioni personali lievi. Il tribunale trasmise il fascicolo alla procura competente, ordinando lo svolgimento di un'indagine penale. Le indagini furono caratterizzate da notevole lentezza, a causa principalmente della negligenza della polizia. In seguito, venne disposta l'archiviazione del procedimento penale in quanto i fatti ascritti all'indagato, in difetto di particolari ragioni di interesse pubblico o altri gravi ragioni che rendessero opportuna un'azione penale pubblica, dovevano considerarsi procedibili esclusivamente a iniziativa di parte. L'opposizione della ricorrente contro tale decisione fu rigettata. La ricorrente, quindi, intraprese nuovamente l'azione penale privata che, però, venne archiviata essendo ormai decorso il termine quinquennale di prescrizione previsto per il reato di lesioni personali lievi.

La Corte ha ritenuto, in primo luogo, che la natura e il livello di sofferenza psicofisica subita dalla ricorrente fosse riconducibile nell'ambito dell'art. 3 Cedu. Di conseguenza, si è soffermata a valutare se lo Stato convenuto avesse adempiuto all'obbligo positivo (derivante dal combinato disposto degli artt. 1 e 3 Cedu) di proteggere gli individui sottoposti alla sua giurisdizione da maltrattamenti posti in essere da *altri privati*, non agenti dello Stato. In particolare, si trattava di valutare se l'ordinamento lituano fosse conforme alle esigenze della Convenzione e se l'applicazione di tale normativa fosse stata efficace, in particolare, con riferimento alle indagini condotte.

Quanto al primo aspetto, la Corte europea ha ritenuto che l'ordinamento lituano, come configurato all'epoca dei fatti, fosse in linea con le esigenze di

protezione imposte dalla Convenzione. In relazione alle indagini svolte, la Corte Edu ha constatato una violazione degli obblighi positivi di natura procedurale dello Stato poiché, a causa della negligenza del procuratore e della polizia, l'autore delle violenze era rimasto impunito. Particolarmente rilevanti per questa conclusione risultavano la lentezza nell'esecuzione delle indagini e il ritardo con cui la ricorrente era stata informata della necessità di riproporre un'azione penale privata, che aveva in ultimo causato la prescrizione del reato.

Uno spunto interessante viene offerto dall'opinione concorrente del giudice portoghese P. Pinto de Albuquerque, il quale faceva valere l'esigenza di un'interpretazione della Convenzione che permetta di considerare che lo Stato possa essere ritenuto responsabile qualora sappia, o sia tenuto a sapere, che una parte della popolazione – le donne – è soggetta a ripetute violenze, e non agisca per prevenire la conseguente violazione dei diritti umani.

4.1.2. M.C. c. Bulgaria

Nel caso *M.C. c. Bulgaria*, la Corte Edu ha esaminato l'adeguatezza della protezione che il sistema giuridico bulgaro assicura alle vittime di violenza sessuale¹⁰.

La ricorrente aveva quattordici anni e dieci mesi quando dichiarò di essere stata violentata da due uomini di età compresa tra i venti e i ventuno anni. Il giorno dopo la presunta violenza, la madre della ricorrente l'accompagnò in ospedale e, successivamente, presentò una denuncia alle autorità. Il procuratore distrettuale ordinò un'inchiesta nell'ambito della quale i sospettati contestarono la versione dei fatti fornita dalla ricorrente, affermando che quest'ultima era consenziente. Anche le testimonianze raccolte erano contraddittorie. L'indagine svolta fece ritenere che non ci fosse alcuna prova che i due uomini avessero usato minacce o violenze per avere rapporti sessuali con la ricorrente. Il procuratore distrettuale, non convinto dell'obiettività dell'indagine, dispose una consulenza psichiatrica. Il rapporto concluse che la ricorrente era probabilmente stata sopraffatta da un conflitto interno tra un interesse sessuale naturale e la sensazione che l'atto fosse riprovevole, il che aveva ridotto la sua capacità di difendersi. Nonostante questo rapporto, il procuratore distrettuale chiuse il procedimento penale considerando che non vi erano prove sufficienti della coercizione della ricorrente. Davanti alla Corte Edu, quest'ultima lamentava, da un lato, che il quadro giuridico e la prassi bulgara, richiedendo la prova

9. *Valiulienė c. Lituania*, ric. n. 33234/07, 26 marzo 2013.

10. *M.C. c. Bulgaria*, ric. n. 39272/98, 4 dicembre 2003.

della resistenza fisica della vittima di un caso di stupro, erano inadeguati e lasciavano impuniti certi atti di stupro e, dall'altro, che nel suo caso l'indagine non era stata approfondita e completa.

La Corte europea ha considerato che gli eventi in questione dovevano essere esaminati sotto il profilo degli artt. 3 e 8 della Convenzione e che un'effettiva azione deterrente contro atti gravi come lo stupro, che toccano valori fondamentali e aspetti essenziali della vita privata, richiede efficaci disposizioni di diritto penale ancor di più quando le vittime sono dei minori.

In questo ambito, la Corte ha sottolineato che, conformemente agli *standard* moderni di diritto comparato e internazionale in materia di lotta alla violenza sessuale¹¹, gli obblighi positivi di uno Stato ai sensi degli artt. 3 e 8 impongono la penalizzazione e l'effettiva repressione di qualsiasi atto sessuale non consensuale, anche in assenza di resistenza fisica da parte vittima. La Corte si è limitata a esaminare se la normativa contestata e la sua applicazione nel caso di specie, unitamente alle presunte carenze nell'indagine, presentassero difetti così rilevanti da costituire una violazione degli obblighi positivi dello Stato convenuto ai sensi dei suddetti articoli della Convenzione.

Le autorità bulgare avevano dovuto affrontare certamente un compito difficile in quanto si trovavano di fronte a due versioni dei fatti divergenti e a poche prove "dirette". Ciononostante, la Corte Edu ha evidenziato come gli investigatori e il procuratore non fossero riusciti a effettuare una valutazione che tenesse conto del contesto e della credibilità delle affermazioni contrastanti, e non avessero fatto uso di tutte le possibilità di cui disponevano per accertare i fatti. L'approccio dell'indagine e le sue conclusioni avevano posto un'enfasi eccessiva sulla mancanza di prove "dirette" di stupro, come la violenza, elevando così la "resistenza" da parte della ricorrente allo *status* di elemento costitutivo del reato. Questo approccio era restrittivo in quanto l'indagine avrebbe dovuto essere incentrata sulla questione dell'assenza di consenso piuttosto che della mancata resistenza. La Corte ha constatato dunque una violazione degli artt. 3 e 8 della Convenzione.

4.2. Misure di prevenzione e protezione

Le sentenze illustrate di seguito evidenziano la grande vulnerabilità delle donne vittime di violenza laddove, alle loro denunce, non faccia seguito un'efficace azione da parte delle forze dell'ordine volta a prevenire il reiterarsi di condotte violente.

Non agendo con rapidità dopo il deposito di una denuncia penale, le autorità nazionali privano la denuncia della sua efficacia, creando un contesto di impunità favorevole al perpetrarsi di ulteriori violenze.

4.2.1. *Kontrová c. Slovacchia*

Nella sentenza *Kontrová c. Slovacchia*, la Corte è stata chiamata per la prima volta a pronunciarsi nel merito di un caso riguardante episodi di violenza domestica, esaminando l'obbligo positivo degli Stati membri di adottare misure di protezione sotto il profilo dell'art. 2 Cedu¹².

La ricorrente aveva presentato una denuncia penale, dando atto di una lunga serie di abusi fisici e psicologici subiti dal marito e accusandolo di averla aggredita. Successivamente, "accompagnata" dal marito, la ricorrente manifestò l'intenzione di ritirare la denuncia. Su consiglio di un ufficiale di polizia, modificò di conseguenza la denuncia in modo tale che le presunte azioni del marito fossero considerate un reato minore, che non avrebbe richiesto ulteriori azioni da parte delle autorità. In seguito, la ricorrente chiamò nuovamente la polizia locale per riferire che il marito aveva minacciato di uccidere se stesso e i bambini con un fucile da caccia. Nei giorni che seguirono, la ricorrente chiese informazioni sullo stato della sua denuncia. In quegli stessi giorni, il marito della ricorrente uccise i loro due bambini e si tolse la vita. I tribunali nazionali accertarono che la sparatoria era stata una conseguenza diretta della mancata azione degli agenti di polizia.

La Corte Edu ha constatato una violazione dell'art. 2 della Convenzione notando che le autorità erano state rese edotte dell'esistenza di un rischio concreto e reale per l'incolumità della ricorrente e dei suoi bambini e, pur consapevoli della situazione familiare della ricorrente, avevano omesso di adottare misure di prevenzione adeguate, che avrebbero potuto evitare i tragici eventi che seguirono. La Corte ha sottolineato come la polizia avrebbe dovuto registrare la denuncia penale della ricorrente, avviare immediatamente un'indagine volta ad accertare le responsabilità penali del marito e attivarsi prontamente a seguito della notizia che il marito della ricorrente aveva un fucile da caccia e aveva minacciato di usarlo.

4.2.2. *Bevacqua e S. c. Bulgaria e Hajudová c. Slovacchia*

L'obbligo positivo dello Stato di adottare misure preventive, una volta allertato di un rischio imminente per l'incolumità di una donna vittima di violenza, è

11. Nell'ambito delle fonti internazionali, la Corte ha fatto riferimento, *inter alia*, alla giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per l'ex-Iugoslavia e alla Raccomandazione – n. (2002)5 – del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sulla protezione delle donne contro la violenza.

12. *Kontrová c. Slovacchia*, ric. n. 7510/04, 31 maggio 2007.

stato analizzato dalla Corte Edu anche sotto il profilo del diritto al rispetto per la vita privata e familiare garantito dall'art. 8 della Convenzione.

Il primo caso in cui tale analisi è stata effettuata dalla Corte di Strasburgo è *Bevacqua e S. c. Bulgaria*¹³. In questo caso, la ricorrente era stata vittima del comportamento violento del marito, dal quale stava divorziando. La sua domanda di misure cautelari per ottenere la custodia del figlio era stata disattesa e non era stata adottata nessuna misura di prevenzione adeguata nei confronti del marito.

La Corte ha rilevato che vi era stata una violazione dell'art. 8 Cedu, con riguardo all'insufficienza delle misure di protezione della ricorrente, rilevando anche che la legge bulgara in vigore all'epoca dei fatti non prevedeva misure amministrative e di polizia specifiche. La posizione delle autorità, secondo le quali nessuna assistenza di questo tipo era dovuta poiché la controversia riguardava una "questione privata", era incompatibile con l'obbligo positivo di garantire il godimento dei diritti della ricorrente ex art. 8.

Sempre nell'ambito dell'art. 8 Cedu, è interessante evidenziare come, al fine di far scattare l'obbligo positivo dello Stato di intervenire per tutelare l'integrità psicofisica di una donna vittima di violenza, non è necessario che la violenza lamentata sia fisica. Nel caso *Hajudová c. Slovacchia*, la Corte Edu ha riscontrato una violazione del diritto alla tutela della vita privata e familiare della ricorrente a causa dell'inerzia delle autorità¹⁴. Tuttavia, la ricorrente non aveva lamentato di aver subito violenza fisica, bensì minacce da parte del suo ex marito, il quale aveva disturbi psichiatrici e precedenti penali per episodi di violenza contro la ricorrente. La Corte ha considerato questo *background* sufficiente per ritenere che le autorità fossero coscienti del fatto che vi fosse un rischio concreto per la ricorrente e che fosse, quindi, necessario adottare adeguate misure di protezione.

4.3. Non-discriminazione

Spesso, gli ostacoli che si frappongono all'accesso alla giustizia vanno ben oltre il singolo caso dei ricorrenti a Strasburgo. Essi riflettono un più ampio problema di percezione socioculturale del fenomeno della violenza contro le donne, che discrimina le vittime e che, in ultimo, comporta una tolleranza del fenomeno da parte delle autorità. Incombe, pertanto, agli Stati membri l'obbligo di assicurare che il loro sistema giuridico garantisca un accesso alla giustizia libero da ogni tipo di discriminazione.

4.3.1 Opuz c. Turchia

Una delle più note sentenze in materia di violenza contro le donne è senza dubbio quella pronunciata all'esito del caso *Opuz c. Turchia*¹⁵. In questo caso, oltre alle violazioni degli artt. 2 e 3 Cedu, la Corte Edu ha constatato una violazione dell'art. 14 (divieto di ogni forma di discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà garantite dalla Convenzione), in combinazione con gli artt. 2 e 3 dello stesso trattato.

I fatti possono essere riassunti come segue. La madre della ricorrente fu uccisa a colpi di arma da fuoco dal marito della ricorrente, mentre tentava di aiutare quest'ultima a fuggire dalla casa matrimoniale a causa delle ripetute violenze subite dal marito. Gli incidenti includevano un tentativo di investire le due donne con un'auto, che aveva lasciato la madre gravemente ferita, e un'aggressione in cui la ricorrente era stata pugnalata sette volte. Gli incidenti e le paure delle donne per le loro vite erano stati ripetutamente portati all'attenzione delle autorità. Sebbene i procedimenti penali fossero stati avviati contro il marito per una serie di reati, tra cui minacce di morte, aggressioni gravi e tentato omicidio, in almeno due casi erano stati interrotti dopo che le donne avevano ritirato le loro denunce, presumibilmente sotto pressione del marito. Tuttavia, in considerazione della gravità delle lesioni, i procedimenti riguardanti l'investimento e all'accoltellamento delle due donne erano proseguiti e l'uomo era stato condannato in entrambi i casi, anche se a pene molto lievi. In seguito, l'uomo uccise la madre della ricorrente e, per quel reato, fu condannato all'ergastolo. Tuttavia, venne rilasciato in attesa dell'appello e minacciò ripetutamente la ricorrente, la quale chiese protezione alle autorità. Queste ultime non adottarono alcuna misura. Solo sette mesi dopo, a seguito di una richiesta di informazioni da parte della Corte Edu, furono adottate misure per proteggerla.

La Corte ha rilevato che, in base alle norme e ai principi rilevanti del diritto internazionale accettati dalla grande maggioranza degli Stati (tra cui la CEDAW e le decisioni della Commissione dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite), il fallimento, anche se non intenzionale, da parte dello Stato nel proteggere le donne dalla violenza domestica viola il loro diritto a un'eguale protezione da parte della legge.

Nella sua giurisprudenza, la Corte europea ha stabilito che si ha discriminazione quando, senza una giustificazione obiettiva e ragionevole, persone in situazioni simili siano trattate diversamente. La Corte

13. *Bevacqua e S. c. Bulgaria*, ric. n. 71127/01, 12 giugno 2008.

14. *Hajudová c. Slovacchia*, ric. n. 2660/03, 30 novembre 2010.

15. *Opuz c. Turchia*, cit., nota n. 7.

ha, inoltre, accettato che una politica generale o una misura che ha effetti sproporzionatamente pregiudizievole su un determinato gruppo, può essere considerata discriminatoria nonostante non sia specificamente rivolta a quel gruppo. Per quanto riguarda l'onere della prova in questo ambito, la Corte ha stabilito che, una volta che la ricorrente abbia presentato elementi che indichino, *prima facie*, una differenza di trattamento tra uomini e donne, spetta al governo dello Stato dimostrare che tale trattamento fosse giustificato.

In questo caso, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la ricorrente avesse presentato un tale principio di prova, basato su vari rapporti di organismi internazionali che indicavano che la violenza domestica era tollerata dalle autorità turche e che i rimedi disponibili non funzionavano in modo efficace. Gli agenti di polizia non indagavano a seguito delle denunce, ma cercavano di assumere il ruolo di mediatore, al fine di convincere le vittime a tornare a casa e ritirare le loro denunce; i ritardi nell'emissione e nell'esecuzione delle ingiunzioni erano frequenti e i tribunali trattavano i relativi procedimenti come una forma di azione di divorzio. Gli autori di violenze domestiche non ricevevano condanne deterrenti, ma mitigate per motivi di costume, tradizione od onore.

La violenza domestica colpiva, in tal modo, soprattutto le donne, mentre la passività giudiziaria generale e discriminatoria in Turchia creava un clima favorevole al suo proliferare. La violenza subita dalla ricorrente e da sua madre poteva quindi essere considerata come basata sul genere e discriminatoria nei confronti delle donne. Nonostante le riforme attuate dal Governo negli ultimi anni, la generale insensibilità del sistema giudiziario e l'impunità di cui godevano gli aggressori, come nel caso della ricorrente, mostravano un impegno insufficiente da parte delle autorità a prendere le misure appropriate per affrontare la violenza domestica.

Successivamente a questo caso, la Corte Edu ha riscontrato un aspetto discriminatorio nell'inerzia delle autorità di fronte a episodi di violenza contro le donne in altri casi, tra cui possiamo citare *Eremia e altri c. Moldavia* e *Talpis c. Italia*¹⁶. L'esecuzione di queste due importanti sentenze è discussa brevemente nel paragrafo che segue.

5. Efficacia della tutela convenzionale

L'efficacia dell'accesso alla giustizia convenzionale non può essere valutata solo sulla base della giurisprudenza della Corte Edu. La protezione rico-

nosciuta alle donne vittime di violenza di genere si dimostrerebbe teorica e illusoria se le relative sentenze non fossero eseguite in maniera rapida ed efficace dagli Stati membri.

La fase esecutiva riveste quindi un ruolo fondamentale, fungendo, in un certo qual modo, da cartina tornasole dell'efficacia del sistema giurisdizionale convenzionale in materia di lotta al fenomeno della violenza di genere.

Come noto, le misure che uno Stato è chiamato ad adottare in sede di esecuzione non si limitano a porre fine alla violazione constatata – qualora persista – e a fornire, per quanto possibile, una forma di *resitutio in integrum* al ricorrente. Lo Stato deve altresì, laddove necessario, adottare delle misure generali, conformi allo spirito della sentenza e alla giurisprudenza della Corte Edu nella materia, idonee a impedire che violazioni simili si verificino nuovamente.

L'esecuzione della sentenza *Eremia e altri c. Moldavia* mostra come misure individuali e generali di notevole ampiezza possano essere adottate dagli Stati membri al fine di rispondere alle violazioni constatate dalla Corte europea in materia di violenza contro le donne.

In questo caso, la Corte aveva censurato l'operato delle autorità le quali, nonostante fossero a conoscenza degli abusi subiti dalla ricorrente, non avevano adottato misure adeguate per proteggerla da ulteriori episodi di violenza. Inoltre, le autorità avevano ripetutamente giustificato tale violenza manifestando un atteggiamento discriminatorio nei suoi confronti in quanto donna.

A tale riguardo, la Corte aveva osservato, richiamando le conclusioni del relatore speciale delle Nazioni Unite sulla violenza contro le donne, che le autorità non avevano pienamente apprezzato la gravità e la portata del problema della violenza contro le donne in Moldavia e dei suoi effetti discriminatori (violazioni degli artt. 3 e 14, in combinazione con l'art. 3 della Convenzione).

Il Comitato dei ministri ha classificato questo caso in procedura rafforzata alla luce della complessità del problema sollevato dalla sentenza. Nel corso della fase esecutiva, ha poi invitato le autorità moldave ad assicurare, senza indugio, adeguata protezione alla ricorrente. Le autorità locali, la polizia e i servizi sociali hanno quindi condotto visite periodiche alla ricorrente e hanno istituito un piano di supervisione continuo per la sua sicurezza; si sono, inoltre, impegnate davanti al Comitato a continuare a seguire da vicino la situazione. A seguito di queste misure, non ci sono stati nuovi episodi di violenza nei confronti della ricorrente.

16. *Eremia e altri c. Moldavia*, ric. n. 3564/11, 28 maggio 2013 e *Talpis c. Italia*, cit., nota n. 8.

Sul versante delle misure generali, le autorità competenti hanno adottato politiche mirate a ridurre la violenza domestica attraverso la creazione di un meccanismo di prevenzione nazionale. Riforme legislative importanti hanno poi introdotto nuove disposizioni del codice penale al fine di perseguire più efficacemente i responsabili di episodi di violenza domestica, con la possibilità per la polizia di adottare misure urgenti in caso di minaccia immediata, nonché prestazioni sociali aggiuntive per le vittime, garanzie di assistenza legale, il diritto della vittima a chiedere il risarcimento per lesioni gravi, la creazione di un sito *web* supportato dallo Stato in materia di violenza familiare e l'organizzazione di corsi di formazione continui per i servizi di assistenza. Inoltre, la Corte suprema moldava ha adottato una raccomandazione sulle misure protettive urgenti per le vittime di violenza domestica. Al fine di intervenire radicalmente sulla percezione della violenza contro le donne da parte della popolazione e aumentare la conoscenza di questo tema, nonché della legislazione pertinente, diverse campagne di sensibilizzazione sono state lanciate dalle autorità moldave.

A seguito di questi sviluppi, il Comitato dei ministri ha deciso di porre fine alla supervisione dell'esecuzione di questo caso, sottolineando, però, come la questione delle misure generali ancora necessarie continuerà a essere seguita nell'ambito di un altro caso simile¹⁷. Va ricordato, in proposito, che la Moldavia non ha ancora ratificato la Convenzione di Istanbul.

Anche il più recente caso *Talpis c. Italia* costituisce un buon esempio in ambito di esecuzione delle sentenze del giudice di Strasburgo.

In questo caso la Corte europea, oltre a una violazione degli artt. 2 e 3 della Convenzione, ha constatato una violazione dell'art. 14 Cedu in combinato disposto con i suddetti articoli. La Corte ha ritenuto che le violenze inflitte alla ricorrente fossero fondate sul sesso e che costituissero, perciò, una forma di discriminazione nei confronti delle donne. Le autorità, sottovalutando, con la loro inerzia, la gravità della violenza in questione, l'hanno sostanzialmente avallata.

Questo caso, anch'esso classificato in procedura sostenuta, è stato esaminato per la prima volta dal Comitato dei ministri nel corso della riunione "diritti umani" di giugno 2018¹⁸. In vista di tale riunione, le autorità italiane hanno presentato un corposo piano

d'azione, in cui hanno illustrato tutte le misure adottate in seguito ai tragici eventi oggetto della sentenza della Corte Edu e dopo la ratifica, nel 2013, della Convenzione di Istanbul. Da rilevare l'approccio adottato, che affronta il complesso problema della violenza contro le donne a 360 gradi. Da un lato, misure legislative *ad hoc* sono state adottate, rafforzando la protezione delle vittime e la capacità di reazione dell'ordinamento giuridico di fronte a tali gravi episodi. Dall'altro, numerose iniziative di formazione e sensibilizzazione sono state lanciate, avendo come destinatari i magistrati, i servizi sociali e le forze dell'ordine, nonché i giovani, attraverso attività svolte in ambito scolastico. È stato, inoltre, creato un sistema di *monitoring* del fenomeno, che permette di raccogliere dati statistici importanti al fine di valutare l'impatto delle misure adottate. Tale approccio è stato accolto favorevolmente dal Comitato dei ministri, il quale ha posto l'accento sulla determinazione che le autorità italiane hanno dimostrato nell'affrontare i molteplici aspetti del complesso problema della violenza contro le donne, comprese le percezioni sociali e culturali sottostanti alla radice di questo problema¹⁹. Il Comitato ha chiesto alle autorità italiane informazioni e dati statistici dettagliati sull'impatto delle misure adottate, al fine di verificarne l'efficacia.

Emerge, quindi, come l'esecuzione delle sentenze della Corte Edu in materia di violenza contro le donne, sotto la supervisione del Comitato dei ministri, non solo permetta di assicurare una protezione adeguata alle ricorrenti, ma anche di dar luogo all'adozione, da parte degli Stati soccombenti, di importanti misure generali che contribuiscono a prevenire e contrastare questo fenomeno e a progredire nel percorso di sradicamento della cultura della prevaricazione dell'uomo sulla donna.

6. Conclusioni

La lotta contro l'odioso fenomeno della violenza sulle donne ha assunto un ruolo importante nell'azione del Consiglio d'Europa. L'adozione della Convenzione di Istanbul ha rappresentato un grande passo in avanti per prevenire la violenza, favorire la protezione delle vittime e impedire l'impunità dei colpevoli.

Grazie alla giurisprudenza della Corte Edu, è ormai acclarato che la Convenzione incorpora impor-

17. Si veda la Risoluzione finale del Comitato dei ministri DH(2017)425, adottata il 7 dicembre 2017.

18. *Talpis c. Italia*, cit., nota n. 8.

19. Si veda la decisione del Comitato dei ministri relativa al caso *Talpis c. Italia*, adottata alla riunione "diritti umani" tenutasi dal 5 al 7 giugno 2018.

tanti obblighi positivi a carico degli Stati membri, i quali richiedono un approccio proattivo a questo problema.

La suddetta Convenzione di Istanbul costituisce un ulteriore strumento cui la Corte può fare ricorso nell'analisi della risposta data, a livello interno, a episodi di violenza contro le donne.

L'azione del Comitato dei ministri ha permesso, in sede di esecuzione delle sentenze di Strasburgo, di arrivare all'adozione, da parte degli Stati soccombenti, di importanti misure individuali e generali.

Molto è stato fatto e questi sviluppi positivi meritano di essere rilevati. Tuttavia, non si può ignorare che la violenza contro le donne continua a rappresentare una minaccia all'uguaglianza di genere nelle società moderne e che la responsabilità di lottare contro

un fenomeno spesso sommerso, e profondamente radicato nel tessuto sociale di molti Stati, non può che essere condivisa.

Spetta, in primo luogo, alle autorità nazionali farsi artefici dell'implementazione dei principi affermati dalla Corte Edu, nonché assicurare la ratifica e il rispetto degli strumenti internazionali in materia.

La Corte europea sarà, senza dubbio, chiamata nuovamente a esaminare casi di violenza contro le donne e non mancherà di essere attenta garante dei diritti delle vittime, ma solo attraverso la creazione di una sinergia positiva e duratura tra gli Stati membri e gli organi del Consiglio d'Europa si potrà giungere a un vero cambiamento della percezione sociale e culturale del ruolo della donna nelle società in cui viviamo.

La tutela dei disabili

di *Francesco Buffa*

In un ampio panorama di pronunce della Corte a protezione dei disabili, ci si sofferma su alcune aree di intervento principali, relative alle condizioni di vita nelle case di cura o nei reparti psichiatrici, al diritto dei disabili all'accesso a luoghi ed edifici pubblici, alla deprivatione di rapporti affettivi. Sullo sfondo, fa da guida la generale esigenza di protezione speciale del disabile, anche in deroga al diritto comune, come evidenzia una recente importante sentenza della Grande Camera.

1. I settori di intervento della Corte Edu in materia di disabili

Gli interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a protezione dei disabili sono stati numerosi e relativi a diversi settori. La Corte si è occupata, tra l'altro, di casi di morte di una persona sordomuta trattenuta dalla polizia (*Jasinskis c. Lettonia*) o in una casa di cura, o in ospedale (*Nencheva e altri c. Bulgaria*), delle condizioni di detenzione del disabile (*Vincent c. Francia*; *Semikhvostov c. Russia*), di casi di molestie verbali e/o fisiche (*Đorđević c. Croazia*), di abusi sessuali (*I.C. c. Romania*), dello stupro di una persona con disabilità mentale (*X e Y c. Paesi Bassi*), fino alla sterilizzazione forzata (*Gauer e altri c. Francia*) o, in genere, al trattamento medico in mancanza di consenso (*Glass c. Regno Unito*), nonché alla privazione della capacità legale (*Shtukaturov c. Russia*); altre decisioni della Corte Edu hanno interessato gli aiuti finanziari per crescere il figlio disabile (*La Parola c. Italia*), il divieto di discriminazione (*Glor c. Svizzera*), l'istruzione (*Gherghina v. Romania*; *Çam v. Turchia*), la protezione della proprietà e dei diritti dei disabili in materia previdenziale e assistenziale (*Koua Poirrez c. Francia*; *Kjartan Ásmundsson c. Islanda*; *Draon c. Francia e Maurice c. Francia*; *Béláné Nagy c. Ungheria*).

In questa sede si vuole soffermare l'attenzione solo su alcune problematiche specifiche, trattate da importanti sentenze.

2. Condizioni di vita nelle case di cura o nei reparti psichiatrici

La tematica in rubrica è stata oggetto di pronuncia di Grande Camera nel caso *Stanev c. Bulgaria*, deciso il 17 gennaio 2012.

Si trattava di un uomo che sosteneva di essere stato messo contro la sua volontà, per molti anni, in un istituto psichiatrico sito in una remota località di montagna, in condizioni degradanti.

La sentenza ha osservato che l'art. 3 della Convenzione proibisce il trattamento inumano o degradante di chiunque si trovi sotto la custodia delle autorità, sia che si tratti di detenzione nel contesto di procedimenti penali, sia di ammissione a un'istituzione con lo scopo di proteggere la vita o la salute della persona interessata.

Nel caso di specie, anche se non c'era alcun indizio del fatto che le autorità avessero deliberatamente inteso trattare il richiedente in modo degradante, la Corte ha rilevato che, nel complesso, le condizioni di vita del ricorrente (il cibo era insufficiente e di scarsa qualità; l'edificio era scarsamente riscaldato e, in inverno, il richiedente doveva dormire nel suo cappotto; la doccia era possibile solo una volta alla settimana in un bagno antigienico e fatiscente; i servizi igienici erano in uno stato esecrabile; etc.), per un periodo di circa sette anni, integravano gli estremi dell'«*inhuman and degrading treatment*», in violazione dell'art. 3 Cedu.

3. Accesso a luoghi ed edifici pubblici

In un contesto che vede una pluralità di strumenti internazionali ed europei volti a promuovere i diritti e la piena partecipazione delle persone con disabilità nella società (si vedano le varie raccomandazioni nn. R(92)6 e Rec(2006)5 del Comitato dei ministri, le raccomandazioni nn. 1185 (1992) e 1592 (2003) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nonché naturalmente la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e l'intera disciplina antidiscriminatoria di matrice comunitaria), il tema dell'eliminazione delle barriere architettoniche è emerso in diverse sentenze della Corte Edu, con esiti del tutto insoddisfacenti.

Nel caso *Botta c. Italia*, del 24 febbraio 1998, ove il problema si era posto con riferimento alla mancanza di dotazione degli stabilimenti balneari per consentire alle persone disabili di accedere alla spiaggia e al mare, la Corte ha ritenuto che l'art. 8 non fosse applicabile nel caso, per difetto di specifica vicinanza o connessione dello stabilimento con il luogo di normale residenza del ricorrente.

Nel caso *Zehnalova e Zehnal c. Repubblica Ceca*, del 14 maggio 2002, il tema è stato esaminato con riferimento agli edifici pubblici e agli edifici aperti al pubblico nella città natale dei ricorrenti; anche qui, però, la Corte ha ritenuto la domanda inammissibile, per difetto di prova circa l'esistenza di un legame specifico tra gli edifici in questione e le esigenze particolari della vita privata dei ricorrenti, col risultato paradossale che la domanda, proprio perché indicava analiticamente un gran numero di edifici della città, è stata ritenuta generica.

La Corte evidenzia, peraltro, che gli obblighi positivi imposti agli Stati dall'art. 8 al fine della tutela della vita privata dei cittadini vanno inquadrati nell'ampio margine di apprezzamento che hanno gli Stati in materia per quanto riguarda la scelta dei mezzi da impiegare per adempiere agli obblighi previsti dalla legislazione in materia, al fine di realizzare un giusto equilibrio tra gli interessi confliggenti che fanno capo all'individuo e alla comunità nel suo complesso (tanto più se le questioni in gioco implicano una valutazione delle priorità nel contesto dell'attribuzione di risorse statali limitate; si veda pure, sul tema, *Draon c. Francia*).

In *Gherghina c. Romania* [GC], 9 luglio 2015, si poneva la questione dell'inaccessibilità degli edifici universitari e giudiziari, sicché il ricorrente, studente disabile che soffriva di una grave compromissione dell'apparato locomotore degli arti inferiori, lamentava l'impossibilità di conseguire un titolo di istruzione superiore.

La domanda aveva passato il filtro della valutazione di ammissibilità, in quanto il ricorrente aveva precisato che non si era rivolto ai tribunali competenti

per porre rimedio alla situazione non solo in ragione dell'assenza di precedenti in materia di accessibilità e dell'assenza, nella legislazione, di termini per il completamento dei miglioramenti dell'accessibilità degli edifici pubblici, ma anche perché gli edifici adibiti a sede dei tribunali in questione erano essi stessi inaccessibili ai disabili. Una volta comunicato al Governo, successivamente il caso era addirittura confluito alla Grande Camera.

La ricerca comparata fatta per il caso aveva evidenziato che, oltre a esservi una forte disciplina antidiscriminatoria, specie di derivazione comunitaria, le discipline – di normazione primaria e secondaria – di quasi tutti gli Stati membri affermano che la mancanza di accesso o l'accesso inadeguato sono considerati come una discriminazione verso le persone a mobilità ridotta e perseguono un approccio inclusivo delle persone affette da disabilità nel campo dell'istruzione superiore.

La Grande Camera ha, tuttavia, ritenuto la domanda del ricorrente inammissibile, affermando che quest'ultimo, che comunque avrebbe potuto rivolgersi ai tribunali per il tramite di un rappresentante o mediante l'invio dei documenti per posta, avrebbe potuto richiedere un ordine giudiziale cautelare che imponesse all'università di installare una rampa di accesso per disabili; inoltre, avrebbe potuto comunque ottenere il risarcimento dei danni, anche non-patrimoniali, per l'impossibilità di proseguire gli studi universitari alle stesse condizioni degli altri studenti.

Quanto queste soluzioni giurisprudenziali evidenziate nel paragrafo siano soddisfacenti ognuno, abile o disabile che sia, è in grado di vedere.

4. Deprivazione di rapporti affettivi

La Corte Edu è intervenuta, in alcune occasioni, in relazione alla vita affettiva del disabile.

In *Lashin c. Russia*, veniva in questione il diritto di un disabile – dichiarato legalmente incapace a causa di un disturbo mentale – a sposarsi, in presenza di proibizione espressa del codice russo. La Corte ha, tuttavia, assorbito lo specifico motivo di ricorso sul punto (interessante resta, però, lo studio fatto dalla Divisione ricerca della Corte in vista della camera di consiglio, nella quale si evidenzia che solo in una minoranza degli Stati vi è un divieto esplicito del diritto di sposarsi per le persone mentalmente disabili).

Nel caso *Kutzner c. Germania*, deciso il 26 febbraio 2002, si trattava della separazione dei figli dai loro genitori e delle restrizioni sui relativi successivi contatti, a causa della presunta mancanza di capacità intellettuale dei genitori disabili di crescere i figli in modo corretto (come accertato, nel caso, da esperto nominato dal tribunale tedesco).

Per ragioni correlate alla capacità intellettuale riferita alla gestione e all'educazione della prole, ai ricorrenti era stata dunque tolta la potestà sulle loro figlie, conseguentemente collocate presso casa famiglia e, poi, in affidamento presso altra famiglia.

La Corte ha ritenuto all'unanimità che vi fosse stata violazione dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita familiare) della Convenzione.

La Corte ha riconosciuto che il collocamento dei figli nella casa famiglia e presso gli affidatari, uniti alle restrizioni al contatto tra i genitori e i loro figli hanno comportato un'interferenza con il diritto dei richiedenti al rispetto della loro vita familiare; tali misure erano, tuttavia, prescritte dalla legge e perseguivano gli scopi legittimi di proteggere la salute e la morale nonché i "diritti e le libertà dei bambini".

Per quanto riguarda il fatto che le misure fossero necessarie in una società democratica, sia l'ordine per la collocazione dei bambini sia l'attuazione di una misura così radicale che li separava dai loro genitori era stato inappropriato (oltre che l'effetto di controverse affermazioni degli psicologi e dei medici intervenuti nella procedura); soprattutto, non era stato asserito in alcun modo che i bambini fossero stati trascurati o maltrattati dai genitori. Né le autorità e i tribunali nazionali avevano tenuto in sufficiente considerazione l'attuazione di misure aggiuntive, o alternative, che fossero meno radicali della separazione e più conformi alla tutela dell'interesse superiore dei bambini.

La Corte ha quindi concluso che, sebbene i motivi dell'intervento statale fossero fondati, essi non erano tuttavia sufficienti a fondare la soluzione radicale attuata, sicché, nonostante il margine di apprezzamento delle autorità nazionali, l'interferenza non era stata proporzionata agli scopi legittimi perseguiti.

5. Esigenza di protezione speciale e deroghe al diritto comune

La principale sentenza in materia è resa dalla Grande Camera nel caso *Centro delle risorse giuridiche per conto di Valentin Câmpeanu c. Romania*, deciso il 17 luglio 2014.

La domanda era stata presentata da un'organizzazione non governativa (ong) per conto di Valentin Câmpeanu, morto nel 2004 all'età di 18 anni in un ospedale psichiatrico, il quale, abbandonato alla nascita e inserito in un orfanotrofio, era fin da bambino sieropositivo e affetto da una grave disabilità mentale.

In questo caso, la Grande Camera ha ritenuto la sussistenza di una violazione dell'art. 2 della Convenzione, sia nei suoi aspetti sostanziali sia in quelli procedurali.

La Corte ha, in particolare, accertato: che Valen-

tin Câmpeanu era stato collocato in strutture sanitarie che non erano attrezzate per fornire un'assistenza adeguata alle sue condizioni; che il paziente era stato trasferito da un'unità all'altra senza una diagnosi adeguata; che le autorità non erano riuscite a garantire il trattamento appropriato con farmaci antiretrovirali.

Secondo la Corte, le autorità, consapevoli della difficile situazione esistente – mancanza di personale, cibo insufficiente e mancanza di riscaldamento – nell'ospedale psichiatrico in cui era stato collocato, avevano irragionevolmente messo la vita del paziente in pericolo, senza poi condurre un'indagine efficace sulle circostanze della sua morte.

La Corte ha anche riscontrato una violazione dell'art. 13 (diritto a un rimedio effettivo) della Convenzione, in combinato disposto con l'art. 2, considerando che lo Stato rumeno non era riuscito a fornire un meccanismo appropriato di riparazione a persone con disabilità mentali dichiaranti di essere vittime ai sensi dell'art. 2.

Infine, ritenendo che le violazioni della Cedu, nel caso di Valentin Câmpeanu, riflettessero un problema più ampio, la Grande Camera, ai sensi dell'art. 46 (forza vincolante ed esecuzione delle sentenze) della Convenzione, ha raccomandato alla Romania di prendere le necessarie misure generali per garantire che le persone con disabilità mentali in una situazione analoga possano beneficiare di un rappresentante indipendente, che possa richiedere tutela giurisdizionale per loro conto in ordine alla loro salute e alle cure necessarie.

Al di là della particolare congiuntura negativa – ed estrema – del caso, va rilevato che la Grande Camera ha affermato che il disabile, sia pure in tali eccezionali circostanze, è meritevole di una speciale protezione ai sensi della Convenzione, idonea anche a consentire deroghe al diritto comune. Nel caso in esame, infatti, la Corte ha ammesso la ong non solo ad agire in giudizio per conto del disabile, nonostante il suo già avvenuto decesso, ma anche a rappresentare quest'ultimo nonostante l'assenza di qualsiasi incarico in tal senso, e anche in mancanza di procedure giudiziarie interne, in deroga alla regola del previo esaurimento dei ricorsi interni.

Ai punti 105 e 112 della sentenza vi sono le argomentazioni che portano la Corte, in modo rivoluzionario e con un balzo giurisprudenziale progressivo estremo, ad ampliare l'area della tutela dei diritti in favore dei disabili, in vista dell'effettività della Convenzione:

«105. *In the Court's view the present case does not fall easily into any of the categories covered by the above case-law and thus raises a difficult question of interpretation of the Convention relating to the standing of the CLR. In addressing this question*

the Court will take into account the fact that the Convention must be interpreted as guaranteeing rights which are practical and effective as opposed to theoretical and illusory (see *Artico v. Italy*, 13 May 1980, § 33, Series A no. 37, and the authorities cited therein). *It must also bear in mind that the Court's judgments "serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties" (see Ireland v. the United Kingdom, 18 January 1978, § 154, Series A no. 25, and Konstantin Markin v. Russia [GC], no. 30078/06, § 89, ECHR 2012)*».

Dunque, la Corte ammette deroghe al diritto comune perché la sua applicazione equivarrebbe a impedire che accuse così gravi di una violazione della Convenzione vengano esaminate a livello internazionale, con il rischio che lo Stato convenuto possa sfuggire alla responsabilità ai sensi della Cedu (per esempio, a causa della mancata nomina di un rappresentante legale ad agire per conto del disabile, o a causa della sua morte). E, dice la Corte, permettere allo Stato convenuto di eludere la responsabilità in questo modo non sarebbe coerente con lo spirito generale della Convenzione, né con l'obbligo delle Alte Parti Contraenti, ai sensi dell'art. 34 Cedu, di non ostacolare in alcun modo l'esercizio effettivo del diritto di portare una domanda davanti alla Corte.

Il diritto alla verità nei casi di *gross violation* nella giurisprudenza Cedu e della Corte interamericana dei diritti umani*

di Roberto Giovanni Conti

La verità è concetto che, in questi anni, si è continuato ad agitare in vari ambiti e discipline. Il contributo intende tracciare un ideale filo conduttore fra esperienze culturali, politiche e normative “distanti” che vengono, tuttavia, a collegarsi e intrecciarsi grazie alla straordinaria forza dei diritti fondamentali in gioco, alcuni dei quali ancora da decodificare e comprendere, la cui dimensione sovraindividuale non li distacca dalla loro riconducibilità prima alle persone e alle storie che hanno coinvolto i loro cari.

*La Giustizia siede in alto, con la spada in una mano e il codice nell'altra.
Un po' più in basso, al suo fianco destro, sta la Legge.
A sinistra, la Forza. E la Verità?*

(M.R. Cutrufelli, *I bambini della ginestra*, Frassinelli, Milano, 2012, p. 240)

1. Premesse

Ritengo che la possibilità offertami di partecipare a questo incontro, nel quale emerge, ancora una volta, la vocazione al dialogo del suo principale artefice, Antonio Ruggeri, costituisca un'irripetibile occasione di studio e confronto, capace di disvelare tematiche sulle quali non credo che il mondo europeo abbia ancora discusso adeguatamente e che, al contrario, proprio grazie all'esperienza maturata nei Paesi sudamericani, meriti un'attenzione assolutamente particolare.

D'altra parte, l'essere unico giudice di Corte di cassazione italiana presente fra gli interventori mi lusinga enormemente, sentendo forte il dovere di of-

frire alla comunità degli operatori del diritto alcuni *imput* che mi sono apparsi, nel corso di questa riflessione, assolutamente centrali sia per la formazione dei giuristi che per l'esistenza stessa delle democrazie occidentali.

Questo intervento nasce quasi occasionalmente da un incontro avuto qualche tempo fa presso l'avvocatura dello Stato di Rio de Janeiro. L'avvocata generale dello Stato, Grace Maria Fernandes Mendonça, in quell'occasione¹ accennò alla vicenda della legge sull'amnistia introdotta in Brasile all'indomani della fine della dittatura. Disciplina normativa che la Corte suprema brasiliana aveva ritenuto compatibile con la Costituzione brasiliana e che, per converso,

* Intervento al convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Messina nei giorni 10 e 11 settembre 2018, sul tema «Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto», destinato alla pubblicazione degli atti del convegno a cura di A. Ruggeri e R. Romboli.

1. Si trattava di un incontro dedicato al tema del ruolo e del carattere dei precedenti delle Corti supreme brasiliane e italiana, nel corso del quale chi scrive aveva accennato alla vocazione sovranazionale delle corti domestiche e della cd. nomofilachia europea, che la nostra Corte di cassazione mostra di avere intrapreso da qualche anno a questa parte.

era stata ritenuta essere in violazione della Carta interamericana dei diritti fondamentali, determinando non pochi dubbi in ordine alle misure da adottare per il futuro.

Le preoccupazioni espresse in ordine al “che fare” dopo la decisione della Corte interamericana dei diritti umani mi colpiscono per la prontezza con la quale l’avvocata generale aveva raccolto la provocazione da me lanciata, ma non riuscirono, nell’immediatezza, a farmi cogliere la formidabile rilevanza di quell’intervento che, invece, tornato in Italia, ho potuto cogliere in tutta la sua portata, accostandomi a questa ricerca comparatistica fra le due Corti sovranazionali sul tema del diritto alla verità rispetto a crimini che hanno attentato al nucleo della persona umana, degradando e annientando la dignità dell’essere umano.

Interesse che, per l’un verso, attiene al ruolo e alla portata del diritto alla verità ma che, per altro verso, consente di dimostrare quanto siano comuni i dubbi circa il ruolo e la portata dei diritti fondamentali di più recente fattura delle due Carte internazionali dei diritti fondamentali e delle giurisdizioni sovranazionali prima – e, a cascata, nazionali – che le animano continuamente, la forza ed efficacia delle relative decisioni, le ricadute che esse sono in grado di operare negli ordinamenti dei Paesi membri, che pure hanno convintamente recepito e prestato adesione a quelle Carte.

Difficoltà e dubbi che chiamano, allora, gli operatori del diritto a un’analisi congiunta che si muove su ambiti territoriali e socio-politici davvero diversi, ma non per questo meno feconda per indagini comparatistiche, sulla rilevanza delle quali la migliore dottrina costituzionalistica non ha mancato di insistere ormai da tempo², in ogni caso capaci di alimentare nel modo più completo possibile una ricerca che si profila feconda e di grande rilevanza. Tale fecondità nasce, a sommeso giudizio di chi scrive, dall’essere essa idonea a lambire territori fin qui inesplorati, al punto da toccare ambiti di violazioni apparentemente estranei al tema del diritto alla non impunità classico – si pensi alle violazioni fiscali di rilevante gravità in danno dell’Unione europea –, ma che tendono ad avvicinarsi approfondendo una dimensione che si gioca, ancora una volta, sulla matrice plurale del diritto alla verità, come già detto, per l’un verso, “personale” delle vittime e dei loro familiari e, per altro verso, dichiaratamente pubblica e collettiva.

Se, dunque, si segue questa prospettiva, il compito del giurista – o forse anche di professionalità diverse – non sarà soltanto quello di approfondire le questioni giuridiche sottese al diritto alla verità, ma

anche di conoscere e approfondire le vicende che quei diritti mettono in campo e, in tal modo, di aprirsi alla conoscenza dei fatti e delle condotte che chiamano lo Stato a dare delle risposte a questo diritto alla verità secondo quanto si cercherà di approfondire nella parte finale del presente intervento.

2. La Corte Idu e le leggi di auto-amnistia e premiali rispetto a gravi violazioni dei diritti dell’uomo

La Corte interamericana ha giocato un ruolo di primaria importanza nella determinazione del contenuto del diritto alla verità per violazioni dei diritti umani di particolare gravità.

Si ricorda quale *leading case*, a questo proposito, Corte interamericana – d’ora in avanti, *breviter*, Idu – *Barrios Altos c. Perù*, 14 marzo 2001, che, occupandosi delle leggi di amnistia peruviane successive alla dittatura, ritenne inammissibili tutte le disposizioni in materia di amnistia e di prescrizione nonché l’adozione di misure finalizzate a escludere l’accertamento delle responsabilità dei soggetti coinvolti, perché esse mirano a impedire le indagini e la punizione dei responsabili di gravi violazioni dei diritti umani quali la tortura, le esecuzioni sommarie, arbitrarie o extragiudiziali e le sparizioni forzate, tutte proibite perché violano i diritti inderogabili riconosciuti dal diritto internazionale relativo ai diritti umani.

In questa occasione, la Corte internazionale di San José ebbe espressamente a riconoscere che quelle leggi avevano impedito ai prossimi congiunti delle vittime e alle vittime sopravvissute di essere sentite da un giudice, violando il diritto alla tutela giurisdizionale allorché erano state impedito le indagini e si erano ostacolati l’accertamento dei fatti, la cattura, il perseguimento e la condanna dei responsabili degli eventi accaduti a Barrios Alto. Tutto ciò in violazione dell’art. 1, par. 1, e dell’art. 2 della Convenzione americana sui diritti umani del 1969. Tali disposizioni contengono gli obblighi generali ai quali sono tenuti gli Stati contraenti al fine di adottare tutte le misure necessarie ad assicurare che nessuno sia privato della tutela giurisdizionale e dell’esercizio del diritto a un ricorso semplice ed efficace ai sensi degli artt. 8 e 25 della medesima Convenzione.

In tale occasione, la Corte Idu sottolineava che le leggi di auto-amnistia lasciano le vittime prive di difesa e perpetuano l’impunità, precludendo l’individuazione dei responsabili delle violazioni dei diritti

2. A. Ruggeri, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in *Diritti comparati*, 28 luglio 2015, disponibile online (www.diritticomparati.it/comparazione-giuridica-e-certezza-del-diritto-costituzionale/).

umani e impedendo «alle vittime e ai loro prossimi congiunti di conoscere la verità e di ricevere la corrispondente riparazione».

È, peraltro, la stessa Corte a insistere sulla dimensione “plurale” del diritto alla verità, quando ha avuto modo di chiarire la proiezione collettiva di tale diritto, così pronunciandosi a proposito dei contenuti del diritto alla verità³.

Per le ragioni ora esposte e per la manifesta incompatibilità delle leggi di auto-amnistia con la Convenzione Idu, queste ultime dovevano ritenersi prive di effetto giuridico e inidonee a ostacolare il corso delle indagini volte ad accertare e punire i responsabili.

Questa posizione, che si è andata sedimentando nella giurisprudenza della Corte Idu, è stata ulteriormente confermata in una vicenda relativa, ancora una volta, a una legge di amnistia peruviana. In tale occasione la Corte, chiamata a verificare se l'assoluzione pronunciata in base a una legge di amnistia potesse determinare il divieto di doppia incriminazione a carico del responsabile che, dapprima prosciolto, era stato nuovamente sottoposto a processo penale e condannato, ha escluso che il principio del *ne bis in idem* fosse applicabile quando il procedimento conclusosi con l'archiviazione o con l'assoluzione dell'autore di una violazione dei diritti umani, in violazione del diritto internazionale, abbia avuto l'effetto di sottrarre l'imputato alla responsabilità penale, o quando esso non sia stato condotto con indipendenza, imparzialità e nel rispetto delle procedure previste dalla legge – Corte Idu, *La Cantuta c. Perù*, 29 novembre 2006.

Con riguardo a un caso di sparizioni forzate che era rimasto impunito per la legislazione peruviana, Corte Idu, *Anzualdo Castro c. Perù*, 22 settembre 2009, ha ribadito che lo Stato non poteva invocare o applicare una legge o una disposizione giuridica interna, presente o futura, per non ottemperare alla decisione della Corte di indagare e, se del caso, punire penalmente i responsabili dei fatti. Da qui l'affermazione

netta che «lo Stato non può più applicare leggi di amnistia prive di effetti giuridici, presenti o futuri, o invocare concetti quali la prescrizione delle azioni penali, il principio della *res iudicata* e la garanzia della doppia incriminazione, o ricorrere a qualsiasi altra misura finalizzata a escludere la responsabilità al fine di sottrarsi al suo dovere di indagare e punire i responsabili».

Corte Idu, *Gelman c. Uruguay*, 24 febbraio 2011, ha poi ulteriormente specificato che, nel diritto internazionale, l'obbligo di indagare sulle violazioni dei diritti umani rientra tra le misure positive che gli Stati debbono adottare al fine di garantire i diritti riconosciuti nella Convenzione, integrando «un obbligo di mezzi piuttosto che di risultati, che lo Stato deve assumere in quanto obbligo giuridico e non in quanto pura formalità predestinata a essere inefficace e dipendente dall'iniziativa procedurale delle vittime o dei loro prossimi congiunti o dalla presentazione di prove da parte di privati». Per tale motivo, gli Stati debbono prevenire, indagare e punire tutte le violazioni dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, e debbono inoltre adoperarsi per ristabilire, se possibile, il diritto violato e, se necessario, riparare il danno causato dalla violazione dei diritti umani.

In tale occasione, la Corte Idu non mancò di sottolineare che essa Corte, la Commissione interamericana per i diritti umani, gli organi delle Nazioni Unite⁴ e altri organi regionali o universali per la tutela dei diritti umani, pronunciando in numerosi casi resi nei confronti di diversi Paesi latino americani – oltre ai casi già ricordati di Perù e Brasile, anche quelli nei confronti di Haiti⁵, Cile⁶, El Salvador⁷, Uruguay⁸, Argentina⁹, – si erano pronunciati sull'incompatibilità delle leggi di amnistia relative a gravi violazioni dei diritti umani e delle altre misure legislative analoghe che impediscono o pongono fine alle indagini e ai giudizi nei confronti di agenti di uno Stato che potrebbero essere responsabili di gravi violazioni della Dichiarazione americana o della Convenzione.

3. Corte Idu, *Gelman c. Uruguay*, 24 febbraio 2011, par. 192: «The satisfaction of the collective dimension of the right to truth requires the procedural determination of the most complete historical record possible. This determination must include a description of the patterns of joint action and should identify all those who participated in various ways in the violations and their corresponding responsibilities».

4. Si veda il *Report* pubblicato dalla Commissione Onu per i diritti umani, *Promotion and protection of human rights. Study on the right to the truth*, a cura dell'ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, febbraio 2006, www.refworld.org/docid/46822b6c2.html.

5. Commissione Idu, Rapporto n. 8/00, caso n. 11.378, 24 febbraio 2000.

6. Corte Idu, *Almonacid Arellano c. Cile*, 26 settembre 2006, relativo al decreto-legge n. 2191/78 contenente l'amnistia per i crimini commessi dal regime di Pinochet tra il 1973 ed il 1978.

7. Comm. Idu, Rapporto n. 1/99, caso n. 10.480, 27 febbraio 1999.

8. Corte Idu, *Gelman c. Uruguay*. cit.

9. Commissione Idu, Rapporto n. 28/92, casi nn. 10147, 10240, 10262, 10309 e 10311, 2 ottobre 1992.

3. La *cross-fertilization* dei principi della Corte Idu sulla Corte Edu

A fronte di una tendenza generale che, secondo la dottrina, avrebbe visto la Corte Edu come giurisdizione trainante dei colleghi della Corte interamericana nello sviluppo delle linee giurisprudenziali in tema di diritti fondamentali tutelati dalla Carta di San Josè, il tema qui in discussione ha costituito uno dei terreni privilegiati in cui i richiami al sistema interamericano da parte della Corte Edu¹⁰ sono assai rilevanti¹¹.

E infatti, la Corte Edu ha recepito alcuni dei principi espressi dalla giurisprudenza della Corte Idu a proposito dell'aggressione di persone in violazione degli artt. 2 e 3 Cedu.

Il *leading case* in materia è stato originato dalle vicende che avevano coinvolto un generale croato in crimini efferati – omicidio volontario di civili, gravi lesioni causate a un minore – in occasione del conflitto serbo-croato.

La Grande Camera della Corte europea – *Marguš c. Croazia*, 27 aprile 2014 –, a proposito dell'introduzione di una legge croata che aveva eliminato gli effetti dell'amnistia precedentemente concessa per crimini contro l'umanità, uniformandosi ai principi espressi dalla Corte Idu nella ricordata sentenza *La Cantuta c. Perù*, non ha mancato di sottolineare che il divieto di *bis in idem* garantito dall'art. 4 Protocollo n. 7 annesso alla Cedu va interpretato alla luce degli artt. 2 e 3 Cedu, i quali, prevedendo la tutela della vita e il divieto di tortura come valori fondamentali dell'intera Convenzione, impongono un bilanciamento con la garanzia di cui al ricordato art. 4. La Grande Camera ha quindi riconosciuto che gli obblighi di tutelare il diritto alla vita, ai sensi dell'art. 2 Cedu, e di assicurare una protezione contro i maltrattamenti ai sensi dell'art. 3 Cedu, in combinato disposto con l'obbligo generale degli Stati, ai sensi dell'art. 1 Cedu, di riconoscere a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà indicati nella Convenzione, esigono implicitamente anche che debba esservi qualche forma di indagine ufficiale effettiva quando delle persone sono state uccise a seguito dell'uso della forza. La Corte Edu, in piena sintonia con quanto riconosciuto dai giudici della Corte Idu, ha sottolineato che l'Alto Commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite aveva già avuto modo di affermare che amnistie e altre misure analoghe «contribuisco-

no all'impunità e costituiscono un ostacolo al diritto alla verità in quanto bloccano le indagini sui fatti nel merito, e sono pertanto incompatibili con gli obblighi spettanti agli Stati in virtù di diverse fonti di diritto internazionale», aggiungendo, «per quanto riguarda il falso dilemma tra pace e riconciliazione da un lato, e giustizia dall'altro», che «le amnistie che esonerano i responsabili di crimini atroci dalle sanzioni penali, nella speranza di assicurare la pace, spesso non sono riuscite a conseguire il loro obiettivo e hanno, invece, incoraggiato i loro beneficiari a commettere ulteriori crimini. Per contro, si sono conclusi accordi di pace senza prevedere amnistie in alcune situazioni in cui si era detto che l'amnistia era una condizione necessaria per la pace e molti temevano che le imputazioni avrebbero prolungato il conflitto» (sentenza cit., par. 61).

La sentenza, peraltro, si segnala per la particolare accuratezza con la quale il giudice europeo ha affrontato il tema, avendo riscontrato l'assenza di *consensus* da parte dei singoli Stati in ordine alle condizioni capaci di limitare l'uso di leggi di amnistia in caso di *gross violation* dei diritti umani. Questa verifica, che in astratto avrebbe potuto determinare un atteggiamento elastico della Corte in favore di un ampio margine di accertamento in favore degli Stati parti, non ha per converso attenuato la protezione offerta dal giudice europeo alle vittime. La Corte, confermando la sua vocazione all'apertura verso le carte internazionali dei diritti e il diritto internazionale, ha ritenuto che la Cedu e i suoi Protocolli non possono essere interpretati isolatamente, dovendo operare in armonia con i principi generali del diritto internazionale di cui fanno parte. Tale opzione, peraltro, non ha determinato un appiattimento incondizionato del giudice di Strasburgo a quanto affermato sul piano internazionale. La Corte ha, infatti, attentamente ponderato l'argomento di alcuni soggetti intervenuti nel procedimento, che avevano sottolineato la mancanza di accordo tra gli Stati a livello internazionale quando si tratta di vietare senza eccezioni la concessione di amnistie per gravi violazioni di diritti umani fondamentali, compresi quelli previsti dagli artt. 2 e 3 della Convenzione. Tale circostanza non ha, però, impedito al giudice europeo di riconoscere che «non erano accettabili amnistie in relazione a gravi violazioni di diritti umani fondamentali, poiché tali amnistie avrebbero gravemente compromesso il dovere degli Stati di

10. Si veda, sul punto, l'analisi approfondita di J.A. Sweeney, *The Elusive Right to Truth in Transitional Human Rights Jurisprudence*, in *International and comparative law Quarterly*, vol. 67, n. 2/2018, pp. 353-387 (pubblicato online il 12 dicembre 2017: <https://doi.org/10.1017/S0020589317000586>).

11. A. Di Stasi, *La Corte interamericana e la Corte europea dei diritti dell'uomo da un trans-regional judicial dialouge ad una cross-fertilization?*, in L. Casseti - A. Di Stasi - C.L. Arroyo (a cura di), *La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Jovene, Napoli, 2014, pp. 16 e 20.

indagare sui colpevoli di tali atti e di punirli». Da qui la conclusione che «Anche se si dovesse accettare che tali amnistie siano possibili in presenza di particolari circostanze, quali un processo di riconciliazione e/o una forma di risarcimento per le vittime, l'amnistia concessa al ricorrente nel caso di specie risulterebbe comunque inaccettabile» in assenza di prova di risarcimento dei danni per le vittime (sentenza cit., par. 139).

4. Torture, maltrattamenti e lesioni perpetuate dalle forze di polizia all'interno della scuola «Diaz» e della caserma di Bolzaneto in occasione del G8

La riunione del G8 svoltasi nel 2001 a Genova è rimasta tristemente famosa per gli atti di particolare violenza perpetrati da appartenenti alle forze dell'ordine nei confronti dei manifestanti che si erano opposti all'incontro dei capi di Stato delle otto superpotenze mondiali.

Le violenze perpetuate all'interno della scuola «Diaz» e della caserma di Bolzaneto¹² trovano una descrizione nitida e cruda dapprima nelle sentenze rese

dalla Cassazione penale sulla vicenda¹³ e, poi, nelle sentenze dei giudici europei che, *a posteriori*, hanno ricostruito i fatti accertando pesanti responsabilità dello Stato italiano¹⁴.

Nella prima sentenza – *Cestaro c. Italia*, 7 aprile 2015 – la Corte Edu ha ricordato che «quando un individuo sostiene in maniera difendibile di avere subito, da parte della polizia o di altri servizi analoghi dello Stato, un trattamento contrario all'articolo 3, tale disposizione, combinata con il dovere generale imposto allo Stato dall'articolo 1 della Convenzione di “riconoscere a ogni persona sottoposta alla [sua] giurisdizione i diritti e le libertà definiti (...) [nella] Convenzione”, richiede, per implicazione, che vi sia un'inchiesta ufficiale effettiva. Tale inchiesta deve poter portare all'identificazione e alla punizione dei responsabili. Se così non fosse, nonostante la sua importanza fondamentale, il divieto legale generale della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti sarebbe inefficace nella pratica, e sarebbe possibile in alcuni casi per gli agenti dello Stato calpestare, godendo di una quasi impunità, i diritti di coloro che sono sottoposti al loro controllo». La Corte ha poi aggiunto che l'inchiesta deve essere effettiva e celere, in modo da permettere di identificare e di perseguire i responsabili e di giungere all'ac-

12. Vds., in tema, G. Ziccardi Capaldo, *Giudice interno, reato di tortura e maltrattamenti: un nuovo approccio allo jus cogens human rights per contrastare l'impunità*, in E. Triggini (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, vol. I, Cacucci, Bari, 2017, p. 399.

13. cfr. Cass. pen., n. 38085/2012: «(...) il Collegio non può esimersi dal rilevare che le sentenze di entrambi i giudici del merito hanno messo in evidenza come sia stato dimostrato nei processi, né sia stato oggetto di particolare contestazione, che le violenze perpetrate dalla polizia nel corso dell'intervento presso la scuola “Diaz-Pertini” siano state di una gravità inusitata, che prescinde dal loro esito lesivo, già di per sé rilevante, se si considera il numero delle persone ferite ed in particolare quello delle persone che hanno subito gravi lesioni. L'assoluta gravità sta nel fatto che le violenze, generalizzate in tutti gli ambienti della scuola, si sono scatenate contro persone all'evidenza inermi, alcune dormienti, altre già in atteggiamento di sottomissione con le mani alzate e, spesso, con la loro posizione seduta, in manifesta attesa di disposizioni, così da potersi dire che s'era trattato di violenza non giustificata e, come correttamente rilevato dal Procuratore generale ricorrente, punitiva, vendicativa e diretta all'umiliazione ed alla sofferenza fisica e mentale delle vittime (in sentenza sono riportati diffusamente gli insulti e le minacce rivolte dai poliziotti a tutti, giovani, anziani, e giornalisti, cui erano indirizzate specifiche accuse per quanto riportato sulla stampa sullo svolgersi dei fatti di quei giorni). Puro esercizio di violenza quindi”. Vds., invece, sui fatti commessi all'interno della Caserma di Bolzaneto, Cass. pen., 10 settembre 2013, n. 37088.

14. Cfr. Corte Edu *Blair e altri c. Italia*, 26 ottobre 2017, parr. 97 e 98: «Pertanto, la Corte considera accertate sia le aggressioni fisiche e verbali lamentate dai ricorrenti che le conseguenze derivanti da queste ultime. Essa constata in particolare quanto segue: – fin dal loro arrivo alla caserma di Bolzaneto, ai ricorrenti è stato vietato di alzare la testa e guardare gli agenti che li circondavano; coloro che erano stati arrestati alla scuola Diaz-Pertini sono stati marchiati con una croce sulla guancia fatta con un pennarello; tutti i ricorrenti sono stati costretti a rimanere immobili, con le braccia e le gambe divaricate, di fronte alle grate all'esterno della caserma; la stessa posizione vessatoria è stata imposta a ciascuno all'interno delle celle; – all'interno della caserma, i ricorrenti erano costretti a muoversi piegati in avanti e con la testa bassa; in questa posizione, dovevano attraversare “il tunnel di agenti”, ossia il corridoio della caserma nel quale alcuni agenti si mettevano da ciascun lato per minacciarli, colpirli e lanciare loro insulti di carattere politico o sessuale (par. 59 *supra*); – durante le visite mediche, i ricorrenti sono stati oggetto di commenti, di umiliazioni e a volte di minacce da parte del personale medico o degli agenti di polizia presenti; – gli effetti personali dei ricorrenti sono stati confiscati, o addirittura distrutti in maniera aleatoria; – tenuto conto dell'esiguità della caserma di Bolzaneto nonché del numero e della ripetizione degli episodi di brutalità, tutti gli agenti e i funzionari di polizia presenti erano consapevoli delle violenze commesse dai loro colleghi o dai loro subalterni; – i fatti di causa non si possono ricondurre a un periodo determinato durante il quale, senza che questo possa in alcun modo giustificarlo, la tensione e le passioni esacerbate avrebbero portato a questi eccessi: tali fatti si sono svolti durante un lasso di tempo considerevole, ossia nella notte tra il 20 e il 21 luglio, e il 23 luglio, il che significa che varie squadre di agenti si sono avvicinate all'interno della caserma senza alcuna diminuzione significativa in frequenza o in intensità degli episodi di violenza. 98. Per quanto riguarda i racconti individuali dei ricorrenti, la Corte può solo constatare la gravità dei fatti descritti dagli interessati. Ciò che emerge dal materiale probatorio dimostra nettamente che i ricorrenti, che non hanno opposto alcuna forma di resistenza fisica agli agenti, sono stati vittime di una successione continua e sistematica di atti di violenza che hanno provocato vive sofferenze fisiche e psicologiche».

certamento delle responsabilità penali e disciplinari. Tali misure, prosegue la Corte, sono fondamentali se si vuole preservare l'effetto dissuasivo del sistema giudiziario vigente e il ruolo che esso è tenuto a esercitare nella prevenzione delle violazioni del divieto di maltrattamenti. Quanto all'adeguatezza della sanzione, direttamente collegata alle circostanze particolari della causa determinata, la Corte ha ricordato che in materia di tortura o di maltrattamenti inflitti da parte di agenti dello Stato, l'azione penale non dovrebbe estinguersi per effetto della prescrizione, né di amnistie e della concessione della grazia, pure precisando la contrarietà di altre misure premiali – sospensione condizionale dell'esecuzione della pena, liberazione anticipata. D'altra parte, l'assenza di una legislazione penale sufficiente per prevenire e punire effettivamente gli autori di atti contrari all'art. 3 Cedu non poteva, secondo la Corte Edu, impedire alle autorità di perseguire le offese a questo valore fondamentale delle società democratiche, di valutarne la gravità, di pronunciare pene adeguate e di escludere l'applicazione di qualsiasi misura che possa alleggerire eccessivamente la sanzione, a scapito del suo effetto preventivo e dissuasivo.

Ai fini dell'accertamento della violazione degli obblighi procedurali sanciti dall'art. 3 Cedu è stata decisiva la circostanza che, al termine del procedimento penale, nessuno era stato condannato per i maltrattamenti perpetrati nella scuola «Diaz» nei confronti del ricorrente, in quanto i delitti di lesioni semplici e aggravate si erano estinti per prescrizione. In effetti, le condanne confermate dalla Corte di cassazione riguardano, piuttosto, i tentativi di giustificazione di questi maltrattamenti e l'assenza di base fattuale e giuridica per l'arresto degli occupanti della scuola. Per di più, le pene erano state ridotte di tre anni in applicazione della legge n. 246 del 29 luglio 2006, che stabiliva le condizioni da soddisfare per ottenere l'indulto. Da ciò era conseguito che i condannati avrebbero dovuto scontare, nella peggiore delle ipotesi, pene comprese tra tre mesi e un anno di reclusione.

Tali circostanze dimostravano che la reazione delle autorità non era stata adeguata tenuto conto della gravità dei fatti, conclamandone l'incompatibilità con gli obblighi procedurali che derivano dall'art. 3 della Convenzione.

Quanto alle misure disciplinari nei confronti dei responsabili, la Corte ha ribadito che, quando degli agenti dello Stato sono imputati per reati che implicano maltrattamenti, è importante che siano sospesi dalle loro funzioni durante l'istruzione o il processo e che, in caso di condanna, ne siano rimossi, dovendo in ogni caso lo Stato condurre un'inchiesta approfondita ed effettiva e accordare, se del caso, al danneggiato una indennità o, almeno, la possibilità di chiedere

e ottenere riparazione del danno che i maltrattamenti in questione gli hanno cagionato.

Conclusioni ribadite nelle sentenze *Blair c. Italia* e *Azzolini c. Italia*, del 26 ottobre 2017, per i fatti della caserma di Bolzaneto, rispetto alle quali la protezione offerta dal giudice europeo si è indirizzata anche verso ipotesi di maltrattamenti meno gravi di quelli accertati con riguardo ai fatti della «Diaz».

In tali ultime occasioni, la Corte ribadì che la mancata punizione dei responsabili era dipesa dall'assenza di una fattispecie incriminatrice capace di comprendere tutta la gamma di questioni sollevate da un atto di tortura di cui un individuo rischia di essere vittima. Tale *deficit* strutturale del sistema aveva reso la legislazione penale nazionale applicata nelle cause in discussione inadeguata rispetto all'esigenza di sanzionare gli atti di tortura in questione e priva dell'effetto dissuasivo necessario alla prevenzione di violazioni simili dell'art. 3 Cedu.

In questo contesto, la Corte ha invitato l'Italia a munirsi degli strumenti giuridici atti a sanzionare in maniera adeguata i responsabili degli atti di tortura o di altri maltrattamenti rispetto all'art. 3, nonché a impedire che questi ultimi possano beneficiare dell'applicazione di misure che contrastano con la giurisprudenza della Corte, in particolare la prescrizione e l'indulto.

Per altro verso, il giudice europeo non mancò di sottolineare l'ineffettività delle misure interne in tema di indagini effettive rispetto a condotte di violazione dell'art. 3 Cedu, nuovamente richiamando gli elementi che rendono «una inchiesta ufficiale effettiva» come riassunti nella sentenza dalla stessa Corte Edu, resa nel caso *Nasr e Ghali c. Italia*, relativo alla sparizione forzata di Abu Omar.

Anche in queste ultime occasioni, la Corte Edu sottolineò nuovamente che, secondo quanto affermato dal Governo, i poliziotti coinvolti nei fatti di Genova non erano stati sospesi dalle loro funzioni durante il processo né sottoposti a provvedimenti disciplinari. Ciò contrastava con quanto dalla stessa Corte affermato in diversi precedenti circa la necessità – sopra richiamata – che, in caso di coinvolgimento degli agenti dello Stato in reati che implicano dei maltrattamenti, gli stessi siano sospesi dalle loro funzioni durante l'istruzione o il processo e che, in caso di condanna, ne siano rimossi.

5. Il problema della prescrizione. La risposta offerta dalla Cassazione

Si è visto che nel caso *Cestaro c. Italia* e in quelli di poco successivi – *Blair e altri c. Italia* e *Azzolina e altri c. Italia*, 26 ottobre 2017 – la Corte Edu stigmatizzò la circostanza che la prescrizione e altre misu-

re premiali avevano reso ineffettive le pene inflitte a carico dei responsabili di atti contrari all'art. 3 Cedu. E infatti, a fronte delle violenze integranti, secondo la Corte Edu, veri e propri atti di tortura, le condotte di maltrattamento e lesioni gravi non furono punite penalmente grazie all'applicazione della prescrizione e dell'indulto – per le ipotesi di falso –, che consentì agli appartenenti alle forze dell'ordine di subire condanne per gli altri reati non superiori a un anno di reclusione. La Corte Edu non ravvisò, tuttavia, alcuna responsabilità degli organi giudicanti per la violazione dei diritti fondamentali, invece fortemente vulnerati dalle condotte delle forze di polizia, che avevano pure rallentato il corso del procedimento penale, non cooperando attivamente all'accertamento della verità. In altri termini, le violazioni riscontrate erano dispendiose, si è detto, da *deficit* strutturali della legislazione interna, al cui interno aveva giocato un particolare significato il riconoscimento della prescrizione in favore dei soggetti ritenuti colpevoli nei gradi di merito dei processi.

In effetti, già innanzi alla Corte di cassazione si era posto il tema della compatibilità della prescrizione con il quadro delle garanzie costituzionali.

Il procuratore generale presso la Corte d'appello di Genova aveva, infatti, prospettato l'opportunità di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 157 cp per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 3 Cedu. Si era cercato di accendere i riflettori sul regime della prescrizione dei reati previsti dalle norme in concreto applicate nel caso – artt. 582, 583 e 585 cp; art. 61, n. 9, cp – e sulla sua incompatibilità con il quadro generale fissato dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Cass. pen., n. 38085/2012 (cit.), ritenne la questione manifestamente infondata. Secondo la Corte, la pronuncia che il ricorrente aveva sollecitato alla Corte costituzionale – puntando ad ampliare l'area di imprescrittibilità prevista per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo ex art. 157 cp, comma 8, a ipotesi di reato quali le lesioni aggravate di cui sopra e, genericamente, secondo la richiesta, a tutte le ipotesi di reato formulabili in relazione a fatti rientranti nel concetto di “maltrattamento” quali violazioni dell'art. 3 Cedu nel senso evidenziato – esorbitava dai poteri del giudice costituzionale, già fissati nelle sentenze nn. 364 del 2006 e 324 del 2008 nonché nell'ordinanza n. 65 del 2008 «a ciò ostando il principio della riserva di legge sancito dall'art. 25 Cost., comma 2, in base al quale “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”». Il principio della riserva di legge, ricordò ancora la Cassazione, demanda in via esclusiva al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena, delle sanzioni loro applicabili e del complessivo trattamento sanzionatorio, rendendo quindi inammissibili

«pronunce il cui effetto possa essere quello di introdurre nuove fattispecie criminose, di estendere quelle esistenti a casi non previsti» o, comunque, «di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità, aspetti fra i quali, indubbiamente, rientrano quelli inerenti la disciplina della prescrizione» (vds. Corte cost., 1° agosto 2008, n. 324). Nemmeno era possibile richiamare il sindacato di costituzionalità che la Corte aveva riconosciuto in tema di norme penali di favore. I giudici di legittimità conclusero, pertanto, nel senso che «la pretesa che la Corte costituzionale con una sua pronuncia possa espandere l'area dell'imprescrittibilità ad ipotesi attualmente non previste dall'art. 157 cp si pone al di fuori dei poteri della Corte per contrasto con un principio cardine del sistema costituzionale in materia penale che non può essere sacrificato all'attuazione di altro principio, a cui potrà attendere il legislatore, in adempimento degli obblighi scaturenti dalle diverse fonti convenzionali sopra individuate».

Analoga soluzione ha espresso la Corte di legittimità con riguardo ai fatti della caserma di Bolzaneto. Cass. pen., n. 37088/2013 (cit.), nel conformarsi ai principi espressi dalla sentenza sopra ricordata, ritenne altresì irrilevante l'analoga questione di legittimità costituzionale prospettata dal procuratore generale presso la Corte di appello di Genova, essa discendendo «dalla considerazione di un altro aspetto inerente alla portata precettiva del già citato art. 25 Cost., comma 1, a tenore del quale “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”. Viene qui in considerazione il profilo temporale del principio di stretta legalità, in base al quale è vietato – con l'efficacia propria della norma superprimaria – che sull'autore del fatto possano gravare le conseguenze derivanti da una modifica apportata all'ordinamento penale in epoca successiva alla sua condotta. Si vuol dire con ciò che, quand'anche la Corte Costituzionale, in esito a un impensabile *revirement* della propria giurisprudenza, si ritenesse autorizzata a intervenire additivamente sulla norma penale introducendo il principio della imprescrittibilità di determinate ipotesi di reato (sulla cui tipicità sarebbe inoltre a discutersi, in assenza di una specifica norma incriminatrice), la normativa di risulta non sarebbe applicabile nel presente processo, riguardante una serie di fatti posti in essere in epoca anteriore alla divisata pronuncia. Considerazioni analoghe a quelle fin qui svolte rendono conto della manifesta infondatezza ed irrilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 241/2006».

Dalle decisioni della Cassazione è, dunque, derivata l'impossibilità di accertare le penali responsabilità degli autori dei fatti accertati nel giudizio di merito in violazione dell'art. 3 Cedu.

6. Qualche riflessione preliminare

L'esigenza di salvaguardare il diritto alla conoscenza circa la sorte di congiunti scomparsi in occasione di conflitti armati fra Stati colloca, inizialmente, il tema del diritto alla verità all'interno di Convenzioni internazionali – quelle di Ginevra del 1949, con i rispettivi Protocolli (artt. 32 e 33) – e del diritto internazionale umanitario, ma viene progressivamente ampliando il proprio cono d'ombra in relazione ai periodi di violenza diffusa perpetrata in diversi Paesi dell'America Latina, tanto da collegare il diritto alla verità non più solo a un'esigenza connessa all'obbligo degli Stati già belligeranti di ricercare le notizie di persone scomparse, ma anche a quella di garantire un «diritto inalienabile di conoscere le circostanze e le ragioni che hanno portato, attraverso massicce e sistematiche violazioni, alla commissione di crimini»¹⁵.

La forza espansiva del diritto alla verità e non impunità di gravi crimini contro i diritti fondamentali dell'uomo fa un ulteriore passo in avanti nella giurisprudenza della Corte Edu che, ripercorrendo in modo attento i vari passaggi della consorella Corte di San José e innestando tale posizione giuridica all'interno del divieto dei crimini contro la persona integranti vere e proprie torture, ha anch'essa – come si è visto – metabolizzato, sia pur con una certa prudenza e senza evocare espressamente il diritto alla verità, l'esigenza insopprimibile di offrire alle vittime di gravi crimini un diritto *non* all'individuazione del colpevole, ma al compimento di indagini effettive e alla riparazione completa del pregiudizio patito, per raggiungere la quale occorre perseguire in tutti i modi possibili l'esigenza di verità.

Questo passo avanti si coglie, forte, in tema di «sparizioni straordinarie», nelle quali è stato ancora una volta coinvolto lo Stato italiano nella vicenda del sequestro di Abu Omar eseguito in territorio italiano da agenti della CIA¹⁶. La sentenza della Corte

Edu resa nel caso *Nasr e Ghali c. Italia*, dopo avere ribadito – evocando espressamente la sentenza *Cestaro c. Italia*, cit. – che, «in materia di tortura o di maltrattamenti inflitti da parte di agenti dello Stato, l'azione penale non dovrebbe estinguersi per effetto della prescrizione, così come l'amnistia e la grazia non dovrebbero essere tollerate in questo ambito», lo stesso discorso valendo «per la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena e nel caso di un indulto», non mancò di stigmatizzare i provvedimenti clemenziali adottati testualmente, affermando che «malgrado il lavoro degli inquirenti e dei magistrati italiani, che ha permesso di identificare i responsabili e di pronunciare delle condanne nei loro confronti, le condanne in questione sono rimaste prive di effetto, a causa dell'atteggiamento dell'esecutivo, che ha esercitato il suo potere di opporre il segreto di Stato, e del Presidente della Repubblica (...). Nel caso di specie, il principio legittimo del “segreto di Stato”, evidentemente, è stato applicato allo scopo di impedire che i responsabili dovessero rispondere delle loro azioni. Di conseguenza l'inchiesta, seppur effettiva e approfondita, e il processo, che ha portato all'identificazione dei colpevoli e alla condanna di alcuni di loro, non hanno avuto l'esito naturale che, nella fattispecie, era “la punizione dei responsabili” (paragrafo 262, *supra*). *Alla fine vi è stata dunque impunità*» (corsivo aggiunto).

Dunque l'impunità non poteva, agli occhi della Corte, prevalere sul segreto di Stato. Il bilanciamento che opera la Corte Edu è decisamente a favore dell'esigenza di verità¹⁷ e giustizia! Ed è un bilanciamento operato rispetto a un crimine che ha violato i beni incompressibili della dignità, in contrasto con l'art. 3 Cedu¹⁸.

In definitiva, va crescendo sempre di più nella Corte europea il peso della verità nelle investigazioni quando sono in gioco i diritti fondamentali. Testimonianza nitida di quanto affermato si rinviene nelle

15. U. Celli, *Il diritto alla verità nell'ottica del diritto internazionale: il caso brasiliano*, in *Annali della facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, n. 6/2017, pp. 205-216 (https://afg.unicam.it/sites/d7.unicam.it.afg/files/CELLI_DirittoVerit%C3%AO.pdf).

16. Per il *leading case* in materia di *extraordinary renditions* nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo (Corte Edu [GC], *El-Masri c. ex-Repubblica jugoslava di Macedonia*, 13 dicembre 2012), si veda, di recente, D. Bacis, *Il diritto alla verità nel dialogo tra Corti. Roma accoglie le suggestioni di San José de Costa Rica*, in *Dir. pubbl. comp. eur. (online)*, n. 2/2018, p. 596. Nel caso *El-Masri*, si riconosce espressamente il diritto alla verità, riferito alla collettività: «The Court also wishes to address another aspect of the inadequate character of the investigation in the present case, namely its impact on the right to the truth regarding the relevant circumstances of the case. In this connection it underlines the great importance of the present case not only for the applicant and his family, but also for other victims of similar crimes and the general public, who had the right to know what had happened». Volendo, sul tema, A. Vidaschi, *Il diritto alla verità e le misure antiterrorismo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in L. Forni e T. Vettor (a cura di), *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, Giappichelli, Torino, 2017.

17. Quest'esigenza di verità viene sottolineata a più riprese da Armando Spataro, che del processo contro gli autori del sequestro di Abu Omar è stato uno dei principali artefici, nel suo libro *Ne valeva la pena. Storie di terrorismi e mafie. Di segreti di Stato e di giustizia offesa*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 205 ss.

18. Vds. di recente, in dottrina, l'interessante approfondimento sul tema di D. Bacis, *Il diritto alla verità*, op. cit., pp. 593 ss. L'Autore affronta in modo approfondito alcuni casi esaminati dalle due Corti dei diritti umani, operando un'analisi assai interessante.

recenti sentenze della Corte Edu, *Abu Zubaydah c. Lituania*, 31 maggio 2018, par. 610, e *Al Nashiri c. Romania*, 31 maggio 2018, par. 641, ove si è specificamente ritenuto che:

«*where allegations of serious human rights violations are involved in the investigation, the right to the truth regarding the relevant circumstances of the case does not belong solely to the victim of the crime and his or her family but also to other victims of similar violations and the general public, who have the right to know what has happened. An adequate response by the authorities in investigating allegations of serious human rights violations may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of impunity, collusion in or tolerance of unlawful acts. For the same reasons, there must be a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results to secure accountability in practice as well as in theory (see El-Masri, cited above, §§191-192; Al Nashiri v. Poland, cited above, § 495; and Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland, cited above, § 489, with further references to the Court's case-law)*».

L'endiadi "verità e processo" che spesso si utilizza assume, dunque, a proposito dei temi qui in discussione, un assai particolare significato.

Tanto la prima espressione che la seconda si riempiono, infatti, di contenuti e dimensioni plurali, nelle quali si fondono, fino a modificarsi geneticamente quando entrano in contatto, la prospettiva individuale – della o delle vittime – e quella collettiva, che vede in gioco lo Stato-persona – tenuto a indagare, condurre i processi, adottare misure ripristinatorie e repressive nei confronti dei responsabili –, ma anche lo Stato-collettività, al cui interno viene emergendo un'esigenza diffusa alla conoscenza di fatti che costituiscono parte delle ragioni di identità dello Stato stesso. Quella che Stefano Rodotà, nel suo saggio dedicato al diritto alla verità, descrive in modo straordinariamente limpido, osservando che «È l'umanità intera, senza confini spaziali e temporali, che compare sulla scena, ed è proprio essa a dover essere traghettata verso tempi illuminati e redenti dalla forza della verità»¹⁹.

Insomma, un'osmosi intensa fra verità processuale che pretendono le vittime e verità storica che reclama la società nel suo complesso.

E si farebbe torto alla realtà se non si considerasse che, nella prospettiva individuale, non vi è soltanto quella attuale dei parenti delle vittime, ma, ancora prima, vi è quella di chi per primo ha subito l'aggressione al valore supremo della vita e dell'integrità fisica.

Si tratta di esigenze diverse che si alimentano, tuttavia, vicendevolmente e in modo inesauribile, al punto che risulta difficile individuare il confine fra le une e le altre.

La sfera intimista della vittima – primaria e secondaria –, in altri termini, si offre alla collettività perché a essa pure pertiene la sofferenza, il dolore, lo strazio, ma anche il diritto alla conoscenza (art. 21 Cost.), così del resto attuandosi concretamente quella precondizione di solidarietà che pure campeggia nella Costituzione italiana (art. 2). Un'appartenenza alla collettività, quest'ultima, che non è, tuttavia, di mero fatto o allo stato diffuso, ma è anch'essa personificata attraverso l'emersione della rilevanza superindividuale della vicenda, attenendo a un'esigenza di verità appunto collegata alla giustizia rispetto a condotte che hanno violentato barbaramente la persona umana, al centro della quale ruota lo Stato-persona, *secundum Constitutionem*.

Peraltro, al di là di questa prima e forse rozza dimensione, vi è parimenti l'ulteriore esigenza di formalizzare il diritto di cui si è detto, di trovarne la fonte – consuetudinaria e non –, di capire quali siano la sua azionabilità nei singoli ordinamenti e le forme di tutela rispetto a leggi o interessi che, magari, si oppongono al pieno riconoscimento di questo diritto alla verità e non impunità.

La matrice di questo diritto può senz'altro definirsi "liquida" in quanto, pur nascendo da fonti internazionali, trova la sua principale emersione attraverso il diritto consuetudinario, che costituisce fonte di diritto internazionale, pur traendo con sé la difficoltà di individuare il contenuto preciso del diritto.

È agevole riscontrare le difficoltà che, sul piano interno, ruotano attorno al tema dell'efficacia delle consuetudini internazionali nell'ordinamento nazionale, della loro immediata azionabilità e della capacità di prevalere sulle norme interne. Difficoltà confermate dalla nostra Corte costituzionale che, sul punto, ha offerto peraltro importanti chiavi di lettura a proposito delle norme consuetudinarie di diritto internazionale e del naturale adattamento del nostro ordinamento ad esse – in forza dell'art. 10 Cost. – purché non determinino la violazione dei principi

19. S. Rodotà, *Il diritto alla verità*, in G. Resta e V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare: un dialogo tra storici e giuristi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 498. Vds., poi, dello stesso Autore, *Il diritto alla verità*, in *Id.*, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 211 ss.

fondamentali del nostro impianto costituzionale (cfr. Corte cost. n.238/2014²⁰).

Quali violazioni esigono quest'esigenza assoluta, di quale gravità e come si bilanciano rispetto a esigenze parimenti fondamentali che possono risultare compresenti?

Esiste un diritto che il singolo può esercitare nei confronti dello Stato per violazione del diritto alla verità e, in caso positivo, che prospettive di tutela ha – risarcitorie, restitutorie –?²¹

Alcune recenti pronunzie dei tribunali di merito offrono importanti elementi per iniziare a tracciare i lineamenti del diritto alla verità.

Il Tribunale di Roma, nella vicenda del militare Davide Cervia, scomparso misteriosamente, nell'esaminare l'azione risarcitoria intentata dai parenti nei confronti dei Ministeri della giustizia e della difesa, che avrebbero ostacolato la ricerca della verità sulla sorte del loro congiunto, ha di recente ritenuto che l'ordinamento interno riconosce il diritto alla verità, in forza non soltanto degli artt. 2 e 21 Cost., ma anche dell'art. 97 Cost. sotto il profilo del corretto svolgimento della funzione giurisdizionale e dell'art. 111 della Costituzione (che contiene regole e principi attuativi del "giusto processo"). Si tratta, ad avviso del Tribunale, di «una situazione soggettiva di rango costituzionale, funzionale all'effettiva attuazione della piena e libera estrinsecazione della personalità dell'individuo» che si esplica nel «diritto di acquisire, senza ostacoli illegittimamente posti, informazioni e conoscenze ritenute utili o necessarie, sia in sé, sia quali preconditione per l'esercizio di altri diritti fondamentali. In questo senso è strumentale rispetto a quanto prospettato dagli attori». Si è ancora aggiunto che «Ogni attività, fatto o comportamento che, senza un'adeguata giustificazione che trovi fondamento in altri principi costituzionali, impedisca, limiti o condizioni l'acquisizione di informazioni siffatte, lede, conseguentemente, quel diritto».

Tale pronunzia, inizialmente impugnata dall'avvocatura dello Stato proprio sul profilo dell'esistenza del diritto alla verità, pare destinata a passare in giudicato, in relazione alle dichiarazioni del Ministro della difesa, che ha affermato di avere dato incarico

all'avvocatura dello Stato di rinunciare all'impugnazione²².

In precedenza, era stato il Tribunale di Palermo, con sentenza pubblicata il 21 settembre 2011, n. 4067, esaminando l'azione risarcitoria promossa dai parenti delle vittime del disastro di Ustica, a parlare espressamente di «interesse degli attori all'accertamento delle cause del disastro aereo» dotato di «un indubbio carattere non patrimoniale, consistendo nell'interesse a conoscere come e perché i loro congiunti sono morti, e anche perché tale conoscenza sia stata loro così evidentemente preclusa per trent'anni, quale esigenza la cui soddisfazione è indispensabile per poter definitivamente seppellire i loro morti, e compiutamente elaborare il lutto che è conseguito al disastro aereo di Ustica». Interesse che, d'altra parte, troverebbe conferma nella specifica funzione del processo penale, non soltanto funzionale alla individuazione del colpevole di una condotta di reato, ma prim'ancora ad accertare i fatti e, dunque, la verità.

In entrambe le occasioni si nota, dunque, un'oscillazione del giudicante fra dimensione soggettiva e oggettiva del diritto alla verità che comincia, tuttavia, a prendere forma e consistenza, valorizzando i parametri costituzionali.

In questo è abbastanza evidente ritrovare un aggancio alla giurisprudenza della Corte Edu, che ha configurato il diritto alla verità sulla protezione offerta al divieto di tortura e agli obblighi positivi e procedurali che scaturiscono dall'art.3 Cedu a carico dello Stato.

Su altro versante, occorre chiedersi quale rilievo potrà avere l'affermazione, espressa dalle sezioni unite civili (Cass., n. 5044/2004) a proposito dei crimini nazisti – nella quale si è innescato un contenzioso che ha visto pronunziarsi la Corte penale internazionale e la nostra Corte costituzionale (sentenza n. 238/2014) –, che ebbero a riconoscere non solo il principio della *giurisdizione universale* nelle controversie riguardanti la responsabilità di uno Stato per *crimini contro l'umanità*, ma anche l'imprescrittibilità di quegli stessi crimini, capaci di minare e minacciare l'umanità intera e le fondamenta stesse della coesistenza internazionale.

20. Su tale pronunzia si veda, tra gli altri, A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta online*, 17 novembre 2014 (www.giurcost.org/studi/ruggeri42.pdf).

21. Si veda, volendo, quanto prospettato da chi scrive a proposito delle violazioni di un diritto di matrice convenzionale e della possibilità di ottenere il risarcimento del danno: R. Conti, *Il rilievo della CEDU nel "diritto vivente": in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 87 ss.

22. *Giallo di Davide Cervia. Il Ministero della Difesa "riconosce gli errori dello Stato"*, in *La Repubblica*, 13 novembre 2018 (www.repubblica.it/cronaca/2018/11/13/news/giallo_di_davide_cervia_il_ministero_della_difesa_riconosce_gli_errori_dello_stato_-211557055/).

Si è visto come le giurisdizioni sovranazionali abbiano affrontato elegantemente la questione della riconciliazione come valore contrapposto – quasi un contro-limite – all’esigenza di verità e di accertamento della verità delle vittime, evidenziando che le esigenze a essa sottese dovessero comunque soccombere, in assenza di misure pienamente ripristinatorie nei confronti delle vittime. Tema assai complesso, anch’esso meritevole di ulteriore approfondimento.

Siffatte difficoltà, peraltro, non tolgono nulla alla necessità di fornire risposta adeguata agli interrogativi appena posti. Ecco che la ricerca qui abbozzata intende offrire alcuni spunti ricostruttivi utili, almeno agli occhi di chi scrive, non per fornire risposte, ma semmai per consentire un approfondimento di temi che toccano i giuristi, ma anche la società e i governi.

7. L’obbligo positivo dello Stato di garantire il diritto alla verità

Si può cominciare dalla mutua fertilizzazione che le Corti sovranazionali che si occupano di diritti fondamentali hanno messo in atto sul tema.

Lo scambio di esperienze non può che risultare fondamentale se solo si consideri la sintonia di base riscontrata fra i due plessi giurisdizionali sovranazionali, entrambi orientati a riconoscere una dimensione di grande rilevanza alla lesione dei beni giuridici in base al riconoscimento offerto da strumenti internazionali di diritto umanitario – ma non solo da quelli – rivolti a riconoscere un “obbligo positivo” a carico degli Stati di attivarsi per perseguire le condotte di aggressione in modo efficace e serio.

Siffatto obbligo positivo, messo in relazione alla violazione degli artt. 2 e 3 Cedu, ha consentito ai giudici europei di porre in secondo piano altri valori pure protetti da quelle stesse carte – per esempio, il *ne bis in idem*. Studiare, così, parallelamente i percorsi che i Paesi latinoamericani hanno seguito rispetto all’impatto della Carta interamericana nei sistemi interni e accorgersi che i processi di costituzionalizzazione del diritto internazionale siano apprezzati quanto quelli di internazionalizzazione del diritto costituzionale in quel contesto territoriale, come nel nostro, non può che produrre risultati fecondi anche sui temi dell’ef-

ficacia degli strumenti internazionali negli ordinamenti interni che agitano le corti nazionali dei Paesi europei²³.

Né può sottacersi, limitando ora la riflessione al tema qui sviluppato, che la posizione della Corte Edu sembra porsi in una dimensione assai peculiare, che finisce col risultare ulteriormente ampliata del diritto alla non impunità di *gross violation*, direttamente collegandolo ad altri valori fondamentali della persona umana – diritto a un’indagine effettiva, divieto di tortura – anche se riferibili a una singola vittima o violazione, senza verificarne la riconducibilità al contesto politico nel quale essa si colloca. Tale ampliamento si spinge al punto da lasciare in penombra quell’esigenza – che sembrava, invece, congenita – di fare luce su “crimini di massa” correlati a regimi antidemocratici che, avendo riguardato un sistema illecito capace di porsi agli antipodi della democrazia, meritavano inevitabilmente una risposta forte dello Stato e, al contempo, un’esigenza forte di verità sui fatti accaduti.

La dimensione – a un approccio epidermico – forse ancora più personalistica che sembra emergere dalla giurisprudenza della Corte Edu, se si guarda alla centralità che assume, in quel sistema, l’esigenza di svolgere un’indagine effettiva quando entrino in gioco i beni primari della persona – su tutti, la dignità –, meriterà un’attenta considerazione anche per verificare le ricadute che tale impostazione potrebbe avere sul piano dell’individuazione della fonte della consuetudine internazionale, in un processo di emersione dei relativi contenuti sicuramente tanto complesso, ma non per questo meno indispensabile se si accede a una prospettiva, assai cara anche ad Antonio Ruggeri, di massimizzazione delle tutele dei diritti fondamentali²⁴.

8. I “seguiti” delle sentenze che hanno accertato le violazioni del diritto alla verità

Non meno intriganti appaiono i flussi di confronto fra i “seguiti” delle pronunzie rese dalle Corti sovranazionali in materia.

La vicenda di cui si è accennato all’inizio e che ha visto lo Stato brasiliano condannato innanzi alla

23. Si veda, specificamente, F. Piovesan, *O impacto da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e a emergência de um novo paradigma jurídico*, in atti del convegno tenutosi presso l’Università degli Studi di Messina nei giorni 10 e 11 settembre 2018, sul tema «Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto», a cura di A. Ruggeri e R. Romboli, di imminente pubblicazione.

24. Si veda, tra i tanti scritti dedicati a tale teorica da A. Ruggeri, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *Consulta online*, n. 1/2015 (5 febbraio, www.giurcost.org/studi/ruggeri44.pdf): «Il canone della tutela più “intensa” – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – si pone oggi quale l’autentica *Grundnorm* o il *Grundwert* delle relazioni interordinamentali: una sorta di “metacriterio” – com’è stato, ancora da ultimo, rilevato – in applicazione del quale possono (e devono) operarsi i bilanciamenti su basi di valore tra gli interessi costituzionalmente protetti, anche appunto nella loro proiezione o dimensione interordinamentale» (pp. 49-50).

Corte di San José – Corte Idu, 24 novembre 2010, *Gomes Lund e altri c. Brasile* – con riguardo all’annientamento della formazione guerrigliera del gruppo «*Guerrella Aragaia*» da parte dell’esercito brasiliano, fra il 1972 e il 1974, e alla legge sull’amnistia n. 6683/1979, introdotta per i crimini compiuti dalle forze di polizia e dell’esercito, pone problemi non dissimili da quelli che riguardano il “seguito” delle sentenze della Corte Edu nell’ordinamento dei Paesi contraenti – per i quali vds. Corte Idu, *Barrios Altos*, 14 marzo 2001, cit., par. 44 –, se si considera che la Corte suprema brasiliana, nel 2010, ha ritenuto la piena conformità delle legge sull’amnistia con la Costituzione adottata nel 1988, ritenendo dunque non vincolante la decisione resa dalla Corte interamericana dei diritti umani nei confronti del Brasile.

Anche qui, dunque, emergono le straordinarie affinità di questioni problematiche che ruotano attorno all’efficacia e al funzionamento delle due Corti sovranazionali al cui interno vi è, poi, quella centrale del ruolo che, rispetto a esse, gioca il giudice nazionale²⁵.

Si pensi, all’esigenza di proseguire i processi nei confronti di soggetti che hanno fruito di leggi di favore, ma anche di verificare che vi siano state risposte adeguate, sul piano disciplinare, nei confronti di soggetti autori dei crimini non puniti in relazione all’intervenuta prescrizione.

Del resto, come già ricordato, il tema è di strettissima attualità con riguardo alla vicenda del G8, poiché il Comitato dei ministri, esaminando lo stato di esecuzione delle sentenze rese dalla Corte Edu sopra ricordate e pur valutando con favore l’adozione, nell’ordinamento interno, della legge n. 110/2017 che

ha introdotto il reato di tortura, ha fra l’altro espressamente chiesto notizie al Governo italiano sull’esistenza di procedimenti disciplinari nei confronti degli autori dei crimini perpetuati durante il G8²⁶.

Sarà certo interessante verificare cosa risponderà l’autorità italiana, a fronte di notizie che danno i responsabili di quei fatti non soltanto nel pieno delle loro funzioni, ma addirittura destinatari di promozioni ai vertici delle forze di polizia²⁷. Capire quali conseguenze possa determinare una situazione di *impasse* delle autorità interne finisce con richiedere, ancora una volta, ulteriori energie, rivolte ad ampliare le conoscenze attraverso i casi, le dinamiche che li hanno caratterizzati, la complessiva condotta tenuta dallo Stato.

Nemmeno tanto sullo sfondo rimane la questione dell’efficacia delle sentenze della Corte Edu in una sfera extraprocessuale, non collegata al caso esaminato o, se si vuole, alla cd. *efficacia di cosa interpretata*.

Tema, quest’ultimo, ancora una volta trasversale, se si considera che la sentenza *Barrios Altos* già ricordata aveva, in definitiva, operato la disapplicazione della legge sull’amnistia peruviana senza che fosse, a suo dire, necessario un intervento delle autorità nazionali volto a eliminarla dal mondo giuridico – *id est* ha ritenuto la disapplicazione della legge interna contrastante con la Convenzione americana. Al punto che, nella successiva sentenza *La Cantuta*, del 29 novembre 2006, la stessa Corte Idu non aveva mancato di precisare che i principi della sentenza *Barrios Altos* costituivano norme di diritto interno immediatamente applicabili da parte delle autorità peruviane²⁸.

25. Vds. *Gelmen c. Uruguay*, cit., par 193: «When a State has ratified an international treaty such as the American Convention, all of its bodies, including its judges, are also subject to such a treaty, and this obligates them to ensure that the effects of the provisions of the Convention are not diminished by the application of norms contrary to its object and purpose. The Judicial Branch must exercise “control of conformity with the Convention” *ex officio* of the harmonization of the domestic norms with the American Convention, evidently within the framework of their respective jurisdictions and the corresponding procedural rules. In this task, the Judicial Branch should bear in mind not only the treaty, but also the corresponding interpretation made by the Inter-American Court, the final interpreter of the American Convention».

26. Si veda il contenuto delle attività svolte dal Comitato dei ministri in relazione al caso *Cestaro* ([https://hudoc.exec.coe.int/EN-G#{%22EXECIdentifier%22:%22004-28298%22%22%7D}](https://hudoc.exec.coe.int/EN-G#{%22EXECIdentifier%22:%22004-28298%22%22%7D)). In tale occasione il Comitato, dopo avere stigmatizzato la circostanza che i vertici delle forze dell’ordine non avevano favorito l’identificazione degli autori di molti episodi di maltrattamenti denunciati, ha ricordato il contenuto delle sentenze – «The Court recalled its case law according to which, where State agents have been charged with crimes involving ill-treatment, it is important that they be suspended from duty during the investigation or trial and dismissed if they are convicted (§ 210). Information is therefore needed on the provisions regulating the disciplinary responsibility of law enforcement agents charged with offences involving ill-treatment, to allow the Committee to assess their conformity with the above-mentioned requirements» – chiedendo specifiche informazioni all’autorità statale sugli esiti dei procedimenti disciplinari – «(...) invited moreover the authorities to provide information on the provisions regulating the disciplinary responsibility of law enforcement agents and also the arrangements for the subsequent identification of agents taking part in operations similar to that carried out in this case».

27. E. Zucca, *La decisione della Corte Edu su Bolzaneto, un altro grido nel deserto. L’Italia volta le spalle alla Convenzione, si assolve e guarda alla tortura degli altri*, in *Questione Giustizia on line* del 22/11/2017, http://questionegiustizia.it/articolo/la-decisione-della-corte-edu-su-bolzaneto_un-altro_22-11-2017.php.

28. Sul punto, diffusamente, S. Vannuccini, *L’efficacia delle sentenze della Corte interamericana dei diritti dell’uomo e i meccanismi di monitoraggio della loro esecuzione: elementi di consonanza e di dissonanza con la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in L. Cassetti – A. Di Stasi – C.L. Arroyo (a cura di), *La Corte interamericana*, op. cit., pp. 113 ss.

Ulteriori profili di approfondimento sembrano potersi profilare con riguardo alla posizione espressa dalla Cassazione penale sul tema della prescrizione. Posizione che, fin qui, sembra fare il paio con quella espressa sul medesimo tema, ma in tutt'altro ambito, dalla Corte costituzionale – Corte cost. 115/2018, in vicenda “*post Taricco*” – e che, tuttavia, potrebbe a sua volta essere rivisitata, se solo dovesse riconoscersi il valore consuetudinario sul piano internazionale del diritto alla verità, potendo porsi un'esigenza di bilanciamento fra valori costituzionali e di segno diverso.

Né può escludersi l'apertura di un ulteriore fronte, ancor più ampliativo dell'esigenza di non impunità di autori di reati che minano, con condotte evasive, le risorse vitali dello Stato e/o dell'Unione europea.

Si vuole qui soltanto accennare all'esigenza di perseguire i crimini che vanno a incidere sulle finanze dell'Ue, che aveva costituito il sostrato della posizione della Corte di giustizia nella “vicenda Taricco” (cfr. Cgue, *Taricco*, C-105/14, 8 settembre 2015), poi parzialmente rivista (Cgue, Grande Sezione, *M.A.S. e M.B.*, C-42/17, 5 dicembre 2017)²⁹ in relazione al rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte costituzionale, e di recente riesaminata dalla dottrina in chiave tutt'affatto nuova – per l'appunto collegandola all'emersione, sul piano internazionale, del canone di imprescrittibilità dei reati di evasione fiscale, confermata dalla posizione espressa dalla Corte penale internazionale –, le pene erano state ridotte di tre anni³⁰.

Tale esigenza si collega, in parte, a quella qui esaminata, anche se correlata a istanze in apparenza

meramente patrimoniali che, tuttavia, se guardate in altra prospettiva, potrebbero dimostrare la centralità delle risorse economiche per salvaguardare i diritti fondamentali e la dignità delle persone che abitano nell'Unione europea colorandosi, così, di connotati meritevoli di adeguata attenzione e ponderazione, pur all'interno dell'area, sempre più ampia, di un'esigenza alla verità e giustizia.

9. Altri possibili sviluppi sulla strada della piena affermazione del diritto alla verità

Ci si avvicina, così, inavvertitamente, ad altre vicende interne, alcune delle quali, di recente, alimentate con grande passione dalla richiesta di “verità” avanzata da Fiammetta Borsellino, figlia di Paolo, magistrato ucciso dalla mafia insieme agli agenti della sua scorta nel luglio del 1992, in ordine a quello che è stato definito uno dei più grossi depistaggi della storia della Repubblica.

Il grido di verità³¹ che Fiammetta Borsellino porta avanti a distanza di ventisei anni da quella strage³² non è diverso da quell'esigenza di conoscenza e di verità che ha animato collaterali vicende processuali rispetto alla strage di Via D'Amelio, relative alla cd. trattativa fra Stato e mafia³³. Esigenza che, a ben considerare, non appartiene soltanto alle vittime primarie di quell'eccidio e di altre stragi rimaste impunte, ma anche – e, ancora una volta, in una dimensione plurale e collettiva – a un'intera nazione. Un'esigenza

29. A ben considerare, l'esigenza di perseguire gli illeciti fiscali in quanto capaci di minare le riserve dell'Ue è stata, di recente, ribadita da Cgue, *Nikolay Kolev*, Causa C-612/15, 5 giugno 2018, ove si è ritenuto che l'art. 325, par. 1, Tfu deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che istituisce una procedura di archiviazione del procedimento penale, come quella di cui agli artt. 368 e 369 del *Nakazatelnо protsesualen kodeks* (codice di procedura penale bulgaro), nei limiti in cui tale normativa si applica in procedimenti avviati in casi di frode grave o di altre attività illegali gravi che ledono gli interessi finanziari dell'Ue in materia doganale.

30. Cfr. G. Ziccardi Capaldo, *Lotta globale all'impunità e Corte di giustizia dell'Unione europea: un nuovo approccio alla frode grave come crimine contro i diritti umani*, in Aa. Vv., *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 1035 ss.

31. Vds. F. Borsellino, *Fiammetta Borsellino: “Troppi depistaggi sulla morte di mio padre”*, in *La Repubblica*, 17 luglio 2018, https://rep.repubblica.it/pwa/lettera/2018/07/17/news/strage_borsellino_domande_fiammetta-202035147/.

Si veda, infatti, la recente *Relazione* approvata dalla Commissione parlamentare d'inchiesta e vigilanza sul fenomeno della mafia e della corruzione in Sicilia, istituita dalla l. regionale n. 4/1991, sul depistaggio di Via D'Amelio; relatore: C. Fava, seduta n. 55, 19 dicembre 2018 (www.ars.sicilia.it/sites/default/files/downloads/2019-02/Relazione%20conclusiva%20dell%20inchiesta%20sul%20depistaggio%20di%20via%20D%20Amelio.pdf), che si conclude così: «Resta un vuoto di verità su chi ebbe la regia complessiva della strage e del suo successivo depistaggio. E quale sia stato – nel comportamento di molti – il labilissimo confine fra colpa e dolo, svogliatezza e intenzione, distrazione e complicità».

32. Proprio rispetto alla vicenda ricordata nel testo sembrano straordinariamente calzanti le riflessioni di S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, op. cit., p. 220: «Lungo questo cammino, nella costellazione dei diritti, compare quello che forse meglio d'ogni altro esprime la novità e il distacco dal passato – il diritto al lutto. Qui la ritrovata verità, la restituzione della memoria rimuovono quello che era stato l'indicibile, il nascosto, l'invisibile. L'impossibilità di elaborare il lutto, perché la conoscenza era negata o impedita o preclusa a ogni parola detta in pubblico, ha rappresentato la forma più profonda di violenza, un'altra delle tante negazioni dell'umanità di persone che abbiamo conosciuto».

33. Sull'esigenza di verità e sulla necessità della conoscenza e della memoria sottese al processo cd. “trattativa Stato – mafia”, vds. N. Di Matteo e S. Lodato, *Il patto sporco*, Chiarelettere, Milano, 2018.

che tende a contrapporsi a tutte quelle condotte, attive od omissive, che si frappongono al pieno dispiegarsi del diritto alla verità.

Ci si accorge, allora, di quanto il diritto alla verità e alla non impunità di crimini che hanno caratterizzato particolari periodi storici di una nazione diventi centrale per le democrazie moderne, confrontandosi con valori fondamentali di pari rango che vanno ancora una volta bilanciati, anche se in gioco entrano beni di valore pregnante, quali potrebbero essere quelli che si intendono non esternare avvalendosi del segreto di Stato, utilizzato, come noto, nella vicenda di Abu Omar.

L'esigenza della verità, che nei Paesi sudamericani si sta ora percorrendo attraverso l'istituzione di apposite «Commissioni per la verità» costituisce, ancora, elemento da approfondire per capirne il ruolo, l'efficacia, la portata e gli effetti nel nostro sistema. Anzi, all'osservatore attento non può essere sfuggito come la rinnovata attenzione riposta, in questi ultimi tempi, al tema della prescrizione dei reati e alla prospettata modifica dell'attuale assetto sia, forse inconsapevolmente, collegata ai temi che si è qui cercato di affrontare.

Tutto questo sta a dimostrare quanto sia ineliminabile la necessità di attingere alle fonti sovranazionali e alle giurisdizioni sovranazionali per realizzare al meglio le esigenze di giustizia e, dunque, di conoscere quei sistemi, il loro modo di operare e le interazioni che producono nell'ordinamento interno.

10. Conclusioni

Rileggere le riflessioni fin qui svolte provoca, in chi le ha maturate, un senso di appagamento misto a incredulità.

È, infatti, la scoperta che i tasselli che qui si è cercato di mettere insieme sembrano indirizzarsi, quasi inconsapevolmente e oltre le intenzioni di chi li ha posizionati, verso la dimensione primaria della persona, che è per l'appunto rappresentata dalla sua dignità.

Questa ricerca della verità, nel modo cangiante e multiforme che si è qui cercato di rappresentare, altro non è, forse, se non la “colla” che tiene unita la generazione presente a quella che non c'è più o non c'è ancora. Ho qui usato le parole che Antonio Ruggeri ha speso ritornando, di recente, a riflettere sulla dignità, anche quando ricorda che «La memoria del passato, specie di quello più doloroso in cui si è assistito a

comportamenti offensivi della dignità posti in essere da uomini trasformati in bestie feroci, illumina il presente, dà a quest'ultimo insegnamenti preziosi, che non possono (e non devono) essere dimenticati; allo stesso tempo in cui aiuta alla comprensione del presente, prepara ed orienta il futuro, spingendo con vigore ad adeguare i comportamenti in società alle aspettative specie dei soggetti più vulnerabili e bisognosi»³⁴. Una colla che, si è visto, tiene uniti i popoli, anche quelli distanti geograficamente e per tradizioni culturali diverse che, tuttavia, si riducono a unità proprio attorno a un “ceppo” ormai avvertito sempre più comune e transazionale, costituito dai diritti umani in una proiezione che tende a divenire per davvero universale.

Ed è proprio questo desiderio che va materializzandosi nelle forme liquide che qui si è tentato, sia pure a fatica, di fermare su carta a dimostrare, forse, come l'interprete e, per quel che più interessa chi scrive, il giudice, abbia un peso enorme da portare su di sé.

Per quanto complesso e oneroso, questo percorso sembra essere, oggi, ineliminabile, descrivendo un modo di “fare giustizia” che si compone continuamente attraverso nuovi tasselli che quel giudice deve sapere maneggiare e, in una parola, conoscere. Conoscenza, quest'ultima, ampliata al punto da non rimanere ridotta ai confini nazionali, ma obbligatoriamente orientata verso le fonti sovranazionali del diritto che si agitano in un panorama mobile e complesso, ma non meno cogente rispetto all'ordinamento positivo domestico³⁵. Conoscenza, ancora, che è alla base di quel “diritto alla verità” di cui qui si è provato a discutere.

Per quanto si è detto, non può, però, nemmeno tralasciarsi il ruolo “culturale” che le carte dei diritti fondamentali sovranazionali e le giurisprudenze che i giudici sulle stesse costruiscono svolgono nell'intero contesto sociale, offrendosi così all'attenzione della società e facendosi serve di esigenze e prospettive che vanno emergendo, più o meno silenziosamente, in quegli stessi contesti.

Sarebbe errato, peraltro, isolare i due mondi e pensare che l'uno, quello giudiziario, possa perseguire percorsi disgiunti, disallineati o anche solo indipendenti da quelli che la società, la cultura, il dibattito civile possono, a loro volta, maturare. Anzi, deve essere sottolineato il collegamento osmotico dei due mondi, chiamati necessariamente a interagire secondo un meccanismo che impone alla società e ai suoi

34. A. Ruggeri, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta online*, n. II/2018 (3 giugno, www.giurcost.org/studi/ruggeri76.pdf).

35. Si veda, di recente, sull'esigenza di una conoscenza adeguata da parte del giudice come “precondizione” di un esercizio ottimale dell'attività giudiziaria, M. Cartabia, *Edipo Re*, in M. Cartabia e L. Violante, *Giustizia e mito*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 73.

individui di chiedere al giudice giustizia e impone al giudice di rispondere a quelle istanze, non ammettendosi il *non liquet*. Se, dunque, si accede a questa prospettiva, ci si accorge di come il dinamismo che si è qui cercato di tratteggiare si componga di diversi tasselli, che rendono necessari il dialogo, il confronto, la pluralità di domande, la diversità dei casi, per consentire il raggiungimento di un obiettivo condiviso: appunto, la verità!

Obiettivo che, peraltro, non può rimanere riservato alle aule giudiziarie, troppo anguste per esaurire un anelito che aspira, forse, a obiettivi ancora più alti rispetto a quelli della giustizia.

Un diritto, quello alla verità, che va per l'un verso rispettato e, per altro verso, adempiuto – per dirla con Rodotà – da parte di chi governa, essendo questi tenuto a realizzare un «regime della verità, nel senso della piena possibilità della conoscenza dei fatti da parte di tutti»³⁶.

Quanto al mondo giudiziario, illudersi che esista un polo unico e privilegiato – sia esso individuato nella Corte costituzionale, nella Corte suprema di cassazione o nelle corti sovranazionali – ove collocare la bilancia della giustizia ha un che di effimero, dovendosi piuttosto prediligere un'immagine che vede

la bilancia, volta per volta, operare in diversi plessi, capaci di comunicare e cooperare attivamente fra loro in maniera incessante ed equiordinata, senza che possa dirsi raggiunto in modo definitivo l'equilibrio fra i due piatti.

Insomma, uno straordinario orizzonte, sempre cangiante quanto lo è quello che l'occhio umano osserva ogni giorno, notandolo fin dal sorgere del sole diverso, variegato, abbagliante e affascinante. L'analisi, infatti, non potrà che ampliarsi, sempre in chiave comparativa e in una prospettiva ancora più globale, a quelle realtà politiche che in altri continenti hanno anch'esse sperimentato, in periodi di transizione politica, gravi episodi di violazione dei diritti umani³⁷, ponendo in atto esperienze di riconciliazione meritevoli anch'esse di attenta considerazione.

In definitiva, appare essenziale mantenere acceso un flusso continuo di informazioni e conoscenze anche su realtà in apparenza profondamente diverse che, tuttavia, hanno nuclei comuni che appaiono e si manifestano non appena si confrontano, si studiano insieme, si comprendono in base ai singoli antefatti. Solo in questo modo si riuscirà a mantenere accesa la fiammella dei diritti fondamentali nelle democrazie moderne.

36. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, op. cit., p. 224.

37. Si veda, sul punto, l'analisi approfondita di J.A. Sweeney, *The Elusive Right to Truth*, op. cit.; D. Giannino, *Are we looking up or are we looking out? The transnational constitutionalism of the Inter-American Court of Human Rights: conventionality control and the fight against impunity*, in *Transnational legal theory*, 7 marzo 2019, disponibile online (<https://tandfonline.com/doi/full/10.1080/20414005.2019.1589743>); L. Cappuccio – A. Lollini – P. Tanzarella, *Le corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

Libertà di manifestazione del pensiero, negazionismo, *hate speech*

di Pierpaolo Gori

L'ampia protezione accordata dalla Cedu alla libertà di espressione, servente molti altri diritti umani, ha consentito alla giurisprudenza di Strasburgo – attraverso l'art. 10 e l'abuso del diritto (art.17) – un progressivo adeguamento della tutela. Oggi, tuttavia, in piena era digitale, si pongono nuove sfide, soprattutto in tema di valutazione del margine di apprezzamento di cui gode lo Stato responsabile, di *hate speech* e di negazionismo.

1. Un diritto umano servente tutti gli altri

La tutela della libertà di espressione occupa un ruolo centrale nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'importanza e la speciale protezione accordata alla libertà di impartire e di ricevere informazioni risponde a un bisogno di tutela dei diritti umani primari, sfigurati nel cuore dell'Europa da due guerre mondiali e dall'olocausto. La libertà di espressione è infatti un riferimento centrale per una moderna democrazia, sia per il suo stretto rapporto con l'esercizio di diritti politici e sociali da parte di ogni cittadino, sia per il ruolo di "cane da guardia della democrazia" che i *media* e la stampa svolgono nella

società, sia come aspetto qualificante la libertà di ogni cittadino di esprimersi al di fuori del "foro interiore"¹.

Nella concezione della libertà, dunque, finalizzata non solo a garantire una maggiore protezione della libertà in sé, ma anche a una funzione servente gli altri diritti umani, in particolare politici e sociali², ha un peso determinante la collocazione storica che occupa la Dichiarazione di Roma del 1950 di adozione della Convenzione. Questa è certo erede delle grandi dichiarazioni dei diritti dell'uomo settecentesche, ma si pone in piena sintonia con le altre coeve fondamentali dichiarazioni dei diritti dell'uomo del secondo dopoguerra, come confermato dal testo dell'art. 10 Cedu, il quale consacra la libertà di espressione. La sua struttura è frutto di uno studiato coordinamento con l'art.

1. In ragione della sua importanza, è sterminata la letteratura formata su questo tema. Per fare riferimenti alla sola manualistica, a raccolte sistematiche di giurisprudenza e a commentari che si occupano con un maggiore respiro della libertà di espressione nel contesto della Convenzione, si segnalano V. Zagrebelsky - R. Chenal - R. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2016; S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2012; Berger V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, Paris, 2011; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses universitaires de France (PUF), 2011; M. De Salvia e V. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, voll. I, II, III, Giuffrè, Milano, 2006-8; S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentale*, CEDAM, Padova, 2001, pp. 337-350; G. Cohen-Jonathan, *Article 10*, in L.-E. Pettiti - E. Decaux - P.-H. Imbert (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, Parigi, 1999, pp. 367 ss.

Ringrazio calorosamente la Dott.ssa Eleonora Giorgis, per la rilettura e i suoi suggerimenti al testo finale.

2. I. Laeuchli Bosshard, *Die Meinungsäusserungsfreiheit gemäss Art.10 EMRK unter Berücksichtigung der neueren Entscheide und der neuen Medien*, Peter Lang, Berna, 1990, pp. 7-8.

19 della Dichiarazione delle Nazioni Unite, coeva ai lavori preparatori della Convenzione del 1948³; la modernità della previsione ha consentito alla Corte Edu, dalla storica decisione *Handyside*⁴ sino a oggi, di aggiornare ed estendere progressivamente la protezione della libertà di espressione, anche attraverso il meccanismo delle obbligazioni positive a carico dello Stato, e la sua delimitazione, interna all'articolo, ed esterna, data dal confronto con il resto della Convenzione.

2. Lo scopo dell'art. 10 Cedu

Il primo lemma del par. 1 dell'art. 10 dispone: «Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera».

L'universalità del diritto è chiarita sin dalle prime due parole, dal momento che ne gode «ogni persona» e non, ad esempio, «persona fisica» o «cittadino» e, secondo uno schema tipico dei diritti umani relativi protetti dalla Convenzione, l'art. 10 prevede al primo paragrafo la declamazione della libertà e lo scopo, riservando poi al secondo l'indicazione dei limiti interni, di restrittiva interpretazione.

Orbene, la giurisprudenza della Corte ormai tradizionalmente interpreta la previsione affermando che la libertà di espressione è, in generale, applicabile non solo alle «informazioni» o «idee» che sono ricevute con favore o considerate inoffensive o accettate con indifferenza, ma anche a quelle che offendono, scioccano o disturbano singoli soggetti e che, comunque, non sono ben accette per lo Stato responsabile⁵. Infatti, tali sono le domande di pluralismo, tolleranza e apertura mentale, senza le quali non c'è «società democratica». Inoltre, l'art. 10 non protegge solo la sostanza delle idee e delle informazioni espresse, ma anche la forma in cui sono racchiuse⁶, tema molto importante in relazione alla manifestazione di pensiero scientifica, da parte di artisti, in letteratura e nella

satira, ove l'esternazione del pensiero, spesso provocatorio, non di rado lambisce o incorpora messaggi sociali e politici di interesse generale.

La libertà di espressione viene protetta sia nella sua declinazione attiva, sotto forma di facoltà di impartire informazioni – e questo tema è sviluppato soprattutto dalla giurisprudenza sulla stampa e sui *media* – sia in quella ricettiva – e, in una certa misura, anche la qualità di tale informazione è coperta dalla Convenzione. La stampa e i *media* in generale hanno infatti la funzione di trasmettere notizie e idee, e il pubblico ha il diritto di riceverle; se fosse altrimenti, la stampa non sarebbe capace di esercitare il suo ruolo di controllo pubblico (*public watchdog*), essenziale in ogni società democratica⁷.

L'art. 10 protegge inoltre anche il diritto al silenzio, inteso quale contenuto negativo parte stessa dell'espressione libera⁸. Ad esempio, nel caso *Young, James e Webster*⁹ i lavoratori, per effetto della loro forzata appartenenza sindacale, non erano liberi di dissentire dalla posizione adottata dal sindacato in loro rappresentanza, e l'art. 11 Cedu è stato letto alla luce dell'art. 10, sulla considerazione del fatto che la libertà di un'opinione personale protetta da quest'ultimo articolo, sotto forma di libertà di pensiero, coscienza e religione, e di libertà di espressione, è uno dei propositi della libertà di associazione protetta dall'art. 11. Un'applicazione di questo principio, declinato in congiunzione con il giusto processo consacrato dall'art. 6, è data dal diritto alla non auto-incriminazione nel corso del procedimento e del processo penale, e anche dal diritto per l'imputato a restare in silenzio *tout court*¹⁰, letto in stretto rapporto con la presunzione di innocenza.

3. La partecipazione al dibattito pubblico su stampa, media e new media

Come è stato generalmente riconosciuto in dottrina, quella offerta dalla Convenzione è una protezione ampia, ma di misura diversa a seconda della

3. P. C. Ragaz, *Die Meinungsäußerungsfreiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Peter lang, Berna, 1979, p. 40.

4. Corte Edu, *Handyside c. Regno Unito*, ric. n.5493/72, 7 dicembre 1976.

5. Oltre alla importante sentenza *Handyside*, citata da ultimo, si veda Corte Edu, *Klein c. Slovacchia*, ric. n. 72208/01, 31 ottobre 2006.

6. Corte Edu, *De Haes e Gijssels c. Belgio*, ric. n. 19983/92, 24 febbraio 1997, § 48.

7. Corte Edu [GC], *Bladet Tromsø e Stensaas c. Norvegia*, ric. n. 21980/93, 20 maggio 1999, § 59.

8. P. Van Dijk - F. Van Hoof - A. Van Rijn - L. Zwaak (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Anversa-Oxford, 2006, p. 783.

9. Corte Edu, *Young, James e Webster c. Regno Unito*, ric. nn. 7601/76 e 7806/77, 13 agosto 1981, § 57.

10. Corte Edu, *K c. Austria*, ric. n. 16002/90, 2 giugno 1993, serie A n. 255-B, § 11 (e, in precedenza, § 46 com. rep. del 13 ottobre 1992).

natura dell'informazione in questione, in particolare se di interesse generale o meno, e degli stessi soggetti coinvolti, anche in relazione alle funzioni sociali svolte. Non è utile a questa breve riflessione individuare analiticamente i principali, numerosi filoni giurisprudenziali sviluppatasi in materia, che spaziano dalla manifestazione di pensiero artistico a quello religioso o scientifico, ma si può senz'altro rammentare l'importanza delle elaborazioni giurisprudenziali che riguardano i *media*.

A questo proposito, vi è una distinzione marcata nell'applicazione dell'art. 10 alle più tradizionali stampa e radiotelevisione rispetto ai *new media*, *internet* in particolare. Il tema va, innanzitutto, inquadrato nel contesto del secondo lemma dell'art. 10, par. 1, secondo il quale «*Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive*».

Inoltre, va considerata la maggiore controllabilità delle fonti da parte dei tradizionali organi di informazione, i quali si valgono di professionisti non di rado iscritti a ordini specifici, soggetti a codici di disciplina, inseriti tipicamente in complessi editoriali capaci di rispondere, anche economicamente, di eventuali danni arrecati a terzi. Al proposito, in caso di diffusione di informazioni inaccurate, la valutazione effettuata dalla Corte è *ex ante*, ossia i giudici si pongono nelle condizioni esaminate dall'editore e dal giornalista al momento materiale immediatamente anteriore alla pubblicazione, e non operano una rivalutazione dei riscontri alla notizia o della sua smentita apportati da successivi elementi, come ad esempio un'indagine della magistratura¹¹.

Più restrittiva rispetto alla carta stampata è l'applicazione dell'art. 10 ai *new media*, in ragione dei maggiori rischi connessi all'uso di *internet*, in relazione ai quali la giurisprudenza della Corte Edu oblitera l'imposizione di obblighi più stringenti nei confronti dei giornalisti, in caso di utilizzo e diffusione *on line* di una notizia. La divulgazione dell'informazione

sul *web*, per la capillarità della disseminazione globale, con poche eccezioni territoriali, è suscettibile di aggredire in modo particolarmente serio altri diritti umani protetti¹². Inoltre, un ruolo importante a fondamento di questo orientamento maggiormente restrittivo gioca anche la qualità dell'informazione, spesso proiezione di un autore non professionista e non inserito in un *network* dell'industria dell'informazione che, per inaccuratezza del controllo delle fonti o per deliberata volontà di inserire nel dibattito pubblico una notizia che sa non essere vera, diffonde *cd. fake news*.

Con certezza, si può affermare che la pubblicazione di informazioni false su *internet* non è protetta dalla Convenzione¹³. Deve però ancora assestarsi la giurisprudenza in merito a vari aspetti peculiari del fenomeno¹⁴ e, a questo proposito, ci si può chiedere se non sia giunto il momento di una rimediazione di determinate forme estese di tutela. Ad esempio, in passato la Corte ha ritenuto che costituisse violazione dell'art. 10 la condanna penale a carico di chi aveva diffuso informazioni non veritiere di considerevole rilievo politico, come la falsa notizia della morte di un candidato alle elezioni presidenziali, sotto forma di attestazione di un portavoce del Parlamento, su di un giornale a tiratura nazionale, seppure in circostanze tali da non doversi ritenere certa l'intenzionalità della diffusione, in ragione di gravi violazioni dei principi del giusto processo da parte del giudice nazionale¹⁵. Si pensi, ad esempio, alla propalazione di notizie deliberatamente false, immesse nel pubblico dibattito al preciso scopo di condizionarlo su vastissima scala, tipicamente su *internet*. Ci si può, quantomeno, chiedere se queste debbano ricadere sotto la protezione dell'art. 10, dal momento che non contribuiscono in alcun modo all'arricchimento e alla diversificazione dell'informazione, costituendo a tutti gli effetti un abuso della libera manifestazione del pensiero.

Al tempo stesso, non va dimenticato che la giurisprudenza di Strasburgo riconosce l'importanza positiva della diffusione *on line* dell'informazione¹⁶, e

11. Corte Edu [GC], *Bladet Tromsø e Stensaas c. Norvegia*, ric. n. 21980/93, 20 maggio 1999, § 66.

12. Corte Edu, *Comitato editoriale di Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*, ric. n. 33014/05, 5 maggio 2011, § 63: «(...) the Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network, serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press».

13. Corte Edu, *Schuman c. Polonia*, ric. n. 52517/13, 3 giugno 2014.

14. Si veda, in proposito, la «Joint Declaration on Freedom of Expression and "Fake News", Disinformation and Propaganda» resa il 3 marzo 2017 dal Relatore speciale sul diritto alla libertà di opinione ed espressione, congiuntamente con OSCE, OAS e ACHPR, in riferimento all'art. 19 della Carta delle Nazioni Unite.

15. Corte Edu, *Salov c. Ucraina*, ric. n. 65518/01, 6 novembre 2005, §§ 13 ss.

16. Corte Edu [GC], *Delfi AS c. Estonia*, ric. n. 64569/09, 16 giugno 2015, § 133: «(...) the Internet plays an important role in enhancing

anche la considerevole rilevanza di forme di informazione partecipativa, non strutturata, nella diffusione di notizie cui altrimenti non sarebbe facile accedere in determinati Stati. L'art. 10 così concepito, si applica a qualunque soggetto giuridico, persona fisica o giuridica, incluse le società commerciali¹⁷ e anche alle comunicazioni di natura commerciale effettuate su *internet*¹⁸.

4. I doveri e gli obblighi delle autorità nazionali

Nell'esercizio della libertà di espressione, ci sono «doveri e responsabilità» secondo la dizione del § 2 dell'art. 10, legati essenzialmente al fatto che vi sono quasi sempre interessi contrastanti con l'esercizio di questa libertà, pure meritevoli di protezione. Sta alle autorità nazionali, in particolare all'autorità giudiziaria, effettuare un bilanciamento tra i vari valori in gioco. La funzione della Corte Edu non è di quarta istanza, ossia di prendere il posto delle autorità nazionali nel rivalutare le prove raccolte nei procedimenti nazionali alla ricerca di un suo punto di equilibrio tra gli interessi protetti in gioco. Lo scopo del controllo è, piuttosto, quello di effettuare una revisione, alla luce del caso complessivamente considerato¹⁹, per verificare se le decisioni che sono state assunte esercitando il loro potere di apprezzamento, possono essere riconciliate con le previsioni fondanti la Convenzione.

Compito della Corte è semplicemente di verificare (*review*), alla luce dell'art. 10, le decisioni che le autorità giurisdizionali nazionali hanno adottato esercitando il loro potere di apprezzamento. Così, i giudici di Strasburgo si devono fermare se constatano che esse hanno basato la loro decisione su un'accettabile valutazione dei fatti rilevanti ponendo in bilanciamento diritti corrispondenti a quelli protetti dalla Convenzione nel caso²⁰.

Quando è allegata un'interferenza con l'art. 10 da parte delle autorità nazionali, la Corte deve control-

lare se questa restrizione è permessa dalla Convenzione. Solo restrizioni per una delle ipotesi espressamente menzionate dal § 2 sono ammesse.

Infatti, «*L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni*», afferma il primo lemma dell'art. 10, § 2. Queste eccezioni devono essere interpretate restrittivamente, e la necessità di ogni limitazione dev'essere dimostrata in modo convincente²¹. Un'interpretazione particolarmente rigida viene, di regola, adottata in casi di restrizione preventiva alla libertà di espressione²² come, ad esempio, se è vietata una determinata pubblicazione, allorché la Corte richiede che la legge indichi con precisione i termini in cui è imposto il divieto²³.

Un grande peso ha il fatto che il divieto sia un provvedimento generale (*mesure générale*), in quanto è accettato che lo Stato membro, nel rispetto delle previsioni della Convenzione, possa adottare in via generale divieti che si applicano a situazioni predefinite indipendentemente dalle circostanze proprie di ciascun caso individuale, anche se queste misure rischiano di condurre a difficoltà in determinati episodi concreti particolari²⁴. La radicalità della previsione esclude in radice il rischio di discriminazioni nell'applicazione dell'interferenza con la libertà di espressione. Di regola, il divieto non deve mai essere assoluto, ossia riguardare qualsiasi mezzo di informazione; ciò vale, in particolare, per il discorso politico su questioni di pubblico interesse, il quale dev'essere garantito se non vi sono ragioni particolarmente stringenti per restringerlo²⁵.

5. I tre livelli della revisione effettuata dalla Corte

In generale, la Corte Edu applica un triplice *test*, per verificare se l'art. 10 è stato violato nel caso concreto. Innanzitutto, nello schema tipico della violazione costituente un atto negativo del diritto, ma

the public's access to news and facilitating the dissemination of information in general».

17. Corte Edu, *Markt Intern Verlag GmbH e Klaus Beermann c. Germania*, ric. n. 10572/83, 20 novembre 1989.

18. Corte Edu, *Ashby Donald e altri c. Francia*, ric. n. 36769/08, 10 gennaio 2013, § 34.

19. Corte Edu, *Zana c. Turchia*, ric. n. 18954/91, 25 novembre 1997, § 51.

20. Corte Edu [GC], *Incal c. Turchia*, ric. n. 22678/93, 9 giugno 1998, §§ 48 ss.

21. Corte Edu [GC], *Lindon, Otchakovsky-Laurens e July c. Francia*, ric. n. 21279/02 e 36448/02, 22 ottobre 2007, § 45.

22. Corte Edu, *Observer e Guardian c. Regno Unito*, ric. n. 13585/88, 26 novembre 1991, § 53.

23. Corte Edu, *Gaweda c. Polonia*, ric. n. 26229/95, 14 marzo 2002, § 40.

24. Corte Edu [GC], *Ždanoka c. Lettonia*, ric. n. 58278/00, 16 marzo 2006, §§ 112-115.

25. Corte Edu, *Şener c. Turchia*, ric. n. 26680/95, 18 luglio 2000, § 40.

anche in presenza di individuate e specifiche obbligazioni positive poste a carico dello Stato responsabile²⁶, l'ultima parte del secondo paragrafo esige che l'interferenza sia «prevista dalla legge»²⁷. Allo Stato è richiesto di dimostrare che la restrizione alla libertà di espressione, esercitata dalle autorità interne, ha fondamento legale. Nel contesto della Convenzione, la nozione di «legge» ha un significato autonomo: esso non è identificabile con la mera *statutory law* dei sistemi di *common law* né con la *loi* dei sistemi di *civil law*, bensì è più ampio. In sintesi, significa che la fonte dev'essere individuata in un sistema normativo, generalmente quello nazionale, ma in certi casi può essere anche il diritto internazionale. Inoltre la fonte, non necessariamente legislativa di grado primario, deve soddisfare i requisiti posti dalla Convenzione: essenzialmente, dev'essere certa, conosciuta o conoscibile, e la sanzione per la sua violazione prevedibile.

In secondo luogo, una volta che la Corte abbia appurato che l'interferenza ha una base legale, procede a considerare se essa è diretta a conseguire uno dei «fini legittimi» analiticamente elencati nel § 2 dell'art. 10. L'interferenza persegue un *legitimate aim*, solo se è volta «alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario». Per l'interpretazione delle singole previsioni, e l'individuazione delle relative fattispecie, è utile fare riferimento innanzitutto alla casistica giurisprudenziale. Si pensi così al caso di un cittadino turco condannato a pena detentiva per aver fatto, in occasione di un convegno sui diritti umani cui aveva partecipato, della propaganda separatista capace di minacciare l'integrità territoriale dello Stato e l'unità nazionale²⁸. Nel caso, la condanna era basata sulla legge penale in vigore, dunque l'interferenza aveva fondamento legale, e la Corte ha riconosciuto anche che era diretta alla pro-

tezione della «sicurezza nazionale» e dell'«ordine pubblico», ossia dei fini legittimi previsti dall'art. 10, § 2, in quanto le autorità interne dovevano esercitare un'attenta vigilanza per il rischio di atti suscettibili di accrescere la violenza nella Turchia sudorientale, ove movimenti separatisti fanno da decenni ricorso ad attacchi terroristici. In chiave interpretativa, è poi utile ricorrere anche ai *travaux préparatoires* per scoprire, ad esempio, che in quella controversia lo Stato responsabile avrebbe, con ogni probabilità, potuto invocare con successo anche il fine legittimo della difesa dell'«integrità territoriale»; quest'ultima costituisce un'ipotesi di fine legittimo peculiare dell'art. 10, che non si trova negli altri diritti relativi della Convenzione e che è stata introdotta nel testo normativo proprio su specifica richiesta della Turchia²⁹.

Il terzo *step*, se la restrizione ha un fondamento legale ed è operata per uno dei fini legittimi espressamente menzionati, richiede di scrutinare se l'interferenza sia «necessaria in una società democratica»³⁰. Attraverso questo *test*, la Corte, in ultima analisi, si riserva di giudicare se una restrizione sia in concreto compatibile o meno con la libertà protetta dall'art. 10³¹. Per soddisfare tale requisito, l'azione, da un lato, deve essere intrapresa in risposta a un «bisogno sociale impellente» e, dall'altro, la restrizione al diritto dev'essere «proporzionata» a quel bisogno sociale.

Nell'esercizio della sua supervisione giurisdizionale, la Corte valuta l'interferenza alla luce dell'intero caso, tenuto anche conto del tenore delle affermazioni e del contesto in cui sono state fatte. In particolare, la valutazione si risolve nel determinare se l'interferenza in questione è in concreto «proporzionata ai fini legittimi perseguiti» e se le ragioni addotte dalle autorità nazionali per giustificarla sono «rilevanti e sufficienti»³².

Nel fare ciò, la Corte deve convincersi che le autorità nazionali hanno applicato *standard* conformi a quelli dei principi consacrati dall'art. 10, incluso un ragionevole bilanciamento tra la libertà di espressione e gli altri eventuali diritti umani confliggenti³³ e, se

26. L'individuazione delle numerose obbligazioni positive discendenti dall'art. 10 enucleate dalla *case law* della Corte Edu meriterebbe un approfondimento che toglierebbe agilità al presente studio. Al proposito, sia consentito un rinvio a P. Gori, *ECHR Article 10: how does the protection work*, Aracne, Trieste, 2014, pp. 7 ss.

27. Nel duplice testo ufficiale, la versione inglese recita «prescribed by law»; quella francese, «prévu par la loi».

28. Corte Edu, *Yağmurdereli c. Turchia*, ric. n. 29590/96, 4 giugno 2002, § 40.

29. *Travaux préparatoires (Collected edition)*, Martinus Nijhoff, L'Aia, 1975, pp. 15 ss.

30. Ad esempio, si veda Corte Edu, *Yılmaz e Kihç c. Turchia*, ric. n. 68514/01, 17 luglio 2008, § 60.

31. Ancora, a titolo di esempio, si rinvia a Corte Edu [CG], *Erdogdu e Ince c. Turchia*, ric. nn. 25067/94 e 25068/94, 8 luglio 1999, § 47.

32. Corte Edu, *Sunday Times c. Regno Unito* (n. 2), ric. n. 13166/87, 26 novembre 1991, § 50.

33. Corte Edu, *MGN Ltd c. Regno Unito*, ric. n. 39401/14, § 142; Corte Edu, *Hachette Filipacchi Associés c. Francia*, ric. n. 71111/01, 14 giugno 2007, § 43.

la riposta è positiva, la revisione dei giudici di Strasburgo si arresta senza rivalutare i fatti, come opererebbe una quarta istanza, per spostare il punto di equilibrio tra i corretti elementi in bilanciamento.

Un aspetto di cui viene tenuto particolare conto è la proporzionalità, per natura ed entità, della sanzione inflitta nei confronti di chi lamenta la violazione dell'art. 10. Ad esempio, il fatto stesso di aver subito una condanna a una pena detentiva, benché nei fatti non si fosse risolta in un'effettiva restrizione della libertà personale, e la presenza di una condanna al risarcimento in favore della parte civile della somma simbolica di un euro, possono costituire una non proporzionata ingerenza nella libertà di espressione dell'avvocato, in quanto connessa all'esercizio dei diritti di difesa in favore della generalità³⁴. Ancora, nel caso *Belpietro*³⁵, la condanna del giornalista per diffamazione, oltre che al risarcimento e alle spese, a quattro mesi di pena detentiva – benché sospesa – è stata ritenuta una violazione dell'art.10, anche per il suo effetto condizionante la libertà della stampa ben oltre il caso specifico (*chilling effect*).

Nel condurre questo *test*, per costante interpretazione della Corte Edu, lo Stato membro gode di un certo “margine di apprezzamento”. Il margine può essere ampio o ristretto, a seconda della natura degli interessi in gioco e, in questo scrutinio finale, l'analisi del diritto comparato svolge un ruolo importante. Ad esempio, se c'è un consenso tra quasi tutti gli Stati membri sul regolamento della questione legale in oggetto, la tendenza della giurisprudenza evidenzia che il margine di apprezzamento per il singolo Stato contraente è ristretto, e il controllo europeo esercitato dalla Corte è più stringente. Tuttavia, non bisogna dimenticare che vi sono state importanti eccezioni a questo *trend*, in cui è stata fatta valere l'eccezione culturale, pur in presenza di un chiaro *trend*, se non vero e proprio *consensus*, in relazione alla questione giuridica dibattuta³⁶. A seguito di consistenti critiche da parte della dottrina internazionale circa l'incostanza della giurisprudenza nell'applicazione dell'istituto giuridico del *consensus*³⁷, la Corte ha anche, di recente, tentato di superare il binomio analisi compa-

rativa-margine di apprezzamento, con conseguenze ancora da valutare interamente.

Nel caso *Animal Defenders International*³⁸, oggetto del contendere era un divieto assoluto, da parte delle fonti normative interne, di consentire la trasmissione su radio e Tv di pubblicità a pagamento di natura politica. La previsione normativa è stata dalla Grande Camera in primo luogo qualificata come *general measure* e, quindi, è stato introdotto un metodo innovativo “formale” per rivalutare l'esercizio del margine di apprezzamento di cui godono le autorità interne in questa materia. Tale metodo si articola in tre passaggi: valutazione delle scelte legislative sottese alla misura, accertamento della qualità e approfondimento della revisione interna, scrutinio del rischio di abuso in caso di un qualsiasi temperamento della misura generale. A parere di chi scrive, non costituisce in sé un fatto negativo l'individuare elementi ulteriori all'analisi comparativa per valutare la proporzionalità di una “misura generale” e, così, il “margine di apprezzamento” di cui gode lo Stato responsabile in concreto. Infatti, l'applicazione automatica del *consensus* fondato su una maggioranza meramente numerica di discipline nazionali omogenee, potrebbe costringere il giudice europeo ad abdicare alla sua fondamentale funzione anti-maggioritaria di protezione delle minoranze. È, però, forse auspicabile che le applicazioni future dei nuovi criteri di valutazione della *mesure générale* trovino un adeguato raccordo con le risultanze dell'analisi comparativa, per raggiungere con la maggiore omogeneità possibile l'obiettivo complesso del bilanciamento tra sovranità degli Stati contraenti e rispetto delle loro obbligazioni che scaturiscono dalla Convenzione.

6. L'interazione con gli altri diritti della Convenzione: integrazione e bilanciamento

Il confronto con molti altri diritti della Convenzione è nella natura di questa libertà e, sulla base delle frequenti interazioni con altri diritti umani³⁹, si può

34. Corte Edu, *Mor c. Francia*, ric. n. 28198/09, 15 dicembre 2011, § 61.

35. Corte Edu, *Belpietro c. Italia*, ric. n. 43612/10, 24 settembre 2013.

36. Corte Edu [GC], *A, B e C c. Irlanda*, ric. n. 25579/05, 16 dicembre 2010; Corte Edu [GC], *Lautsi e altri c. Italia*, ric. n. 30814/06, 18 marzo 2011.

37. Yutaka Arai-Takahashi, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, 2001, Anversa-Oxford-New York, Intersentia, pp. 197 ss.

38. Corte Edu [GC], *Animal Defenders International (ADI) c. Regno Unito*, ric. n. 48876/08, 24 aprile 2013.

39. Per una disamina puntuale dei casi principali, si consiglia di attingere al file «Case-Law References of Judgments, Advisory Opinions and Published Decisions», periodicamente aggiornato, reperibile *on line* sul sito della Corte (www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c;https://www.echr.coe.int/Documents/Case_law_references_ENG.pdf).

ricordare, in una logica di completamento della protezione, l'utilizzo nei ricorsi dell'art. 10 in combinato disposto con l'art. 9, che tutela le libertà di pensiero, coscienza e religione, e con l'art. 11, che presidia le libertà di assemblea e di associazione. Si pensi, ad esempio, al caso *Palomo Sanchez*⁴⁰, vertente su un licenziamento di dipendente svolgente attività sindacale, per manifestazioni critiche ingiuriose verso colleghi di lavoro, a dire del ricorrente eccessivamente remissivi nei confronti del datore di lavoro. Sulla base delle doglianze, la controversia è stata sussunta dalla Grande Camera nell'art. 10 letto alla luce dell'art. 11, ossia l'attività sindacale funzionale al diritto di associazione svolta dal ricorrente non è stata ritenuta prevalente o autonoma rispetto alla libertà di espressione esercitata nel caso. La lettura congiunta ha comunque consentito una tutela più ampia di quella offerta dal solo art. 10 che, tuttavia, non è stata ritenuta dalla maggioranza del *panel* sufficiente ad accertare una lesione del diritto umano così protetto.

Vi è, poi, il confronto con gli altri diritti in una logica diversa, di bilanciamento. Sempre sulla base della casistica giurisprudenziale, esso riguarda i diritti umani consacrati agli artt., oltre che 9 e 11, 2 (diritto alla vita), 6 (diritto a un giusto processo), 8 (rispetto per la vita privata e la vita familiare). L'interazione è in funzione di limite alla libertà di espressione, come è avvenuto ad esempio nei celebri casi gemelli decisi dalla Grande Camera nei processi *Von Hannover (2)* e *Axel Springer*. La *ratio decidendi* delle due sentenze si è incentrata sulla distinzione tra personalità pubblica e persona comune, ai fini della definizione del diverso standard di tolleranza richiesto al soggetto esposto all'attenzione dei media e che invoca il rispetto della propria privacy, rientrante sotto l'ombrello della vita privata e familiare dell'art. 8⁴¹.

7. Il divieto di abuso del diritto

Il principale limite esterno all'esercizio della libertà di manifestare il pensiero è, però, costituito dall'art. 17, il quale sanziona l'abuso dell'esercizio di un diritto umano riconosciuto dalla Convenzione e recita: «Nessuna disposizione della presente Conven-

zione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione».

Vi sono ulteriori esempi di limiti esterni alla libertà di espressione, in quanto il campo di applicazione dell'art. 10, per ciò che concerne gli stranieri, è circoscritto anche dall'art. 16, dal momento che sono possibili restrizioni alle loro attività politiche, comprese quelle sulla loro libertà espressione. Inoltre, dalla sua natura di diritto non inderogabile o assoluto, discende – oltre al frequente bilanciamento con altri diritti umani – anche la conseguenza che, in caso di urgenza, è possibile per uno Stato derogare alla libertà di espressione, ma solo nelle forme e nei limiti previsti dall'art. 15, § 1, ossia in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione.

Tuttavia, la protezione contro il rischio di distruzione delle libertà protette dalla Convenzione o di compressioni non previste, costituisce certo un limite che trova frequente applicazione con riferimento alla libertà di espressione, in particolare nei casi di *hate speech* e negazionismo.

Il criterio fondamentale è che non è possibile utilmente valersi di una libertà come quella protetta dall'art. 10 per mettere in pericolo e tentare di distruggere altri fondamentali diritti protetti dalla Cedu, a partire dal diritto alla vita, tutelato dall'art. 2. La Corte ha, infatti, più volte salvaguardato e fatto propria l'idea di una moderna democrazia che possa difendere se stessa (*wehrhafte demokratie*)⁴².

Ancora una volta, la modernità della Convenzione emerge dalla stessa presenza di istituti che nelle dichiarazioni settecentesche non erano previsti. Si pensi, ad esempio, alla Costituzione degli Stati Uniti d'America, in cui l'abuso del diritto, in particolare quello di parola, non è disciplinato da un'espressa previsione paragonabile all'art. 17 Cedu. Qui per "abuso", in primo luogo si intende l'insieme delle espressioni triviali e oscene, irriverenti, diffamatorie e insultanti, o comunque un eloquio violento, suscettibile di ferire o incitare un'immediata rottura della pace⁴³.

40. Corte Edu [GC], *Palomo Sanchez e altri c. Spagna*, ricc. nn. 28955/06, 28957/06, 28959/06 e 28964/06, 12 settembre 2011.

41. Corte Edu [GC], *Von Hannover c. Germania (2)*, ricc. nn. 40660/08 e 60641/08, 7 febbraio 2012; Corte Edu [GC], *Axel Springer AG c. Germania*, ric. n. 39954/08, 7 febbraio 2012, § 84.

42. Ad esempio, si vedano le decisioni di inammissibilità Corte Edu [GC], *Vogt c. Germania*, ric. n. 17851/91, 26 settembre 1995 e Corte Edu, *Erdel c. Germania*, ric. n. 30067/04, 13 febbraio 2007.

43. Corte suprema Usa, *Chaplinsky c. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). La Corte suprema americana tutela la libertà di espressione, intesa specificamente come libertà di parola, alla luce del primo emendamento delle Costituzione federale, trasmesso agli Stati per la ratifica il 25 settembre 1789 e adottato dal Congresso il 15 dicembre 1791.

8. Hate speech

La Convenzione non dà un'espressa definizione di «*incitamento all'odio*», ma il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha adottato, il 3 ottobre 1997, la Raccomandazione n. (97)20 così rubricata, in cui l'*hate speech* viene definito come «*comprensivo di tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza*».

La giurisprudenza consolidata della Corte sull'*hate speech* ritiene, innanzitutto, che l'istigazione all'odio non richieda necessariamente il riferimento ad atti di violenza o delitti già verificatisi a danno del ricorrente. Infatti, i pregiudizi arrecati alle persone ingiuriando, ridicolizzando o diffamando certe frange della popolazione e isolandone gruppi specifici – soprattutto se deboli – o incitando alla discriminazione, sono sufficienti perché le autorità interne privilegino la lotta contro il discorso razzista a fronte di una libertà di espressione irresponsabilmente esercitata e che provoca offesa alla dignità e alla sicurezza di queste parti o gruppi della popolazione⁴⁴.

In secondo luogo, l'identificazione in concreto dell'incitamento alla violenza, secondo la giurisprudenza della Corte Edu, passa attraverso il riscontro di diversi sintomi. Tra questi, vi è il modo in cui la comunicazione è effettuata, il linguaggio usato nell'espressione aggressiva, il contesto in cui è inserita, il numero delle persone cui è impartita l'informazione, la posizione e la qualità ricoperta dall'autore della dichiarazione e la posizione di debolezza o meno del destinatario della stessa.

Quanto al fondamento normativo in cui ricade il contrasto all'*hate speech* nella giurisprudenza della Corte Edu, un approccio risalente suggerisce che le problematiche attinenti alla libertà di parola possono essere adeguatamente trattate sulla base dell'art. 17. Secondo questo approccio, la libertà di parola non può essere considerata senza limiti, se esercitata da membri di organizzazioni o partiti che si propongono la distruzione di valori e principi protetti dalla Convenzione, e ciò può ben costituire un abuso del diritto.

Una giurisprudenza di una certa consistenza dichiara inammissibile, per incompatibilità con l'art.

17, il ricorso proposto per allegata violazione dell'art. 10 da membri di gruppi politici che si ispirano al nazismo, portatori di idee incompatibili con i principi stessi fondanti la Convenzione, e condannati penalmente da corti interne. Ad esempio, si può ricordare la decisione *Schimanek*⁴⁵, in cui il ricorrente era stato riconosciuto avere un ruolo chiave in un gruppo neonazista austriaco. Il nazismo è una dottrina totalitaria incompatibile con la democrazia e con la protezione dei diritti umani e, in casi come quello ora citato, la Corte non ha esitato a concludere come dall'art. 17 discendesse che la condanna penale del ricorrente fosse necessaria in una società democratica, in specifico riferimento al secondo paragrafo dell'art. 10 della Convenzione.

Alla sconfessione del distinto, ma altrettanto grave, fenomeno dell'antisemitismo giunge, tra le altre, la decisione *Ivanov*⁴⁶, relativa alla condanna penale dell'editore di un mensile («*Russkoe Veche*») di limitata diffusione, inferiore alle 1000 copie, il cui proposito era convincere i lettori dell'esistenza di un complotto ordito a danno della Russia da gruppi ispirati da ideologia fascista e a guida sionista. Il ricorso dell'editore alla Corte Edu per violazione degli articoli 13 e 14 fu riqualificato come ricorso ai sensi dell'art. 10 per violazione della libertà di espressione, e dichiarato inammissibile in forza dell'art. 17⁴⁷.

L'art. 17 ha trovato applicazione anche in episodi di istigazione all'odio religioso. Ad esempio, nel caso *Norwood*⁴⁸, il ricorrente era un responsabile regionale di un partito politico britannico di estrema destra – il *British National Party (BNP)* – e, a cavallo tra il 2001 e il 2002 appese alla finestra della propria abitazione un grande manifesto fornito dal BNP che rappresentava le torri gemelle di New York in fiamme accompagnate dallo slogan «L'Islam fuori dalla Gran Bretagna, proteggi il popolo britannico», e dal simbolo della mezzaluna islamica barrato. Il suo ricorso, presentato avanti alla Corte Edu per essere stato sottoposto a procedimenti penali in allegata violazione dell'art. 10 della Convenzione, fu dichiarato inammissibile per contrasto con l'art. 17.

Un altro significativo filone di decisioni di inammissibilità per contrasto con l'art. 17, riguarda ricorsi proposti per allegata violazione dell'art. 10 in materia di istigazione all'odio razziale. In questo contesto si

44. Corte Edu, *Féret c. Belgio*, ric. n. 15615/07, 16 luglio 2009, § 73.

45. Corte Edu, *Schimanek c. Austria*, ric. n. 32307/96, 1° febbraio 2000.

46. Corte Edu, *Ivanov c. Russia*, ric. n. 35222/04, 20 febbraio 2007.

47. Le ulteriori allegate violazioni degli artt. 13 e 14 furono dichiarate incompatibili *ratione materiae*.

48. Corte Edu, *Norwood c. Regno Unito*, ric. n. 23131/03, 16 novembre 2004.

colloca la decisione della Commissione europea dei diritti dell'uomo *Glimmerveen*⁴⁹, di inammissibilità di un ricorso esperito, oltre che per violazione degli artt. 3 e 9 Cedu, anche per violazione della libertà di espressione. I ricorrenti, candidati a elezioni amministrative per un partito portatore di idee xenofobe, erano stati colti dalle autorità interne in possesso di volantini, pronti per essere distribuiti, in cui inneggiavano alla discriminazione tra i cittadini "bianchi" dei Paesi Bassi e, tra l'altro, i cittadini olandesi originari del Suriname, chiedendone l'espulsione. Per questo, erano stati condannati in sede penale e la Commissione concluse, con riferimento all'art. 10, che tale interferenza nella loro libertà di espressione era proporzionata e necessaria in una società democratica alla luce dell'art. 17.

Più di recente, è stato riscontrato che gli Stati, invocando l'art. 17 a difesa dell'interferenza con la libertà di espressione, a loro volta abusavano di questo strumento e, dunque, un diverso e più recente approccio suggerisce, ove possibile, che tutti i casi di libertà di parola siano trattati alla luce dell'art. 10, § 1, e che ogni ingerenza con il diritto sia vagliata alla luce del *test* di necessità dell'art. 10, § 2⁵⁰.

Seguendo questo secondo schema, nel caso *Gunduz* la Corte ha statuito che espressioni concrete di incitamento all'odio, offensive per individui e particolari gruppi sociali, non ricadono nello scopo dell'art. 10 della Convenzione e, con riferimento agli *standard* del secondo paragrafo dell'articolo, ha evidenziato come «*la tolleranza e il rispetto per la uguale dignità di tutti gli esseri umani costituisce il fondamento di una società democratica e pluralista. In considerazione di ciò, può essere necessario come questione di principio in determinate società democratiche sanzionare o anche precludere ogni forma di espressione che diffonda, istighi, promuova o giustifichi il livore basato sull'intolleranza (inclusa quella religiosa)*»⁵¹.

Nel già citato caso *Féret*, relativo alla condanna penale di un politico per aver tenuto discorsi attinenti ai fenomeni migratori istiganti all'odio verso le comunità musulmane, la Corte ha ribadito che è cruciale,

per i politici che si esprimono in pubblico, evitare commenti che possano favorire l'intolleranza, e ha concluso che, nel caso concreto, a sostegno dell'interferenza con la libertà di espressione era riconoscibile un bisogno sociale impellente di proteggere l'ordine pubblico e i diritti della comunità degli immigrati, per evitare disordini e sfiducia verso le istituzioni del Belgio⁵².

Ancora, in applicazione dell'art. 10, la Corte ha dichiarato che, in generale, le eccezioni alla libertà di espressione vanno interpretate in senso restrittivo, e la necessità di ogni restrizione dev'essere adeguatamente motivata, come reiterato in molti casi coinvolgenti la Turchia. In essi, la Corte ha escluso il bisogno di restringere la libertà di espressione in una società democratica e ha negato che anche articoli di stampa o creazioni di fantasia letteraria costituissero istigazione all'odio, anche quando vi fosse offerta un'immagine particolarmente negativa delle atrocità commesse dalle autorità interne, al punto da provocare un forte risentimento nel lettore⁵³, ma senza ricadere in istigazione all'odio nel senso sopra delineato.

9. Negazionismo

Uno dei filoni più tipici dell'*hate speech* si è espresso nel discorso revisionista, in cui la libertà di manifestare il pensiero è stata utilizzata per difendere o negare le violazioni dei diritti umani commesse dal nazismo e culminate con la Shoah, lo sterminio degli ebrei. Anche in relazione al negazionismo, si registrano orientamenti giurisprudenziali che si sono valse sia dell'art. 17 sia dell'art. 10, ma con caratteristiche in parte peculiari.

In generale, la giurisprudenza della Corte Edu afferma che la ricerca della verità storica è parte della libertà di espressione, e che non è compito della Corte Edu arbitrare le diverse questioni scientifiche sottostanti, parte di quel continuo dibattito nell'accademia che forma l'opinione ufficiale su come gli eventi siano accaduti e su come vadano interpretati⁵⁴. In applica-

49. Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Glimmerveen e Hagenbeek c. Olanda*, ricc. nn. 8348/78 e 8406/78, 11 ottobre 1979. *L'European Commission on Human Rights*, al tempo, operava un ruolo di filtro anteriore al giudizio della Corte.

50. D. Harris - M. O'Boyle - E. Bates - C. Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009 (II ed.), p. 450.

51. Corte Edu, *Gunduz c. Turchia*, ric. n. 35071/97, 4 dicembre 2003, §§ 40-41.

52. La materia del contendere è delicata, e non mancano interpretazioni difformi, come attesta l'opinione dissenziente del giudice A. Sajó, cui hanno aderito i giudici V. Zagrebelsky e N. Tsotsoria, annessa a quella decisione: «*A mon grand regret, je ne peux me rallier à l'opinion de la majorité concluant à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention. Selon moi, confirmer la répression pénale du discours politique en l'espèce va à l'encontre de la liberté d'expression (...)*».

53. Corte Edu, *Alinak c. Turchia*, ric. n. 34520/97, 29 marzo 2005.

54. Corte Edu *Chauvy e altri c. Francia*, ric. n. 64915/01, 29 giugno 2004, §§ 69-77.

zione della *ratio decidendi*, la condanna dell'autore e dell'editore di un libro di argomento storico, che metteva in cattiva luce la reputazione di un movimento riconosciuto della Resistenza senza rispettare una metodologia scientifica, risultando in una serie di insinuazioni particolarmente gravi, è stata considerata dalla Corte una sanzione proporzionata, senza violazione alcuna dell'art.10.

Parimenti, l'analisi storica del rapporto di uno Stato come la Svizzera con la Germania nazista durante la Seconda guerra mondiale, secondo la decisione di parziale inammissibilità *Monnat*⁵⁵, è sottratta al ruolo di una emittente televisiva che trasmette programmi di approfondimento, essendo tale analisi compito degli storici. Pertanto, un giornalista dell'emittente, lamentatosi di provvedimenti per lui lesivi emessi dall'Autorità indipendente svizzera sui *media*, non ha potuto far valere efficacemente l'art. 10 della Convenzione, che assumeva essere stato violato.

Tuttavia, il diritto alla libertà di espressione è stato invocato, senza successo, da uno storico che aveva negato, in un pubblico dibattito, l'esistenza delle camere a gas nel campo di sterminio di Auschwitz⁵⁶, ritenuta un fatto dimostrato e accettato come tale dalla comunità scientifica. L'art. 10 è stato, poi, ritenuto applicabile nella fattispecie, e violato, in un'importante sentenza della Corte che ha avuto a oggetto il tentativo di riabilitazione della figura del maresciallo Philippe Pétain attraverso un articolo pubblicato sul quotidiano francese *Le Monde*, in cui gli autori avevano omesso ogni critica all'autorizzazione data dal maresciallo alla deportazione di ebrei nei campi di sterminio durante la Seconda guerra mondiale⁵⁷. I ricorrenti adirono la Corte, a fronte della condanna penale subita e del risarcimento di un danno simbolico disposto dalle autorità giurisdizionali interne, invocando con successo la libertà di espressione.

Il caso della pubblicazione di un libro negazionista dello sterminio degli ebrei da parte di un professore universitario con un trascorso in politica e, per tale pubblicazione, condannato in Francia, ha generato la decisione di inammissibilità *Garaudy*⁵⁸, interessante per la qualificazione in diritto della fattispecie. Il Governo aveva chiesto la dichiarazione di inammissibilità del ricorso alla luce dell'art. 17 e, in subordine, l'applicazione dell'art. 10, § 2, alla luce delle obbliga-

zioni discendenti dall'art. 17. Ciò nonostante, la Corte ha distinto la condanna che il ricorrente aveva subito, da parte dell'autorità giurisdizionale nazionale, per aver negato l'esistenza di crimini contro l'umanità commessi contro gli ebrei durante il secondo conflitto mondiale, dalla condanna per aver fatto affermazioni diffamatorie razziste, incitando all'odio nei confronti della comunità ebraica. La prima questione ha generato una pronuncia di inammissibilità per incompatibilità *ratione materiae*, sulla base dell'argomento principale che l'Olocausto non poteva essere oggetto di dibattito tra gli storici, ma era un fatto assodato scientificamente; quanto alla seconda, l'interferenza sulla libertà di espressione, costituita dalla condanna penale, è parsa giustificata alla luce dell'art. 10, § 2.

Un tipo particolare di negazionismo, che presenta elementi di singolarità rispetto alla giurisprudenza della Corte precedente, a partire dal fatto che non riguarda lo sterminio degli ebrei nella Seconda guerra mondiale, ma il genocidio armeno, ha generato la complessa sentenza di Grande Camera *Perinçek*⁵⁹. Il caso prende il nome da un cittadino turco ricoprente un ruolo politico (presidente del Partito turco dei lavoratori) che, partecipando al pubblico dibattito in Svizzera, aveva affermato in tre occasioni come il genocidio armeno consumato dopo il 1915, da lui definito «supposto», fosse una menzogna internazionale e, per queste affermazioni, era stato condannato penalmente dalle autorità giurisdizionali interne.

Nella sentenza di camera anteriore al *referral*, la Corte aveva esaminato la fattispecie anche ai sensi dell'art. 17, e aveva riconosciuto sussistere la violazione dell'art. 10. In sede di Grande Camera, i giudici di Strasburgo hanno, a maggioranza, dichiarato la violazione dell'art. 10, senza che vi fosse spazio per l'applicazione dell'art. 17, non avendo ritenuto necessario, in una società democratica, sottoporre il ricorrente a una condanna penale per proteggere i diritti della comunità armena in Svizzera. La motivazione soppesa il fatto che le dichiarazioni del ricorrente riguardavano una questione di interesse pubblico e non costituivano un invito all'odio o all'intolleranza, che il contesto in cui erano formulate non era caratterizzato da accresciute tensioni o da speciali tensioni storiche in Svizzera, che le dichiarazioni non potevano essere considerate come incidenti sulla dignità dei membri

55. Corte Edu *Monnat c. Svizzera*, ric. n.73604/01, 21 settembre 2006.

56. Corte Edu *D.I. c. Germania*, 26 giugno 1996.

57. Corte Edu [GC], *Lehideux e Isorni c. Francia*, ric. n. 24662/94, 23 settembre 1998, § 53: «la giustificazione di una politica pro-nazi non potrà beneficiare della protezione dell'articolo 10»; tuttavia la Corte, a maggioranza, ha ritenuto che nel caso in esame i ricorrenti non avessero espresso apprezzamento per il nazismo. Due opinioni concorrenti e tre dissidenti sono annesse alla sentenza.

58. Corte Edu, *Garaudy c. Francia*, ric. n. 65831/01, 24 giugno 2003.

59. Corte Edu [GC], *Perinçek c. Svizzera*, ric. n. 27510/08, 15 ottobre 2015.

della comunità armena al punto da richiedere una risposta penale in questo Stato, che non esisteva alcun obbligo di legge internazionale per la Svizzera di criminalizzare tali dichiarazioni, che i tribunali svizzeri sembravano aver censurato il richiedente per aver espresso un'opinione che divergeva da quella comunemente accettata in Svizzera, e che l'interferenza aveva assunto la forma grave di una condanna penale.

La linea di ragionamento, che ha escluso vi fosse spazio («*no grounds to apply*») per l'art. 17, pare dipartire dalla precedente giurisprudenza e non essere interamente convincente, se si pensa che, in relazio-

ne al negazionismo di un genocidio, la Corte ha più volte affermato l'esistenza di un abuso ai fini dell'art. 17, allorquando l'art. 10 era stato invocato da gruppi politici o singoli portatori di ideologie totalitarie e le affermazioni erano risultate, in sé, distruttive. Questo è stato ritenuto il livello minimo e sufficiente per riconoscere l'abuso del diritto di manifestazione del pensiero in presenza di affermazioni revisioniste, perché oltre tale soglia esse diventano vere e proprie aggressioni e non sono più semplici opinioni, ossia assurgono a interventi suscettibili di diventare, in ogni momento, distruttivi in concreto.

Libertà religiosa

di *Francesco Alicino*

Nella giurisprudenza della Corte Edu, la disciplina convenzionale della libertà religiosa si distingue per il suo carattere proteiforme e multidimensionale. A fronte della varietà delle esperienze di fede a livello nazionale, la Corte sottolinea il suo ruolo di giudice (sovrastatale) dei casi con il frequente ricorso al principio di proporzionalità e alle dottrine del consenso fra gli Stati e, soprattutto, del margine di apprezzamento.

1. Introduzione

Risponde al vero l'affermazione per cui la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è dotata di un'autorità tale «da irradiare i suoi effetti capillarmente in tutto il continente»¹. Tuttavia, continuando con la metafora, è altrettanto evidente che la luce propagata da Strasburgo è sovente offuscata da alcune criticità. Lo attesta una non lineare giurisprudenza che, dominata da elementi contingenti, rende sovente difficile l'individuazione di interpretazioni stabili o, quantomeno, orientative. L'esempio paradigmatico è fornito dalle sentenze aventi a oggetto la libertà religiosa.

Diversi i fattori che conducono a questo risultato. I più noti richiamano i cambiamenti occorsi negli ultimi decenni nella geografia confessionale europea, la

contestuale deprivatizzazione del fenomeno religioso², l'eccessivo aumento dei ricorsi³, il carattere internazionale della Corte di Strasburgo, l'influenza esercitata sulle sue pronunce dagli Stati membri⁴, il suo concreto funzionamento e la tendenza alla de-giurisdizionalizzazione delle sue attività⁵. Senza sminuire il ruolo di questi elementi, a mio avviso tale risultato è, però, anche determinato da due altre importanti condizioni, non sempre analizzate con la dovuta attenzione.

Da un lato, la Corte Edu è giudice dei casi e non della nomofilachia⁶. Dall'altro, il fenomeno religioso si contraddistingue per il suo carattere proteiforme e multidimensionale, che proprio le concrete circostanze sottostanti ai singoli ricorsi e la varietà delle esperienze di fede presenti a livello statale finiscono regolarmente per esaltare. Le sentenze che, con alter-

1. Così M. Cartabia, *I "nuovi" diritti*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, febbraio 2011, pp. 9-10, disponibile online (www.statoechurchiese.it/images/uploads/articoli_pdf/cartabia_i_nuovi.pdf?pdf=i-nuovi-diritti).

2. S. Ferrari, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, Cristianesimo e Islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002, spec. pp. 59 ss.

3. P. Annicchino, *La religione in giudizio. Tra Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Il Mulino, Bologna, 2018, in cui si rinvia al fenomeno della tribunalizzazione (*judicialization*) di cui alle opere di Ran Hirschl (cit., p. 12, nota n. 6).

4. Come ha dimostrato, fra gli altri, E. Voeten, *The impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights*, in *American political science review*, vol. 102, n. 4/2008, pp. 417-433. Sul punto, già K. Martin, *Voting Behaviour and National Bias in the European Court of Human Rights*, in *Leiden Journal of international law*, vol. 10, n. 1/1997, pp. 49-67.

5. Si veda ampiamente la parte seconda di questo volume: *La Corte Edu: struttura, soggetti, funzionamento*.

6. N. Colaianni, *Divieto di discriminazione religiosa sul lavoro e organizzazioni religiose*, in *Questione Giustizia on line* del 3/5/2018, www.questionegiustizia.it/articolo/divieto-di-discriminazione-religiosa-sul-lavoro-e-organizzazioni-religiose_03-05-2018.php.

ne conseguenze, hanno coinvolto l'Italia stanno lì a dimostrarlo⁷.

2. La fonte

L'indole poliedrica di tale fenomeno emerge, del resto, dalla lettura dell'art. 9 Cedu che, architrave della libertà religiosa nel sistema convenzionale⁸, già nella titolazione ne sottolinea la relazione con altri capisaldi delle democrazie costituzionali: la libera manifestazione del pensiero e la tutela della coscienza personale. Focalizzando poi l'attenzione sul contenuto essenziale del testo, si scopre che l'art. 9 comprende il diritto di scegliere o non scegliere una religione o un credo, come anche il diritto di cambiare religione o credo⁹. Si tratta di diritti quasi assoluti che, giacché connessi con il foro interno dell'individuo, non sono suscettibili d'indebite limitazioni – comprese quelle poste in essere dalle autorità statali attraverso i rispettivi ordinamenti¹⁰.

Stando alla lettera della fonte convenzionale, i margini di azione degli Stati sono infatti circoscritti alla libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo che, come si sancisce nel secondo comma, non può «essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui».

Questo perché i diritti di cui all'art. 9, oltre a richiamare «gli elementi essenziali dell'identità dei credenti e della loro concezione di vita», si affermano come «beni preziosi anche per gli atei, gli agnostici, gli scettici o gli indifferenti». Da essi, insomma, «dipende quel pluralismo inseparabile della società democratica, che è stato conquistato a caro prezzo nel corso dei secoli»¹¹. La dimensione individuale della libertà religiosa s'intreccia, in tal modo, con quella collettiva e comunitaria. L'art. 9 si riferisce principalmente all'individuo, che, proprio per i diritti ivi richiamati, deve tuttavia essere libero di aderire a dei gruppi religiosi; perché, magari, capaci di valorizzare la sua libertà di pensiero e di coscienza o perché

in grado di svolgere in modo più compiuto la propria personalità.

D'altra parte, lo Stato ha il dovere di tutelare direttamente i diritti religiosi della persona e, quindi, gli interessi attinenti alla coscienza individuale, comunque orientata. Si tratta di una tutela particolare che, ad esempio, mal si concilia con gli statuti derogatori della cittadinanza e che, data l'importanza dei beni personali tutelati, s'impone anche sulle pretese delle singole organizzazioni confessionali, limitandone se del caso autonomia e indipendenza. L'appartenenza a una religione non è condizione necessaria per l'effettivo esercizio dei diritti di cui all'art. 9 Cedu, la cui protezione è aliena dalla mediazione delle confessioni. Ciò, tuttavia, non esclude la possibilità che una persona possa aderire a una formazione sociale religiosamente connotata, né il divieto di trattamenti discriminatori nei confronti di uno o più gruppi cultural-religiosi. Con tutto il suo carico di diritti, accettando la diversità e il pluralismo, la disciplina convenzionale della libertà religiosa si specifica così con l'eguaglianza nella differenza.

L'art. 9 Cedu porta, per questa via, ad accentuare uno dei più importanti dilemmi del costituzionalismo occidentale, perennemente conteso fra il principio di eguaglianza e diritto alla differenza; fra, cioè, il riconoscimento delle specificità culturali dei singoli gruppi e l'universalità dei diritti umani. Vero è che un'applicazione ragionevole del principio di eguaglianza implica il rispetto delle diversità. Queste differenze non possono, tuttavia, oltrepassare i limiti imposti da alcuni fondamentali diritti che, come tali, devono essere garantiti e tutelati nei confronti di tutti gli individui, indipendentemente dalla loro fede o credo.

Il che spiega il coinvolgimento in questo ambito delle materie rilevanti sul piano dell'etica e della morale (unioni tra persone dello stesso sesso, procreazione assistita, aborto, fine vita, etc.), la cui regolamentazione risulta spesso condizionata dalla disciplina del sistema di relazioni Stato-confessioni vigente a livello dei singoli Stati membri. Ovvero, dal modo di intendere il principio di laicità che, nello spazio giuridico europeo, risulta peraltro diversamente declinato, come dimostrano le sue molteplici aggettivazioni (laicità confessionale, concordata, sana, separatista,

7. Come si avrà modo di appurare nel corso di questo lavoro, *infra*, parr. 8 e 9.

8. Su questo sistema, V. De Gaetano, *Alcune chiavi di lettura del sistema Cedu*, in *questo volume* (parte prima, n. 2).

9. Sull'endiadi religione-credo, già F. Margiotta Broglio, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 27 ss. Sul punto, di recente, anche M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, ETS, Milano, 2018, spec. pp. 162 ss.

10. Commissione europea dei diritti dell'uomo, *C. c.. Regno Unito*, ric. n. 10358/83, 15 dicembre 1983.

11. Corte Edu, *Kokkinakis c. Grecia*, ric. n. 14307/88, 25 maggio 1993, par. 31 [ndA: nel presente lavoro le eventuali traduzioni delle sentenze sono mie].

militante, multiculturale, etc.), attestanti le sue più o meno timide variabili.

3. Margine e consenso, ossia sussidiarietà *versus* universalità

In questo complesso quanto variegato scenario, la Corte europea ha precisato il suo ruolo e le sue competenze facendo innanzitutto leva sul principio di sussidiarietà costituzionale¹², legittimato in molti casi dal richiamo all'art. 53 Cedu. A dimostrarlo soccorre, fra le altre, la risalente decisione *Handyside c. Regno Unito*¹³ che, incentrata sulla libertà dei genitori di impartire l'educazione dei figli alle proprie convinzioni, sottolinea come il meccanismo di protezione dei diritti costituito dalla Convenzione sia «sussidiario rispetto ai sistemi nazionali di tutela»¹⁴. Ciò significa che l'intervento della Corte europea deve principalmente sostanzarsi nella mansione di supervisore (*Court's supervisory function*), la cui influenza può eventualmente estendersi sia alla legislazione statale, sia ai verdetti dei giudicanti nazionali chiamati ad applicarla¹⁵. Senza, però, dimenticare che a Strasburgo i giudici sentenziano sui singoli casi e non in funzione nomofilattica¹⁶.

Non essendo stati chiariti i confini della sua azione, da allora questa supervisione ha finito per alimentare una continua tensione fra *sussidiarietà* europea e *universalità* dei diritti umani¹⁷. Vero è che tale impostazione pone l'accento sull'ambito di competenza *propria* di ogni Stato membro – con tutto il peso che le tradizioni culturali e giuridiche locali possono esercitare. Allo stesso tempo, tuttavia, da essa emerge la necessità di applicare *standard* universali *propri* dei diritti umani – a cominciare da quelli che danno corpo e sostanza alla libertà religiosa. Il che aiuta a comprendere le soluzioni adottate dalla Corte Edu per cercare di sciogliere la richiamata tensione depotenziandone, per quanto possibile, effetti irragionevoli.

Una risposta in tal senso giunge dal primo significativo approdo giurisprudenziale sull'art. 9 Cedu¹⁸, quando la Corte, mettendo l'accento sull'approccio *case-by-case*, finisce per esaltare la caratteristica di giudice del caso singolo che, come tale, non necessariamente interviene sulla norma nazionale¹⁹. Ciò, allo stesso tempo, genera l'esigenza di dare rilevanza a specifici congegni interpretativi, tra cui un posto di rilievo spetta alla dottrina del margine di apprezzamento e al principio di proporzionalità, entrambi non a caso di derivazione giurisprudenziale: facendo leva sul secondo paragrafo dell'art. 9 – il cui schema è significativamente riproposto negli artt. 8, 10 e 11 Cedu –, la Corte riconosce un margine di discrezionalità agli Stati membri, il cui impatto in termini di tutela dei diritti convenzionali è, volta per volta, misurato in base alla proporzionalità della misura restrittiva. Questo significa che se l'intervento nazionale non dovesse risultare proporzionato rispetto agli *scopi legittimi* (art. 9, par. 2) e all'esigenza di *tutela minima* (art. 53), la Corte europea decreta il superamento del margine e, di conseguenza, la violazione della Convenzione. La soglia del margine e la proporzionalità della misura non possono però essere fissate una volta per tutte. Devono, invece, tener costantemente conto di differenti fattori, a cominciare dalle circostanze concrete sottostanti (*case-by-case*) al ricorso e dal peculiare contesto statale interessato (*case-by-case*) dalla controversia.

Nella determinazione dei limiti di tutela ai diritti di libertà religiosa, ossia nella veste di supervisore europeo, la Corte di Strasburgo si riserva così grandi *margini* di manovra nello stesso momento in cui riconosce agli Stati apprezzabili *margini* di discrezionalità. Un'attitudine, questa, corroborata dall'intensa interazione, anch'essa di derivazione giurisprudenziale, fra il margine di apprezzamento e la dottrina del consenso²⁰.

Concepita anche e soprattutto per modulare l'ampiezza del margine, la rilevazione del grado di consenso fra gli Stati su una determinata materia è funzionale

12. Così lo definisce S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 126.

13. ric. n. 5493/72, 7 dicembre 1976.

14. *Ibid.*, par. 48.

15. *Ibid.*, par. 49.

16. Come si preciserà nella sentenza *Kokkinakis c. Grecia*, cit., del 1993, su cui *infra* in questo paragrafo.

17. Sul punto, S. Mancini, *Il potere dei simboli, i simboli del potere*, CEDAM, Padova, 2008, p. 107.

18. *Kokkinakis c. Grecia*, cit.

19. Come criticamente sottolinea il giudice Pettiti nella sua opinione parzialmente concorrente a *Kokkinakis c. Grecia*, cit.: «[t]he reasoning adopted by the majority with the intention of confining themselves to the particular case» non permette di considerare che «what is in issue is the very principle» stabilito dalla «domestic law».

20. K. Dzehtsiarou, *European Consensus: A Way of Reasoning*, in *University College Dublin law research Paper*, 2009, n. 11.

a legittimare il ruolo della Corte Edu quale giudice sovrastatale. Non per nulla, la dottrina del consenso serve a individuare dei punti fermi nella coordinazione fra il compito della Corte e quello dei decisori nazionali. E senza, con ciò, intaccare la flessibilità di cui gode il giurisdicente europeo nell'interpretazione della disciplina convenzionale della libertà religiosa, anche perché, in relazione all'art. 9 e, più in generale, al fenomeno religioso, lo sforzo interpretativo è sovente coadiuvato dal rinvio ad altri concetti che, sul piano definitorio e del concreto significato, si caratterizzano per essere altrettanto fluidi e modellabili. I continui riferimenti alla "pace religiosa", alle "condizioni essenziali per vivere assieme", alla "misure necessarie in una società democratica" e al "bisogno sociale impellente" lo attestano in modo a dir poco evidente. E non è certamente un caso se, accanto alle dottrine del margine di apprezzamento e del consenso, questi stessi concetti ricorrono con frequenza proprio nelle sentenze riguardanti il sistema di relazione Stato-chiese, la protezione delle confessioni di minoranza, il principio di laicità, l'abbigliamento del fedele, i rapporti di lavoro e l'esposizione dei simboli confessionali nello spazio pubblico. Tutti ambiti nei quali, come si vedrà, il carattere multidimensionale della libertà religiosa gioca un ruolo di primaria importanza.

4. Supervisione europea

Questa impostazione è frutto di un lungo percorso giurisprudenziale che, come si accennava, trova un importante punto di approdo nel 1993: con il caso *Kokkinakis c. Grecia*, la Corte Edu rompe il lungo silenzio sull'art. 9 Cedu, ponendo le basi per una più compiuta costruzione della disciplina della libertà religiosa.

È importante notare come, nella sentenza, dopo aver affermato che questa libertà è il «fondamento della società democratica», il giudice si soffermi sul necessario equilibrio fra il margine di intervento statale e la *European supervision*. In questo contesto, si precisa, il suo compito è di valutare se le misure nazionali siano proporzionate²¹. Non è il caso di quelle adottate dalla Grecia contro l'attività di proselitismo del ricorrente che, ai sensi di una legislazione degli

anni Trenta del secolo scorso²², ha subito in patria una pesante condanna penale.

Ponendo l'accento sulla sua natura di giudice dei casi, la Corte rileva così la violazione dell'art. 9, ma solo per la non proporzionalità della condanna. Non ritiene, invece, di censurare la legislazione nazionale, basata su un'idea confessionista della disciplina del fenomeno religioso, peraltro incentrata su una specifica visione della Chiesa ortodossa. Questa è definita dalla Costituzione come religione prevalente²³ che, come tale, si distingue dalle altre confessioni, la cui rilevanza all'interno dell'ordinamento statale si afferma solo se riconosciute come religioni note²⁴ – qualifica negata ai Testimoni di Geova, cui appartiene il ricorrente. Il credito attribuito al sistema greco e alla sua legislazione si evidenzia nei passaggi finali della sentenza. Qui, la Corte avalla la singolare nozione di «proselitismo improprio»²⁵, frutto di un ordinamento improntato alla rilevanza o, meglio, alla prevalenza della religione di Stato e in contrasto, così pare, con quanto si afferma poche righe prima a proposito dei diritti tutelati dall'art. 9²⁶. Peraltro, ciò è anche confermato dall'opinione parzialmente concorrente del giudice Pettiti che, pur sottolineando la novità di un Paese membro condannato per violazione dell'art. 9, mette in guardia dall'idea della Corte Edu quale giudice del caso singolo: ciò che rischia di legittimare norme, istituti e sistemi non compatibili con quanto stabilito dalla Cedu²⁷.

Questa riflessione non tiene, però, conto del fatto che, considerata la valenza dei diritti di libertà religiosa, pur nella veste di giudice dei casi concreti la Corte può comunque incidere sulla coerenza dei sistemi statali e delle relative disposizioni, esprimendo sui di essi un "giudizio", anche se in modo indiretto. A mio avviso, i veri punti nodali sono altri. Riguardano, in particolare, due fattori: la graduale estensione della *European supervision* dalla dimensione individuale della libertà religiosa a quella collettivo-comunitaria; l'utilizzo e la portata del margine di apprezzamento.

5. Dimensione individuale e collettiva

La sentenza *Kokkinakis* inaugura una sequenza di condanne della Grecia e di altri Paesi a maggioran-

21. E, come si accennava, questo vale per «both the legislation and the decisions applying it»; Corte Edu, *Kokkinakis c. Grecia*, cit., par. 47.

22. Dl n. 1672/1939.

23. Art. 3 Cost.

24. Art. 13 Cost.

25. Corte Edu, *Kokkinakis c. Grecia*, cit., par. 48.

26. *Ibid.*, par. 31.

27. *Ibid.*, opinione parzialmente concorrente del giudice Pettiti, cit.

za ortodossa per violazione dell'art. 9²⁸. Esse, però, riguardano fattispecie strettamente legate alla libertà religiosa degli individui²⁹. Dagli anni 2000³⁰, senza abbandonare questo filone giurisprudenziale, la Corte interviene anche sulle modalità e i criteri stabiliti dallo Stato per il riconoscimento ufficiale dei gruppi religiosi. In gioco non è più solamente la libertà religiosa del singolo: a essere posti in rilievo sono anche i diritti dell'intera comunità religiosamente orientata. Questa novità, tuttavia, non sminuisce l'importanza del margine di apprezzamento che, al contrario, rafforza la sua presenza e la sua influenza. Lo testimonia il repertorio di una giurisprudenza che, in materia religiosa, risulta sempre più instabile.

Specie per le questioni in cui non si registra un consenso diffuso fra gli Stati, la soglia del margine subisce brusche oscillazioni, esponendo le decisioni dei giudici europei ad alti indici d'imprevedibilità. Ciò anche perché – come si accennava –, nel frattempo, nella dottrina del margine s'innestano concetti (*social and religious peace, living together, pressing social need*, etc.) altrettanto indefiniti e, perciò, fortemente elastici.

6. Pace sociale e vita in comune

Ad esempio, nella decisione *Otto-Preminger-Institut*, la Corte non censura il provvedimento di sequestro di un'opera cinematografica, considerata dalle autorità austriache come blasfema. Il margine di apprezzamento non è stato superato perché il provvedimento risponde alla necessità di un bisogno sociale impellente di preservare la pace religiosa in un

contesto geopolitico e culturale, il Tirolo, intriso di tradizione cristiana³¹. A nulla valgono le considerazioni per cui l'opera sarà proiettata in una sala privata, nelle ore serali e per il solo pubblico adulto, pagante e reso edotto dei contenuti della pellicola, come peraltro si evince dalla locandina³².

Passano dieci anni e la Corte Edu arriva alle medesime conclusioni per un libro pubblicato in Turchia e giudicato blasfemo da una parte della popolazione musulmana. Anche qui a pesare è il «*besoin social impérieux*» di pace religiosa che, rendendo la misura proporzionata, la colloca sotto la soglia del margine di valutazione riconosciuto allo Stato convenuto³³. Meno di otto mesi dopo, però, per la medesima fattispecie questi stessi concetti conducono a risultati opposti: i margini di discrezionalità si restringono perché il convenuto non ha dimostrato che, nel 1992, anno di pubblicazione della prima edizione di un libro giudicato blasfemo, esistesse un analogo *besoin social impérieux*³⁴. Il grado di oscillazione della giurisprudenza raggiunge, così, vette impensate, come del resto testimonia la celebre decisione *Refah Partisi*, in cui il suddetto bisogno sociale estende gli orizzonti del margine, esaltando il principio di laicità militante turca (*laiklik*)³⁵, sulla base del quale un partito politico di ispirazione religiosa è stato dichiarato fuori legge.

Da notare che, in quest'ultimo caso, l'esito della decisione è sostenuto da alcune considerazioni di carattere storico-teologico, con cui il giudice europeo partorisce una interpretazione essenzialista della *Shari'a* islamica³⁶: questa – si afferma – è incompatibile con i principi fondamentali della democrazia poiché storicamente estranea al pluralismo politico e

28. Al punto da configurare uno scontro fra la giurisprudenza della Corte Edu e la peculiarità del modello ortodosso di sistemi di relazioni Stato-Chiese; S. Ferrari, *La Corte di Strasburgo e l'art. 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 35.

29. Per tutte, si vedano Corte Edu: *Valsamis c. Grecia*, ric. n. 21787/93, 18 dicembre 1996; *Efstratiou c. Grecia*, ric. n. 24095/94, 18 dicembre 1996. Si veda anche *Buscarini e altri c. San Marino*, ric. n. 24645/94, 18 febbraio 1999.

30. Precisamente, da Corte Edu, *Hasan e Chaush c. Bulgaria*, ric. n. 30985/96, 26 ottobre 2000.

31. Corte Edu, *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, ric. n. 13470/87, 20 settembre 1994 (ric. n. 11/1993/406/485).

32. Con le medesime motivazioni, questo orientamento è solcato due anni dopo da Corte Edu, *Wingrove c. Regno Unito*, ric. n. 17419/90, 25 novembre 1996, par. 52: «the interference corresponded to a “pressing social need” and (...) it was “proportionate to the legitimate aim pursued”».

33. Corte Edu, *Í.A. c. Turchia*, ric. n. 42571/98, 13 settembre 2005, par. 26.

34. In effetti, la censura turca interviene sulle altre edizioni del libro; Corte Edu, *Aydin Tatlav c. Turchia*, ric. n. 50692/99, 2 maggio 2006, par. 31.

35. R. Bottoni, *Il principio di laicità in Turchia*, Vita e Pensiero, Milano, 2012.

36. Corte Edu [GC], *Refah Partisi (Partito della Prosperità) e altri c. Turchia*, ric. nn. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, 13 febbraio 2003.

all'incessante evoluzione delle libertà pubbliche³⁷. Le autorità turche non hanno, pertanto, superato il margine di apprezzamento, essendo la misura in questione proporzionata al bisogno impellente di pace sociale e alla necessità di protezione di un regime laico e democratico.

Insomma, appurato l'appiglio legislativo della misura restrittiva, i giudici europei decidono che, in questo ambito, siano lo Stato turco e il suo principio di laicità a dover essere tutelati da rivendicazioni di carattere religioso, sotto le quali coverebbero tendenze fondamentalistiche. Il che, secondo la Corte, può giustificare la limitazione della libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Lo sa bene la studentessa Leyla Şahin, su cui si abbatte il divieto di indossare il velo islamico (*hijab*) in un'università statale. Divieto rispetto al quale i giudici europei solcano il consueto repertorio concettuale basato – appunto – sul bisogno di pace religiosa, sulle misure necessarie in una società democratica e, ovviamente, sul margine di apprezzamento³⁸.

Si tratta di un registro giurisprudenziale che l'azione erosiva del tempo non scalfisce. Tanto che, dieci anni dopo, lo vediamo proposto nella decisione *S.A.S. c. Francia* riguardante il divieto di indossare il velo integrale nello spazio pubblico³⁹. Qui, tuttavia, il quadro argomentativo, oltre a riaffermare il ruolo sostanzialmente sussidiario del meccanismo della Cedu e la portata del margine, si arricchisce del bisogno di preservare le condizioni per una vita in comune (*vivre ensemble*)⁴⁰. Un concetto che, al pari dei suoi antecedenti, si espone a possibilità interpretative polivalenti, incidendo ulteriormente sul grado di prevedibilità della giurisprudenza europea e, quindi, sulla sua capacità orientativa⁴¹.

Non bisogna, del resto, dimenticare il peso esercitato su questa capacità dal fatto che la Corte Edu è giudice dei casi. Come tale, essa è particolarmente attenta alle circostanze concrete sottostanti al singolo ricorso.

7. Autonomia confessionale e divieto di discriminazioni

Ciò è reso più evidente dalle controversie in cui la dimensione collettiva e quella individuale della disciplina del fenomeno religioso inevitabilmente s'intrecciano. Lo testimoniano le sentenze in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dalle quali emerge l'esigenza di un ragionevole bilanciamento tra differenti bisogni: la tutela dell'identità collettiva delle confessioni e la conseguente richiesta di efficacia civilistica-secolare delle loro regole interne; il divieto di discriminazione a garanzia dei diritti delle persone che vivono e lavorano all'interno delle formazioni sociali religiosamente orientate.

Non sorprende, allora, se in questo ambito due importanti decisioni presentino esiti opposti, nonostante la loro concomitante pubblicazione e la sostanziale corrispondenza delle fattispecie. Queste s'incentrano su una relazione extraconiugale, valutata come contraria all'etica dell'organizzazione confessionale nel caso di un ufficiale della Chiesa mormone, ma non anche in quello di un organista e maestro del coro di una parrocchia cattolica⁴².

A conferma del fatto che la Corte Edu non agisce in funzione nomofilattica soccorrono, poi, due altri orientamenti, in cui l'autonomia confessionale prevale sulle lamentele di un'associazione parasindacale di preti ortodossi e di un insegnante di religione delle scuole spagnole: nel primo, l'organizzazione è stata vietata in Romania⁴³; nel secondo, il ricorrente si è visto ritirare il nulla osta all'insegnamento da parte della Conferenza episcopale⁴⁴.

Il che aiuta a comprendere l'andamento delle decisioni che, collegate con la disciplina del fenomeno religioso e la libertà di fede, hanno nel frattempo coinvolto l'Italia e il suo peculiare sistema di relazione Stato-chiese. Un sistema fortemente influenzato dall'interpretazione unilaterale, *ex parte Ecclesiae*,

37. *Ibid.*, parr. 123, 132, 134 e 135.

38. Corte Edu, *Leyla Şahin c. Turchia*, ric. n. 44774/98, 10 novembre 2005.

39. *Loi n. 2010-1192* dell'11 ottobre 2010, «interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public».

40. Un concetto, si precisa, che rinvia al «respect des exigences minimales de la vie en société»; Corte Edu, *S.A.S. c. Francia*, ric. n. 44774/98, 10 novembre 2015, par. 121.

41. Sul punto, si veda l'opinione parzialmente dissidente a *S.A.S. c. Francia* dei giudici A. Nußberger e H. Jäderblom.

42. Corte Edu, *Obst c. Germania*, ric. n. 425/03, e *Schüts c. Germania*, ric. n. 1620/03, 23 settembre 2010.

43. Corte Edu, *Sindicatul Păstorul cel Bun c. Romania*, ric. n. 2330/09, 9 luglio 2013, su cui L.S. Martucci, *Libertà sindacale nelle confessioni religiose. Spunti comparativi*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, n. 39/2014 (15 dicembre), disponibile online (www.statoechiese.it/images/uploads/articoli_pdf/martucci_m_libert.pdf?pdf=liberta-sindacale-nelle-confessioni-religiose-spunti-comparativi).

44. Corte Edu, *Fernandez Martinez c. Spagna*, ric. n. 56030/07, 12 giugno 2014, su cui N. Colaiani, *Organizzazioni, istituzioni di tendenza religiose e diritti delle parti*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2013, p. 229.

del principio della bilateralità pattizia di cui agli artt. 7, comma 2, e 8, comma 3, della Costituzione repubblicana⁴⁵.

8. L'Italia e la Corte Edu. Fra bilateralità pattizia...

In rilievo si pongono le sentenze *Pellegrini*⁴⁶, *Lombardi Vallauri*⁴⁷ e *Lautsi*⁴⁸ che, pur essendo incentrate sui diritti degli individui, hanno proiettato i loro esiti sulla dimensione collettiva della disciplina della libertà religiosa: in particolare, sugli aspetti della bilateralità pattizia improntati alla rilevanza pubblica della confessione cattolica e delle sue più importanti prescrizioni.

Una di queste fa riferimento al matrimonio concordatario, precisamente alla delibazione di sentenza canonica di nullità matrimoniale di cui all'art. 8, comma 2, e alla relativa norma protocollare (n. 4, lett. b) della legge 25 marzo 1985, n. 121. Si tratta del caso della Signora Pellegrini che, esperite tutte le vie giudiziali interne, si rivolge alla Corte di Strasburgo, incentrando il suo ricorso sulla violazione del diritto di difesa ex art. 6 Cedu e lasciando, così, sullo sfondo tutte le altre questioni attinenti alla disciplina del fenomeno religioso, pure presenti nel caso di specie⁴⁹. Il giudice europeo lo calibra ulteriormente. Il suo compito è di accertare che, prima di dare l'*exequatur* a detta dichiarazione di nullità, le giurisdizioni italiane abbiano verificato l'effettivo rispetto delle garanzie processuali previste dalla Cedu. La Corte scopre così che, alla luce dei livelli minimi di tutela sanciti dall'art. 6, questa verifica non ha portato ai dovuti risultati: il diritto al contraddittorio della ricorrente è stato leso da un processo meramente documentale, cui essa, non

informata dettagliatamente del contenuto della domanda, non ha partecipato. La *European supervision* dimostra in tal modo che, in materia di delibazione di sentenze ecclesiastiche, i parametri interpretativi messi a punto dalle autorità nazionali⁵⁰ decadono se non superano il vaglio delle garanzie processuali *minime* sancite dalla Convenzione.

Ciò si riverbera sull'intero sistema italiano di relazione Stato-Chiesa, bollato per la prima volta su un suo aspetto qualificante: la disciplina del matrimonio concordatario. Non è certamente un caso se, in seguito, questa disciplina sia stata sottoposta a un più stringente controllo sotto il profilo della legalità europea e nazionale. Attraverso la breccia così aperta nella costruzione degli effetti della bilateralità pattizia s'insinuerà la Corte di cassazione italiana che, già a partire dal 2008 e, conclusivamente, con le sentenze nn. 16379 e 16380 del 2014⁵¹, assoggetta la lettura dell'art. 8, comma 2, della legge n. 121/1985 e della relativa norma protocollare a un più rigoroso rispetto dell'ordine pubblico interno, ostativo alla delibazione di sentenze di nullità di atti di matrimonio, cui sia seguita una convivenza prolungatasi oltre tre anni.

Intanto, con la decisione *Lombardi Vallauri*, la Corte Edu interviene su un altro aspetto della suddetta legislazione di derivazione bilaterale, e lo fa solcando il percorso argomentativo tracciato proprio dalla sentenza *Pellegrini*.

Lo si può definire come un nuovo caso *Cordero*⁵², ancorché il Vallauri all'epoca dei fatti non fosse, come Franco Cordero, professore di ruolo dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, bensì solamente incaricato di uno specifico insegnamento. Ad ogni modo, ai sensi dell'art. 10, comma 3, della citata legge n. 121/1985, anche le nomine di questo tipo sono subordinate «al gradimento, sotto il profilo religioso,

45. In argomento N. Colaianni, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell'età dei diritti*, Cacucci, Bari, 2017, pp. 59-84.

46. Ric. n. 30882/9620, luglio 2001, su cui per tutti Aa.Vv., *La sentenza della Corte dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Milano, Giuffrè, 2004.

47. Ric. n. 39128/05, 20 ottobre 2009.

48. Si tratta della decisione della seconda sezione della Corte Edu, del 3 novembre 2009, e di quella della Grande Camera, del 3 marzo 2011 (ric. n. 30814/06).

49. Corte Edu, *Pellegrini c. Italia*, cit.

50. Il riferimento è, in particolare, alla "specificità dell'ordinamento canonico nel quale ha avuto origine il matrimonio concordatario", al "maggiore margine di disponibilità verso il riconoscimento degli effetti civili delle sentenze ecclesiastiche" e al "nucleo essenziale e ristretto del diritto di difesa", su cui F. Alicino, *I "nodi" della delibazione di sentenze ecclesiastiche e il "pettine" delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Il Diritto ecclesiastico*, vol. CXXV, nn. 1-2/2014, pp. 195-222.

51. Il che riduce ai minimi termini l'impatto sull'ordinamento statale delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale. Si veda Cass., sez. unite civ., 3 dicembre - 17 luglio 2014, nn. 16379 e 16380, che precisa ulteriormente quanto affermato in Cass., sez. unite civ., 18 luglio 2008, n. 19809, e che interviene dopo Cass., sez. I civ., 20 gennaio 2011, n. 134 e, soprattutto, dopo l'arresto giurisprudenziale di Cass., sez. I civ., 4 giugno 2012, n. 8926. L'orientamento poi affermato dalle sez. unite civ. nel 2014 è stato solcato, in modo - pare - definitivo, da Cass., sez. I civ., 27 gennaio 2015, nn. 1495 e 1496; 28 gennaio 2015, n. 1622; 2 febbraio 2015, n. 1788; 9 febbraio 2015, n. 2398.

52. Caso concluso, perlomeno dal punto di vista giudiziario, con la sentenza della Corte costituzionale del 22 dicembre 1972, n. 195.

della competente autorità ecclesiastica», la Congregazione per l'educazione della Santa Sede. Quest'ultima comunica agli organi direttivi dell'Università che alcune posizioni del Vallauri s'oppongono alla dottrina cattolica: «nel rispetto della verità e del bene degli studenti», il professore non è pertanto più gradito, indi non deve più insegnare in quella università. Il Consiglio della facoltà di giurisprudenza ne prende atto, non attribuendo al Vallauri l'insegnamento di filosofia del diritto, come invece ha fatto per tutti gli anni precedenti, a partire dal 1976.

Ora, innanzi alla Corte di Strasburgo sussistono tutti i presupposti per lamentare la violazione dei diritti e dei principi più strettamente connessi con la disciplina della libertà religiosa, che tuttavia – come nel caso *Pellegrini* – il Vallauri decide di non richiamare: proprio perché, alla luce della pregressa giurisprudenza, essa rende più scivolosi e imprevedibili gli esiti della vertenza. Meglio allora mantenersi, come appunto nel caso *Pellegrini*, sul piano delle garanzie processuali, rispetto alle quali i margini di discrezionalità degli Stati e delle relative misure sono, come si è notato, molto più limitati. E, infatti, la Corte europea pone subito in evidenza come dal provvedimento del Consiglio di facoltà non si comprenda quali siano le opinioni eterodosse espresse dal ricorrente. Il che ha precluso al Vallauri «ogni possibilità di esercizio di un dibattito in contraddittorio», tutelato dall'art. 6 Cedu⁵³. Anche in questo caso, quindi, la decisione s'incentra sui diritti individuali del ricorrente. L'impatto della pronuncia è, però, tale da «colpire» le facoltà e i benefici riconosciuti ad alcune confessioni attraverso la bilateralità pattizia, il cui prodotto più illustre e qualificante è proprio la legge n. 121/1985⁵⁴.

Va, infine, sottolineato che nella decisione *Lombardi Vallauri* il giudice europeo non manca di effettuare una importante precisazione: in questo caso, il

marginale d'apprezzamento non rileva, giacché i provvedimenti adottati dagli organi accademici non costituiscono misure necessarie in una società democratica⁵⁵. Al contrario, il margine torna a far sentire i suoi effetti nella celebre vicenda *Lautsi* che, incentrata sull'esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche italiane⁵⁶, è segnata da due opposti orientamenti.

9. ... e simboli religiosi

Il primo orientamento è messo a punto dalla seconda sezione della Corte di Strasburgo, per la quale l'esposizione del crocifisso offende la libertà religiosa dei cittadini non cattolici, diversamente credenti o non credenti in nessuna confessione. La Corte focalizza la sua attenzione su una questione di principio e di carattere generale, esattamente appigliandosi all'interpretazione dell'art. 2 del Protocollo addizionale del 1952, esaminato congiuntamente all'art. 9 Cedu⁵⁷.

Dopo aver precisato che il crocifisso può anche assumere una pluralità di significati, tra cui quello religioso resta, però, predominante⁵⁸, la Corte Edu sottolinea come sullo Stato membro incomba il dovere di neutralità e imparzialità. Esso deve evitare qualunque tipo di apprezzamento rispetto a una determinata convinzione, soprattutto in tema di scolarizzazione dei bambini «cui manca ancora la capacità critica che permette di prendere distanza rispetto al messaggio derivante da una scelta preferenziale espressa dall'ordinamento in materia religiosa»⁵⁹. Si tratta, come si vede, di un principio a valenza generale che, ridimensionando il peso dei contesti nazionali e delle circostanze sottostanti al singolo caso, porta all'irrelevanza del margine di apprezzamento⁶⁰. Ciò che, invece, è posto in grande risalto dalla Grande Ca-

53. Corte Edu, *Lombardi Vallauri c. Italia*, cit., par. 54.

54. Sul punto, va ricordato che pende tuttora, davanti alla Corte di Strasburgo, un ricorso presentato dall'«Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti» (UAAR), incentrato sulla bilateralità pattizia riguardante, questa volta, le intese Stato-confessioni diverse dalla cattolica (art. 8, comma 3, Cost.). Il ricorso si pone al termine di una travagliata vicenda giudiziaria, che ha visto anche l'intervento del Consiglio di Stato (18 novembre 2011, n. 6083), delle sezioni unite della Cassazione (28 giugno 2013, n. 16305) e della Corte costituzionale (10 marzo 2016, n. 52), su cui si rinvia a F. Alicino, *La bilateralità pattizia Stato-confessioni dopo la sentenza n. 52/2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2016.

55. Corte Edu, *Lombardi Vallauri c. Italia*, cit., par. 71.

56. Esposizione imposta dall'art. 118 del regio decreto 30 aprile 1924, n. 965, e dall'art. 119 del regio decreto 26 aprile 1928, n. 1297.

57. Corte Edu, *Lautsi c. Italia*, 3 novembre 2009, cit., par. 47 (c).

58. *Ibid.*, par. 51.

59. *Ibid.*, par. 48.

60. Nella sentenza compare solo tre volte (par. 41), tutte dovute al richiamo effettuato alla memoria presentata in giudizio dal Governo italiano.

mera la quale, con la sentenza del 18 marzo 2011⁶¹, ribalta l'orientamento della sezione semplice, ponendo l'accento sulla valenza e sulla percezione del simbolo religioso, il cui impatto su diritti degli individui cambia a seconda delle singole circostanze. Sono queste che, ad esempio, nella decisione *Dahlab c. Svizzera*⁶², assunta come precedente dalla sezione semplice, hanno portato la Corte europea a considerare il velo islamico indossato da una insegnante come «simbolo esteriore forte»⁶³. Lo stesso, però, non si può dire del crocifisso appeso al muro che, secondo la Grande Camera, è «un simbolo essenzialmente passivo». Il che, si precisa, è «un aspetto importante agli occhi della Corte, tenuto conto soprattutto del principio di neutralità dello Stato». Ciò significa che nella scuola pubblica italiana non si può attribuire al crocifisso «una influenza sugli allievi paragonabile a quella che può avere un discorso didattico o la partecipazione ad attività religiose»⁶⁴.

La Grande Camera ridimensiona, così, ai minimi termini la questione di principio posta dalla seconda sezione, portando nuovamente alla ribalta le dottrine del consenso e del margine di apprezzamento, elevato – questo sì – a principio generalmente riconosciuto. Sicché, sulla questione della presenza dei simboli religiosi nelle scuole pubbliche si puntualizza che non sussiste, fra gli Stati membri, un consenso diffuso⁶⁵ e, alla luce di questa mancata concordia e armonizzazione, «perpetuare o no una tradizione religiosa rientra *in linea di principio* nel margine di valutazione dello Stato»⁶⁶. Ragioni per le quali, nel caso specifico riguardante l'Italia, non vi è stata la violazione dell'art. 2 del richiamato Protocollo e non si pone nessuna questione distinta per quanto riguarda l'art. 9.

10. Conclusioni

Tutto ciò, però, evidenzia anche il fatto che la disciplina convenzionale del fenomeno religioso (e, tal-

volta, della stessa libertà religiosa) non si esaurisca nell'art. 9. Alla luce dei casi concreti e delle relative decisioni, essa si definisce e completa con altri principi e diritti ivi pure riconosciuti e tutelati. A cominciare, come si è notato, da quelli contenuti nell'art. 2 del Protocollo del 1952, riguardante il diritto dei genitori di assicurare l'istruzione dei propri figli in conformità alle loro convinzioni religiose e filosofiche.

La giurisprudenza del giudice europeo ha tuttavia ampiamente dimostrato che alla definizione del paradigma normativo della suddetta disciplina contribuiscono anche altre norme, comprese quelle in cui non si fa nessun esplicito riferimento alla religione e al rapporto fra ordinamenti statali e fenomeni confessionali. L'esempio è fornito dall'art. 2 Cedu che, tutelando il diritto alla vita, ha svolto un ruolo decisivo nei casi eticamente e religiosamente rilevanti concernenti l'aborto, la fecondazione assistita, la maternità surrogata e le regole sul fine vita⁶⁷. Lo stesso si dica dell'art. 3, che, stabilendo il divieto di tortura, ha permesso alla Corte Edu di condannare le attività di persecuzione condotte da uno Stato membro nei confronti di alcune minoranze cultural-religiose⁶⁸. Il che ha finito per valorizzare il ruolo pubblico delle confessioni, della rilevanza civilistica-secolare delle loro prescrizioni, su cui la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è intervenuta in più di un'occasione. E, come si è visto, lo ha fatto non solo mediante l'art. 9, ma anche attraverso altre disposizioni, come quelle che definiscono la libertà di espressione (art. 10) e il diritto a un equo e giusto processo (art. 6).

Nel corso del suo operato, la Corte ha avuto modo di ribadire che l'autonomia delle comunità religiose gode, a livello convenzionale, di una particolare protezione; soprattutto quando è in gioco l'etica della loro organizzazione che, considerato anche il principio della neutralità e imparzialità delle istituzioni pubbliche, normalmente esula dal sindacato del giudice⁶⁹. A questa conclusione si giunge tramite l'art. 9 che, però, in casi del genere è spesso interpretato alla luce

61. Corte Edu [GC], *Lautsi c. Italia*, 18 marzo 2011, cit.

62. *Dahlab c. Svizzera*, ric. n. 42393/98, 15 febbraio 2001.

63. Corte Edu [GC], *Lautsi c. Italia*, 18 marzo 2011, cit., par. 73.

64. *Ibid.*, par. 72.

65. *Ibid.*, par. 70.

66. *Ibid.*, par. 68 (corsivo mio).

67. Si veda, in particolare, Corte Edu, *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/02, 29 aprile 2002 e, per quanto riguarda le pronunce che rivestono particolare interesse per l'Italia, in materia di fecondazione assistita e maternità surrogata: Corte Edu, *Costa e Pavan c. Italia*, ric. n. 54270/10, 22 agosto 2012; *Parillo c. Italia*, ric. n. 2346/02, 27 agosto 2015; *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12, 24 gennaio 2017.

68. Corte Edu, *Membri della Congregazione dei Testimoni di Geova di Gldani e altri c. Georgia*, ric. n. 71156/01, 3 maggio 2007.

69. Corte Edu, *Fernandez Martinez c. Spagna*, cit. parr. 127, 128 e 129.

dell'art. 11 Cedu⁷⁰. In tal modo, la Corte ha rafforzato la tutela della dimensione collettiva della libertà religiosa o, meglio, della vita associativa religiosamente connotata: una tutela indispensabile per il pluralismo delle società democratiche, proprio perché connessa al «nodo fondamentale della protezione della libertà religiosa»⁷¹.

Non va peraltro dimenticato che l'interazione fra aspetto collettivo e quello individuale non si esaurisce ai soli gruppi confessionali. Essa s'impone anche con riferimento ad altre formazioni sociali, a cominciare dalla famiglia. Questo spiega l'attenzione per le disposizioni di cui agli artt. 8⁷² e 12⁷³ Cedu che, a partire dal 2010⁷⁴, hanno segnato la innovativa giurisprudenza della Corte europea in materia di unioni tra persone dello stesso sesso. Un cambio di rotta giustificato anche dal fatto che, nel frattempo, fra gli Stati membri si era diffuso un certo consenso sul riconoscimento dei diritti alle persone LGBT: ciò che ha limitato il margine di discrezionalità dei singoli ordinamenti *in subiecta materia*⁷⁵. Anche qui, non di rado, si è evidenziato il coinvolgimento della disciplina della libertà religiosa dei ricorrenti nonché il sistema di relazione Stato-chiese vigente in talune Alte Parti Contraenti. Basti dire che la Corte ha, a più riprese, affermato che la limitazione nel godimento dei diritti di cui agli artt. 8 e 12 non può giustificare irragionevoli discriminazioni, comprese quelle determinate in base alla parti-

colare protezione accordata dall'ordinamento statale al matrimonio religioso o alla famiglia tradizionale religiosamente connotata⁷⁶.

Nelle sentenze riguardanti il fenomeno religioso, il principio di eguaglianza si attesta, in effetti, come una norma di sistema, i cui contenuti sono principalmente stabiliti dagli artt. 14 Cedu e 1 Protocollo n. 12. E forse non è un caso se essi definiscono l'eguaglianza ponendo l'accento sul divieto di indebite distinzioni e disparità di trattamento, soprattutto quando fondate su dati elementi tra i quali, ovviamente, si annoverano l'appartenenza a una formazione sociale e gli orientamenti in materia di religione o di credo. Il che vale per *tutte* le persone e per *tutti* i diritti attinenti alla libertà di fede e, più generale, al fenomeno religioso⁷⁷.

Come, però, si è cercato di dimostrare con il presente lavoro, queste considerazioni devono tenere conto di altri fondamentali fattori. Uno di questi fa leva sul ruolo della Corte Edu quale giudice dei casi e non della nomofilachia, cui si accosta un'altra importante considerazione: questo giudice opera in un contesto internazionale contraddistinto da differenti tradizioni sociali, culturali e giuridiche. Differenze che, peraltro, s'accentuano alla luce delle questioni riguardanti non solo la libertà religiosa, ma anche le problematiche cariche di riferimenti etico-morali, tali da stimolare i nervi sensibili delle tradizioni confessionali e i loro influenti ordinamenti.

70. Corte Edu, *Chiesa metropolitana di Bessarabia e altri c. Moldavia*, ric. n. 45701/99, 13 dicembre 2001.

71. Corte Edu, *Hasan and Chaush c. Bulgaria*, cit., par. 62.

72. Diritto al rispetto della vita privata e familiare.

73. Diritto al matrimonio.

74. Precisamente, dalla sentenza della Corte Edu, *Schalk e Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04, 24 giugno 2010.

75. Sul punto, oltre a *Schalk and Kopf c. Austria*, cit., si veda anche Corte Edu [GC], *S.H. e altri c. Austria*, ric. n. 57813/00, 3 novembre 2011 nonché [GC] *X e altri c. Austria*, ric. n. 19010/07, 13 febbraio 2013; per quanto riguarda l'Italia, *Oliari c. Italia*, ric. n. 19010/07, 21 luglio 2015, su cui F. Alicino, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 22 agosto 2015 (www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/07/alicino.pdf).

76. Corte Edu [GC], *Vallianatos e altri c. Grecia*, ric. nn. 29381/09 e 32684/09, 7 novembre 2013 e [GC], *Hämäläinen c. Finlandia*, ric. n. 37359/09, 16 luglio 2014. Per approfondimenti, si rinvia a F. Alicino, *The Road to Equality. Same-Sex Relationship within the European Context: The Case of Italy*, in *SOG-Working papers 24*, giugno 2015, pp. 1-54.

77. Sia per quelli stabiliti dalla Convenzione (art. 14 Cedu) che per quelli stabiliti dalla legge (Protocollo n. 12), intesa in senso generale del termine; come rileva il lemma «*law*» contenuto nel testo ufficiale in inglese del suddetto Protocollo.

Il dialogo *multilevel* tra corti in materia di lavoro e previdenza

di *Laura Torsello*

La dimensione sovranazionale della disciplina in materia di lavoro e previdenza è nuova e complessa, e risente direttamente di opzioni “sovraniste” contrarie a un governo condiviso tra Stati che ne garantisca l’unificazione. Fondamentale è, quindi, un dialogo tra corti europee e nazionali (compresi i giudici di merito e di legittimità) al fine di implementare e garantire l’uniformità dei livelli di tutela in materia di diritti sociali.

1. Premessa: i diritti sociali nell’ordinamento multilivello

Se fino al secolo scorso, in Italia, ma non solo, i diritti sociali e la loro tutela venivano prevalentemente disciplinati in una dimensione statale, oggi non è più così in quanto assistiamo a un mutamento del rapporto tra Stato e ordinamento sovranazionale¹. Non si tratta soltanto di una “evoluzione” conseguente allo “sviluppo” dell’Unione europea, dove un ruolo sempre maggiore è dato dalla “forza” della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione euro-

pea (cd. Carta di Nizza)², quanto dell’ampliamento di una dimensione di governo e regolativa a seguito di trattati e convenzioni internazionali, come la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la sua giurisprudenza, con l’attività della Corte europea dei diritti umani³.

Occorre, poi, tenere presente l’adesione di praticamente tutti gli Stati al sistema Onu, in cui spicca il ruolo dell’Organizzazione internazionale del lavoro⁴, oltre alla circostanza che l’Unione europea non ha ancora firmato la Cedu, ma si è autonomamente impegnata a rispettarne i vincoli.

1. Se, in un primo momento, l’art. 117 del Trattato CEE affidava agli Stati membri l’attuazione delle politiche sociali, materia da sempre sotto l’egida statale, prevedendo, nell’art. 118, l’attribuzione alla Commissione di una competenza limitata a promuovere e coordinare la collaborazione tra gli Stati membri in campo sociale, oggi assistiamo a un mutamento di paradigma che ha condotto per lo più a una compressione dei diritti sociali sotto molteplici profili. Descrive efficacemente la parabola del diritto del lavoro dell’Unione europea S. Giubboni, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2017. L’Autore sottolinea che un sistema siffatto, in tempo di crisi, ha colpito l’Unione nel suo insieme anche se, indubbiamente, i contraccolpi maggiori sono stati subito dagli Stati più deboli, che si sono visti imporre dalla nuova linea eurolavorista, attraverso la sottoscrizione dei trattati sul MES e il *Fiscal Compact*, interventi diretti sugli ordinamenti nazionali, perdendo la garanzia di autonomia sulle politiche economiche e sociali di cui avevano sempre goduto.

2. Cfr. G. Arrigo, *La Carta di Nizza: natura, valore giuridico, efficacia*, in *Dir. lav.*, n. 1/2001, pp. 607 ss.; più recentemente *Id.*, *Diritto del lavoro dell’Unione Europea*, Piemme, Milano, 2018. L’Autore evidenzia sin da subito il valore intrinseco della Carta, destinata a condizionare il futuro assetto politico e istituzionale dell’Unione e a rappresentare la piattaforma della futura integrazione sociale europea. Tuttavia, vi era anche chi considerava la Carta di Nizza un doppiopione di altre carte europee dei diritti, guardando al testo con diffidenza. Ricostruisce il dibattito G. Zilio Grandi, *Diritti sociali e diritti nel lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 23 ss.

3. Sul ruolo della Corte di Strasburgo nel sistema Cedu, si rinvia a F. Buffa, *Il ricorso alla CEDU ed il filtro*, Key Editore, Vicalvi (Fr), 2018.

4. E. Ales, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell’ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 3/2015, p. 462.

Dunque, nei Paesi che aderiscono all'Ue, la tutela dei diritti sociali è assicurata da molteplici fonti: le carte costituzionali nazionali, i trattati dell'Ue e le carte da essi richiamate, le convenzioni internazionali, fra cui va annoverata la Convenzione europea dei diritti umani.

A questa articolata compresenza di “fonti apicali” si dovrà aggiungere la considerazione che le questioni in *materia sociale* nell'Ue sono a competenza condivisa e che le linee di ripartizione non risultano ben demarcate.

Insomma, il tema della dimensione sovranazionale della disciplina in materia di lavoro e previdenza è particolarmente nuovo e complesso, in continuo assestamento e direttamente dipendente da opzioni “sovraniste”, oggi revivescenti, rispetto a un governo condiviso tra Stati e a un'unificazione della disciplina a livello sovranazionale.

A ciò va aggiunto che, sotto il profilo della tutela giudiziaria, chiamate a giudicare sulle carte citate si annoverano più corti tra cui le singole corti costituzionali nazionali, la Corte di giustizia dell'Ue, la Corte Edu, nonché i giudici di merito e di legittimità dei singoli Stati nazionali, i cui spazi e ambiti sono oggetto di continui ripensamenti, in una logica in cui gli attori sono – principalmente – giudici con formazione ed estrazione diversa, che devono risolvere controversie sulla base del diritto nazionale, del diritto dell'Unione europea e del diritto internazionale.

2. La compressione dei diritti sociali e il ruolo del giudice nazionale

Le vicende che hanno caratterizzato lo sviluppo dello Stato sociale, a partire dall'enunciazione costituzionale dei diritti sociali, non possono essere studiate separatamente dall'esame degli strumenti posti a garanzia dell'effettività di quei diritti: tali, cioè da assicurarne l'esigibilità in concreto, considerato che la natura dei diritti sociali è strettamente connessa alla loro attuazione attraverso un intervento positivo da parte dello Stato.

Si è detto, tuttavia, che gli Stati nazionali, e tra questi l'Italia, nell'attuale contesto storico, caratteriz-

zato da una profonda crisi economico-finanziaria globale, sperimentano una riduzione gli spazi destinati ai diritti sociali, *in primis* quelli della previdenza sociale e del lavoro. Le ragioni della compressione, oltre al contesto di crisi, possono essere riconnesse al difficoltoso processo di integrazione europea e all'attenzione dedicata al funzionamento del mercato interno, su cui poggia il diritto della libera circolazione, che avrebbe come conseguenza solo mediata «l'armonizzarsi dei sistemi sociali» (art. 151, comma 3, Tfu).

In un tale scenario, il diritto del lavoro è considerato come strumentale al corretto funzionamento del mercato e si è potuto, parallelamente, assistere a un nuovo orientamento della Corte di giustizia proteso a quella che sembra essere una “uniformazione verso il basso” degli *standard* di tutela e a travalicare, tradendola, la principale funzione del diritto del lavoro dell'Unione europea, che è quella di assicurare la coesistenza e l'interdipendenza delle costituzioni nazionali sociali nello spazio comune.

In particolare, si pensi alle sentenze con le quali si è realizzato il bilanciamento tra diritti dei lavoratori e libertà economiche, come *Viking* o *Laval*⁵, o a quelle di protezione sociale e di controllo, previste dalla stessa direttiva comunitaria e adottate dai singoli Stati membri, ritenute limitative dell'attività d'impresa e restrittive della libertà di prestazione di servizi⁶. In tali casi, la Corte di giustizia non ha negato di trovarsi di fronte a diritti fondamentali, attribuendo valore alla garanzia di difesa delle condizioni di lavoro, riconoscendo sia il diritto di sciopero, sia gli altri diritti di azione collettiva come facenti parte dei principi fondamentali del diritto comunitario, e tuttavia neutralizzandoli ove limitino le libertà economiche fondamentali. Riconoscere i diritti sociali rappresenta, per la Corte, il presupposto per poterli bilanciare con le libertà economiche, mentre l'estraneità dell'Unione e della sua Corte a tali diritti avrebbe comportato l'impossibilità di maneggiarli. Il suddetto orientamento viene, poi, confermato con le sentenze *Alemo c. Herron* e *Aget c. Itaklis*⁷ in cui la Corte, nell'operare il bilanciamento tra diritti sociali e libertà d'impresa, privilegia ancora una volta quest'ultima, “alleggerendo” notevolmente il peso dei diritti sociali dei lavoratori⁸.

5. Cgue [GS]: C-438/05, 11 dicembre 2007 e C-431/05, 18 dicembre 2007. In dottrina, si vedano A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lav. dir.*, n. 1/2008, pp. 63 ss.; B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Viking e Laval)*, «Centro studi di diritto del lavoro europeo “Massimo D'Antona”», *working paper* n. 61/2008, p. 27.

6. Il riferimento è a Cgue, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato di Lussemburgo*, C-319/06, 19 giugno 2008; [GS] *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, C-271/08, 15 luglio 2010.

7. Cgce, C-426/11, 18 luglio 2013; C-201/15, 21 dicembre 2016. Cfr. S. Giubboni, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, in *Costituzionalismo*, n. 3/2016, p. 93 (www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201603_598.pdf).

8. Per una interpretazione giuslavoristica dei diritti sociali, E. Ales, *Diritti sociali*, *op. cit.*, p. 455.

Emergono, pertanto, nuovi interrogativi sulla tutela dei diritti sociali che, legati come sono al concetto di persona, risultano imprescindibilmente connessi alla categoria dei diritti fondamentali.

A tal fine, in primo luogo, appare utile porre attenzione al ruolo svolto dal giudice ordinario e, prima ancora, da quello costituzionale, al fine di assicurare garanzia ed effettività ai diritti sociali. L'elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale, infatti, da sempre ha svolto un ruolo fondamentale nell'evoluzione in materia sociale del nostro ordinamento: facendo ricorso a interpretazioni adeguatrici volte a elevare il livello di tutela dei lavoratori e delle fasce deboli della società, mediante un giudizio di bilanciamento tra beni e valori costituzionalmente protetti, la Corte ha affrontato il problema del temperamento delle politiche sociali con le risorse economiche, rilevando al riguardo che il costo dei diritti sociali non deve invalidarne l'effettività.

Nel quadro appena descritto, è del tutto evidente che le ordinarie sedi giudiziarie non appaiono più idonee a fronteggiare e contenere una sempre più crescente domanda di giustizia in materia di diritto del lavoro e previdenziale. Le problematiche connesse ai diritti sociali non sempre riescono a trovare un'adeguata risposta nelle sedi nazionali, anche a causa di un legislatore che, invece che razionalizzare il contenzioso lavoristico e previdenziale, tende a rendere più impervia la strada processuale, imponendo oneri e decadenze alla persona che richiede protezione e percorrendo, in tal modo, una via contraria a quella che aveva animato la riforma del processo del lavoro disegnata dalla l. n. 533/1973 – tanto che, di fronte all'arretramento delle tutele speciali giuslavoristiche, si può sopperire volgendo lo sguardo al diritto privato generale integrato dalle fonti sovranazionali, eurounitarie o convenzionali⁹.

3. Una nuova responsabilità per i giudici nazionali: la Carta di Nizza

Il rapporto che intercorre tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario con riferimento ai diritti sociali è uno dei temi affrontato fin da quando, ormai trent'anni fa, si propose il passaggio da una comunità economica a una «Unione» non più solo fondata sul libero scambio di merci, ma in cui i diritti sociali fossero riconosciuti e tutelati. Senza voler ripercorrere la storia dell'Europa “a due velocità”, è chiaro che anche la Carta di Nizza, con la sua dimensione spiccatamente sociale, è stata prima svalutata e, poi, valorizzata¹⁰. Questa dimensione lavoristica ci porta a comprendere, nella definizione di diritti sociali enucleati dalla Carta di Nizza: il diritto al lavoro, il diritto alla previdenza sociale e all'assistenza sociale, il diritto all'abitazione, il diritto alla conciliazione della vita professionale con quella familiare, il diritto delle persone disabili all'inserimento e il diritto all'istruzione¹¹.

Va subito evidenziato che la Corte costituzionale non ha mai avuto esitazioni a utilizzare la Carta di Nizza e che sempre più consistenti sono stati, nel tempo, i richiami alla stessa da parte dei giudici ordinari, tra cui le sezioni della Corte di cassazione, laddove i contenuti normativi siano stati corrispondenti a diritti riconosciuti dalla Costituzione italiana. Tra le motivazioni di questa scelta spicca la possibilità, per il giudice, di disapplicare la norma nazionale contrastante con la Carta di Nizza, invece che sollevare la questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale rispetto alla violazione di norme contenute nella nostra Costituzione¹².

Occorre, tuttavia, considerare il disposto dell'art. 51, par. 1, secondo cui le disposizioni della Carta di Nizza si applicano agli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», richieden-

9. P. Tullini, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 2/2016, pp. 291 ss.

10. Come opportunamente rilevato da G. Raimondi – *Il ruolo della Corte dei diritti dell'uomo*, intervento in occasione dell'incontro di studi a cura del Csm «La tutela multilivello dei diritti umani: il ruolo delle Corti dopo Lisbona: il giudice nazionale e l'interpretazione conforme», Roma, 1° febbraio 2010 – la più rilevante novità della Carta di Nizza risiede nel fatto di contemplare non soltanto i tradizionali diritti civili e politici, detti “di prima generazione”, ma anche i cd. diritti “di seconda generazione” (cioè economici e sociali), i cd. diritti “di terza generazione”, vale a dire «quelli che sono il frutto, come si ricorda nel preambolo, “dell'evoluzione della società”», oltre ai «diritti riservati ai cittadini dell'Unione».

11. Per una compiuta analisi dei singoli diritti cfr. E. Ales, *Diritti sociali*, op. cit., p. 462.

12. Così, A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo tra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, n. 1/2018, pp. 153 ss. Tra i molti casi in cui si è scelta tale via da parte dei giudici italiani, per quel che qui interessa, giova ricordare il caso Corte appello Firenze, 9 giugno 2007, n. 702 in cui si riconosce a un cittadino extracomunitario l'indennità di accompagnamento disapplicando la normativa italiana perché in contrasto con l'art. 34, par. 2, della Carta di Nizza; altri giudici sollevarono invece questione di legittimità costituzionale. Per un approfondimento, sia permesso rinviare a L. Torsello, *I diritti sociali degli stranieri nella legislazione italiana tra previdenza e assistenza*, in A. Di Stasi (a cura di), *I diritti sociali degli stranieri*, Ediesse, Roma, 2008, pp. 55 ss.

do pertanto una corrispondenza con una specifica competenza dell'Unione, benché a tale disposizione, secondo alcuni, debba attribuirsi un'interpretazione ampia¹³. Complessivamente, la Corte di giustizia tende a una generosa interpretazione delle proprie competenze a fronte delle richieste da parte del giudice¹⁴, anche se, dalla lettura combinata di due recenti sentenze – la *Poclava*¹⁵, che esclude possa applicarsi la tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, di cui all'art. 30, al contratto a tempo indeterminato con prova lunga, e la *Florescu*¹⁶, secondo cui non contrasta col diritto dell'Unione una legislazione nazionale che vieti il cumulo di una pensione del settore pubblico di ammontare superiore a una certa soglia con altri redditi da lavoro con una pubblica amministrazione –, emerge la necessità di un «collegamento diretto tra previsioni eurocomunitarie (vincolanti) e normativa interna», in mancanza del quale non può realizzarsi l'attuazione del diritto dell'Unione¹⁷.

Vi è chi segnala, inoltre, che la via di disapplicare la norma interna non solo rischia di «erodere il ruolo della giurisdizione costituzionale», ma anche di «compromettere le garanzie di certezza» in considerazione del fatto che, mentre le decisioni della Corte costituzionale hanno effetti *erga omnes* realizzando, quindi, criteri di uniformità e certezza, la disapplicazione – di contro – lascia in vita la norma rendendola utilizzabile da altro giudice¹⁸.

Tale rischio, di recente, sembra essere stato avvertito dalla Corte costituzionale che, con la decisione del 14 febbraio 2017, n. 269, dà indicazioni su come

debba comportarsi il giudice ordinario di fronte a un eventuale contrasto tra norma interna e norma dell'Ue che non abbia efficacia diretta. Al punto 5.1. della sentenza, da un lato, la Corte afferma che «ove la legge interna collida con una norma dell'Unione europea, il giudice – fallita qualsiasi ricomposizione del contrasto su base interpretativa, o se del caso, attraverso il rinvio pregiudiziale – applica direttamente la disposizione dell'Unione europea dotata di effetti diretti, soddisfacendo, a un tempo, il primato del diritto dell'Unione e lo stesso principio di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.)»; dall'altro, precisa che «viceversa, quando una disposizione di diritto interno diverge da norme dell'Unione europea prive di effetti diretti occorre sollevare una questione di legittimità costituzionale, riservata alla competenza di questa Corte, senza delibare preventivamente i profili di incompatibilità con il diritto europeo»¹⁹.

In altri termini, stando all'*obiter* contenuto nella sentenza n. 269/2017, proprio l'ipotesi di sovrapposibilità fra diritti di matrice costituzionale e diritti protetti dalla Carta Ue determina, in caso di *vulnus* concorrente alle due Carte, l'intervento regolatore della Corte costituzionale, al fine di salvaguardare la certezza del diritto, obbligando il giudice comune a sollevare questione di costituzionalità, in mancanza della quale egli non potrà disapplicare la norma interna, analogamente a quanto avviene per le norme della Cedu, determinando che la questione di pregiudizialità eurounitaria andrebbe messa in coda rispetto al controllo di costituzionalità²⁰.

13. Osserva M. Delfino, *Ancora sul campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali: Poclava vs Florescu?*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 1/2018, p. 184, che tale riferimento non deve essere inteso in senso restrittivo e che «si ha un elemento di collegamento quando la legislazione nazionale recepisce una direttiva dell'Unione in violazione dei diritti fondamentali, o quando un'autorità pubblica applica una norma dell'Unione in violazione di tali diritti», come specificato nella Comunicazione della Commissione europea «Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'UE», del 19 ottobre 2010 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52010DC0573>).

14. In materia pensionistica, è stato riconosciuto il diritto a pensione del superstite di una coppia dello stesso sesso (*Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06, 1° aprile 2018).

15. Cgue, C-117/14, 5 febbraio 2015.

16. Cgue, C-258/14, 13 giugno 2017.

17. M. Delfino, *Ancora, op. cit.*, p. 191.

18. A. Barbera, *La Carta dei diritti, op. cit.*, p. 156.

19. La dottrina ha messo in risalto la carica fortemente innovativa di tale pronuncia tra cui A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Riv. dir. comp.*, n. 3/2017, pp. 230 ss.; C. Caruso, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quad. cost.*, 18 dicembre 2017 (www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2017/11/nota_sent_269_2017_caruso.pdf). Fortemente critico G. Bronzini, *La Corte costituzionale mette sotto tutela i giudici ordinari nell'applicazione diretta dei diritti della Carta di Nizza*, in *Riv. giur. lav.*, n. 2/2018, pp. 383 ss.

20. In verità, vi è chi osserva che il richiamo alla marginalizzazione della Corte costituzionale non si fonda su dati che possano creare una relazione tra l'aumento dei rinvii pregiudiziali alla Cgue e la riduzione degli incidenti di costituzionalità. Infatti, la Cgue si è dimostrata pronta a fare funzionare il "dialogo" nel modo migliore, per l'appunto rispondendo alle richieste di chiarimento e non chiudendosi con comode "non risposte". Ne consegue che il rifiuto, da parte della Corte di Lussemburgo, di pronunciarsi su una domanda proposta da

A fronte di tale nuovo assetto, il pericolo è che la Carta dei diritti dell'Unione europea venga sottoposta a un eccessivo controllo sul rispetto dei diritti fondamentali da parte della Corte costituzionale, come ad attribuirle la responsabilità della crisi economica che ha investito l'Europa con particolare riferimento alla tenuta dei diritti sociali, mentre, semmai, alcune situazioni di sottoprotezione o anomia derivano proprio dalla mancata garanzia di diritti da tutelare attraverso la stessa²¹.

4. Quale rapporto tra ordinamento interno e Cedu?

Contrariamente alla Carta di Nizza, la Cedu non offre disposizioni direttamente definibili di diritto del lavoro e della sicurezza sociale; tuttavia, le sue disposizioni contengono i germi per una loro espansione ad altri ambiti del diritto, considerato che le norme che attribuiscono prestazioni socio-economiche oggi risultano fortemente condizionate, con i conseguenti rischi di compressione di diritti sociali.

La Cedu sancisce direttamente dei diritti per i privati e trova nella Corte Edu l'organo di protezione dei diritti della persona ivi riconosciuti. Il sistema ha la peculiarità del riconoscimento ai singoli, previo esaurimento delle vie di ricorso interne, della possibilità di fare valere direttamente, e addirittura – almeno, all'inizio della procedura – anche senza l'intermediazione di un avvocato, davanti a un organo giurisdizionale indipendente, la responsabilità internazionale dello Stato per violazione dei diritti garantiti loro dalla Convenzione e dai suoi protocolli²², con il vantaggio per il ricorrente individuale dell'accogliimento dell'onere probatorio sulla disponibilità effettiva di soluzioni giurisprudenziali domestiche a carico dello Stato convenuto. Non è, quindi, previsto il meccanismo del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali.

L'articolo 4 Cedu proibisce in modo assoluto la schiavitù, la servitù e il lavoro obbligatorio, esigendo la criminalizzazione delle condotte che violino detta

disposizione oltre a una tutela concreta ed efficace, atteso che lo sfruttamento attraverso il lavoro è incompatibile con la dignità umana. Pertanto, più volte la Corte Edu si è occupata di lavoro incompatibile con la dignità umana, spesso impattando contro vicende penalmente rilevanti, riconducibili a forme di caporalato oppure relative all'obbligo di lavoro richiesto ai detenuti, ergendosi a baluardo contro le forme più odiose di sfruttamento del lavoro, con frequenti richiami, nelle proprie decisioni, alla produzione convenzionale dell'OIL, in particolare la Convenzione n. 29 del 1930. Si ricorderà, ad ogni modo, che le norme internazionali poste a tutela della dignità umana nel lavoro non sono assistite da un apparato sanzionatorio dotato di efficacia deterrente. Ciò, oltre a rappresentare una delle principali cause di indebolimento dell'OIL, pone dubbi sulla loro effettiva coerenza e sulla loro spendibilità interna.

Occorre sottolineare principalmente una differenza di metodo tra l'operare della Corte di Strasburgo e quello dei giudici delle leggi nazionali, ma anche della Corte di giustizia. Infatti, mentre i giudici nazionali e la Cgue mirano a mantenere l'equilibrio di un sistema giuridico in una visione d'insieme, la prima, come visto, giudica solo su specifiche violazioni in rapporto a pretese individuali – ed emerge, quindi, il limitato angolo di visuale.

Un altro aspetto da tener presente è che i diritti sociali, nella Corte Edu, discendono direttamente da diritti civili e di libertà, con la conseguenza che «tutelare il nucleo di un diritto sociale come riflesso di un diritto di proprietà o di credito o giudicare di un licenziamento alla luce del diritto di associazione o della libertà di religione è certamente operazione fino ad oggi estranea all'orizzonte del giudice ermeneutico o costituzionale di Paesi come l'Italia (*ndR*) e della stessa Corte di giustizia»²³.

Se è vero che, in campo penale, le corti sovranazionali dialogano in modo armonioso, ciò non si può dire con riferimento ai diritti civili e a quelli sociali, a cui si aggiunge la difficoltà dell'interprete interno di accettare una sorta di coordinamento o dialogo con

un giudice nazionale è possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione richiesta del diritto dell'Unione non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora la questione sia di tipo teorico o qualora la Corte non disponga degli elementi necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte. R. Conti, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Riv. dir. comp.*, n. 1/2018, p. 282.

21. G. Bronzini, *La Corte costituzionale*, op. cit., p. 197. Segnala lo sbilanciamento tra diritti sociali e libertà comunitarie S. Giubboni, *Libertà d'impresa*, op. cit., il quale tuttavia non nega il valore sovranazionale della Carta.

22. Ciò ha rappresentato un evento rivoluzionario nell'ambito del diritto internazionale, in precedenza caratterizzato dal principio di non interferenza nelle questioni interne dei singoli Stati. Cfr. F. Buffa, *Il diritto del lavoro e della previdenza sociale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Ufficio del massimario della Corte suprema di cassazione, Relazione tematica n. 112, 7 giugno 2012.

23. 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, p. 21.

corti di medesimo – quando non superiore – livello. Tutto ciò è disgregante della stessa credibilità della tutela multilivello, essendo incomprensibile – come rilevato in dottrina²⁴ – per il comune cittadino che esistano tre diverse tutele “apicali” per lo stesso fatto, a seconda che la medesima questione sia affrontata come “interna”, “convenzionale” o “comunitaria”.

Perciò, se è indubitabile che anche nella Convenzione l’aspetto più importante è il riconoscimento di alcuni diritti del lavoro come diritti civili fondamentali, non si può non convenire che alcuni principi del diritto del lavoro sono stati elevati nella gerarchia dei diritti e godono della protezione della Convenzione, fonte di diritto negli Stati membri, che non può non riverberarsi sull’interpretazione costituzionale. Sembra questo essere, dunque, il contributo più importante della Corte Edu nel campo dei diritti sociali.

Lascia, invece, dubbiosi la scelta della Corte costituzionale italiana, secondo cui il contrasto con le norme interne obbliga, da un lato, all’interpretazione conforme, ma non comporterebbe la disapplicazione diretta della disciplina nazionale²⁵.

Senonché, se i giudici di merito hanno ormai introitato il principio per cui le questioni di applicabilità del diritto comunitario possono essere sollevate anche *ex officio* e in ogni stato e grado del processo,

non sembra sia lo stesso ogni qual volta si discuta della applicazione della Cedu.

Come sostenuto da autorevole dottrina, la praticabilità di un’interpretazione della legge in senso conforme alla Cedu non dovrebbe incontrare, però, ostacoli in campo lavoristico²⁶.

5. Il Dialogo tra Corte Edu e Corte di giustizia europea

Altro aspetto particolarmente interessante è tentare di comprendere il “dialogo” tra Corte Edu e Cgue.

Per avere uno spaccato dell’attuale situazione, senza entrare nello specifico della questione, si può portare ad esempio la recente vicenda della *privacy* dei lavoratori, che ricade nell’ambito di applicazione del diritto dell’Ue ai sensi dell’art. 51 e, in particolare, dell’art. 8 della Carta di Nizza²⁷.

La Corte di Strasburgo ha avuto modo di esprimersi²⁸ e l’importanza di queste sentenze risiede anche nel loro indiretto rilievo sulla giurisprudenza della Corte di giustizia.

In tale ambito, le due Corti europee hanno già dimostrato di saper armonizzare la loro giurisprudenza, posto che quella di Lussemburgo, anche nel «trattico su *internet*»²⁹, ha sempre fatto specifico riferimento

24. *Op. ult. cit.*, p. 23.

25. A. Ruggeri, *I rapporti tra le corti e tecniche decisorie a tutela dei diritti fondamentali*, in questa *Rivista trimestrale*, Franco Angeli, Milano n. 1/2014, pp. 53-79. Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007 chiariscono la portata e gli effetti del limite del rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, previsto dall’art. 117, comma 1, Cost. quale limite per la potestà legislativa statale e regionale, con riferimento alle norme della Cedu. Preliminarmente, la Corte chiarisce che il giudice comune non ha il potere di disapplicare la norma legislativa interna ritenuta in contrasto con una norma Cedu, poiché «l’asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell’art. 117, comma 1, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi». Ciò però «non significa che le norme della Cedu, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte (...) La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi, ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le “norme interposte” e quelle costituzionali». L’art. 117, comma 1, Cost. non consente di «attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com’è il caso delle norme della Cedu», ma determina «l’obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della Cedu e dunque con gli obblighi internazionali di cui all’art. 117, comma 1, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale». Le disposizioni della Cedu diventano, dunque, “norme interposte” nel giudizio di legittimità costituzionale, in relazione al parametro degli obblighi internazionali previsto dall’art. 117, comma 1, Cost.

26. In tali termini G. Bronzini, *Rapporto di lavoro*, *op. cit.*, p. 25, anche sulla scorta delle riflessioni di R. Conti, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofiliachia europea*, relazione presentata al convegno «Le questioni ancora aperte nelle Corti supreme nazionali e le Corti di Strasburgo e Lussemburgo», tenutosi il 29 ottobre 2014 presso la Corte di cassazione.

27. Del carattere *self executing* dell’art. 8, fino ad oggi, non si è dubitato, come riportano G. Bronzini e S. Giubboni, *La tutela della privacy dei lavoratori e la Corte di Strasburgo, oltre il Jobs Act*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 1/2018, pp. 143 ss, cui si fa rinvio.

28. Vds., per tutte, il noto caso *Barbulescu c. Romania*, ric. n. 61496/08, 5 settembre 2017. Sul tema, F. Buffa, *Il controllo datoriale delle comunicazioni elettroniche del lavoratore dopo la sentenza Barbulescu 2 della Cedu*, in *Questione Giustizia on line* del 18/10/2017, (www.questionegiustizia.it/articolo/il-controllo-datoriale-delle-comunicazioni-eletto_18-10-2017.php).

29. Cgue [GS], *Schrems*, C-362/2014, 6 ottobre 2015, che giunge ad annullare un accordo tra Unione europea e USA sul trasferimento dei dati dall’Europa alle aziende americane per violazione degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza; [GS] *Google Spain*, C-131/2012, 13 maggio 2014, che configura un nuovo diritto fondamentale all’oblio su *internet*; *Digital rights Ireland*, C-293/2012, 8 aprile 2014, che cancella

agli orientamenti dei giudici di Strasburgo. Tuttavia, i nuovi orientamenti della Corte Edu sembrano superare quelli della Corte di Lussemburgo in quanto, passando attraverso la tutela della *privacy*, si arriva a prospettare l'invalidità del licenziamento disciplinare posto in essere dal datore di lavoro – profilo questo mai affermato, almeno sino ad oggi, dalla giurisprudenza della Cgue – quale effetto della lesione dei diritti protetti dall'art. 8 della Carta di Nizza. In ambito Cedu, si viene così a profilare, per via della protezione della riservatezza, una strada (ovviamente indiretta) di impugnazione di licenziamenti disciplinari, che l'altra Corte (quella del Lussemburgo) non ha, allo stato, ritenuto di poter percorrere, posta l'inesistenza di una competenza in materia di licenziamento individuale, con i conseguenti limiti di applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁰.

6. La prospettiva di una possibile convergenza

Il diritto del lavoro e i diritti sociali in generale sembrano oggi rappresentare uno dei canali di sperimentazione del dialogo tra Corti.

Per tentare di completare il quadro, e aver modo di formulare alcune conclusioni, può essere utile richiamare i punti salienti della vicenda giudiziaria che ha riguardato il caso delle pensioni spettanti ai cittadini italiani che avevano lavorato in Svizzera e che, valendosi di una convenzione italo-svizzera in materia di sicurezza sociale, avevano chiesto il trasferimento in Italia dei contributi versati all'estero ai fini della determinazione della pensione³¹.

Sulla normativa di riferimento, costituita dal dPR 27 aprile 1968, n. 488 («Aumento e nuovo sistema di calcolo delle pensioni a carico dell'assicurazione generale obbligatoria»), interveniva il legislatore italiano con una norma di interpretazione autentica (l. n. 296/2006, art. 1, comma 777), che disponeva che la

retribuzione pensionabile dovesse essere proporzionata alla misura dei contributi effettivamente versati, anche nell'ipotesi di attività lavorativa svolta all'estero, avallando così l'interpretazione di rigetto da parte dell'ente pensionistico.

Esauriti i ricorsi interni, alcuni lavoratori decidevano di rivolgersi alla Corte Edu, la quale, con la sentenza *Maggio e altri c. Italia*, del 31 maggio 2011³², decideva la questione condannando l'Italia per violazione dell'art. 6, par. 1, Cedu, in quanto il legislatore italiano era intervenuto con una norma *ad hoc* per assicurarsi un esito favorevole nel giudizio in cui lo Stato era parte attraverso l'ente previdenziale.

La portata applicativa di tale sentenza travalicava il caso concreto nei confronti del quale era resa, dovendosi ritenere che ben potesse trovare applicazione in tutti i giudizi pendenti con il medesimo oggetto, al fine di salvaguardare lo Stato nei confronti di nuove e identiche sentenze di condanna da parte della Corte di Strasburgo.

È a questo punto che si evidenzia la peculiarità del dialogo tra Corte Edu e giudice nazionale, in quanto quest'ultimo, pur trovandosi di fronte a un caso analogo, non può disapplicare una legge per contrasto con la Convenzione, dovendo rimettere la questione alla Corte costituzionale.

Nella vicenda esposta, la questione in materia di pensioni svizzere, al vaglio della Corte costituzionale italiana, veniva decisa con la sentenza n. 264/2012³³, ove si riteneva non fondata la questione di incostituzionalità prospettata vertente sulla legge di interpretazione autentica.

Di fronte a tale decisione si aprono notevoli problemi interpretativi, che solo *prima facie* possono essere inquadrati nel rifiuto della Corte costituzionale di accettare le conclusioni della Corte Edu o in base alla volontà di affermare la centralità della sovranità statale rispetto al sistema convenzionale.

In verità, appare opportuno valutare un altro aspetto, incentrato sulle differenze sostanziali tra la

un'intera direttiva (sul trattamento dei dati o *data retention*). Cfr. S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, pp. 92 ss.

30. *Funditus*, G. Bronzini e S. Giubboni, *La tutela*, op. cit.

31. In sintesi, tali lavoratori, a fronte di stipendi più elevati di quelli italiani, avevano versato in Svizzera contributi inferiori a quelli previsti in Italia, ma in base all'interpretazione prevalente in giurisprudenza (Cfr. Cass., 6 marzo 2004, n. 4623, in *MGC*, 2004, 3; Cass., 26 ottobre 2004, n. 20731, inedita; Cass., 12 aprile 2005, n. 7455, inedita) avevano l'aspettativa di vedersi liquidare le pensioni sulla base delle retribuzioni percepite. Tuttavia, l'ente pensionistico sceglieva di tenere conto, per il calcolo della pensione, della minore aliquota contributiva vigente in Svizzera, con il risultato che la liquidazione dei trattamenti pensionistici risultava inferiore rispetto alle attese dei richiedenti, che decidevano di incardinare contenziosi innanzi al giudice del lavoro. Per un approfondimento, si veda B. Caponetti, *Le pensioni svizzere e il dialogo tra le Corti: non guardarmi, non ti sento!*, in *Riv. giur. lav.*, n. 1/2018, pp. 91 ss.

32. Corte Edu, *Maggio c. Italia*, ricc. nn. 46286/09 e altri 4, 31 maggio 2011, in *Riv. giur. lav.*, n. 2/2012, p. 356, con nota di L. Menghini, *I contrasti tra Corte Edu e Corte costituzionale nelle leggi interpretative che eliminano diritti di lavoratori e pensionati: qualche idea per un avvio di soluzione*, pp. 362 ss.

33. Corte cost. 28 maggio 2012, n. 264, in *Giur. it.*, n. 4/2013, 769.

Corte Edu e la Corte costituzionale e, in particolare, sul bilanciamento tra il diritto dei singoli tutelato dalla prima e altri diritti costituzionalmente tutelati, tra cui va considerato l'art. 81, comma 4, Cost., ma anche principi di uguaglianza e solidarietà che la Corte costituzionale, a presidio di una tutela dei diritti di tipo coordinato e sistemico, deve considerare³⁴.

Sulla base di quanto appena esposto, non sembra potersi ritenere che la sentenza della Corte costituzionale abbandoni – almeno, non del tutto – un rapporto dialogico con la Corte Edu, che probabilmente si implementerà nel tempo.

Tuttavia, con riferimento al tema delle pensioni svizzere, il dialogo tra Corte costituzionale e Corte Edu non sembra essere andato avanti, considerato che di recente si è assistito a un epilogo analogo a quello appena descritto, in quanto di nuovo la Corte di Strasburgo si è pronunciata sul tema con la sentenza *Stefanetti e altri c. Italia*³⁵, accertando che la disposizione interpretativa, o comunque retroattiva, del 2006 avrebbe provocato un sacrificio eccessivo e ingiustificato del diritto pensionistico dei ricorrenti, così come i giudici costituzionali, con la sentenza n. 166/2017³⁶, hanno ribadito il loro precedente orientamento dichiarando la questione sollevata inammissi-

bile, pur sollecitando il legislatore a risolvere il grave problema segnalato dalla Corte di Strasburgo.

Sulla base delle descritte decisioni e del ruolo assunto da entrambe le Corti sembra emergere sempre più il ruolo da protagonista che la Corte costituzionale ha saputo ritagliarsi rispetto alla valutazione di compatibilità delle soluzioni adottate dai giudici di Strasburgo; occorre, tuttavia, verificare se questa sia la strada per l'instaurazione di una reale collaborazione tra le Corti.

Di fronte alle manifestazioni della crisi dei diritti, è auspicabile che le corti abbiano la volontà di coltivare le convergenze, piuttosto che esasperare le divergenze, tra i diversi ordinamenti, tendendo verso una uniformità di trattamento. Accanto ai legislatori nazionali, il cui ruolo non viene disconosciuto, si auspica che le corti costituzionali nazionali abbiano capacità di recepire, ma anche di influenzare, le posizioni di Strasburgo coinvolgendo anche i giudici ordinari che, in verità, nelle recenti decisioni della Corte, sembrano vedere limitati i loro poteri di dialogo diretto con la Cgue, ma che svolgono una importante attività di interpretazione conforme della legislazione interna, anche attraverso la rimessione alla Corte costituzionale di norme “sospettate” di illegittimità costituzionale.

34. Nel valutare la mancata conformazione alla Corte Edu, va tenuto in considerazione che la sentenza della Corte costituzionale non si pone in rapporto di diretta esecuzione rispetto alla sentenza *Maggio c. Italia*, in quanto originava da un giudizio *a quo* in cui la parte nulla aveva a che fare con la pronuncia della Corte di Strasburgo, se non il fatto di vantare le medesime pretese, ben potendo il ricorrente adire autonomamente i giudici di Strasburgo al fine di ottenere una nuova pronuncia di condanna nei confronti dell'Italia.

35. Corte Edu, *Stefanetti e altri c. Italia*, ricc. nn. 21838/10 e altri 7, 15 aprile 2014, in *Riv. giur. lav.*, n. 2/2012, II, 356, con nota di L. Menghini, *I contrasti*, *op. cit.*

36. Nel caso di specie il giudice *a quo* solleva un diverso dubbio di legittimità costituzionale del citato comma 777 (l. n. 296/2006, art. 1), ancora in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., ma questa volta in relazione al parametro interposto di cui all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Cedu, oltre che a quello di cui all'art. 6, par. 1, della stessa Convenzione.

Contrasti di giurisprudenza, leggi interpretative, legittima aspettativa

di Franco De Stefano

La certezza del diritto, intesa come affidabilità e legittima aspettativa sulla stabilità applicativa delle norme interpretate dai giudici, è un prerequisito della tutela dei diritti – *in primis* – fondamentali. Fatte salve discrezionalità legislativa e indipendenza del giudice, spetta agli Stati membri tutelare l'aspettativa del singolo a quella certezza con mezzi atti a prevenire o superare i contrasti giurisprudenziali, senza intervenire sui processi in corso.

1. Premessa

Il tema da affrontare non può affatto essere limitato al diritto del lavoro e della previdenza sociale, anche se le peculiarità di questi hanno probabilmente condotto alle pronunce più significative da parte della Corte Edu in tema di intervento legislativo su processi in corso: si tratta dei casi, già altrove esaminati¹, del personale ATA (ausiliario, tecnico e amministrativo) delle scuole italiane e delle cosiddette pensioni svizzere, nei quali una legge, definitasi di interpretazione autentica, ha finito con l'incidere anche sui giudizi civili pendenti, modificando a favore di uno dei contendenti (e cioè, significativamente, in pratica sempre a favore delle casse dello Stato) il quadro normativo da applicare, a danno della controparte.

Pertanto, è evidente il carattere assolutamente trasversale a ogni branca del diritto (e neppure solo di quello civile) delle problematiche coinvolte, sicché queste saranno qui prese in esame da un punto di vista generale, senza limitazione alle tematiche del lavoro o della previdenza, che pure hanno dato luogo con evidenza e immediatezza alla problematica sul punto.

Al contempo, è indispensabile limitare l'ambito dell'indagine all'impostazione che della tematica ha dato appunto la giurisprudenza di Strasburgo, tralasciando in modo deliberato l'esame degli approfondimenti che pure la dottrina ha copiosamente dedicato alla tematica, anche alla stregua di recenti interventi della nostra Corte di legittimità: e che quindi si rimettono agli approfondimenti del lettore, se del caso con qualche sommaria – ma davvero minima – indicazione bibliografica.

2. La certezza del diritto

Il punto di partenza è, necessariamente, la considerazione della certezza del diritto (*legal certainty* o *sécurité juridique*) come valore fondante – e quasi un prerequisito – del sistema di tutela dei diritti e, a maggior ragione, di quelli fondamentali resi oggetto della Convenzione: si tratta di un'esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche e di affidamento del pubblico nella giustizia².

Si tratta di un principio non espressamente codificato, ma coesistente a ogni società democratica

1. Si veda diffusamente M. Massa, *Le leggi interpretative retroattive nella diversa impostazione di Corte Edu e Corte costituzionale*, nel capitolo successivo di questo volume (n. 67).

2. Tra molte: Corte Edu, *Celebi e altri c. Turchia*, ric. n. 582/05, 9 febbraio 2016, soprattutto par. 52, ove altri richiami. Dal principio è tratta l'esigenza di esclusione della possibilità di ulteriore rimessione in dubbio delle decisioni finali dell'autorità giudiziaria (Corte Edu, *Penias e Ortrnair c. Austria*, ric. nn. 35109/06 e 38112/06, 18 gennaio 2012, par. 62, ove con richiami a: Corte Edu [GC], *Brumarescu*

e strettamente collegato all'idea di prevedibilità e chiarezza della legge, questa concretandosi nel fatto che, se non altro quanto ai diritti fondamentali, sia sempre chiaro al singolo quale sia il contenuto dei comportamenti che da lui l'ordinamento esige e quali siano le conseguenze della mancata osservanza delle norme: queste, a loro volta, non esaurite nel testo delle previsioni positive, ma intese nel senso complessivo quale risultante dalla loro concreta applicazione a opera della giurisprudenza³.

Il principio è riaffermato con forza, in linea generale, già quanto alla tutela in giudizio dei diritti di cui all'art. 6 della Convenzione, ma non manca di essere ribadito pure in tutti i casi in cui i singoli diritti o libertà fondamentali sono garantiti solennemente, con eccezioni rimandate a specifiche previsioni di legge.

Non si tratta certamente soltanto della materia del giusto processo o di quella penale, dove l'esigenza è prioritaria e avvertita con prepotente immediatezza: basti pensare ai casi delle ingerenze ammesse dagli artt. 2 – diritto alla vita – o 4, par. 3 – esclusione dalla nozione di lavoro forzato – o 5 – privazione della libertà – o 8 – eccezioni al rispetto assoluto della vita privata e familiare – o 9 e 10 – eccezionali limitazioni alla libertà di pensiero ed espressione –, via via fino al noto art. 1 del Protocollo n. 1 in tema di tutela dei beni (ormai intesi, in senso ampio, come componenti attive del patrimonio).

Spesso, al riguardo, si fa riferimento all'insopprimibile esigenza di una chiara base legale⁴ delle limitazioni o delle definizioni delle condotte imposte ai singoli e da loro attese; più in generale, si rimarca come sia connaturato al diritto di accesso al giudice e, quindi, all'istituzionale equità del processo che i diritti siano tutelati in modo prevedibile e, pertanto, che il contenuto di quelli e delle loro tutele in giudizio sia ragionevolmente prevedibile in rapporto alle circostanze e, come ulteriore conseguenza, tendenzialmente costante.

Si tratta non solo della necessità di una legge o di altra previsione normativa di pari forza, ma soprattutto è questione di qualità della legge stessa: la qua-

le dev'essere accessibile ai giustiziabili e soprattutto da loro intelligibile e dagli effetti prevedibili. In altri termini, l'accessibilità, la chiarezza e la prevedibilità delle disposizioni di legge e della giurisprudenza assicurano l'effettività del diritto di accesso al giudice⁵; tanto da poterne rappresentare l'aspetto funzionale o dinamico.

Questo requisito è – in linea di principio – soddisfatto quando il testo della norma è enunciato con precisione e chiarezza sufficienti a consentire a chiunque di poter regolare la propria condotta, anche in relazione alle conseguenze di ogni singolo atto da quella regolato⁶; d'altra parte, il livello di precisione della legislazione interna – che non potrebbe mai prevedere tutte le ipotesi – dipende in larga misura dal contenuto della legge, dal campo che questa è chiamata a coprire e dal numero e dalle condizioni dei suoi destinatari (sicché, quando questi siano professionisti o in altro modo esperti del settore, si attende da loro l'idoneità a valutare con maggiore ampiezza i rischi della propria condotta).

Anzi, uno dei caratteri-tipo della tecnica legislativa consiste nel ricorso a categorie o espressioni generali, piuttosto che a previsioni esaustive o tassative, sicché – per forza di cose – quella si avvale di formule vaghe, la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica, senza considerare che, in qualsiasi sistema giuridico, per quanto il tenore letterale di una norma possa essere chiaro, sussisterebbe comunque un margine di interpretazione affidato al giudice. Dovrà, allora, evitarsi il rischio di una certezza eccessiva, che impedirebbe al diritto di adattarsi ai cambiamenti delle situazioni⁷.

3. La giurisprudenza e la sua evoluzione

Se la nozione di legge o di diritto rilevante per la tutela dei diritti fondamentali è dinamicamente intesa, nel suo contenuto, quale risultante dalla giurisprudenza, il ruolo di quest'ultima è decisivo nella

c. *Romania*, ric. n. 28342/95, 28 ottobre 1999, par. 61; Corte Edu, *Ryabykh c. Russia*, ric. n. 52854/99, 24 luglio 2003, par. 51). Il tutto è richiamato, ad esempio, da Cass., ord. 29 aprile 2016, n. 8472, par. 8.3, con riferimenti al principio anche come ribadito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

3. Per tutte: Corte Edu [GC], *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09, 21 ottobre 2013, par. 91, ove ulteriori richiami.

4. Tra le più recenti: Corte Edu [GC], *Satakunnan Markkinapörssi oy e Satamedia oy c. Finlandia*, ric. n. 931/13, 27 giugno 2017, soprattutto par. 142. Nella medesima sentenza si operano compiuti riferimenti ad altri precedenti per quanto riguarda le affermazioni di cui oltre nel testo.

5. Da ultimo, Corte Edu, *Allègre c. Francia*, ric. n. 22008/12, par. 51.

6. Fra molte: Corte Edu [GC], *Centro Europa 7 Srl e Distefano c. Italia*, ric. n. 38433/09, 7 giugno 2012, par. 141.

7. Per tutte, vds. Corte Edu [GC], *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04, 12 febbraio 2008, par. 141. Tra le altre, Corte Edu, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit., par. 92.

conformazione della certezza del diritto e, quindi, nella concreta tutela dei diritti, soprattutto di quelli fondamentali.

È subito da porre in chiaro che tale certezza non attribuisce un diritto all'immutabilità o all'uniformità della giurisprudenza e, quindi, alla coerenza diacronica o sincronica delle decisioni dei giudici, perché è ritenuta coesistente alla funzione giurisdizionale la possibilità di una sua evoluzione e perfino, per l'indipendenza dei singoli giudici, un certo grado di incoerenza – fino a un certo punto – delle loro stesse pronunce.

Sotto il primo profilo, la stessa Corte di Strasburgo costantemente riafferma che, pur negando in capo a sé medesima un formale vincolo ai propri precedenti, è proprio nell'interesse della certezza del diritto, della prevedibilità e dell'uguaglianza davanti alla legge che non le è consentito discostarsi dalla sua giurisprudenza pregressa senza un valido motivo⁸: con la qual cosa essa recepisce, non solo per se stessa, ma appunto quale connaturata alla funzione giurisprudenziale, la conclusione dell'insopprimibile facoltà di mutamento degli orientamenti, anche consolidati, dei giudici e soprattutto anche di quelli di legittimità o il cui ruolo istituzionale sia sostanzialmente definibile – con termine preso a prestito dal linguaggio italiano – come nomofilattico.

Il mutamento di giurisprudenza è, pertanto, nell'ordine delle cose, anche se chiunque può attendersi ragionevolmente che, a garanzia appunto dei valori di certezza del diritto e di uguaglianza davanti alla legge, a condizioni uguali siano riservate decisioni uguali e che quindi sia applicata un'interpretazione il più possibile costante, finché le condizioni non mutino: solo in tal modo è materialmente possibile prefigurarsi il contenuto delle norme che, di volta in volta, disciplinano i diritti fondamentali e dunque anche le loro limitazioni, e solo in tal modo è effettiva e concreta la tutela di quelli.

Sotto il secondo profilo, le divergenze sincroniche di giurisprudenza costituiscono, per la natura stessa della funzione giurisdizionale, la conseguenza naturale di ogni sistema giudiziario strutturato su di un insieme di giurisdizioni di merito con ripartita competenza territoriale, ma pure all'interno di una stessa giurisdizione: tanto è, quindi, fisiologico e non comporta, di per sé solo, alcuna violazione della Convenzione.

La situazione diviene patologica e merita una sanzione, invece, quando le divergenze riguardino giurisdizioni tutte di ultima istanza – e, a maggior ragione, la medesima giurisdizione di ultima istanza – e siano profonde e persistenti, senza che il diritto interno preveda meccanismi volti al componimento di tali incoerenze, oppure se li preveda e non siano stati applicati, o siano stati applicati con effetti incongrui⁹.

Assicurare la coerenza del diritto può richiedere tempo e periodi di contrasti giurisprudenziali possono essere tollerati senza mettere a rischio la certezza del diritto: ciò vale anche nel caso di ordinamenti strutturati su plessi giurisdizionali distinti, che possono produrre decisioni contrastanti, purché appunto vi siano sistemi per comporre, sia pure alla lunga, tali dissidi.

Particolare attenzione è, però, richiesta alla giurisdizione di ultimo grado, visto che il principio di certezza del diritto, ricondotto direttamente all'art. 6, par. 1, Cedu, esige che una nuova e contrastante decisione sulla stessa materia – soprattutto nella stessa controversia – sia sorretta da un'adeguata considerazione e ragionata confutazione della precedente¹⁰: *a contrario*, va quindi concluso che ogni rimediazione dei propri pregressi e perfino consolidati orientamenti è, di per sé sola, ammessa, purché adeguatamente motivata; solo, potrebbe fin d'ora argomentarsi nel senso che il mutamento in sé costituirebbe una lesione al diritto di accesso effettivo al giudice, ove in concreto riguardasse la procedura e implicasse la privazione dell'effettività di tale diritto, senza consentire meccanismi procedurali idonei a superare incolpevoli – perché riferite a sviluppi ragionevolmente imprevedibili – situazioni di non conformità alla nuova, benché del tutto legittima, soluzione ermeneutica che producano l'effetto di decadenze o preclusioni.

In definitiva, nonostante l'assoluta fisiologia connessa alla diversità di orientamenti giurisprudenziali fra le corti di merito e fra queste e quella di legittimità, non è invece tollerabile che vi siano marcate e persistenti diversità di vedute all'interno dell'organo che ha il compito di dare uniformità alla giurisprudenza. Ferma restando l'autonomia del giudice nazionale rispetto all'interpretazione del diritto interno, risulta contrario al diritto di accesso alla giustizia, sancito dall'art. 6 Cedu, il contegno del giudice di ultima istanza che dia luogo a indirizzi giurisprudenziali

8. Corte Edu [GC], *Chapman c. Regno Unito*, ric. n. 27238/95, 18 gennaio 2001, par. 70.

9. Corte Edu [GC], *Parrocchia greco-cattolica di Lupeni e altri c. Romania*, ric. n. 76493/11, 29 novembre 2016, par. 116; Corte Edu, *Allègre c. Francia*, cit., par. 53. Ancora più chiaramente, Corte Edu, *Mirković e altri c. Serbia*, ricc. nn. 27471/15 e altri 12, 26 giugno 2018, soprattutto par. 134, con riferimento alla sentenza *Stanković e Trajković*, (ii).

10. Corte Edu, *Glavak c. Croazia*, ric. n. 73692/12, 5 ottobre 2017, par. 20.

contrastanti, ciò denotando come la Corte suprema sia venuta meno a uno dei fondamentali compiti alla stessa assegnato: la composizione dei conflitti fra diverse opzioni interpretative giudiziali.

La Corte di Strasburgo insiste molto sul “compito”, sul “ruolo”, sulla “missione” della Corte suprema nazionale, appunto di appianare le divergenze interpretative: ciò che, implicitamente, ma altrettanto chiaramente, comporta al contempo un onere particolarmente incisivo dei giudici di merito di ispirare, ai fini della completezza ed effettività della tutela dei diritti e soprattutto di quelli fondamentali, le proprie stesse decisioni a quella prevedibilità del diritto e, pertanto, di applicare, per quanto possibile, le norme secondo l'interpretazione nomofilattica.

Esula dai limiti del presente contributo l'ulteriore questione delle conseguenze della devoluzione, all'interno di un medesimo ordinamento (come il nostro, con riguardo alle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo o di quella degli altri giudici speciali, quale quello contabile), a diversi plessi giurisdizionali della tutela di diritti anche fondamentali e dell'effettività dei sistemi previsti per la loro composizione¹¹.

4. L'overruling

Nel contesto dell'ordinaria evoluzione della giurisprudenza, soprattutto di quella di legittimità, particolare è il ruolo dell'*overruling*¹²: che può, se non altro in termini largamente approssimativi o meramente descrittivi, e con riferimento quanto meno ai Paesi di cultura e di tradizione di *civil law*, indicarsi come il superamento, anche se normalmente in termini di mutamento radicale se non di capovolgimento, di una giurisprudenza o comunque di un'interpretazione pregressa, soprattutto quando questa sia consolidata e complessivamente, ormai, pacifica.

Ai fini della tutela della parte che, in modo incolpevole, aveva fino ad allora fatto affidamento sull'interpretazione precedente, in generale – o almeno in prevalenza in Italia – l'*overruling* è circoscritto al campo del diritto processuale, preoccupandosi generalmente la stessa Corte di cassazione di consentire a quella di compiere comunque le attività che le risulterebbero precluse in forza del mutamento della giurisprudenza.

Non è decisivo, ai fini della configurabilità dell'*overruling*, che il mutamento o perfino il ribaltamento della precedente opzione interpretativa possa essere stato previsto o prevedibile dagli operatori, purché sia – beninteso – rispettato il canone della necessaria motivazione sul punto e – quanto ai diritti fondamentali – quello della proporzionalità e della ragionevolezza: certo è che, quanto meno il mutamento poteva prevedersi (si pensi all'assenza di qualunque previo dibattito in dottrina o nella stessa giurisprudenza di merito), tanto più incolpevoli devono considerarsi gli operatori che sul precedente stato della giurisprudenza avevano fatto affidamento.

Eppure, non incide di per sé sola sulla legittimità dell'*overruling* – espressione della libertà della giurisdizione da condizionamenti e, quindi, a presidio della buona amministrazione della giustizia – la circostanza che sia o meno apprestato un rimedio specifico a tutela della parte che, in modo incolpevole, abbia riposto tale affidamento sulla stabilità della precedente giurisprudenza: la mancanza di tali rimedi potrà, però, determinare la violazione del diritto sostanziale oggetto del processo, quando appunto sia leso il suo diritto a vederlo tutelato in un processo equo e secondo testi di legge dal significato prevedibile e chiaro.

In definitiva¹³, le esigenze di certezza del diritto e di tutela della fiducia o affidamento dei cittadini non conferiscono un diritto alla coerenza giurisprudenziale e l'evoluzione della giurisprudenza non è, di per sé,

11. Su cui vds. R. Conti, *Overruling giurisprudenziale e tutela della certezza del diritto*, in Aa. Vv., *Dialogando sui diritti – Corte di cassazione e CEDU a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 187.

12. La letteratura in materia può dirsi ormai sterminata. Doveroso il richiamo preliminare – quasi un ossequio – a M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709; per un approccio specificamente dedicato alla giurisprudenza di Strasburgo, si rinvia a R. Conti, *Overruling*, *op. cit.*, p. 183.

Nell'elaborazione della giurisprudenza di legittimità può definirsi una pietra miliare la pronuncia di Cass., sez. unite civ., 11 luglio 2011, n. 15144, con commenti, tra gli altri, di: R. Caponi, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, in *Foro it.*, 2011, I, c. 3343; E. Sacchetti, *Le buone intenzioni del Collegio di legittimità mettono a rischio i cardini dell'ordinamento*, in *Guida al diritto (Il Sole 24 ore)*, n. 32/2011, p. 38; G. Ianniruberto, *Mutamenti di giurisprudenza e diritto di difesa delle parti*, in *Mass. giur. lav.*, n. 11/2011, p. 857; F. Cavalla - C. Consolo - M. De Cristofaro, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, in *Corr. giur.*, n. 10/2011, p. 1392; F. Meloncelli, *Overruling e inammissibilità sopravvenuta del ricorso per cassazione*, in *Rass. avv. Stato*, n. 2/2012, p. 103; F. Troncone, *Overruling evolutiva e overruling correttiva*, in *Giust. civ.*, n. 1/2012, p. 1782; M.C. Vanz, *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1078.

13. Corte Edu, *Sepe e Di Leta c. Italia*, ric. n. 49169/09, 16 settembre 2014. Nello stesso senso, Corte Edu: *Iordan Iordanov e altri c. Bulgaria*, ric. n. 23530/02, 2 luglio 2009, parr. 49-50; *Beian c. Romania*, ric. n. 30658/05, 6 dicembre 2007, parr. 34-40; *Stefan e Stefan c. Romania*, ric. nn. 24428/03 e 26977/03, 27 gennaio 2009, parr. 33-36; *Schwarzkopf e Taussik c. Repubblica Ceca*, ric. n. 42162/02,

contraria alla corretta amministrazione della giustizia, ponendosi anzi in linea con l'esigenza di favorire un approccio dinamico ed evolutivo, sempre purché esistano meccanismi interni capaci di assicurare la coerenza della risposta giudiziaria e l'uniformità della giurisprudenza dei tribunali¹⁴.

Ancora una volta, centrale importanza per l'effettività della tutela dei diritti – e, soprattutto, di quelli fondamentali – riveste la certezza del diritto, della quale deve quindi farsi carico la giurisprudenza, a cominciare da quella di merito. Per come detto, peraltro, il mutamento delle circostanze non consente affatto il mantenimento di opzioni ermeneutiche pregresse, quand'anche consolidate, ma, al contrario, proprio per garantire al meglio i diritti fondamentali, impone invece un adeguamento della risposta applicativa e, quindi, giurisprudenziale al mutato contesto.

5. L'intervento del legislatore sui processi in corso

Diverso dall'*overruling*, da intendersi appunto come un'evoluzione generalmente radicale della giurisprudenza e, quindi, come un fenomeno attinente alla stessa dinamica interna della giurisdizione e alla sua naturale idoneità all'adeguamento ai mutamenti del contesto sociale e giuridico, è il caso dell'intervento del legislatore sui processi in corso, quando questo avvenga con nuove disposizioni comunque idonee a influenzarne l'esito.

In questo caso, il mutamento della decisione – non proviene dall'interno del potere giurisdizionale, ma – è imposto con la forza di una legge introdotta *ex novo* e, soprattutto, *ab externo*, cui il giudice deve prestare ossequio (salvo, negli ordinamenti in cui questa gli è conferita, avvalersi della potestà di dubitare della legittimità di tale imposizione, generalmente con il meccanismo della questione di legittimità costituzionale in via incidentale)¹⁵: e questo perché,

2 dicembre 2008; *Tudor Tudor c. Romania*, ric. n. 21911/03, 24 marzo 2009, par. 31; *Stefanica e altri c. Romania*, ric. n. 38155/02, 2 novembre 2010, par. 36; *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, ric. n. 30123/10, 30 luglio 2015, par. 42 ss.

14. Merita integrale menzione il par. 134 della già citata sentenza *Mirković e altri* (26 giugno 2018):

«(i) It is not the Court's function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention (see *García Ruiz v. Spain* [GC], no. 30544/96, § 28, ECHR 1999 I). Likewise, it is not its function, save in the event of evident arbitrariness, to compare different decisions of national courts, even if given in apparently similar proceedings, as the independence of those courts must be respected (see *Adamsons v. Latvia*, no. 3669/03, § 118, 24 June 2008);

(ii) The possibility of conflicting court decisions is an inherent trait of any judicial system which is based on a network of trial and appeal courts with authority over the area of their territorial jurisdiction. Such divergences may also arise within the same court. That, in itself, cannot be considered contrary to the Convention (see *Santos Pinto v. Portugal*, no. 39005/04, § 41, 20 May 2008, and *Tudor Tudor v. Romania*, no. 21911/03, § 29, 24 March 2009);

(iii) The criteria that guide the Court's assessment of the conditions in which conflicting decisions of different domestic courts, ruling at last instance, are in breach of the fair trial requirement enshrined in Article 6 § 1 of the Convention consist in establishing whether 'profound and long-standing differences' exist in the case-law of the domestic courts, whether the domestic law provides for a machinery capable of overcoming these inconsistencies, whether that machinery has been applied and, if appropriate, to what effect (*Jordan Iordanov and Others v. Bulgaria*, no. 23530/02, §§ 49-50, 2 July 2009; *Beian v. Romania* (no. 1), no. 30658/05, §§ 34-40, ECHR 2007 V (extracts); *Stefan and Stef v. Romania*, nos. 24428/03 and 26977/03, §§ 33-36, 27 January 2009; *Schwarzkopf and Taussik v. the Czech Republic* (dec.), no. 42162/02, 2 December 2008; *Tudor Tudor*, cited above, § 31; *Stefanica and Others v. Romania*, no. 38155/02, § 36, 2 November 2010);

(iv) The Court's assessment has also always been based on the principle of legal certainty which is implicit in all the Articles of the Convention and constitutes one of the fundamental aspects of the rule of law (see, amongst other authorities, *Beian* (no. 1), cited above, § 39; *Jordan Iordanov and Others*, cited above, § 47; and *Stefanica and Others*, cited above, § 31);

(v) The principle of legal certainty guarantees, inter alia, a certain stability in legal situations and contributes to public confidence in the courts. The persistence of conflicting court decisions, on the other hand, can create a state of legal uncertainty likely to reduce public confidence in the judicial system, whereas such confidence is clearly one of the essential components of a State based on the rule of law (see *Paduraru v. Romania*, § 98, no. 63252/00, ECHR 2005-XII (extracts); *Vincic and Others*, cited above, § 56; and *Stefanica and Others*, cited above, § 38);

(vi) However, the requirements of legal certainty and the protection of the legitimate confidence of the public do not confer an acquired right to consistency of case-law (see *Unédic v. France*, no. 20153/04, § 74, 18 December 2008). Case-law development is not, in itself, contrary to the proper administration of justice, since failure to maintain a dynamic and evolutive approach would risk hindering reform or improvement (see *Atanasovski v. 'the Former Yugoslav Republic of Macedonia'*, no. 36815/03, § 38, 14 January 2010)».

15. Per un recente caso di dichiarazione dell'incostituzionalità di una norma scorrettamente definita dal legislatore come interpretativa (sulla qualificazione come «non tributario» del versamento di somme al Fondo prevenzione incendi negli aeroporti), ma sotto il solo profilo della violazione dell'art. 3 Cost. (e non anche di quello, pure prospettato dalla rimettente, di violazione dell'art. 117 Cost. in riferimento proprio all'art. 6 Cedu, in quanto ritenuto assorbito), vds. Corte cost., 20 luglio 2018, n. 167: si è ritenuto che la norma interpretativa, lungi dall'esplicitare una possibile variante di senso della norma interpretata, incongruamente le attribuisca un significato non compatibile, ledendo la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico (si vedano, tra le tante, Corte cost., sentenze nn. 73/2017, 170/2013, 78/2012

generalmente in modo implicito, la nuova norma non si preoccupa di precisare la propria stessa inapplicabilità ai processi già in corso, così determinando, in modo allora automatico, la propria immediata applicazione anche a questi ultimi (e solo escludendosi, ma in virtù di principi generali, la sua estensione ai rapporti già definiti, se del caso con sentenza passata in giudicato).

All'argomento è dedicato specifico separato contributo¹⁶, oltre che un richiamo tra le principali pronunce in materia civile verso l'Italia, per cui in questa sede deve bastare un mero cenno di sintesi. La giurisprudenza della Corte Edu è ferma nel condannare, come violazione del diritto a un processo equo, l'alterazione della necessaria parità delle armi tra le parti, soprattutto quando essa avvenga a favore di una amministrazione dello Stato e per via legislativa, cioè dello Stato stesso a proprio vantaggio e a detrimento della controparte.

Se in questo si vede, quindi, la violazione dell'art. 6, par. 1, Cedu, quanto alla violazione dell'art. 1, Protocollo n. 1 – in relazione a una lesione al diritto di proprietà non prevista da una legge prevedibile e chiara –, prevale la necessità di considerare che il danno sia stato ingente o sproporzionato, rientrando per il resto la possibilità del legislatore di incidere anche su rapporti pendenti, nel suo ordinario margine di apprezzamento, nella tutela dei diritti fondamentali.

Si rinvia agli approfondimenti già indicati per ogni riferimento giurisprudenziale e dottrinale specifico.

6. La lesione del diritto da instabilità nell'interpretazione della norma

Interessanti e ancora inesplorati sviluppi, per il momento probabilmente – e quasi timidamente – circoscritti ad alcuni marginali casi di lesione dei diritti sui beni, è in grado di offrire l'elaborazione del-

la Corte di Strasburgo in tema di incertezza del testo normativo da imputare all'instabilità della sua interpretazione, dovuta alle oscillazioni dei tenori testuali e alle contrastanti valutazioni anche degli organi giurisdizionali supremi di uno Stato.

Il caso è quello della sentenza *Ljaskaj c. Croazia* (Corte Edu, sez. II, ric. n. 58630/11, 20 dicembre 2016, definitiva il 20 marzo 2017), dalla quale si può trarre la seguente conclusione: poiché i principi della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali si applicano anche, almeno in via indiretta, nei rapporti tra privati, viola l'art. 1 del Protocollo n. 1 alla stessa Convenzione una decisione giudiziaria che applichi una disposizione normativa la quale, in un contesto normativo nazionale – quale quello croato – che codifica il rispetto della dignità del debitore e l'esigenza che il processo esecutivo si svolga col minor pregiudizio possibile per il medesimo quali principi generali di detto processo, consenta la vendita giudiziaria del bene pignorato per un prezzo indeterminato (e, in particolare, inferiore di oltre un terzo a quello stabilito da un perito nominato dal giudice), in quanto trattasi di norma imprevedibile e, quindi, inidonea a garantire la necessaria protezione del diritto fondamentale della proprietà contro interferenze arbitrarie da parte dell'autorità¹⁷.

Al di là della peculiarità del caso (vendita giudiziaria a un prezzo molto ridotto rispetto a quello base, ma in un ordinamento dove vigono principi, sconosciuti se non opposti a quello italiano, di particolare tutela del debitore e soprattutto dove una norma *ad hoc* è stata cambiata più volte e taciata, nella sua versione più sfavorevole al debitore, dalle stesse supreme magistrature nazionali come illegittima), la sentenza si segnala oltre che per la riaffermazione dell'applicabilità della Convenzione anche nei rapporti tra privati (come efficacia indiretta od orizzontale: si veda già Corte Edu, *Pla e Puncernau c. Andorra*, 13 luglio 2004, par. 59, oppure Corte Edu, *Zagrebačka banka d.d. c. Croazia*, 12 dicembre 2013, soprattutto parr.

e 209/2010); tale lesione si traduce in una violazione del principio di ragionevolezza (tra le altre, Corte cost., sentenze nn. 86/2017, 87/2012 e 335/2008).

16. Vds. il già citato M. Massa, *Le leggi interpretative retroattive*, in questo volume; il contributo affronta soprattutto i casi guida del cd. personale ATA della scuola e delle cd. "pensioni svizzere", dedicando in particolar modo il par. 2 alla giurisprudenza della Corte europea, per poi affrontare la ricca e complessa problematica della tendenza al disallineamento, quando non proprio al conflitto, da parte della nostra Corte costituzionale rispetto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Si veda pure, volendo, F. De Stefano, *Le principali decisioni della Corte in materia civile verso l'Italia*, in questo volume, cap. n. 38, soprattutto il par. 7.

Sul tema, in generale: G. Bronzini, *I limiti alla retroattività della legge civile tra ordinamento interno ed ordinamento convenzionale: dal "disallineamento" al dialogo?*, in Aa.Vv., *Dialogando sui diritti*, op. cit., p. 119; M.J. Vaccaro e L. Ioele, *Legge di interpretazione autentica ed equo processo*, in A. Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Padova, CEDAM, 2016, p. 447.

17. Sul punto ci si permette un rinvio a F. De Stefano, *La Corte europea dei diritti dell'Uomo alle prese con l'esecuzione civile: un caso di violazione della Convenzione per imprevedibilità della norma*, in *Il processo civile*, 2 febbraio 2017, disponibile online (<http://ilprocessocivile.it/articoli/giurisprudenza-commentata/la-corte-europea-dei-diritti-delluomo-alle-prese-con-leseecuzione>).

250 ss.) per la qualificazione di ingiustizia dell'ingerenza dello Stato nel diritto di proprietà – nella specie, del debitore esecutato – in forza della reputata imprevedibilità della normativa che la regolava al momento in cui l'ingerenza ha avuto luogo¹⁸.

La Corte ha quindi fatto carico alle istituzioni legislative croate di avere approvato una norma non in linea, quanto a prevedibilità, con i requisiti imposti dalla Convenzione, come pure alle istituzioni giudiziarie di averne reso un'interpretazione sfumata e sfuggente, quanto ai criteri in base ai quali sarebbe stato lecito vendere al terzo incanto il bene subastato. La prevedibilità è stata espressamente riferita al grado di incertezza che sia indotto non solo dal tenore testuale della norma (cosa che, già di per sé, è di elevata opinabilità), ma anche da pronunce giurisprudenziali di organi giurisdizionali di alto grado (nel caso esaminato, provenienti dalle maggiori autorità giudiziarie del Paese membro), come pure alle vicende complessive della disposizione, anche valutate *ex post* (nella specie, il fatto che la norma era restata in vigore per soli quattro anni, oltretutto in un contesto caratterizzato da una singolare concatenazione di oscillazioni riformatrici concentrate in pochi anni e con discipline transitorie intricate).

Una tale concezione può avere effetti importanti, se non potenzialmente dirompenti. Se si pensa che l'incertezza interpretativa successiva può bene essere ignorata al momento in cui la norma è varata e anche in quello in cui è applicata, in puntuale osservanza del tenore testuale della disposizione vigente al momento, la sanzione di "illegittimità da imprevedibilità" irrogabile dalla Corte di Strasburgo assomiglia a una vera spada di Damocle.

È una concezione che introduce fattori di estrema aleatorietà nella valutazione di ragionevolezza e prevedibilità necessaria per la valutazione di conformità della concreta applicazione di una norma alla Convenzione europea e, al tempo stesso, dovrebbe spingere sia il legislatore al momento del varo che ogni interprete al momento dell'applicazione a un'estrema prudenza nell'adozione, rispettivamente, di un tenore testuale o di un'interpretazione ampi o vaghi che comportino il rischio di incertezza applicativa, a sua volta ridondante in una indebita ingerenza dello Stato nel diritto fondamentale protetto dalla Convenzione.

È, in particolare, un aspetto significativo e importante di cui dovrebbe farsi carico non solo ogni giudice, ma certamente il giudice di ultima istanza, nel momento in cui, per quanto liberamente determinandosi nell'esercizio della giurisdizione con la sua soggezione soltanto alla legge, sceglie soluzioni che alimentino l'imprevedibilità dell'ambito applicativo della norma e che possano quindi inficiare la conformità del trattamento in concreto riservato a un determinato diritto fondamentale – sul punto ricordando l'amplissima nozione di «bene» tutelato dall'art. 1 Protocollo n. 1, accolta ormai dalla Corte Edu fin dalla sentenza *Centro Europa 7 Srl e Distefano c. Italia* (cit. *supra*, nota n. 6), parr. 172 ss.

Su questo ulteriore onere, del quale la Convenzione finisce col fare carico alle corti cui è commesso l'arduo compito della nomofilachia – se non pure ai singoli giudici del merito, fino a che la Corte suprema non si sia pronunciata –, sarebbe opportuno meditare con attenzione, esplorando – anche solo cautamente – la praticabilità di un'autolimitazione della pure inviolabile libertà istituzionale della giurisdizione.

18. In particolare, la Corte europea ravvisa l'ingiustizia dell'ingerenza dello Stato nel diritto di proprietà del debitore esecutato nel fatto che la legge, che consentiva la vendita al terzo incanto senza prezzo base (come si direbbe in Italia), consentiva un'interpretazione che non offriva al giustiziabile adeguata protezione contro un'interferenza arbitraria della pubblica autorità nel suo diritto fondamentale, perché il suo contenuto non era prevedibile; e riscontra, poi, una simile carenza di prevedibilità: a) nelle severe critiche mosse alla norma dagli interpreti nazionali; b) nelle valutazioni negative della disciplina riprese poi in sede di abrogazione della relativa riforma e trasfuse nella relazione di accompagnamento alla legge che la aboliva; c) nelle pronunce delle maggiori istituzioni giudiziarie croate, che in più di un'occasione avevano disapplicato la disposizione ritenendola perfino immorale; d) nel fatto che, salvo il breve periodo di vigenza di quella norma (per poco più di quattro anni), non c'era mai stata in Croazia la possibilità di vendere un bene subastato a meno di un terzo del valore stimato da un perito nominato dal giudice.

Le leggi interpretative retroattive nella diversa impostazione di Corte Edu e Corte costituzionale

di *Michele Massa*

Alcuni noti contenziosi lavoristici e previdenziali hanno alimentato la dialettica tra Corte Edu e Corte costituzionale su un problema classico del diritto pubblico: la compatibilità tra leggi retroattive (e di interpretazione autentica) e legittimo affidamento. Per effetto di ciò, la Corte costituzionale sembra incline a passare dalla tradizionale deferenza per il legislatore a uno scrutinio più penetrante. È un'evoluzione da incoraggiare.

1. Premessa

L'argomento di questo contributo non può mancare, in una raccolta dedicata alla Corte Edu, ai punti di contatto fra la sua giurisprudenza e l'ordinamento italiano e alle questioni ancora aperte al riguardo. Non molti anni fa, Guido Raimondi, intervistato per una rivista italiana, rilevava le maggiori differenze tra la Corte costituzionale e quella europea proprio a proposito delle leggi interpretative, con riguardo alla loro efficacia retroattiva¹.

L'attenzione per questo argomento si è dilatata, in seguito, a due noti contenziosi: quello seguito alla riunificazione dei ruoli del personale scolastico ATA e quello relativo alle cd. "pensioni svizzere"². Si tratta di esempi significativi dei tipi di contenzioso che, spesso, ha attirato l'attenzione del legislatore-interprete: seriali ed economicamente rilevanti, anche al di là dell'ambito lavoristico e previdenziale.

La letteratura, da sempre ampia, si è ulteriormente arricchita. In particolare, i riferimenti giurisprudenziali sono stati ripercorsi già molte volte, sicché – rinviando, per il resto, alla bibliografia – qui sarà possibile limitare l'attenzione alla loro «sostanza» (per parafrasare la sentenza n. 311 del 2009), al fine di esprimere un giudizio in proposito e di ipotizzare alcune indicazioni operative su come trattare, in futuro, eventuali casi analoghi. A ciò conviene premettere cinque annotazioni sullo stato del dibattito in Italia: presupposto e, in certa misura, anche risultato della dialettica giurisprudenziale ora in esame.

In primo luogo, quello tra le corti è solo l'ultimo sviluppo di un dialogo giuridico che attraversa tutta la storia e la geografia del diritto occidentale, con una continuità concettuale che, da sempre, ha favorito la comparazione e il trapianto di modelli argomentativi. Tra le molte testimonianze, piace ricordare anzitutto un saggio in cui Gerardo Brogгинi ricostruisce il di-

1. Intervista di D. Tega, *Corte di Strasburgo e Stati: dialoghi non sempre facili*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 469. E infatti il tema è segnalato anche da F. De Stefano, *Le principali decisioni della Corte in materia civile verso l'Italia*, in *questo volume*, cap. n. 38.

2. Il primo contenzioso è culminato nelle sentenze Corte cost., n. 311 del 2009; Corte Edu, *Agrati e altri c. Italia*, 7 giugno 2011, (e in altri casi successivi, sino alla sentenza *Caligiuri e altri c. Italia*, 9 settembre 2014); Cgue, *Scattolon c. MIUR*, C-108/10, 6 settembre 2011. A proposito delle pensioni svizzere, i punti di riferimento principali sono due coppie di sentenze europee e costituzionali: Corte Edu, *Maggio e altri c. Italia*, 31 maggio 2011, e Corte cost., n. 264 del 2012; poi Corte Edu, *Stefanetti e altri c. Italia*, 15 aprile 2014 (ma vds. anche le due sentenze Corte Edu, *Biraghi e altri c. Italia* e *Cataldo e altri c. Italia*, 24 giugno 2014); Corte cost., n. 166 del 2017. Il valore paradigmatico di queste vicende, almeno sul piano teorico, è testimoniato dalla loro analisi in A. Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, Wolters Kluwer-Cedam, Assago-Padova, 2016: *ibid.*, cfr. M.J. Vaccaro, *Il contenzioso relativo al personale ATA*, pp. 447 ss. – scettica, però (pp. 468 ss.), sulla consistenza dei risultati di garanzia concretamente raggiunti dai lavoratori, alla luce del seguito della sentenza Scattolon - e L. Ioele, *Il contenzioso in tema di pensioni dei lavoratori italiani in Svizzera*, in *CEDU e ordinamento italiano*, pp. 475 ss.

battito romanistico sino alle soglie della codificazione e, tra l'altro, osserva come su questo tema la scienza giuridica europea abbia «mostrato in modo esemplare la sua profonda unità»³. Anche le trattazioni scientifiche dell'Italia repubblicana abbondano di riferimenti storici e comparati: non solo quelle seminali del 1970 che, per dare una forma compiuta al tema, naturalmente hanno guardato all'esperienza tedesca e statunitense; ma pure quelle più recenti⁴.

Per questa via – in secondo luogo – la dottrina è arrivata a mettere radicalmente in discussione il concetto di retroattività. Più di dieci anni fa, in un lavoro già citato, Massimo Luciani ha sostenuto che il concetto non riesce, in alcuna delle sue varianti, a spiegare perché una barriera all'efficacia delle nuove leggi dovrebbe cadere in un momento o in altro della storia, spesso lunga e complicata, del rapporto tra fatto e norma. Ciò vale anche per la classica distinzione, di matrice germanica, tra retroattività propria e impropria: riferita, quest'ultima, a una riqualificazione di fatti passati con effetti solo *ex nunc* (ad esempio, modifica solo per il futuro di un rapporto giuridico stabilito nel passato e ancora pendente)⁵. Su note analoghe si è concluso un recente convegno: la nozione di retroattività è convenzionale e accomuna fenomeni eterogenei⁶.

In terzo luogo, gli esiti dissolventi e spiazzanti di questa analisi sono compensati dal rilievo che – come osservato ancora da Luciani – il problema non è definire il fenomeno in astratto, ma capire come le singole

leggi rivalutino (retro-valutino) fatti del passato, per poi raffrontare le relative conseguenze con le norme costituzionali di riferimento. Occorre, però, identificare queste norme. Anche a questo proposito, in assenza di dati positivi espliciti salvo che per la materia penale, le idee sono varie, e variamente combinate⁷: alcuni indicano principi non scritti come quelli di buona fede o *neminem laedere*; altri, principi fondamentali desumibili dagli artt. 1 (base fiduciaria del rapporto tra autorità e consociati), 2 (doveri di solidarietà, rispetto della dignità umana) o 3 (eguaglianza) Cost.; altri ancora, le singole disposizioni costituzionali protettive di determinati interessi individuali⁸; quest'ultimo approccio è presente nella giurisprudenza costituzionale, che peraltro oscilla tra esso e la considerazione dell'irretroattività come principio a sé stante, ricollegato al canone generale di ragionevolezza.

Comunque, un quarto punto è ormai assodato: la retroattività va letta come problema di *iura* (di diritti individuali) più che di *lex* (di teoria delle fonti); perciò richiede approcci sostanziali, piuttosto che formali, e soluzioni calibrate sulle singole situazioni, secondo i canoni generali limitativi del potere pubblico (ragionevolezza, proporzionalità, giustizia sostanziale, prevedibilità)⁹. È probabilmente questo il punto in cui si avverte maggiormente oggi, in Italia, l'influenza della Cedu. Ma già prima la dottrina aveva sollecitato una concretizzazione dell'analisi, a garanzia della separazione dei poteri e della sfera della giurisdizione, oltre che della tutela dei diritti¹⁰.

3. La retroattività della legge in prospettiva romanistica, in *Id.*, *Coniectanea*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 408.

4. Si vedano F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970, poi riedito in *Id.*, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001 (da cui si cita), pp. 3, 20 ss., 41, ma *passim*; e G. Grotanelli De' Santi, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 27 ss., 42, ma *passim*. Poi, gli ampi riferimenti di M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, 1825 ss. e 2089 ss. – nonché in G. Cocco (a cura di), *L'economia e la legge*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1 ss. –, ma anche la comparazione con il diritto canonico in A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Giuffrè, Milano, 2003 (cap. I, par. 3, pp. 41 ss.). Per una recente trattazione comparatistica, L. De Grazia, *La retroattività possibile*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN), 2016.

5. Vds. su questo L. Nivarra, *La retroattività della legge civile*, in *Europa e diritto privato*, 2017, pp. 1229 ss. (in una trattazione orientata, in generale, su posizioni analoghe a quelle di Luciani e, per quanto riguarda l'interpretazione autentica, a quelle di Pugiotto, di cui oltre).

6. Cfr. D. De Pretis, *Osservazioni conclusive*, in C. Padula (a cura di), *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, atti del convegno di Treviso, 18 novembre 2016, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 243-244.

7. Per una panoramica, F.F. Pagano, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppo di Pisa (GdP)*, 18 settembre 2014, pp. 7 ss., disponibile online (www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Fabio_Francesco_Pagano_-_Il_principio_di_affidamento_nella_giurisprudenza_nazionale_e_sovranazionale.pdf).

8. È il classico approccio di G. Grotanelli De' Santi, *Profili costituzionali*, *op. cit.* Viene messo in discussione soprattutto da chi (ad esempio, P. Carnevale e G. Pistorio, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2014, par. 2, disponibile online: (www.costituzionalismo.it/articoli/479/) teme che la tutela si parcellizzi e frantumi, riducendosi ai soli ambiti costituzionalizzati.

9. D. De Pretis, *Osservazioni conclusive*, *op. cit.*, p. 249. Cfr. anche, in precedenza, N. Zanon, *Principio di unità dell'ordinamento e retroattività irragionevole della legge regionale*, in *Giur. it.*, 1992, I, p. 25.

10. È la nota proposta di A. Pugiotto (unita a quella di contestare le leggi di interpretazione autentica attraverso conflitti di attribuzione

Al successo di questa stessa dottrina – rafforzato dal contatto, anche qui, con il pragmatismo di Strasburgo – si deve la quinta e ultima annotazione, riguardante specificamente le leggi di interpretazione autentica. È ormai acquisito che esse non sono mera dichiarazione di una volontà normativa preesistente, ma vera e propria innovazione del diritto oggettivo¹¹. La disposizione interpretata resta intatta, ma la disposizione interpretativa (ovviamente anch'essa da interpretare) incide comunque sulle valenze normative della prima, imponendo una di queste ed escludendo le altre. Insomma, la legge di interpretazione autentica è solo una variante tecnica della legge retroattiva; il suo scrutinio può presentare delle particolarità, solo se e quando gli fanno da sfondo dilemmi effettivi sul significato della disposizione interpretata, che possono impedire il consolidarsi di un valido affidamento.

2. Giurisprudenza europea

Anche nel sistema Cedu, nonostante l'assenza di norme convenzionali specifiche con riguardo alla materia civile, il principio di irretroattività si è affermato tramite la giurisprudenza: sulla base dell'art. 6 Cedu, norma fondamentale sulla difesa in giudizio, e dell'art. 1 del Protocollo n. 1 (art. P1-1), principio generale di tutela (del pacifico godimento) dei diritti entrati nel patrimonio di ciascun individuo (compresi i diritti di credito e le aspettative adeguatamente radicate nella legislazione, nella giurisprudenza o in atti ufficiali).

Questa giurisprudenza ha preso forma in due tipologie di casi. La prima è di minore interesse in questa sede, perché si riferisce a vicende epocali affrontate da alcuni degli Stati del Consiglio d'Europa, come

le transizioni alla liberaldemocrazia dalla dittatura o dal socialismo, il ristoro delle spoliazioni subite e inflitte in tempo di guerra¹². La seconda tipologia concerne casi, per così dire, più quotidiani e simili a quelli consueti oggi in Italia: interventi legislativi – interpretativi, di sanatoria, retroattivi in genere – volti a porre fine a contenziosi seriali tra i cittadini e lo Stato, o organismi pubblici, oppure anche, più raramente, istituzioni private¹³.

I principi affermati in questo secondo ordine di pronunce, sulla base dell'art. 6 Cedu, si possono riassumere in questi termini: in materia civile, non è vietato al legislatore regolamentare, con nuove disposizioni retroattive, diritti risultanti da leggi in vigore; tuttavia, il principio della preminenza del diritto e il concetto di giusto processo ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare l'esito di un determinato contenzioso giudiziario; le ragioni addotte per giustificare interventi siffatti devono essere assoggettate a uno scrutinio giudiziario particolarmente severo. Si tratta di una severità non solo affermata, ma realmente praticata, come è evidente dalle frequenti vittorie dei ricorrenti. La Corte europea non deflette da questo atteggiamento, nemmeno quando il legislatore interviene a fronte di reali incertezze giurisprudenziali: si tratta comunque di interferenze nel ruolo spettante, di norma, ai giudici e, in particolare, a quelli di nomofilachia¹⁴.

Nondimeno, la portata dell'art. 6 Cedu non è illimitata: 1) non tocca alcuni settori che costituiscono, per così dire, il nucleo duro del diritto pubblico – come, ad esempio, i rapporti tributari –; 2) non riguarda interventi legislativi anteriori all'inizio del contenzioso e agli eventuali preliminari conciliativi, se obbligatori; 3) vieta le interferenze con i giudizi in

tra poteri dello Stato) in vari saggi, da *La legge interpretativa*, op. cit., pp. 310 ss., a *Il principio d'irretroattività preso sul serio*, in C. Padula (a cura di), *Le leggi retroattive*, op. cit., pp. 16-18. Vi è anche chi guarda con preoccupazione alla «torsione giurisdizionalista» che il principio può ricevere (P. Carnevale e G. Pistorio, op. cit., par. 4).

11. Cfr., da ultimo, F. Pani, *Prime note per uno studio sul principio di legittimo affidamento nel diritto pubblico: una nuova frontiera per l'ipotesi di mutamenti giurisprudenziali imprevedibili*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 12 (https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2018_Pani.pdf).

12. Su questa giurisprudenza si sorvola, se non per ricordare che al primo filone appartiene uno dei due casi fondamentali: la sentenza 9 dicembre 1994, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, 9 dicembre 1994.

13. Tra le prime pronunce, l'altra sentenza fondamentale, *Pressos Compania Naviera SA e altri c. Belgio*, 20 novembre 1995; poi, le sentenze sul caso delle *building societies* (*The National & Provincial Building Society, the Leeds Permanent Building Society e the Yorkshire Building Society c. Regno Unito*, 23 novembre 1997) nonché *Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri c. Francia*, 28 ottobre 1999 (il primo caso, per quanto consta, di ambito propriamente lavoristico). Esempi di pronunce riguardanti liti tra privati (concernenti, in particolare, banche) si possono trovare nella serie di decisioni su vicende transalpine inaugurata dalla sentenza *Lecarpentier e altro c. Francia*, 14 febbraio 2006.

14. Si veda, in particolare, la sentenza *Zielinski*, cit., § 59; ma si considerino anche i casi decisi dalle sentenze *Agoudimos e Cefallonian Sky Shipping Co. c. Grecia*, 28 giugno 2001, e *Smokovitis c. Grecia*, 11 aprile 2002. Sui conflitti di giurisprudenza e sul ruolo della nomofilachia nel sistema convenzionale, si veda F. De Stefano, *Contrasti di giurisprudenza, leggi interpretative, legittima aspettativa*, in *questo volume*, cap. 66.

corso e con l'esecuzione del giudicato, ma non modifiche successive della situazione giuridica affermata nel giudicato o estranee alla portata di esso¹⁵.

Inoltre, anche all'interno della sfera di applicazione dell'art. 6 Cedu, non sono vietati gli interventi che frustrano bensì le iniziative giudiziarie dell'interessato, ma solo allo scopo di correggere errori tecnici in un quadro normativo sostanzialmente chiaro sin dall'inizio, o di colmare vere e proprie lacune. In casi simili, la Corte europea analizza puntigliosamente tempi e modi del singolo intervento correttivo, che ha tante più *chance* di passare l'esame quanto più esso risulta rapido (rispetto all'emersione dell'errore tecnico da emendare) e prevedibile in concreto¹⁶.

L'art. P1-1 protegge qualsiasi diritto o aspettativa che trovi un fondamento adeguato nella legge nazionale¹⁷ e prescinde dal fatto che essi siano stati azionati in giudizio. Tuttavia, tollera le incisioni sulle posizioni individuali che siano previste dalla legge, giustificate da ragioni di interesse pubblico e conformi a un equo bilanciamento tra tali ragioni e quelle individuali. In quest'ultima prospettiva – che di solito è quella critica – rilevano sia la misura dell'incisione sulla sfera individuale, sia le eventuali compensazioni; difficilmente può considerarsi proporzionata la soppressione completa di un diritto, senza alcun indennizzo, tipica di molti interventi interpretativi su contenziosi pendenti.

Incidentalmente, si deve osservare che principi simili valgono anche per le riforme organiche che restringano l'accesso ai trattamenti previdenziali o ne riducano la consistenza. Tuttavia, queste fattispecie non sono sovrapponibili a quella oggetto del presente contributo e, quindi, non possono essere adeguatamente considerate in questa sede. Ci si limita a rinviare, per un inquadramento generale, alla risposta che il Consiglio di Stato (Commissione speciale, 26 luglio-3 agosto 2018, n. 2016/2018, n. aff. 1043/2018) ha dato recentemente al secondo dei quesiti posti dal Senato della Repubblica in merito alle ipotesi di riforma dei vitalizi senatoriali, riguardante i profili di legittimità

costituzionale e convenzionale delle ventilate revisioni peggiorative.

Riprendendo il filo del discorso dopo questa breve parentesi, sulla base dei principi predetti, a partire dai due casi fondamentali (*Raffinerie greche Stran; Pressos Compania Naviera*) e in altri successivi (si comparino, ad esempio, le sentenze 9 gennaio 2007, *Aubert e altri 8 c. Francia* e *Arnolin e altri 24 c. Francia*), l'art. P1-1 ha funzionato parallelamente all'art. 6 Cedu: la medesima situazione concreta portava ad affermare, o negare, la violazione di entrambi i parametri. Una divergenza si è affacciata nel caso *Maggio*: la legge aveva bensì interferito sia con i giudizi in corso sia con i diritti previdenziali ivi azionati (violando l'art. 6), ma in una misura, a giudizio della Corte, non sproporzionata (compatibile con l'art. P1-1). Perciò, furono liquidati a favore dei ricorrenti indennizzi limitati, inferiori alle somme rivendicate dinanzi ai giudici nazionali. Da qui ha preso avvio un filone che evidenzia le differenze tra i due ordini di garanzie e la minore rigidità della tutela offerta dall'art. P1-1. Per un riesame di questo indirizzo, si veda la sentenza *Azienda agricola Silverfunghi Sas e altri c. Italia*, del 24 giugno 2014 (in particolare, criticamente, l'opinione dissenziente ad essa allegata).

3. Giurisprudenza costituzionale

La giurisprudenza passata in rassegna resta quasi completamente trascurata in Italia, sino a quando la Grande Camera adotta la sentenza *Scordino c. Italia* (n. 1), del 29 marzo 2006 (sui temi qui in esame, cfr. §§ 109-110 e spec. 126-133), che a propria volta porta la Corte costituzionale a pronunciare le celebri sentenze gemelle del 2007 (nn. 348 e 349). Da allora, nella materia delle leggi retroattive e interpretative, i riferimenti alla giurisprudenza europea sono diventati una presenza costante nelle questioni di legittimità costituzionale, anche perché tradizionalmente a Palazzo della Consulta, in questa materia, è prevalso

15. Ad esempio, cfr., per quanto *sub 1*), *SCI Parc de Vallauris c. Francia*, 9 dicembre 2008, e *Joubert c. Francia*, 23 luglio 2009 (peraltro, il già citato caso delle *building societies* riguarda una disputa restitutoria, basata sul pagamento di una determinata imposta, cfr. sp. §§ 97-98). Per quanto *sub 2*), *Organisation nationale des Syndicats d'Infirmiers Libéraux (ONSIL) c. Francia*, 29 agosto 2009, e *SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais e altri c. Francia*, 21 giugno 2007. Per quanto *sub 3*), *Preda e Dardari c. Italia*, 23 febbraio 1995, e *Stella e Fédération Nationale des Familles de France c. Francia*, 18 giugno 2002; *Gorraiz Lizarraga e altri c. Spagna*, 27 aprile 2004 (con particolare riguardo al rapporto tra giudicato amministrativo e mutamenti della legislazione in materia di pianificazione territoriale e ambientale); più di recente, *M.C. e altri c. Italia*, 3 settembre 2013, § 52 (nel § 53 si aggiunge che, finché il giudizio è pendente, una lesione dell'art. 6 non può ritenersi consumata).

16. Si vedano il caso delle *building societies*, già citato, nonché la sentenza *OGIS-Institut Saint Stanislas, OGEC St. Pie X et Blanche de Castille e altri c. Francia*, 27 maggio 2004; la decisione *EEG-Slachthuis Verbist c. Belgio*, 10 novembre 2005; la sentenza *Tarbuk c. Croazia*, 11 dicembre 2012.

17. Nozione, quest'ultima, da intendere nel significato ampio tipico di Strasburgo, relativamente indifferente alla distinzione tra legge e giurisprudenza: cfr. F.F. Pagano, *Il principio di affidamento*, op. cit., 16; in questo volume, F. De Stefano, *Contrasti di giurisprudenza*, op. cit., parr. 2-3. Sulla nozione di «bene» si vedano anche i riferimenti in *Id.*, *Le principali decisioni*, op. cit., ibid., parr. 2-3.

un atteggiamento di deferenza ben diverso da quello corrente a Strasburgo.

Sorvolando su questioni più specifiche, i pertinenti principi possono essere riassunti come segue (sulla falsariga delle sentenze nn. 170, 162 e 74 del 2008 e n. 234 del 2007). Fuori dalla materia penale, la legislazione con effetti retroattivi è legittima, salvo che si riveli irragionevole nel penalizzare uno degli interessi coinvolti, ivi compreso il legittimo affidamento dei singoli. L'affidamento è valutato, però, alla stregua di canoni di sindacato empirici, elastici e comprensivi nei confronti del legislatore. Più specificamente, la legge che si presenti come interpretazione autentica è legittima se corrisponde a una delle letture (astrattamente) possibili delle disposizioni interpretate, a prescindere dal fatto che essa sia la più plausibile, o quella unanime o più diffusa presso la giurisprudenza (che potrebbe anche essere uniforme in senso opposto). In altre parole, il difetto di completa univocità della disposizione interpretata impedisce che su di essa si coaguli l'affidamento. Se proprio la legge interpretativa è irrinconciliabile con il tenore della legge (in ipotesi, falsamente) interpretata, ciò ancora non determina di per sé l'illegittimità costituzionale, ma apre la via al sindacato sulla ragionevolezza, potendo al massimo valere come indice presuntivo di irragionevolezza (sentenze nn. 73 del 2017, 103 del 2013 e 41 del 2011). Solo in casi limite l'illegittimità della legge retroattiva è stata accertata per interferenza con i giudizi in corso (cfr., ad esempio, sentenze nn. 267 del 2007 e 123 del 1987); né la ragione di incostituzionalità può consistere esclusivamente nel contrasto con il diritto vivente giurisprudenziale: nella lettura tradizionale della giurisprudenza costituzionale, legislazione e applicazione giurisdizionale si muovono su piani ontologicamente differenti. Una tenuta maggiore ha maturato, invece, il giudicato, quantomeno nel resistere agli interventi per via di interpretazione autentica (salvo, poi, capire cosa esattamente un determinato giudicato garantisca: si veda, ad esempio, la sentenza n. 214 del 2016).

Dunque, entrambe le Corti affrontano i problemi della retroattività sulla base non di specifiche norme positive, ma di categorie teoriche generali, e li impostano sotto forma di sindacato sulle ragioni della retroattività. Tuttavia, la Corte europea prescinde da considerazioni dogmatiche – anzitutto, dalla rigida distinzione tra legislazione e giurisprudenza tipica della tradizione italiana – e guarda principalmente

alla sfera individuale e a come essa sia stata incisa in concreto, considerando come e con quali effetti, in pratica, queste incisioni siano avvenute; perciò, essa finisce per dimostrarsi più severa. Secondo una attenta lettura, non si tratterebbe nemmeno di un sindacato sul bilanciamento, ma – piuttosto – dell'affermazione di un rigido divieto di interferenze legislative imprevedibili nei giudizi in corso¹⁸. Al contrario, la Corte costituzionale rispetta la discrezionalità del legislatore e, soprattutto, distingue in astratto la differenza tra il ruolo di quest'ultimo e quello del giudice: legge e giudizio si muovono su piani distinti; le interferenze tra essi sono quasi inconcepibili; nel proprio ambito, il legislatore è naturalmente chiamato a bilanciare una pluralità di interessi confliggenti; la conseguente discrezionalità e responsabilità politica può esprimersi pure lungo la dimensione temporale e, quindi, anche per il passato, con il solo e solito limite della ragionevolezza.

4. Un dialogo difficile

Le due impostazioni sono venute a confrontarsi direttamente, mettendo a fuoco le proprie divergenze, nei due casi citati in esordio, tra il 2009 e il 2012.

Con la sentenza n. 311 del 2009 la Corte costituzionale si è misurata direttamente, per la prima volta, con la posizione europea. Nel 2007, la norma di legge in questione era scampata alle censure di legittimità costituzionale attraverso una prima decisione, basata sulla giurisprudenza tradizionale. Tornando a pronunciarsi sulla stessa norma nel 2009, la Corte costituzionale fa un uso «manipolativo»¹⁹ della giurisprudenza di Strasburgo: ne enfatizza i punti di contatto con la propria, quasi che non ci fossero divergenze e, così, nega la violazione dell'art. 6 Cedu con gli stessi argomenti spesi nel 2007. Questa strategia prosegue negli anni successivi in altri casi (ad esempio, nella sentenza n. 1 del 2011), ma, quando la parola passa alla Corte europea, quest'ultima, con la sentenza *Agrati*, conferma il proprio rigore: accerta la violazione dell'art. 6 Cedu senza incertezze né particolare riguardo per gli argomenti della Corte costituzionale. La decisione è unanime; la richiesta di rinvio alla Grande Camera viene respinta, evidentemente sul presupposto che la questione fosse scontata; la posizione viene ribadita in altri casi riguardanti norme interpretative (ad esempio, nelle sentenze *Arras e altri*

18. Così M. Bignami, *La Corte EDU e le leggi retroattive*, in C. Padula (a cura di), *Le leggi retroattive*, op. cit. (da cui si cita, ma anche in questa *Rivista on line* del 13/09/2017, www.questionegiustizia.it/articolo/la-corte-edu-e-le-leggi-retroattive_13-09-2017.php), pp. 54 e 67-71. Questa conclusione andrebbe, però, misurata anche con la maggiore elasticità dell'art. P1-1, venuta maggiormente in luce negli ultimi anni.

19. P. Carnevale e G. Pistorio, *Il principio di tutela*, op. cit., par. 5.

c. Italia, del 14 febbraio 2012 e, poi, *Natale e altri c. Italia* nonché *Casacchia e altri c. Italia*, del 15 ottobre 2013).

D'altra parte, poco prima, la stessa posizione era stata affermata nella questione delle cd. "pensioni svizzere" (sentenza *Maggio*). Quando, successivamente, la medesima questione arriva ai giudici di Palazzo della Consulta, essi non possono proseguire nella strategia precedente e negare che l'art. 6 Cedu sia stato violato. Forse si sarebbe potuto valorizzare di più il diverso esito, a Strasburgo, delle doglianze ex art. P1-1; invece, la Corte costituzionale attribuisce a questa circostanza un ruolo secondario e decide di motivare il rigetto della questione principalmente con impegnative tesi generali: il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie nazionali ed europee «deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma Cedu sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali»; quando, però, una massima europea collide con una garanzia costituzionale, e anche quando a tutela di un diritto convenzionale riduce oltre il ragionevole – secondo l'apprezzamento della Corte costituzionale – la tutela di un diritto o principio costituzionale, quella massima non può fungere da parametro del giudizio di legittimità costituzionale, interposto rispetto all'art. 117, comma 1, Cost²⁰. Nella sentenza n. 264, gli antagonisti del principio di diritto europeo sono la «razionalità complessiva» del sistema previdenziale, il «vincolo imposto dall'articolo 81, quarto comma, della Costituzione», i principi di eguaglianza e solidarietà; la necessità di «evitare sperequazioni e (...) rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale» per garantire «coloro che usufruiscono delle sue prestazioni».

A questo punto il contrasto è conclamato. In seguito, la Corte di Strasburgo ha continuato a pronunciarsi sui ricorsi dei pensionati svizzeri (sentenze *Biraghi e altri c. Italia*, e *Cataldo e altri c. Italia*, del 24 giugno 2014) e in una di queste sentenze (*Stefanetti e altri c. Italia*, 15 aprile 2014) ha affermato anche la violazione dell'art. P1-1 (oltre a quella dell'art. 6

Cedu) per la misura particolarmente incisiva della falcidia in relazione agli specifici ricorrenti. La Casazione ha riportato la questione alla cognizione del giudice costituzionale che, nella sentenza n. 166 del 2017, l'ha nuovamente rigettata: ma per inammissibilità, sottolineando alcune importanti differenze tra la propria posizione e quella del giudice europeo. Quest'ultimo può considerare le situazioni individuali, per concludere che sui singoli ricorrenti era stato caricato un onere eccessivo e per calibrare gli indennizzi; invece, nel giudizio costituzionale, un esito di accoglimento richiederebbe di stabilire limiti generali alla riducibilità delle pensioni, il che, però, avrebbe implicato scelte riservate al legislatore (al quale è stato indirizzato, comunque, un monito).

Resta da dire che, nella vicenda del personale ATA, è intervenuta anche la Corte di giustizia Ue. Tra l'altro, le era stato chiesto se la norma interpretativa italiana non violasse il principio del giusto processo in veste comunitaria (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, omologo dell'art. 6 Cedu) e meritasse, per ciò solo, di essere disapplicata. Disattendendo le conclusioni dell'avvocato generale, la Corte di giustizia (nella sentenza *Scattolon*, già citata in nota) ha trovato un modo per eludere questo interrogativo. Almeno in astratto, però, esso potrebbe riproporsi in relazione a norme nazionali analoghe, che ricadano nell'ambito di applicazione del diritto Ue²¹.

Nel prosieguo, la Corte di Strasburgo non ha modificato il proprio atteggiamento rigoroso: lo ha confermato a proposito di contenziosi seriali già menzionati (riguardanti il personale scolastico e quello bancario) e anche in altre fattispecie, non prive di qualche interesse²². La Corte costituzionale, invece, ha assunto un atteggiamento più ondivago: qualche volta, continua a ripiegare sugli indirizzi tradizionali (ad esempio, sentenze nn. 132 del 2016, 127 del 2015, 227 e 156 del 2014), sia pure con sfumature di maggiore realismo nelle argomentazioni (sentenza n. 15 del 2012). Più spesso, però, si mostra più severa nel valutare ragioni ed effetti degli interventi interpretativi o retroattivi (sentenze nn. 260 del 2015, 191 del

20. A. Valentino, *Ancora sulle leggi d'interpretazione autentica: il contrasto tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale sulle cc.dd. "pensioni svizzere"*, in *Osservatorio AIC*, settembre 2013, pp. 18-19 (www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Nota%20Valentino.pdf), sottolinea che, però, la Corte costituzionale non ha annullato, previa auto-rimessione, la legge di esecuzione della Cedu nella parte in cui prevede la massima giudicata incostituzionale. È un atteggiamento di cautela apprezzabile, che lascia però allignare una certa qual contraddizione nell'ordinamento interno.

21. Sulla tutela del legittimo affidamento come principio generale limitativo delle norme retroattive anche nel diritto Ue, cfr., da ultimo, S. Bastianon, *La Corte di giustizia e le fonti retroattive*, in C. Padula (a cura di), *Le leggi retroattive*, op. cit., spec. pp. 33-41 (e, *ibid.*, ulteriori riferimenti, anche a S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2012).

22. Ad esempio, la già citata sentenza *Silverfunghi* (notevole sotto più profili: il caso era stato esaminato anche dalla Corte costituzionale; l'analisi europea è particolarmente concreta e dettagliata; l'opinione dissenziente critica severamente la prassi legislativa italiana; l'esito è confermato dalle successive sentenze indicate in F. De Stefano, *Le principali decisioni*, op. cit., § 7); nonché la sentenza *Guadagno e altri c. Italia*, 1° luglio 2014 (in cui, sorprendentemente, assumono la veste di vittime alcuni consiglieri di Stato, che lamentavano il mancato accesso al cd. "galleggiamento retributivo").

2014, 308, 170 e 92 del 2013, 78 del 2012), talora con annullamenti limitati all'efficacia per il passato delle norme in questione (sentenze nn. 267 e 147 del 2017, 108 del 2016). Più rispettoso della discrezionalità legislativa è rimasto, invece, il sindacato su leggi che modificano solo per il futuro rapporti di durata, frustrando l'affidamento degli operatori economici ed esponendoli a ciò che la Corte stessa ha chiamato «rischio normativo di impresa»²³.

La tendenza al maggior rigore sembra confermata dall'ultima battuta del dialogo, la sentenza n. 12 del 2018: è stata salutata come una felice recezione, da parte della Corte costituzionale, dello scrutinio europeo (indiziario, induttivo, basato sui tempi e sui modi di approvazione della legge, anche attraverso i lavori preparatori), capace di svelare come la norma interpretativa in questione servisse a influenzare un preciso contenzioso pendente. Resta, però, il dubbio di quanto abbia influito, in tutto ciò, la consistenza tutto sommato esigua della posta in gioco per le casse pubbliche²⁴.

5. Conclusioni provvisorie

Si è verificato, dunque, un disallineamento tra Corte Edu e Corte costituzionale²⁵. Ciò determina una situazione eccezionale e problematica, ma non drammatica: il dissenso può essere riassorbito, purché il problema sia inquadrato correttamente, anche in termini di diritto costituzionale; lascia ben sperare l'assenza di condanne nuove nel periodo più recente²⁶.

Già da tempo chi scrive²⁷ ha preso posizione a favore della svolta che sembra in corso nella giurispru-

denza costituzionale. Non si tratta di contestare in linea di principio la legittimità delle leggi retroattive o interpretative; né di negare che esse possano svolgere una funzione apprezzabile, come strumenti di correzione degli errori legislativi, meglio se tempestive e modulate sul piano delle norme transitorie. Nemmeno si deve ritenere che il modello di bilanciamento debba essere necessariamente quello di Strasburgo: ben può sostenersi che più articolato è il quadro dei principi affidati in Italia, anzitutto, alla cura politica del legislatore e, poi, alla garanzia della giustizia costituzionale. Quest'ultima, comunque, è soggetta a condizionamenti operativi diversi da quelli che valgono in sede europea: giudicare norme generali, per annullarle o manipolarle, non è lo stesso che pronunciarsi su casi individuali, eventualmente per liquidare indennizzi.

Bisogna però abbandonare la raffigurazione, tradizionale nella giurisprudenza costituzionale, di un legislatore isolato, in una condizione di distacco quasi olimpico, dalle vicissitudini giudiziali. L'assioma che gli interventi legislativi scorrono su un piano distinto da quello della tutela giudiziaria dei diritti, e che non possano praticamente mai interferire con essa, non è accettabile. Esso, sul piano dogmatico, schematizza eccessivamente le interazioni tra legislazione e giurisprudenza; sul piano assiologico, sacrifica l'affidamento dei consociati a beneficio di interventi legislativi maldestri, o di obiettivi di mero risparmio. È preferibile lo stile realistico tipico di Strasburgo, che analizza approfonditamente ciascun intervento, nella sua dimensione concreta.

Quindi, occorrerà anzitutto ricostruire puntualmente la situazione normativa e la sua evoluzione: le

23. L'espressione si trova nella sentenza n. 16 del 2017 (ma cfr. anche la sentenza n. 236 del 2016). Si veda, in argomento, la discussione sulle norme conformative di attività economiche private, quando esse incidano sull'affidamento di imprese e investitori, di Daria De Pretis con Luca Colombo, Aldo Travi e Mauro Renna in *La Corte costituzionale e l'economia*, a cura di chi scrive, Vita & Pensiero, Milano, 2019. Solo parzialmente connesso è il tema dell'efficacia immediata della nuova normativa rispetto ad assetti contrattuali prestabiliti: ad esempio, in tema di disciplina dell'arbitrato e clausole compromissorie preesistenti, si vedano, con diversità di prospettive, le sentenze nn. 13 del 2018 e 108 del 2015; si veda, su questo tema (ma nel contesto di una disamina più ampia) A. Giuliani, *Retroattività e diritti quesiti nel diritto civile*, in *Le leggi retroattive*, op. cit., pp. 118-122.

24. Cfr. i commenti di A. Pugiotto, *Retroattività legislativa e materia civile: Corte Costituzionale e Corte EDU parlano la stessa lingua?*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 2/2018, n. 2 (www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Pugiotto%20definitivo.pdf) e di 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 online*, n. 1/2018, pp. 318 ss. (in estratto: www.giurcost.org/studi/dimartino.pdf).

25. R. Rordorf, *Diritti fondamentali, leggi interpretative e leggi retroattive nel dialogo fra Corti supreme europee*, in *Foro it.*, 2017, V, pp. 95 ss.

26. Così G. Bronzini, *I limiti alla retroattività della legge civile tra ordinamento interno ed ordinamento convenzionale: dal "disallineamento" al dialogo*, in Aa. Vv., *Dialogando sui diritti. Corte di cassazione e CEDU*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 120-122 e 139. Dello stesso Autore, cfr. *Limiti alla retroattività della legge civile*, Key, Vicalvi (FR), 2016.

27. In una serie di saggi e note a sentenza da *Le leggi retroattive sfavorevoli nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in U. Breccia e A. Pizzorusso (a cura di) e, successivamente F. Dal Canto (a cura di), *La responsabilità dello Stato - Atti del seminario congiunto del Dottorato di diritto privato e del Dottorato di giustizia costituzionale e diritti fondamentali dell'Università di Pisa* (21 ottobre 2005), Plus, Pisa, 2006, pp. 133 ss., sino a *Giusto processo e dinamica delle norme nel tempo: l'art. 6 CEDU e le leggi retroattive*, in G. Bombellio - L. Ferla - P. Mastrolia (a cura di), *Quaestiones iuris. Contributi del seminario permanente dei ricercatori del Dipartimento di Scienze giuridiche*, vol. I, Jovene, Napoli, 2018, pp. 225 ss.

vicende legislative e giurisprudenziali sulle quali incide un intervento interpretativo o retroattivo; l'*iter legislativo* di quest'ultimo e i lavori preparatori; gli effetti sulla sfera soggettiva degli interessati e sulla singola controversia e anche, se possibile (magari con l'ausilio dei lavori preparatori o delle informazioni a disposizione delle parti, se si tratta di soggetti istituzionali, organizzazioni sindacali o imprenditoriali etc.), sul contenzioso complessivo, pure in relazione ai pertinenti equilibri economici e finanziari; gli eventuali indici di prevedibilità dell'intervento, desumibili anche da attività o comunicazioni pubbliche pure se estranee ai lavori preparatori in senso stretto (ad esempio, dichiarazioni ufficiali di esponenti governativi). Qui troverà spazio, tra l'altro, la verifica tipicamente richiesta dalle leggi di interpretazione autentica: se esisteva una vera incertezza ermeneutica; se essa non era stata ancora risolta, al momento dell'intervento legislativo; se quest'ultimo si sia inserito nel quadro normativo armonicamente, oppure in termini arbitrari e, per questo, imprevedibili. Qui potrà trovare spazio, inoltre, la tassonomia dei vari tipi di retroattività (ad esempio, propria o impropria), ma solo allo scopo di puntualizzare gli effetti dell'intervento in esame sulle situazioni giuridiche soggettive e sui contenziosi di cui esse sono oggetto.

Ricostruito il quadro, si dovrà poi procedere alla ricognizione degli interessi coinvolti e alla valutazione del loro temperamento. Si dovrà tenere presente anche il rilievo costituzionale degli interessi individuali toccati dall'intervento legislativo: ciò in relazione alle condotte sia passate, oggetto di rivalutazione, sia future, sulle quali incidono gli effetti dell'intervento in esame. In questa prospettiva, bisognerà considerare la differenza tra una finalità generica di contenimento della spesa, da un lato, e, dall'altro, esigenze più consistenti, come quelle – purché documentate – di evitare squilibri gravi e potenzialmente esiziali per determinati ambiti di attività economica (pubblica o privata). Questa potrebbe anche essere la sede per valutare una peculiare problematica tecnica delle leggi italiane: esse, se – anche per come sono interpretate e applicate – prive di copertura adeguata (da valutare alla luce dell'art. 81, comma 3, Cost. e dell'art. 17 della l. n. 196/2009, che ne costituisce puntualizzazione tecnica: cfr., ad esempio, sentenza n. 5 del 2018), sono incostituzionali, con quanto ne consegue circa la necessità di interventi correttivi e il dubbio se su di esse potesse formarsi un legittimo affidamento. Inoltre, si dovranno ponderare la misura del sacrifi-

cio imposto agli interessi individuali (permanente o temporaneo, parziale o totale etc.) e le eventuali compensazioni attribuite.

Dunque, alle parti e al giudice *a quo* è richiesta, per impostare la questione di legittimità costituzionale, quantomeno in termini di non manifesta infondatezza, una investigazione impegnativa: giuridica, ma anche storica e, probabilmente, economica e quantitativa. Ovviamente, la Corte costituzionale potrà poi arricchire ulteriormente l'indagine, con modi ed entro limiti che qui non è possibile approfondire.

La valutazione può risultare più semplice se esiste un precedente specifico di Strasburgo, oppure se un caso nuovo collima con i principi consolidati sulla base della Cedu. Occorre, però, verificare se le conclusioni raggiunte in sede europea siano compatibili con la Carta fondamentale, anche sotto il profilo del bilanciamento con altri diritti o principi costituzionali. Anche questo interrogativo è decisivo per la fondatezza della (eccezione o) questione: pertanto, il giudice civile non può esimersi dall'approfondirlo, anche nei risvolti economici e finanziari. Tuttavia, sembra condivisibile la prudenza di chi ritiene che, a maggior ragione in questi casi, il giudice civile debba coinvolgere la Corte costituzionale²⁸, e non risolvere direttamente la questione, arrestandola con una declaratoria di manifesta infondatezza.

Si è già ricordato che, in parallelo alla Cedu (art. 6 e art. P1-1), potrebbe essere invocato il diritto Ue, nel suo ambito di applicazione: in particolare, i principi ora codificati anche nella Carta dei diritti fondamentali (rispettivamente, artt. 47 e 17). Dato il tendenziale parallelismo tra questi principi e quelli costituzionali, in situazioni simili dovrebbe valere quanto ritenuto dalla Corte costituzionale nella recente e discussa sentenza n. 269 del 2017: dovrebbe essere sollevata con priorità la questione di legittimità costituzionale, in modo che i giudici delle leggi abbiano la possibilità di entrare subito nella discussione, che potrà poi anche proseguire in Lussemburgo. In realtà, la sentenza n. 269 ha suscitato un dibattito acceso, che qui non è possibile riportare e del quale occorrerà attendere gli sviluppi. Tuttavia, il genere di casi oggi in esame sollecita una considerazione: anche nei rapporti con la Corte di giustizia, come con la Corte di Strasburgo, è forse preferibile che sia coinvolta immediatamente la Corte costituzionale, perché l'indagine richiesta, nei vari profili sopra lumeggiati, è complessa e delicata e, dunque, è opportuno che avvenga subito con il massimo grado di approfondimento e autorevolezza.

28. G. Amoroso, *Corte di cassazione e tutela dei diritti fondamentali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in E. Falletti e V. Piccone (a cura di), *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 177-178; G. Bronzini, *I limiti alla retroattività*, op. cit., pp. 137 ss.

Il lavoro a termine va alla Corte Edu

di Aurora Notarianni

L'articolo esamina i ricorsi proposti dai lavoratori a termine della pubblica amministrazione, in particolare della scuola e di Poste italiane Spa, per la violazione dei diritti fondamentali alla parità di trattamento, alla ricchezza e al giusto processo derivante dalla norma retroattiva applicata quale limite della sanzione. Sono qui richiamati la funzione della Corte Edu e l'obbligo di conformarsi del giudice interno, secondo il canone della migliore tutela.

1. Premessa

Molti lavoratori a termine del settore pubblico giungono innanzi alla Corte Edu per chiedere protezione dei propri diritti fondamentali al lavoro in condizioni di parità di trattamento e all'effettività della tutela giurisdizionale, e ottenere sanzioni riparatorie anche per le ripetute ingerenze dello Stato italiano.

Il dialogo tra le corti¹ è lontano da un definitivo approdo che chiarisca i diritti dei lavoratori che hanno prestato la loro attività a copertura delle carenze di organico, in attesa di procedure concorsuali ferme per decenni.

La regola del concorso per l'accesso alla pubblica amministrazione, quale strumento di selezione dei migliori in ossequio ai principi di buon andamento e di efficienza, è stata elusa negli anni con il massiccio ricorso a forme di lavoro flessibile, giustificato dal divieto di assunzione in attesa dell'auspicato «*equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito pubblico*»

(art.97, comma 1, a decorrere dall'esercizio finanziario 2014), obiettivo difficile da realizzare con interventi limitati al lavoro a termine, il cui costo è il medesimo di quello a tempo indeterminato.

Mentre il contenzioso giudiziario cresceva in modo esponenziale, soprattutto nei confronti e per la resistenza dello Stato-datore di lavoro, il legislatore restava indifferente ai molteplici richiami delle istituzioni europee e agli orientamenti comuni (*common ground*) espressi per il raggiungimento degli obiettivi di piena e stabile occupazione dei lavoratori, secondo l'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, recepito nella direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, e ribaditi da innumerevoli pronunzie della Corte di giustizia.

La consueta deferenza della Corte Edu, nel rispetto dell'autonomia degli Stati membri cui compete l'obbligo di perseguire gli obiettivi di politica sociale, troverà, nei ricorsi posti al suo esame, un primo ostacolo nella «*qualità della legge*», o meglio, delle tante

1. La Corte di giustizia, con sentenza del 25 ottobre 2018, in C-331/17, riafferma il diritto alla conversione del rapporto di lavoro nel settore degli enti lirici, mentre la Corte costituzionale, con la sentenza n. 248/2018, dichiara non fondata la questione sollevata in riferimento alla sanzione dell'abusiva reiterazione di contratti nel settore della sanità pubblica, riaffermando l'adeguatezza della misura del risarcimento del danno.

Si attendono, ancora, la sentenza della Cgue per la causa C-494/17 (*Rossato*), discussa il 27 settembre 2018, sulla pregiudiziale della Corte d'appello di Trento relativa all'effettività della sanzione nei casi di abusiva reiterazione e successiva stabilizzazione (clausola 5) e la sentenza della Corte costituzionale sul precariato siciliano, sollevata dal Tribunale di Termini Imerese con ordinanza n. 156/2017 e discussa all'udienza del 19 febbraio 2019.

Intanto, il Tribunale di Napoli solleva, con ordinanza del 13 febbraio 2019, questione pregiudiziale sull'abusiva reiterazione delle assunzioni a tempo determinato degli insegnanti di religione cattolica della scuola pubblica.

norme che si sono succedute (secondo il colore politico del governo), rendendo la disciplina del lavoro a termine priva di “*accessibilità e precisione*” se non, anche, manifestamente irragionevole nel neutralizzare i provvedimenti giurisdizionali quando contrari alle ragioni dello Stato-datore di lavoro.

2. Le questioni di fatto

I ricorrenti dipendenti della pubblica amministrazione e di imprese pubbliche hanno proposto azione per l'accertamento della nullità del termine privo di ragioni oggettive o dell'abuso nella successione dei contratti, chiedendo la conversione del rapporto e il risarcimento del danno.

Una prima tipologia di ricorsi riguarda i lavoratori di Poste italiane Spa, organismo di diritto pubblico (secondo la definizione della Cgue nella sentenza *Carratù* del 12 dicembre 2013, in C-361/12), che hanno ottenuto la conversione del rapporto di lavoro e ricevuto, in esecuzione delle sentenze di merito, un risarcimento del danno a titolo di sanzione commisurato alle retribuzioni maturate negli intervalli di tempo non lavorati. Senonché, nelle more della decisione definitiva, il legislatore ha introdotto, con la legge n. 183/2010 (cd. “collegato lavoro”), l'art. 32, applicabile ai giudizi in corso disponendo la misura del risarcimento del danno commisurato in una indennità omnicomprensiva tra 2,5 e 12 mensilità, così determinando la riforma delle sentenze (ad esempio, Cass., ord. n. 25785/13) e privando i lavoratori delle maggiori somme ottenute con conseguente obbligo di restituzione².

Una seconda tipologia riguarda i docenti della scuola pubblica che hanno ottenuto, nel corso del giudizio, l'indennità risarcitoria ex art.32 l. n. 183/2010 per l'abuso nella successione di contratti a tempo determinato e, successivamente, l'assunzione con contratto a tempo indeterminato in applicazione della l. n. 107/2017 sulla “buona scuola” e hanno visto riformare, in sede di legittimità (ad esempio, Cass., n. 9058/2017) la sentenza a loro favorevole sul presupposto che la stabilizzazione del rapporto di lavoro è misura adeguata a sanzionare l'abuso della reiterazione dei contratti a tempo determinato, con il conseguente obbligo di restituzione delle somme percepite per indennità risarcitoria.

Una terza tipologia di ricorsi è proposta dagli insegnanti che hanno subito la risoluzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, a seguito della pro-

nunzia del Consiglio di Stato del 20 dicembre 2017, n. 11, che valuta il diploma magistrale titolo non sufficiente all'immissione in ruolo, nonostante l'assunzione sia avvenuta a seguito di iscrizione in graduatoria, avendo superato un esame di Stato e ottenuto l'abilitazione. Per fronteggiare questa nuova emergenza e al fine di salvaguardare la continuità didattica, il legislatore ha previsto, con l'art. 4 dl n. 87/2018, convertito in l. 9 agosto 2018, n. 96, il differimento al 30 giugno 2019 del termine di esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali che dispongono la decadenza dei contratti, a tempo determinato o indeterminato, stipulati con i docenti in possesso del titolo di diploma magistrale, disponendo poi per la copertura dei posti vacanti attraverso le graduatorie e concorsi ordinari e straordinari.

Una quarta tipologia di ricorsi riguarda gli educatori degli asili nido, dipendenti comunali assunti, nell'anno 2007/2008, a seguito di selezione su posto vacante, con un solo contratto a tempo determinato privo di ragioni oggettive e, quindi, dichiarato nullo dal giudice del merito in applicazione della direttiva 1999/70/CE e alla luce della sentenza della Cgue *Angelidaki*, del 23 aprile 2009 (in C-378/2007 e C-380/07), con riconoscimento del risarcimento del danno di importo pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione. La Corte di cassazione riconosce l'illegittimità del termine, ma afferma che il primo e unico contratto non entra nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE e nega il diritto al risarcimento del danno percepito dalla lavoratrice, che ha quindi dovuto restituire le somme percepite (ad esempio, Cass., ord. 12 luglio 2017, n. 17174).

3. Il diritto interno e le violazioni denunciate

Le violazioni denunciate nei ricorsi riguardano il diritto alla parità di trattamento e di non discriminazione, secondo le previsioni dell'art. 1 Protocollo n. 1 alla Cedu in combinato disposto con l'art. 14 Cedu, nonché con le clausole 4, n. 1, e 5, nn. 1 e 2, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70/CE e gli artt. 20, 21 e 30 della Carta di Nizza (Cdfue). Esse sono, altresì, relative alla violazione del diritto al giusto processo ex artt. 6 e 13 Cedu nonché art. 47 Cdfue, e sotto il profilo del principio di leale cooperazione previsto all'art. 4, comma 3, del Trattato dell'Unione europea.

2. Poste italiane prontamente reclama la restituzione delle somme corrisposte al lordo (comprese le ritenute fiscali) e non al netto, alimentando un ulteriore contenzioso solo di recente definito con la sentenza della Cassazione n. 19735/2018, che ribadisce il principio, aderente alla peculiarità del rapporto di lavoro subordinato, per cui il *solvens* non può ripetere dall'*accipiens* più di quanto questi abbia effettivamente percepito.

Un breve *excursus* della normativa interna rilevante, in controluce con le pronunzie della giurisprudenza, è utile a valutare la fondatezza dei ricorsi.

In materia di personale scolastico, la legge 3 maggio 1999, n. 124, all'art. 4 ha previsto i casi di copertura delle cattedre e dei posti vacanti e disponibili con le supplenze e gli artt. 44 e 60 CCNL comparto scuola 2007, applicabile anche alle supplenze ex art. 36, comma 2, d.lgs 165/2001, il diritto alla riqualificazione del rapporto. Il lavoro a tempo determinato con la pubblica amministrazione è disciplinato dall'art. 36 d.lgs n. 165/2001, mentre al lavoro alle dipendenze delle società pubbliche è stato applicato il d.lgs n. 368/2001 di attuazione della direttiva 1999/70/CE.

La questione del coordinamento tra le due discipline è oggetto di infinite discussioni e contrasti in dottrina e giurisprudenza riguardo alle conseguenze derivanti dall'illegittima apposizione del termine o, comunque, dalla violazione delle disposizioni riguardanti l'assunzione.

Mentre nel lavoro privato è prevista la *conversione del rapporto con efficacia ex tunc*, oltre il risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni maturate negli intervalli di tempo non lavorati, nel lavoro con la pubblica amministrazione la regola del concorso per l'accesso all'impiego (art. 97 Cost.), confermata dalla Consulta con sentenza 27 marzo 2003, n. 89, ha giustificato il divieto di trasformazione o conversione del rapporto.

Di conseguenza, la tutela del lavoratore pubblico per le «prestazioni di lavoro in violazione di disposizioni imperative», ossia nei casi di invalidità del termine apposto al contratto o di successione illegittima, è affidata – secondo un orientamento – al risarcimento del danno, così misurandosi la compatibilità dell'ordinamento interno alla normativa Ue e, in particolare, alla direttiva 70/99/CE, che richiede sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive» degli abusi del contratto a termine³.

Un altro orientamento ritiene la conversione del rapporto di lavoro sanzione adeguata, anche in applicazione dell'art.30 Cdfue, del divieto di discrimina-

zione e del principio di parità di trattamento contenuto nella clausola 4, punto 1, della direttiva 70/99/CE, oltre che del divieto di *reformatio in pejus* previsto dalla clausola 8, limiti alla discrezionalità del legislatore e norme in forza delle quali il giudice nazionale accede all'interpretazione conforme⁴.

Nella pendenza del contenzioso, il legislatore interviene con l'art. 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, prevedendo, oltre alla conversione *ex nunc* del rapporto di lavoro, la corresponsione di un'indennità omnicomprensiva tra 2,5 e 12 mensilità, ridotta alla metà nel caso di contratti collettivi che prevedano l'assunzione a tempo indeterminato dei lavoratori già occupati a termine nell'ambito di specifiche graduatorie. La norma supera per due volte il vaglio di costituzionalità, con le sentenze Corte cost., nn. 303/2011 e 226/2014.

Il dialogo tra le alte corti continua ad arricchirsi mentre il contrasto nella giurisprudenza interna sull'inquadramento giuridico del *risarcimento del danno* – se derivante da responsabilità contrattuale e, quindi, parametrato alla perdita del posto di lavoro risarcibile ex art. 18 l. 300/70, ovvero extracontrattuale o precontrattuale, con i conseguenti riflessi sull'onere della prova – trova una prima soluzione con la sentenza della Cassazione n. 27481 del 30 dicembre 2014, che indica la misura adeguata del danno “comunitario” tra 2 e 8 mensilità di retribuzione ex art. 8 l. n. 604/66 sui licenziamenti illegittimi.

Dirompente la decisione della Corte di giustizia, con la sentenza *Mascolo e altri*, C-22/13, 26 novembre 2014, che dichiara incompatibile con la direttiva 1999/70/CE il sistema di reclutamento dei supplenti della scuola pubblica per mancanza di ragioni oggettive e per l'assenza di altre misure antiabusive. Interviene, quindi, il legislatore con la l. n. 107/2015, cui segue la decisione della Corte costituzionale n. 187/2016, che dichiara illegittimo l'art. 4, comma 1, l. 124/1999, affermando che la stabilizzazione a tempo indeterminato è sanzione idonea a eliminare le conseguenze dell'abuso ed è la scelta «più lungimirante rispetto a quella del risarcimento che avrebbe lascia-

3. Sul risarcimento del danno e il principio di effettività della sanzione, Cgue: *Adeneler*, C-212/04, 4 luglio 2006; *Marrosu Sardino e Vassallo*, C-53/04 e C-180/04, 7 settembre 2006; *Del Cerro Alonso*, C-307/05, 13 settembre 2007; *Angelidaki*, C-378/07, 23 aprile 2009; *Affatato*, C-3/10, ord. 1° ottobre 2010; *Papalia*, C-50/13, 12 dicembre 2013; Cass., 15 giugno 2010, n.14350; Tribunale Genova, 14 maggio 2007; Tribunale Rossano Calabro, 4 giugno 2007; Tribunale Foggia 17 ottobre 2008. In argomento, G. Armone, *Principio di effettività e diritto del lavoro*, in *Questione Giustizia on line* del 24/04/2018, www.questionegiustizia.it/articolo/principio-di-effettivita-e-diritto-del-lavoro_24-04-2018.php, afferma che «È, in particolare, sull'adeguatezza delle misure adottate per i contratti a termine nel pubblico impiego che è possibile auspicare, attraverso il diritto dell'Unione europea, un futuro migliore per il diritto del lavoro, che attraversa un periodo di crisi per la subalternità verso altre culture di taglio economico».

4. Sulla conversione del rapporto, Cgue, *Vitari*, C-126/99, 9 settembre 2010; C-50/13, ord. 12 dicembre 2013; Cass., 21 maggio 2008, n. 12985. Tribunale Siena, con sentenza del 27 ottobre 2010, disapplica l'art. 36 d.lgs 165/2001, equiparando la scadenza del termine al licenziamento ingiustificato, e riconosce al lavoratore la tutela in forma specifica ex art. 2058 cc. In dottrina, L. Menghini, *il lavoro a termine nelle amministrazioni pubbliche: profili discriminatori*, relazione presentata alla tavola rotonda promossa da AGI Lazio, Magistratura democratica e Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, Roma, 14 giugno 2012.

to il sistema scolastico nell'attuale incertezza organizzativa d il personale in uno stato di provvisorietà perenne» (Considerato in diritto, punto 18.1).

La questione del risarcimento del danno è, dunque, rimessa alla decisione delle sezioni unite della Cassazione che, con sentenza del 15 marzo 2016, n. 5072, affermano che il danno risarcibile ex art. 36 d.lgs n. 165/2001 non deriva dalla mancata conversione del rapporto di lavoro, ma dalla prestazione in violazione di disposizioni imperative e che, nei casi di abusiva reiterazione di contratti a termine, la misura risarcitoria va determinata con riferimento alla fattispecie omogenea di cui all'art. 32 l. n. 183/2010, in conformità ai canoni di effettività della tutela oltre che nel rispetto della finalità dissuasiva e della funzione punitiva della sanzione. La Corte ritiene, così, superata la questione dell'onere della prova a carico del lavoratore, coprendo il divario rispetto al trattamento riservato al lavoratore privato, che all'indennizzo aggiunge la conversione del rapporto di lavoro, e riconoscendo la possibilità di far valere un danno ulteriore per perdita di *chances* con onere della prova a carico del lavoratore (da ultimo, con la sentenza Santoro, C-494/2016, 7 marzo 2018, la Cgue riafferma la natura punitiva della sanzione con dimostrazione presuntiva della perdita anche della mera speranza di un lavoro stabile).

Nonostante l'orientamento delle sezioni unite della suprema Corte, con sentenza Cass., 7 novembre 2016, n. 22552, le sezioni semplici hanno negato ai docenti il diritto al risarcimento del danno per l'illegittimo utilizzo di contratti a tempo determinato a copertura di posti "in organico di diritto" (e, quindi, in violazione di norme imperative) per l'intervenuta stabilizzazione del rapporto di lavoro quale misura risarcitoria in forma specifica; non considerano, invece, abusivo il termine apposto al contratto per le supplenze a copertura di posti in organico di fatto o temporanee.

Per questi docenti, la Cgue, chiamata a pronunciarsi sulla violazione della clausola 4 della direttiva con sentenza del 20 settembre 2018 (C-466/17), afferma la compatibilità della normativa nazionale che – ai fini dell'inquadramento in una categoria retributiva al momento dell'assunzione, in base ai titoli, come dipendente pubblico di ruolo – tenga conto dei

periodi di servizio prestati nell'ambito di contratti di lavoro a tempo determinato in misura integrale fino al quarto anno e poi, oltre tale limite, parzialmente, a concorrenza dei due terzi.

3. Sull'ammissibilità di norme retroattive e di interpretazione autentica

Il nodo gordiano⁵ che accomuna i ricorsi, e da cui discendono tutte le violazioni denunciate, riguarda l'introduzione dell'art. 32, commi 5-7, l. n.183/2010, che, oltre alla conversione del rapporto, forfettizza la misura del risarcimento del danno da riconoscere e applicare ai rapporti in corso nonché a quelli già esauriti.

I primi commentatori della norma⁶ hanno subito evidenziato che essa si inseriva, attraverso una legge delega e non nella *sedes materiae*, nella disciplina del lavoro a termine dell'impresa privata e delle società pubbliche, che non presentava alcuna incertezza in quanto già godeva di una tutela adeguata (conversione del rapporto e risarcimento del danno) derivante dall'applicazione degli ordinari criteri civilistici. Per effetto della nullità parziale del termine, tali criteri imponevano la ricostituzione giuridica ed economica del rapporto di lavoro secondo una consolidata interpretazione contraria alla difesa svolta dalle società pubbliche, con l'evidente conseguenza che l'adozione della norma retroattiva era strumentale alla (diversa) conclusione delle cause pendenti.

Le situazioni di incertezza erano, invece, conseguenza del diverso modo di inquadrare la responsabilità della pubblica amministrazione e, quindi, individuare la sanzione adeguata per le ipotesi di violazione delle norme.

Tanto è vero che la sanzione ex art. 32 è stata poi applicata, per omogeneità, dalle sezioni unite della Cassazione con la citata sentenza 15 marzo 2016, n. 5072.

Inoltre, i dati elaborati in sede di esame del ddl n. 1441, messi a confronto con i dati del contenzioso, evidenziavano che otto cause su dieci riguardavano lo Stato-datore di lavoro (Poste italiane, Rfi, Rai, aziende di trasporto locali etc.), a cui si applicava la

5. Richiamando l'efficace espressione di E. Lupo, *Pluralità delle fonti ed unitarietà dell'ordinamento*, in E. Falletti e V. Piccone (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, Cacucci, Bari, 2012, pp. 31 ss., sugli effetti controversi delle decisioni della Corte Edu Maggio e Agrati.

6. B. Cossu e F.M. Giorgi, *Novità in tema di conseguenze della "conversione" del contratto a tempo determinato*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, pp. 895 ss.; V. Piccone, *Contratto a termine*, relazione all'incontro di studio «Il collegato lavoro», organizzato da Magistratura democratica a Roma il 16 dicembre 2010; S. Galleano e V. De Michele, *La Cassazione sulla irretroattività delle decadenze e delle tutele del Jobs Act e sull'applicazione (indiretta) della sentenza Carratù della Corte Ue*, in *Europeanrights*, 1° novembre 2015, disponibile online (www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=1157).

disciplina del d.lgs n. 368/2001 e non l'art. 36 d.lgs 165/2001. La norma, quindi, perseguiva lo scopo malcelato di favorire il bilancio delle imprese pubbliche e di ridurre il contenzioso.

I ricorrenti – che, alla conclusione dei procedimenti civili, hanno subito l'espropriazione dei propri diritti patrimoniali sia con riguardo all'obbligo di restituzione delle maggiori somme percepite a titolo risarcitorio che per la perdita del posto di lavoro e, quindi, della retribuzione – denunciano la lesione dei propri diritti fondamentali chiedendone il ristoro.

La Corte Edu ha più volte affermato, sin dalla vicenda del personale ATA e, in particolare, con la sentenza *Agrati e altri* del 7 giugno 2011, che il legislatore può disporre dei diritti in materia civile mediante nuove norme retroattive, nel rispetto del *principio della preminenza del diritto e per ragioni imperative di interesse generale*, che devono essere adeguatamente dimostrate e non sussistono se causate dallo Stato inadempiente alle sue obbligazioni.

La Cassazione, dovendo decidere un ricorso proposto da Poste italiane, avrebbe potuto adottare una interpretazione conforme della norma⁷, affermando che l'indennità *ex art. 32* era da considerarsi aggiuntiva e non sostitutiva del risarcimento del danno, così essendo misura adeguata nel rispetto dei principi della direttiva 70/99/CE e non incidente sui diritti già riconosciuti nei procedimenti pendenti. Tuttavia, preferisce sollevare questione di legittimità costituzionale, con ordinanza del 28 gennaio 2011, n. 2112, che la Consulta dichiara non fondata con sentenza del 10 ottobre 2011, n. 303, anche riguardo alla violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., integrato dall'art. 6 Cedu.

La Consulta glissa sul dato rilevante del contenzioso seriale relativo alle imprese pubbliche, pur messo in luce dall'ord. n. 2112 e, in particolare, appaiono quantomeno contraddittorie le due diverse argomentazioni secondo cui la norma introdotta è di carattere generale e, pertanto, «non favorisce selettivamente lo Stato o altro ente pubblico (o in mano pubblica) perché le controversie su cui è destinata a incidere non hanno specificamente ad oggetto rapporti di lavoro precario alle dipendenze di soggetti pubblici,

ma tutti i rapporti di lavoro subordinato a termine». Allo Stato spetta il compito e l'onere di verificare la sussistenza di motivi imperativi di interesse generale, che avrebbe ravvisato nelle *ragioni di utilità generale*, per l'«*esigenza di tutela economica dei lavoratori a tempo determinato più adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici*», in realtà – al contrario – restringendo i diritti e limitando le tutele con la previsione di stringenti termini di decadenza.

A chiudere gli spazi di una diversa interpretazione conforme che si stava aprendo con riferimento all'ambito temporale di applicazione della norma basata sulla clausola di non regresso, interviene ancora una volta il legislatore con una norma di interpretazione autentica, disponendo all'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012, che l'indennità *ex art. 32* «*ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro*».

La questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Velletri, con ordinanza del 21 dicembre 2012, per la violazione degli artt. 11 e 117 Cost. con riferimento alla clausola 8, punto 3, dell'accordo quadro, ossia al principio di non regresso, è dichiarata non fondata con sentenza del 15 luglio 2014, n. 226. E qui la Consulta, *expressis verbis*, nel ritenere che la clausola 8 non preclude modifiche peggiorative se il legislatore persegue obiettivi diversi dall'attuazione dell'accordo, individua tale obiettivo nella semplificazione del contenzioso. La norma, dunque, secondo la Corte, non ricade nell'ambito di applicazione dell'accordo quadro, in quanto l'indennità prevista «*copre soltanto il periodo intermedio, quello cioè dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto*» e persegue scopi distinti quali sono quelli «*di assicurare la certezza dei rapporti giuridici, imponendo un meccanismo semplificato e di più rapida definizione di liquidazione del danno (evitando accertamenti probatori in ordine alla mora accipiendi, all'aliunde perceptum, al perceptum, etc.) a fronte*

7. Sull'interpretazione conforme, F. Buffa, *Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*, Ufficio del massimario della Corte di cassazione, Relazione tematica n. 2, Roma, 8 gennaio 2011; A. Bonomi, *Brevi note sul rapporto fra l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l'art. 101, c. 2, Cost. (... prendendo spunto da un certo mutamento di orientamento che sembra manifestarsi nella sentenza n. 303 del 2011 Corte cost.)* in *Consulta on line*, 5 aprile 2012 (www.giurcost.org/studi/Bonomi.pdf). Il Tribunale di Napoli, con sentenza del 16 novembre 2011, accede a un'interpretazione dell'art. 32 conforme agli artt. 117 Cost. e 6 Cedu, riconoscendo la natura aggiuntiva e non sostitutiva dell'indennità risarcitoria. Argutamente, osserva che: «*il lavoratore è soggetto debole (sentenza della Corte di Giustizia Ue 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer e a., punto 80, nonché la sentenza 20 novembre 2010, causa C-429/09, Fuß, punti 80 e 81), per cui non è possibile realizzare un contemperamento di interessi a favore del soggetto forte, peraltro inadempiente, realizzandosi in tal caso una doppia sperequazione a favore del soggetto meno meritevole, perché inadempiente ad obblighi legalmente dati, nonché soggetto forte*».

della illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro» (richiamando la sentenza n. 303/2011).

La Corte Edu dovrà, quindi, valutare la fondatezza delle articolate denunce di violazione delle norme convenzionali con riguardo al principio di parità delle armi (come ritenuto nella decisione *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi*, del 27 ottobre 1993) e del diritto di difesa per l'ingiustificata ingerenza, da parte dello Stato, nelle sfere giuridiche patrimoniali dei lavoratori in mancanza degli imperiosi motivi di interesse generale neppure dedotti e a fronte di motivazioni irragionevoli – e ciò considerando che, pur senza un principio di irretroattività della legge civile analogo a quello previsto in materia penale, la determinazione di una sanzione non è ragionevole se prevede una riduzione per chi reitera nel tempo il medesimo abuso, a fronte dell'aumento (di un terzo) della pena previsto per le ipotesi di recidiva nel reato⁸.

4. Il principio di eguaglianza e di non discriminazione, la violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1 e l'ingiusto vantaggio per lo Stato

I ricorrenti denunciano la violazione del diritto al lavoro a condizioni eque e giuste, espressamente previsto dall'ordinamento interno, a livello costituzionale, agli artt. 1, 3, 4 e 36 e, quindi, ricadente nell'ambito di applicazione della Convenzione.

Essi deducono la violazione del *principio generale di eguaglianza* espressamente garantito dagli artt. 20 e 21 della Carta, che impongono di non trattare situazioni analoghe in maniera differenziata e situazioni diverse in maniera uguale e istituiscono una clausola generale e orizzontale in tema di eguaglianza. Si tratta di uno dei principi fondamentali del diritto comunitario, diritto primario che possiede la forza giuridica dei trattati, gode di autonomia applicativa ed è direttamente efficace sia nei rapporti verticali dei singoli con le autorità statali sia nelle relazioni orizzontali tra privati.

I ricorsi hanno in comune il presupposto di fatto che in Italia, al momento in cui è stata proposta l'azione giudiziaria, esisteva il diritto alla riqualificazione del

rapporto di lavoro a termine privo dei requisiti sostanziali o formali di validità della clausola contrattuale, ovvero nel caso di superamento del termine di 36 mesi di servizio, anche non continuativo, in mansioni equivalenti con lo stesso datore di lavoro, con ricostruzione economica, normativa e contributiva del rapporto dal momento dell'offerta della prestazione lavorativa.

Nei casi oggetto di ricorso la discriminazione tra lavoratori pubblici e lavoratori privati si configura, non tanto e non solo, riguardo al momento genetico della costituzione del rapporto di lavoro – rispetto alla compatibilità del divieto di costituzione del rapporto a tempo indeterminato (*ex art. 36 d.lgs 165/2001*) con la clausola 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE, preordinata alla prevenzione degli abusi nella successione di contratti a tempo determinato – quanto, piuttosto, alla violazione del principio di parità per il diverso trattamento normativo, economico e delle tutele nel corso del suo svolgimento, con riferimento alle condizioni dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili, secondo la disposizione della clausola 4 della direttiva.

Per gli insegnanti (o, comunque, per gli altri lavoratori alle dipendenze della pubblica amministrazione), l'interpretazione restrittiva della giurisprudenza di legittimità ha determinato l'obbligo di restituzione di tutte le somme ricevute a titolo di risarcimento, avendo il giudice nazionale di ultima istanza ritenuto la stabilizzazione una sanzione adeguata, pur essendo derivata da un provvedimento normativo che prescinde dal giudizio pendente e, anche se fa cessare l'abuso, non elide le conseguenze dannose che si erano già verificate per la violazione di norme imperative.

Per i dipendenti della società pubbliche, la norma retroattiva dell'art. 32 l. n. 183/2010 ha invece determinato un'interferenza nei diritti patrimoniali già acquisiti, avendoli obbligati alla restituzione delle maggiori somme percepite e, dunque, discriminandoli nel proprio diritto alla conservazione del bene acquisito al patrimonio⁹.

I ricorrenti, per dimostrare la discriminazione del diritto al lavoro a parità di condizioni e, in particolare, alla retribuzione quale garanzia di un'esistenza libera e dignitosa, depositano i contratti di lavoro e

8. L'ordinamento ammette i danni punitivi (*punitive damages*) di essenza penalistica che, in aggiunta ai danni compensativi (*compensatory damages*) aventi finalità riparatoria, svolgono una funzione sanzionatoria e di deterrenza, e garantiscono l'effettività della tutela. Si veda, di recente, in materia civile, Cass., n. 16601/2017. Sulla retroattività, vds. G. Bronzini, *Limiti alla retroattività della legge civile*, Key, Vicalvi (FR), 2016, pp.61 e ss; L. De Grazia, *La retroattività possibile*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN), 2016, afferma che «la retroattività possibile deve, quindi, essere rispettosa dei limiti che le corti hanno contribuito a definire, affinché non siano lesi i diritti degli individui e i principi e i valori costituzionali» (p. 61).

9. La giurisprudenza è, in argomento, ancora oggi ondivaga, dapprima la Cassazione – sez. unite, 27 marzo 2017, n. 7759 – esclude la regola del concorso per le assunzioni e legittima la conversione del rapporto; poi, con sentenza 14 febbraio 2018, n.3621, afferma il divieto di conversione e nega pure il risarcimento del danno per mancanza di prova, nonostante l'art. 19 d.lgs 16 agosto 2016, n. 175 rinvii alla disciplina del lavoro subordinato nell'impresa. Per un approfondimento, si veda F. Chietera, *I contratti a termine nelle società a controllo pubblico dopo il decreto legislativo 175/2016: cosa cambia?*, in *Lav. nella giur.*, n.7/2018, pp. 694 ss.

gli atti giudiziari attraverso il cui esame la Corte Edu dovrà valutare la sussistenza dei tre diversi requisiti:

- a) della condizione di omogeneità tra lavoratori a tempo determinato e indeterminato comparabili, che svolgono la medesima attività e non godono dei medesimi diritti e delle medesime tutele¹⁰;
- b) della mancanza di giustificazione oggettiva e ragionevole del diverso trattamento sanzionatorio dell'abuso del contratto a termine, non essendo compatibile con la direttiva 1999/70/CE che il lavoratore resti privo di risarcimento;
- c) della mancanza di proporzionalità rispetto al perseguimento di un fine legittimo o di un interesse pubblico.

La violazione del principio di eguaglianza è, dunque, declinata con riferimento alla *discriminazione per ricchezza*, con richiamo all'art. 14 Cedu in combinato disposto con l'art. 1 Protocollo n. 1, per la diversa tutela sanzionatoria dell'abuso (prima risarcimento integrale, poi indennità omnicomprensiva) oltre che per la limitazione del proprio diritto sotto il profilo della prova della perdita di opportunità di lavoro, in applicazione della norma retroattiva e dell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità sul cd. "danno comunitario".

Ulteriore è la discriminazione con riferimento ai *principi del giusto processo* (art. 14 in combinato disposto con l'art. 6 Cedu), ossia al diverso trattamento riservato ai lavoratori che si trovino nella medesima posizione giuridica al momento della proposizione della domanda giudiziaria, mentre ricevono un trattamento differente a seconda del tempo in cui interviene la decisione definitiva.

Quanto al primo dei due profili di discriminazione, i ricorrenti deducono che i fatti oggetto del ricorso rientrano nel campo di applicazione dell'art. 1 Protocollo n. 1, in quanto le decisioni che contestano di-

spongono del loro credito da risarcimento del danno, che rientra nel concetto di "bene" da tutelare, valore patrimoniale ricompreso nella nozione di proprietà secondo la giurisprudenza della Corte Edu¹¹.

Affinché un credito possa considerarsi un valore patrimoniale ricadente nell'ambito di applicazione dell'art.1 del suddetto Protocollo, è necessario che il titolare del credito lo dimostri in relazione al diritto interno. Nel caso di specie, i ricorrenti (docenti, educatori presso asili nido, dipendenti di Poste italiane Spa) hanno dimostrato, con la produzione degli atti, di aver avuto riconosciuto il loro credito a titolo di risarcimento del danno in forza di una consolidata giurisprudenza dei tribunali nazionali e di aver dovuto restituire le somme già percepite; altri (diplomati magistrali) hanno dimostrato la decadenza dal contratto di lavoro, con i conseguenti effetti per la perdita della retribuzione.

Il vantaggio che deriva allo Stato dall'interferenza nel processo risulta evidente – dovendo il lavoratore dell'impresa restituire le maggiori somme percepite a titolo di sanzione e il docente quelle ricevute ex art. 32 l.183/2010 perché sostituite dalla stabilizzazione/conversione del rapporto – e rende sproporzionato il pregiudizio alla proprietà, rompendo il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse pubblico e la tutela dei diritti fondamentali individuali.

5. Il diritto al giusto processo e a un ricorso effettivo

Il secondo profilo di denuncia dedotto nei ricorsi riguarda, da un lato, il principio di effettività del diritto e dell'azione; dall'altro, l'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia e la ragionevole durata del procedimento.

L'art. 6 Cedu e l'art. 47 Cdfue conferiscono al diritto a una tutela giurisdizionale effettiva il rango di diritto fondamentale.

10. La discriminazione è denunciata sulla base di «ogni altra condizione» («*other status*», art. 14 Cedu) con riferimento alla disparità di trattamento tra lavoratori. Il principio di uguaglianza e non discriminazione di cui alla clausola 4 della direttiva 1999/70/CE riguarda anche modalità di costituzione e interruzione del rapporto di lavoro che rientrano nell'elenco aperto delle situazioni regolamentate dalla clausola con applicazione orizzontale, trattandosi di un principio fondamentale dell'ordinamento europeo. In argomento, si segnala l'intervento di M.V. Ballestrero (*Principi e regole nella giurisprudenza del lavoro. Due esempi e una digressione*, in occasione delle «Conversazioni sul lavoro» dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi, Fondazione G. Pera, Lucca, 6-7 ottobre 2017), che richiama l'art. 21 Cdfue e l'art. 36 Cost. quale norma inespresa prescrittiva della parità di trattamento a parità di lavoro. Si veda, inoltre, M.G. Putaturo Donati, *Il principio di non discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU: risvolti sul piano del diritto internazionale e del diritto interno*, in *European-rights*, 6 maggio 2015, disponibile online (www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=1124).

11. La Corte Edu ha ritenuto la violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1 per l'applicazione retroattiva della legge che abbia l'effetto di privare i soggetti titolari del diritto al risarcimento di una parte sostanziale dei crediti cui avrebbero avuto diritto, in base alla norma previgente, nei casi: *Draon c. Francia* [GC] ric. n. 1513/03, 6 ottobre 2005, § 73; *Maurice c. Francia* [GC] ric. n. 11810/03, 6 ottobre 2005, § 81; *Kuznetsova c. Russia* ric. n. 67579/01, § 50, 7 giugno 2007, § 50.

In particolare, nel caso *Mazzeo c. Italia*, ric. n. 32269/09, 5 ottobre 2017, la Corte rammenta che un «credito» può costituire un «bene» ai sensi dell'art. 1 Protocollo n. 1 se è sufficientemente provato per essere esigibile – così, nelle cause *Pressos Compania Naviera S.A. e altri c. Belgio*, 20 novembre 1995 (serie A, n. 332), e *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, 9 dicembre 1994, § 59 (serie A, n. 301-B).

L'ambito di applicazione dell'art. 6 al pubblico impiego, presunto dopo la sentenza *Pellegrin c. Francia* dell'8 dicembre 1999, si articola sulla base del criterio funzionale secondo i principi espressi nella sentenza *Eskelinen e altri c. Finlandia*, del 19 aprile 2007, e protegge i diritti di tutti quei lavoratori che, alle dipendenze dello Stato, svolgono un'attività identica ai loro omologhi del settore privato.

I casi portati all'attenzione della Corte Edu sono tutti accomunati dalla dilatazione dei tempi del procedimento nel corso del quale sono intervenute le sostanziali modifiche normative o i mutamenti di giurisprudenza che hanno eliso o ridotto i diritti in gioco e che descrivono un sistema privo di regole effettive, generali e astratte, con i naturali effetti sulla certezza del diritto e dei rapporti giuridici.

La *preminenza del diritto*, alla luce del preambolo della Convenzione, è elemento del patrimonio comune degli Stati contraenti: uno dei principi fondamentali di una società democratica, insito in tutti gli articoli della Convenzione, che implica, innanzi tutto, la qualità della produzione normativa al fine di mantenere più alto possibile il livello di osservanza spontanea delle regole, perché «*il diritto deve essere in grado di funzionare senza giudici*»¹². In secondo luogo, tale principio deve prevedere una sanzione congrua per le ipotesi di violazione e, infine – ma non ultimo –, il dovere dello Stato di conformarsi a una decisione o sentenza emessa nei suoi confronti.

L'altro principio inderogabile è quello di *effettività*, funzionale, da un punto di vista oggettivo, a garantire il raggiungimento degli scopi perseguiti dall'Unione europea nel singolo settore di intervento mentre, dal punto di vista soggettivo, rafforza i diritti riconosciuti dalle direttive ai singoli cittadini.

L'altra violazione denunciata riguarda il principio della *certezza dei rapporti giuridici*, che tende a garantire alle parti del processo una certa stabilità delle situazioni giuridiche e a favorire la fiducia dei cittadini nella giustizia. I ricorrenti, infatti, denunciano che un sistema giudiziario caratterizzato dalla possibilità di rimettere continuamente in discussione e di an-

nullare ripetutamente le sentenze è inammissibile, in quanto il diritto all'esecuzione di una decisione giudiziaria è uno degli aspetti dell'effettività del processo ed è principio cardine dell'ordinamento che, secondo Giuseppe Chiovenda, deve dare al titolare di una situazione soggettiva tutto quello – e proprio quello – che il diritto sostanziale riconosce.

La Corte Edu ha più volte ribadito che non si può derogare a questo principio, se non in presenza di motivi sostanziali e imperiosi di interesse generale e, di recente, ha dichiarato la violazione dell'art. 6 con riferimento ai ricorsi proposti da due aziende agricole che hanno denunciato lo Stato italiano per aver introdotto, nell'anno 2003, una norma retroattiva in materia di benefici fiscali e contributivi riferibili a rapporti con i dipendenti, la cui applicazione ha avuto un impatto decisivo sull'esito del giudizio pendente senza che sussistessero imperativi di interesse pubblico¹³.

L'ultima questione posta in alcuni ricorsi è relativa alla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale richiesto alla Corte di legittimità invocando i principi espressi dalla Corte Edu nel caso *Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio*, deciso con sentenza del 15 novembre 2016, che esclude l'obbligo solo nel caso in cui la questione non sia rilevante o sia già stata interpretata, oppure la decisione interna sia adeguatamente motivata.

Mentre, per un verso, la Corte Edu afferma di non avere il compito di conoscere gli errori dei giudici nazionali, purchè la verifica sia svolta in modo rigoroso, per altro verso la Corte costituzionale, con sentenza n. 269/2017, attribuisce a se stessa il compito di valutare come le decisioni della Corte europea si inseriscono nell'ordinamento costituzionale italiano e l'alternativa tra disapplicazione o meno della norma interna contraria anche in ogni caso di violazione della Carta di Nizza.

Secondo un autorevole costituzionalista¹⁴, nel contrasto, la soluzione è quella di tenere distinti i canali di dialogo tra le corti europee e riservare a Strasburgo le macroscopiche violazioni del diritto dell'Unione che sostanziano le violazioni convenzionali,

12. Secondo l'efficace espressione di V. Di Cataldo, *A che cosa serve il diritto*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 137.

13. Corte Edu, *Alpe Società agricola cooperativa e altri c. Italia*, ric. nn. 872609 e altri 38, 19 ottobre 2017, e altri e *Frubona Cooperativa frutticoltori Bolzano-Nalles Sca e altri c. Italia*, ric. nn. 4180/08 e altri 49, 7 dicembre 2017. In senso analogo, anche sotto il profilo della ragionevole durata del procedimento, il caso dell'azienda *Silverfunghi c. Italia*, ric. n. 48357/07, 4 giugno 2014. Di recente, Corte Edu, *Rizzello c. Italia*, ric. n. 17799/10, 20 febbraio 2018, cancella la causa dal ruolo dopo il riconoscimento, da parte del Governo italiano, del danno materiale e morale in seguito all'intervento retroattivo della l. n. 296/2006. Sul principio di certezza del diritto: *Brumarescu c. Romania* ric. n. 28342/05, 23 gennaio 2001; *Nejdet Sahin e Perihan Sahin c. Turchia* [GC], ric. n. 13279/05, 20 ottobre 2011; *Agrokompleks c. Ucraina*, ric. n. 23465/03, 6 ottobre 2011.

14. A. Ruggeri, *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della CEDU. A margine del caso Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio*, in www.forumcostituzionale.it, 2011; L. Menghini, *I contrasti tra Corte Edu e Corte costituzionale sulle leggi retroattive che eliminano diritti di lavoratori e pensionati: qualche idea per un avvio di soluzione*, in *Riv. dir. lav.*, n. 2/2012, pp. 357 ss.; ancora, A. Ruggeri, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2018, pp. 133-152 (www.osservatorioaic.it/images/fascicoli/Osservatorio_AIC_Fascicolo_01_2018.pdf).

muovendo dall'assunto della parità delle carte e – di riflesso – delle corti, e orientando il processo interpretativo al *canone della migliore tutela*.

La Cedu, strumento vivente, è oggi invocata quale ultimo baluardo della tutela dei diritti negati o negletti, e la Corte Edu, giudice del caso singolo, dovrà verificare le violazioni denunciate e restituire ai ricorrenti il giusto ristoro.

In ultima analisi, a parere di chi scrive, allargando lo sguardo alle controversie ancora in corso per l'af-

fermazione del diritto al lavoro stabile, non basterà la spada della Corte Edu a elidere il nodo gordiano per dare tutela ai diritti fondamentali, ma dovrà essere il giudice nazionale – primo giudice europeo non vincolato delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale – a sciogliere, di volta in volta, gli infiniti intrecci per garantire, con imparzialità di giudizio, l'interpretazione conforme delle norme ai principi e ai valori della Costituzione e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il potere di controllo elettronico del datore di lavoro e la *privacy* del lavoratore

di *Francesco Buffa*

Due sentenze del 2018 della Corte Edu riscrivono le linee fondamentali di protezione del lavoratore dal controllo elettronico datoriale, riconoscendo una sfera inderogabile di protezione della vita privata anche sul luogo di lavoro.

1. Legittimità dei controlli difensivi e dei controlli elettronici in presenza di *policy* aziendale

Fino allo scorso anno, nel panorama nazionale italiano giurisprudenziale, il potere di controllo elettronico del datore di lavoro aveva un riconoscimento ampio, sia in ragione del carattere difensivo del controllo, ossia del suo orientamento a dimostrare un illecito posto in essere dal lavoratore, sia, per altro verso, in presenza di *policy* aziendale recante espresso riferimento alle modalità e ai limiti del controllo.

Sotto il primo profilo, la stessa nozione di “controllo difensivo” è stata progressivamente allargata, fino a ricomprendere forme di accertamento di fatti penalmente indifferenti e rilevanti solo sul piano disciplinare, o in relazione alla mera difesa dell’immagine aziendale o, addirittura, al corretto adempimento della prestazione lavorativa.

Sotto il secondo profilo, si è ammesso il potere datoriale unilaterale di disciplina dell’uso delle risorse elettroniche in azienda, e si è subordinata la legittimità dei controlli al mero avviso preventivo al lavoratore circa il potere datoriale relativo.

Le obiezioni di chi richiamava le esigenze di protezione della *privacy* del lavoratore nel luogo di lavoro venivano, in sostanza, superate attraverso la valorizzazione della *policy* aziendale quale strumento da rendere noto preventivamente al lavoratore e con il quale si poteva legittimamente prevedere il controllo datoriale, senza che il lavoratore potesse poi invocare alcuna “aspettativa di *privacy*”.

È questa la linea seguita dallo stesso legislatore italiano, nell’ambito del *Jobs Act*, nel d.lgs. n.

151/2015, che ha novellato secondo i principi ora richiamati l’art. 4 dello Statuto dei lavoratori.

A tale quadro si è, poi, aggiunta la sentenza della Corte Edu *Barbulescu c. Romania* (ric. n. 61496/08), del 12 gennaio 2016: nel caso, caratterizzato da un divieto espresso di uso dei *computer* aziendali per scopi personali, contenuto in un regolamento interno reso noto ai dipendenti, la Corte aveva ritenuto legittimo il monitoraggio fatto dal datore sulle comunicazioni elettroniche (nella specie, tramite il programma «Messenger») del lavoratore, e legittimo altresì il successivo licenziamento del lavoratore per il solo fatto della violazione della *policy* aziendale.

In quell’occasione, la decisione ha suscitato le critiche veementi di un giudice dissenziente che, configurato l’accesso a *internet* quale diritto umano, ha sottolineato la protezione delle comunicazioni *internet* del lavoratore in varie fonti del diritto internazionale e ha evidenziato che la *policy* aziendale non può rilevare se «*poorly drafted*», ossia se non prevede e salvaguarda una serie di tutele in favore del lavoratore, ferma restando in ogni caso la necessità della verifica della proporzionalità della sanzione irrogata dal datore – all’esito del controllo delle comunicazioni del lavoratore – rispetto al fatto ascritto.

2. Il nuovo indirizzo: la sentenza *Barbulescu c. Romania* della Grande Chambre

Il 5 settembre 2017, la Grande Camera della Corte Edu, a seguito di *referral* del ricorrente, è tornata sul tema, pervenendo a maggioranza a una soluzione del

tutto diversa dal proprio specifico precedente.

La sentenza ha riscritto le linee fondamentali di protezione del lavoratore dal controllo elettronico datoriale, stabilendo alcuni principi fondamentali:

- l'applicabilità della protezione della *privacy* anche nel caso in cui il datore di lavoro abbia approvato una specifica *policy* recante espresso divieto di uso delle *e-mail* aziendali per scopi personali;
- l'affermazione dell'obbligo dello Stato, pur in presenza di un ampio margine di apprezzamento, di assicurare che siano predisposte misure protettive contro eventuali abusi da parte del datore di lavoro;
- l'affermazione che la *compliance* degli Stati con l'obbligazione positiva di protezione della *privacy* dei lavoratori è assicurata da vari fattori, tra i quali rilevano, in particolare, la previa informativa datoriale circa la facoltà di monitoraggio delle *e-mail*, la portata e l'estensione del controllo, la giustificazione dello stesso, la configurabilità di misure alternative meno invasive, la gravità delle conseguenze del controllo, la previsione di garanzie in favore del dipendente. Tutti questi fattori, infatti, incidono sull'equo temperamento degli interessi confliggenti, che gli Stati devono assicurare a garanzia della protezione del diritto di cui all'art. 8 della Convenzione.

La sentenza è importante non solo per il cambio di rotta rispetto al precedente specifico, non solo in quanto si ritiene essenziale la predisposizione di una *policy* aziendale in difetto della quale nessun controllo datoriale appare legittimo (il relativo principio era già stato affermato dalla stessa Corte nella sentenza *Copland c. Regno Unito* del 2007, su ricorso n. 62617/2000), ma perché si indica analiticamente quale debba essere il contenuto della *policy* e quali tutele spettino, in ogni caso, al lavoratore.

In tal senso, degni di nota sono, in particolare, i parr. 121 e 122 della sentenza, ove si elenca una sorta di decalogo che la *policy* aziendale deve rispettare a tutela del lavoratore, le cui garanzie devono necessariamente essere protette dalle autorità nazionali, pena l'illegittimità del controllo datoriale; si deve così verificare:

«(i) se il dipendente sia stato preventivamente informato della possibilità che il datore di lavoro controlli la corrispondenza e altre comunicazioni e dell'attuazione di tali misure;

(ii) quale sia l'estensione del controllo da parte del datore di lavoro e il grado di intrusione nella *privacy* del dipendente, distinguendo in proposito tra il monitoraggio del flusso delle comunicazioni e quello del loro contenuto, nonché il carattere totale o parzia-

le dei dati monitorati, la durata nel tempo del monitoraggio, il numero di persone che hanno avuto accesso ai risultati, l'esistenza o l'assenza di limiti spaziali del monitoraggio;

(iii) se il datore di lavoro abbia fornito motivazioni legittime per giustificare il monitoraggio delle comunicazioni e l'accesso ai loro contenuti effettivi; posto che il monitoraggio del contenuto delle comunicazioni è, per sua natura, un metodo decisamente più invasivo, esso richiede una giustificazione più ampia;

(iv) se fosse stato possibile istituire un sistema di monitoraggio basato su metodi e misure meno intrusivi che non accedere direttamente al contenuto delle comunicazioni del dipendente, e se dunque l'obiettivo perseguito dal datore di lavoro avesse potuto essere raggiunto senza accedere direttamente all'intero contenuto delle comunicazioni del dipendente;

(v) quali siano le conseguenze del monitoraggio per il lavoratore subordinato e quale sia l'uso fatto dal datore di lavoro dei risultati dell'operazione di monitoraggio; in particolare, se tale uso sia conforme con lo scopo perseguito e dichiarato, e se sia necessario in relazione allo stesso;

(vi) se siano state predisposte adeguate misure di salvaguardia in favore del lavoratore, in particolare quando le attività di controllo del datore di lavoro siano di natura intrusiva, prevedendosi ad esempio che il datore di lavoro non possa accedere al contenuto effettivo delle comunicazioni, a meno che il lavoratore non sia stato avvisato in anticipo di tale eventualità».

Infine, si prevede il dovere, per le autorità nazionali, di assicurare che un dipendente la cui comunicazione sia stata monitorata abbia accesso a un rimedio davanti a un organo giudiziario competente a determinare, almeno in sostanza, come siano stati osservati i criteri predetti e la legittimità delle misure contestate.

Non si tratta, perciò, solo – bisogna sottolinearlo con forza – di prevedere una *policy* dal contenuto ampia, con l'indicazione delle garanzie del lavoro sopra indicate, ma di assicurare concretamente strumenti operativi con i quali rendere effettive quelle garanzie.

La sentenza *Barbulescu 2* (che, sebbene resa verso altro Paese, reca i consueti effetti delle sentenze di Strasburgo nei confronti degli ordinamenti degli altri Paesi) rende dunque operanti direttamente all'interno del rapporto di lavoro tutte le garanzie che la disciplina della *privacy*, in genere, prevede nel trattamento dei dati personali e ha dunque un contenuto fortemente progressivo per le tutele del lavoro che vengono in tal modo a essere consacrate: infatti, a seguito della sentenza ora citata, forme di tutela necessariamente laburistiche si impongono, e in via aggiuntiva rispetto alle classiche tutele di matrice penalistica, di tutela della *privacy* o civilistica nell'ambito della *tort law*.

Dopo la *Barbulescu 2*, non sembra allora potersi più dubitare che i detti limiti oggi valgano non solo ai fini del trattamento lecito dei dati personali (e dell'eventuale risarcimento danni che compete all'interessato in caso di violazione, sulla base della legge sulla *privacy*), ma anche ai fini della legittimità del controllo datoriale per ogni aspetto rilevante nell'ambito del rapporto di lavoro (ad esempio, a fini di valutazione del lavoratore o a fini disciplinari), sicché le previsioni di *policy* aziendali, codici disciplinari e norme contrattuali possono assumere rilievo solo nei limiti evidenziati, dovendo invece, in ogni caso, essere assicurati in favore del lavoratore strumenti di tutela (e quell'ampia gamma di strumenti sopra indicati) verso i controlli a distanza, pur preterintenzionali, posti in essere dal datore di lavoro.

3. Altre sentenze della Corte Edu in materia di controllo e di videosorveglianza

Qualche mese dopo, la sezione V della Corte Edu è tornata sull'argomento nella sentenza *Libert c. Francia*, ric. n. 588/13, 22 febbraio 2018, in un caso di licenziamento per l'utilizzo di *computer* da lavoro per immagazzinare grandi volumi di materiale pornografico. I giudici avevano rigettato l'impugnativa del licenziamento in ragione dell'assenza di una chiara demarcazione dei *file* in questione come documenti privati.

Adita ex art. 8 Cedu, la Corte ha ravvisato nella specie una «interferenza da parte di un'autorità pubblica»: a differenza del caso *Barbulescu* - in cui l'interferenza è stata effettuata da un datore di lavoro strettamente privato -, il ricorso è stato analizzato dall'angolo non degli obblighi positivi dello Stato, ma dei suoi obblighi negativi, come dovere di non ingerirsi nella vita privata del dipendente. In tale ambito, la questione se i *file* fossero stati chiaramente identificati come personali è stata esaminata nel quadro della verifica della proporzionalità dell'ingerenza, ravvisandosi la legittimità della misura.

In materia di videosorveglianza, la V sezione della Corte si era pronunciata nel caso *Köpke c. Germany*, ric. n. 420/07, 5 ottobre 2010, caratterizzato dalla videoregistrazione senza preavviso della condotta del lavoratore sul posto di lavoro al fine di controllo avverso furti in un supermercato.

Come osservato dai tribunali tedeschi, la videosorveglianza del ricorrente era stata effettuata solo dopo che le perdite erano state rilevate durante l'inventario e le irregolarità scoperte nei conti del dipartimento in cui lavorava, sollevando un discutibile sospetto di furto commesso dal richiedente e da un altro dipendente, che sono stati gli unici dipendenti a essere presi di mira dalla misura di sorveglianza. La

misura era stata limitata nel tempo (due settimane) e riguardava solo l'area circostante la cassa e accessibile al pubblico. I dati visivi ottenuti, elaborati da un numero limitato di persone che lavoravano per l'agenzia investigativa e dai membri del personale del datore di lavoro, erano stati usati solo in connessione con la cessazione del rapporto di lavoro e il procedimento dinanzi ai tribunali del lavoro. L'interferenza con la vita privata del richiedente si era, quindi, limitata a ciò che era stato necessario per raggiungere gli scopi perseguiti dalla videosorveglianza. I tribunali nazionali hanno, inoltre, ritenuto che l'interesse del datore di lavoro nella protezione dei suoi diritti di proprietà potesse essere efficacemente salvaguardato solo raccogliendo prove al fine di provare la condotta criminale del ricorrente nei procedimenti giudiziari.

La Corte aveva ritenuto che non c'era nulla che indicasse che le autorità nazionali non avevano raggiunto un giusto equilibrio, nel loro margine di apprezzamento, tra il diritto del richiedente al rispetto della sua vita privata e l'interesse del suo datore di lavoro alla tutela dei suoi diritti di proprietà.

La materia della videosorveglianza è stata, poi, rielaborata con le sentenze *Antović e Mirković c. Montenegro* e *López Ribalda c. Spagna*.

Con la sentenza *Antović e Mirković c. Montenegro*, ric. n. 70838/13, 18 novembre 2017, la Corte aveva già chiarito che la mera circostanza che la prestazione lavorativa (l'insegnamento) avesse svolgimento in luogo pubblico non valeva ad escludere l'ambito applicativo dell'art. 8 della Convenzione.

Nella specie, due professori universitari lamentavano che costituisse un'indebita violazione del loro diritto alla *privacy* la decisione assunta dall'Università del Montenegro di installare videocamere di sorveglianza nelle aule d'insegnamento, all'asserito scopo di proteggere l'incolumità delle persone e il patrimonio dell'Università. Le corti domestiche rigettavano le domande risarcitorie, affermato il principio che non può porsi un problema di tutela della vita privata in relazione a condotte poste in essere in luogo pubblico.

La Corte Edu, pronunciandosi sul ricorso, ha ampliato i limiti dell'ambito applicativo dell'art. 8 Cedu: a giudizio della Corte, infatti, anche quando il luogo di lavoro è pubblico o aperto/esposto al pubblico, l'aspettativa di protezione del diritto alla *privacy* del lavoratore non svanisce per ciò solo.

La decisione, nel ritenere l'ingerenza statale sproporzionata, ha ritenuto che le dichiarate finalità protettive dell'incolumità pubblica e del patrimonio dell'ente non fossero di rilevanza tale da poter bilanciare le misure restrittive adottate dall'Università, in quanto quest'ultima avrebbe ben potuto impiegare ulteriori differenti mezzi a disposizione, meno invasivi, ma ugualmente idonei ad assicurare il perseguimento di detti scopi.

4. I limiti della videosorveglianza secondo la sentenza *López Ribalda c. Spagna*

Con la sentenza *López Ribalda c. Spagna*, ricc. nn. 1874/13 e 8567/13, 9 gennaio 2018, la Corte è poi tornata sul tema della protezione del diritto alla *privacy* nel contesto dei controlli a distanza del lavoratore (anche qui, un caso di videosorveglianza segreta da parte del datore di lavoro sui cassieri di un supermercato, dopo che erano sorti sospetti di furto).

Nella vicenda, alla registrazione dei filmati era seguito il licenziamento delle lavoratrici accusate degli illeciti, il quale era stato basato principalmente sul materiale video raccolto. I tribunali interni avevano ritenuto giustificato il controllo difensivo.

La Corte europea, adita *ex art. 8 Cedu*, ha dapprima osservato che il Governo spagnolo aveva sostenuto che lo Stato non era responsabile in quanto, nel caso di specie, gli atti controversi erano stati eseguiti da una società privata. Tuttavia, la Corte ha ribadito l'obbligo positivo, per i Paesi, di adottare misure per garantire il rispetto della vita privata; di conseguenza, ha dovuto esaminare se lo Stato avesse raggiunto un giusto equilibrio tra i diritti dei ricorrenti e quelli del datore di lavoro: l'art. 8 Cedu, infatti, impone allo Stato non solo l'obbligazione negativa di impedire ogni arbitraria intromissione nella vita privata da parte della pubblica autorità, bensì anche l'obbligazione positiva di adottare ogni misura necessaria a garantire il rispetto della vita privata nelle relazioni intersoggettive orizzontali.

Secondo la legge spagnola, le persone dovevano essere chiaramente informate sul trattamento dei dati personali e inoltre il monitoraggio aveva coinvolto tutti i dipendenti per diverse settimane, durante tutte le ore di lavoro. La Corte Edu ha rilevato quindi che, nel caso di specie, l'attività di "sorveglianza occulta" si è risolta in una misura di controllo diretta a colpire indistintamente l'intero *staff* impiegato presso il punto vendita, da ritenersi per questo sproporzionata rispetto al fine (in sé legittimo) di tutelare l'interesse organizzativo-patrimoniale del datore di lavoro. Pertanto, la Corte ha ritenuto che lo Stato convenuto, omettendo di sanzionare tale sproporzione tra strumento restrittivo e scopo perseguito, abbia fallito il giudizio di bilanciamento imposto dall'art. 8, par. 2, Cedu.

Con la sentenza *López Ribalda*, la Corte ha così ulteriormente chiarito i confini del perimetro applicativo dell'art. 8 Cedu, precisando che il concetto di «vita privata» ben può includere anche attività di natura professionale, che abbiano svolgimento sul luogo di lavoro.

Viene, in tal modo, affermato in modo chiaro (sebbene allo stato non definitivo, posto che la questione è stata oggetto di *referral* alla Grande Camera, che si pronuncerà nell'anno in corso), anche nella materia della videosorveglianza nei posti di lavoro, che il lavoratore, per il solo fatto di trovarsi all'interno dei locali aziendali o impegnato nell'utilizzazione di beni strumentali aziendali, non è privato del diritto a una sfera di protezione della sua vita privata.

I diritti dei detenuti (diversi dalle condizioni di detenzione) ancora non riconosciuti

di *Patrizio Gonnella*

Il presente contributo ripercorre la giurisprudenza della Corte Edu nei casi in cui ricorrente sia una persona privata della libertà, pur in assenza di norme specifiche presenti nella Cedu. Contro una visione “monadica” della condizione di detenuto, le pronunce della Corte in esame interessano temi e ambiti paradigmatici, selezionati al fine di sostenere la tesi dell’universalità di taluni diritti civili e politici nonché la fondatività costituente della dignità umana.

1. La non menzione della condizione di detenuto nella Convenzione europea del 1950

Non c’è, all’interno della Convenzione europea dei diritti umani del 1950, un riferimento esplicito alla condizione di «persona privata della libertà». Eppure, nel tempo, dalle prigioni di tutta Europa, la Corte Edu è stata raggiunta da decine e decine di migliaia di ricorsi. L’intuizione originaria di non dedicare ai detenuti una norma specifica, bensì di considerarli quali potenziali titolari di tutti i diritti positivizzati nel trattato, ha avuto un effetto significativo, ossia non ha ghettizzato i detenuti all’interno della cornice penitenziaria. I detenuti non sono stati confinati in una sorta di sotto-insieme normativo protetto ed escludente.

Non è ovviamente possibile dimostrare cosa sarebbe accaduto in termini di quantità di ricorsi e di qualità della giurisprudenza della Corte qualora, all’interno della Convenzione, ci fossero state norme *ad hoc* per i detenuti. Si può, comunque, ragionevolmente sostenere che il principio di universalità dei diritti umani adottato nel 1950 ha favorito il superamento della trattazione dei confini tradizionali del contenzioso giudiziario in ambito penitenziario. In tal modo, l’area dell’approfondimento giudiziario si è allargata fino a ricomprendere diritti e temi non strettamente attinenti ai maltrattamenti da parte dell’istituzione o alle condizioni di vita detentiva, e

che sono, di solito, raramente oggetto della supervisione delle corti interne in ambito carcerario. Quale, ad esempio, le Regole penitenziarie europee fossero state elevate a protocollo addizionale alla Convenzione, probabilmente a Strasburgo sarebbe giunta una mole enorme di ricorsi dalle carceri d’Europa, con una – però – probabile costrizione nei confini tipicamente penitenziari delle Regole del 2006, ossia senza allargamenti verso temi di carattere universale.

Fatta questa premessa, saranno quattro i campi giuridici che prenderò in considerazione per la loro paradigmaticità:

- nell’ambito dei diritti politici, il diritto di voto, quale fattore primario di partecipazione alla vita pubblica, e il suo legame indissolubile con la nozione di *democrazia*;
- nell’ambito delle libertà politiche, il diritto al dissenso e alla protesta pacifica, che i detenuti usualmente esprimono attraverso lo sciopero della fame, e che qualifica una società come più o meno tollerante rispetto ai non omologati al potere;
- nell’ambito dei diritti civili, i diritti riproduttivi, che connettono il passato del detenuto al suo presente recluso e all’incerto futuro che lo attende;
- nell’ambito delle libertà fondamentali in sede giudiziaria, il diritto al silenzio della persona detenuta.

2. Il diritto di voto

L'art. 3 del primo Protocollo addizionale alla Cedu afferma in modo perentorio che «Le Alte Parti Contraenti si impegnano ad organizzare, ad intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo». Su cosa si intenda per «popolo», a lungo giuristi, filosofi, storici, antropologi e geografi si sono interrogati. Il suffragio universale è stato la grande conquista delle democrazie liberali novecentesche. La limitazione soggettiva del diritto di voto è stata a lungo fonte di discriminazione, a partire da quella tra donna e uomo.

Può dunque una condizione personale, come quella di prigioniero, determinare la negazione temporanea o addirittura perpetua del diritto di voto? Può uno stato temporaneo di reclusione impedire a un cittadino di sentirsi – attraverso la scelta del corpo legislativo – parte del popolo? L'universalità del diritto di voto è ribadita all'art. 21 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, che non prevede eccezioni: «Ognuno ha il diritto a prendere parte al governo del suo Paese, direttamente oppure tramite rappresentanti liberamente scelti (...). La volontà popolare è il fondamento dell'autorità del governo; tale volontà deve essere espressa attraverso periodiche e veritiere elezioni, effettuate a suffragio universale (...)». La norma è riproposta in forma cogente all'art. 25 del Patto sui diritti civili e politici del 1966.

Il suffragio universale è intimamente collegato al principio di non discriminazione, all'uguaglianza formale e sostanziale, al rispetto della dignità umana. Il diritto di voto è, però, una scatola vuota se non sono al contempo assicurati la libertà di informazione, il diritto a essere informati, la libertà di coscienza, il diritto a dissentire.

Nelle Regole penitenziarie europee del 2006 non vi è riferimento espresso al diritto di voto dei detenuti. Nei trattati internazionali sui diritti umani, le uniche eccezioni al suffragio universale sono quelle fondate sull'età non adulta o sui vizi di mente degli elettori potenziali. In questi casi, la democrazia viene protetta dalla manipolazioni della volontà. Non vi è riferimento, all'interno del sistema convenzionale Onu, a restrizioni legate alla condizione di detenuto, ex detenuto o di persona condannata in sede penale.

La Corte europea dei diritti umani si è occupata del diritto di voto dei detenuti con una giurisprudenza importante, seppur non sempre coerente. La Corte di Strasburgo ha avuto un contenzioso duro e irrisolto con il Regno Unito a partire dalla sentenza *Hirst*, del 2005. Il ricorrente si era rivolto alla Corte in quanto, dopo la sua condanna all'ergastolo, era stato privato del diritto voto. Nel Regno Unito, la negazione del diritto di voto riguarda chiunque subisca una condanna al carcere. La

Corte sentenziò in modo inequivocabile, in quella circostanza, che ci fosse «un'automatica e discriminatoria restrizione del diritto di voto del ricorrente a causa del suo solo status di detenuto». Nonostante le sollecitazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, le autorità britanniche tennero il punto e, nel nome della propria sovranità politica nazionale, non modificarono la legislazione in vigore. Il tutto nonostante le condanne, che iniziarono a reiterarsi. Nel caso *McHugh e altri c. Regno Unito*, del 10 febbraio 2015, ben 1.015 detenuti avevano lamentato, analogamente a *Hirst*, la violazione dell'art. 3 Protocollo n. 1 addizionale alla Cedu. Essendo il caso identico a quello del 2005, la Corte condannò nuovamente il Regno Unito.

In base a una ricognizione effettuata dallo stesso Consiglio d'Europa, ci sono Paesi dove non esistono limiti di natura giudiziaria all'esercizio del diritto di voto (ad esempio: Danimarca, Spagna, Finlandia, Irlanda, Svezia, Svizzera), Paesi che, all'opposto, negano a tutti i detenuti senza eccezioni il diritto di voto (ad esempio: Bulgaria, Ungheria, Regno Unito e Russia) e infine Paesi, come l'Italia, che hanno adottato una legislazione di compromesso e che legano il diritto di voto alla durata della pena e, di conseguenza, alla gravità del crimine commesso. A proposito dell'Italia, nel 2012, nel caso *Scoppola*, la *Grand Chamber* della Corte di Strasburgo, dopo una prima decisione che condannava il nostro Paese, in ultima istanza ha salvato l'Italia dalla condanna, ricordando come agli Stati sia riservato comunque un margine di apprezzamento. Nello specifico italiano, non sarebbe stata messa in discussione «l'integrità e l'effettività di una procedura elettorale volta a determinare la volontà del popolo attraverso il suffragio universale». Nella legislazione italiana il diritto di voto, come pena accessoria, è negato a chi è condannato a pene superiori ai cinque anni – una pena accessoria che accompagna il detenuto anche quando ha finito di scontare la sanzione carceraria. La Corte, pur spingendosi in terreni propri della sovranità penale degli Stati, ha evitato di forzare troppo la mano.

I giudici di Strasburgo, ribadendo il principio sancito nel caso *Scoppola*, sono giunti a esiti opposti nei confronti dell'Austria (*Frodl*, 2010), della Russia (*Anchugov e Gladkov*, 2013), della Turchia (*Söyler*, 2013; *Murat Vura*, 2014), della Bulgaria (*Kulinsky e Sabev*, 2016), della Georgia (*Ramishvili*, 2018). In tutti questi casi, la Corte ha condannato i rispettivi Paesi, sostenendo vi fosse violazione dell'art. 3 Protocollo n. 1. I giudici hanno più volte ripetuto che è inaccettabile una generalizzata cancellazione del diritto di voto, e che fosse eccessivo il margine di apprezzamento riservato allo Stato e troppo severa la legislazione. Così, si è cercato di “salvare capra...” (il diritto di voto dei detenuti come espressione del suffragio universale) “... e cavoli” (la sovranità politica e penale degli Stati-nazione).

Dunque, solo nel caso di esclusione generalizzata dal diritto di voto la Corte sostiene vi sia violazione della Convenzione.

Il diritto di voto ai detenuti è una delle frontiere del suffragio universale. Nel 1999, la Corte costituzionale del Sudafrica (*August e altro c. Commissione elettorale e altri*, CCT 8/99), a proposito del diritto di voto delle persone private della libertà, sentenziò che «*il voto di ogni cittadino è simbolo della dignità e identità individuale. Letteralmente ciò significa che ognuno conta*». Il diritto di voto è fondato sulla dignità umana. Chiunque sia escluso dalla grande manifestazione elettorale democratica è escluso dalla società politica e, pertanto, privato della dignità umana. Tutti, sostenne la Corte, debbono poter partecipare alle scelte politiche, sia chi ha rispettato le regole sia chi le ha infrante. Nel 2002, nel Canada liberale, c'è stata un'altra sentenza di analogia portata universalista pronunciata dalla Corte suprema (*Sauvé c. Canada* 3 RCS 519, 2002, CSC 68). Queste le parole scritte dalla presidente della Corte canadese: «*La storia della democrazia corrisponde a quella della concessione progressiva del voto. L'idea secondo la quale determinate persone non sono moralmente adatte a votare e a partecipare al processo di elaborazione delle leggi, o moralmente degne di farlo, è antica e desueta*». A seguito di questa sentenza, a tutti i detenuti è stato concesso il diritto di voto. Secondo la Corte suprema canadese, tale diritto non può essere ridimensionato – come avviene in Italia – a premio conseguente alla valutazione del comportamento individuale o essere concesso solo a chi abbia commesso reati lievi. Sudafrica e Canada hanno sancito l'universalità del diritto di voto, sottraendolo a logiche meritocratiche e parziali.

La Corte Edu ha fatto un passo in questa direzione – passo fortemente contestato dal Regno Unito, con argomentazioni sovraniste.

3. Il diritto di protesta

L'essere privati della libertà personale rende più complesso l'esercizio del diritto di protesta. Il detenuto è nella disponibilità fisica e psicologica dei suoi custodi. La sua è dunque una condizione di non libertà, che potrebbe produrre un sentimento di insicurezza personale il quale, a sua volta, non facilita l'esercizio del diritto di critica, di dissenso e di protesta. Il prigioniero si può sentire impaurito, minacciato, ricattato e può così decidere di rinunciare *a priori* ad azioni di protesta, che potrebbero produrre ripercussioni anche violente. Il detenuto sa anche che ogni sua lamentela, opposizione, lagnanza, ribellione individuale (o collettiva, in caso di sua adesione) potrebbe comportare rischi di rappresaglia, di punizioni informali o formali, di trasferimenti in luoghi lontani.

La forza di una democrazia costituzionale sta nel garantire a tutti, a prescindere dallo *status* o dalla situazione in cui versi la persona, e dunque anche ai detenuti, l'esercizio non-violento del diritto di protesta.

Lo sciopero della fame è una delle tipiche forme di protesta di chi è in prigione. Non sono molte le opportunità, per i detenuti, di poter far uscire la propria voce fuori dal buio e dal silenzio di una cella.

Nella storia della politica, delle conquiste democratiche e dei movimenti di protesta merita una menzione lo sciopero della fame condotto da prigionieri. Esso ha una sua origine storica nelle battaglie nonviolente del Mahatma Gandhi. Il 20 settembre del 1932 Gandhi iniziò lo sciopero della fame mentre era in carcere a Yeravda, in India. Protestava contro la discriminazione elettorale e sociale dei paria. Il digiuno durò per sei lunghi mesi e Gandhi rischiò seriamente di morire. Alla fine, vinse la sua battaglia contro il Governo laburista presieduto da Ramsay MacDonald.

Bobby Sands, militante dell'Ira, morì nel carcere di Maze, a Long Kesh, in Irlanda del Nord, dopo ben sessantasei giorni di sciopero della fame praticato per denunciare il trattamento disumano al quale erano sottoposti i prigionieri irlandesi di fede repubblicana.

Questi due riferimenti storici spiegano cosa significhi, in un carcere, portare avanti fino alla fine (morte o raggiungimento dell'obiettivo perseguito) lo sciopero della fame: è la forma estrema di protesta attraverso la quale è messo a rischio il proprio corpo. Per questo, la decisione del detenuto va trattata con grande delicatezza, equilibrio e massimo rispetto per la sua libertà di coscienza. Da un lato, vi è la libertà di scelta e di coscienza del detenuto, che comprende la sua decisione discrezionale di sottoporsi a trattamento medico; dall'altro, l'obbligo pubblico di salvaguardia della vita umana di fronte a intenti auto-soppressivi. Il punto di confine tra diritto individuale alla protesta e dovere statale di protezione della vita deve essere individuato con grande circospezione. Non va mai umiliata la libertà di dissenso, va assicurato sostegno medico e psicologico a chi intraprende lo sciopero della fame e/o della sete, vanno ascoltate le ragioni profonde di chi protesta, va previsto un intervento sanitario di alimentazione o idratazione forzata solo nel caso di persona ormai non più capace di intendere e volere. Il detenuto che dichiara di volersi astenere dal cibo non deve essere punito o vessato per questo motivo, né isolato, né ovviamente ammanettato o controllato in modo ossessivo. Ogni coazione fisica, ogni rappresaglia istituzionale (anche solo minacciata) che ha come obiettivo la punizione per la protesta intrapresa, degrada il diritto al dissenso in qualcosa di addirittura illecito; inoltre, ha un effetto dissuasivo verso l'esercizio del diritto di protesta di altri detenuti. Pertanto, la punizione del detenuto che protesta pacificamente è inaccettabile in uno Stato democratico di diritto.

La giurisprudenza della Corte Edu ha dovuto muoversi all'interno di questo corridoio stretto, tra motivazioni giuridiche, etiche e bilanciamenti vari. Nel caso *Neumerzhtsky c. Ucraina*, deciso il 5 aprile del 2005, il ricorrente, in sciopero della fame contro i maltrattamenti subiti in carcere, denunciava di essere stato sottoposto ad alimentazione forzata. Denunciava, altresì, che ciò avveniva in modo umiliante e violento, essendo egli ammanettato a una sedia o a un impianto di riscaldamento, nonché costretto a deglutire attraverso un tubo di gomma collegato a un secchio. In questa decisione, la Corte si è soffermata principalmente sulle procedure di alimentazione forzata, ritenute crudeli e disumane e, dunque, violative dell'art. 3 della Convenzione. Secondo i giudici di Strasburgo non era, inoltre, dimostrato da parte del Governo ucraino che fosse necessario, dal punto di vista medico, forzare la volontà del ricorrente alimentandolo contro le sue scelte. La Corte, in tale decisione, non solo ha contestato le modalità di esecuzione dell'alimentazione forzata, ma anche la mancanza di giustificazione medica del trattamento forzato, ritenendolo arbitrario e punitivo. L'alimentazione forzata irragionevole è, per la Corte, solo un modo per interrompere il legittimo diritto di protesta.

Il diritto alla protesta della persona detenuta prende forma e sostanza nella sentenza *Ciorap c. Repubblica di Moldavia*, del 19 giugno del 2007. La Corte ha ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'art. 3 della Convenzione, che proibisce la tortura e i trattamenti inumani, crudeli e degradanti. L'alimentazione forzata, secondo la Corte, era del tutto ingiustificata e configurava un vero e proprio maltrattamento. Il Governo aveva fallito nel provare che la vita o la salute del richiedente fossero state in serio pericolo e richiedessero supporto medico. L'alimentazione forzata era solo ed effettivamente mirata a scoraggiarlo dal continuare nella sua protesta.

La protesta nelle carceri, spesso, assume forme collettive e va oltre l'esercizio individuale. Non di rado, accade che i detenuti si organizzino con uno sciopero della fame di massa. Era accaduto in Ucraina nel 2007; la decisione della Corte arrivò sei anni dopo, il 17 gennaio 2013, nel caso *Karabet e altri c. Ucraina*. I detenuti ricorrenti avevano preso parte a uno sciopero della fame collettivo per protestare contro le loro condizioni di detenzione. Intervenero con la forza i gruppi speciali di polizia e adottarono misure punitive nei confronti dei presunti organizzatori della protesta, trasferendoli in altre prigioni. La Corte ha ritenuto che vi fosse una violazione dell'art. 3 Cedu a causa dei maltrattamenti a cui i detenuti erano stati sottoposti per avere protestato pacificamente.

Dunque, l'esercizio del diritto pacifico di protesta spetta anche a chi è privato della libertà. La carcerazione non giustifica compressioni del diritto o pu-

nizioni per chi lo esercita. Il detenuto, salvo non si dimostri che la sua volontà non sia integra, non deve subire mai coazione a un trattamento medico. L'alimentazione forzata è quindi inammissibile, se serve a interrompere l'azione pacifica di protesta di una persona cosciente.

Altra questione è quella relativa al fondamento etico dello sciopero della fame come esercizio non violento di pressione politica, usato per il raggiungimento di obiettivi politici o personali.

4. I diritti riproduttivi

In un Paese come l'Italia, che con legge (n. 40/2004) nega ai cittadini liberi la fecondazione assistita eterologa, che ha dovuto attendere il pronunciamento plurimo delle corti interne e sovranazionali per assicurare a donne e uomini maggiore liberalità nella vita riproduttiva, e che nega la possibilità ai detenuti di avere rapporti sessuali con i propri *partner*, il tema dei diritti riproduttivi per i detenuti riveste un'evidente importanza intrinseca, aprendo a riflessioni giuridiche ed etiche rilevanti.

Un detenuto recluso nelle carceri italiane non ha diritto alla sessualità. Per poter avere rapporti intimi con il proprio *partner*, dovrà attendere la concessione di un permesso premio, deciso discrezionalmente dal magistrato di sorveglianza dopo avere verificato quale sia il crimine commesso, quanta pena la persona abbia scontato e se ha tenuto un comportamento meritevole di giudizio positivo. Ne deriva che la sessualità (a fini riproduttivi e non) è riservata a poche persone valutate degne di un premio. Il diritto alla sessualità non è codificato nell'ordinamento penitenziario italiano, a differenza di quanto accade in molti Paesi dell'area del Consiglio d'Europa.

Il 4 dicembre 2007, dopo una prima decisione che andava in direzione opposta, la Grande Camera della Corte Edu, nel caso *Dickson c. Regno Unito*, ha sostenuto che vi fosse una violazione dell'art. 8 Cedu, che stabilisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Il caso era quello di un detenuto, condannato a scontare quindici anni di carcere per omicidio, cui era stata negata la possibilità di accesso alle pratiche di inseminazione artificiale insieme alla propria moglie, anch'essa detenuta. Avendo la donna un'età tale da rendere quasi impossibili le sue possibilità di procreazione naturale, la Corte dette ragione al ricorrente. Moglie e marito si erano conosciuti in carcere. La vicenda aveva avuto un lungo e complesso percorso giuridico e amministrativo interno. Le autorità inglesi avevano rigettato l'istanza dei ricorrenti, affermando come la sessualità dei detenuti andasse comunque ancorata a valutazioni di meritevolezza, un principio non troppo diverso da quello che gover-

na la negazione della sessualità nelle carceri italiane.

Il caso giunto davanti ai giudici di Strasburgo era, comunque, un caso limite. Riguardava una coppia di detenuti, di età non giovane, uno dei quali condannato per reati molto gravi. Il caso avrebbe facilitato considerazioni negative di tipo morale (del tipo: “non a tutti i detenuti va data l’opportunità di mettere al mondo un figlio, ma solo a chi abbia commesso reati non gravi o a chi si sia ben comportato in prigione”) o di natura pedagogica (“bisogna guardare all’interesse del nascituro, che si troverebbe a essere figlio di due detenuti”). D’altronde, furono queste le valutazioni evidenziate in modo esplicito dalle autorità inglesi nel decidere il rigetto della richiesta dei Signori Dickson. Il caso, nel suo essere una vicenda “di confine”, ha consentito alla Corte di definire il diritto di procreare e di formarsi una famiglia un diritto non comprimibile sulla base di giudizi morali o di prognosi sul benessere futuro dei bambini. D’altronde, una valutazione di questo tipo legittimerebbe pratiche di sterilizzazione forzata.

Quello alla riproduzione è un diritto spettante sia alla persona detenuta che al *partner* libero (non è il caso *Dickson*), che intenda avere un figlio dalla prima. Il detenuto non è una “monade sociale”, ma ha relazioni umane e affettive, che vengono compromesse da decisioni che comprimono i suoi diritti.

La decisione della Grande Camera ha sicuramente influenzato il formarsi di una giurisprudenza interna ai singoli Stati. In Italia, con sentenza 20 febbraio 2008, n. 7791, la Cassazione ha affermato che anche il detenuto sottoposto al regime duro di cui all’art. 41-bis, comma 2, dell’ordinamento penitenziario, e dunque soggetto a una carcerazione rigida, può ottenere l’autorizzazione al prelievo di liquido seminale al fine di consentire alla moglie di procreare artificialmente. Pertanto, il diritto alla riproduzione e alla genitorialità spetta anche a chi sia considerato il peggior criminale. Si tratta di un diritto dalla portata universale, che deve essere del tutto sottratto a valutazioni di meritevolezza: lo si è chiarito in sede giurisdizionale europea e nazionale, partendo da casi limite.

5. Il diritto al silenzio

La tortura è un crimine contro l’umanità. L’articolo 3 della Convenzione, così come altri trattati internazionali sui diritti umani, affianca alla proibizione della tortura quella dei trattamenti inumani e degradanti. La radice semantica, filosofica ed etica è la stessa. Secondo la definizione kantiana di “dignità umana”, questa si sostanzia nell’irriducibilità e non degradabilità dell’uomo a oggetto, nel suo mai essere mezzo e sempre fine. La dignità umana kantiana è, dunque, l’umanità. Il trattamento degradante o inu-

mano, così come le radici delle parole suggeriscono, è un trattamento che comunque ha a che fare con la violazione della dignità umana.

Sin dalla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, la dignità umana è posta a fondamento di tutti i diritti umani. Seppure essa non sia richiamata in modo esplicito nel testo della Cedu, da decenni la Corte di Strasburgo, e precisamente dalla sentenza *Tyrer c. Regno Unito*, del 25 aprile 1978, ha affermato categoricamente che la dignità umana non può mai essere violata, neanche in tempo di guerra. Non sono dunque ammesse eccezioni alla sua assolutezza. La Corte ha desunto la fondatività costitutiva dei diritti umani proprio dall’art. 3 Cedu – e, del resto, il successivo art. 15 richiama proprio l’art. 3 tra le poche norme inderogabili del trattato.

Non c’è codice di procedura penale di Paese a forte solidità democratica che non preveda il diritto al silenzio della persona sotto processo. Il silenzio, in tutte le fasi del processo, non può mai essere penalizzato. Esso non è solo parte della strategia processuale: la libertà di tacere fa parte del “contenitore” giuridico più ampio della libertà di esprimersi senza costrizioni o limiti.

Il diritto al silenzio trova posto entro il campo giuridico e semantico della tortura giudiziaria. La confessione estorta con la violenza o la minaccia contribuisce alla configurazione del crimine proprio di tortura. Il diritto al silenzio è dunque posto a protezione dal rischio di essere torturati e si fonda anch’esso sulla nozione giuridica di dignità umana.

L’ergastolo ostativo, nella legislazione italiana, nega il diritto al silenzio. Il silenzio del detenuto, in base a quanto previsto dall’art. 4-bis dell’ordinamento penitenziario, osta alla concessione di benefici penitenziari. Se da un lato, però, dal punto di vista dei principi fondamentali, la collaborazione può giustificare eventuali sconti di pena o facilitazioni di trattamento, dall’altro, invece, la non collaborazione non può legittimare un aggravamento della condizione detentiva sino alla previsione della pena perpetua senza speranza di uscita dal carcere. In questo modo viene violato il diritto sacro al silenzio. Tanto più se il silenzio, qualora rotto – come la storia della criminalità organizzata insegna – mette a rischio la vita propria e dei propri cari. L’ergastolo ostativo viola la dignità umana nel momento in cui nega il diritto al silenzio e degrada la persona a mezzo per il raggiungimento di un fine investigativo.

Su questo argomento, e sul contrasto con l’art. 3 della Convenzione europea, dovrà esprimersi a breve la Corte Edu, nel caso *Viola c. Italia*. Il grande tema è quello dell’ergastolo senza speranza, che potrebbe essere travolto dal riconoscimento dell’assolutezza del diritto al silenzio, che si fonda sulla primarietà della dignità umana rispetto alla sovranità penale degli Stati.

Le misure di prevenzione sono convenzionalmente ancora compatibili?

di Antonello Ciervo

Il saggio analizza l'istituto delle misure di prevenzione nell'ordinamento italiano in prospettiva diacronica, comparando la giurisprudenza costituzionale italiana sino alla fine degli anni Settanta con quella di Strasburgo a partire dai primi anni Ottanta. Soffermandosi, poi, sulla sentenza *De Tommaso [GC]*, evidenzia i limiti strutturali di compatibilità di tale istituto con la Cedu, anche alla luce delle più recenti questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici interni.

1. Soglie di iniquità

Ogni società, affermava Claude Lévi-Strauss a conclusione del suo capolavoro, *Tristi tropici*¹, anche quella in apparenza più giusta e democratica, è costretta a convivere con una “soglia di iniquità”, una serie di dispositivi di esclusione, tanto di natura giuridica quanto di natura sociale, il cui obiettivo è quello di marginalizzare – al limite, criminalizzare – una determinata categoria di soggetti considerati pericolosi per la pacifica convivenza del gruppo in cui vivono. Nessuna società è perfetta – neanche quelle democratiche –, e questo perché «*Ognuna include per natura una impurità incompatibile con le norme che proclama e che si traduce concretamente in una certa dose di ingiustizia. (...) [N]essuna società è profondamente buona e nessuna è assolutamente cattiva; offrono tutte certi vantaggi ai loro membri, tenuto conto di un residuo d'iniquità che sembra più o meno costante e che corrisponde forse a un'inerzia specifica in*

contrasto, sul piano della vita sociale, agli sforzi di organizzazione»².

Anche la nostra società, quindi, certamente più complessa ed “evoluita” rispetto a quelle studiate da Lévi-Strauss, prevede tali dispositivi di esclusione che non vanno cercati soltanto all'interno delle «istituzioni totali»³, perché spesso consistono in particolari istituti giuridici volti a proteggere la pubblica convivenza da quei soggetti che il senso comune, ancor prima che il codice penale, considera come “socialmente pericolosi”. Tra questi istituti, certamente possiamo annoverare le misure di prevenzione, un vero e proprio sotto-sistema penale di polizia presente sin dalle origini nel nostro ordinamento giuridico⁴.

Nel periodo liberale, la loro funzione era limitare la circolazione degli oziosi, dei vagabondi, dei mendicanti e di tutte quelle persone che conducevano una vita “sospetta”, inclusi gli operai che, ad esempio, erano tenuti a portare sempre con loro uno speciale libretto identificativo, oltre a un certificato di buona condotta rilasciato dal datore di lavoro, qualora si

1. Cfr. C. Lévi-Strauss, *Tristi tropici*, Il Saggiatore, Milano, 2008, p. 331

2. *Ibid.*

3. Si fa qui riferimento all'ormai classico lavoro di E. Goffman, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino, 2010.

4. Sull'evoluzione storica delle misure di prevenzione come sotto-sistema penale di polizia, si rinvia a L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 818 ss. e G. Conso, *L'ordine pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 259 ss.

fossero allontanati dal proprio comune di residenza⁵. Ci penserà, poi, il fascismo a estendere le misure di prevenzione, in particolar modo il confino di polizia, nei confronti di «*coloro che svolgono o abbiano manifestato il proposito di svolgere un'attività rivolta a sovvertire violentemente gli ordinamenti politici, economici o sociali costituiti nello Stato o a contrastare o a ostacolare l'azione dei poteri dello Stato, o un'attività comunque tale da recare nocumento agli interessi nazionali*»: in pratica, tutti coloro che erano semplicemente indiziati dalla polizia politica di essere oppositori del regime⁶.

È però interessante notare come, nel dibattito in Assemblea costituente, non si sia sentita la necessità di introdurre in Costituzione un articolo, o più semplicemente un comma, per far rientrare nell'alveo della legalità democratica questi strumenti di repressione politica e sociale. A questa «singolare reticenza» dei costituenti⁷, fece eccezione soltanto l'emendamento dell'On. Pietro Bulloni – presentato, tra l'altro, con Costantino Mortati –, che aveva l'obiettivo di aggiungere un ulteriore comma all'attuale art. 13 Cost., dal seguente tenore letterale: «*Misure di polizia restrittive della libertà personale a carico di persone socialmente pericolose possono essere disposte solo per legge e sotto il controllo dell'Autorità giudiziaria. In nessun caso la legge può consentire tali misure per motivi politici*».

Si trattò di un «emendamento fantasma»⁸, tanto è vero che, nel corso dell'adunanza del 10 aprile 1947, non venne discusso né messo ai voti: insomma, passò di fatto inosservato e i proponenti, scoraggiati dall'atteggiamento della prima sottocommissione, così come dalla freddezza delle principali forze politiche presenti in Costituente, decisero di non ripresentarlo in Assemblea. Ma perché questo emendamento non venne preso sul serio, visto che – ad esempio – i nostri padri costituenti dedicarono un comma specifico, il terzo dell'art. 25 Cost., al divieto di sottoposizione alle misure di sicurezza («se non nei casi previsti dalla legge»), che pure erano state utilizzate discrezionalmente dalla polizia fascista per reprimere il dissenso politico?

L'emendamento di Bulloni e Mortati creò non pochi imbarazzi ai tre grandi gruppi politici presenti in Assemblea, forse perché uno dei primi provvedimenti delle forze anti-fasciste riunite nel Comitato di liberazione nazionale (Cln) fu proprio quello di estendere ai membri del Pnf le misure di prevenzione che il regime aveva applicato ai loro militanti durante il ventennio. Con i decreti legislativi luogotenenziali nn. 419/1944 e 149/1945, infatti, il Cln estese le misure di prevenzione, in particolare quella del confino di polizia, agli iscritti e ai dirigenti del Pnf, con l'intento di neutralizzarne l'attivismo politico eversivo in quella delicata fase, in cui le fragili istituzioni democratiche stavano prendendo vita.

Le misure di prevenzione «fasciste» vennero poi riscritte dal Parlamento repubblicano, con la legge n. 1423/1956, in forte continuità con i testi precedenti, al fine di colpire non solo gli oziosi e i vagabondi abituali, ma anche quanti dovevano ritenersi – sulla base di elementi di fatto o notori – abitualmente dediti a traffici delittuosi, ovvero che per la loro condotta e il loro tenore di vita dovevano ritenersi, sempre sulla base di meri elementi indiziari, vivere grazie ai proventi di attività delittuose. Peraltro, il legislatore non si limitò soltanto a queste categorie, visto che estese l'applicazione delle misure, da un lato, a quanti fossero ritenuti dediti al favoreggiamento ovvero allo sfruttamento della prostituzione, alla corruzione dei minori, al contrabbando, al traffico di stupefacenti e alle scommesse clandestine; dall'altro, a coloro i quali, per il loro comportamento pubblico, dovessero ritenersi – sempre sulla base di meri elementi di fatto –, dediti alla commissione di reati che offendevano o mettevano in pericolo l'integrità fisica e morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza ovvero la tranquillità pubblica. Quanto alle misure previste dalla legge, esse andavano dalla diffida del questore al rimpatrio con foglio di via obbligatorio nel luogo di residenza, fino alla sorveglianza speciale e al divieto ovvero all'obbligo di soggiorno in determinati comuni o province. Queste ultime tre misure, inoltre, erano comminate con l'obbligo, per il destinatario, di rispettare una serie di precetti non tassativi, ossia: vivere one-

5. Così come previsto agli articoli che andavano dal 28 al 34 della legge piemontese di pubblica sicurezza n. 3720 del 1859, poi estesa, subito dopo la proclamazione dell'Unità d'Italia, all'intero Regno. La normativa sarà poi rifiuta nel Testo unico delle leggi di p. s. varato dal Governo Crispi, n. 6144/1889. Per un giudizio critico sulla legislazione liberale, si veda I. Mereu, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia "liberale"*, in Aa. Vv., *Le misure di prevenzione. Atti del Convegno di Alghero*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 197 ss.; sullo status dei lavoratori subordinati e sulla loro «innata» pericolosità sociale, si rinvia a L. Chevalier, *Classi lavoratrici e classi pericolose: Parigi nella rivoluzione industriale*, Laterza, Roma-Bari, 1976.

6. Così l'art. 181 del Testo unico delle leggi di p. s., n. 773/1931, nella sua formulazione originaria.

7. Una reticenza lamentata da uno dei più autorevoli costituzionalisti italiani, che certamente non può essere tacciato di radicalismo: cfr. L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962, ora in *Id.*, *Studi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 457 ss.

8. Così sempre L. Elia, *op. ult. cit.*, p. 460.

stamente, rispettare le leggi, cercarsi un lavoro, non frequentare luoghi e persone sospette, non rincasare troppo tardi la sera e non uscire troppo presto la mattina, previo avviso alle autorità di pubblica sicurezza in caso di spostamento diurno.

Come si può notare, per quanto riguarda gli obblighi accessori che accompagnavano (e, come vedremo, ancora oggi accompagnano) la comminazione delle misure di prevenzione, si annidavano profili di illegittimità evidenti che, mai considerati con il dovuto rigore dalla giurisprudenza costituzionale, sono stati invece attentamente valutati, proprio di recente, dalla Corte di Strasburgo. Nel corso delle prossime pagine, pertanto, analizzerò i percorsi giurisprudenziali di queste due Corti che, negli ultimi quarant'anni, si sono incrociati e – per così dire – biforcati verso direzioni opposte, rischiando oggi di dar vita a una nuova “guerra tra corti”⁹.

Infatti, con l'importante sentenza *De Tommaso* del febbraio 2017, la *Grande Chambre* sembra essersi assestata su una posizione di netta critica delle misure di prevenzione italiane: una presa di posizione talmente dirompente per il nostro ordinamento giuridico che, in attesa che la Consulta si esprima su una serie di questioni di legittimità pendenti, ha spinto cautelativamente le sezioni unite penali della Cassazione a formulare un'interpretazione adeguatrice (costituzionale e convenzionale al tempo stesso) della normativa vigente che, però, non appare esente da critiche.

2. La Corte costituzionale, le misure di prevenzione e i limiti della legge n. 1423/1956

Come detto, l'impianto normativo della l. n. 1423 è stato più volte oggetto di valutazione da parte della Consulta che, nel corso dei decenni, si è sempre espressa a favore della legittimità costituzionale delle misure di prevenzione, spesso con argomenti oscillanti e soltanto in parte condivisibili. Paradigmatica

di questo atteggiamento è la sentenza n. 27/1959, con cui la Corte dichiarò non fondata la questione di legittimità dell'art. 5, che vietava al sorvegliato speciale, da un lato, di associarsi abitualmente alle persone che avevano subito condanne, ovvero che erano state sottoposte a misure di prevenzione e/o di sicurezza; dall'altro, semplicemente di partecipare a pubbliche riunioni, in palese contrasto con l'art. 17 Cost. La motivazione della Consulta sul punto fu quanto mai eloquente: «*Non è dubbio che questa [norma], apporti limitazioni notevoli a taluni diritti riconosciuti dalla Costituzione; ma tali limitazioni sono informate al principio di prevenzione e di sicurezza sociale (...). È questa una esigenza e regola fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta dalla nostra Costituzione. (...) [A]mmesso in via generale dalla Costituzione il principio di una limitazione dei diritti di libertà per le esigenze della sicurezza sociale, le prescrizioni disposte a carico del sorvegliato speciale [sono tali] (...) da rientrare pienamente nella normale e logica applicazione del principio, visto che si ispirano alla direttiva fondamentale dell'attività di prevenzione, cioè tener lontano l'individuo sorvegliato dalle persone e dalle situazioni che rappresentano il maggiore pericolo*»¹⁰.

Inoltre, questa sentenza definiva come «ristrette e qualificate» le categorie di soggetti potenzialmente destinatarie della sorveglianza speciale, purché la comminazione della misura fosse fondata su elementi concreti e prove effettive da cui emergesse univocamente la pericolosità sociale del sorvegliato. A nulla, quindi, ad avviso della Corte, avrebbe rilevato una lamentata violazione del principio di stretta legalità con specifico riferimento alla libertà di circolazione, ovvero alla tassatività della fattispecie – presupposto dell'applicazione della misura – perché, in materia di prevenzione dei reati, il riferimento ai «casi previsti dalla legge» si concretizzava comunque in un giudizio prognostico sulla personalità del destinatario della stessa¹¹.

Il che, sia detto per inciso, appare un criterio che si esponeva (e si espone) a non pochi abusi nella prassi, tenuto anche conto che in quegli anni le forze di

9. Si fa qui riferimento al noto conflitto che si instaurò, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, tra la Corte costituzionale e la Corte di cassazione, su cui si vedano in dottrina almeno A. Simoncini, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 3065 ss. e V. Onida, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Aa. Vv., Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 541 ss.; volendo, cfr. anche A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Aracne, Roma, 2011, pp. 217 ss.

10. Così si legge nella parte in diritto della sentenza citata.

11. Come ha avuto modo di evidenziare lucidamente E. Gallo, voce *Misure di prevenzione*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XX, Treccani, Roma, 1996, p. 2, la questione che la Corte costituzionale si è posta, a partire da questa sentenza, può essere così efficacemente sintetizzata: «*In base a quale principio è lecito limitare la libertà personale di chi non ha commesso alcuna violazione della legge penale, e tuttavia è dato ritenere, attraverso una certa diagnosi della sua personalità, che sussistano per l'avvenire probabilità ch'egli ne commetta ?*». Come appare chiaro dagli argomenti riportati nel testo, la Corte ha risposto a questa domanda limitandosi ad affermare, al limite della tautologia, che il principio di prevenzione è stato recepito in Costituzione e che, pertanto, tali misure dovevano considerarsi compatibili con la legalità costituzionale.

polizia erano ancora composte da funzionari formati nel precedente regime politico e, pertanto, avevano non poche difficoltà a conformarsi ai principi garantisti della Costituzione¹². A ben vedere, la Consulta dovette implicitamente riconoscere che l'elenco dei potenziali destinatari delle misure di prevenzione non fosse così «ristretto e qualificato» nella sentenza n. 23/1964, quando venne chiamata a valutare proprio l'art. 1 della l. n. 1423, constatando un grave *deficit* di tassatività con riferimento a quelle condotte, anche semplicemente indiziarie, che inducevano a considerare determinati soggetti come “socialmente pericolosi”.

Ancora una volta, la Corte giunse a dichiarare infondata la questione: forte dei principi fissati nella propria giurisprudenza precedente, evidenziò come l'art. 1 della l. n. 1423 non presentasse vizi sotto il profilo della formulazione legislativa, perché: «*Dalle indicate finalità delle misure di prevenzione deriva che l'adozione di esse può essere collegata non al verificarsi di fatti singolarmente determinati, ma a un complesso di comportamenti che costituiscano una “condotta”, assunta dal legislatore come indice di pericolosità sociale. Discende, pertanto (...), che nella descrizione delle fattispecie il legislatore debba normalmente procedere con criteri diversi da quelli con cui procede nella determinazione degli elementi costitutivi di una figura criminosa, e possa far riferimento anche a elementi presuntivi, corrispondenti però sempre a comportamenti obiettivamente identificabili*»¹³.

Appare evidente come, in questo caso, il problema concernesse la tassatività dell'individuazione di quei soggetti a cui potevano essere applicate le misure e la formulazione della norma rischiava di esautorare – oltre che eludere – le garanzie previste dall'art. 13 Cost., a fronte di un'attività di polizia indiziarie e discrezionale che trovava nel giudizio della magistratura una conferma tralattizia¹⁴.

Le due sentenze qui analizzate sono i pilastri su cui si fondò tutta la giurisprudenza successiva della Consulta: a ben vedere, già con la sentenza n. 11/1956 – con riferimento al Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza fascista –, posta di fronte alla necessità di bilanciare la garanzia della libertà personale e di circolazione con l'attività di prevenzione dei reati¹⁵, la Corte aveva affermato che in questo ambito trovava comunque applicazione il principio di stretta legalità e di tutela giurisdizionale del destinatario della misura, alla luce delle garanzie previste dall'art. 13 Cost. Non può non evidenziarsi, tuttavia, come questa continuità di approccio al tema confermi il limite di fondo sotteso alla vigenza dell'istituto, a prescindere, quindi, dal fatto che esso sia stato introdotto nel nostro ordinamento da un regime classista, dittatoriale o democratico: sono proprio gli argomenti e l'atteggiamento di *self-restraint* del giudice delle leggi, infatti, che confermano l'esistenza (e la persistenza) di quella soglia di iniquità di cui parlava Lévi-Strauss e che la dottrina più progressista non ha mai smesso di denunciare¹⁶.

12. Al riguardo, netta e impietosa fu la presa di posizione della dottrina più progressista: cfr., per tutti, L. Basso, *Il Principe senza scettro*, Feltrinelli, Milano, 1958, p. 220: «*La Costituzione italiana fu (...) una delle più larghe nel riconoscimento e nella tutela di questi diritti, negando in questa materia ogni facoltà discrezionale della polizia (...). Sarebbe difficile trovare in altra legislazione un complesso di norme che suonasse maggiormente sfavorevole nei confronti della polizia (...). Si è verificata una situazione paradossale: che in Italia vige una Costituzione tra le più larghe del mondo in materia di diritti di libertà, e in pari tempo è applicata una delle leggi poliziesche più offensive dei diritti di libertà fra quante esistono al mondo. Salvo la più accentuata e già rilevata libertà in materia politica, l'Italia si è andata distaccando dalla precedente prassi fascista solo con sforzo, caso per caso*».

Sull'abuso delle misure di prevenzione da parte dei governi democristiani, nei primi decenni del secondo dopoguerra, si vedano M.G. Rosi, *Il governo Scelba tra crisi del centrismo e ritorno anticomunista*, in *Italia contemporanea*, n. 197/1994, pp. 791 ss. e, più in generale, R. Canosa, *La polizia in Italia dal 1945 ad oggi*, Il Mulino, Bologna, 1976 nonché D. Della Porta e H. Reiter, *Polizia e protesta: l'ordine pubblico dalla Liberazione ai “no global”*, Il Mulino, Bologna, 2003.

13. Così al punto 3 del «*Considerato in diritto*».

14. Come opportunamente evidenziato da L. Elia, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, pp. 938 ss. oltre che da G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 329 ss. Ma al riguardo si veda anche A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 225, secondo il quale la legittimità delle misure di prevenzione non può non dipendere dal rispetto del principio di legalità: «*Questa (tenue) garanzia che, nel sistema penale, è data al cittadino dalla circostanza che non gli sarà applicata una misura di sicurezza se non avrà commesso un fatto previsto dalla legge come reato (...) deve trovare corrispondenza, nel diritto di polizia, nella garanzia che non sarà applicata alcuna misura di prevenzione se non a seguito alla rilevazione di un comportamento tipico, previsto con sufficiente determinatezza, in una puntuale fattispecie legale, tenendo soprattutto presente la necessità di limitare al massimo la discrezionalità dell'organo competente ad applicare tali misure*».

15. Su cui già criticamente P. Nuvolone, *Appunti e spunti tra precetti e sanzioni*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1956, pp. 441 ss.

16. Ai lavori degli Autori già citati, possono qui aggiungersi quelli di F. Bricola, *Forme di tutela “ante delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, in Aa. Vv., *Le misure di prevenzione*, op. cit., pp. 29 ss., e di M. Pavarini, *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423 e 31 maggio 1965, n. 575, ibid.*, pp. 283 ss.

Per leggere una declaratoria di incostituzionalità in questa materia, bisogna attendere l'inizio degli anni Settanta: con la sentenza n. 76/1970, infatti, seppur sinteticamente, la Corte rigettava ancora una volta le questioni che investivano l'intera struttura normativa della l. n. 1423, ma era comunque costretta a dichiarare illegittimo l'art. 4, comma 2, con riferimento all'art. 24 Cost., per la omessa previsione dell'assistenza di un difensore al momento dell'interrogatorio del destinatario della misura¹⁷. A parte questo "incidente di percorso", una incrinatura significativa del sistema delle misure di prevenzione si sarebbe avuta soltanto con la sentenza n. 177/1980, quando la Corte arrivò a dichiarare l'illegittimità dell'art. 1, n. 3, l. n. 1423, nella parte in cui elencava tra i potenziali destinatari delle misure di prevenzione coloro che «per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere».

Per la prima volta nella sua giurisprudenza, quindi, la Consulta riconosceva come l'art. 1 l. n. 1423 fosse viziato da un elevato grado di indeterminatezza, con riferimento ai presupposti fattuali (*rectius*: agli indici presuntivi) a cui il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi per formulare il giudizio prognostico sulla pericolosità sociale del destinatario della misura. Del resto, era evidente che la formulazione letterale dell'art. 1, n. 3 non descrivesse «né una o più condotte, né alcuna "manifestazione" cui riferire, senza mediazioni, un accertamento giudiziale (...). I presupposti del giudizio di "proclività a delinquere" non hanno qui alcuna autonomia concettuale dal giudizio stesso. La formula legale non svolge, pertanto, la funzione di una autentica fattispecie, di individuazione, cioè, dei "casi" (come vogliono sia l'art. 13, che

l'art. 25, terzo comma, Cost.), ma offre agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità»¹⁸.

Ho voluto soffermarmi soltanto su queste sentenze – nonostante la Corte si sia più volte espressa favorevolmente sulla legge n. 1423¹⁹ –, perché è proprio questo risalente orientamento che, di recente, la Corte di Strasburgo ha preso in considerazione nella sentenza *De Tommaso*, per criticare non soltanto la formulazione delle fattispecie legislative che regolano le misure di prevenzione, ma addirittura la giurisprudenza costituzionale nella sua interezza. Senza dubbio, come abbiamo visto, l'approccio della Consulta appare non privo di incertezze e, proprio per questo motivo, ritengo utile confrontare questo filone giurisprudenziale con quello inaugurato dalla Corte Edu all'inizio degli anni Ottanta, in concomitanza con la pubblicazione della sentenza n. 177/1980. Nel corso del prossimo paragrafo, pertanto, mi soffermerò sulla diversa ricostruzione giurisprudenziale che di queste misure ha fornito il giudice europeo, per verificarne le differenze e i profili di compatibilità, alla luce degli esiti più recenti che questo mancato dialogo tra corti ha provocato.

3. La giurisprudenza della Corte Edu e le misure di prevenzione italiane: un mancato dialogo tra corti

Come detto, proprio in concomitanza con la pubblicazione della sentenza n. 177/1980 della Corte costituzionale, i giudici di Strasburgo hanno preso per la prima volta posizione sulle misure di prevenzione allora vigenti nel nostro ordinamento: con l'importante decisione *Guzzardi* del 6 novembre 1980, in

17. Si trattava, in realtà, di un mero atto dovuto, visto che due anni prima, con la sentenza n. 53/1968, la Corte aveva già dichiarato incostituzionali gli artt. 636 e 637 cpp vecchio rito, proprio al fine di evitare gli abusi in fase istruttoria dell'applicazione delle misure di sicurezza da parte dell'autorità di polizia. Per una ricostruzione analitica del percorso argomentativo che portò la Consulta a questa declaratoria di incostituzionalità, si veda, nella dottrina dell'epoca, P. Caretti, *Diritto di difesa e misure di sicurezza post-delictum*, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 820 ss.

18. Così al punto 6 del «*Considerato in diritto*». Per un'interessante analisi della sentenza, cfr. M. Branca, *In tema di fattispecie penale e riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 1980, pp. 1537 ss.; è ritornato più di recente sull'importanza di questa decisione, M. Ceresa-Gastaldo, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2015, pp. 6 ss., disponibile online (www.penalcontemporaneo.it/d/4341-misure-di-prevenzione-e-pericolosita-sociale-l-incolmabile-deficit-di-legalita-della-giurisdizione).

19. Al riguardo si ricordano, sinteticamente: a) la sentenza n. 45/1960, che dichiarò non fondata la questione di legittimità dell'art. 2 con riferimento all'ordine di rimpatrio con foglio di via obbligatorio, in quanto non equiparabile all'ammonizione vigente prima della legge del 1956: già con la sentenza n. 11/1956, infatti, la Corte rilevò che l'ammonizione si risolveva in una sorta di degradazione giuridica in cui taluni individui venivano a trovarsi, per effetto della sorveglianza di polizia cui erano sottoposti, e che costringeva a tutta una serie di obblighi, mentre l'ordine di rimpatrio non determinava alcuna conseguenza di questo genere, non interferendo neppure sulla libertà personale del destinatario dell'ordine stesso; b) la sentenza n. 126/1962, avente ad oggetto la medesima questione di legittimità e dichiarata infondata dalla Corte con identica motivazione; infine, c) la sentenza n. 32/1969, che ha dichiarato infondata la questione concernente l'art. 1 della legge del 1956, ma con un'interpretativa di rigetto in cui la Consulta stabilì che il mero provvedimento di identificazione, da parte della polizia, di coloro che andavano annoverati tra le persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità non poteva comportare obbligatoriamente l'adozione della misura, perché «occorre anche un particolare comportamento che dimostri come la pericolosità sia effettiva ed attuale e non meramente potenziale» (così al punto 3, in diritto).

seduta plenaria, la Corte Edu condannò l'Italia per violazione dell'art. 5, primo paragrafo, della Convenzione, per aver sottoposto a sorveglianza speciale il ricorrente, affiliato a un'associazione mafiosa²⁰.

Poiché, al momento in cui la causa venne iscritta al ruolo, il nostro Paese non aveva ancora ratificato il Protocollo n. 4 alla Convenzione – il cui art. 2 tutela specificamente la libertà di circolazione –, la Corte era stata adita al solo fine di dichiarare le misure in contrasto con l'art. 5, par. 1, Cedu che, come noto, garantisce i cittadini degli Stati membri da arbitrarie limitazioni della libertà personale. Soltanto per ragioni tecniche, quindi, in questa prima fase della giurisprudenza sovranazionale, le misure di prevenzione sono state considerate alla luce delle tradizionali garanzie connesse all'*habeas corpus*: si tratta di un dato giuridico estremamente significativo che, come vedremo, verrà poi ribadito dalla Corte anche nelle sue sentenze successive.

Recuperando una suggestiva immagine della difesa, la Corte definisce la sorveglianza speciale un «carcere a cielo aperto» (par. 95), una limitazione della libertà personale che non trovava nell'ordinamento italiano alcuna tassativa base legale e, quindi, risultava in contrasto sia con le eccezioni stabilite dal primo paragrafo della Cedu sia, specificamente, con la lett. e) dell'art. 5, par. 1, che comunque consente la detenzione di determinati soggetti pericolosi per la pubblica sicurezza, ossia gli alienati, gli alcolizzati, i tossicodipendenti e i malati contagiosi²¹.

L'inquadramento giuridico delle misure di prevenzione, tuttavia, appare sin da subito diametralmente opposto a quello della Corte costituzionale: innanzitutto, i giudici sovranazionali dichiarano esplicitamente che queste misure limitano in maniera penetrante la libertà personale del ricorrente, equiparandole *de facto* a una forma di detenzione non fondata su una base legale sufficientemente chiara e prevedibile. Inoltre, evidenziano come la limitazione della libertà personale possa essere certamente prevista per determinate categorie di soggetti – così come stabilito alla già citata lett. e), par. 1 dell'art. 5 Cedu –, ma al solo fine di tutelare tali persone da loro stesse, in quanto incapaci di autodeterminarsi: la legittimità di tali misure, infatti, si fonda su un obbligo positivo

statale a tutela della salute e dell'incolumità di quegli stessi (determinati) individui, ancor prima che a tutela dell'ordine pubblico generale (così al par. 98 della sentenza).

La ricostruzione dell'istituto trova un ulteriore approfondimento nella sentenza *Raimondo*, del 22 febbraio 1994: il ricorrente, anch'egli affiliato a un'associazione mafiosa, si era visto confiscare alcuni immobili quale misura di prevenzione patrimoniale ed era poi stato sottoposto a sorveglianza speciale. Anche in questo caso, la Corte Edu dichiarava che le misure di prevenzione avevano leso, rispettivamente, il diritto di proprietà (art. 1 Protocollo n. 1) e la libertà di circolazione (art. 2 Protocollo n. 4, nel frattempo ratificato dall'Italia) del ricorrente. Quello che vorrei evidenziare di questa sentenza è, però, l'argomento che la Corte utilizza per accertare la violazione dell'art. 2 Protocollo n. 4: se è vero, infatti, che in concreto questa violazione era dovuta al ritardo nella revoca dell'esecuzione della misura comminata da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, tuttavia i giudici, soltanto in apparente contrasto con la sentenza *Guzzardi*, sottolineano come la sorveglianza speciale resti una misura illegittimamente limitativa della libertà di circolazione – e non della libertà personale in senso stretto – del proprio destinatario²².

Questo principio viene approfondito più analiticamente dalla *Grande Chambre*, con la sentenza *Labita*, del 6 aprile 2000: qui i giudici di Strasburgo osservano come, pur essendo prevista da una legge interna, l'applicazione concreta della misura di prevenzione era fondata su un'istruttoria indiziaria da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, i cui esiti – la limitazione della libertà di circolazione del ricorrente – risultavano sproporzionati alla luce delle circostanze di fatto. In questo caso, la sorveglianza speciale era stata comminata al ricorrente perché sua moglie era la sorella di un capo-mafia, nel frattempo deceduto, e che questa informazione di dominio pubblico era stata considerata sufficiente per la polizia, prima, e per il giudice di merito, poi, al fine di sottoporlo alla sorveglianza speciale.

Inoltre, a fronte del rilievo del giudice italiano, il quale aveva dichiarato – formulando un mero giudi-

20. Con la l. n. 575/1965, infatti, le misure di prevenzione vennero estese anche agli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso o di svolgere attività eversive criminali: al riguardo, per approfondimenti, si veda E. Gallo, voce *Misure di prevenzione*, op. cit., pp. 13-14.

21. Al par. 98 della sentenza, i giudici di Strasburgo chiariscono che «*Si la Convention permet de priver de leur liberté ces personnes, toutes socialement inadaptées, ce n'est pas pour le seul motif qu'il faut les considérer comme parfois dangereuses pour la sécurité publique, mais aussi parce que leur propre intérêt peut nécessiter leur internement. De ce que l'article 5 (art. 5) autorise à détenir les vagabonds, on ne saurait donc déduire que les mêmes raisons, voire de meilleures, s'appliquent à quiconque peut passer pour encore plus dangereux*».

22. Come è possibile leggere al par. 39 della sentenza, infatti: «*La Cour constate d'abord qu'en dépit de l'affirmation contraire du requérant, la mesure litigieuse n'entraîne pas une privation de liberté au sens de l'article 5 par. 1 (art. 5-1) de la Convention; les simples restrictions à la liberté de circuler résultant de la surveillance spéciale obéissent à l'article 2 du Protocole n° 4 (P4-2) (arrêt Guzzardi c. Italie, par. 92)*».

zio indiziario, comunque consentito dalla normativa vigente – che il ricorrente non avesse mutato il proprio stile di vita, né si fosse effettivamente pentito, la Corte di Strasburgo obiettava come un simile giudizio fosse completamente privo di riscontri fattuali, in quanto «*le requérant n'a aucun antécédent pénal, a été acquitté de l'accusation d'appartenir à la mafia au motif qu'aucun élément concret suggérant son affiliation à la mafia n'a pu être trouvé au cours des enquêtes préliminaires et du procès*» (così al par. 196). La Corte ha poi concluso sottolineando come, senza voler sottovalutare la minaccia che la mafia rappresenta per l'ordine pubblico italiano, le limitazioni alla libertà di circolazione comminate al Signor Labita non potessero comunque essere considerate «necessarie in una società democratica» (cfr. par. 197).

Come si evince dal quadro giurisprudenziale sin qui tratteggiato, la Corte Edu, pur avendo affrontato casi di persone sottoposte a misure di prevenzione personali e patrimoniali appartenenti ad associazioni mafiose, ha svolto una valutazione a tutto tondo di questo istituto giuridico, considerandolo incompatibile con la legalità convenzionale: certo, al di là delle incertezze iniziali della propria giurisprudenza, derivanti soprattutto dalla mancata ratifica del Protocollo n. 4 alla Cedu da parte dell'Italia, dal punto di vista dogmatico appare senz'altro più corretto parlare di un'incompatibilità di fondo delle misure di prevenzione con quanto statuito all'art. 2 del Protocollo n. 4, piuttosto che con l'art. 5, par. 1 della Convenzione²³.

Intanto, nel dialogo tra giudici europei che, inevitabilmente, le decisioni della Corte Edu attivano, la Corte costituzionale non è rimasta indifferente: quando, a partire dal 2010, il problema della compatibilità delle misure di prevenzione (questa volta, con l'ordinamento sovranazionale) è ritornato all'attenzione del giudice delle leggi, quest'ultimo ha infatti dovuto

riconsiderare i propri precedenti in materia. Non è questa la sede per valutare in che modo le sentenze della Corte di Strasburgo abbiano innescato un circolo virtuoso nel dialogo con i giudici interni in tale ambito²⁴; possiamo, però, affermare che, con riferimento alle misure di prevenzione, il giudice sovranazionale ha comunque svolto una funzione di stimolo e di ripensamento dei percorsi argomentativi della Consulta.

Si tratta, a questo punto, di capire se questo ripensamento sia soddisfacente: si consideri, ad esempio, la sentenza n. 93/2010, con cui il giudice delle leggi ha affrontato la *quaestio legitimitatis* dell'art. 4 l. n. 1423 (oltre che dell'art. 2-ter l. n. 575/1965) nella parte in cui non prevedeva che la procedura per l'applicazione della misura di prevenzione si svolgesse nelle forme dell'udienza pubblica. Ebbene, in questo caso la Consulta ha avuto modo di osservare come la Corte di Strasburgo si fosse chiaramente espressa per un *favor* generalizzato della pubblicità delle udienze in materia: citando i precedenti *Bocellari e Rizza c. Italia*, *Pierre e altri c. Italia*, oltre che la sentenza *Bongiorno* del 2010, giungeva alla conclusione che l'udienza pubblica dovesse essere la regola nell'applicazione delle misure di prevenzione, quale garanzia essenziale del giusto processo, ex art. 6, par. 1, Cedu.

Del resto, la Corte non poteva non tenere in considerazione le specifiche caratteristiche procedurali di un processo, quello di comminazione della misura, «*all'esito del quale il giudice è chiamato ad esprimere un giudizio di merito, idoneo ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale e il patrimonio (...), nonché la stessa libertà di iniziativa economica (...), il che conferisce specifico risalto alle esigenze alla cui soddisfazione il principio di pubblicità delle udienze è preordinato*»²⁵.

23. Peraltro, che le misure di prevenzione personali fossero lesive della libertà di circolazione, piuttosto che della libertà personale *stricto sensu*, era un dato di fatto già acquisito dalla dottrina italiana: cfr., per tutti, A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, CEDAM, Padova, 1992 (II ed.), p. 273, che conferma un giudizio già presente nella prima edizione dell'opera, del 1985; G. Amato, *Articolo 16*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli–Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1977, p. 114, il quale osservava come la l. n. 1423/1965 abbia avuto un "effetto deviante" sulla sistematica dei diritti fondamentali in quanto, così come disciplinate dalla legge, le misure di prevenzione nella prassi sono riuscite «*a farsi allocare tra le due libertà (personale e di circolazione), dando così un'immagine deformata dei loro rispettivi contenuti*».

24. Sul tema si vedano, almeno, O. Pollicino, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Unione eur.*, 2009, pp. 1 ss. ed E. Ceccherini, *L'integrazione fra ordinamenti e il ruolo del giudice*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013, pp. 467 ss.

25. Così al punto 7 del «*Considerato in diritto*». Si consideri come la dottrina italiana abbia prestato grande attenzione alla sentenza in commento, in ragione anche dei chiarimenti che la Consulta ha fornito in riferimento ai rapporti tra ordinamento interno e convenzionale (cfr., per tutti, A. Guazzarotti, *L'interpretazione conforme alla Cedu: una mappatura a dieci anni dalle sentenze "gemelle" della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, pp. 16 ss., disponibile online (<https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-saggi/speciali/speciale-i-trattati-nel-sistema-delle-fonti-a-10-anni-dalle-sentenze-348-e-349-del-2007-della-corte-costituzionale-fasc-1-2018/1188-l-interpretazione-conforme-alla-cedu-una-mappatura-a-dieci-anni-dalle-sentenze-gemelle-della-corte-costituzionale/file>).

Tuttavia, non si sono tenute nella dovuta considerazione le conseguenze, dal punto di vista delle garanzie processuali alla libertà personale, che la decisione esplicitava: l'innovazione che la sentenza n. 93/2010 ha prodotto nel nostro ordinamento giudiziario, invece, è stata

Certo, nel giudizio principale si discuteva della necessità di comminare una misura di prevenzione patrimoniale e non personale: si potrebbe sostenere, allora, che tutto sommato la Corte sia giunta a dichiarare l'incostituzionalità di una norma processuale perché si trattava di una scelta meno impegnativa di una valutazione di fondo sulla compatibilità delle misure di prevenzione con l'ordinamento convenzionale²⁶.

Di lì a poco, tuttavia, con la sentenza n. 282/2010, il giudice delle leggi ha dovuto affrontare una nuova questione sollevata dal Tribunale di Trani, che dubitava della tassatività dell'art. 9, comma 2, l. n. 1423, nel frattempo modificato dalla l. n. 155/2005 in materia di terrorismo²⁷: la commissione di un reato da parte del soggetto destinatario delle misure di prevenzione, infatti, poneva un problema di violazione delle prescrizioni previste dall'art. 5, comma 3, prima parte, l. n. 1423, quelle cioè che si riferivano all'obbligo di «vivere onestamente, rispettare le leggi e non dare ragione di sospetti», la cui formulazione appariva non tassativa e riferibile indistintamente all'intera collettività dei consociati.

Sebbene, nell'ordinanza di rimessione, il giudice *a quo* non facesse esplicito riferimento alla giurisprudenza della Corte Edu, la sentenza della Consulta risulta di grande interesse, perché proprio sull'oggetto del giudizio si determina una totale divergenza tra giudice delle leggi e giudice sovranazionale. Con la sentenza n. 282/2010, la Corte costituzionale dichiarava non fondata la questione, osservando che, se *prima facie* la prescrizione del «vivere onestamente», interpretata in maniera isolata, potesse apparire generica, tuttavia, se «*collocata nel contesto di tutte le altre prescrizioni previste dal menzionato art. 5 e se si considera che è elemento di una fattispecie integrante un reato proprio, il quale può essere commesso soltanto da un soggetto già sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, essa assume un contenuto*

*più preciso, risolvendosi nel dovere imposto a quel soggetto di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di “vivere onestamente” si concreta e si individualizza»*²⁸.

Per giurisprudenza costante, quindi, la violazione dell'obbligo di «vivere onestamente» – ci dice la Corte – integra un reato proprio: ed è su questo punto che si è consumato il “divorzio giurisprudenziale” tra Consulta e giudice sovranazionale. Tornerò subito su questo nodo esiziale che ha aperto di fatto un conflitto tra le due Corti: intanto, per ragioni di completezza, osservo come, anche con riferimento alla prescrizione del «rispettare le leggi» e del «non dare ragione di sospetti» – quest'ultimo obbligo certamente più problematico, sotto il profilo della tassatività della formulazione normativa, rispetto agli altri –, la Consulta è giunta alla stessa conclusione, ribadendo come fossero i concreti comportamenti del sorvegliato speciale che avrebbero indotto il giudice di merito a una valutazione oggettiva dei fatti contestati, purché idonei a rivelarne la pericolosità sociale.

La sentenza è certamente criticabile: ferma sulla propria consolidata giurisprudenza, la Consulta non ha voluto rimettere – ancora una volta – in discussione l'impianto generale della l. n. 1423 e, in questo modo, si è attestata su posizioni interpretative che non tenevano minimamente conto delle censure svolte dal giudice europeo con riferimento all'art. 2, Protocollo n. 4 alla Cedu. Anche in questo caso, tuttavia, la dottrina costituzionalistica si è poco interessata alla coerenza argomentativa dei ragionamenti della Corte, preferendo piuttosto soffermarsi a valutare, in termini generali e sistemici, in che modo i rapporti tra giudice delle leggi e Corte Edu fossero progrediti, alla luce dei principi fissati dalla Consulta stessa con le sentenze “gemelle” del 2007²⁹.

maggiormente valorizzata dalla dottrina procedural-penalista: cfr. F. Licata, *Il rito camerale di prevenzione di fronte ai diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 1065 ss.; A. Gaito, S. Furfaro, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, *ivi*, in particolare pp. 1074 ss.

26. Atteggiamento, questo, che sembra confermato dalla successiva sentenza n. 80/2011, avente ad oggetto una questione simile sollevata dalla Corte di cassazione penale, accolta dalla Consulta con una più analitica ed esaustiva ricostruzione dell'obbligo dell'udienza pubblica, ma questa volta alla luce dei principi stabiliti dalla Carta di Nizza: al riguardo si veda, a partire dalla decisione citata, A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo tra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, n. 1/2018, pp. 149 ss.

27. L'art. 9 della l. n. 1423/1956 allora vigente, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 14 della l. n. 155/2005, prevedeva al primo comma che il contravventore degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale fosse punito con l'arresto da tre mesi a un anno, mentre, al secondo comma, che se «*l'inosservanza riguarda gli obblighi e le prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno, si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni ed è consentito l'arresto anche fuori dei casi di flagranza*».

28. Così al punto 2.1. del «*Considerato in diritto*» (tondo aggiunto).

29. In controtendenza rispetto a questo atteggiamento, si veda invece A. Tesauro, *Corte costituzionale e sorveglianza speciale: una breve analisi filosofico-giuridica tra uguaglianza e ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 5259 ss.

4. La sentenza *De Tommaso* della Grande Chambre e i rischi di una nuova “guerra tra corti”

Arriviamo, così, alla più volte citata sentenza del 23 febbraio 2017 della *Grande Chambre*, con cui i giudici di Strasburgo hanno fatto deflagrare una nuova “guerra tra corti”: sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, il Signor De Tommaso lamentava la violazione degli artt. 5, par. 1, 6 e 2 del Protocollo n. 4 alla Cedu, chiedendo una censura “sistemica” delle misure di prevenzione italiane. La Corte Edu accoglie in pieno la prospettazione del ricorrente, dichiara l’istituto contrario alla libertà di circolazione e gli obblighi accessori combinati con la misura principale carenti di tassatività, in quanto non precisamente formulati dalla legge interna. Senza dubbio, questa sentenza assume un “tono costituzionale” in molti suoi passaggi, in ragione del fatto che i giudici di Strasburgo non solo valutano la compatibilità delle misure di prevenzione alla luce della legalità convenzionale, ma, soprattutto, rileggono criticamente la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia e non esitano a definirla insufficiente a tutelare i diritti fondamentali del ricorrente³⁰.

Nello specifico, la Corte Edu pone il problema della tassatività delle misure di prevenzione, osservando come la locuzione «*prevista dalla legge*», nella Convenzione, faccia riferimento anche alle modalità di formulazione della stessa, ossia alla sua “qualità” redazionale, in quanto il contenuto di una norma deve essere comprensibile dai suoi destinatari e i suoi effetti applicativi prevedibili. Ma è proprio la mancanza di prevedibilità della legge, ad avviso della Corte, che la rende non tassativa, in quanto «*non è formulata con sufficiente precisione in modo da consentire ai cittadini di regolare la loro condotta; essi devono essere in grado (...) di prevedere, a un livello ragionevole nelle specifiche circostanze, le conseguenze che un determinato atto può comportare*» (così al par. 107).

La prevedibilità, come è noto, nella giurisprudenza della Corte Edu, afferisce alla tutela contro le

ingerenze arbitrarie dell’autorità pubblica nella sfera della libertà individuale, oltre che essere un contrappeso alla potenziale discrezionalità applicativa di determinate norme da parte di polizia e magistratura³¹. Ed è proprio partendo da questi presupposti che i giudici sovranazionali osservano come la formulazione – ma, soprattutto, l’interpretazione della Corte costituzionale – della l. n. 1423 non garantisce questo requisito: la *Grande Chambre* fa esplicito riferimento alla sentenza n. 177/1980 della Consulta che – lo abbiamo visto –, pur avendo dichiarato illegittimo l’art. 1 della stessa legge con riferimento alla non tassatività dei soggetti indicati al punto n. 3, aveva tuttavia considerato come chiaramente definite le categorie di soggetti a cui erano applicabili le misure di prevenzione.

Contrapponendosi a questa decisione, i giudici di Strasburgo partono all’attacco, osservando come nonostante «*la Corte costituzionale sia intervenuta in diverse occasioni per chiarire i criteri da utilizzare per valutare se le misure di prevenzione fossero necessarie, l’applicazione di tali misure resta legata a un’analisi prospettica da parte dei tribunali nazionali, dato che né la legge né la Corte costituzionale hanno individuato chiaramente le prove fattuali o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione*» (così al par. 117).

Inoltre, con specifico riferimento agli obblighi accessori alla sorveglianza speciale, la Corte Edu critica la sentenza n. 282/2010, osservando come la Consulta non abbia risolto il problema della non prevedibilità delle conseguenze applicative: al par. 122, infatti, i giudici evidenziano come gli obblighi di «*vivere onestamente, rispettare le leggi e di non dare ragione alcuna ai sospetti*» siano stati delimitati in maniera insufficiente dal legislatore italiano e questo per due ordini di ragioni: «*In primo luogo, il “dovere dell’interessato di adattare la propria condotta a uno stile di vita che osservi tutti i summenzionati obblighi” è altrettanto indeterminato dell’“obbligo di vivere onestamente e rispettare le leggi” (...). In secondo luogo, il dovere della persona interessata di rispettare tutte*

30. Sul “tono costituzionale” che spesso assume la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si vedano, in dottrina: S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *Id.* (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 33 ss.; G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 327 ss.; F. Marone, *Il difficile bilanciamento tra principio del contraddittorio e “tono costituzionale” nella dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011 (9 novembre), disponibile online (www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Marone.pdf).

31. Sul punto, si rinvia per tutti alle osservazioni di F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, disponibile online (www.penalecontemporaneo.it/d/5118-il-principio-di-prevedibilita-della-decisione-giudiziale-in-materia-penale).

le regole prescrittive che le chiedono di comportarsi, o di non comportarsi, in un particolare modo – non solo le leggi penali, quindi, ma le disposizioni la cui inosservanza sarebbe un ulteriore indizio del pericolo per la società che è già stato accertato – (...) non fornisce ulteriori chiarimenti sulle specifiche norme la cui inosservanza rappresenterebbe un ulteriore indizio del pericolo rappresentato dalla persona per la società».

In conclusione, quindi, la *Grande Chambre* condanna l'Italia con un giudizio di netta incompatibilità della l. n. 1423 rispetto alla legalità convenzionale, in quanto non è possibile affermare che l'ingerenza nella libertà di circolazione del ricorrente sia fondata su disposizioni di legge che soddisfano i requisiti di legalità previsti dall'art. 2 Protocollo n. 4, e questo, si badi, prescindendo persino dal verificare se le misure di prevenzione possano essere considerate un istituto giuridico necessario in una società democratica, al fine di tutelare l'ordine pubblico³².

Come appare evidente, il conflitto tra Corte Edu e Corte costituzionale risulta di difficile ricomposizione giurisprudenziale: del resto, la sentenza *De Tommaso* ha posto all'attenzione di tutti – giudici, dottrina e operatori del diritto – un problema di non poco conto con riferimento alla corretta interpretazione da dare agli obblighi accessori comminati con le misure di prevenzione personali³³. Si sono rese conto della necessità di sciogliere in tempi brevi questo pernicioso contrasto giurisprudenziale le sezioni unite penali della Corte di cassazione, che hanno subito preso parola sulla questione, provando a mediare tra posizioni ormai inconciliabili e che, tuttavia, pure necessitano di essere tra di loro contenute.

Così, con la sentenza del 27 aprile 2017, n. 40076, le sezioni unite hanno fornito un'interpretazione allo stesso tempo convenzionalmente e costituzionalmente orientata, con riferimento agli obblighi accessori connessi alla comminazione delle misure di prevenzione personali; un'interpretazione "tassativizzante e tipizzante" che, di fatto, è venuta in aiuto della Consulta, con l'obiettivo – quanto meno – di depotenziare il conflitto frontale inaugurato dalla Corte Edu con la sentenza *De Tommaso*³⁴. Come osservato dal giudice della nomofilachia, infatti, la sollecitazione principale che questa decisione pone all'interprete riguarda il manifesto *deficit* di determinatezza del reato di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs n. 159/2011 – disposizione in cui sono stati ora trasfusi gli obblighi accessori alle misure di prevenzione, già previsti all'art. 9 l. n. 1423/1956 –, in relazione alle violazioni delle prescrizioni generiche del «vivere onestamente» e del «rispettare le leggi».

Queste prescrizioni, osservano le sezioni unite, «non impongono comportamenti specifici, ma contengono un mero ammonimento "morale", la cui genericità e indeterminatezza dimostra l'assoluta inidoneità ad integrare il nucleo di una norma penale incriminatrice. D'altra parte, l'obbligo di rispettare le leggi [appare come] una prescrizione generale, che non indica alcun comportamento specifico da osservare nella misura in cui opera un riferimento indistinto a tutte le leggi dello Stato»³⁵.

Pertanto, non si può parlare di obblighi integranti una vera e propria fattispecie di reato in quanto – osservano le sezioni unite –, da un lato, non ne hanno né la struttura né la funzione; dall'altro, così come formulati dal legislatore, non consentono ai consociati di individuare univocamente le condotte da evitare

32. Sulla durezza degli argomenti utilizzati dalla Corte di Strasburgo, si vedano F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2017 (3 marzo) disponibile online (<https://www.penalecontemporaneo.it/d/5264-la-corte-di-strasburgo-assesta-un-duro-colpo-alla-disciplina-italiana-delle-misure-di-prevenzione-p>); G.P. Dolso, *La sentenza "De Tommaso" della Corte Edu in materia di misure di prevenzione: una prima crepa nel sistema*, in *Forum costituzionale*, 30 ottobre 2017, disponibile online (www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2017/11/dolso.pdf). Evidenza opportunamente I. Pellizzone, *Assenza di una base legale sufficientemente specifica: l'impatto di sistema della sentenza De Tommaso*, in *Quad. cost.*, n. 3/2017, p. 663, come «La ragione per cui ci si aspetta un forte impatto da parte della sentenza pare evidente: la Corte Edu ha abbandonato il punto di vista, privilegiato nei suoi precedenti, incentrato sul vaglio della "necessità della misura in una società democratica", valutata in quanto tale a partire dalle specifiche caratteristiche del caso concreto, ed ha verificato in modo diretto ed immediato che la legge italiana, per il modo in cui è strutturata, non soddisfa il requisito della base legale che l'art. 2 Prot. 4 della Cedu pone a tutela della libertà di circolazione, in quanto carente sotto il profilo della prevedibilità».

33. Sulla lontananza e l'inconciliabilità delle posizioni tra Corte Edu e Consulta, si veda M. Fattore, *Così lontani così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione. Osservazioni su Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2017, pp. 83-104 (www.penalecontemporaneo.it/pdf-viewer/?file=%2Fpdf-fascicoli%2FDPC_4_2017.pdf#page=83).

34. Cfr. al riguardo F. Viganò, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *Dir. pen. cont.*, n. 9/2017, pp. 146-151 (www.penalecontemporaneo.it/pdf-viewer/?file=%2Fpdf-fascicoli%2FDPC_9_2017.pdf#page=146). Sulla necessità, ma anche sui limiti dell'interpretazione convenzionalmente orientata e sui possibili conflitti che essa può determinare con l'interpretazione conforme a Costituzione, si veda, per tutti, M. Luciani, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. IX, 2016, pp. 466 ss.

35. Così al punto 9 in diritto della sentenza.

per non essere imputabili penalmente. Tali obblighi, inoltre, non assurgono a fattispecie autonoma di reato neanche – osservano i giudici – nell’ipotesi in cui si accogliesse quel filone della giurisprudenza di legittimità che limita l’integrazione della fattispecie al solo caso della violazione di norme penali e/o di illeciti amministrativi di maggiore gravità, perché anche in questo caso comunque l’inosservanza di condotte colpose da parte del destinatario della misura integrerebbe una violazione della fattispecie. L’indeterminatezza degli obblighi accessori, quindi, è tale da impedire in maniera assoluta la stessa conoscibilità del precetto sia al destinatario della misura, sia al giudice chiamato a valutarne la violazione: si tratta di un principio affermato a chiare lettere dalle sezioni unite, che tradisce una vicinanza con la posizione espressa dalla *Grande Chambre*, pur dichiarando le sezioni unite di voler svolgere una rilettura ermeneutica degli obblighi accessori costituzionalmente orientata, evitando così di sollevare una questione di legittimità in via incidentale.

L’interpretazione adeguatrice è, tuttavia, l’esito di una rilettura altamente creativa dell’art. 75, comma 2, d.lgs n. 159/2011, che da fattispecie di reato autonoma si trasforma in mera circostanza di reato, ai fini dell’eventuale aggravamento della misura di prevenzione. Se fino ad oggi, osservano le sezioni unite, la violazione dell’obbligo di rispettare le leggi è stato considerato reato autonomo – concorrente, ai sensi dell’art. 81, comma 1, cp, con quello comune commesso dal sorvegliato speciale qualificato –, una volta stabilito che l’obbligo di rispettare le leggi non integra affatto una norma incriminatrice, il sorvegliato speciale che avrà commesso un reato comune o un illecito amministrativo sarà punito solo per quest’ultimo, mentre gli obblighi e le prescrizioni

inerenti alla sorveglianza speciale potranno assumere, al massimo, una rilevanza ai fini dell’eventuale aggravamento della misura³⁶.

Siamo di fronte, senza dubbio, a una rilettura più garantista degli obblighi accessori che, però, non tiene conto del fatto che la norma in questione sia stata formulata dal legislatore come una fattispecie autonoma di reato: del resto, gli obblighi accessori sono sempre stati interpretati, per oltre sessant’anni, sia dalla Corte di cassazione sia dalla Corte costituzionale, come fattispecie autonoma di reato, la cui formulazione risultava tassativa e completamente prevedibile, nelle sue conseguenze concrete, da parte del destinatario della misura, nel pieno rispetto quindi dell’art. 25, comma 2, Cost.³⁷.

A mio avviso, quindi, le sezioni unite hanno nuovamente voluto salvare le misure di prevenzione, ma per farlo, questa volta, hanno dovuto svolgere un’interpretazione creativa della norma, ai limiti del proprio potere ermeneutico, al fine di renderle compatibili con i principi Cedu così come fissati nella sentenza *De Tommaso*, oltre che per evitare di aprire un conflitto giurisprudenziale tra Corte di Strasburgo e Consulta senza precedenti. Così facendo, quindi, le sezioni unite hanno provato a “parare il colpo” sferzato dai giudici sovranazionali alla giurisprudenza ormai pietrificata del giudice delle leggi, consentendo a quest’ultimo – quando sarà nuovamente chiamato a valutare la legittimità sistemica delle misure di prevenzione –, un margine di manovra per mettere in salvo l’istituto nella sua interezza, magari reinterpretandolo in maniera più garantista, ma senza dichiararlo incostituzionale³⁸.

36. Come è possibile leggere al punto 10 in diritto della sentenza: «*la commissione di reati comuni da parte del sorvegliato speciale potrà essere valutata dal giudice come dimostrazione di un atteggiamento non rispettoso dell’obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi, obbligo generico e indeterminato che non può integrare una fattispecie penale, ma può costituire un presupposto per l’aggravamento della sorveglianza speciale*».

37. Di diverso avviso F. Viganò, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione*, op. cit., p. 150, il quale osserva come quella delle sezioni unite sia un’operazione ermeneutica che «*mi pare del tutto conforme alla ratio, o meglio alle rationes, del principio di legalità in materia penale: il quale non impone (...) una cieca fedeltà alla lettera della legge, bensì esprime esigenze di garanzia per l’individuo, che ben possono imporre una deviazione dai canoni dell’interpretazione puramente letterale, allorché ciò sia necessario per assicurare che l’applicazione della legge penale sia prevedibile da parte del suo destinatario, e non condizionata a troppo ampie valutazioni discrezionali da parte del giudice incompatibili*».

Al contrario, secondo I. Pellizzone, *L’impatto della sentenza De Tommaso secondo le Sezioni Unite: la disapplicazione della legge interna come soluzione alla carenza di prevedibilità*, in *Quad. cost.*, n. 4/2017, pp. 908-909, «*La soluzione prescelta dalle SS.UU. nella vicenda De Tommaso rappresenta l’ultimo sviluppo di un climax ascendente, che vede le autorità giudiziarie nazionali reagire all’impatto ordinamentale prodotto talvolta dalle pronunce di Strasburgo in modo via via più insofferente al controllo accentrato di costituzionalità, attraverso un illegittimo accantonamento del modello elaborato dalla Corte costituzionale a partire dalle sentenze nn. 348 e 349/2007*».

38. Pertanto, non mi pare che si possa far rientrare la sentenza, come pure sostiene I. Pellizzone, *L’impatto della sentenza De Tommaso*, op. ult. cit., p. 909, in quel filone giurisprudenziale della Corte Edu che ha alterato il rapporto tra quest’ultima e il giudice interno. A mio avviso, infatti, la sentenza *De Tommaso* mette in discussione, insieme alla tassatività e alla prevedibilità degli obblighi accessori alle misure di prevenzione, settant’anni di giurisprudenza costituzionale e di legittimità, creando una vera e propria crisi del sistema multilivello.

5. Ritorno al futuro: una breve conclusione prognostica in attesa della Corte costituzionale

In conclusione, la parola spetta ora alla Corte costituzionale, che è stata chiamata a esprimersi su questo difficile rompicapo giurisprudenziale con le ordinanze di rimessione nn. 115, 156 e 164/2017, rispettivamente sollevate dai Tribunali di Udine e Padova nonché dalla Corte d'appello di Napoli. Non è possibile sapere, in questo momento, quale sarà l'esito di questi giudizi e se la Corte chiuderà oppure – come è molto probabile che sia – riaprirà il confronto/scontro giurisprudenziale sulla legittimità costituzionale e convenzionale delle misure di prevenzione.

Quello che appare evidente è che le questioni sollevate, soprattutto da parte del Tribunale di Udine e dalla Corte d'appello di Napoli, pongono senza mezzi termini, da un lato, il problema della qualificazione degli obblighi accessori alle misure di prevenzione, ma soprattutto, dall'altro, la valutazione da parte del giudice ordinario della decisione *De Tommaso* alla luce della sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale. Quest'ultima ha stabilito che il giudice *a quo* non ha l'obbligo di porre a fondamento del proprio iter ermeneutico la giurisprudenza della Corte Edu, a meno che essa non sia espressione di un orientamento consolidato, anche se, nel caso in oggetto, la decisione proviene direttamente dalla *Grande Chambre*³⁹.

Di un certo interesse, al riguardo, è la *quaestio legitimitatis* sollevata dalla Corte d'appello di Napoli che, pur trattando nel giudizio *a quo* di misure di prevenzione patrimoniali, osserva che, siccome il contrasto tra legalità convenzionale e costituzionale è stato ricostruito dalla Corte Edu in maniera «totalmente demolitiva», a partire da una censura netta della formulazione dell'art. 1 l. n. 1423/1956, inevitabilmente tale incompatibilità di fondo determinerebbe effetti a catena non soltanto sulle misure di natura personale, ma anche su quelle patrimoniali successivamente introdotte dal legislatore, in quanto verrebbe meno – in caso di declaratoria di illegittimità – l'elenco dei potenziali destinatari delle misure, riferibili sia alle misure personali, sia – per l'appunto – a quelle patrimoniali.

Come si vede, i nodi giuridici sembrano finalmente essere giunti al pettine e la Corte costituzionale si troverà, a fine novembre 2018, quando sono previste le udienze di discussione delle ordinanze, a dover prendere una posizione chiara sul punto. L'auspicio, per chi scrive, è che finalmente venga eliminata questa “soglia di iniquità” ormai insostenibile per il nostro ordinamento democratico: ma le vicende di lungo periodo che hanno interessato le misure di prevenzione in Italia fanno presumere esiti diversi.

Infatti, è molto probabile che la Consulta ritorni su quanto affermato nella sentenza n. 49/2015, in tema di interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata, indicando in maniera più puntuale ai giudici *a quibus* come intendere il vincolo giurisprudenziale che proviene da una sentenza della *Grande Chambre*, comunque corredata da molte opinioni dissenzienti e concorrenti, e magari considerandola proprio per questo motivo non ancora giurisprudenza consolidata. Si consideri, infatti, che la sentenza *De Tommaso* è stata comunque decisa a maggioranza dalla *Grande Chambre* e che la spaccatura all'interno del collegio è stata molto forte, come dimostrano le ben sei opinioni concordanti e le quattro dissenzienti che sono state redatte dai giudici a margine della causa. Si tratta di un dato che non può essere trascurato, anche perché la Consulta potrebbe utilizzare proprio questo rilievo per sostenere che, pur essendo una pronuncia della *Grande Chambre*, la sentenza *De Tommaso* non può essere considerata come un precedente consolidato: semmai, un precedente importante, ma suscettibile di *overruling* da parte della Corte Edu.

Tuttavia, siccome mi sto limitando a formulare un giudizio meramente prognostico di che cosa potrebbe sostenere la Corte costituzionale, evidentemente, giunti a questo punto dell'analisi non è più possibile andare oltre: l'auspicio è che in questa materia si ritorni ai principi garantisti del costituzionalismo moderno, quei principi che sembrano essere stati dimenticati dal nostro legislatore e dalla giurisprudenza costituzionale. Non sarà un caso, del resto, se la Camera della Repubblica cisalpina, nel 1805, abbia rigettato un disegno di legge volto a disciplinare l'attività di polizia e a introdurre, in quella che allora veniva chiamata «Repubblica italiana», le misure di prevenzio-

39. Sui principi ermeneutici definiti dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015, ai fini della formulazione dell'interpretazione convenzionalmente conforme da parte del giudice *a quo*, si vedano, almeno, F. Donati, *Il rilievo delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento interno*, in Osservatorio sulle fonti, n. 1/2018, disponibile online (www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-saggi/speciali/speciale-i-trattati-nel-sistema-delle-fonti-a-10-anni-dalle-sentenze-348-e-349-del-2007-della-corte-costituzionale-fasc-1-2018/1198-il-rilievo-delle-sentenze-della-corte-europea-dei-diritti-dell-uomo-nell-ordinamento-interno-problemi-e-possibili-soluzioni/file); C. Padula, *La Corte Edu e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 2/2016, pp. 317-331 (www.giurcost.org/studi/padula2.pdf); D. Pulitano, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, pp. 318-324 (http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/pulitano2_2_15.pdf).

ne, con una motivazione tanto sintetica quanto efficace: «*Nello Stato di un governo libero non dovrebbe esservi condizione mediana tra i colpevoli e gli innocenti, e chi non è in contrarietà alla legge non debba dar conto a nessuno delle sue azioni*»⁴⁰. Una lezione di garantismo, questa, che risale a più di duecen-

to anni fa, ma che dovrebbe essere tenuta in grande considerazione anche oggi, visto che ormai viviamo un tempo così pericolosamente attratto da ideologie e progetti di riforma, in materia di pubblica sicurezza e di tutela dell'ordine pubblico, di impronta illiberale se non addirittura esplicitamente autoritaria⁴¹.

40. L'episodio è riportato da G. Amato, *Individuo e autorità*, op. cit., p. 225, nota n. 119.

41. [NdA] Il 27 febbraio 2019, mentre questo lavoro stava ormai per essere pubblicato, la Corte costituzionale ha depositato le sentenze nn. 24 e 25/2019 con cui ha dichiarato: a) l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 l. n. 1423/1956, nel testo vigente sino all'entrata in vigore del d. lgs n. 159/2011, nella parte in cui consente l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, anche ai soggetti indicati nel n. 1); b) l'illegittimità costituzionale dell'art. 19 l. n. 152/1975, nel testo vigente sino all'entrata in vigore del d. lgs n. 159/2011, nella parte in cui stabilisce che il sequestro e la confisca previsti dall'art. 2-ter l. n. 575/1965 si applicano anche alle persone indicate nell'art. 1, n. 1), l. n. 1423/1956; c) l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, lett. c, d. lgs n. 159/2011, nella parte in cui stabilisce che i provvedimenti previsti dal capo II si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, lett. a; d) l'illegittimità costituzionale dell'art. 16 d.lgs n. 159/2011, nella parte in cui stabilisce che le misure di prevenzione del sequestro e della confisca, disciplinate dagli artt. 20 e 24, si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, comma 1, lett. a; d) l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, d. lgs n. 159/2011, nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi»; infine, in via consequenziale, e) l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 1, del codice antimafia, nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti alla misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno, ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi».

Non potendo essere questa la sede per un approfondimento delle decisioni in questione, anche per obiettive ragioni editoriali, ci si limita a evidenziare come la Corte costituzionale, con la sentenza n. 24, abbia comunque dichiarato inammissibili le tre questioni di legittimità che erano state sollevate dalla Corte d'appello di Napoli, con specifico riferimento al contrasto tra la normativa interna e la Cedu.

Le principali questioni in materia tributaria

di *Francesco Buffa*

Sebbene la Convenzione non contenga norme specificamente rivolte ai diritti dei contribuenti, la giurisprudenza della Corte ha enucleato un gruppo ampio di diritti tutelabili nei confronti dell'amministrazione finanziaria, basati principalmente sull'applicazione dell'art. 6 della Convenzione e dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1.

1. Il ruolo della giurisprudenza della Corte in materia tributaria

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo non contiene norme specificamente rivolte al diritto tributario. Solo nell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Cedu si parla di «imposte», per stabilire che il principio della protezione della proprietà «*non porta pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende*».

È stata la Corte Edu a precisare, in applicazione della teoria della Convenzione come “*living instrument*”, in che misura i diritti dell'uomo vengano in rilievo nella materia della fiscalità, e ciò si è avuto in numerosi casi, alcuni ben conosciuti, altri meno noti in quanto definiti con pronunce di irricevibilità.

La giurisprudenza elaborata dalla Corte lascia una grande libertà agli Stati parti per definire e attuare la loro politica fiscale: che si tratti del numero e dell'assetto delle imposte, della distinzione tra imposte dirette e indirette, del rapporto tra tasse e imposte, della fissazione delle aliquote o delle scadenze e

rateazioni, delle modalità di riscossione e di recupero coattivo delle somme, la Corte riconosce alle autorità nazionali un ampio margine di apprezzamento nel bilanciare interessi confliggenti, quali quelli del potere impositivo e del privato contribuente.

Le scelte in questa materia implicano, normalmente, una ponderazione di problemi politici, economici e sociali che la Convenzione lascia alla competenza degli Stati firmatari, poiché le autorità interne sono evidentemente nella posizione di valutare meglio tali aspetti che non la Corte.

Pur con questa premessa, i settori d'intervento della Corte di Strasburgo nella materia tributaria sono stati vari¹, riguardando il principio del giusto processo di cui all'art. 6 Cedu, il principio di legalità di cui all'art. 7 Cedu, il diritto al rispetto della *privacy* di cui all'art. 8 Cedu, il rispetto della libertà religiosa di cui all'art. 10 Cedu, il rispetto della libertà di espressione e della libertà di essere informati di cui all'art. 10 Cedu, il divieto di discriminazioni di cui all'art. 14 Cedu, la protezione della proprietà dettata dall'art. 1 Protocollo n. 1, la libertà di movimento di cui all'art. 2 Protocollo n. 4, il diritto di non essere puniti due volte per lo stesso fatto di cui all'art. 4 Protocollo n. 7².

1. Per una panoramica generale delle pronunce della Corte Edu in materia, si veda sul sito della Corte, la *fiche* di giurisprudenza *Taxation and the European Convention on Human Rights*, settembre 2018 (www.echr.coe.int/Documents/FS_Taxation_ENG.pdf).

2. Gli studi sistematici in materia, con specifico riferimento alla Cedu, non sono molti. Si richiamano qui V. Berger, *Les évolutions récentes du droit fiscal et l'impact des règles européennes*, intervento al seminario di formazione presso la *Cour de Cassation*, Parigi, 19 giugno 2009; G. Kofler - M. Poiars Maduro - P. Pistone (a cura di), *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, IBFD,

In questa sede mi limiterò a segnalare solo alcuni settori di intervento che più possono porre problemi per il sistema italiano, in relazione anche al nostro contenzioso tributario.

2. Le applicazioni delle garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione: le perquisizioni fiscali e la richiesta di documenti da parte del fisco

L'art. 6 della Convenzione prevede una serie di garanzie procedurali per i casi in cui vi sia una contestazione su «diritti e doveri di carattere civile» ovvero si verta «sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata» nei confronti della persona.

La Corte Edu, come noto, ha escluso la materia tributaria dall'applicazione dell'art. 6 nel suo *volet* civile nella sentenza *Ferrazzini c. Italia* (ove si lamentava la lunghezza dei procedimenti fiscali), in quanto la materia fa parte del “nucleo duro” delle prerogative delle autorità pubbliche, con conseguente natura pubblicistica del rapporto tra il contribuente e l'amministrazione finanziaria.

La soluzione fatta propria dalla Corte in ordine all'inapplicabilità dell'art. 6 alla materia tributaria non è andata esente da critiche, essendosi giustamente censurata³ la scissione tra la garanzia sostanziale dei diritti (riconosciuta dalla stessa Corte) e la garanzia della tutela giurisdizionale di quegli stessi diritti (esclusa, in linea di principio, dal giudice di Strasburgo).

In altre sentenze, peraltro, si è precisato che, qualora la vicenda tributaria incida su interessi che, al di là dell'aspetto patrimoniale, riguardano altri diritti di carattere civile della Convenzione, l'art. 6 si applica.

È il caso, ad esempio, della tutela del domicilio, che implica il rilievo dell'art. 8 Cedu e permette, in tal modo, anche l'applicazione dell'art. 6 Cedu – dunque delle garanzie, ivi previste, del giusto processo.

Nel caso *Ravon e altri c. Francia* (vds. anche, sulla stessa questione e tra le altre, *Kandler e altri c. Francia*, *Maschino c. Francia*), l'amministrazione fiscale, nel quadro di una procedura di accertamento del pagamento dell'IVA da parte di una società e su autorizzazione del tribunale, aveva effettuato una perquisizione nella sua sede legale e sequestrato alcuni documenti. La Corte si è quindi posta il problema se il diritto interno (nella specie, francese, come detto) fornisca un controllo giurisdizionale effettivo a coloro che subivano una perquisizione ai fini fiscali: ciò implica, secondo la Corte, la necessaria disponibilità di una via di ricorso avverso la perquisizione, che possa permettere al giudice di esaminare il caso sia in fatto che in diritto e, qualora constati una irregolarità, di far cessare tale irregolarità fornendo all'interessato una riparazione adeguata. La Corte ha, quindi, sottolineato che non è sufficiente prevedere una procedura *ex post* di risarcimento del danno conseguente a una perquisizione irregolare, occorrendo una procedura che permetta una valutazione della legittimità della perquisizione e, in caso negativo, la sua cessazione⁴.

Al riguardo, va qui evidenziata la mancanza, nell'ordinamento italiano, di forme di tutela immediata contro le violazioni delle norme relative alla formazione della prova rilevante in sede tributaria. Infatti, il contribuente che si trovi a subire un'attività istruttoria illegittima da parte dell'amministrazione finanziaria non ha a disposizione, nell'immediato, alcuno strumento di difesa (si veda, in tema, Cass., sez. unite, 16 marzo 2009, n. 6315).

La problematica trova le sue radici nell'art. 19 d.l.g. n. 546/92, che, nell'annoverare gli atti impugnabili davanti al giudice tributario, non cita gli atti istruttori. Si delinea, così, per il contribuente solo quella che viene definita “tutela differita”.

In presenza di un'istruttoria illegittima, si ha un'unica possibilità: impugnare il successivo atto di accertamento. Solo ove il procedimento di verifica non si sia concluso con l'emanazione di un atto impositivo – o se tale atto non è stato impugnato – l'illegit-

Amsterdam, 2011. Nella letteratura giuridica in lingua italiana, si vedano: R.Conti, *Diritto tributario, giusto processo e altre questioni convenzionalmente sensibili*, in Aa.Vv., *Il nostro sistema tributario all'esame della Cedu. Le questioni ancora aperte* (collana diretta da F. Buffa, *Il diritto in Europa oggi*), atti del convegno organizzato presso la Corte di cassazione dall'Ufficio dei referenti per la formazione decentrata della Scuola superiore della magistratura - Roma, 22 settembre 2015 - Key, Vicalvi (FR), 2016, p. 113; F. Giuliani e G. Chiarizia, *Diritto tributario, CEDU e diritti fondamentali dell'UE*, Giuffrè, Milano, 2017; Aa.Vv., *Istanze costituzionali e sovranazionali nel diritto tributario (Il diritto in Europa oggi)*, atti del corso per giudici tributari organizzato dal Consiglio di presidenza della giustizia tributaria - Roma, Palazzo della Consulta, 6-7 giugno 2016 -, Key, Vicalvi (FR), 2016; A.Perrino, F.Buffa, *Il diritto tributario europeo (Il diritto in Europa oggi)*, Key, Vicalvi (FR), 2017.

3. A. Marcheselli, *Il giusto processo tributario europeo. Efficienza e giustizia nel diritto finanziario d'Europa (Il diritto in Europa oggi)*, Key, Vicalvi (FR), 2016; in tema, in generale, A.F. Uricchio, *CEDU e diritto tributario. Le garanzie del giusto processo*, in Aa.Vv., *Istanze costituzionali e sovranazionali nel diritto tributario (Il diritto in Europa oggi)*, Key, Vicalvi (FR), 2016.

4. In argomento, S. Muleo, *L'applicazione dell'art. 6 Cedu anche all'istruttoria tributaria a seguito della sentenza del 21 febbraio 2008 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Ravon e altri c. Francia e le ricadute sullo schema processuale vigente*, in *Riv. dir. trib.*, vol. IV, nn. 7-8/2008, p. 198.

timità dell'atto prodromico sarà impugnabile davanti al giudice ordinario, in quanto lesiva del diritto soggettivo del contribuente a non subire verifiche fiscali al di fuori dei casi previsti dalla legge (Cass., sez. unite, 2 maggio 2016, n. 8587).

In presenza di accertamento, l'impugnazione dello stesso per vizi della perquisizione prodromica è doppiamente condizionata: da un lato, invero, l'avviso deve essere effettivamente emanato al contribuente leso (eventualità non scontata: si ponga il caso che da indagini illegittime non derivi alcuna contestazione o, diversamente, che l'avviso scaturito da indagini illegittime riguardi un soggetto diverso da quello concretamente leso); dall'altro, l'avviso deve essere fondato sugli elementi probatori acquisiti con le modalità illegittime contestate.

Quanto ai principi che presiedono all'acquisizione delle prove, secondo la Corte, l'autorità, nel determinare la responsabilità degli individui, non deve ricorrere a elementi di prova ottenuti attraverso minacce di sanzioni o in forza di pressioni nei confronti dell'accusato (*Chambaz c. Svizzera*)⁵, essendo ritenuta tra queste, ad esempio, la sanzione pecuniaria per ogni giorno di ritardo nella produzione richiesta, applicata a fronte del rifiuto del contribuente di fornire i documenti richiesti dal fisco (*Funke c. Francia*)⁶.

Il principio del diritto al silenzio del contribuente assume particolare rilievo una volta considerato che, nell'ordinamento italiano, sostanzialmente non si ammette che il contribuente non risponda alle richieste dell'amministrazione finanziaria. Sono, anzi, previste da varie norme, a fronte di un eventuale rifiuto alla collaborazione da parte del contribuente, effettive sanzioni: si pensi all'art. 9, comma 2, d.lgs 471/97, il quale prevede una sanzione pecuniaria per «chi, nel corso degli accessi eseguiti ai fini dell'accertamento in materia di imposte dirette e di imposta sul valore aggiunto, rifiuta di esibire o dichiara di non possedere o comunque sottrae all'ispezione e alla verifica i documenti, i registri e le scritture indicati nel

medesimo comma ovvero altri registri, documenti e scritture, ancorché non obbligatori, dei quali risulti con certezza l'esistenza». Si pensi, altresì, all'art. 11 dl n. 201/2011, che configura sanzioni penali a carico di «chiunque a seguito delle richieste effettuate nell'esercizio dei poteri di cui agli articoli 32 e 33 dpr 600/73 e 51 e 52 dpr 633/72 esibisce o trasmette atti o documenti falsi in tutto o in parte ovvero fornisce dati e notizie non rispondenti al vero».

Tali norme possono apparire problematiche rispetto alla Convenzione, in quanto la loro applicazione finisce per contrastare con il principio della parità delle armi, posto alla base del giusto processo, e con il *nemo tenetur se detegere*, principio che, come si vedrà, la Corte ritiene direttamente applicabile con riferimento alle misure tributarie che possano essere qualificate come «penali», secondo la valutazione autonoma da essa effettuata in base a criteri giurisprudenziali consolidati.

3. La tutela dell'art. 1 del Protocollo 1 e il *proportionality test* in relazione all'imposizione fiscale

Il principale settore di intervento della Corte Edu in materia tributaria è stato quello relativo all'applicazione dell'art. 1 Protocollo n. 1, norma che protegge la proprietà privata.

Nella terminologia della Cedu, l'imposizione fiscale costituisce un'ingerenza nel pacifico godimento dei diritti protetti: in linea generale, peraltro, come già anticipato, l'ingerenza nel godimento dei beni al fine di pagamento delle imposte è giustificata ai sensi del secondo comma del medesimo articolo, che legittima specificamente «il pagamento delle imposte o di altri contributi» (*Buffalo Srl in liquidazione c. Italia*).

Secondo la giurisprudenza della Corte, tuttavia, l'ingerenza non sfugge in ogni caso al controllo della

5. F. Marullo di Condojanni, *Nemo tenetur se detegere: possibili ripercussioni della recente giurisprudenza Cedu sul sistema tributario*, in *Riv. dir. trib.*, vol. II, n. 1/2013, p. 26; R. Iaia, *Le dichiarazioni auto-accusatorie del contribuente nell'istruttoria fiscale* (nota a Cass, n. 23031/2015), in *Riv. giur. trib.*, 2016, p. 608.

6. In argomento, si richiama nel nostro ordinamento la sanzione dell'inutilizzabilità prevista dall'art. 52, comma 5, dPR 26 ottobre 1972, n. 633, il quale esclude la possibilità di prendere in considerazione a favore del contribuente, in sede amministrativa e contenziosa, i documenti (libri, scritture, registri, etc.) che non siano stati acquisiti durante gli accessi perché il contribuente ha rifiutato di esibirli o ha dichiarato di non possederli, o perché li ha comunque sottratti al controllo. Per un'interpretazione della norma costituzionalmente orientata, si veda Cass., sez. V civ., 14 luglio 2010, n. 16536, secondo cui la norma fa eccezione a regole generali, e perciò non può essere applicata oltre i casi e i tempi da essa considerati, e deve essere interpretata, in coerenza e alla luce dei principi affermati dagli artt. 24 e 53 Cost., in modo da non comprimere il diritto alla difesa e da obbligare il contribuente all'effettuazione di pagamenti non dovuti: quindi nel senso che, per essere sanzionato con la perdita della facoltà di produrre i libri e le altre scritture, il contribuente stesso deve aver tenuto un comportamento diretto a sottrarsi alla prova e, dunque, capace di far fondatamente dubitare della genuinità di documenti che affiorino soltanto in seguito, nel corso di giudizio. Più di recente, invece, il diverso principio affermato da Cass., sez. V civ., 12 aprile 2017, n. 9487, secondo la quale il divieto in discorso opera non solo nell'ipotesi di rifiuto (per definizione «doloso») dell'esibizione, ma anche nei casi in cui il contribuente dichiara, contrariamente al vero, di non possedere i documenti in suo possesso, o li sottragga all'ispezione non allo scopo di impedire la verifica, ma per errore non scusabile, di diritto o di fatto (dovuto a dimenticanza, disattenzione, carenze amministrative, etc.).

Corte, in quanto bisogna sempre stabilire se l'art. 1 del citato Protocollo sia stato applicato correttamente (*Di Belmonte c. Italia*): l'ingerenza, per essere convenzionalmente conforme, deve essere prevista dalla legge per uno scopo legittimo e risultare necessaria in una società democratica⁷.

Il primo dei richiamati requisiti è fondato sul principio di legalità dell'ingerenza (principio che, in materia tributaria, ricorda l'omologo previsto dall'art. 53 Cost.): si riconosce, quale limite al potere impositivo degli Stati, il rispetto del principio della predeterminazione normativa degli obblighi, espressamente sancito dall'art. 1 del Protocollo, laddove si fa riferimento alla «legge» quale fonte delle limitazioni al diritto di proprietà.

«Legge» è – insegna la Corte – quella fonte idonea a dare, indipendentemente dai requisiti formali, garanzie di precisione, stabilità e prevedibilità delle conseguenze delle condotte e dell'assetto di diritti e obblighi (*Sunday Times c. Regno Unito*).

Tale garanzia è nota anche come riserva di legge sostanziale – per distinguerla dalla riserva di legge formale –, per il fatto che è soddisfatta da norme giuridiche cogenti di qualsiasi tipo: di fonte parlamentare, giurisprudenziale (negli ordinamenti retti dal *case law*) e, financo, regolamentare, a condizione che siano debitamente pubblicate e preventivamente conoscibili (cfr., per tutte, *Spacek c. Repubblica Ceca*).

Nella sua giurisprudenza, la Corte ha precisato la «qualità» della legge, dovendo questa avere i caratteri dell'accessibilità e della precisione.

Per il primo profilo, regolamenti interni, direttive o circolari degli uffici finanziari che non siano pubblicati non potranno formare una base per restrizioni dei diritti e delle libertà garantite. Quanto al secondo aspetto, la giurisprudenza afferma che la legge interna pertinente dev'essere formulata in maniera sufficientemente precisa per (limitare il potere discrezionale dell'autorità amministrativa e giudiziaria e) permettere alle persone interessate – se del caso, con l'aiuto di consigli appropriati – di prevedere, in una misura ragionevole nelle circostanze di causa, le conseguenze che possono risultare da un determinato comportamento o atto.

La Corte reputa, in proposito, anche sindacabile la qualità della legge in termini di chiarezza, ritenendo violata la garanzia in presenza di norme tra loro contrastanti (o di una norma dal significato ambiguo), pur interpretate nei singoli atti applicativi in modo non plausibile dall'amministrazione fiscale

(*Shchokin c. Ucraina*): il contribuente sarebbe in tali casi esposto all'arbitrio dell'amministrazione, con ciò integrandosi una violazione della riserva di legge; ne consegue, dunque, la violazione della garanzia in presenza di interpretazioni amministrative o giurisprudenziali imprevedibili in base al tenore delle norme (o della giurisprudenza) preesistenti (*Oao Neftyanaka, Kompaniya Yukos c. Russia*).

L'ingerenza deve, inoltre, perseguire uno scopo legittimo. La Corte richiede che le autorità nazionali esplicitino lo scopo perseguito: ad esempio, nel caso *Imbert De Trémiolles c. Francia*, la Corte ha preso atto del fatto che l'imposta di solidarietà prevista dal legislatore francese nei confronti delle persone fisiche proprietarie di un patrimonio netto imponibile superiore a una certa soglia perseguiva lo scopo, considerato legittimo da parte della Corte, di finanziare una parte del reddito minimo di inserimento per i disoccupati.

Diversa la soluzione in altro caso, nel quale si è affermato che, nonostante l'ampio potere discrezionale che lo Stato mantiene in materia fiscale, l'esercizio di tale potere non può mettere in discussione i principi della certezza del diritto e dello Stato di diritto: così, non si può accettare l'annullamento di una decisione giudiziaria definitiva passata in giudicato che abbia riconosciuto dei crediti a favore dei contribuenti verso lo Stato (*Stere e altri c. Romania*).

La valutazione più complessa fatta dalla Corte Edu è quella che, collocata solo al terzo momento dell'indagine giuridica (dopo la previsione legale e lo scopo legittimo), riguarda la proporzionalità dell'ingerenza.

Nella terminologia della Corte, l'ingerenza deve essere «necessaria in una società democratica», ossia deve corrispondere a un «*besoin social impérieux et doit être justifiée par des décisions de justice motivées de façon pertinente et suffisante*».

Se, in materia tributaria, non è compito dei giudici di Strasburgo valutare l'imposizione fiscale in sé, e agli Stati è dunque lasciato ampio margine di apprezzamento in materia, ciò non toglie che spetta alla Corte esaminare se lo Stato, attraverso le politiche fiscali, imponga un peso eccessivo ai contribuenti o se, comunque, si pregiudichi in maniera sostanziale la loro situazione finanziaria.

Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, qualsiasi interferenza statale deve garantire un «giusto» equilibrio tra le esigenze di interesse generale della comunità e i diritti fondamentali dell'indi-

7. A. Calzolari, *La tutela CEDU del diritto di proprietà: la base legale del giusto tributo*, in *Corr. trib.*, n. 40/2017, p. 3148; R. Chenal, *Cedu e diritto tributario: le garanzie di natura sostanziale*, nonché S.F. Mannino, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e gli ordinamenti interni degli Stati aderenti nel dialogo tra le giurisdizioni europee e quelle nazionali*, entrambi in *Aa.Vv.*, *Il nostro sistema tributario all'esame della Cedu.*, op. cit., pp. 35 e 93 rispettivamente.

duo (cd. *proportionality test*). Per l'effetto, l'obbligo finanziario che sorge dal prelievo dei tributi o di altre forme di contribuzione, può violare la garanzia consacrata dall'art. 1 Protocollo n. 1 se impone al soggetto interessato un onere eccessivo o reca un sostanziale danno alla sua situazione finanziaria.

Applicazioni in materia tributaria dell'art. 1 Protocollo 1 si sono avute, ad esempio, in materia di rimborsi di imposta, di soglia dell'imposizione, di prelievi eccezionali in tempo di crisi e, infine, di poteri esecutivi dell'amministrazione finanziaria.

Quanto al rimborso dei crediti di imposta, la Corte ha sottolineato che, nel caso di diritto al rimborso di indebito, un eventuale ritardo nel pagamento può comportare la violazione del suddetto articolo, e ciò in quanto la prolungata indisponibilità delle somme a credito nei confronti dello Stato può comportare «un peso eccessivo o comunque può pregiudicare in maniera sostanziale la sua situazione finanziaria» (*Buffalo Srl in liquidazione c. Italia; Beires Côte-Real c. Portogallo; Eko-Elda AVEE c. Grecia*).

Quanto alla misura della pressione fiscale, la Corte ha ritenuto che l'imposizione di una tassa o di altro contributo è contraria al rispetto della proprietà quando la persona riceva un peso insopportabile o veda sconvolta la sua situazione finanziaria. L'eccessivo livello di tassazione è stato così alla base della violazione riscontrata nel caso *N.K.M. c. Ungheria*, in relazione all'aliquota, eccessivamente elevata, applicata nella specie sulla indennità di licenziamento.

Il caso dei prelievi eccezionali in tempo di crisi è stato esaminato dalla già richiamata sentenza *Imbert De Trémolles c. Francia*, relativa all'imposta di solidarietà sulla ricchezza (ISF). Il ricorso è stato dichiarato manifestamente infondato e, quindi, irricevibile: la Corte ha ritenuto che l'ISF, creata come una tassa di solidarietà per finanziare una parte del reddito minimo di inserimento, sia stata progettata per soddisfare l'interesse generale e che le modalità di applicazione della normativa rientrassero nel mar-

gine di discrezionalità lasciata allo Stato in questo settore, in particolare nel quadro dell'attuazione della politica fiscale, restando peraltro escluso che il pagamento della tassa in questione avesse portato a un pregiudizio sproporzionato per la situazione finanziaria dei richiedenti. Analogo il caso italiano, *Abate c. Italia*, delle cd. "pensioni d'oro", ossia con un importo superiore a 14 volte il trattamento minimo pagato dall'Istituto nazionale della previdenza sociale (Inps), dichiarato inammissibile dalla Corte Edu (al riguardo, in precedenza, Corte cost., 20 luglio 2016, n. 173).

Infine rileva, nel campo dell'art. 1 del primo Protocollo, un'applicazione sproporzionata di provvedimenti cautelari *pro fisco* (*Metalco c. Ungheria*, concernente il sequestro di beni di valore sproporzionato rispetto al debito tributario; *Rousk c. Svezia*, riguardante il pignoramento e la vendita all'asta dell'abitazione del ricorrente, che non aveva ottemperato al pagamento di un debito di natura fiscale di entità notevolmente inferiore rispetto al valore della casa)⁸.

Il tema delle misure esecutive a favore del fisco è stato esaminato anche sotto il profilo del giusto processo, essendosi affermato (*Janosevic c. Svezia*) che la Convenzione in sé non esclude che misure di esecuzione siano adottate prima che le decisioni (nella specie, relative a maggiorazioni di imposta) siano divenute definitive, ma che gli Stati sono tenuti a non ricorrere a tale esecuzione se non nei limiti della ragionevolezza, cercando di garantire un corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco. Ciò risulta ancora più importante nei casi in cui le misure di esecuzione siano state adottate sulla base di decisioni dell'amministrazione finanziaria, ossia ancora prima che un tribunale abbia deciso sulla legittimità delle maggiorazioni in questione.

La Corte nota, ancora, che l'interesse finanziario dello Stato, che in principio gode di un peso importante nel bilanciamento tra gli interessi in gioco – tenuto conto della necessità di assicurare l'effettività del sistema di imposizione –, non possiede

8. In materia, per il diritto nazionale, si richiama il principio stabilito dalle sezioni unite della Cassazione nella sentenza del 12 aprile 2012, n. 5771 (e ribadito di recente da Cass., sez. V civ., ord. 28 giugno 2017, n. 16110), secondo il quale, in tema di riscossione coattiva delle imposte, l'ipoteca prevista dall'art. 77 dPR n. 602/1973, rappresentando un atto preordinato all'espropriazione immobiliare, soggiace agli stessi limiti per quest'ultima stabiliti dall'art. 76 del medesimo dPR, e non può, quindi, essere iscritta se il debito del contribuente non supera gli 8000 euro. Né a diversa conclusione può indurre l'art. 3, comma 2-ter, dl n. 40/2010 – convertito con modifiche dalla l. n. 73/2010 – il quale, vietando all'agente della riscossione di iscrivere ipoteca per crediti inferiori a 8000 euro, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, ha così indicato l'autonomo presupposto per le future iscrizioni di ipoteca in un importo coincidente con quello minimo previsto per l'espropriazione, senza, per ciò solo, poter essere apprezzato come indiretta dimostrazione dell'inesistenza, per il periodo pregresso, di limiti di valore per la stessa iscrizione.

Con riferimento al fermo amministrativo disposto dal concessionario su beni mobili registrati (ad esempio, i veicoli) di proprietà del debitore, in forza dell'art. 86, dPR n. 602/73, l'importo del debito nella legislazione rileva solo sul piano procedurale, in relazione ai termini e alla necessità di invio di comunicazione contenente il dettaglio del debito. Nella giurisprudenza tributaria, peraltro, si richiamano alcune pronunce secondo le quali è illegittimo il fermo amministrativo del veicolo qualora risulti sproporzionato rispetto alla pretesa tributaria, e nel caso in cui non siano adeguatamente indicate le motivazioni che ne abbiano giustificato l'adozione (Commissione tributaria provinciale di Roma, n. 28/12/2013; Commissione tributaria regionale di Bologna, n. 65/13/12; Commissione tributaria provinciale di Caserta, n. 8631/14/14; Commissione tributaria provinciale di Napoli, n. 241/17/12).

la stessa portata nel campo delle maggiorazioni di imposta, non essendo queste concepite come fonte di finanziamento del sistema, bensì come strumenti che mirano a fare pressione sui contribuenti affinché rispettino i loro obblighi di natura fiscale e a punire gli illeciti: di conseguenza, il *test* di proporzionalità sarà qui più stringente e altri elementi possono essere presi in considerazione, come la possibilità, in caso di successo davanti ai tribunali, di ottenere il rimborso delle maggiorazioni e di ripristino dello *status quo ante*.

4. Qualificazione, a opera della Corte Edu, delle maggiorazioni di imposta e delle sanzioni tributarie, ai fini dell'applicazione dei principi relativi alle «accuse in materia penale»

La Corte Edu applica le garanzie previste dall'art. 6 Cedu per le «accuse in materia penale» a quelle sanzioni che, secondo i cd. “criteri Engel”, la Corte stessa, nella sua autonomia, qualifica come *penali*, tenuto conto, oltre che della qualificazione giuridica della misura da parte del diritto interno, della natura della misura nonché della natura e del grado di severità della sanzione.

Con l'adozione di un'interpretazione autonoma del concetto di «accusa penale», applicando i criteri delineati nel proprio precedente Engel, la Corte Edu ha gettato le basi per una progressiva estensione dell'applicazione dell'art. 6 ad aree non rientranti formalmente sotto la categoria tradizionale del diritto penale: ad esempio, alle sanzioni amministrative (*Öztürk c. Germania*), alle punizioni per violazioni della disciplina carceraria (*Campbell e Fell c. Regno Unito*), alle infrazioni doganali (*Salabiaku c. Francia*), alle sanzioni pecuniarie inflitte per violazione del diritto della concorrenza (*Società Stenuit c. Francia*), alle ammende inflitte da giurisdizioni finanziarie (*Guisset c. Francia*).

Ad esempio, in *Jussila v. Finlandia*, la Corte ha trasposto i principi penalistici al contenzioso fiscale e ha rilevato che, sebbene le maggiorazioni d'imposta in materia di IVA facessero parte del regime fiscale, esse erano imposte da una norma il cui scopo era deterrente e punitivo, dunque con natura penale.

La Grande Camera ha sottolineato, in particolare, come la lieve entità della sanzione (terzo criterio) non costituisca, di per sé, un elemento atto a privare la misura del carattere penale, qualora fosse evidente il suo carattere deterrente e repressivo (secondo criterio).

La qualificazione di una misura come penale ha conseguenze di diverso tipo, sostanziale e processuale⁹.

Sul piano sostanziale, trovano applicazione le garanzie di cui all'art. 7 della Convenzione, come interpretato dalla Corte, e segnatamente i principi di accessibilità e prevedibilità della base legale (ossia della fattispecie che definisce l'illecito e la conseguente sanzione: *Achour v. France*; *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*), l'irretroattività della legge sfavorevole (compresa anche l'irretroattività del mutamento di giurisprudenza *in malam partem*: cfr. *Del Río Prada c. Spagna*)¹⁰, la retroattività della legge – anche intermedia – più favorevole (cfr. *Scoppola c. Italia* n. 2).

Sul piano processuale, dall'accertamento della natura sostanzialmente penale della misura tributaria discende l'applicazione delle garanzie di cui agli artt. 6 Cedu e 4 Protocollo n. 7: si tratta dei principi relativi all'indipendenza e imparzialità del giudice – principio consolidato (benché non espresso dalla Cedu con riferimento a giudici tributari) che, in generale, potrebbe porre problemi per un sistema, come quello italiano, nel quale i giudici delle commissioni tributarie sono retribuiti da una delle parti del processo¹¹ –, al diritto di accesso a un tribunale (*Ravon e altri c. Francia*), al diritto alla difesa e di accesso agli atti (*Bendemoun c. Francia*), alla presunzione di innocenza (*Janosevic c. Svezia*), all'intrasferibilità della sanzione tributaria agli eredi del contribuente (*A.P. e altri c. Svizzera*), al diritto a un'udienza pubblica (*Håkansson e Sturesson c. Svezia*), alle garanzie

9. In tema, A. Merone, *L'espansione del principio del ne bis in idem nella giurisprudenza CEDU: ritorno al passato per gli illeciti tributari e aspettative di democratizzazione dei rapporti tributari*, in Aa.Vv., *Il nostro sistema tributario all'esame della Cedu*, op. cit., p. 83.

10. Sul tema della compatibilità delle leggi retroattive con i diritti dei contribuenti protetti dalla Convenzione, in generale, M.R.T. Pauwels, *Retroactive Tax Legislation in View of Article 1 First Protocol ECHR*, in *EC Tax review*, vol. 22, n. 6/2012, pp. 268-281.

11. La gravità del problema dell'indipendenza dei giudici tributari in relazione ai principi Cedu emerge dalle considerazioni di: A. Russo, *I lievi cambiamenti sul profilo dei giudici tributari*, in *Boll. tribut.*, n. 2/2016, p. 93; A. Marcheselli, *Diritti fondamentali CEDU e “giudici tributari sotto al trono”*: una storica questione di legittimità costituzionale, in *Questione Giustizia on line* del 4/11/2014, www.questionegiustizia.it/articolo/diritti-fondamentali-cedu-e-giudici-tributari-sott_04-11-2014.php (e, con rinvio, <http://www.europeanrights.eu/index.php?lang=ita&funzione=S&op=5&id=1044>); Id., *La (in) dipendenza del giudice tributario italiano nella lente della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo*, in *Dir. prat. tribut.*, vol. 84, n. 2/2013, pp. 387-423; M. Damiani, *È compatibile la disciplina del processo tributario con la CEDU?*, in *Riv. giur. trib.*, n. 1/2015, p. 52.

di durata del processo (*Västberga Taxi Aktiebolag e Vulic c. Svezia*), al diritto al silenzio dell'accusato (di cui si è detto nel secondo paragrafo), al divieto di confisca senza condanna penale (cfr. le sentenze *Sud Fondi, Varvara e GIEM*)¹² nonché, infine, al divieto di *bis in idem* (*Lucky Dev c. Svezia* e, ancor più, *A e B c. Norvegia*, del 2016¹³).

Naturalmente, la diversità dei criteri convenzionali rispetto a quelli “domestici” non pone meri problemi teorici, peraltro complessi, anche in relazione al fatto che gli approdi giurisprudenziali della stessa Corte Edu sono in continua evoluzione, ma sarà altresì alla base di rilevanti problemi pratici idonei a interferire sull'effettività della giustizia¹⁴.

12. Quanto alla confisca *ex art. 12-bis* l. n. 74/2000, si veda la diversa impostazione di Cass., nn. 10651/14 e 31617/15; sulla confisca per equivalente, A. Del Sole, *È costituzionalmente compatibile l'applicazione retroattiva della confisca per equivalente?*, in *Corr. trib.*, n. 32/2008, p. 2601.

13. Quest'ultimo caso è relativo a due contribuenti perseguiti e puniti due volte – in procedimenti amministrativi e penali – per lo stesso fatto. Qui la Corte, modificando la propria precedente “pericolosa” giurisprudenza, espressa dalla sentenza *Grande Stevens c. Italia*, ha affermato la compatibilità della pluralità dei procedimenti a condizione che siano adeguatamente connessi nello spazio e nel tempo e che le relative conseguenze siano prevedibili dall'interessato e comunque proporzionate, tenendosi conto, nel secondo procedimento, della sanzione già inflitta dal primo. I casi evocati, al pari del tema, sono esaminati in altra parte del volume e qui vengono solo richiamati brevemente.

14. Per i problemi pratici e di sistema derivanti dalla giurisprudenza della Corte Edu, con specifico riferimento al principio del *ne bis in idem* in materia tributaria, A. Merone, *L'espansione del principio*, *op. cit.*, che rileva acutamente che se, in applicazione dei principi Cedu, l'individuazione della sanzione considerata legittima in base alla regola del *ne bis in idem* non è quella prevista preventivamente dal legislatore, ma quella che viene applicata per prima, vi è il rischio che la scelta sia del tutto casuale, se non pilotata. Può farsi l'esempio di chi, per sfuggire all'applicazione di una pesante sanzione pecuniaria, si autodenunci per un reato concorrente, accettando l'irrogazione di una blanda pena detentiva, magari beneficiando anche della sospensione della stessa; o, all'opposto, di chi riesca a sottrarsi alla grave sanzione penale sol perché il giudizio penale è in corso al momento in cui viene definito il più veloce procedimento tributario relativo a modesta sanzione pecuniaria. In dottrina, altresì, si vedano le considerazioni espresse da F. Pepe, *Sistema sanzionatorio e ne bis in idem CEDU: la dimensione antropologica di un (irriducibile?) conflitto*, in *Riv. dir. tribut.*, n. 6/2015, p. 491; I. Caraccioli, *La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l'inevitabile approdo al principio ne bis in idem*, in *Fisco*, n. 24/2014, p. 2374; G.M. Flick, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2014 (www.penalecontemporaneo.it/d/3281-reati-fiscali-principio-di-legalita-e-ne-bis-in-idem-variazioni-italiane-su-un-tema-europeo) e in *Rass. tribut.*, n. 5/2014, p. 939.

I curatori

Francesco Buffa, consigliere della Corte di Cassazione, in distacco alla Corte Edu dal 2016; ha insegnato dal 1993 all'Università del Salento e, dal 2008, insegna all'Università di Roma "La Sapienza"; è autore di 60 monografie e di oltre 800 saggi, note ed articoli giuridici, editi con le principali case editrici. Tra le sue opere, *Il lavoro degli extracomunitari* (in due tomi, 2009), *Freedom of expression in the Internet society* (2016) e *A journey through countries and history (a century of historical events as seen by the ECHR)* (2017).

Maria Giuliana Civinini, giudice dal 1983, formatrice giudiziale dal 1993, già membro del Comitato scientifico della Nona commissione del Csm (1996-2000), membro del Consiglio superiore della magistratura (2002-2006), presidente dei giudici europei nella missione CSDP EULEX Kosovo (2008 – 2011), da luglio 2017 co-agente del Governo italiano davanti alla Corte Edu, autrice di numerose opere e articoli in materia di diritto processuale civile, organizzazione giudiziaria, diritto internazionale, diritto di famiglia.

Gli autori *

Paola Accardo, già magistrato, già co-agente del Governo davanti alla Corte Edu

Francesco Alicino, professore ordinario di Diritto pubblico delle religioni, LUM-Jean Monnet, Casamassima

Sara Anastasio, avvocato del Foro di Lecce

Maria Laura Aversano, magistrato, co-agente del Governo davanti alla Corte Edu

Renato Bernabai, già consigliere della Corte di cassazione

Giuseppe Bronzini, consigliere della Corte di cassazione

Francesco Buffa, consigliere della Corte di cassazione, in distacco alla Corte Edu

Daniela Cardamone, magistrato distaccato presso la Corte Edu

Corrado Caruso, professore associato di Diritto costituzionale e assistente di studio della Corte costituzionale

Salvatore Centonze, avvocato del Foro di Lecce

Antonello Ciervo, avvocato del Foro di Roma, abilitato di II fascia in Diritto Costituzionale, ricercatore presso la Fondazione Lelio e Lisli Basso

Giulia Ciliberto, dottoranda di ricerca in diritto dell'economia, Università di Napoli "Federico II"

Claudia Cinnirella, dottoranda di ricerca Università di Napoli "Parthenope"

Maria Giuliana Civinini, giudice, Co-Agente del Governo di fronte alla Corte Edu ed esperto giuridico presso la Rappresentanza permanente d'Italia di fronte al Consiglio d'Europa

Roberto Giovanni Conti, consigliere della Corte di cassazione

Maria Luisa D'Addabbo, avvocato del Foro di Roma, co-presidente del Legal Team Italia

Vincent De Gaetano, giudice e presidente di sezione della Corte Edu, già presidente della Corte costituzionale e della Corte d'appello maltese

Giuseppe De Marzo, consigliere della Corte di cassazione

Francesco De Santis di Nicola, professore aggregato di Procedure di tutela internazionale dei diritti umani e ricercatore all'Università di Napoli "Federico II", già giurista presso la Corte Edu

Franco De Stefano, consigliere della Corte di cassazione

Federico Di Salvo, avvocato, ex giurista della Corte Edu

* Le considerazioni in questo volume sono naturalmente espresse a titolo personale e non impegnano in alcun modo la Corte e gli altri enti di appartenenza degli Autori

Pasquale Fimiani, *consigliere della Corte di cassazione*

Matteo Fiori, *giurista presso il Dipartimento del Consiglio d'Europa per l'esecuzione delle sentenze della Cedu*

Piero Gaeta, *sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*

Patrizio Gonnella, *presidente dell'Associazione "Antigone"*

Pierpaolo Gori, *consigliere della Corte di cassazione*

Simona Granata-Menghini, *vice segretario della Commissione di Venezia*

Franco Ippolito, *presidente di sezione emerito della Corte di cassazione,
presidente della Fondazione Lelio e Lisli Basso*

Joëlle Long, *ricercatrice di Diritto privato e docente di Diritto di famiglia, Università di Torino*

Vittorio Manes, *professore ordinario di Diritto penale, Università di Bologna*

Luca Masera, *professore associato di Istituzioni di diritto penale, Università degli Studi di Brescia*

Michele Massa, *professore associato di Istituzioni di diritto pubblico,
Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

Emanuele Nicosia, *magistrato di sorveglianza del tribunale di Caltanissetta, già giurista della Corte Edu*

Aurora Notarianni, *avvocato del Foro di Messina*

Peter Paczolay, *giudice della Corte Edu, già Presidente della Corte Costituzionale ungherese*

Francesco Perrone, *giudice presso il Tribunale di Padova*

Stefano Piedimonte, *capo della Divisione ricerca della Corte Edu*

Paulo Pinto de Albuquerque, *giudice e vice presidente di sezione della Corte Edu, Professore*

Guido Raimondi, *giudice, presidente della Corte Edu, già Consigliere della Corte di Cassazione*

Giorgio Repetto, *professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Perugia*

Valentin Retornaz, *giudice presso il Tribunale di Hérens e Conthey (Svizzera),
già giurista presso la Corte Edu*

Emma Rizzato, *magistrato addetto al Gabinetto del Ministro della giustizia*

Renato Rordorf, *già presidente aggiunto della Corte di cassazione*

Federico Roselli, *presidente di sezione emerito della Corte di cassazione*

Andreea Maria Roșu, *avvocato del Foro di Bucarest, già giurista presso la Corte Edu*

Alessio Scaffidi, *giurista della Corte Edu*

Vincenzo Sciarabba, *professore associato di Diritto costituzionale e Diritto comparato, Università di Genova*

Andrea Tamietti, *giurista della Corte Edu*

Laura Torsello, *ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università Politecnica delle Marche*

Giulia Valentini Grigioni, *dottore in legge, già tirocinante presso la Corte di cassazione*

Kristina Velcikova, *già giurista presso la Corte europea dei diritti dell'uomo
e presso l'ufficio dell'Alto Commissariato per i diritti umani delle Nazioni Unite*

Muriel Vicquéry, *giurista della Corte Edu*

Vladimiro Zagrebelsky, *giudice emerito, già giudice della Corte Edu*