

Scuola Superiore della Magistratura
Struttura Didattica Territoriale
CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA

IL PUNTO SULLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE 2017:
I casi italiani dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea e alla Corte europea per i diritti
umani

Venerdì 16 febbraio 2018
Ore 15,00

La giurisprudenza della Corte edu. Casi scelti in materia civile e penale

Dott. Roberto Giovanni Conti
Corte di Cassazione

Testo provvisorio

SOMMARIO

1. La CEDU si applica ai rapporti fra privati? 1.1. Qualche recente conferma in tema di applicabilità della CEDU ai rapporti interprivati. Licenziamenti in ambito privatistico. La Grande Camera nel caso *Bărbulescu c. Romania* (ric. 61496/08) – 5 aprile 2017 – sul controllo della posta elettronica messa a disposizione del lavoratore. 1.2 Segue: Videosorveglianza nei confronti del lavoratore da parte del datore di lavoro - Corte dir.uomo, 9 gennaio 2018, n. 1874/13 e 8567/13, *Isabel López Ribalda, Maria Ángeles Gancedo Giménez, Maria Del Carmen Ramos Busquets, Pilar Saborido Apresa e Carmen Isabel Pozo Barroso c. Spagna*. 1.3 Maternità surrogata, ordine pubblico e interesse superiore del minore – Corte dir.uomo, 24.1.2017, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia* –. 2. Violenze in danno di soggetti vulnerabili, tra obblighi (secondari) di protezione e divieto di discriminazione di genere. Corte edu, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia* – ric.n.41237/14–. 2.1 Premesse. 2.2 Il diritto alla vita, il divieto di tortura e di trattamenti disumani o degradanti secondo la CEDU. 2.3 Corte edu, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia* –ric.n.41237/14–. 2.4 Alcune brevi considerazioni. 2.5 Trib.Messina 30 maggio 2017 e la responsabilità dello Stato per condotta negligente di due P.M. 3. L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nell'ordinamento interno. Uno sguardo al piano interno ed uno a quello della Corte edu. 3.1 Premesse generali sul piano interno: l'efficacia delle sentenze della Corte edu 'rivista' da Cost. cost.n.49/2015. 3.2 Ambito penali. Il giudicato nascente da Corte dir. uomo, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*. Il primo seguito – App.Caltanissetta, 17 marzo 2016 – e l'ultimo – Cass.pen.n.43112/2017 – con uno sguardo al caso *Dell'Utri*- Cass. pen., 18 ottobre 2016, n.44193 –. 3.3 L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nell'ordinamento interno in ambito non penale.(Corte cost.n.123/2017). 3.4 Qualche notazione sulla sentenza n.123/2017. 3.5 L'esecuzione delle sentenze della Corte edu, vista...dalla Corte europea dei diritti dell'uomo(Corte dir.uomo, 11 luglio 2017,(Grande Camera) *Moreira Ferreira c. Portogallo*. 4. La giurisprudenza consolidata della Corte edu. Alcune importanti precisazioni nella giurisprudenza costituzionale post sent.n.49/2015-Corte cost.nn.68 e 109/2017 –.

ALLEGATI

-Scheda a cura del Cons.Sergio Beltrani, componente Gruppo di attuazione Protocollo Cassazione/Corte edu: Giudizio - Istruzione dibattimentale - Letture consentite - Atti non ripetibili- Scheda a cura del Cons.Raffaello Magi, componente gruppo attuazione Protocollo Cassazione/Corte edu: Misure di prevenzione personali e patrimoniali - Giudizio di pericolosità - Criteri di formulazione -.

1. La CEDU si applica ai rapporti fra privati?

Appare utile aprire un *focus* sulla rilevanza della CEDU nei rapporti interprivati.

Si tratta, per molti versi, di un terreno ancora da esplorare¹, 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 della CEDU, ciascuno Stato contraente "riconosce ad ogni persona sottoposta alla [sua] giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel ... [la] Convenzione". Questa costituirebbe, tuttavia, una risposta incompleta, essendo il tema decisamente più complesso, vuoi sotto il profilo dello svolgimento di funzioni pubbliche da parte di soggetti privati, vuoi sotto quello 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 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 – Corte dir.uomo, 17.1.2002, *Calvelli e Ciglio c. Italia* – servizi sanitari – Corte dir.uomo, Corte dir.uomo, 16 giugno 2005, *Stork c. Germania* –, raccolta rifiuti – Corte dir.uomo, 10.1.2012, *Di Sarno c. Italia* –, sanzioni e istruzione scolastica – Corte dir.uomo 25.3.1993, *Costello Roberts c. Regno Unito* –. In tali casi lo Stato risponde direttamente della violazione subita dal privato.

Sotto il secondo versante, il concetto di obbligo positivo si affianca, differenziandosene, a quello di "obbligo negativo". 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 privati².

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.

*6. The present case also concerns the very delicate issue of the effects of judgments of the Court finding a violation of the Convention in civil proceedings or arising from a judicial decision in a civil case. Judicial decisions in civil cases very often serve to determine disputes between parties with opposing interests. When one of the parties challenges before the Court the compatibility with the Convention of the procedure applied or the decision given, the outcome of the proceedings before the Court affects the rights and interests of the other parties. Although the Court examines the vertical relationship (that is, the relationship between the applicant and the State) and rules on violations of the Convention attributed to the State authorities, the judgment finding a violation of the applicant's rights on account of civil proceedings or of a judicial decision in a civil case will have a bearing on the protection afforded to the rights of the other parties to the proceedings and necessarily has a horizontal dimension, that is, pertaining to relations between private parties. The continuing extension by the case-law of the scope of application of Convention rights to relationships between private-law parties (in German: *Drittwirkung*) heightens this tendency.*

¹ V. U. RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 325 ss.

² Sul punto v. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, 2016, Torino, 114, 116.

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 Convenzione* – Corte dir.uomo, *Pla e Puncernau c. Andorra*, 13 luglio 2004, § 59, Corte dir.uomo, 16 dicembre 2008, *shid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia*, 33 –.

Occorre, a questo punto, chiarire in quali termini la CEDU è destinata ad 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 arbitrarità o da irragionevolezza evidenti.

La diversità fra la protezione di un diritto fondamentale nei confronti dello Stato ed 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 dir.uomo, 31 maggio 2016, *Vukušić c. Croatia*, 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 prot.n.1 annesso alla CEDU-.

48. As to the Government's argument that the present case concerns a civil-law dispute between private parties (see paragraphs 33 and 39 above), the Court reiterates that the mere fact that the State, through its judicial system, provided a forum for the determination of a private-law dispute does not give rise to an interference by the State with property rights under Article 1 of Protocol No. 1 (see Zagrebačka banka, cited above, § 250, and the case-law cited therein). However, in the Court's view the present case is not a civil-law dispute in the traditional sense, nor was the State's role limited to providing a judicial forum for the determination of such a dispute. In this connection the Court first notes that the contract of sale whereby the Sisak Ironworks Holding company sold the applicant the flat in question was declared null and void as being contrary to mandatory rules of the Sale to Occupier Act. The nature and rationale of that Act suggest that it is legislation which has a predominantly (if not entirely) public law character. This is best illustrated by the fact that under the legislation in question, former socially-owned companies (such as Sisak Ironworks Holding in the present case), even after they had been privatised and transformed into private companies, had to sell the flats in their ownership to those who held specially protected tenancies in respect of those flats under favourable conditions for the buyers (see paragraph 26 above). What is more, the competent State Attorney had to approve such contracts (see paragraph 27 above). It is precisely for that reason that the Court has not, in similar cases, confined itself to examining whether the judgments of domestic courts depriving applicants of the ownership of flats purchased under the Sale to Occupier Act were arbitrary or manifestly unreasonable (see Gashi, cited above, and Pavlinović v. Croatia (dec.), nos. 17124/05 and 17126/05, 3 September 2009). Rather, it has held that such judgments amounted to an interference with the applicants' rights under Article 1 of Protocol No. 1 and examined whether the interference was provided for by law, was in the public interest and was proportionate.

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 CEDU. Quando il diritto interno, come interpretato giudizialmente, rende legittima una condotta contraria a 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 ad 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 v. Corte dir.uomo, 10 gennaio 2012, *Vulakh e altri c. Russia*

*44. The present complaint is distinguishable from other cases that have come before the Court in that it does not concern the taking of property by the State or any form of State-imposed control of use. This was a dispute between private parties concerning a compensation claim, and the role of the State was limited to providing, through its judicial system, a forum for the determination of the applicants' civil rights and obligations. The Court reiterates that the provision of a judicial forum does not automatically engage the State's responsibility under Article 1 of Protocol No. 1. Nevertheless, the State may be held responsible for losses caused by such determinations if the court decisions were not given in accordance with domestic law or if they were flawed by arbitrariness or manifest unreasonableness contrary to Article 1 of Protocol No. 1.... The situation obtaining in the instant case thus falls to be examined from the standpoint of the first rule, set in the first sentence of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1, that of the principle of the peaceful enjoyment of property.⁴⁵ The Court reiterates that even in cases involving litigation between individuals or companies, Article 1 of Protocol No. 1 may entail certain measures necessary to protect the right of property. This means, in particular, that the States are under an obligation to afford judicial procedures that offer the necessary procedural guarantees and therefore enable the domestic courts and tribunals to adjudicate effectively and fairly any disputes between private persons (see *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, no. 48553/99, § 96, ECHR 2002-VII). In other words, the State must ensure in its domestic legal system that property rights are sufficiently protected by law and that adequate remedies are provided whereby the victim of an interference can seek to vindicate his rights (see *Blumberga v. Latvia*, no. 70930/01, § 67, 14 October 2008).*

V., in modo ancora più chiaro, Corte dir.uomo, 12 marzo 2014, *Zagrebačka banka d.d. c. Croatia*, 250. *The Court notes at the outset that the enforcement and the bankruptcy proceedings in the present case concern a civil-law dispute between private parties and therefore do not themselves engage the responsibility of the State under Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention (see, mutatis mutandis, *Ruiz Mateos v. the United Kingdom*, no. 13021/87, Commission decision of 8 September 1988, Decisions and Reports (DR) 57, pp. 268 and 275; *Skowronski v. Poland (dec.)*, no. 52595/99, 28 June 2001; *Kranz v. Poland (dec.)*, no. 6214/02, 10 September 2002; *Eskelinen v. Finland (dec.)*, no. 7274/02, 3 February 2004; and *Tormala v. Finland (dec.)*, no. 41258/98, 16 March 2004). In particular, the mere fact that the State, through its judicial system, provided a forum for the determination of such a private-law dispute does not give rise to an interference by the State with property rights under Article 1 of Protocol No. 1 (see, for example, *Kuchař and Štis v. the Czech Republic (dec.)*, no. 37527/97, 21 October 1998). The State may be held responsible for losses caused by such determinations if court decisions are not given in accordance with domestic law or if they are flawed by arbitrariness or manifest unreasonableness contrary to Article 1 of Protocol No. 1 (see, for example, *Vulakh and Others v. Russia*, no. 33468/03, § 44, 10 January 2012).*

Nella stessa occasione non si è mancato, tuttavia, di chiarire i limiti del ruolo che la Corte edu si ritaglia rispetto a tali questioni, precisandosi, infatti, che

However, the Court's jurisdiction to verify that domestic law has been correctly interpreted and applied is limited and it is not its function to take the place of the national courts. Rather, its role is to ensure that the decisions of those courts are not arbitrary or otherwise manifestly unreasonable

(see, for example, *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* [GC], no. 73049/01, § 43, ECHR 2007-I).- id., Corte edu, 30 agosto 2016, *Mindek contro Croazia*, 77.

Con riferimento alla libertà di espressione (art.10 CEDU) v.Corte dir.uomo, 16 ottobre 2013, *Remuszkó c.Polonia*

62. *Genuine, effective exercise of the freedom of expression does not depend merely on the State's duty not to interfere, but may require positive measures of protection, even in the sphere of relations between individuals see Fuentes Bobo v. Spain, no. 39293/98, § 38, 29 February 2000; and Wojtas-Kaleta v. Poland, no. 20436/02, § 43, 16 July 2009, concerning the obligation on the State to protect freedom of expression in the employment context; or Appleby and Others v. the United Kingdom, no. 44306/98, ECHR 2003-VI, where the Court examined the scope of the State's positive obligations in the regulation of the effective exercise of the freedom of expression in horizontal relations between private parties). Positive measures of protection may be required especially vis-à-vis journalists and newspapers (see Özgür Gündem v. Turkey, no. 23144/93, §§ 42-46, ECHR 2000-III, where the Turkish State was found to be under a positive obligation to take investigative and protective measures where a pro-PKK newspaper and its journalists and staff had been the victims of a campaign of violence and intimidation.*

Quanto alla libertà di associazione(art.11 CEDU) v.Corte dir.uomo, 6 novembre 2012, *Redfearn c.Regno Unito*

42. *Although the essential object of Article 11 is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities with the exercise of the rights protected, the national authorities may in certain circumstances be obliged to intervene in the relationships between private individuals by taking reasonable and appropriate measures to secure the effective enjoyment of the right to freedom of association (see, mutatis mutandis, Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria, 21 June 1988, §§ 32-34, Series A no. 139, Gustafsson v. Sweden, 25 April 1996, § 45, Reports of Judgments and Decisions 1996-II, and Fuentes Bobo v. Spain, no. 39293/98, § 38, 29 February 2000).*

43. *Therefore, although the matters about which the applicant complained did not involve direct intervention or interference by the State, the United Kingdom's responsibility will be engaged if these matters resulted from a failure on its part to secure to the applicant under domestic law his right to freedom of association. In other words there is also a positive obligation on the authorities to provide protection against dismissal by private employers where the dismissal is motivated solely by the fact that an employee belongs to a particular political party (or at least to provide the means whereby there can be an independent evaluation of the proportionality of such a dismissal in the light of all the circumstances of a given case).*

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. Corte dir.uomo, 16 dicembre 2008, *Kurshid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia* 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 -corsivo aggiunto- ai principi racchiusi nell'art. 10 CEDU.

In questo, dunque, si sostanzia l'obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata al quale è tenuto il giudice nazionale allorchè la controversia, sia anche essa pendente tra privati, involge l'esame di diritti di matrice convenzionale.

Ancora di recente, Corte dir.uomo, Grande Camera, 7 febbraio 2013, *Fabris c. Francia* (ric.n.16574/08), chiamata a verificare l'inadempimento (parziale) di uno Stato ad una pronuncia resa dal giudice di Strasburgo in un procedimento diverso da quello attivato dai ricorrenti – Corte dir. Uomo, *Mazurek c. Francia* (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.

Orbene, la Corte, nel ritenere sproporzionata la disciplina transitoria rispetto al ricorrente, ha attribuito al giudice nazionale l'obbligo di attuare, anche retroattivamente, i propri precedenti – p.75 sent.cit. Tuttavia, se il carattere essenzialmente dichiarativo delle sentenze della Corte lascia allo Stato la scelta dei mezzi per rimuovere le conseguenze della violazione [...], è opportuno ricordare che l'adozione di misure generali comporta per lo Stato l'obbligo di prevenire, con diligenza, nuove violazioni analoghe a quelle constatate con le sentenze della Corte [...]. *Ciò 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*(enfasi aggiunta n.d.r.) –

La decisione fa il paio con altre pronunzie nelle quali la Corte edu, proprio nel campo delle discriminazioni, non ha avuto esitazione alcuna 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-. Per come chiarito, tra le altre, da Corte dir. Uomo 14 febbraio 2012, *Arras e altri c. Italia*, § 45

*La Corte ribadisce che per quanto riguarda le controversie relative a diritti e obbligazioni di natura civile, la Corte ha fissato nella sua giurisprudenza il requisito dell'uguaglianza delle armi nel senso di un giusto equilibrio tra le parti. Nelle liti che coinvolgono opposti interessi privati, tale uguaglianza comporta che deve essere concessa a ciascuna parte una ragionevole opportunità di presentare il suo caso in condizioni che non la collochino in sostanziale svantaggio rispetto all'avversario (vedi, *Stran Greek Refineries*, succitato, § 44 e *Forrer-Niedenthal c. Germany*, n. 47316/99, § 65, 20 febbraio 2003).*

Senza dire che è numericamente rilevante la giurisprudenza della Corte edu sulle questioni che involgono 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 risultino coinvolti vengano protetti dallo Stato in maniera concreta, effettiva ed efficace.

In chiave riepilogativa, può essere utile il richiamo a Corte dir.uomo, 13 luglio 2004, *Pla e Puncernau c. Andorra*, in materia di interpretazione di un testamento contenente disposizioni discriminatorie per alcuni dei figli:

*59. Admittedly, the Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court's interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention (see *Larkos v. Cyprus [GC]*, no. 29515/95, §§ 30-31, ECHR 1999 I).*

60. In the present case, the High Court of Justice's interpretation of the testamentary disposition in

question had the effect of depriving the first applicant of his right to inherit under his grandmother's estate and benefiting his cousin's daughters in this regard. Furthermore, the setting aside of the codicil of 3 July 1995 also resulted in the second applicant losing her right to the life tenancy of the estate assets left her by her late husband.

Since the testamentary disposition, as worded by Carolina Pujol Oller, made no distinction between biological and adopted children it was not necessary to interpret it in that way. Such an interpretation therefore amounts to the judicial deprivation of an adopted child's inheritance rights.

Principi analoghi sono stati applicati nella sentenza *Ljaskaj c. Croazia* del 20.12.2016. Essa riguarda il postulato contrasto della disciplina nazionale, nella parte in cui consentiva la vendita forzata al terzo incanto di un bene di un debitore insolvente per un valore notevolmente inferiore al suo effettivo valore, nell'ipotesi in cui il ricavato non riusciva nemmeno a coprire la metà del credito originario.

Anche in questo caso la Corte edu, preso atto che la controversia decisa a livello nazionale aveva riguardato parti private, ribadisce la propria giurisprudenza in ordine al ruolo della CEDU innanzi alle Corti nazionali. Valutando, in questo contesto, la legislazione nazionale, peraltro interessata da una pronunzia della Corte Costituzionale croata e pur dando atto dei tentativi di razionalizzarne i contenuti da parte delle Corti interne, la Corte edu ha ritenuto imprevedibile, in relazione alla precedente interpretazione della legislazione fino a quel momento in vigore fornita a livello nazionale, il risultato al quale erano pervenute le autorità giudiziarie croate.

In conclusione, rispetto al tema complessivo dell'efficacia orizzontale della CEDU nei rapporti interprivati, al cui interno si colloca l'ampia – e per certi aspetti affine – tematica della risarcibilità diretta dei diritti di matrice convenzionale³ – possono essere d'aiuto le osservazioni conclusive espresse da Aurelio Gentili, nel suo recente saggio dedicato all'argomento⁴.

1.1. Qualche recente conferma in tema di applicabilità della CEDU ai rapporti interprivati. La Grande Camera nel caso *Bărbulescu c. Romania* (ric. 61496/08) – 5 aprile 2017 – sul controllo della posta elettronica messa a disposizione del lavoratore.

La Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza resa il 5 settembre 2017 nella causa *Bărbulescu c. Romania* (ric.n. 61496/08) - adottata a maggioranza e con alcune opinioni parzialmente dissenzienti – ha esaminato il ricorso proposto da un lavoratore licenziato dal datore di lavoro privato a causa dell'utilizzo non autorizzato dell'account Yahoo Messenger, precedentemente creato per rispondere alle richieste della clientela del datore di lavoro.

La Corte edu ha, anzitutto, ritenuto che le comunicazioni sul posto di lavoro sono coperte dai concetti di "vita privata" e "corrispondenza", trovando applicazione la protezione dell'art.8 CEDU.

Decidendo poi in contrario avviso rispetto alla pronunzia resa nella stessa causa dalla Camera in data 12 gennaio 2016, la Grande Camera ha ritenuto che l'autorità giudiziaria nazionale non avesse garantito il giusto equilibrio fra il diritto del lavoratore al rispetto per la sua vita privata e l'esigenza del datore di lavoro di adottare misure adeguate ad assicurare il buon funzionamento dell'azienda.

³ per cui v.E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 22 ss.

⁴ GENTILI A., *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *NGCC*, 1/2016, 183 ss-: '...la penetrazione dei diritti fondamentali nel diritto dei contratti è comunque una realtà. I diritti fondamentali non sono che il nome in termini di diritto soggettivo di quelli che in termini di diritto oggettivo sono principi generali. Le disposizioni della Carta EDU sono principi generali del nostro ordinamento. Come principi generali, dunque, anche i diritti fondamentali sono – quando lo concernono – parte del diritto dei contratti. Ogni contratto è un fatto regolato da norme e principi ed è un ordinamento di diritti reciproci. Nessuno dubita che i principi generali entrino – quando se ne dà il caso – nel sistema di norme e principi regolatori del contratto. Ma così è anche dei diritti: principi e diritti sono inseparabili. E quindi anche i diritti fondamentali entrano nell'ordinamento di reciproci diritti contrattuali. Pare perciò irrazionale dubitare che, come i principi, anche i diritti entrino nel diritto dei contratti, o che vi entrino solo se quando e come siano resi rilevanti attraverso la mediazione di altre norme, o attraverso la funzione ermeneutica ed integrativa di clausole generali.'

I giudici nazionali, tralasciando la portata dei principi fissati dalla Direttiva 95/46/CE, dal codice di condotta dell'Organizzazione internazionale del lavoro (ILO) sulla protezione dei dati personali dei lavoratori del 1997 e del 2003 e dalla Raccomandazione CM / Rec (2015) 5 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sul trattamento dei dati personali dati nel contesto dell'occupazione, avevano omesso di verificare se il lavoratore era stato informato, prima del monitoraggio, della possibilità che il datore di lavoro avrebbe potuto introdurre misure di controllo e della natura di tali misure.

Il giudice nazionale non aveva, poi, esaminato la portata del monitoraggio ed il grado di intrusione della privacy del lavoratore nemmeno valutando, in concreto, l'esistenza di ragioni idonee a giustificare la sorveglianza delle comunicazioni e se l'uso privato dell'account avesse messo a repentaglio la sicurezza dei sistemi aziendali.

Il giudice nazionale aveva, inoltre, omesso di verificare se l'obiettivo perseguito dal datore di lavoro avrebbe potuto essere raggiunto con metodi meno intrusivi rispetto a quelli utilizzati, nemmeno considerando la gravità delle conseguenze prodotte dall'irrogazione della sanzione maggiormente afflittiva imposta al lavoratore.

Da qui il riconoscimento della violazione dell'art.8 CEDU, ritenuta peraltro misura sufficiente per ristorare il pregiudizio non patrimoniale lamentato dal lavoratore.

Anche in questo caso la Corte edu si è posta il problema della riconducibilità della protezione reclamata dal lavoratore all'interno della CEDU.

Sul punto, i giudici di Strasburgo hanno preso atto che l'eventuale violazione (*recte*, interferenza) del diritto alla vita privata ed alla segretezza della corrispondenza non poteva essere direttamente ascritto allo Stato, risultando il datore di lavoro un soggetto privato. Per tale motivo si è quindi fatto riferimento, ancora una volta, al concetto di obbligo positivo, chiarendo che rientra fra i compiti dello Stato anche quello di garantire la protezione effettiva dell'art.8. In questa prospettiva si è chiarito che

While the boundaries between the States positive and negative obligations under the Convention do not lend themselves to precise definition, the applicable principles are nonetheless similar. In both contexts regard must be had in particular to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, subject in any event to the margin of appreciation enjoyed by the State (see Palomo Sánchez and Others v. Spain [GC], nos. 28955/06 and 3 others, § 62, ECHR 2011).

La Corte edu ha quindi tentato di focalizzare, in concreto, il concetto di obbligo positivo quando sono in gioco i diritti contemplati dall'art.8 CEDU.

La Corte considera che i rapporti di lavoro sono regolati su base convenzionale e che lo Stato gode di un elevato margine di apprezzamento in ordine alle modalità di regolamentazione delle modalità di controllo delle comunicazioni del lavoratore sul luogo di lavoro, anche in relazione all'assenza di consenso fra i singoli Stati contraenti sulla materia. Tuttavia, tale margine di apprezzamento, non può essere assoluto, occorrendo che lo Stato garantisce la possibilità di abusi in danno del lavoratore. In questa prospettiva la corte precisa sei obblighi precisi a carico delle autorità statali, tutti rivolti a salvaguardare il lavoratore da pregiudizi che un uso non corretto dell'attività di controllo possa produrre conseguente irragionevoli e sproporzionate:

119. In the light of the above considerations, the Court takes the view that the Contracting States must be granted a wide margin of appreciation in assessing the need to establish a legal framework governing the conditions in which an employer may regulate electronic or other communications of a non-professional nature by its employees in the workplace.

120. Nevertheless, the discretion enjoyed by States in this field cannot be unlimited. The domestic authorities should ensure that the introduction by an employer of measures to monitor correspondence and other communications, irrespective of the extent and duration of such

measures, is accompanied by adequate and sufficient safeguards against abuse (see, mutatis mutandis, Klass and Others v. Germany, 6 September 1978, § 50, Series A no. 28, and Roman Zakharov, cited above, §§ 232-34).

1.2.Segue:Videosorveglianza nei confronti del lavoratore da parte del datore di lavoro-Corte dir.uomo, 9 gennaio 2018, n. 1874/13 e 8567/13, Isabel López Ribalda, Maria Ángeles Gancedo Giménez, Maria Del Carmen Ramos Busquets, Pilar Saborido Apresa e Carmen Isabel Pozo Barroso c. Spagna.

Analoghi principi, con riferimento al rispetto della vita privata, sono stati espressi ancor più di recente da Corte dir.uomo, 9 gennaio 2018, *Ribalda e a. c. Spagna*.

In tale circostanza, la Corte edu ha ritenuto a carico della Spagna la violazione dell'art.8 CEDU in relazione al licenziamento disposto da una ditta privata nei confronti di alcuni lavoratori (cassieri presso un supermercato) sulla base di videoregistrazioni rese in violazione del loro diritto alla privacy. La Corte edu ha rilevato che gli stessi, in base alla legge Spagnola sulla protezione dei dati personali, avrebbero dovuto essere informati di essere sotto sorveglianza, ma in realtà non lo erano stati. I diritti del datore di lavoro avrebbero potuto essere salvaguardati con modalità diverse, ad esempio fornendo ai lavoratori informazioni generali sulla esistenza di un sistema di videosorveglianza. Pertanto, i giudici nazionali non erano riusciti a garantire il giusto equilibrio tra il diritto alla privacy dei ricorrenti e il diritto di proprietà del datore di lavoro. Tuttavia, la Corte edu ha escluso la violazione dell'art.6 CEDU, rilevando che le videoregistrazioni acquisite al procedimento non erano l'unica prova sulla cui base i giudici spagnoli erano pervenuti alla condanna, e, inoltre, che i ricorrenti, avevano avuto la possibilità di contestare il contenuto delle videoregistrazioni nel corso del processo.

Quel che qui rileva, in ogni caso, è la conferma che anche rispetto ad una controversia 'privata' fra soggetti 'privati' la Corte europea ha ribadito l'operatività dell'art.8 CEDU, ritornando sul concetto di obbligo positivo a carico dello Stato, dal quale consegue la necessità che l'ordinamento appresti un sistema di protezione adeguato a salvaguardare, nel caso di specie, il diritto al rispetto della privacy... *The Court reiterates, however, that, although the purpose of Article 8 is essentially to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves (see von Hannover, cited above, § 57; I. v. Finland, cited above, § 36; K.U. v. Finland, no. 2872/02, §§ 42-43, ECHR 2008; Söderman, cited above, § 78 and Bărbulescu, cited above, § 108).*

1.3.Maternità surrogata, ordine pubblico e interesse superiore del minore- Corte dir.uomo, 24.1.2017, Grande Camera, Paradiso e Campanelli c. Italia-

I temi accennati nel titolo del paragrafo meritano l'esame di qualche precedente nel quale è venuto in gioco il contenuto dell'ordine pubblico, correlato al superiore interesse del minore, toccando anche il fenomeno del c.d. "turismo procreativo", correlato alla tendenza a recarsi all'estero, in Paesi con una legislazione più permissiva in tema di procreazione, allo scopo di sottoporsi a procedure riproduttive vietate nel proprio Stato. Fenomeno al quale si accostano più genericamente tutte le questioni correlate all'ottenimento di uno status- di figlio adottivo, di coniuge- in Paesi esteri più permissivi rispetto a quelli del paese di appartenenza.

Orbene, la Corte di Cassazione – sent.n.24001/2014 – è stata chiamata ad esaminare un caso di maternità surrogata compiuta all'estero su richiesta di una coppia coniugata italiana, al fine di verificarne gli effetti in Italia rispetto alla richiesta di riconoscimento della certificazione proveniente da Stato estero attestante lo status genitoriale della coppia.

Era accaduto che una coppia di coniugi italiani aveva presentato all'Ufficiale di stato civile un certificato di nascita ucraino attestante la condizione di genitori biologici di un minore rivelatosi

falso. Dopo avere accertato che il minore era nato per effetto di un contratto di surrogazione di maternità e che i due coniugi non erano i genitori biologici del minore, il P.M. presso il tribunale per i minorenni competente, verificata la nullità del contratto di surrogazione in base alla legge ucraina–secondo la quale almeno il 50% del patrimonio genetico deve provenire dalla coppia committente – aveva dichiarato lo stato di adottabilità in relazione alla situazione di abbandono in cui versava il minore (art. 8 l. n.184/83) e disposto il collocamento dello stesso in comunità, non ritenendo riconoscibile il certificato di nascita rilasciato dalle autorità straniere, stante la sua contrarietà all’ordine pubblico, tenuto conto del divieto di qualsiasi forma di surrogazione di maternità previsto dall’art. 12 c. 6 l.n. 40/2004. La Cassazione ha confermato la legittimità dei provvedimenti adottati, respingendo il ricorso della coppia committente che aveva proposto numerose censure deducendo, fra l’altro, la contrarietà della decisione impugnata agli strumenti internazionali che ponevano al centro l’interesse superiore del minore ed il grave trauma da quest’ultimo patito per il solo fatto che i coniugi avevano inteso eludere la legge italiana in tema di surrogazione di maternità.

Cass.n.24001/14 ha osservato che il concetto di ordine pubblico rilevante ai fini del riconoscimento in Italia della certificazione ucraina – pur debitamente apostillato – si compone dei principi fondamentali interni e dell’ordine internazionale, evidenziando ancora che il divieto, sanzionato penalmente, di surrogazione di maternità previsto dalla l.n.40/2004 era stato inserito a presidio di valori fondamentali–dignità umana della gestante e istituto dell’adozione.

Né la vicenda concreta, caratterizzata da una surrogazione realizzata senza ovociti o gameti riferibili alla coppia, poteva giustificare un diverso bilanciamento. Nemmeno poteva dirsi che il provvedimento impugnato fosse contrario all’interesse superiore del minore – tutelato dall’art.3 della Convenzione ONU di New York sui diritti del fanciullo – tenuto conto della scelta legislativa italiana che riserva la maternità alla partoriente e affida la genitorialità disgiunta dal legame biologico alle forme regolate con l’adozione. A sostegno di un diverso avviso non potevano nemmeno richiamarsi le sentenze rese il 26 giugno 2014 dalla Corte europea dei diritti dell’uomo–ric. nn. 65192/11 e 65941/11- nei confronti della Francia. Tali ultime pronunzie, nel dare atto del notevole margine di apprezzamento riservato ai singoli Stati rispetto al tema della maternità surrogata– correlato alla mancanza di consenso sulla materia –, si erano limitate a sanzionare la legislazione nazionale francese che aveva negato il riconoscimento dello stato di filiazione nei confronti del padre committente –genitore biologico–; circostanza quest’ultima non ricorrente nel caso di specie.

La Cassazione ha dato quindi continuità alla giurisprudenza europea, dando corpo e giustificazione a quel margine di apprezzamento riservato agli Stati in materia e, al contempo, non operando un’estensione degli effetti delle decisioni emessa dalla Corte di Strasburgo a fattispecie diversa. Restava, semmai, nemmeno tanto sullo sfondo la questione, anch’essa micidiale e puntualmente sollevata dai ricorrenti, circa il ruolo del superiore interesse del minore. I giudici di ultima istanza hanno risolto la questione ritenendo che la materia disciplina dal legislatore interno, offrendo unicamente tutela alla maternità genetica e/o alla filiazione fondata sull’istituto dell’adozione la tutela della genitorialità disgiunta dal legame biologico ha considerato, in modo non irragionevole, che l’interesse del minore fosse salvaguardato sulla base di tali modalità, escludendo ogni rilevanza all’accordo delle parti. Per tali ragioni “[. . .] si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto [. . .]”. Stabilire se questo bilanciamento sia stato correttamente operato o se era il caso di considerare la soluzione del collocamento in comunità come gravemente lesiva del preminente interesse del minore in modo tale da rendere non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale relativa al divieto di maternità surrogata è questione che presenta, forse, alcuni margini di opinabilità, apparendo evidente che la soluzione accolta va in ogni caso contestualizzata in modo preciso rispetto alla specificità del caso, nel quale non era esistente alcun legame biologico tra i componenti della coppia e il minore.

In senso diverso si era espressa Appello Bari 13 febbraio 2009⁵, ove era stata privilegiata la prospettiva opposta, ritenendo che l'interesse del minore, ai fini del riconoscimento di leggi e provvedimenti stranieri in materia di rapporti familiari, deve essere apprezzato dal giudice "in concreto", tenendo conto degli effetti pregiudizievoli che nella situazione particolare il mancato riconoscimento del provvedimento straniero su cui si fonda la relazione parentale avrebbe avuto sul minore.

Il tema dell'ordine pubblico era stato parimenti affrontato nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, deciso dalla Camera della Corte edu con sentenza del 27 gennaio 2015, poi sostituita per effetto della decisione della Grande Camera del gennaio 2017, sulla quale ultima si dirà in seguito.

Giova qui premettere che la vicenda ha preso le mosse dalla scelta di una coppia di recarsi all'estero per compiere una procedura di maternità surrogata, in esito alla quale era stato generato un bimbo per il quale la coppia aveva ottenuto un certificato di nascita all'estero. Tornata in Italia, l'autorità amministrativa rifiutava la trascrizione del certificato nei registri dello stato civile e quella giudiziaria, verificato che la procedura seguita all'estero non aveva seguito nemmeno la disciplina normativa del Paese straniero e che non vi era alcun collegamento fra il patrimonio genetico della coppia e quello del minore, iniziava un procedimento penale a carico dei suddetti per «alterazione dello stato civile» ai sensi dell'articolo 567 del codice penale, per falso ai sensi degli articoli 489 e 479 del codice penale e per violazione dell'articolo 72 della legge in materia di adozione (legge n. 183/1984), perché avevano portato il bambino con loro senza rispettare la legge e avevano aggirato i limiti posti nell'autorizzazione all'adozione ottenuta il 7 dicembre 2006, che escludeva l'adozione di un bambino in così tenera età. Il pubblico ministero presso il tribunale per i minorenni di Campobasso aveva quindi chiesto l'apertura del procedimento di adottabilità in quanto ai sensi di legge il minore doveva essere considerato in stato di abbandono. In esito a tale richiesta il tribunale per i minorenni, nominato dapprima un curatore speciale ai sensi dell'articolo 8 della legge n. 184/1983 ed aperta, di seguito, la curatela ai sensi degli articoli 8 e 10 della legge 184/83, apriva il procedimento di adottabilità. La coppia, che pure i ricorrenti aveva chiesto di poter adottare il minore, si rivolgeva alla Corte edu, prospettando la violazione dell'art.8 CEDU.

Orbene, tornando al tema dell'ordine pubblico, la Corte edu ha affermato senza mezzi termini che il primo è valore fondamentale che va tuttavia comunque considerato in relazione agli altri concorrenti valori-cfr., Corte dir.uomo, *Kampanella c. Italia*, § 85-.

Nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* del gennaio 2015 si è ritenuto espressamente che la formula dell'ordine pubblico non poteva paralizzare il superiore interesse del minore – cfr.p.80 sent.ult.cit.:”... Secondo la Corte, il riferimento all'ordine pubblico non può tuttavia essere preso come una carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l'obbligo di tenere in considerazione l'interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo. A questo riguardo la Corte rammenta che, nella causa Wagner e J.M.W.L. sopra citata, le autorità lussemburghesi non avevano riconosciuto la filiazione accertata all'estero in quanto questa era contraria all'ordine pubblico; tuttavia, esse non avevano adottato alcuna misura finalizzata all'allontanamento del minore o all'interruzione della vita familiare.”

Il punto cruciale rispetto al caso *Paradiso*, nel quale la sentenza del 2015 ritenne sussistente la violazione dell'art.8 CEDU prospettando una lesione del diritto al 'legame familiare de facto' fra la coppia ed il minore e del diritto alla vita privata di uno dei ricorrenti che aveva comunque cercato di dimostrare l'esistenza di un legame genetico con il minore, sembra dunque correlato all'illegalità della procedura seguita dalla coppia che, secondo la Corte, rimane assorbita e neutralizzata in ragione del superiore interesse del minore.

Ritorna, all'attenzione della Corte, il concetto di obbligo positivo a carico dello Stato contraente § 75. *Se l'articolo 8 tende essenzialmente a premunire l'individuo contro ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri, esso pone inoltre a carico dello Stato degli obblighi positivi inerenti al «rispetto»*

⁵ in *Fam. dir.*, 2010, 251.

effettivo della vita familiare. In tal modo, laddove è accertata l'esistenza di un legame familiare, lo Stato deve in linea di principio agire in modo tale da permettere a tale legame di svilupparsi, e adottare le misure idonee a ricongiungere il genitore e il figlio interessati

In sostanza, il tema sollevato dalla prima sentenza Paradiso Campanelli era quello di verificare se l'interpretazione restrittiva dell'art.8 par.2 CEDU ivi offerta dalla Corte EDU fosse conforme ai principi in precedenza espressi dalla stessa Corte a proposito del margine di apprezzamento spettante ai singoli Stati e in particolare ai giudici nazionali rispetto alla ricorrenza delle limitazioni di cui al par.2. Margine che, nel caso di specie, risultava per un verso correlato all'assenza di *consensus* sul tema della materia della maternità surrogata – *Labasse c. France* – ric.n. 65941/11, 26 giugno 2014.

Si trattava, dunque, di capire se detto margine di apprezzamento comprendesse le conseguenze dell'illegalità della procedura seguita per giungere alla maternità surrogata e il limitato legame 'familiare' – quanto al *time factor* – durante il quale si era protratto lo stesso, anche in considerazione della tenerissima età del minore. Tutti fattori, questi ultimi, che avrebbero potuto essere presi in considerazione dal giudice europeo.

La Grande Camera della Corte edu, nel gennaio 2017, ha ribaltato la decisione resa dalla Camera nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

La Camera, come si è detto, era giunta alla conclusione che esistesse una vita familiare de facto tra i ricorrenti e il minore, ritenendo altresì che la situazione lamentata riguardasse anche la vita privata del ricorrente, in quanto la posta in gioco per lui era la determinazione di un legame biologico con il minore. Ne conseguiva che l'articolo 8 della Convenzione era applicabile alla causa.

La Grande Camera, ribaltando le conclusioni della Camera, ha invece ritenuto che l'assenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori, la breve durata della relazione con il minore e l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico e malgrado l'esistenza di un progetto genitoriale e la qualità dei legami affettivi, non soddisfacevano le condizioni per poter concludere che esistesse una vita familiare de facto.

Tuttavia, la Corte ha inquadrato la condizione dei ricorrenti nell'ambito della tutela prevista per la vita privata dal medesimo art.8 CEDU. Si è così affermato che i ricorrenti avevano la sincera intenzione di diventare genitori, inizialmente tentando la fecondazione in vitro, quindi richiedendo e ottenendo l'idoneità all'adozione, e, infine, rivolgendosi alla donazione di ovuli e ricorrendo a una madre surrogata. E poichè una gran parte della loro vita era stata concentrata sulla realizzazione del loro progetto di diventare genitori e crescere un figlio, riguardando peraltro il procedimento dinanzi al tribunale per i minorenni la questione dell'esistenza di legami biologici tra il minore e il ricorrente, si è ritenuto che tale procedimento e l'accertamento dei dati genetici hanno avuto un impatto sull'identità di quest'ultimo e sul rapporto tra i due ricorrenti. Si tratta di un passaggio non marginale che ha anzi un impatto decisivo per le sorti della decisione. Ed invero, la Grande Camera ha ritenuto conseguentemente opportuno esaminare la causa non dal punto di vista del mantenimento di una unità familiare, ma piuttosto sotto il profilo del diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata, dal momento che ciò che è in gioco nel caso di specie è il loro diritto allo sviluppo personale attraverso la loro relazione con il minore.

Ciò ha consentito, per l'un verso, di ritenere sufficienti i motivi adottati dalle autorità interne per disporre l'allontanamento del minore dalla coppia, essenzialmente centrati sulla situazione del minore e sull'illegalità della condotta dei ricorrenti.

Passando all'esame dell'aspetto più complesso, rappresentato dalla proporzionalità del provvedimento, adottato dal tribunale per i minorenni e confermato in grado di appello, di allontanamento del minore, la Corte edu ha precisato che i fatti di causa aveva riguardato argomenti eticamente sensibili – adozione, presa in carico di un minore da parte dello Stato, procreazione medicalmente assistita e gestazione per conto terzi – per i quali gli Stati membri godono di un ampio margine di apprezzamento. Nell'ambito di tale margine, la condotta delle

autorità nazionali non è stata ritenuta integrare la violazione dell'art.8 CEDU. Secondo la Corte i giudici interni non erano tenuti a dare la priorità al mantenimento della relazione tra i ricorrenti e il minore, trovandosi piuttosto di fronte a una scelta delicata: permettere ai ricorrenti di continuare la loro relazione con il minore, e in tal modo legalizzare la situazione che questi avevano imposto come un fatto compiuto, o adottare misure volte a dare al minore una famiglia conformemente alla legge sull'adozione.

A dire della Corte, se non andava sottovalutato l'impatto che la separazione immediata e irreversibile dal minore deve aver avuto sulla vita privata dei ricorrenti, tuttavia, l'interesse generale in gioco aveva '...un grande peso sul piatto della bilancia mentre, in confronto, si deve accordare una importanza minore all'interesse dei ricorrenti ad assicurare il proprio sviluppo personale proseguendo la loro relazione con il minore. Accettare di lasciare il minore con i ricorrenti, forse nella prospettiva che questi diventassero i suoi genitori adottivi, sarebbe equivalso a legalizzare la situazione da essi creata in violazione di norme importanti del diritto italiano.' In definitiva, secondo la Corte i giudici italiani, avendo concluso che il minore non avrebbe subito un pregiudizio grave o irreparabile a causa della separazione, avevano garantito un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco, rimanendo nei limiti dell'ampio margine di apprezzamento di cui disponevano nel caso di specie.

2.Violenze in danno di soggetti vulnerabili, tra obblighi (secondari) di protezione e divieto di discriminazione di genere. Corte edu, 2 marzo 2017, *Talpis c.Italia-ric.n.41237/14.Premesse.*

La sentenza resa nei confronti dell'Italia chiama tanto le persone, vulnerabili e non, che l'interprete a misurarsi con tematiche non usuali che toccano, in definitiva, il rapporto dei primi con lo Stato e l'affidamento riposto nelle forze dell'ordine e nella magistratura affinché alcuni beni primari e, fra tutti, la vita e l'integrità fisica, siano protetti in modo efficace, adeguato e proporzionato da rischi che possono stimarsi come immediati e ragionevolmente prevedibili. La sentenza apre la riflessione ad un fascio di questioni.

2.1 Il diritto alla vita, il divieto di tortura e di trattamenti disumani o degradanti secondo la CEDU.

Il diritto alla vita, tutelato dall'art.2 CEDU⁶, come l'art.3 CEDU⁷ in tema di tortura e divieto di trattamenti disumani o degradanti, appartengono al c.d. nocciolo duro della Convenzione, essi contemplando prerogative che ogni Paese aderente deve sempre e comunque garantire, essendosi in presenza di valori fondamentali delle società democratiche che formano il Consiglio d'Europa-cfr.Corte edu, 27 settembre 1995, *Mc Cann e altri c.Regno Unito*; Corte edu, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/02, § 49;Corte edu, 9 novembre 2006, *Luluyev c. Russia*, § 76; Corte edu, 23 agosto 2009, *Giuliani e Gaggio c.Italia-* ric.n. 23458/02-, Corte edu, 28 febbraio 2008, *Saadi c.Italia*, ric.n.37201/06-.

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

⁶ Art.2 CEDU:«1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il delitto è punito dalla legge con tale pena. 2. La morte non si considera inflitta in violazione di quest'articolo quando risulta da un ricorso alla forza repressiva assolutamente necessario: a. per assicurare la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; b. per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; c. per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione». Per una completa disamina di tutti i profili relativi alla protezione del diritto alla vita in ambito CEDU si rinvia integralmente agli approfonditi commenti all'art.2 CEDU di Russo C. e Blasi A, contenuti nel *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti e Raimondi,2001, Padova, 35 ss. e di Bestagno F. nel *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, De Sena e Zagrebelsky,Padova, 2012, 36 ss.

⁷ Art.3 CEDU: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti. >>

Viene spesso ribadito che la prima frase dell'articolo 2 § 1 CEDU costringe lo Stato non soltanto ad astenersi dal procurare volontariamente ed illegalmente la morte, ma anche a prendere, nell'ambito del suo ordinamento giuridico interno, le misure necessarie alla tutela della vita delle persone sotto la sua giurisdizione (Corte edu, 28 marzo 2000, *Kiliç c. Turchia*, ric. n.22492/93, § 62). Il che si esprime attraverso il concetto di *obbligo positivo di protezione*⁸ pienamente dimostrativo dell'ampliamento della sfera di operatività della CEDU, ormai giunta ad operare anche nelle relazioni interindividuali in una prospettiva volta a garantire in modo efficace la prevenzione e repressione delle violazioni dei diritti fondamentali.

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

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

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

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

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

Il *leading case* in materia è rappresentato dal caso *Osman c. Regno Unito* – Corte edu, 18 ottobre 1998, [GC]- in occasione del quale la Corte edu valutò la condotta dello Stato contraente che non aveva adottato misure idonee ad impedire l'uccisione di un padre e di suo figlio da parte di un soggetto che aveva più volte manifestato condotte ossessive nei confronti dello stesso nucleo familiare. La Corte edu tara il giudizio di responsabilità dello Stato sulla prevedibilità degli atti lesivi in danno di un individuo e sulla ragionevolezza delle misure da adottare per impedire la 'materializzazione del rischio' - Corte edu, *Osman*, cit. §116-.

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

L'obbligo di proteggere il diritto alla vita imposto dall'articolo 2 CEDU, combinato con il dovere generale che incombe sullo Stato in virtù dell'articolo 1 CEDU di « riconoscere ad ogni persona sotto la sua giurisdizione i diritti e le libertà definiti nella (...) Convenzione », implica ed esige di condurre una forma di indagine efficace quando il ricorso alla forza abbia comportato la morte di un uomo. Una simile inchiesta deve aver luogo in ogni caso in cui vi è stata la morte di un uomo a seguito del ricorso alla forza, sia che gli autori siano agenti dello Stato che terze persone - Corte edu, *Tahsin Acar c. Turchia* [GC], ric. n. 26307/95, § 220, Corte edu, *Steliana Varban c. Italia*, 23 ottobre 2012 – ric. n. 19661/05 –.

⁸ V. ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, 84 ss.-,

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

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

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

In linea generale, affinché l'inchiesta possa essere considerata « effettiva » è necessario che le persone che ne sono responsabili e quelle che effettuano le investigazioni siano indipendenti da quelle coinvolte negli eventi. Questo non soltanto presuppone la mancanza di qualsiasi legame gerarchico o istituzionale, ma anche un'indipendenza pratica (Corte edu, 15 maggio 2007, *Ramsahai e altri c. Paesi Bassi* [GC], ric. 52391/99, § 325; Corte edu, 4 maggio 2001, *McKerr c. Regno Unito*, ric.n. 28883/95, § 128; Corte edu, 4 maggio 2001, *Hugh Jordan c. Regno Unito*, ric.n. 24746/94, § 120; Corte edu, 24 aprile 2003, *Aktaş c. Turchia*, ric.n. 24351/94, § 301).

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

La particolare profondità della tutela riconosciuta al diritto alla vita impone, poi, implicitamente l'esigenza di celerità e di ragionevole diligenza nella conduzione delle relative investigazioni (Corte edu, 2 settembre 1998, *Yaşa c. Turchia*, §§ 102-104).

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

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

Per questi motivi il riconoscimento di qualsiasi lacuna dell'indagine che ne indebolisca la sua capacità di stabilire la causa del decesso o le persone responsabili rischia di far concludere che essa non è compatibile con l'art.2 CEDU (Corte edu, 23 gennaio 2003, *Aktaş* – ric. 24351/94 – § 300).

2.2 Corte edu, 2 marzo 2017, *Talpis c.Italia*-ric.n.41237/14-

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

La Corte, muovendosi sulle linee fissate nei casi *Osman c. R.Unito*, cit. e *Opuz c. Turchia*⁹ ha riconosciuto la violazione degli artt.2 e 3 CEDU, rilevando che nei confronti dei soggetti vulnerabili, fra i quali vanno inseriti i minori e in generale i soggetti che subiscono violenze domestiche, lo Stato ha l'obbligo di apprestare misure capaci di salvaguardare in modo efficace i

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

beni supremi della vita e dell'integrità delle persone quando vi è un rischio immediato e reale che quei diritti possano essere aggrediti. E se la Corte edu non è titolata a valutare le misure adottate dai singoli Stati per garantire il rispetto dell'obbligo positivo, la stessa è comunque tenuta a verificare che dette misure siano effettive e prontamente attuate.

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

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

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

Analoghe considerazioni sono state espresse dalla Corte edu con riguardo alla violazione dell'art.3 CEDU, ricondotta alla mancata adozione di misure idonee ad accertare le gravi condotte di maltrattamento perpetuate in danno della ricorrente – per la ricorrenza dei quali v. Corte edu, 28 maggio 2013, ric.n.3564/11, *Eremia c.Moldavia*; Corte edu, 25 marzo 1993, *Costello Roberts c. Regno Unito*, ric.n.13134/85 – ed a prevenire ulteriori forme di maltrattamenti in danno dei soggetti vulnerabili – in quanto vittime di violenze domestiche –. Nella medesima direzione è stato ritenuto decisivo il tempo trascorso dalla condanna per lesioni personali aggravate emessa a tre anni di distanza dai fatti, anch'esso indice di ineffettività della tutela accordata alla vittima.

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

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

2.3 Alcune brevi considerazioni.

Ora, dalla sentenza esaminata si percepisce, nemmeno tanto sottotraccia, una particolare propensione della Corte edu a ponderare con estrema attenzione le questioni nelle quali è in gioco la vita. Ciò si coglie tanto sul versante procedurale- ricevibilità del ricorso e delle violazioni rispetto

agli artt.35 CEDU ed all'esaurimento delle vie di ricorso interne- che su quello del merito, come non manca di evidenziare il Giudice Spano nella sua opinione parzialmente dissenziente.

Inoltre, anche dalla lettura delle opinioni a corredo della decisione, emerge la delicatezza delle vicende che ruotano attorno alla protezione di diritti fondamentali, quali la vita e l'integrità fisica e che vedono contrapposti i diritti, parimenti fondamentali, dei soggetti che sono accusati di compiere condotte aggressive nei confronti dei beni appena ricordati, protetti dagli artt.5 e 8 della CEDU(v.§ 101 sent.).

Il giusto equilibrio fra siffatti interessi passa attraverso una verifica iniziale del rischio di aggressione e della sua prevedibilità compiuta dallo Stato in tutte le sue articolazioni, siano esse amministrative che giudiziarie, ma anche dell'efficacia delle misure che avrebbero potuto impedire l'evento dannoso.

Ne consegue che l'attività d'indagine deve essere improntata a canoni di ragionevole celerità (§ 99 e 106) e muoversi cercando di realizzare un corretto bilanciamento fra gli interessi coinvolti e che, in taluni casi, può coinvolgere ulteriori interessi collettivi quali sono quelli della salvaguardia della sicurezza e dell'integrità delle persone. Si pensi, ad esempio, a quelle vicende in cui in gioco è l'obbligo di offrire una protezione generale alla società contro le potenziali azioni di una o più persone che scontano una pena detentiva per un reato violento e di definirne l'estensione. In questo ambito meritano di essere ricordati i casi *Mastromatteo c. Italia* – Corte edu, 24 ottobre 2002 (ric.n.37703/97) – e *Maiorino c. Italia* (Corte edu, 15 dicembre 2009 - ric.n.28634/06) – dove il pericolo di un evento dannoso non era riconducibile ad una singola persona, ma atteneva all'intera collettività.

Particolarmente penetrante risulta, poi, l'attenzione riposta dalla Corte edu verso il concetto di vulnerabilità.

La Corte edu induce così a riflettere sul concetto di vulnerabilità, orientando lo sguardo verso la peculiare condizione nella quale la persona si trova in via contingente, transeunte o stabile e che, per tale motivo, richiede “una particolare protezione”, in nome dei valori di libertà ed eguaglianza che campeggiano tanto nella carta dei diritti fondamentali – nazionali e sovranazionali – che nei Trattati internazionali e nella stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella sua giurisprudenza, più volte richiamate nel Preambolo della Convenzione di Istanbul.

In questa prospettiva, l'intervento statale deve muoversi su coordinate che prescindono dalla volontà del danneggiato e che tendono a garantirne comunque la protezione, anche quando lo stesso tende a ridimensionare le condotte dannose. In questa direzione nel caso *Opuz c. Turchia*, già ricordato, la Corte edu aveva riconosciuto l'obbligo dello Stato di avviare un procedimento penale anche dopo il ritiro della denuncia della o contro la volontà della vittima, tenendo in considerazione la gravità della condotta e gli interessi satellite dei figli¹⁰.

Nel caso qui in rassegna colpisce, inoltre, come l'applicazione dei *principia* espressi dalla Corte edu in tema di prevedibilità del rischio imminente di aggressione nei riguardi dei beni inviolabili di vita e integrità fisica e di adozione di misure idonee ad impedire che quel rischio potesse sfociare in una concreta aggressione – c.d. *test Osman* – abbia condotto a valutazioni diametralmente diverse fra i giudici del Collegio- v. opinione concorrente e parzialmente dissidente del Giudice Eicke ed opinione totalmente dissenziente del Giudice Spano -.

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

Sul punto, la posizione della Corte sembra ben espressa in Corte dir. uomo, 15 dicembre 2009, *Maiorano e altri c. Italia*- ric.n.28634/06-, p.104 ss. ove si è osservato che “...*L'obbligo dello Stato va al di là del suo dovere fondamentale di assicurare il diritto alla vita creando una legislazione penale concreta che dissuada dal commettere reati contro la persona e poggiando su di un*

¹⁰ sul punto v. Iermano, *Violenza domestica e diritto all'informazione della vittima (art.3 CEDU)*, in *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010/2015)*, a cura di Di Stasi, Padova, 2016, 156.

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

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

Peraltro, proprio la ricchezza delle opinioni dissenzienti, ben lungi dal minare la rilevanza della pronuncia della Corte, consente di cogliere in modo ancora più approfondito e pieno il significato sul quale la Corte ha fondato la decisione e le 'rime' della giurisprudenza convenzionale in tema di obblighi di protezione in favore di vittime di violenza domestica.

In conclusione, il composito quadro emergente dalla lettura della decisione e delle opinioni dei singoli Giudici costituisce un'*istantanea* della decisione della Corte ripresa, per così dire, dall'interno. Una fotografia che *mostra all'esterno* le modalità applicative prescelte dai giudici – anche di quelli che non hanno completamente aderito alla soluzione della maggioranza – nel dare applicazione ad un principio originato dalla giurisprudenza di Strasburgo e che, in ultima analisi, risulta di estrema utilità per il giudice nazionale chiamato ad applicare, in futuro, i medesimi principi espressi dalla giurisprudenza convenzionale.

Un'ultima considerazione merita il tema della discriminazione fondata sul sesso.

Nel caso di specie la maggioranza del Collegio giudicante ha ritenuto sussistente una discriminazione indiretta, correlata ad una prassi generale di comportamento delle autorità nazionali che, caratterizzandosi per un'inazione, finisce per determinare un impatto pregiudizievole nei confronti di una sola categoria di soggetti e quindi, nel caso concreto, delle donne.

Il verdetto espresso in danno dell'Italia in punto di discriminazione potrebbe apparire severo ed ingeneroso, se si guarda all'imponente quadro di misure normative anche di recente introdotte in Italia per contenere il fenomeno delle violenze contro le donne e che pure vengono analiticamente indicate nella sentenza in esame. Quadro che, a ben considerare, si discosta nettamente da quello preso a base del caso *Opuz* per condannare la Turchia in relazione alla situazione nella quale si trovavano le donne per le violenze in ambito familiare.

In quella circostanza, infatti, il carattere discriminatorio era stato ricostruito attraverso l'esame di alcuni rapporti stilati da organizzazioni umanitarie – anche in quell'occasione non contestati dal Governo - dai quali era però emerso un quadro notevolmente di complessiva inerzia del sistema nazionale rispetto al tema esaminato. Era infatti emerso non soltanto un atteggiamento di tolleranza della violenza domestica da parte delle autorità, ma anche che i rimedi disponibili non erano risultati efficaci e che gli apparati di polizia non solo erano soliti omettere le indagini in merito alle denunce presentate, ma tendevano a convincere le vittime a fare ritorno a casa ed a ritirare le accuse. Il contesto di diffusa inadeguatezza del sistema nazionale e l'incapacità di offrire reale

protezione alle donne vittime di violenze aveva poi trovato ulteriore conferma nel carattere non dissuasivo delle misure afflittive, irrogate con notevole ritardo in danno dei condannati e spesso attenuate sulla base di motivi riconducibili al costume, alla tradizione e all'onore¹¹.

Oggi la Corte edu prende atto di un quadro normativo severo soprattutto in chiave repressiva- anche per effetto della ratifica interna della Convenzione di Istanbul e dell'introduzione di diversi strumenti normativi (l.n.38/2009 di conv. del d.l.n.11/2009, l.n.119/2013 di conv. del d.l.n.93/2013)¹² e delle misure organizzative volte a favorire la specializzazione e formazione della giurisdizione in materia di repressione dei fenomeni di violenza domestica – v.§ 138 sent.Talpis –. E tuttavia, la stessa sembra richiedere un *quid* in più sul versante delle misure che concretamente – e non in modo illusorio ed astratto – possono invertire il *trend* in danno dei soggetti vulnerabili e che evocano politiche a lungo termine di prevenzione e sensibilizzazione sociale.

La Corte, nella decisione in rassegna, non sembra indicare alcuna misura concreta idonea ad invertire la rotta. Nel procedimento di esecuzione della sentenza innanzi al Comitato dei Ministri che dovrebbe aprirsi, ai sensi dell'art.46 CEDU, per monitorare la situazione italiana e per verificare l'adozione di misure idonee ad eliminare il ripetersi di violazioni accertate con la sentenza Talpis- se questa dovesse diventare definitiva- toccherà quindi allo Stato italiano individuare un ulteriore piano d'azione che si muova nella direzione auspicata dalla Corte.

In questa prospettiva, ferme le riserve sulla condanna per discriminazione espresse dalle opinioni dissenzienti, sembra utile tenere in considerazione il panorama internazionale, particolarmente orientato ad indurre gli Stati verso politiche e azioni concrete a difesa delle donne.

Possono ricordarsi, senza pretesa alcuna di esaustività, la Raccomandazione Rec (2002) 5 del 30 aprile 2002 sulla protezione delle donne dalla violenza del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, ove si impone agli Stati membri di garantire, fra l'altro, che siano adottate misure per proteggere effettivamente le vittime da minacce ed eventuali atti di ritorsione e di adottare provvedimenti specifici per garantire la protezione dei diritti dei minori durante i procedimenti. Analogamente, nella Raccomandazione Generale n. 28 sugli obblighi fondamentali degli Stati parti di cui all'articolo 2 della Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di violenza contro le donne (CEDAW/C/2010/47/GC.2), il Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne ha ritenuto che “gli Stati parti hanno l'obbligo di prevenire, indagare, perseguire e punire con ragionevole diligenza ... gli atti di violenza di genere”. Non meno utile risulterà l'esame delle Raccomandazioni della Relatrice speciale delle Nazioni Unite sulla violenza contro le donne del 15 giugno 2012¹³ e del Rapporto reso dal Comitato Cedaw sull'Italia del 26 luglio 2011¹⁴.

In conclusione, pur risultando dei margini di opinabilità sulla decisione, sembra che il modo più efficace per dare esecuzione alla sentenza *Talpis* sia quello di sensibilizzare le autorità di polizia e giudiziarie in ordine alla posizione della Corte edu a proposito degli obblighi di protezione del bene vita ed integrità personale che incombono sullo Stato e, conseguentemente, sui suoi organi, favorendo, magari, l'adozione di Protocolli operativi o l'ulteriore incremento di quelli già esistenti.

In questa chiave di analisi la sentenza *Opuz c. Turchia* alla quale si è pure ispirata la sentenza qui esaminata costituisce un *leading case* che promuove fortemente una visione universale dei diritti delle donne vittime di violenza e delle misure capaci di contenerle, tanto da essere stata richiamata

¹¹ V. peraltro, sempre con riferimento all'Italia, le conclusioni espressi in Corte edu, 27 maggio 2014, *Rumor c. Italia*, ric. n. 72964/10, § 76; vicenda comunque con connotati di diversità marcati rispetto a quelli del caso *Talpis*

¹² cfr., a proposito dell'adeguatezza del sistema di protezione interna in tema di responsabilità degli organi giudiziari italiani, Corte edu, 15 dicembre 2009, *Maiorano e altri c. Italia*- cit.; Corte edu, *Mastromatteo c. Italia*, cit., 95 ss.

¹³ in <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-16-Add2en.pdf>-

¹⁴ Il Rapporto è reperibile all'indirizzo <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-ITA-CO-6.pdf>-

dalla Corte interamericana per i diritti umani nel noto caso *Campo Algodonero*¹⁵.

Una finale considerazione occorre svolgere con riferimento al tema dell'esistenza, a livello interno, di strumenti capaci di offrire un effettivo sistema di riparazione a favore di chi sia stato vittima di violazioni dei diritti analoghe o simili a quelle riscontrate dalla sentenza qui esaminata – cfr.p.127 sent.*Maiorino*, cit.–.

Strumenti che la Corte edu impone a carico di ogni Stato contraente¹⁶.

La giurisprudenza nazionale, assai scarsa in materia, ha di recente accolto una domanda risarcitoria avanzata nei confronti dello Stato italiano in relazione al danno cagionato dall'omissione del P.M. che non aveva sollecitato al gip l'adozione di misure idonee ad impedire il proposito omicidiario espresso da un soggetto prima che lo stesso commettesse l'assassinio della vittima.

Ed è partendo da tale orientamento che sarà necessaria un'analisi ulteriore del complesso tema della responsabilità dello Stato per l'attività amministrativa e giurisdizionale causativa di una violazione di norma convenzionale¹⁷.

Il tema è estremamente complesso soprattutto quando sono in gioco i valori fondamentali protetti dagli artt.2 e 3 CEDU che, secondo la Corte edu, impongono agli Stati l'adozione di misure interne adeguate al rango dei beni in discussione.

L'analisi potrebbe arricchirsi muovendo proprio da quelle decisioni della Corte Edu che hanno ritenuto necessarie, per elidere la responsabilità dello Stato, misure particolarmente severe-disciplinari, risarcitorie o addirittura penali, a carico degli agenti dello Stato responsabili per i decessi che si verificano in conseguenza della loro negligenza (Corte edu, 15 gennaio 2009, *Branko Tomašić c. Croazia*, ric. n. . 46598/06, § 64 -v., per quanto riguarda l'Italia, *Maiorano c.Italia*, cit., § 127, e *Mastromatteo c. Italia*, cit., § 95).

2.4 Trib.Messina 30 maggio 2017 e la responsabilità dello Stato per condotta negligente di due P.M.

Le ricadute della sentenza *Talpis c. Italia*, ancorchè non passata in 'giudicato' per effetto del ricorso proposto dallo Stato italiano, non si sono fatte attendere. Il tribunale di Messina, -sent.30 maggio 2017 n.5384- con una sentenza che ha suscitato gli interessi dei mass media ma anche degli operatori giudiziari, ha condannato, nell'ambito di un giudizio di responsabilità civile promosso ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. a) della legge n. 117/88, lo Stato italiano a risarcire i danni prodotti dall'attività ascritta a due Pubblici Ministeri che, in relazione alle omissioni perpetuate rispetto alle denunce sposte da una donna, avevano omesso di porre in essere i dovuti atti di indagine finalizzati a neutralizzare la pericolosità sociale dell'uomo malgrado la donna avesse presentato, nel tempo, dodici querele dodici querele nei confronti dell'ex marito per violenze fisiche, verbali e maltrattamenti.

La sentenza, nel riconoscere la responsabilità dello Stato, ha più volte citato la sentenza *Talpis c.Italia*, quando ancora la stessa non era divenuta definitiva. A parte questa peculiarità, si coglie nel giudicante siciliano una certa attenzione nell'introdurre, all'interno della decisione, i principi espressi dalla Corte di Strasburgo, pur senza misurarsi con i principi ivi espressi in tema di test di prevedibilità. Ed invero, il collegio di merito è giunto ad un giudizio di prevedibilità ex ante del fatto omicidiario, valorizzando in particolare, per una parte del periodo di tempo preso in considerazione, il susseguirsi, in un breve lasso temporale di pochi giorni, plurime minacce effettuate con un coltello a scatto avente una lama di cm.10 e con un arco artigianale. Secondo il tribunale la circostanza che i fatti denunciati non fossero mai stati iscritti nel registro delle notizie di

¹⁵ Corte interam. dir. um., 19 novembre 2009, *González y e altri c. Messico*, in <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec205esp.pdf>, § 396

¹⁶ cfr., a proposito dell'adeguatezza del sistema di protezione interna in tema di responsabilità degli organi giudiziari italiani, Corte edu, 15 dicembre 2009, *Maiorano e altri c.Italia*- cit.; Corte edu, *Mastromatteo c.Italia*, cit.,95 ss.

¹⁷ in dottrina v., tra gli altri, O.PORCHIA, *La ragionevole liquidazione del danno per irragionevole durata dei procedimenti tra conformità alla giurisprudenza europea e margine di apprezzamento*, in *Contr.impr.europa*, 2004, 1,528.

reato e che ad essi non seguì una perquisizione volta ad individuare la presenza di armi. Ciò evidenziava la colpevole inerzia dell'autorità inquirente, in violazione dell'art.112 c.p.p., dovendosi prevedere l'intento se non omicidiario, almeno diretto a cagionare danni e violenze in danno della donna. Tanto era sufficiente per evidenziare il nesso causale fra omissione e morte della donna, secondo un giudizio di tipo controfattuale del 'più probabile che non'. Secondo i giudici di merito il compimento di una perquisizione avrebbe consentito, con un giudizio probabilistico, di individuare il coltello poi utilizzato per l'omicidio e di porlo in sequestro che doveva verosimilmente coincidere con l'arma bianca utilizzata dall'assassino in occasione dei fatti denunciati dalla vittima e non esaminati dall'autorità inquirente.

3. L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nell'ordinamento interno. Uno sguardo al piano interno ed uno a quello della Corte edu.

3.1 Premesse generali sul piano interno: l'efficacia delle sentenze della Corte edu 'rivista' da Cost. cost.n.49/2015.

Qui tralasciando le critiche in altra sede mosse allo scheletro della sentenza della Corte costituzionale n.49/2015¹⁸, tale pronuncia sembrava avere aperto nuove opportunità verso la piena attuazione delle sentenze della Corte edu nei giudizi interni definiti in modo non conforme alla stessa.

Ed invero, nel descrivere le funzioni ed i poteri del giudice nazionale, la Corte costituzionale sembrava pensare, in termini più ampi, al sistema delle fonti e dei rapporti fra giurisdizioni non sfuggendo al tema dell'obbligatorio intervento del giudice interno per elidere gli effetti delle violazioni accertate da Strasburgo.

Ora, dato per noto il frammentario e variegato panorama degli effetti 'di cosa giudicata' prodotti dalle sentenze della Corte edu sul piano interno¹⁹, Corte cost.n.49/2015 aveva inteso lasciare fuori dal cono d'ombra delle riflessioni ivi espresse sul tema della vincolatività della giurisprudenza 'consolidata' della Corte edu. In questa prospettiva era stato espressamente operato un *distinguishing* rispetto al tema del necessario consolidamento della giurisprudenza della Corte edu, ritenuto dalla Corte costituzionale non estensibile alle ipotesi di esecuzione delle sentenze rese nei confronti dei soggetti vittoriosi a Strasburgo.

Si affermava, infatti che '...il giudice comune non potrà negare di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad

¹⁸ 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 www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2015; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2015; nella stessa «Rivista», M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente nonché, pure ivi*, in V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, 13 aprile 2015; R. CONTI, *La CEDU assediata? (Osservazioni a Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, 10 aprile 2015, p. 181 ss.; P. MORI, *Il "predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU": Corte costituzionale 49/2015 ovvero della "normalizzazione" dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in www.sidi-isil.org, 15 aprile 2015; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in www.forumcostituzionale.it, 30 aprile 2015; B. RANDAZZO, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le 'sentenze gemelle' (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, 2015, n. 3, 617 -conf. Corte cost.n.187/2015-.

¹⁹ V., volendo, R. CONTI, *Gli effetti delle sentenze della Corte dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno. Alcuni seguiti nella giurisprudenza nazionale in Dialogando sui diritti Corte di cassazione e Cedu a confronto*, (AA.VV.), Napoli, 2016, pp. 41 ss.

occuparsi, quando necessario, perchè cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata (sentenza n. 210 del 2013).’ In tale ipotesi, proseguiva la Corte costituzionale, ‘la pronuncia giudiziaria si mantiene sotto l’impero 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’.

Tale affermazione apparve subito di grande rilievo, collegandosi ai principi che la stessa Corte costituzionale aveva espresso con la sentenza n.210/2013. Corte cost. n. 49/15 offriva, così, la sua lettura in termini generali ritenendo che, ferma la verifica delle concrete modalità e dei meccanismi da utilizzare, esistesse la necessità di approntare un rimedio giudiziario capace di rimuovere gli effetti (persistenti) del giudicato interno contrastante con la CEDU.

Occorre ora brevemente considerare come l’ordinamento nazionale ha, di recente, inteso rispondere al quesito del come occorre dare attuazione alla sentenza della Corte edu resa nei confronti del soggetto vittorioso a Strasburgo. L’analisi si scinderà fra le risposte offerte in sede penale dalla Corte di cassazione e quelle invece ipotizzabili in ambito civile.

3.2 Ambito penale. Il giudicato nascente da Corte dir. uomo, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*. Il primo seguito – App.Caltanissetta, 17 marzo 2016¹ e l’ultimo – Cass.pen.n.43112/2017 – con uno sguardo al caso *Dell’Utri* – Cass. pen., 18 ottobre 2016, n.44193 –.

La Corte EDU, con la sentenza del 14 aprile 2015, divenuta definitiva, ha definito il ricorso *Contrada c. Italia* ed ha dichiarato che la condanna per concorso esterno in associazione di tipo mafioso inflitta al predetto aveva violato l’art. 7 Cedu, in quanto «*all’epoca dei fatti contestati al ricorrente (1979-1988) il reato in questione non era per lui sufficientemente chiaro e prevedibile. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nel caso di specie la pena cui sarebbe andato incontro per le condotte dallo stesso poste in essere*» (par. 75).

A tale conclusione la Corte è pervenuta ritenendo che l’art.7 CEDU richiede alla legge nazionale – intesa come ‘base legale’ di matrice normativa o giurisprudenziale – di ‘...definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l’assistenza dell’interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti’ – cfr.p.60 sent.cit. –

La Corte edu ha escluso che, nel caso di specie, esistesse tale base legale rispetto al momento della commissione delle condotte contestate al *Contrada*, in quanto ‘...è solo nella sentenza *Demiry*, pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione il 5 ottobre 1994, che quest’ultima ha fornito per la prima volta un’elaborazione della materia controversa, esponendo gli orientamenti che negano e quelli che riconoscono l’esistenza del reato in questione e, nell’intento di porre fine ai conflitti giurisprudenziali in materia, ha finalmente ammesso in maniera esplicita l’esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell’ordinamento giuridico interno.’ – cfr.p.69 sent. cit. –

Secondo la Corte, i chiarimenti giurisprudenziali intervenuti sulla tematica del concorso esterno non si riferivano allo specifico contesto del concorso in associazione mafiosa e non potevano dunque rilevare rispetto alla vicenda nella quale i giudici interni avevano richiamato la giurisprudenza formatasi successivamente alle condotte contestate senza nemmeno compiutamente esaminare in modo approfondito la doglianza del ricorrente relativa alla violazione del principio dell’irretroattività e della prevedibilità della legge penale, sollevata dinanzi a tutti i gradi di giudizio.

A fronte di tale pronuncia si è posto il problema degli effetti di tale giudicato nei confronti del condannato – efficacia di cosa giudicata – anche solo per gli effetti delle pene accessorie ancora in essere a carico del *Contrada*, ma anche degli effetti riflessi della pronuncia su soggetti condannati per la medesima fattispecie incriminatrice con riguardo a condotte commesse anteriormente alla sentenza *Demiry* che non hanno fatto ricorso alla Corte di Strasburgo.

La prospettiva rimediabile evocava il ricorso ad uno dei tre rimedi già sperimentati dalla giurisprudenza nazionale con riguardo a violazioni di natura processuale o sostanziale accertate dalla Corte di Strasburgo.

Rispetto alle alternative rappresentate -ricorso al giudice dell'esecuzione (art. 670 cod. proc. pen.), ricorso in Cassazione straordinario per errore materiale o di fatto (art. 625-*bis* cod. proc. pen.), o, ancora revisione (art. 630 cod. proc. pen.) come integrato per effetto della già ricordata sentenza n.113/2011 Corte costituzionale- la Corte di appello di Caltanissetta, con la sentenza depositata il 17 marzo 2016, ha espresso il proprio avviso, ritenendo di potere interpretare l'istanza di revisione avanzata dal Contrada con riguardo alla riapertura del processo per l'esame di elementi probatori nuovi altresì rivolta a verificare gli effetti della sentenza della Corte di Strasburgo.

La conclusione raggiunta sembrava rivolta a realizzare un'armoniosa convivenza fra giurisdizione interna e sovranazionale, già espressa nei precedenti che si sono ricordati e che, nel caso di specie, trova un ulteriore argomento nel riferimento, contenuto nella sentenza n.49/2015 della Corte costituzionale, apertamente rivolta ad 'imporre' al giudice interno il compito di applicare il giudicato europeo anche se successivo a difforme pronuncia irretrattabile delle Corti nazionali ritenuta però resa in violazione della CEDU.

Nel merito, la Corte nissena ha ritenuto che l'istanza di revisione presentata dal Contrada investisse anche gli effetti della sentenza della Corte europea e ha ritenuto che per dare esecuzione alla sentenza della Corte europea fosse sufficiente integrare le carenze argomentative delle decisioni rese dai giudici nazionali a proposito della prevedibilità in capo al Contrada delle condotte di concorso esterno al momento in cui lo stesso le aveva commesse. In questa prospettiva la Corte di Caltanissetta ha ritenuto che il Contrada, per il ruolo ricoperto all'interno degli Uffici investigativi che avevano condotto le indagini per analoga imputazione a carico di numerosi soggetti e per le indicazioni emerse nel corso del primo maxi processo alla mafia degli anni '80 e della sentenza della Corte di appello di Palermo resa nell'anno 1987 a carico di numerosi affiliati – che pure aveva descritto la condotta di concorso esterno – '...non poteva certo avere bisogno di attendere le sezioni Unite Demitry...' per cui '...gli elementi in atto consentono di affermare con certezza che per Contrada l'esistenza, le connotazioni e le conseguenze sanzionatorie del concorso esterno erano ben chiare'.

Gli interrogativi espressi in ordine alla correttezza della decisione nissena muovono da una lettura della sentenza Contrada più ampia di quella fatta propria in sede di revisione, dalla quale non sarebbe possibile prescindere, al punto che il giudizio in ordine all'imprevedibilità della fattispecie incriminatrice a carico del Contrada sarebbe già stato espresso dal giudice europeo, non consentendo in sede di riapertura del processo alcun intervento da parte del giudice nazionale²⁰.

Il ricorso originariamente proposto dal Contrada contro la decisione della Corte nissena veniva tuttavia abbandonato, dando luogo a pronuncia di inammissibilità della Corte di Cassazione-

La Corte di Cassazione ha posto fine agli interrogativi. La sentenza n.43112/2017 ha deciso il ricorso proposto da Contrada avverso l'ordinanza emessa dalla Corte di appello di Palermo, quale Giudice dell'esecuzione, con cui era stato dichiarato inammissibile l'incidente di esecuzione presentato, ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., in relazione alla sentenza della Corte di Appello di Palermo, pronunciata il 25/02/2006 e divenuta irrevocabile il 10/05/2007, con la quale l'istante era stato condannato alla pena di dieci anni di reclusione per il reato di cui agli artt. 110, 416 e 416-*bis* cod. pen., riguardante il concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso denominata *Cosa Nostra*, commesso nell'arco temporale compreso tra il 1979 e il 1988. Il giudice dell'esecuzione, nel disattendere la richiesta del Contrada, aveva evidenziato che la Corte EDU non aveva fornito alcuna indicazione sugli strumenti processuali utilizzabili per consentire all'ordinamento italiano di conformarsi alla sua decisione, con la conseguenza che, in assenza di specifiche prescrizioni, il

²⁰ F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 aprile 2016, secondo il quale proprio in relazione all'obbligo di conformazione in capo agli Stati Membri discendente dall'art. 46, paragrafo 1, CEDU, "la decisione della corte nissena si espone [...] a un'obiezione radicale, e assorbente rispetto a ogni altra possibile considerazione critica".

provvedimento revocatorio richiesto dal condannato non poteva essere adottato, senza che una tale soluzione implicasse l'elusione dell'art. 46 CEDU.

La Cassazione, dopo avere chiarito che il giudizio innanzi ad essa proposto costituiva ‘...l'ultima sede nella quale è possibile affrontare la questione dell'obbligo di conformazione dell'ordinamento interno alla decisione emessa il 14/04/2015 dalla Corte EDU nel caso Contrada contro Italia, ai sensi dell'art. 46 CEDU’ ha ritenuto, accogliendo il primo motivo di ricorso, che esiste un obbligo dei giudici italiani di conformarsi, per il caso Contrada, alla decisione della Corte EDU’. Secondo la Cassazione, ‘...L'obbligo previsto dall'art. 46 CEDU, dunque, non può essere messo in discussione. Il contrario assunto, da cui muove la Corte di appello di Palermo per emettere la declaratoria di inammissibilità censurata dalla difesa di Contrada, non è condivisibile.’ Si è parimenti aggiunto che ‘...Basti, in proposito, richiamare ulteriormente l'orientamento (Sez. 1, n. 2800 dei 1/02/2006, dep. 2007, *Dorigo*) secondo cui le decisioni della Corte EDU sono immediatamente produttive di diritti e obblighi nei confronti delle parti in causa, con la conseguenza che lo Stato è tenuto a conformarsi a tali pronunzie e a eliminare, fin dove è possibile, le conseguenze pregiudizievoli della violazione riscontrata. Occorre, pertanto, ribadire conclusivamente che la previsione dell'art. 46 CEDU, nelle ipotesi di violazioni delle norme del testo convenzionale, impone al giudice nazionale, limitatamente al caso di cui si controverte, di conformarsi alle sentenze definitive della Corte EDU, i cui effetti si estendono sia allo Stato sia alle altre parti coinvolte dalla decisione che tale violazione ha censurato. Tale assunto, infatti, presuppone un margine di discrezionalità nell'esecuzione delle decisioni della Corte EDU - che limitatamente allo specifico caso coinvolto dalla pronuncia in esame e a differenza dei casi analoghi - non può essere riconosciuto al giudice nazionale.’ In quell'occasione si è poi chiarito che il rimedio esperibile deve essere individuato, analogamente a quanto già affermato nella sentenza *Dorigo*, nell'incidente di esecuzione. Né osta alla praticabilità di tale soluzione la circostanza che la predetta decisione riguardava una violazione di natura processuale. Secondo la Cassazione, l'esigenza di dare attuazione alla sentenza del giudice europeo doveva realizzarsi all'interno dei poteri riservati al giudice dell'esecuzione. Non andava dunque esperito il rimedio della revisione europea introdotto dalla sentenza n.113/2011. Secondo la cassazione, la possibilità di attivare il procedimento di revisione previsto dall'art. 630 cod. proc. pen., così come prefigurato dalla Corte costituzionale (Corte cost., sent. n. 113 del 2011), per rimuovere gli effetti della sentenza emessa dalla Corte di appello di Palermo il 25/02/2006, originariamente attivato da Contrada davanti alla Corte di appello di Caltanissetta, non era più concretamente esperibile, in conseguenza della sentenza emessa il 20/01/2017 dalla Sezione quinta penale di questa Corte, che concludeva il procedimento di revisione in questione con la declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione proposta, per *effetto* della rinuncia al ricorso, depositata il 28/12/2016.

Per altro verso, detta revisione europea non era praticabile poichè ‘...non si verte in alcuna ipotesi di violazione delle regole del giusto processo e che 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; 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; che, secondo la giurisprudenza interna, le sentenze di merito e quelle di legittimità che hanno portato alla condanna di Contrada, la questione di diritto diversamente intesa dalla Corte EDU atteneva, invece, alla configurabilità dell'ipotesi del concorso di persone (art. 110 cod. pen.) in relazione alla fattispecie di cui all'art. 416-bis cod. pen., anziché di mero favoreggiamento (principio di diritto affermato nella sentenza di annullamento con rinvio, Sez. 2, n. 15756 del 12/12/2002, dep. 2003, *Contrada*, Rv. 225566, e ribadito nella seconda sentenza di legittimità, Sez. 6, n. 542 del 10/05/2006, dep. 2007, *Contrada*, Rv. 238242); che, per conseguenza, nessuna "rinnovazione" di attività processuale, probatoria o del giudizio potrebbe o avrebbe potuto condurre al superamento di quello che, stando alla Corte EDU, sarebbe un mero errore di diritto. Escluso, poi, che potesse giocare un ruolo rispetto alla vicenda esaminata il rimedio previsto dall'art. 673 cod. proc. pen., finalizzato

all'eliminazione, mediante revoca, della sentenza di condanna nei casi in cui è venuto meno l'illecito penale per l'intervento del legislatore o della Corte costituzionale- non ricorrendone le condizioni- la Cassazione ha ritenuto che la decisione della Corte EDU non richiedesse né lasciasse spazio per interventi residui del giudice italiano, differenti da quelli adottabili in questa sede ai sensi degli artt. 666 e 670 cod. proc. pen., occupandosi esaustivamente di tutti i profili censori sollevati da Contrada nel giudizio svoltosi in sede sovranazionale, riguardanti, oltre alla violazione dell'art. 7 CEDU, la domanda di equa soddisfazione - di cui si è detto - e i danni patiti per effetto del processo conclusosi con la sentenza irrevocabile presupposta. Dopo avere chiarito che gli artt. 666 e 670 cod. proc. pen. andavano interpretati nel senso di consentire l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli derivanti da una condanna emessa dal giudice italiano in violazione di una norma della Convenzione EDU, la Corte ha riconosciuto '...che, a seguito della decisione emessa dalla Corte EDU il 14/04/2015, che ha dichiarato che la sentenza di condanna emessa nei confronti di Bruno Contrada dalla Corte di appello di Palermo... violerebbe l'art. 7 CEDU, tale pronuncia non è suscettibile di ulteriore esecuzione e non è produttiva di ulteriori effetti penali.'

Giova tuttavia rammentare che la soluzione espressa dalla sentenza Contrada, quanto al rimedio utilizzabile per dare attuazione alla sentenza della Corte edu, non sembra essere l'unica. Non erano, infatti, mancata, affermazioni di diverso tenore da parte del giudice di legittimità sul tema.

Merita di essere da ultimo ricordata, in questa stessa prospettiva, Cass. pen., 18 ottobre 2016, n.44193, *Dell'Utri*.

Secondo tale ultimo arresto, lo strumento processuale di conformazione interna al giudicato CEDU (art. 46 Conv.) è rappresentato – in via prioritaria – dalla revisione della sentenza (Corte Cost. n.113 del 2011). Tale strumento va ritenuto applicabile, quanto alla legittimazione, anche ai soggetti diversi dal destinatario diretto della pronuncia CEDU che prospettino di trovarsi in condizione analoga.

Lo strumento dell'incidente di esecuzione (art. 670 o art. 673 c.p.p.) è invece da ritenersi residuale e può trovare applicazione esclusivamente nelle ipotesi in cui sussistano le seguenti condizioni: a) assoluta identità dei casi; b) portata generale univocamente apprezzabile della decisione emessa dalla CEDU; c) assenza di una necessaria previa dichiarazione di incostituzionalità (o, in alternativa, avvenuta invalidazione della norma interna applicata nel giudizio e ritenuta contrastante con i principi esposti in Convenzione); d) ricognizione delle norme applicabili al caso con limitata discrezionalità del giudice della esecuzione.

Nel caso concreto la Cassazione ha ritenuto che il caso sottoposto a scrutinio - in sede di incidente di esecuzione - non presentasse carattere di identità con quello deciso alla CEDU, pur evidenziandosi che la decisione emessa dalla Corte edu nel caso *Contrada c. Italia* non può considerarsi innovativa e gode di una limitata portata generale, esprimendo le potenziali ricadute generali di un contrasto interpretativo giurisprudenziale, da valutarsi tuttavia in rapporto alla concreta vicenda processuale definita nella giurisdizione interna. Si è altresì precisato che il tema della prevedibilità, sviluppato in detta decisione CEDU, concerne essenzialmente il trattamento sanzionatorio e non l'alternativa tra liceità e illiceità della condotta.

Evidenti risultano, le diversità di approccio fra la sentenza *Dell'Utri* e quella *Contrada*, pur entrambe emesse dalla stessa prima sezione penale. Ciò che dimostra, ove mai ve ne fosse bisogno, la liquidità del sistema, soprattutto quando esso si confronti con un diritto vivente, anch'esso liquido e per di più emesso all'interno di un sistema di regole diverse da quelle interne.

3.3 L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nell'ordinamento interno in ambito non penale (Corte cost.n.123/2017).

Occorre premettere che la Corte edu, con le sentenze *Mottola e altri c. Italia* e *Staibano contro Italia* del 4.2.2014, ha riconosciuto la violazione dell'art.6 par.1 CEDU e dell'art.1 Prot.n.1, annesso alla CEDU, in danno di alcuni medici (c.d. 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 Prot.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 alla Corte europea, si sono successivamente rivolti al Consiglio di Stato, chiedendo la revocazione del giudicato interno per effetto della sentenza del giudice di Strasburgo²¹.

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

²¹ La vicenda ora tratteggiata nel testo merita, peraltro, un'ulteriore passaggio in ordine agli effetti di 'cosa interpretata' prodotti dalla sentenza *Mottola 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 ultima istanza 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 c.1 c.p.c., sulla scia dei principi espressi da Cass.S.U.n.30254/2008 in tema di violazione dei limiti interni della giurisdizione. La vicenda è stata esaminata, da Cass. S.U. n.6891/2016. Le Sezioni Unite muovono dai principi espressi da Cass. S.U. n.2242/2015, 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 G.A. Tali principi vengono trasposti nella vicenda della sentenza del giudice amministrativo formatosi 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 S.U. non ritengono esse stesse di potere annullare la sentenza del Consiglio come avevano fatto con la sentenza n. 2242/2015, 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 casi *Staibano c. Italia* e *Mottola c. Italia* del 4.2.2014, la Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art.69 c.7 d. lgs. n.165/2001. **Corte cost.n.6/2018** che ha dichiarato l'inammissibilità della questione di costituzionalità, rilevando che il giudice remittente era partito da una concenzone del motivo inerente la giurisdizione sulla base di un indirizzo interpretativo favorevole ad 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, '...L'intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU, non essendo peraltro chiaro, nell'ordinanza di rimessione e nella stessa giurisprudenza ivi richiamata, se ciò valga sempre ovvero solo in presenza di una sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia o della Corte di Strasburgo. In ogni caso, ancora una volta, viene ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), motivo sulla cui estraneità all'istituto in esame non è il caso di tornare. 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)."

avere ricordato le indicazioni che giungono a livello europeo a riaprire il processo in ambito interno (cfr. Raccomandazione R(2000) 2 del 19 gennaio 2000 del Comitato dei Ministri), l'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 CEDU '... 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.' Sicchè i ricorrenti si sarebbero visti definitivamente privati della possibilità di accedere ad 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 cod. proc. amm. e, in quanto richiamato dallo stesso, artt. 395 e 396 cod.proc.civ. con gli artt.117 1^o comma, Cost., integrato dall'art.46 CEDU, 111 e 24 Cost. – .

Orbene, Corte cost.n.123/2017 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 1^o comma 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 dei c.d. 'fratelli Scoppola' in ambito penale, non ha ritenuto che la protezione offerta da Corte cost.n.113/2011 - introducendo un'ulteriore ipotesi di revisione che può dare luogo alla riapertura del processo penale ai sensi dell'art.630 c.p.c. - ai casi di sentenze della Corte edu che hanno riconosciuto la violazione di norme convenzionali in ambito penale potesse valere nei confronti dei soggetti parte di un procedimento giurisdizionale amministrativo o civile definito con sentenza passata in giudicato pur se contrastante con la sentenza della Corte edu.

Secondo la Corte costituzionale l'esigenza della *restitutio in integrum*, in base ad 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 ed amministrativi²², era sempre stata accompagnata dal riconoscimento di un certo margine di apprezzamento in capo ai singoli Stati, al fine di considerare e salvaguardare i principi della certezza del diritto e del giudicato interno formatosi nei confronti di soggetti terzi. 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 – p.12 sent. 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 ad una prassi capace di generalizzare l'intervento dei terzi nel processo innanzi a sè, attraverso la

²² v., ad esempio, Corte dir. Uomo, 30 giugno 2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c.Svizzera* (no. 2), ric.n. 32772/02, ricordata in motivazione da Corte cost.n.123/2017. Sul tema, in modo ampio, v. A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della Cedu nel diritto amministrativo (A margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc.2, 2016, pag. 456 e ss.

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 perchè, 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, ponendosi implicitamente in linea con l'opinione concorrente resa dal giudice polacco Wojtyczek nella sentenza *Bochan c. Ucraina*²³, sottolinea che gli effetti di cosa giudicata delle sentenze della Corte edu rispetto ai processi civili ed 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, rappresentata dal rispetto del canone del contraddittorio che, par di capire, non risultando garantito dalla Corte edu, renderebbe difficoltosa l'estensione degli effetti ai terzi già parti del giudizio interno.

3.4 Qualche notazione sulla sentenza n.123/2017.

Le conclusioni alle quali è giunta la sentenza n.123/2017 presentano, secondo chi scrive, alcune criticità che si intendono qui rappresentare, per quel nulla che esse possano valere.

Anzitutto, Corte cost.n.123/2017 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, intese espressamente ad affermare un obbligo giuridico di esecuzione delle sentenze della Corte edu 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 pronuncia interna, mettendo in *non cale* l'art.46 CEDU e certifica che il nostro sistema non ha rimedi capaci di rendere effettive le pronunzie della Corte edu quando gli effetti lesivi prodotti nei confronti dei soggetti vittoriosi a Strasburgo continuano a propagarsi in loro danno. Ancorchè nella prospettiva della stessa sentenza il rimedio della riapertura del processo sembra essere un'opzione utile, allo stato tale rimedio non esiste, 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) –.

E' agevole osservare come una posizione di tal genere, oltre a porre il sistema interno in frizione evidente con la CEDU, scarica sulla fase indennitaria (innanzi alla Corte edu) e su quella di

²³ Cfr. op. concorrente Giudice Wojtyczek nella causa *Bochan c. Ucraina*, cit.: "...The Convention does not guarantee the other parties to domestic proceedings who are concerned by the impugned judicial decision the right to be heard by the Court. It is true that under Article 36 § 2 of the Convention, as supplemented by Rule 44 § 3 of the Rules of Court, the President of the Chamber may, in the interests of the proper administration of justice, authorise or invite any person concerned who is not the applicant to submit written comments or, in exceptional circumstances, to take part in the hearing. The Court sometimes makes use of this possibility, in particular in cases dealing with family law. The approach adopted strikes me as inadequate, as the option, left to the discretion of the President of the Chamber, of hearing the views of a person who is concerned does not equate to a guarantee of the right to be heard. It is not always used where the rights of third parties are concerned. When sitting in cases dealing with violations of the Convention in civil proceedings or arising from a judicial decision in a civil case, I invariably wonder whether the other parties concerned should not be granted the right to submit observations to the Court. Is it right to give a decision without hearing the other parties concerned? Ensuring that they have the right to be heard would not only give greater effect to the principles of procedural justice, but in many cases would also afford greater insight into the issues under examination. Given the case-law developments referred to above, the rules applicable to the procedure for the examination of applications by the Court do not confer a sufficient degree of procedural legitimacy on the decisions given. Against that background, it is time to rethink the procedure before the Court in order better to adapt it to the requirements of procedural justice."

controllo innanzi al Comitato dei Ministri il peso dell'impossibilità di dare corso alle pronunzie della Corte edu in favore dei soggetti vittoriosi, tagliando fuori lo Stato italiano ed il giudice interno dai compiti che invece l'art.46 allo stesso attribuisce.

Nemmeno persuasiva appare la sentenza n.123/2017 nel ricondurre l'invito della Corte edu alla riapertura dei processi civili ai soli casi in cui era stato parte un Paese che, spontaneamente, avesse introdotto a livello interno l'ipotesi di riapertura del processo.

In sostanza, la lettura che vorrebbe restringere la portata dell'invito alla riapertura generalmente individuato come misura meglio idonea ad eliminare gli effetti delle violazioni convenzionali prodotte dal giudicato interno si pone in antitesi rispetto a pronunzie che un siffatto invito hanno rivolto anche a Paesi che non avevano ancora introdotto lo strumento della riapertura dei processi. Il riferimento specifico va a Corte dir. Uomo, *Tence c. Slovenia*, 31 maggio 2016, ricorso n. 37242/14²⁴ ed a Corte EDU, *Perak c. Slovenia*, 1 marzo 2016, ricorso n. 37903/09²⁵.

Ed è sintomatico che le due sentenze anzidette, a sostegno di quanto affermato in ordine alla necessità di introdurre misure volte alla riapertura del processo civile ancorchè non prevista nell'ordinamento nazionale, abbiamo richiamato la sentenza *Bochan c. Ucraina* benchè quest'ultima, secondo quanto sostenuto da Corte cost.n.123/2017, affermerebbe in modo chiaro '...che l'indicazione della obbligatorietà della riapertura del processo, quale misura atta a garantire la *restitutio in integrum*, è presente *esclusivamente* (enfasi aggiunta) in sentenze rese nei confronti di Stati i cui ordinamenti interni già prevedono, in caso di violazione delle norme convenzionali, strumenti di revisione delle sentenze passate in giudicato'-cfr.p.12.1 cons.in diritto corte cost.n.123/2017-. Nè la circostanza che le pronunzie indicate facciano riferimento al legislatore sloveno come soggetto destinatario dell'obbligo di riapertura del processo interno fa venir meno l'indicazione espressamente operata dalla Corte edu allo Stato, sempre considerato dal giudice europeo nella sua dimensione unitaria, a quello Stato a prevedere rimedi interni capaci di garantire la *restitutio in integrum*.

Ad ogni buon conto, la Corte costituzionale non ha ritenuto che lo strumento della revisione potesse essere introdotto con una sentenza additiva di principio, al pari di quanto venne fatto da Corte cost.n.113/2011, proprio perchè '... Anche nel nostro ordinamento la riapertura del processo non penale, con il conseguente travolgimento del giudicato, esige una delicata ponderazione, alla luce dell'art. 24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi, e tale ponderazione spetta in via prioritaria al legislatore'(p.17 Corte cost.123/2017).

Orbene, l'accentuazione dei profili connessi al giudicato nazionale ed alla tutela dei terzi – questi ultimi non garantiti adeguatamente nel processo innanzi alla Corte edu – non persuade nemmeno nei termini rigidi così espressi.

²⁴ § 43 sent.cit. nel testo: "The Court, however, considers that the applicant suffered non-pecuniary loss arising from the breach of the Convention found in this case. Therefore, ruling on an equitable basis, it awards the applicant EUR 2,500 in that respect. Moreover, while the Slovenian legislation does not explicitly provide for reopening of civil proceedings following a judgment by the Court finding a violation of the Convention (see *Bochan v. Ukraine* (no. 2) [GC], no. 22251/08, § 27, ECHR 2015), the Court has already stated that the most appropriate form of redress in cases where it finds that an applicant has not had access to court in breach of Article 6 § 1 of the Convention would be for the legislature to provide for the possibility of reopening the proceedings and re-examining the case in keeping with all the requirements of a fair hearing (see, *mutatis mutandis*, *Kardoš v. Croatia*, no. 25782/11, § 67, 26 April 2016; and *Perak v. Slovenia*, no. 37903/09, § 50, 1 March 2016)."

²⁵ § 50 sent.cit. nel testo: "The Court, however, considers that the applicant suffered non-pecuniary loss arising from the breach of the Convention found in this case. Therefore, ruling on an equitable basis, it awards the applicant EUR 2,500 in that respect. Moreover, while the Slovenian legislation does not explicitly provide for reopening of civil proceedings following a judgment by the Court finding a violation of the Convention (see *Bochan v. Ukraine* (no. 2) [GC], no. 22251/08, § 27, ECHR 2015), the Court has already stated that the most appropriate form of redress in cases where the applicant was deprived of a fair hearing on account of his inability to participate in the proceedings before a national court would be for the legislature to provide for the possibility of reopening the proceedings and re-examining the case in keeping with all the requirements of a fair hearing (see *Gaspari v. Slovenia*, no. 21055/03, § 80, 21 July 2009)".

Anzitutto, l'attenzione che la Corte costituzionale ha riservato al tema della certezza del diritto, al giudicato interno ed alla tutela del contraddittorio nei confronti dei terzi rimasti estranei al processo svolto a Strasburgo sembra avere messo in secondo piano quanto era stato sottolineato da Corte cost.n.113/2011, e cioè che '... al fine di assicurare la *restitutio in integrum* della vittima della violazione, nei sensi indicati dalla Corte europea, occorre poter rimettere in discussione il giudicato già formatosi sulla vicenda giudiziaria sanzionata. L'avvenuto esaurimento dei rimedi interni rappresenta, infatti, condizione imprescindibile di legittimazione per il ricorso alla Corte di Strasburgo (art. 35, paragrafo 1, della CEDU): con la conseguenza che quest'ultima si pronuncia, in via di principio, su vicende già definite a livello interno con decisione irrevocabile.'²⁶ La circostanza che tali affermazioni vennero espresse con riguardo al giudicato penale non elide, all'evidenza, l'identità di situazione che si riscontra nei casi di processi 'non penali'.

E' agevole, infatti, affermare che tale conclusione non possa valere solo quando è in gioco la libertà personale, prescindendo il fenomeno dell'esecuzione della sentenza della Corte edu dalla tipologia della pronuncia, nè lo stesso rimanendo condizionato dall'indicazione specifica operata dalla Corte edu, proprio in relazione all'obbligo di cui all'art.46 CEDU.

Non sembra, ancora, irrilevante ricordare Corte cost.n.219/2016 che, esaminando gli effetti dell'art. 16-bis, comma 5, della legge 4 febbraio 2005, n. 11 – concernente il diritto di rivalsa dello Stato nei confronti delle amministrazioni locali responsabili di violazioni della CEDU – ha escluso la lesione del diritto di difesa prospettata dall'amministrazione locale per l'impossibilità di partecipare al giudizio dinanzi alla Corte europea, sostenendo che '...la disposizione censurata, stante il suo inequivoco tenore letterale, è volta a regolare il procedimento attraverso il quale viene esercitato il diritto statale di rivalsa nell'ordinamento interno, non già il diverso procedimento dinanzi alla Corte europea, nell'ambito del quale...si sarebbe determinata la compressione del diritto di difesa dell'ente locale'.

Si vuol dire che nella pronuncia da ultimo indicata non venne – correttamente – ravvisato alcun *vulnus* al contraddittorio in danno dell'amministrazione locale chiamata a rivalere lo Stato per le condanne inflitte a Strasburgo in sua assenza, proprio sottolineando che il processo innanzi alla Corte edu non poteva essere scrutinato dal giudice nazionale. Ciò, sembra il caso di aggiungere, per l'assorbente considerazione che esso è disciplinato da un trattato internazionale al quale lo Stato italiano ha aderito, rendendolo esecutivo con legge e senza apporre alcuna riserva in materia.

In definitiva, è parso che i margini di discrezionalità dello Stato all'atto di dare esecuzione alle sentenze di una Corte internazionale che trae disciplina da un trattato internazionale al quale l'Italia ha aderito e che è stato reso esecutivo, pur sicuramente esistenti quanto alle modalità di proposizione dell'azione, ai termini di decadenza ed ad ogni altro aspetto ritenuto rilevante, non possano porre in discussione la disciplina interna del processo a Strasburgo fino a fondarsi sull'assenza di contraddittorio con le altre parti; questione che risulta 'coperta' dalla CEDU e dai suoi Protocolli e si trova, quindi, in un ambito esterno a quello riservato al legislatore, invece sicuramente dotato del potere di regolare la fase discendente e successiva alla pronuncia della Corte edu.

Nemmeno può sottacersi che entrambe le violazioni riconosciute dal giudice europeo nei casi *Mottola* e *Staibano* ruotavano tutte attorno al tema del giusto processo.

²⁶ In dottrina, sul punto, v. R. DI CARIA, *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? l'obbligo per gli stati di «conformarsi alle sentenze definitive della corte» edu nella prospettiva italiana*, in *Giur. cost.*, fasc.3, 2009, pag. 2191 che pure ricorda l'opinione sul punto espressa da E. LUPO in *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale*, in *Cass. pen.*, 2007, f. 5, 2247-2258: '...il fatto che la Corte possa essere adita solo dopo l'esaurimento delle vie interne (la fondamentale regola sancita dall'attuale art. 35) implica per forza di cose che essa si pronunci su sentenze divenute definitive nell'ordinamento interno. Se a questa premessa si aggiunge quanto si ricava dai ricordati articoli 13 e 46, la conclusione è che «l'accertamento della violazione della CEDU comporta, pertanto, a favore della persona in danno della quale la violazione si è verificata, il diritto a proporre un ricorso interno per rimediare alla violazione stessa attraverso la c.d. *restitutio in integrum*». V., altresì, nello stesso senso, S. L. VITALE, *Violazione della Cedu e principio di intangibilità del giudicato civile e amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 4/2015, 1300.

In sostanza, secondo le sentenze appena ricordate, il diritto negato ai ricorrenti era stato quello a potere adire la giurisdizione nazionale per vedersi riconosciuto il diritto reclamato. Ed anche la violazione convenzionale dell'art.1 Prot.n.1 annesso alla CEDU ritenuta nel caso Mottola atteneva alla violazione degli obblighi procedurali (di natura essenzialmente processuale)²⁷ pure sottesi all'art.1 Prot.n.1 alla CEDU²⁸. L'aver chiuso le porte del processo nazionale – nel quale i diritti prospettati dai ricorrenti avrebbero dovuto trovare esame (e non necessario riconoscimento) rappresenta per davvero un'occasione perduta.

Sembra poi 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.

Tale affermazione che, dice Corte cost.n.123/2017, renderebbe più agevole il compito del legislatore, riecheggiando nuovamente la già ricordata opinione concorrente del giudice polacco nella causa *Bochan*, non pare andare nella direzione del dialogo fra le Corti, semmai potendo ulteriormente allontanare il senso di reciproca fiducia fra le stesse.

In definitiva gettare, sottotraccia, una luce sinistra sull'intero procedimento svolto a Strasburgo, privato dell'anima del giusto processo – rappresentata dal contraddittorio – che pure la Corte edu reiteratamente richiama come elemento portante della tutela da essa offerta alle persone che prospettano una violazione convenzionale equivale a chiedersi 'se sia costituzionale l'intero sistema Cedu, perché esso è costruito, come noto, proprio sull'intervento della Corte Edu *dopo* il giudicato interno'²⁹. La Corte sembra così tralasciare non soltanto le caratteristiche peculiari del processo come calibrato a Strasburgo – in una prospettiva di rapporto verticale fra persona che assuma la violazione e lo Stato –, ma anche gli obblighi convenzionali assunti dagli Stati e, soprattutto, la circostanza che la stragrande maggioranza dei Paesi contraenti si è già dotata di strumenti interni capaci di favorire la *restitutio in integrum* per effetto della condanna pronunciata a Strasburgo. Il che, senza volere sposare un'idea idealizzante della Corte edu³⁰, la dice tutta sulle possibilità di successo dell'invito rivolto a modificare un Trattato internazionale già pienamente attuato dalla maggioranza dei medesimi Stati contraenti.

Si stenta, infatti, ad immaginare che quello stesso nucleo di Paesi che ha già attuato i rimedi interni per dare piena esecuzione alle sentenze della Corte edu possa raccogliere l'invito della Corte costituzionale dal quale scaturirebbe, verosimilmente, la necessità di modificare le legislazioni o le prassi giurisprudenziali nazionali già esistenti.

Anzi, proprio le considerazioni appena espresse consentono un'ulteriore riflessione critica sulla 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

²⁷ V.R.CHENAL, *Cedu e diritto tributario: le garanzie di natura procedurale*, in *Il nostro sistema tributario all'esame della CEDU. Le questioni ancora aperte*, a cura di F.BUFFA, Atti del convegno organizzato presso la Corte di Cassazione il 22 settembre 2015 dall'ufficio dei Referenti per la formazione decentrata della scuola della magistratura, Vicalvi, 2016 63: '...Nonostante il silenzio dell'art. 1 del Protocollo n° 1 in materia di esigenze procedurali, in caso di ingerenza nell'esercizio del diritto di proprietà, lo Stato deve prevedere delle procedure che permettano all'interessato di esporre la sua causa davanti alle autorità competenti al fine di contestare in maniera effettiva le misure che sono all'origine di tale ingerenza (Jokela c. Finlande, no 28856/95, § 45, CEDH 2002 IV, Kotov c. Russie[GC], no 54522/00, 3 avril 2012). Non sono quindi compatibili con la Convenzione ingerenze in assenza di una procedura svolta in contraddittorio tra le parti e rispettosa del principio della parità delle armi e che permetta di discutere degli aspetti principali della controversia (Agosi c. Royaume-Uni, 24 octobre 1986, § 55, série A no 108, Sociedad Anónima del Ucieza c. Espagne, no 38963/08, § 74, 4 novembre 2014).'

²⁸ Cfr. p.57 sent.Mottola, cit.: '... En conséquence de ce revirement de jurisprudence, les requérants ont été privés de toute possibilité d'obtenir une décision de justice reconnaissant leur droit au versement des contributions sociales – et donc leurs droits corrélatifs en termes de pension de retraite – pour la période travaillée par eux en tant que vacataires pour l'université de Naples.'

²⁹ PADULA, *La Corte edu e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, 25 agosto 2016, in www.giurcost.it

³⁰ V., anzi, sul punto, P. BILANCIA, *Prefazione* a P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *I diritti umani in una prospettiva europea*, cit., XVI e D. GALLIANI, *Premessa* a P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *I diritti umani in una prospettiva europea*, cit., 25 ss.

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)³¹ 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 ad esso fanno capo, vigendo nel diritto internazionale il principio dello Stato come unico volto³².

Ciò significa che nell'esercizio dei poteri ad esso conferiti innanzi alla Corte edu, il Governo italiano 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 sovrapponibilità 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 privati³³.

Parimenti non convincente risulta 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*³⁴. E di ciò vi è conferma nel fatto che il ricorso ritenuto ricevibile dalla Corte edu in fase di delibazione preliminare non viene comunicato alle altre parti del processo interno, ma soltanto agli altri Stati contraenti³⁵. 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 parte³⁶.

³¹ E', infatti, appena il caso di evidenziare che il riferimento alle controversie tra privati toccate da una pronuncia 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' ed alle violazioni dell'art.8 CEDU. In tema di minori v., ad es., Corte dir.uomo, 13 giugno 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*, rc.39221/98 : '... "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, ¶ 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."

³² Cfr., per tutti, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2005, 10 ss.

³³ Sul punto, v., infatti, PADULA, *La Corte edu e i giudici comuni*, op.cit., 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.'

³⁴ v., amplius, G. RAIMONDI, *Commento all'art.36*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di BARTOLE, CONFORTI E RAIMONDI, Padova, 2001, 627 ss.

³⁵ cfr. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 423.

³⁶ Corte dir.uomo, 14 gennaio 2016, *Mandet c. Francia* – ric.n. 30955/12 – par.42 e 43, in materia di filiazione.

In sostanza, 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.36 CEDU non si vede quale frutto fecondo potrà produrre, anche se sarà il tempo a dare il suo responso.

In conclusione, malgrado le perplessità qui manifestate sulla sentenza n.123/2017, un merito va riconosciuto alla Corte costituzionale. Ed è quello che 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 sorte 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 edu.

La prospettiva di un ridimensionamento del giudicato interno non penale per effetto del sopravvenuto 'giudicato' della Corte edu per risolvere la questione senza attendere ulteriori interventi legislativi³⁷ è lì ad attendere di essere metabolizzata, studiata e verificata in relazione a singole ipotesi³⁸.

Nè 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 (ancorchè '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 sta lì a dimostrare 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

³⁷ Può essere ricordata, anche se in contesto diverso, perchè la giurisprudenza CEDU non veniva in evidenza all'interno di un giudizio interno attivato dalla parte a Strasburgo, Cass.n.13435/2016, che ha ritenuto ammissibile in rito e fondata nel merito una domanda di revocazione di una sentenza resa dalla stessa Corte di Cassazione in tema di dichiarazione di adottabilità. La Corte, anzitutto, configura l'esistenza di un errore di fatto idoneo a rendere ammissibile il ricorso per revocazione per effetto della erronea ponderazione, operata da parte della Cassazione, della sentenza assolutoria della coppia genitoriale per il reato di abbandono di minori, prodotta in sede di legittimità e passata in giudicato. E a tale risultato giunge ritenendo, espressamente, che '...i presupposti della revocazione vanno valutati con particolare attenzione allorchè si prospetti la violazione di diritti fondamentali, protetti dalla CEDU, da parte del giudice nazionale, in forza di un errore di fatto che non abbia condotto al rimedio reale in discorso, onde poi non resterebbe che quello del mero indennizzo, per definizione insoddisfacente quando si tratti di diritti fondamentali su beni personalissimi della vita.' Tale inciso finale disvela, in realtà, la portata non marginale dell'operazione compiuta dal giudice di legittimità che, per superare le strettoie espresse ripetutamente dalla stessa Cassazione in tema di qualificazione e determinazione dell'errore revocatorio, sottolinea la peculiarità della vicenda processuale, nella quale era in gioco la violazione di un diritto di matrice convenzionale.

³⁸ Lo studio di R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Capo/CaponiRel-Congresso-Ass-processo-civile25-260909.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.it*, 28 gennaio 2015, 11.

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 dir.uomo, GC, *Fabris c.Francia*, p.19-³⁹.

Va infatti evitata la prospettiva che sposti sulla monetizzazione del pregiudizio la soluzione del problema⁴⁰.

La pronuncia 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 dottrinale⁴¹ 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 edu⁴², dovendosi dare risposta ad 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 ad introdurre per eliminare – semprechè ve ne siano – violazioni ulteriori rispetto a quelle patite dal soggetto vittorioso a Strasburgo, chiama lo studioso e gli interpreti delle varie discipline ad 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 ed astratti per rispondere ad un'esigenza di certezza e prevedibilità e ciò che, invece, va necessariamente riservato all'attività di concretizzazione ed 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 fondamentali⁴³.

3.5 L'esecuzione delle sentenze della Corte edu, vista...dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte dir.uomo, 11 luglio 2017,(Grande Camera) *Moreira Ferreira c. Portogallo*.

³⁹ V. sul punto, l'opinione concorrente del Giudice della Corte edu Pinto de Albuquerque, in PINTO DE ALBUQUERQUE, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti*, cit., 67, che offre dell'inciso riportato nel testo una lettura volta, per un verso, ad escludere che il contrasto di una sentenza della Corte edu con la Costituzione possa impedirne l'efficacia e, per altro verso, afferma che 'il riferimento alla certezza del diritto...costituisce anche un ammonimento (inunction, ndr) ai giudici statali di rispettare rigorosamente, senza alcun margine di apprezzamento, le sentenze della Corte. Sarebbe invece qualsiasi scelta discrezionale compiuta dai giudici statali nell'attuazione delle sentenze della Corte a mettere in discussione il principio della certezza del diritto'

⁴⁰ Ancora B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, op.cit.: '...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 violazioni più gravi dei diritti garantiti dalla Convenzione.'

⁴¹ V. 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.*, dicembre 2015, 2710; 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 *L'incidenza del diritto comunitario e della Cedu sugli atti nazionali definitivi*, a cura di F.SPITALERI, Milano, 2009, 159; G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giurisprudenza Costituzione*, in *Giur. Cost.*, fasc. 2, 2011, 1542.

⁴² Rimangono fondamentali, sul punto, gli studi di V. SCARABBA, *Il giudicato e la CEDU, Profili di diritto costituzionale internazionale e comparato*, 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?*, Milano, 2010, G. MARTINICO – O. POLLICINO, *The Interaction Between Europe's Legal Systems - Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Oxford, 2012 e P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004.

⁴³ Sul punto v., 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 AA:VV., *Vecchie e nuove famiglie nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, a cura di A.RUGGERI, D.RINOLDI E V.PETRALIA, Napoli, 2016,1 ss. nonché id., *Lacune costituzionali*, in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XX, Studi dell'anno 2016, Torino, 78.

La sentenza della Grande Camera del luglio 2017 nel caso *Moreira Ferreira c. Portogallo* è da inscrivere fra quelle ‘capitali’ della Corte edu, non solo e tanto per l’ampiezza della motivazione della decisione presa dalla maggioranza e delle opinioni degli otto giudici dissenzianti, ma anche per dimostrare quanto il futuro delle giurisdizioni nazionali e sovranazionali sia destinato a rimanere *liquido*, non consentendo risposte dotate di significativi gradi di stabilità e per ciò esso stesso destinato ad essere rivisitato, rivisto e ripensato in relazione al caso che, in futuro, verrà esaminato sia sul piano interno che su quello sovranazionale.

Il caso che ha originato la pronuncia della Grande Camera ha preso le mosse da una condanna alla sanzione penale della multa a carico di una donna per il reato di minacce. La circostanza che l’imputata non fosse stata ascoltata nel corso del giudizio di appello svolto innanzi al giudice portoghese venne posta a base del primo ricorso a Strasburgo, conclusosi con esito favorevole alla donna, avendo la Corte edu ritenuto la violazione dell’art.6 CEDU, liquidando un equo indennizzo⁴⁴.

All’esito della pronuncia di Strasburgo la donna chiedeva, in ambito interno, la riapertura del processo e la Corte di cassazione riteneva non ve ne fossero i presupposti.

Secondo il giudice supremo portoghese la mancata audizione della ricorrente da parte della corte d’appello costituiva un’irregolarità procedurale non soggetta a revisione, aggiungendo che la condanna inflitta non era da considerare inconciliabile con la sentenza della CEDU. Peraltro, la Corte edu aveva escluso che la sua decisione potesse sollevare seri dubbi sulla condanna, indipendentemente dalla pena che era stata effettivamente irrogata; la condanna non era dunque inconciliabile nè con la decisione vincolante della CEDU, nè poteva dubitarsi della sua correttezza. In questa prospettiva doveva intendersi la condanna al pagamento dell’indennizzo, non risultando sempre possibile lo svolgimento di un nuovo processo. La donna ha quindi ripercorso la via di Strasburgo lamentando la violazione dell’art.6 CEDU.

La Grande Camera ha così fornito importanti risposte ad alcuni quesiti che già in passato si erano posti.

Il primo era quello di capire se esiste un obbligo dello Stato a riaprire un processo definito in ambito interno in modo non conforme alla CEDU.

Sul punto la risposta fornita è netta, nel senso di non ritenere esistente siffatto obbligo, nemmeno nel settore penale, proprio per l’assenza di consensus sul punto all’interno dei Paesi contraenti

52. Risulta dai summenzionati principi generali che una constatazione di violazione dell’articolo 6 della Convenzione da parte della Corte non impone automaticamente una riapertura del procedimento penale interno. Tuttavia, costituisce, in linea di principio, un mezzo appropriato e, spesso, il mezzo più adeguato per porre fine alla violazione constatata e eliminarne le conseguenze.

53. Questa posizione è supportata dalla grande varietà di modelli che disciplinano in Europa i mezzi di ricorso che consentono di chiedere, sulla base di una constatazione di violazione della Convenzione formulata dalla Corte, la riapertura di un procedimento penale conclusosi con una decisione giudiziaria definitiva. A questo riguardo, la Corte constata che all’interno della comunità degli Stati contraenti non esiste un approccio uniforme quanto alla facoltà di chiedere la riapertura

⁴⁴ Sent. cit. nel testo, p.33: La Corte rileva che, nella presente causa, la corte d’appello si trovava investita di più questioni relative ai fatti del caso di specie e alla persona della ricorrente. Quest’ultima, come aveva già fatto dinanzi al tribunale di primo grado, sollevava in particolare la questione di stabilire se la sua responsabilità penale dovesse essere considerata ridotta, la qual cosa avrebbe potuto avere un impatto significativo sulla determinazione della pena. 34. Per la Corte, si trattava di una questione che la corte d’appello non poteva risolvere senza una valutazione diretta della testimonianza personale della ricorrente, tanto più che la sentenza del tribunale di Matosinhos si discostava in qualche modo dalle conclusioni della perizia psichiatrica, senza tuttavia indicare i motivi di tale divergenza come richiede la legge interna (...). Il riesame, da parte della corte d’appello, di tale questione avrebbe dovuto pertanto comportare una nuova audizione integrale della ricorrente (...). 35. Questi elementi sono sufficienti alla Corte per concludere che nel caso di specie era necessario che la corte d’appello tenesse un’udienza pubblica. Pertanto vi è stata violazione dell’articolo 6 § 1 della Convenzione.»

di un procedimento chiuso. La Corte rileva anche che, nella maggior parte di questi Stati, la riapertura non è automatica e deve rispettare i criteri di ricevibilità, il cui controllo è garantito dalle giurisdizioni nazionali che godono in questa materia di un più ampio margine di apprezzamento (paragrafo 34 e seguenti supra).

Il secondo *step* riguarda l'esame del ricorso straordinario eventualmente esistente nel Paese del quale il ricorrente si duole in ragione dell'esito non favorevole riservato alla richiesta di riesame.

La Corte edu si è quindi chiesta se fosse competente ad esaminare il motivo di ricorso della ricorrente senza travalicare le prerogative dello Stato convenuto e del Comitato dei Ministri derivanti dall'articolo 46 della Convenzione e, in caso affermativo, se le garanzie di cui all'articolo 6 della Convenzione si applichino alla procedura di cui trattasi.

Affrontando il primo quesito si è ricordato che la pronuncia che riconosce la violazione ha natura dichiarativa, impegnando gli Stati, alla stregua dell'art.46 CEDU, a conformarsi alle sentenze della Corte nelle controversie alle quali sono parti, il Comitato dei Ministri è incaricato di sorvegliarne l'esecuzione (Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) (n. 2), sopra citata, § 61).

Non vi è dunque travalicamento delle competenze che il Comitato dei Ministri trae dall'articolo 46 – sorvegliare l'esecuzione delle sentenze della Corte e valutare l'applicazione delle misure adottate dagli Stati ai sensi di tale articolo – quando la Corte conosce fatti nuovi nell'ambito di un nuovo ricorso. Il fatto che penda una procedura di controllo dell'esecuzione della sentenza dinnanzi al Comitato dei ministri non costituisce un impedimento all'esame di un nuovo ricorso quando quest'ultimo contiene elementi nuovi, non decisi nella sentenza iniziale. E tale carattere di novità si riscontra in relazione alle contestazioni specifiche mosse dal ricorrente all'operato della Corte suprema in sede di ricorso per ottenere la riapertura del processo, mai esaminate in precedente dal giudice nazionale, proprio perchè correlate al novum rappresentato dalla sentenza della Corte edu.

Detto questo, la Corte passa ad esaminare la fondatezza nel merito del ricorso che prospettava, nel diniego di riapertura del giudizio deciso dalla Corte suprema portoghese, un vero e proprio diniego di giustizia.

La Corte di Strasburgo esclude la fondatezza del rilievo, osservando che l'interpretazione offerta dal giudice interno della prima pronuncia della Corte edu non poteva dirsi arbitraria. Non ritiene, in particolare, di diffondersi sulla correttezza dell'interpretazione stessa, secondo la quale la violazione dell'art.6 CEDU accertata in quella fase non aveva posto in discussione l'esistenza dei presupposti per la condanna della ricorrente accertata nel giudizio interno ed il rimedio della riapertura del processo non era stato indicato, dal giudice di Strasburgo, come condizione indispensabile per depurare il giudizio dalla violazione acclarata. Si limita tuttavia ad osservare che le conclusioni espresse dal giudice interno non potevo dirsi arbitrarie, avendo la Corte suprema affrontato le doglianze esposte dalla ricorrente.

Per giungere a tali conclusioni, la Corte edu si fonda su due postulati.

Il primo, rappresentato dal fatto che, in ambito penale, la riapertura del processo in esito a violazione dell'art.6 CEDU, pur non essendo la Corte competente a disporla, costituisce uno dei rimedi meglio adeguati ad eliminare gli effetti delle violazioni accertate, soprattutto se le stesse hanno la capacità di perpetuarsi nel tempo, ma non rappresenta il dato ineliminabile, spettando pur sempre all'autorità domestica la valutazione del singolo caso.

87. La Corte rileva che né l'articolo 6 della Convenzione, né nessun altro articolo introducono un obbligo generale di motivare tutte le decisioni che constatano l'irricevibilità dei ricorsi straordinari. Il diritto nazionale può dispensare queste decisioni da qualsiasi motivazione. Tuttavia, se nell'ambito dell'esame di un ricorso straordinario, un giudice nazionale si pronuncia sulla fondatezza di un'accusa penale e motiva la sua decisione, questa motivazione deve soddisfare i criteri imposti dall'articolo 6 in materia di motivazione delle decisioni giurisdizionali.

L'ulteriore passaggio è rappresentato dal riconoscimento di un margine di apprezzamento in favore dell'autorità statale in ordine all'interpretazione della sentenza della Corte edu ed alla motivazione che il giudice nazionale deve offrire sull'esistenza o meno dei presupposti per riaprire il processo attraverso il ricorso straordinario previsto dalla legge del Paese contraente interessato dalla sentenza dichiarativa resa dalla Corte edu.

Nè mancano importanti precisazioni del giudice europeo in ordine al contenuto motivatorio delle decisioni da adottare in materia, utili per il giudice comune, di merito o di legittimità, quando entrano in gioco i diritti fondamentali protetti dalla CEDU.

84. La Corte rammenta anche che, secondo una sua giurisprudenza costante che rispecchia un principio legato alla buona amministrazione della giustizia, le decisioni giudiziarie devono indicare in maniera sufficiente i motivi su cui si fondano. La portata di questo obbligo può variare a seconda della natura della decisione e deve essere analizzata alla luce delle circostanze di ciascun caso di specie (García Ruiz c. Spagna [GC], n. 30544/96, § 26, CEDU 1999 I). Senza esigere una risposta dettagliata ad ogni argomentazione del reclamante, questo obbligo presuppone che le parti in un procedimento giudiziario possano aspettarsi una risposta specifica ed esplicita ai mezzi che sono determinanti per l'esito del procedimento stesso (si vedano, fra altri esempi, Ruiz Torija c. Spagna, 9 dicembre 1994, §§ 29-30, serie A n. 303 A, e Higgins e altri c. Francia, 19 febbraio 1998, §§ 42-43, Recueil des arrêts et décisions 1998 I). Inoltre, nelle cause riguardanti le ingerenze nei diritti sanciti dalla Convenzione, la Corte verifica che la motivazione delle decisioni pronunciate dai giudici nazionali, non sia automatica o stereotipata (mutatis mutandis, Paradiso e Campanelli c. Italia [GC], n. 25358/12, § 210, CEDU 2017)....87. La Corte rileva che né l'articolo 6 della Convenzione, né nessun altro articolo introducono un obbligo generale di motivare tutte le decisioni che constatano l'irricevibilità dei ricorsi straordinari. Il diritto nazionale può dispensare queste decisioni da qualsiasi motivazione. Tuttavia, se nell'ambito dell'esame di un ricorso straordinario, un giudice nazionale si pronuncia sulla fondatezza di un'accusa penale e motiva la sua decisione, questa motivazione deve soddisfare i criteri imposti dall'articolo 6 in materia di motivazione delle decisioni giurisdizionali.

La Corte edu non manca, nemmeno, di considerare i riflessi della propria decisione rispetto alle sentenze che abbiano acclarato una violazione convenzionale in ambito non penale.

In tale contesto, la Corte tende a sottolineare la diversità rispetto al processo penale che lascia intendere un rigore meno intenso che sarebbe richiesto nelle autorità nazionali nel disporre la riapertura del processo, proprio in relazione all'esistenza di altre parte non coinvolte nel giudizio innanzi a Strasburgo.

66. La Corte sottolinea che l'esame della causa Bochan (n. 2) sopra citata riguardava questioni relative al profilo civile dell'articolo 6 della Convenzione. Ora, il procedimento civile differisce notevolmente dal procedimento penale.

67. La Corte ritiene che i diritti dell'imputato e dell'indagato richiedano una protezione più forte rispetto ai diritti delle parti in un procedimento civile. Pertanto, i principi e gli standard applicabili al procedimento penale devono essere stabiliti con una precisione e una chiarezza particolari. Infine, se in materia civile i diritti di una delle parti possono entrare in conflitto con i diritti dell'altra parte, queste considerazioni mancano per opporsi alle misure a favore dell'imputato, indagato o condannato, e ciò, fatti salvi i diritti che le vittime dei reati potrebbero far valere dinanzi ai giudici interni.

Estremamente importanti risultano le opinioni dissenzienti rese dai giudici che non hanno condiviso la decisione della maggioranza della Grande Camera. Su tutte spicca, per approfondimento e complessità, quella del giudice Pinto de Albuquerque.

In essa si ritrovano spunti imprescindibili per comprendere nei suoi orditi anche inespressi, lo stato dell'arte della giurisprudenza della Corte edu in materia.

Il giudice Pinto ripercorre la ‘storia’ dell’esecuzione delle sentenze della Corte edu e della ‘clausola di riapertura del processo, inaugurata all’interno di vicende che aveva riguardato ricorrenti di origine turca. In questo contesto si ricordano le formule usate, inizialmente, dalla Corte edu: «in linea di principio la riparazione più appropriata sarebbe far rigiudicare il ricorrente in tempo utile da parte di un tribunale indipendente ed imparziale» (clausola *Gençel*); «un nuovo processo o una riapertura del procedimento, su richiesta dell’interessato, costituisce in linea di principio un mezzo adeguato per porre rimedio alla violazione constatata» (clausola *Öçalan*)- con l’ulteriore precisazione, successivamente espressa, per cui le misure di riparazione specifiche che, se del caso, uno Stato convenuto deve adottare per adempiere agli obblighi che gli incombono in virtù dell’articolo 46 della Convenzione, dipendono necessariamente dalle particolari circostanze della causa e devono essere definite alla luce della sentenza pronunciata dalla Corte nella causa in questione, tenuto conto della giurisprudenza della Corte sopra citata.

Parimenti di rilievo l’analisi dei casi nei quali la Corte edu ha riconosciuto l’utilizzazione della clausola di riapertura con riferimento a casi di violazione dell’articolo 6 – per ipotesi di lesione del diritto di accesso a un tribunale, del diritto di essere giudicato da un tribunale costituito per legge, del principio dell’imparzialità o dell’indipendenza dei giudici, del diritto di partecipazione al proprio processo, del diritto di interrogare i testimoni, del diritto di essere sentito personalmente, del diritto di essere informato in modo dettagliato dell’accusa, del diritto di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la propria difesa, dei principi del contraddittorio e della parità delle armi, del diritto all’assistenza di un difensore, del principio dell’equità del processo, soprattutto del divieto delle imboscate della polizia, del diritto a una sentenza motivata- degli artt. 2 e 7 CEDU, nonché nelle cause civili, amministrative e fiscali, pur precisando, su tale ultimo punto, che ‘... I criteri di applicazione della clausola di riapertura al di fuori del settore penale non sono sempre chiari, in quanto la Corte ha rifiutato di accordarla anche se il ricorrente l’aveva esplicitamente richiesta. Ne consegue che i ricorrenti non hanno avuto altra scelta che adire nuovamente la Corte nell’ambito di un contenzioso internazionale oneroso e macchinoso quando gli Stati convenuti non avevano rispettato le conclusioni iniziali della Corte. Il giudice Pinto ha quindi passato in rassegna i singoli casi nei quali era stata disposta la riapertura del processo, individuando modalità variegata della stessa Corte nel fissare il contenuto e la modalità di tale riapertura.

Questa varietà di formulazioni, secondo Pinto, ‘...non solleva soltanto il problema della leggibilità della sentenza e, conseguentemente, della certezza del diritto: nuoce anche alla piena ed effettiva esecuzione delle sentenze della Corte.’

Dubbi che non sarebbero stati nemmeno dissolti dalla sentenza *Moreira Ferreira* della Grande Camera. Quanto alla natura della clausola di riapertura e all’obbligo che i singoli Paesi contraenti avrebbero di ricorrere ad essa, Pinto sottolinea che le incertezze di fondo, connesse non solo all’assenza di *consensus* sul punto, nascono anche dal fatto che la Corte edu non avrebbe chiarito, nelle proprie decisioni, la diversità di portata della riapertura in relazione alla natura processuale o sostanziale della violazione che pure compare nella Raccomandazione del Comitato dei Ministri resa nell’anno 2000 e che atteggia la riapertura in termini di maggiore rigore per i casi di violazione processuale, rispetto ai quali è necessario verificare la gravità del vizio o la carenza e dalla serietà dei dubbi che ne derivano circa l’esito del processo interno.

Peraltro, la Raccomandazione avrebbe riconosciuto per disporre la riapertura, di presupposti – «non possono essere compensate da un’equa soddisfazione e (...) possono essere modificate solo mediante il riesame o la riapertura» – che non trovano ingresso nell’art.4 § 2 del Prot.n.7.

Il giudice Pinto pone, poi, in discussione l’assunto della maggioranza circa l’assenza di consenso sulla necessità di riapertura del processo penale in caso di constatazione di violazione, assumendo che ‘... vi è un consenso europeo a favore del diritto individuale alla riapertura del procedimento penale sulla base di una constatazione di violazione da parte della Corte, con solo tre Stati che si discostano da questa soluzione. Inoltre, una piccola minoranza di Stati europei prevede che le conseguenze della violazione constatata possano essere cancellate solo dalla riapertura e una

minoranza ancora più esigua dispone che la persona condannata deve continuare a subire le conseguenze negative della violazione constatata dalla Corte. Solo nove Stati impongono i due criteri materiali di ammissibilità.’

La critica mossa da Pinto si fa, poi, pungente, quando riconosce che ‘...le conclusioni tratte dalla maggioranza dal diritto comparato, esposte ai paragrafi da 34 a 39 della sentenza, non rispecchiano la situazione nella realtà. Il carente metodo di analisi di diritto comparato accolto dalla maggioranza, basato su un approccio puramente descrittivo, è criticabile per due motivi principali: in primo luogo, esso non definisce la finalità del confronto (perché confrontare, a quale scopo?) e, di conseguenza, non riesce a determinare le buone fonti e il buon livello di confronto (cosa confrontare, come farlo?). Anche l’esaustività del confronto lascia molto a desiderare, poiché la maggioranza opta per un approccio puramente descrittivo e quantitativo nella sua analisi degli elementi disponibili, senza procedere ad alcuna valutazione delle differenze e delle specificità dei sistemi di diritto nazionali, soprattutto della giurisprudenza dei giudici interni competenti e della prassi di altre autorità competenti, politiche e amministrative. Una metodologia di confronto così inadeguata non può che condurre ad uno snaturamento del consenso europeo.... Senza minimamente giustificarlo, essa fissa la barra del consenso al più alto livello possibile di una regolamentazione «uniforme» dell’istituto costituito dal ricorso straordinario di riapertura del processo penale. Il modo contraddittorio in cui la maggioranza misura il valore determinante del consenso europeo e gli elementi oggettivi considerati per stabilirlo sono in questo caso spinti fino al limite, dando luogo a una grande incertezza giuridica.’

Più benevolo è risultato l’approccio di Pinto alla decisione della maggioranza di estendere il parametro di cui all’art.6 CEDU ai ricorsi straordinari previsti in ambito interno per valutare la riapertura del procedimento in esito alla sentenza della Corte edu che dichiara la violazione convenzionale, parlando apertamente di ‘sviluppo giurisprudenziale coraggioso e lodevole’. Giudizio di Pinto che torna invece a farsi critico in ordine al margine di apprezzamento consentito alla Corte suprema nell’interpretazione della prima sentenza della Corte edu che ha accertato la violazione e nella verifica circa il carattere arbitrario o meno della decisione assunta in sede di ricorso straordinario.

55. Non può esservi maggiore frustrazione. L’approccio favorevole ai diritti umani promesso dalla maggioranza nella fase della ricevibilità è mortificato nella fase di merito. Molto stranamente, il criterio dell’arbitrarietà è utilizzato in questa fase nella valutazione dell’interpretazione da parte delle autorità interne delle sentenze della Corte, nonché della loro interpretazione del diritto nazionale. La maggioranza della Grande Camera assimila l’interpretazione delle sentenze della Corte da parte delle autorità interne all’interpretazione del diritto nazionale da parte di queste ultime, come se le sentenze della Corte e il diritto nazionale si trovassero sullo stesso livello. Essa si basa interamente sull’interpretazione data dal giudice interno stesso delle sentenze della Corte, in quanto quest’ultima non ha le competenze necessarie per interpretare le proprie sentenze. In pratica, il criterio dell’arbitrarietà è un assegno in bianco consegnato ai giudici interni, la valutazione da parte della maggioranza del rifiuto opposto dalla Corte suprema si limita alla verifica formale che la Corte suprema ha indicato «in maniera sufficiente i motivi sui quali [essa] si basa[va]». La posizione della maggioranza che consiste nel sottrarsi a qualsiasi esame sul merito dell’interpretazione data dalla Corte suprema della sentenza *Moreira Ferreira* implica che la Corte rinuncia alla propria competenza per interpretare le sue sentenze, ormai espressamente prevista al paragrafo 46 § 3 della Convenzione. In altre parole, tale limitazione autoimposta dei poteri interpretativi della Corte è in contrasto con la Convenzione stessa e con l’esplicita volontà delle Parti contraenti come espressa nella riforma dell’articolo 46 § 3 della Convenzione operata dal Protocollo n. 14.

56. Così decidendo, la maggioranza concepisce la Corte come un semplice organo consultivo presso la Corte suprema la quale, in fin dei conti, sarà libera di interpretare le sentenze della Corte come ritiene opportuno dal momento che la Corte suprema espone dei motivi, non importa quali

motivi d'interpretazione, né quale ne sia il contenuto. Applicando alla Corte la propria giurisprudenza, in particolare la sentenza pionieristica Benthem c. Paesi Bassi, si dovrà concludere che, secondo la maggioranza, la Corte non è un organo giudiziario, perché non ha neanche la competenza per adottare una misura di ordine individuale per porre rimedio ad una violazione della Convenzione, come la riapertura di un procedimento interno, né per interpretare la propria sentenza quando è presentato un nuovo ricorso perché la sua decisione non è stata rispettata.

4. La giurisprudenza consolidata della Corte edu. Alcune importanti precisazioni nella giurisprudenza costituzionale post sent.n.49/2015 – Corte cost.nn.68 e 109/2017 –.

La Corte costituzionale, con la discussa sentenza n.49/2015⁴⁵, ha ristretto i paletti che consentono alla CEDU e al suo diritto vivente di entrare nell'ordinamento interno, ribadendo con forza ed anzi estremizzando rispetto al passato (*id est*, sentenze gemelle del 2007) la costruzione gerarchica sulla quale sono posti, l'una sopra all'altra, la Costituzione e la CEDU.

Ne viene fuori, così, un edificio poggiato stabilmente sulle fondamenta della Costituzione, rispetto alle quali la CEDU – ed il suo diritto vivente “non consolidato” – non sono in grado di incidere in alcun modo nell'ordinamento interno e nel processo ermeneutico del giudice, proprio in ragione del suo essere “inferiore” e, dunque, obbligata a ritrarsi, a non operare, se si vuole ad essere “disapplicata” dal giudice comune – e (sia pur con forme diverse) costituzionale – allorchè essa contrasti con la Costituzione.

Da un lato si chiarisce che il piano gerarchico fra CEDU e Costituzione si irradia anche all'ambito delle operazioni interpretative che il giudice – comune e non – deve compiere allorchè si ponga un problema di “conflitto” fra CEDU e Costituzione – ed i rispettivi diritti viventi –. Dall'altro, emerge una forte contrazione dell'effettività ed efficacia della giurisprudenza convenzionale e, prim'ancora, della CEDU. A tale risultato si giunge richiamando il fenomeno del “non consolidamento” della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Il *vincolo* interpretativo al quale soggiace il giudice comune si dissolve se non emerge una giurisprudenza solida della Corte europea sul caso di specie. In tali evenienze la CEDU non sarà chiamata ad operare per scelta e volontà del giudice (comune) tutte le volte in cui lo stesso si trovi di fronte a risultati interpretativi fondati sulla stessa, ma incompatibili con la Costituzione. Anzi, se il diritto convenzionale non è consolidato, il giudice comune è chiamato ad un'opera di re-interpretazione del precedente isolato della Corte edu in chiave costituzionale⁴⁶.

⁴⁵ 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 www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2015; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a prmissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2015; *ib.*, M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente nonché*, pure *ivi*, in V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, 13 aprile 2015; R. CONTI, *La CEDU assediata? (Osservazioni a Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, 10 aprile 2015, p. 181 ss.; P. MORI, *Il “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU”: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della “normalizzazione” dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in www.sidi-isil.org, 15 aprile 2015, e D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in www.forumcostituzionale.it, 30 aprile 2015; B. RANDAZZO, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le ‘sentenze gemelle’ (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, 2015, n. 3, 617.

⁴⁶ Su base delle coordinate appena ricordate, la Corte costituzionale ha escluso i profili di non manifesta fondatezza prospettati dal rimettente espressamente evidenziando che la giurisprudenza convenzionale non si era ‘consolidata’ nel senso prospettato dal giudice remittente. E’ questo il recente caso del secondo processo Eternit intentato dalla Procura di Torino per i reati di omicidio di alcuni lavoratori affetti da mesotelioma pleurico a carico dei dirigenti dell'impresa dopo la definizione del processo concernente i reati di disastro ritenuti prescritti. In tale ipotesi, Corte cost.n.200/2016, pur dichiarando parzialmente fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal GUP torinese con riguardo all'art.649 cod.proc.pen., ha tuttavia escluso l'ipotizzato *vulnus* relativo all'impossibilità di applicare il *bis in idem* per le ipotesi in cui il fatto storico oggetto del primo processo, prendendo in considerazione la sola condotta, fosse

La ‘gerarchia delle interpretazioni’ è quindi tale da produrre l’abbandono dell’interpretazione della norma interna conforme a CEDU (non consolidata) – ma costituzionalmente illegittima – e, per converso, l’affermazione dell’interpretazione della norma interna sulla base della Costituzione. In tutte le vicende caratterizzate da basi non solide della CEDU, quindi, la Corte costituzionale non deve essere più investita di alcun sindacato dal giudice comune per contrasto della norma interna con la CEDU.

Si tratta di affermazioni assolutamente nuove che non sembrano avere eguali nella pregressa giurisprudenza della Corte costituzionale – pure ricordata dalla pronuncia in esame (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009) – ove l’uso di espressioni e termini singoli non poteva preconizzare l’esito al quale sono pervenuti i giudici della Consulta.

Vi sarebbe, a sostegno di questa affermazione, un’esigenza primaria di diritto costituzionale volta al conseguimento di uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali. In questa prospettiva, il ruolo di giudice di ultima istanza della Corte di Strasburgo troverebbe la sua giustificazione e dovrebbe coordinarsi con l’art.101, secondo comma, Cost.

Il giudice comune, pertanto, non deve utilizzare la CEDU per come è espressa nei suoi articoli e/o nella giurisprudenza che non riguarda in modo specifico la vicenda posta al suo vaglio essendo chiamato, piuttosto, ad attendere che si formi un diritto vivente consolidato sul punto.

Questa (ritrovata) libertà del giudice trova un duplice limite, secondo la Corte costituzionale.

Per un verso, “...il giudice comune non potrà 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, perchè cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata (sentenza n. 210 del 2013).” In tale ipotesi, prosegue la Corte costituzionale, «la pronuncia giudiziaria si mantiene sotto l’impero 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».

Tale affermazione è sicuramente di rilievo, collegandosi ai principi già ricordati che la stessa Corte costituzionale aveva espresso con la sentenza n.210/2013.

La Corte opera una sostanziale equiparazione fra la sentenza del giudice europeo ed altra decisione interna resa ‘nella stessa causa’ da altro giudice. Secondo la Corte, “...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.”

Allo stesso modo, quando il giudice comune si interroga sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, «... 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.» Ne consegue che solo il diritto consolidato della CEDU potrà quindi aprire le porte al sindacato di costituzionalità.

Pur potendosi discutere su tale ricostruzione a livello ordinamentale e pur tralasciando le critiche in altra sede mosse allo scheletro della sentenza n.49/2015, sembrano in ogni caso aprirsi nuove opportunità verso la piena attuazione delle sentenze della Corte edu nei giudizi interni definiti in modo non conforme alla stessa.

sovrapponibile a quello contestato nel secondo procedimento dovendo considerarsi, ai fini dell’*idem factum*, non solo la condotta ma anche l’evento e il nesso di causalità. Il fatto storico-naturalistico rileva, ai fini del divieto di *bis in idem*, secondo l’accezione che gli conferisce l’ordinamento, al cui interno il fatto non si restringe all’azione o all’omissione, ma comprende anche l’oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l’evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell’agente. Proprio tale analisi ha indotto il giudice costituzionale a ritenere che ‘...perlomeno allo stato, la giurisprudenza europea, che «...resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l’ha originata» (sentenza n. 236 del 2011), non permette di isolare con sufficiente certezza alcun principio (sentenza n. 49 del 2015), alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale dell’art. 649 cod. proc. pen., ove si escluda l’opzione compiuta con nettezza a favore dell’*idem factum* (questa sì, davvero espressiva di un orientamento sistematico e definitivo).’

Ed invero, nel descrivere le funzioni ed i poteri del giudice nazionale, la Corte costituzionale sembra pensare, in termini più ampi, al sistema delle fonti e dei rapporti fra giurisdizioni non sfuggendo al tema dell'obbligatorio intervento del giudice interno per elidere gli effetti delle violazioni accertate da Strasburgo.

Ora, Corte cost. n. 49/15 offre la sua lettura in termini generali ritenendo che, ferma la verifica delle concrete modalità e dei meccanismi da utilizzare, esiste la necessità di approntare un rimedio giudiziario capace di rimuovere gli effetti del giudicato interno contrastante con la CEDU.

Questo pare, allora, l'aspetto più commendevole dell'intero impianto della sentenza n.49/2015 che, peraltro, è stata recepita *in toto* dalle Sezioni Unite civili e penali della Corte di Cassazione per quel che riguarda il riferimento, obbligato per il giudice comune, alla giurisprudenza consolidata della Corte edu – v., rispettivamente, Sezioni Unite civili, 6 maggio 2016 n.9142; Sezioni Unite Penali, n. 27620 del 2016, ud. 28.4.2016, dep. 6.7.2016 –.

In definitiva, il giudice comune dovrà sempre sentirsi vincolato dalle c.d. sentenze pilota rese dalla Corte edu, mentre fuori da tali ipotesi la CEDU non è obbligatoria nè ad essa, in simili casi, dovrebbe *obbedirsi*⁴⁷.

Tuttavia, la rigidità di tale ultima conclusione ha prestato il fianco a diverse critiche in dottrina. Anzitutto, va ricordato che le procedure c.d. pilota non nascono necessariamente dall'esistenza di una giurisprudenza costante e consolidata della Corte stessa, ma dalla ripetitività dei casi che giungono – *recte*, possono giungere – al cospetto di quel Giudice, tanto da indurlo ad adottare *una* decisione che indica misure di ordine generale capaci di elidere le violazioni per tutti i casi che pendono innanzi ad essa o che denotano, in ogni caso, un deficit strutturale del sistema interno⁴⁸. In tali casi, pertanto, l'unicità della decisione – anche se non adottata dalla Grande Camera – cfr., ad es., Corte dir.uomo, *Torreggiani c. Italia*, nella quale si sono ribaditi i principi espressi in altra pronuncia Corte dir. Uomo, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia* ha ricordato la giurisprudenza formata sul tema con riferimento ad altri Paesi (Polonia e Russia) – non ne elide certo la capacità di produrre effetti anche sul piano interpretativo. In tali casi il carattere consolidato non nasce, allora, dalla reiterazione di pronunzie della Corte europea, ma semmai dalla circostanza che anche soltanto una decisione della Corte si è occupata di una vicenda analoga presenta tuttavia aspetti di identità con altre vicende pendenti a Strasburgo o con ulteriori esistenti in ambito interno. Resta ancora da dire che l'utilizzazione delle sentenze pilota rese a carico di uno Stato contraente potrebbe parimenti avere rilievo nei confronti di giudici nazionali non appartenenti allo Stato al quale si riferiva la vicenda definita dalla Corte europea. Si pensi al caso del sovraffollamento carcerario che ha riguardato diversi Paesi contraenti all'indirizzo dei quali sono state individuate varie violazioni sistematiche del diritto protetto dall'art.3 CEDU. Non sembra, allora, che l'assenza di una decisione resa a carico di un altro Stato possa eludere l'efficacia dei *principia* espressi dalla Corte edu sul tema del sovraffollamento carcerario e, in definitiva, depotenziare l'efficacia della giurisprudenza convenzionale alla quale, invece, il giudice nazionale dovrà riferirsi sul versante esegetico.

Allo stesso modo, la possibilità di *revirement* della giurisprudenza convenzionale, come anche le opinioni dissenzienti, e anche l'unicità della decisione da parte della Corte edu – v., infatti, Corte cost. 8 maggio 2009 n. 143 – o la decisione resa dalla Corte nei confronti di altro Stato⁴⁹ non

⁴⁷ Cfr.p.7 cons. diritto Corte cost.n.49/2015:”...Quando, invece, si tratta di operare al di fuori di un simile presupposto, resta fermo che «L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri» (sentenza n. 349 del 2007). Ciò non vuol dire, però, che questi ultimi possano ignorare l'interpretazione della Corte EDU, una volta che essa si sia consolidata in una certa direzione.”

⁴⁸ V., sul punto, DI STASI, *I rapporti fra l'ordinamento italiano e il sistema convenzionale, in CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. DI STASI, Padova, 2016, 102.

⁴⁹ Corte dir. uomo, 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia*, ric.n. 33401/02, § 163: ‘...in carrying out this scrutiny, and bearing in mind that the Court provides final authoritative interpretation of the rights and freedoms defined in Section I of the Convention, the Court will consider whether the national authorities have sufficiently taken into account the principles flowing from its judgments on similar issues, even when they concern other States...’

sembrano impedire *tout court* l'applicazione della CEDU sul piano interpretativo. Tale conclusione non mette in discussione la vincolatività delle sentenze della Corte edu e dei principi che esse affermano a livello generale – sempre che ciò emerga – semmai condizionando le operazioni di bilanciamento che il giudice comune sarà, volta per volta, chiamato ad operare. Egli dovrà, così tenere insieme sul suo scrittoio la Costituzione, la CEDU e le Carte che tutelano i diritti fondamentali, avendo come unica stella polare quella della maggiore e più intensa tutela dei diritti umani.

E' dunque necessario favorire operazioni di contenimento della portata della sentenza n. 49 anzidetta alle quali, fortunatamente, non è risultata nemmeno estranea la stessa Corte costituzionale.

Ed infatti, in tempi più recenti, non sono mancate prese di posizione del giudice costituzionale rivolte ad attenuare l'idea di un'operatività della CEDU solo mediata da plurimi e costanti orientamenti.

In questa direzione si iscrive, con certezza, Corte cost.n.109/2017(§ 3.1) ove si è, fra l'altro, affermato: “...[n]ell'attività interpretativa che gli spetta ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima”.

E poco tempo prima, la stessa Corte –sent. n.68/2017–non aveva mancato di sottolineare che ‘...è parimenti 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 membri» (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 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 (sentenza n. 239 del 2009). Nel caso di specie, pertanto, non è risolutiva la circostanza che la Corte di Strasburgo, con la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, abbia applicato l'art. 7 della CEDU alle sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive previste in materia di abuso di informazioni privilegiate, senza occuparsi della confisca per equivalente, che non era oggetto di quel contenzioso. L'interprete nazionale è infatti tenuto a sviluppare i principi enunciati sulla base dell'art. 7 della CEDU per decidere se valgano anche con riferimento alla confisca di valore, e, come si è visto, la risposta al quesito deve essere affermativa.”

Si tratta, a ben considerare, di posizioni che non si pongono in aperta distonia con la sentenza n.49/2015, anzi parimenti richiamata, ma che aiutano la Corte costituzionale a scrollarsi le critiche, a volte pesanti, che aveva suscitato la presa di posizione in tema di giurisprudenza consolidata.

Ne esce, così, confermata l'idea che è l'interprete e, primo fra tutti, il giudice comune a dovere fare *vivere* la CEDU all'interno dei casi posti al suo vaglio in una prospettiva che guarda alla Convenzione come strumento di innalzamento di tutela dei diritti fondamentali.

Ciò si coglie in altri precedenti della Corte costituzionale, allorchè quello stesso giudice ha ritenuto di potersi spingere sul terreno della verifica di convenzionalità di una norma interna anche in assenza di precedenti specifici del giudice europeo – cfr. Corte cost.n.276/2016 che, con riguardo al tema del diritto di elettorato passivo e alla protezione riconosciuta ad esso dalla Convenzione ed in assenza di precedenti specifici della Corte EDU relativi a normative che facciano derivare da condanne penali la perdita dei requisiti di candidabilità e di mantenimento della carica, si è spinta ad individuare in autonomia la linea di tutela offerta a livello convenzionale per valutare la compatibilità con l'art. 117, primo comma, Cost. della normativa oggetto del giudizio –.

ALLEGATI

(Cons.Sergio Beltrani, componente Gruppo di attuazione Protocollo Cassazione/Corte edu):

[CLASSIFICAZIONE]

GIUDIZIO - ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE - LETTURE CONSENTITE - ATTI NON RIPETIBILI

[RIFERIMENTI NORMATIVI]

Costituzione, art. 111;

Convenzione EDU, art. 6, §§ 1 e 3, lett. D);

Codice di procedura penale, art. 512.

[SENTENZE SEGNALATE]

1) Cass. pen., Sez. II, sentenza 20.12.2017, dep. 19.1.2018, n. 2232, Diana

Querela – Utilizzabilità ai sensi dell'art. 512 c.p.p. – Ammissibilità – Condizioni - Impossibilità di ripetizione in dibattimento – Necessità - Fattispecie.

2) Cass. pen., Sez. III, sentenza 19.10.2017, dep. 1.2.2018, n. 4732, S.

Dichiarazioni predibattimentali della p.o. – Utilizzabilità ai sensi dell'art. 512 c.p.p. – Ammissibilità – Condizioni - Impossibilità di ripetizione in dibattimento – Necessità - Fattispecie.

Premessa.

Due recentissime decisioni della Corte di cassazione hanno riesaminato il tema delle **letture dibattimentali** (art. 512 c.p.p.), consentite e non, in relazione a fattispecie concrete di particolare interesse, entrambe interpretando l'art. 512 c.p.p. nel rispetto dell'art. 6 della Conv. EDU (come a sua volta interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU) e ribadendo un orientamento che può senz'altro ritenersi consolidato: in argomento, infatti, le Sezioni Unite penali (sentenza n. 27918 del 25/11/2010, dep. 2011, Rv. 250199, D. F.) hanno già chiarito che le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché legittimamente acquisite, non possono - conformemente ai principi affermati dalla giurisprudenza europea, in applicazione dell'art. 6 della Conv. EDU - fondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità penale.

1. La II sezione penale (sentenza n. 2232 del 20/12/2017, dep. 19/1/2018, allo stato non massimata), **premess**o che, per orientamento pacifico della giurisprudenza di legittimità (ribadito, da ultimo, da Sez. VI, sentenza n. 6846 del 12/1/2016, Farina, Rv. 265900), il **decesso del querelante** integra una ipotesi di impossibilità di natura oggettiva che consente l'**acquisizione della querela** ex art. 512 c.p.p. e, conseguentemente, la sua utilizzabilità a fini probatori, e **rilevato** che tale assunto non si pone in contrasto con l'art. 6 Conv. EDU, qualora la sentenza di condanna si fondi in modo esclusivo o significativo sulla querela, in quanto la sopravvenuta morte del dichiarante non può essere collegata all'intento di sottrarsi al contraddittorio dibattimentale, **ha ritenuto** che, per le medesime ragioni, deve ritenersi acquisibile ed utilizzabile ai fini della decisione la **querela della persona offesa** quando si tratti di **persona le cui condizioni di salute non ne consentano l'esame in dibattimento** (nel caso di specie, la p.o., già anziana all'epoca del fatto, era risultata non in condizione di parlare, e quindi di rendere il chiesto esame): <<tale

situazione è assimilabile a quella del decesso della persona offesa (...), mutuandone identica ratio, costituita dal fatto che l'esame dibattimentale non si era potuto svolgere non per volontà della vittima, ma per circostanze obiettive ed imprevedibili, le quali, anche con riferimento a quanto previsto dall'art. 111, comma 5, Costituzione, costituiscono una deroga al generale principio dell'assunzione della prova in contraddittorio, consentendo al giudice di fondare il proprio giudizio anche se non vi sia stata tale modalità di assunzione e la conseguenziale impossibilità di attivare il meccanismo di cui all'art. 500 cod. proc. pen.>>.

A fondamento dell'affermazione di responsabilità, i giudici di merito, <<a maggior conforto della attendibilità delle dichiarazioni della vittima>>, avevano anche valorizzato un verbale di individuazione fotografica (nel quale la medesima p.o. aveva individuato in fotografia il ricorrente come autore della truffa in contestazione, ed al quale erano allegate <<molte fotografie>>), qualificato come **atto** <<divenuto **irripetibile** a seguito delle condizioni di salute della vittima, sicché poteva essere legittimamente acquisito>>; in ordine all'intervenuta individuazione fotografica era stato, infine, esaminato in dibattimento un agente di polizia giudiziaria.

2. Nel caso esaminato dalla **III sezione penale** (sentenza n. 4732 del 19/10/2017, dep. 1/2/2018, allo stato non massimata), la Corte di appello aveva preso atto che, in primo grado, ai fini dell'affermazione di responsabilità dell'imputato (per i reati di violenza sessuale tentata e lesioni aggravate) erano state utilizzate le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari dalla persona offesa, non comparsa in dibattimento per rendere il chiesto esame testimoniale, senza svolgere indagini al fine di accertarne l'effettiva irreperibilità; aveva per tale ragione disposto l'audizione della predetta per rogatoria, con collegamento audio-video con il Tribunale di Cluj (Romania): peraltro, l'audizione non aveva avuto luogo, poiché la teste era risultata ricoverata a tempo indeterminato in un nosocomio, in quanto affetta, secondo quanto attestato dalle autorità rumene, da schizofrenia paranoica e sindrome anemica. Preso atto della <<assoluta e perdurante impossibilità della teste a deporre>>, la Corte d'appello aveva quindi nuovamente disposto l'acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali della p.o., ponendole a fondamento dell'affermazione di responsabilità, unitamente alle dichiarazioni rese dai Carabinieri intervenuti nell'immediatezza dei fatti ed al referto medico.

La III Sezione penale ha rilevato che, nel caso di specie, ricorreva una ipotesi di **irripetibilità** in dibattimento delle dichiarazioni della p.o. **derivante da impossibilità oggettiva**, non collegata all'intento della dichiarante di sottrarsi alle contestazioni in dibattimento, che, come già ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. VI, n. 9665 del 25/02/2011, Rv. 249594; Sez. V, n. 16269 del 16/03/2010, Rv. 247258), legittimava, ex art. 111, comma 5, Cost., una deroga al principio della formazione della prova nel contraddittorio delle parti.

Ha, in particolare, ricordato che, **secondo la giurisprudenza della Corte EDU** (tra le altre, sentenze 20/04/2006, caso Carta c. Italia; 8/02/2007, caso Kolcacu c. Italia; 12/04/2007, caso Martelli c. Italia), la dichiarazione predibattimentale del teste costituisce <<prova compatibile con il diritto al contraddittorio>> soltanto se <<seguita da una occasione in cui l'imputato possa contestarla ed interrogare il suo autore>>: in difetto, <<tale dichiarazione non può costituire fonte unica o preponderante della prova della responsabilità, perché ne deriverebbe un processo non equo>>; tale più rigoroso indirizzo interpretativo è stato successivamente temperato dalla sentenza della *Grande Chambre* 15 dicembre 2011, caso Al Khawaja e Tahery c/ Regno Unito, secondo la quale, quando un provvedimento di condanna si basi unicamente o in misura determinante su una testimonianza non sottoposta a controinterrogatorio, né nella fase dell'istruzione, né in quella del dibattimento, è configurabile una violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. d), Conv. EDU, se il pregiudizio così arrecato alla difesa non sia stato controbilanciato da elementi sufficienti, ovvero da solide garanzie procedurali in grado di assicurare l'equità della procedura nel suo insieme. In tal

modo, **secondo la III Sezione**, <<l'applicazione della regola basata sulla "prova sola o determinante" – ossia la prova suscettibile di fondare la decisione sull'imputazione – è stata resa dalla Corte EDU maggiormente flessibile attraverso l'introduzione di un nuovo criterio direttivo, rappresentato dalla contestuale valutazione di tutti quei contrappesi che possono aver bilanciato, sotto il profilo della complessiva equità del procedimento, l'oggettiva restrizione subita dalla difesa a causa dell'utilizzazione di una prova determinante sottratta alla garanzia del contraddittorio>>.

Richiamato quanto già affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza D.F., già citata in premessa, oltre che dalle altre Sezioni in plurime decisioni successive conformi (in particolare, Sez. VI, n. 2296 del 13/11/2013, dep. 2014, Frangiamore, Rv. 257771; Sez. I, n. 14243 del 26/11/2015, dep. 2016, N., Rv. 266602), **la III Sezione ha ribadito** che <<il giudice che intende acquisire le dichiarazioni deve dar conto con motivazione adeguata e logica dell'impossibilità della loro ripetizione, con riguardo alla fattispecie concreta; deve, in altri termini, dare adeguata motivazione in relazione all'oggettiva impossibilità di ripetizione>>.

Questa necessità è stata recentemente ribadita dalla **Corte EDU** (I Sezione, sentenza 12 ottobre 2017, caso Cafagna c/ Italia) nei seguenti termini: <<è necessario che gli organi nazionali procedano a un controllo minuzioso delle ragioni addotte per giustificare l'incapacità del testimone di assistere al processo, tenendo conto della situazione particolare dell'interessato e ponendo in essere tutte le misure positive per permettere all'accusato di interrogare o fare interrogare i testimoni a carico>>.

Proprio in relazione a tale profilo, **la III Sezione ha ritenuto** l'assoluta carenza della motivazione della sentenza impugnata, poiché essa, <<con motivazione assertiva assume l'impossibilità oggettiva della ripetizione delle dichiarazioni della parte lesa collegata con il mero ricovero e con la patologia che, di per sé, non esclude la possibilità di ripetizione e dunque l'oggettiva impossibilità di ripetizione della stessa; null'altro dice ed assume in modo apodittico che la semplice patologia da cui risulta affetta la parte lesa costituisca oggettiva impossibilità dell'ascolto, motivazione che è meramente assertiva e non può fondare l'acquisizione delle dichiarazioni di costei al fascicolo per il dibattimento e la sua utilizzazione mediante lettura ex art. 512 c.p.p.>>.

Pertanto, risultando il ricorso non inammissibile (ed anzi, *in parte qua*, fondato), è stata conclusivamente pronunciata la declaratoria di estinzione dei reati ascritti all'imputato per prescrizione, nelle more maturata.

3. Come premesso, entrambe le decisioni dichiarano di conformarsi all'art. 6 Conv. EDU, come interpretato dalla Corte EDU (così, da ultimo, sentenze della *Grande Chambre*, 15 dicembre 2011, caso Al Khawaja e Tahery c/ Regno Unito e 15 dicembre 2015, caso Schatschaschwili c/ Germania), il cui orientamento – sul punto ormai consolidato – afferma che una sentenza di condanna che si basi unicamente o in misura determinante su una testimonianza resa in fase di indagini da un soggetto che l'imputato non sia stato in grado di interrogare o far interrogare nel corso del dibattimento, viola l'art. 6, §§ 1 e 3D), Conv. EDU solo se il pregiudizio così arrecato ai diritti di difesa non sia stato controbilanciato da elementi sufficienti ovvero da solide garanzie procedurali in grado di assicurare l'equità del processo nel suo insieme.

3.1. In particolare, la decisione più recente della *Grande Chambre* in argomento (sentenza 15 dicembre 2015, caso Schatschaschwili c/ Germania), riguardava il ricorso di un uomo condannato per rapina aggravata ed estorsione, il quale aveva sostenuto che il suo processo era stato ingiusto, in quanto né lui né il suo avvocato avevano avuto la possibilità, nel corso del procedimento penale, di esaminare alcuni testimoni in relazione ad uno dei reati che si asseriva da lui commessi.

La *Grande Chambre*, nel ribadire i principi già elaborati dalla propria sentenza nel caso Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, ha osservato che, in considerazione dell'importanza delle dichiarazioni rese da testimoni oculari per l'accertamento di uno dei reati in ordine ai quali lo Schatschaschwili era stato condannato, le misure di "controbilanciamento" adottate dal giudice di merito erano state insufficienti a garantire una valutazione equa e corretta dell'affidabilità delle prove; ha, inoltre, ribadito che, per valutare l'equità del processo penale nel quale vengono utilizzate dichiarazioni testimoniali predibattimentali, occorre considerare:

- l'esistenza di buone ragioni che giustifichino la mancata presenza dei testimoni in dibattimento;
- se le prove costituite dalle dichiarazioni dei testimoni non sentiti nel corso del processo costituiscano la base esclusiva o determinante per la condanna dell'imputato;
- se vi siano stati sufficienti fattori per controbilanciare e compensare gli svantaggi patiti dalla difesa in conseguenza dell'ammissione delle prove testimoniali non esaminate nel corso del processo.

Ciò premesso, pur avendo ammesso che vi era stata una buona ragione, dal punto di vista del Tribunale tedesco interessato, che giustificava la mancata presenza delle due testimoni-chiave in dibattimento, ed avendo preso atto che i giudici tedeschi avevano compiuto ogni ragionevole sforzo - in considerazione del quadro giuridico esistente - per ottenere la partecipazione al processo di esse (non essendovi altre possibilità per garantire - nell'ambito dei poteri dell'autorità giudiziaria tedesca - la presenza nel territorio tedesco delle due donne, cittadine lettoni residenti nel loro paese d'origine), la Corte EDU ha attribuito rilievo assorbente al fatto che le due donne erano le uniche testimoni oculari per il reato in questione, in quanto la prova supplementare era rappresentata o da dichiarazioni *de relato* (c.d. prova per sentito dire) o da prove puramente tecniche e prove indiziarie che non erano però determinanti per ritenere provata la responsabilità del ricorrente in ordine alla rapina ed all'estorsione: pur se le predette testimonianze non costituivano l'unica prova a carico dell'imputato, la mancata audizione delle due testimoni in dibattimento era, pertanto, risultata determinante ai fini della condanna; inoltre, pur se i tribunali tedeschi avevano valutato l'attendibilità delle testimoni in modo attento, si è ritenuto che nessuna misura era stata adottata per compensare adeguatamente l'impossibilità dell'imputato e del suo avvocato di esaminare direttamente le predette.

Ha, pertanto, concluso che, in considerazione della rilevanza assunta dalle predette dichiarazioni testimoniali in relazione alla prova di uno dei reati in ordine al quale il signor Schatschaschwili era stato condannato, le misure, adottate per controbilanciare il *vulnus* arrecato alle garanzie difensive del predetto dall'impossibilità di esaminare o fare esaminare le due testimoni oculari, erano state insufficienti per consentire una valutazione equa e corretta circa l'affidabilità delle prove testimoniali non assunte in contraddittorio: di qui, la violazione dell'articolo 6, §§ 1 e 3D, Conv. EDU.

3.2. Trattasi di principi ancor più recentemente ribaditi dalla sentenza 12 ottobre 2017 della I sezione della Corte EDU, caso Cafagna c/ Italia (espressamente menzionata dalla decisione della III Sezione penale), che si segnala per alcune peculiarità, avendo affermato anche che:

- l'assenza di un motivo serio che giustifichi la mancata partecipazione di un testimone al dibattimento non viola di per sé l'art. 6 Conv. EDU;
- per quanto scrupoloso possa essere il vaglio da parte del giudice delle dichiarazioni predibattimentali di un testimone non presente in dibattimento, l'attendibilità delle predette dichiarazioni non può essere valutata <<correttamente ed equamente>> (§ 56) in assenza di confronto con il ricorrente in pubblica udienza.

@ @ @

(Cons. Raffaello Magi, componente gruppo attuazione Protocollo Cassazione/Corte edu)

[classificazione]

MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI E PATRIMONIALI - GIUDIZIO DI PERICOLOSITA' - CRITERI DI FORMULAZIONE

[riferimenti normativi]

D.Lgs. n.159/2011 art. 1

Convenzione EDU art. 7 / art. 1 Prot.Add. / art. 2 Prot. 4

L. n. 87 del 1953 : art. 23 co.2

[sentenza segnalata]

Cass.pen. Sez. VI, sentenza 11.10.2017 . dep. 19.01.2018, n. 2385, Pomilio.

1. La Corte di Cassazione, nella decisione n. **2385** del 11.10.2017, dep. **19.01.2018**, *Pomilio* ed altri, relativa a misura di **prevenzione patrimoniale** correlata ad ipotesi di pericolosità generica (art. 1 co.1 lett- a - b d.lgs. 159/2011), investita dal ricorrente di specifica doglianza circa la delibazione negativa espressa sul punto in sede di merito, ha ritenuto **rilevante** ma **manifestamente infondata** la questione di legittimità costituzionale (in riferimento a quanto previsto dall'art. 117 co.1 Cost.) delle vigenti previsioni di legge incidenti sul tema.

La decisione richiama espressamente i contenuti di taluni arresti di legittimità, in parte antecedenti ed in parte successivi alla nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *De Tommaso c. Italia* ed afferma, in sintesi, l'**esistenza** di una **linea interpretativa** delle disposizioni «sotto esame» ormai **consolidata** (la si definisce *effettiva applicazione* della disciplina) che ricostruisce il contenuto delle disposizioni interne in termini diversi - e aderenti ai parametri costituzionali e convenzionali - rispetto a quelli posti a base (nell'esame del diritto interno rilevante) del giudizio che ha dato luogo al riconoscimento della violazione nel caso *De Tommaso*.

2. Va premesso che il sistema italiano delle misure di prevenzione personali e patrimoniali è stato sottoposto ad un intenso scrutinio di compatibilità con i principi della Convenzione EDU - da parte della giurisdizione interna di merito e di legittimità - in virtù dei contenuti della decisione emessa dalla Grande Camera Corte EDU in data 23.02.2017 nel caso *De Tommaso c. Italia*.

Va ricordato che la Corte di Strasburgo, esaminando il ricorso del De Tommaso - soggetto cui era stata applicata da parte del Tribunale di Bari nel 2008 una misura di prevenzione personale ai sensi dell'art. 1 l.n.1423 del 1956 (cd. pericolosità generica) - ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 2 Prot. 4 Conv. EDU (disposizione che tutela la libertà di circolazione). In particolare, la violazione è stata ricollegata al giudizio negativo sui contenuti della previsione regolatrice interna, essendosi rilevato un *deficit* di chiarezza tale da determinare scarsa prevedibilità - in capo ai destinatari - delle conseguenze sfavorevoli delle proprie azioni, con eccesso di discrezionalità del giudice in sede di delibazione dei presupposti applicativi delle misure di prevenzione : [...] *La Corte osserva che, nonostante il fatto che la Corte costituzionale sia intervenuta in diverse occasioni per chiarire i criteri da utilizzare per valutare se le misure di prevenzione fossero necessarie, l'applicazione di tali misure resta legata a un'analisi prospettica da parte dei tribunali nazionali, dato che né la Legge né la Corte costituzionale hanno individuato chiaramente le "prove fattuali" o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione. La Corte ritiene pertanto che la Legge in questione non contenesse disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che dovevano essere considerati costituire un pericolo per la società [...].* Il giudizio negativo sulla *qualità della legge* espresso - per la prima volta nel caso delle misure di prevenzione personali italiane - dalla Grande Camera Corte EDU ha determinato complesse ricadute sul piano

interpretativo interno, attesa la natura della decisione emessa dal 'primo interprete' della Convenzione, nel cui ambito non ci si limita a rilevare una erronea applicazione delle disposizioni, tuttora vigenti (v. art. 1 d.Lgs. n.159/2011), ma si pone il tema della compatibilità tra la previsione di legge interna e il complessivo sistema di garanzie espresso dalle disposizioni convenzionali.

In sede di merito, alcune autorità giurisdizionali (v. C. App. Napoli, ord. del 14.3.2017) hanno ritenuto applicabile la previsione di legge di cui all'art. 23 legge n.87 del 1953, con proposizione di questione di legittimità costituzionale della disposizione interna - in tema di pericolosità generica - per ipotizzato contrasto con l'art. 117 co.1 Cost. ed in relazione a quanto previsto dall'art. 2 Prot. 4 e dell'art. 1 Prot. Add. Conv. .

3. Un primo aspetto di interesse connesso alla sentenza della Cassazione penale **n.2385/2019** riguarda l'analisi del parametro della **rilevanza** del ri/proposto incidente di legittimità costituzionale.

La Cassazione lo reputa **sussistente**, pur se l'*occasione* della decisione GC Corte EDU *De Tommaso* (posta a fondamento delle ragioni del segnalato contrasto) è rappresentato da un giudizio interno relativo a - sola - misura personale.

Ciò perchè, come più volte chiarito in sede di legittimità (per tutte Cass. Sez. Un. 4880/2015 ric. *Spinelli*) l'applicazione della misura patrimoniale della confisca richiede, anche in ipotesi di cd. confisca *disgiunta*, il preliminare inquadramento del soggetto destinatario dell'ablazione in una delle categorie tipiche di pericolosità (descritte dal legislatore agli articoli 1 e 4 del d.Lgs. n.159/2011) e l'analisi del rapporto *storico* intercorso tra le condotte tenute dal soggetto - in tale ambito - e l'epoca delle acquisizioni patrimoniali oggetto di potenziale confisca. Le disposizioni che consentono di attribuire ad un soggetto, anche in chiave retrospettiva e non più attuale, la connotazione negativa di **pericoloso** vengono, pertanto, **in rilievo in tutte le procedure di prevenzione** ed anche lì dove non venga richiesta l'applicazione della sorveglianza speciale (misura personale) ma quella della sola misura patrimoniale della confisca.

4. Il secondo aspetto, una volta ammessa la rilevanza, può definirsi in termini **di preliminare ricognizione del diritto vivente** su uno dei parametri del proposto incidente di costituzionalità, rappresentato dalla **identificazione del contenuto prescrittivo** dell'art. 1 dLgs. n.159/2011, punto su cui la Corte di Cassazione approda a **conclusioni diverse** rispetto a quelle elaborate da GC Corte EDU nel caso *De Tommaso*.

In ciò risiede la ragione essenziale della pronuncia di **manifesta infondatezza** della questione, ai sensi dell'art. 23 l.n.87 del 1953.

La pronuncia, non diversamente da altre decisioni intervenute di recente sul tema, emesse dalla medesima sezione (Sez. VI sent. n. **43446/2017**) o da altra (Sez. I sent. n. **349/2018**), evidenzia che la giurisprudenza di legittimità si è da tempo attestata su una linea interpretativa (si citano S.U. **13426/2010**; Sez. I n. **31209/2015** e Sez. VI n. **53003/2017**) orientata a porre l'accento su **spunti tassativizzanti** contenuti nelle previsioni di legge in questione (lì dove viene qualificata l'attività indicativa di pericolosità come *delittuosa*, sia ove consista in *traffici*, ove rappresenti la fonte di profitti destinati al mantenimento del tenore di vita), aspetto che consente di ritenere **superata** la lettura delle medesime disposizioni censurata, per eccesso di discrezionalità, nella decisione Corte EDU *De Tommaso*.

Il fondamento della preliminare «iscrizione» del soggetto in una delle categorie normative di pericolosità, in tale visione, resta ancorato - sulla scia di talune pronunzie della Corte Costituzionale (n. 23 del 1964 e n. 177 del 1980) - ad una **dimensione cognitiva autonoma** del giudice della prevenzione, tesa all'apprezzamento di «fatti» corrispondenti ad **ipotesi tipiche di reato** che rechino in sè l'attitudine alla produzione di profitti illeciti, sì da «escludere apprezzamenti incontrollabili e condizionati da imprescrutabili intuizioni soggettive».

Viene inoltre rammentato che oltre a richiamare la natura **delittuosa** dei traffici svolti o del profitto conseguito, le disposizioni in punto di pericolosità generica di cui all'art. 1 co.1 lett. a - b d.lgs.

n.159/2011 richiedono l'apprezzamento della **abitudine** delle condotte generatrici. Il che ulteriormente rafforza la considerazione per cui, in sede di argomentazione circa l'esistenza della particolare 'qualità soggettiva' *de qua*, il giudice della prevenzione, vuoi attraverso l'importazione di giudicati emessi in sede penale, che mediante una ricostruzione autonoma di tali profili (non contraddetta da esiti difformi del giudizio penale correlato) è tenuto ad **identificare le pregresse condotte penalmente rilevanti** ed a dare conto della loro **dimensione probatoria concreta** (*..non potendosi reputare bastevole la mera veste di indiziato del soggetto proposto, ove non specificamente qualificata dal riscontro e dalla puntuale descrizione di condotte di penale rilievo..*)

La considerazione circa l'avvenuta **stabilizzazione** di simile linea interpretativa consente, secondo la decisione qui in rassegna, di affermare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale *in quanto originata da un presupposto che non corrisponde all'effettiva applicazione della disciplina vigente, la quale, in tale prospettiva, si sottrae alla censura di aspecificità e imprevedibilità degli esiti, formulata dalla Corte di Strasburgo in relazione ad un canone di apprezzamento largamente superato.*

5. La decisione si pone in sostanziale **continuità** con numerosi arresti delle Sezioni semplici della Corte di Cassazione (tra cui Sez. II n. **16348/2012**; Sez. II n. **26235/2015** ; Sez. I n. **31209/2015** ; Sez. I n. **43720/2015** ; Sez. I n. **16038/2016** ; Sez. V n. **6067/2017**; Sez. VI n. **36258/2017**; Sez. I n. **54119/2017**; Sez. VI **53003/2017**; Sez. I n. **349/2018**) - nonchè con i contenuti di due arresti delle **Sezioni Unite** intervenuti di recente su temi, all'evidenza, correlati (si tratta di Sez. Un. **40076/2017**, ric. *Paternò* e Sez. Un. **111/2018** ric. *Gattuso*). Tali pronunzie, anche in epoca anteriore alla già citata decisione della Grande Camera Corte EDU, hanno contribuito a ridefinire, sul piano dei presupposti applicativi, aspetti e coordinate «di sistema» del settore della prevenzione personale e patrimoniale, anche in relazione a - taluni - nuovi contenuti normativi introdotti dal Legislatore con l'emanazione del D.Lgs. n.159 del 2011. In tale articolato quadro gli aspetti di maggior rilievo, in chiave di orientamento fornito ai giudici del merito, sono rappresentati da : a) l'adozione di un canone interpretativo delle disposizioni «descrittive» delle categorie astratte di pericolosità improntato ad un elevato rispetto del principio di **tassatività**. Ciò ha portato, tra l'altro, ad affermare (v. Sez. I n. 349/2018) che la descrizione della categoria criminologica di cui agli artt. 1 e 4 del d.lgs. n.159 del 2011 ha il **medesimo «valore» che nel sistema penale è assegnato alla norma incriminatrice**, ossia esprime la previa selezione e connotazione dei **parametri fattuali rilevanti**, siano gli stessi rappresentati da una condotta specifica - le ipotesi di 'indizio di commissione' di un particolare reato -, o da un 'fascio di condotte', in caso di pericolosità generica, e che in sede di attribuzione di significato ai contenuti della disposizione di cui all'art. 1 co.1 lett. a - b d.Lgs. n.159/2011, il '**delittuoso**' **non è connotazione di disvalore generico della condotta pregressa ma attributo che la qualifica**, con le ricadute illustrate ai paragrafi precedenti; b) la considerazione della necessaria **scomposizione** del giudizio di prevenzione in **due fasi**, posto che alla constatazione argomentata della ricorrenza dei presupposti per l'iscrizione del soggetto nella categoria criminologica «tipica» di cui agli artt. 1 e 4 d.Lgs. n.159/2011 deve seguire, per **ogni ipotesi astratta di pericolosità** (sia generica che qualificata) la formulazione espressa della **prognosi concreta di pericolosità attuale** (da rapportarsi al momento della decisione), in virtù della **assenza** (v. art. 6 d.Lgs. n.159/2011) di presunzioni legali di pericolosità, con rilievo - in caso di ravvisata pericolosità qualificata per appartenenza ad una associazione di stampo mafioso - di una mera **presunzione semplice derivante da massima di esperienza**, il che impone l'obbligo di argomentazione 'in positivo' **circa la ricorrenza di specifici elementi di fatto che sostengano detta presunzione semplice**, tali da evidenziare la natura **strutturale dell'apporto** fornito dal soggetto all'organismo associativo (in tal senso Sez. Un. **111/2018** ric. *Gattuso*).

