2011

Diritto Penale Contemporaneo

CODICE ISSN 2240-7618

Rivista Trimestrale

EMILIO DOLCINI (a cura di) | **Riforma costituzionale della giustizia o "normalizzazione" della magistratura?**

GUGLIELMO LEO | **Giurisprudenza costituzionale e sistema penale nel 2011**

AA.VV. | **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Diritto Penale (rassegna sistematica 2008-2010)**

EDITORE
Luca Santa Maria

COMITATO SCIENTIFICO
Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini, Novella Galantini

DIRETTORE RESPONSABILE
Prof. Francesco Viganò

VICE DIRETTORI
Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo

COMITATO DI DIREZIONE
Roberto Bartoli, Fabio Basile, SilviaBuzzelli, Massimo Ceresa Gastaldo,Fabrizio D'Arcangelo, Angela DellaBella, Gian Paolo Demuro, Luca Luparia, Stefano Manacorda, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Alessandro Melchionda, Oliviero Mazza, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Luca Pistorelli,Gioacchino Romeo, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Rosaria Sicurella, Carlo Sotis, Antonio Vallini, Alfio Valsecchi, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi

SEGRETERIA DI REDAZIONE
Alberto Aimi, Anna Liscidini

REDAZIONE
Giorgio Abbadessa, Alexander Bell, Lodovica Beduschi, Marta Borghi, Avv. Carlos Cabeza Cabeza, Avv. Ignacio Castillo Val, Angela Colella, Patrizia Di Fulvo, Chiara Gaio, Gianni Giacomelli, Elio Giannangeli, Vasco Jann, Chantal Meloni, Marco Panzarasa, Marta Pelazza, Verena Pusateri, Luigi Santangelo, Sara Turchetti, Stefano Zirulia

Diritto Penale Contemporaneo

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO - RIVISTA TRIMESTRALE è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, espressione di una partnership tra lo Studio legale dell'avvocato Luca Santa Maria di Milano, che ha ideato l'iniziativa, ne ha finanziato la realizzazione tecnica e ne è l'editore, e la Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, cui afferiscono i componenti del Comitato scientifico che supervisiona i contenuti della Rivista. La Rivista è diretta da un Comitato di direzione composto da un gruppo di magistrati, di avvocati e di giovani docenti di diritto e procedura penale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito.

ANNO 2011, CODICE ISSN 2240-7618
Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Sede legale: Via Serbelloni, 1, 20122 Milano
Impaginazione automatica: www.t-page.it

Telefono: 02 8928 3000 | Fax: 02 8928 3026 | redazione@penalecontemporaneo.it

SOMMARIO

EDITORIALE

La Rivista Trimestrale di Diritto penale contemporaneo: qualche nota introduttiva
DI FRANCESCO VIGANÒ — 01

LA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA

Giustizia e Costituzione: quale riforma?
DI EMILIO DOLCINI — 06

Sulla progettata riforma della Costituzione (Titolo IV)
DI GIORGIO MARINUCCI — 08

"Riforma epocale"?
DI MARIO PISANI — 15

Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi
DI MASSIMO CERESA-GASTALDO — 21

Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati
DI EMILIO DOLCINI — 28

Il 'nuovo' statuto dell'accusa penale
DI CARLO ENRICO PALIERO — 37

I nuovi rapporti tra Pubblico Ministero e polizia giudiziaria 45
DI ALBERTO ALESSANDRI

Separazione delle carriere e indipendenza della magistratura: riflessioni di diritto comparato 50
DI LORENZA VIOLINI

Una riforma costituzionale incostituzionale? 63
DI MARILISA D'AMICO

CORTE COSTITUZIONALE E GIUSTIZIA PENALE

La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia penale 71
DI GUGLIELMO LEO

CORTE EDU E DIRITTO PENALE

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: l'ambito di applicazione dei diritti convenzionali (art. 1 CEDU) 194
DI ANGELA COLELLA

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla vita (art. 2 CEDU) 197
DI ANGELA COLELLA

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU) 221
DI ANGELA COLELLA

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di schiavitù e del lavoro forzato (art. 4 CEDU) 248
DI ANGELA COLELLA

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4) 255
DI LODOVICA BEDUSCHI

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 CEDU) 281
DI GIORGIO ABBADESSA

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: gli altri diritti di libertà (artt. 8-11 CEDU) 289
DI LODOVICA BEDUSCHI

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU) 323
DI GIORGIO ABBADESSA E FRANCESCO MAZZACUVA

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto a libere elezioni (art. 3 Prot. 1) 327
DI LODOVICA BEDUSCHI E ANGELA COLELLA

Francesco Viganò

La Rivista Trimestrale di Diritto penale contemporaneo: qualche nota introduttiva

Editoriale

1 Le ragioni di una nuova avventura

Il successo ottenuto da *Diritto penale contemporaneo* – successo testimoniato dalle oltre 350.000 visite del sito ad un anno dalla sua attivazione e dai circa 2.000 accessi ormai registrati nei giorni feriali – ci ha suggerito l'idea di una nuova sfida: quella di affiancare alla rivista già esistente una nuova *Rivista trimestrale*, anch'essa pubblicata esclusivamente on line e scaricabile gratuitamente in formato PDF ed E-PUB. Una *Rivista*, più in particolare, destinata ai contributi di più elevato profilo scientifico, e in linea con le migliori pratiche nazionali e internazionali in materia di valutazione delle riviste giuridiche.

Inalterata resta l'ispirazione di fondo che ha animato sin dall'inizio il progetto di *Diritto penale contemporaneo*: quella di guardare alla *realtà del sistema penale oggi*, offrendo al tempo stesso uno spazio per una discussione 'trasversale' tra tutti i suoi protagonisti – magistratura, foro, accademia. Uno spazio, in effetti, intensamente utilizzato da tutti i destinatari del nostro progetto, che dalla nascita di *Diritto contemporaneo* nel novembre 2010 ad oggi hanno fruttuosamente discusso tra loro delle innumerevoli questioni, piccole e grandi, che hanno interessato in questo periodo il sistema penale *in action* (nella sua accezione più ampia, comprensiva del processo penale, dell'esecuzione della pena e delle misure di sicurezza, nonché della materia 'colletarale' ma di cruciale importanza sotto il profilo politico-criminale rappresentata dal diritto delle misure di prevenzione).

L'esperienza dell'anno appena trascorso – nel quale abbiamo dato spazio ad oltre duemila contributi sui temi più diversi – ha peraltro evidenziato la necessità di assicurare una collocazione adeguata ai sempre più numerosi interventi le cui prospettive trascendono l'immediata attualità, ed affrontano piuttosto *problemi di fondo* del diritto e del processo penale contemporanei: sempre, beninteso, con l'approccio che costituisce la cifra del nostro progetto, che è quella di accostarsi ai problemi *alla luce dei principi*, e per converso di saggiare la capacità di rendimento dei principi (la loro *Leistungsfähigkeit*, direbbero i nostri maestri tedeschi) *al metro dei problemi* che la prassi continuamente fa emergere.

E' nata così l'idea di riservare per questa tipologia di contributi – la cui naturale vocazione è quella di porsi durevolmente come punto di riferimento per il dibattito scientifico futuro – le pagine di una *Rivista trimestrale* di *Diritto penale contemporaneo*, all'interno della quale essi siano più agevolmente reperibili e citabili. Conservando però tutti i vantaggi della pubblicazione on line: immediata accessibilità per i lettori, ovunque nel mondo; facilità di archiviazione per gli studiosi; possibilità di collegamenti ipertestuali ad altri documenti; etc.

2

L'esperienza quotidiana di *Diritto penale contemporaneo* ci ha d'altra parte confermato, se mai ve ne fosse stato bisogno, nel convincimento che soltanto guardando agli orizzonti europei – a quelli più ristretti dell'Unione europea, e a quelli più ampi del

Un obiettivo ormai irrinunciabile: guardare oltre i confini nazionali

Consiglio d'Europa –, e in definitiva a quelli del mondo intero, ha senso oggi parlare di diritto e di procedura penale. La crisi del nostro sistema penale riflette, in forma in verità parossistica, le tensioni e i sussulti di un diritto penale ovunque in trasformazione: in cammino verso approdi ancora non ben definiti, ma certo ben lontani dal modello illuministico-liberale, saldamente ancorato all'idea dell'esclusiva sovranità dello Stato-nazione nella materia penale, che continua ad essere insegnata nei nostri manuali. Le linee portanti della politica criminale e le garanzie – sostanziali e processuali – entro le quali essa può legittimamente svolgersi possono ormai sensatamente discutersi soltanto in una prospettiva europea, se non *tout court* globale: come le recenti vicende che hanno interessato il diritto penale dell'immigrazione, alle quali *Diritto penale contemporaneo* ha dedicato una speciale attenzione sin dalla sua nascita, ci pare abbiano ormai a tutti dimostrato.

La nostra *Rivista trimestrale* nasce, così, con l'ambizione di proporsi come *medium* di dialogo, oltre che tra accademia e prassi, anche tra penalisti e processualpenalisti di lingue e culture diverse: dentro e fuori lo spazio giuridico europeo. Pensiamo qui non solo alla grande tradizione giuridica nordamericana – la patria del costituzionalismo moderno, imperniato sull'idea della *giustiziabilità* dei principi costituzionali di garanzia, anche in materia penale –, ma anche al vasto orizzonte dell'America Latina, che si presenta oggi – superati quasi ovunque i traumi della dittatura, e in una fase di diseguale ma tumultuoso sviluppo economico – come una fucina di novità e di sperimentazioni sul fronte del diritto e del processo penale, alla quale sempre più è opportuno che anche lo studioso italiano volga il proprio sguardo.

Per altro verso, non sarebbe giusto sottacere che la nostra dottrina criminalistica ha beneficiato, in tempi non troppo lontani, di grande prestigio internazionale, in molte parti d'Europa così come in America Latina. Quei tempi sono, forse, irrimediabilmente passati: ma la nostra scommessa è che, anche grazie all'agilità e all'immediatezza dello strumento informatico, studiosi e pratici della patria di Cesare Beccaria possano ancora far sentire la propria voce nel mondo, proponendosi quali interlocutori 'alla pari' di un dialogo sempre più globalizzato sul futuro del diritto penale, e sul futuro *dei diritti umani* nel loro problematico rapporto con la potestà punitiva statale.

Di qui l'idea che la *Rivista trimestrale* possa sempre più ospitare contributi in lingue diverse, e che tutti i contributi – in italiano o in altre lingue – siano corredati da un *abstract* in inglese, autentica lingua franca della modernità. E di qui la scelta di coinvolgere sin dall'inizio nel comitato dei *peer reviewers* anche autorevoli professori stranieri di diritto e procedura penale.

3 Due riviste, un unico progetto

La *Rivista trimestrale* è dotata di classificazione ISSN autonoma, distinta da quella della corrispondente rivista *Diritto penale contemporaneo*, aggiornata quotidianamente, ma condivide con quest'ultima la medesima struttura organizzativa: comuni sono l'Editore – l'avvocato Luca Santa Maria di Milano, che ha ancora una volta ispirato l'iniziativa e finanziato la sua realizzazione tecnica –, il Comitato Scientifico – facente capo alla Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento C. Beccaria dell'Università di Milano –, nonché la Direzione – che comprende invece un nutrito gruppo di magistrati, avvocati e professori di scuola e provenienza geografica assai diverse – e la Redazione. Comune è, dunque, la prospettiva di un'interazione virtuosa tra prassi e accademia, che costituisce un po' la cifra del nostro progetto, che resta *unitario*: un progetto nel quale la rivista quotidianamente aggiornata e la *Rivista trimestrale* idealmente si completano a vicenda, in un rapporto di virtuosa interazione.

A tutti i contributi pubblicati sulla *Rivista trimestrale* (alla quale sarà possibile accedere direttamente dall'indirizzo *www.penalecontemporaneo.it/rivista)* e ivi ordinati secondo la loro collocazione fascicolo per fascicolo si potrà in effetti pervenire anche attraverso i canali di ricerca per materia visualizzati nella home page del sito

www.penalecontemporaneo.it , ed ormai familiari ai nostri lettori. Accedendo anzi per questa via ai contributi pubblicati sulla *Rivista trimestrale*, il lettore conserverà la possibilità – come in relazione ad ogni altro contributo – di inviare alla Redazione i propri commenti attraverso l'apposita mascherina, instaurando così un dialogo diretto con l'autore e con gli altri lettori sui temi di volta in volta affrontati.

A partire dal primo numero del 2012, i lavori pubblicati sulla *Rivista trimestrale* di regola dovranno avere superato il vaglio di due revisori, individuati dalla Direzione secondo criteri di rotazione all'interno del Comitato dei Revisori in relazione alla rispettiva competenza per materia, e la cui identità rimarrà ignota all'autore della pubblicazione. Tutti gli articoli effettivamente sottoposti a tale procedura saranno corredati, nella loro pagina iniziale, dall'espressa indicazione "Articolo sottoposto a *peer review*".

Gli articoli pubblicati sulla *Rivista trimestrale* dovranno in linea di principio avere carattere di novità, e non dovranno pertanto essere stati precedentemente pubblicati in altre riviste. Gli autori potranno tuttavia inviare alla Direzione il proprio articolo in forma di *working paper* per la sua previa pubblicazione in *www.penalecontemporaneo.it* , allo scopo di sottoporlo immediatamente alla pubblica discussione e per ricevere eventuali commenti, dei quali tenere conto nella redazione della versione definitiva da inviare alla *Rivista trimestrale* per la *peer review* e la successiva pubblicazione.

4 In questo numero

Nell'attesa che il progetto della *Rivista trimestrale* così come appena illustrato possa pienamente dipanarsi nel corso del 2012, vogliamo comunque presentarci ai nostri lettori con un numero unico per l'anno 2011, dalle caratteristiche invero un po' particolari. Un numero concepito in sostanza come una raccolta di tre grandi monografie, che peraltro ben si incastonano in altrettante direttrici del lavoro da noi sinora svolto – e, più ancora, da svolgere nel prossimo futuro.

a) La prima sezione è dedicata alla pubblicazione integrale degli atti di una tavola rotonda svoltasi il 24 maggio 2011 presso l'Università degli Studi di Milano su "*Riforma costituzionale della giustizia o 'normalizzazione' della magistratura?*", organizzata dal prof. Emilio Dolcini e presieduta dal prof. Giorgio Marinucci, alla quale hanno partecipato alcuni tra i più autorevoli costituzionalisti, penalisti e processualpenalisti del nostro paese.

Si tratta di una provvisoria, ma già assai significativa, riflessione corale da parte di studiosi di diverse discipline e di diversa impostazione culturale sui grandi temi della *riforma del sistema penale italiano*. Una riflessione del resto che – speriamo presto depurata dai sin troppo noti fattori di distorsione che rischiano continuamente di degradarla a terreno di scontro politico-istituzionale – dovrà prima o poi riprendere seriamente, di fronte alla realtà di un sistema in crisi, che fatica drammaticamente a produrre accertamenti di responsabilità in tempi ragionevoli. Una riflessione, infine, della quale in futuro anche *Diritto penale contemporaneo* vorrebbe divenire sempre più uno dei motori, attraverso un pacato confronto tra tutti i protagonisti del sistema penale, così come sulla scorta della comparazione con le esperienze di altri ordinamenti, non soltanto europei.

b) Nella seconda sezione diamo spazio, invece, ad una dettagliata relazione di Guglielmo Leo sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in materia penale e processuale penale dell'anno appena trascorso. Anche in questo caso, la scelta è saldamente ancorata alla stessa *raison d'être* di *Diritto penale contemporaneo*: è solo, lo rammentavamo poc'anzi, nel confronto con i mille problemi posti dalla prassi applicativa delle nostre corti, dei nostri tribunali, e persino dei nostri giudici di pace che si saggia la portata dei grandi principi costituzionali che presiedono all'amministrazione della giustizia penale. E solo chi conosca a fondo gli itinerari complessi della nostra giurisdizione costituzionale può cogliere la dimensione *in action* degli stessi supremi principi di garanzia, troppo spesso ricostruiti dalla dottrina penalistica secondo cadenze che riflettono soltanto le personali visioni di chi di volta in volta quei principi invoca: pretendendo così,

come ben ha denunziato Donini in un saggio pubblicato di recente sulla *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, di trasferire indebitamente sul terreno della legittimità costituzionale la pur legittima critica *politica* alle scelte del legislatore.

Lavori come quello di Leo qui pubblicato spronano, allora, operatori pratici e studiosi a guardarsi dal cadere in simili ingenuità; e costituiscono, al tempo stesso, dimostrazione importante delle possibili, feconde interazioni tra *studio scientifico del diritto e della procedura penale* e *formazione permanente* (dei magistrati e degli avvocati), della quale Guglielmo Leo è da tempo maestro riconosciuto nel nostro paese. Uno studio scientifico del "diritto" penale o processuale penale non può non avere ad oggetto principale – lo ripete ormai da anni Giovanni Fiandaca – la *giurisprudenza* (ordinaria *e* costituzionale) che quotidianamente *interpreta* e *applica* le norme di legge e della Costituzione. Con ogni libertà poi, per la dottrina e per la stessa prassi 'dissenziente', di *criticare* gli approdi, più o meno provvisori, della giurisprudenza dominante; ma a condizione che, *prima*, questi approdi siano ben conosciuti e compresi. Il che, purtroppo, è spesso tutt'altro che scontato nella tradizione accademica italiana.

c) La terza e ultima sezione di questo numero speciale è, infine, dedicata ad una serie di rassegne sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel triennio 2008-2010, in relazione alle norme della Convenzione e dei suoi protocolli addizionali che concernono, direttamente o indirettamente, la materia penale. Questi lavori sono il frutto di una capillare attività di monitoraggio della giurisprudenza di Strasburgo ormai intrapresa da alcuni anni da un gruppo di giovani collaboratori delle cattedre di diritto penale dell'Università degli Studi di Milano – attività della quale, peraltro, *Diritto penale contemporaneo* dà regolarmente conto in appositi *report* mensili –, qui organicamente ricostruita in una forma pensata come il più possibile *fruibile dagli operatori del sistema penale italiano*.

L'idea è infatti che lavori come questo possano contribuire a colmare il deficit di conoscenza che ancora caratterizza larghi settori della nostra prassi penalistica (e forse della stessa accademia) sul sempre maggiore impatto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e i suoi protocolli addizionali, *così come interpretati dal 'loro' giudice* (la Corte EDU), *possono* oggi esercitare *non solo* sul *processo* penale italiano – dato questo ormai acquisito, dopo una serie di rivoluzionari arresti da parte della Cassazione e della stessa Corte costituzionale dal 2006 ad oggi –, *ma anche* sul *diritto penale sostanziale*.

Forse non è a tutti chiaro, ad es., che il proscioglimento per intervenuta *prescrizione* di un poliziotto che abbia gravemente malmenato un arrestato o un detenuto costituisce per i giudici di Strasburgo una flagrante violazione del *diritto* della vittima, discendente dall'art. 3 CEDU, a che il poliziotto venga non solo dichiarato penalmente responsabile del fatto, ma addirittura venga *concretamente punito con una pena proporzionata alla gravità del fatto commesso*; con conseguente possibilità, per la vittima medesima, di reclamare a Strasburgo una tutela che il sistema penale italiano ingiustamente non riesce oggi ad offrirgli – a meno che la Corte costituzionale non trovi prima o poi il coraggio di dichiarare incostituzionali gli attuali termini di prescrizione in quanto applicabili a fatti di tortura, proprio in ragione del loro contrasto con l'art. 3 CEDU così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo, per il tramite dell'art. 117 co. 1 Cost.

Ma, ancora una volta, il presupposto per ogni pensabile riflessione – nella sempre più vasta fucina dei rapporti tra sistema penale italiano e fonti sovranazionali – è l'umile e precisa *conoscenza* del 'diritto vivente' della Corte EDU: di una giurisprudenza, cioè, che continua a conferire significati nuovi a dati testuali vecchi di oltre sessant'anni. Di una giurisprudenza della quale, peraltro, gli operatori italiani spesso lamentano, e non a torto, la difficile accessibilità, in ragione della loro mancata incorporazione in banche dati di agevole consultazione, nonché – non da ultimo – della barriera ancora rappresentata dalla lingua straniera (inglese o francese) nella quale le sentenze sono redatte. Le rassegne qui pubblicate intendono, allora, costituire un piccolo aiuto per i nostri

studiosi e operatori giuridici affinché questi ostacoli possano essere superati: soltanto un primo passo, naturalmente, che potrà essere presto arricchito e completato dai successivi aggiornamenti, che la nostra *Rivista* continuerà a pubblicare anche in futuro.

5
Per finire, qualche ringraziamento

Giusto al principio di questa nuova sfida – che segna, al tempo stesso, una tappa intermedia di un percorso iniziato ormai più di un anno fa – mi si consenta a titolo personale, quale direttore di *Diritto penale contemporaneo*, di formulare soltanto un paio di ringraziamenti non di rito.

Il primo è rivolto all'editore, Avvocato Luca Santa Maria, cui mi lega un rapporto di antica amicizia – fu lui, allora giovanissimo, il correlatore al quale il mio Maestro Giorgio Marinucci mi affidò per la redazione della tesi di laurea. Vorrei qui cogliere l'occasione per esprimergli pubblicamente la riconoscenza, mia personale ma anche dell'intera Direzione e del Comitato scientifico, per avere consentito e per consentire giorno per giorno – attraverso la messa a disposizione delle proprie risorse logistiche e umane, oltre che con il finanziamento dei costi di progettazione e di manutenzione dei complessi supporti informatici – la realizzazione concreta di un cammino i cui orizzonti si allargano continuamente, e che fornisce una preziosa occasione per l'università pubblica – in un momento di acuta contrazione delle risorse disponibili – per continuare a far sentire la propria voce e per incidere, se possibile, sulla realtà.

Il secondo ringraziamento, tutto mio, va invece ai molti miei compagni di ventura: dagli autorevoli componenti del Comitato scientifico a tutti membri della Direzione e della Redazione, illustri professori o giovani dottorandi e praticanti legali che siano, i quali – sia pure, come è naturale, in misura diversa in relazione alle proprie personali disponibilità – hanno profuso gratuitamente le proprie energie per questo progetto nella speranza che potesse, semplicemente, rendere un qualche servizio alla comunità dei penalisti italiani. Un grazie speciale voglio qui tuttavia formulare ai giovanissimi Anna Liscidini, Alberto Aimi e Stefano Zirulia, senza le cui competenze e il cui entusiasmo questa *Rivista trimestrale* non avrebbe mai visto la luce; nonché – *last but not least* – a Guglielmo Leo e Gian Luigi Gatta, con i quali proprio grazie alla comune direzione di *Diritto penale contemporaneo* si è ormai stabilita un'affettuosa consuetudine di fitti contatti quotidiani, che contribuisce non poco a rendere più divertenti le mie giornate.

Emilio Dolcini

Giustizia e Costituzione: quale riforma?

Introduzione agli atti della tavola rotonda "Riforma costituzionale della giustizia o 'normalizzazione' della magistratura?" (Milano, 24 maggio 2011)

Nell'Italia di oggi si parla molto di giustizia, di processo e di processi, di diritto penale, di riforme che dovrebbero riguardare questo o quell'istituto penalistico, l'una o l'altra disposizione di legge, l'uno o l'altro settore della parte speciale del codice o della legislazione complementare. L'attenzione da parte della politica, e in particolare del Governo e del Parlamento, ai problemi che attengono la giustizia penale, e il diritto penale nella sua accezione più ampia, dovrebbe essere rivolta verso obiettivi quali migliorare la qualità del servizio 'giustizia' per i cittadini, aumentare il grado di certezza della pena, garantire il ristoro degli interessi delle vittime del reato, meglio inquadrare e reprimere alcune gravi patologie sociali: se così fosse, dovremmo senz'altro compiacerci di tanta attenzione per la 'questione giustizia'. Non sempre però – quasi mai, secondo molti osservatori della realtà italiana contemporanea – gli obiettivi perseguiti dalle riforme che si sono susseguite in questi anni sono del tenore ora accennato. A finalità di interesse generale si sono spesso sovrapposti interessi particolari: molte volte questi ultimi sono stati perseguiti, anzi, a spese dell'interesse pubblico. Questa, l'unica possibile chiave di lettura di riforme – si tratta solo di esempi – come quelle che hanno portato allo smantellamento del diritto penale societario o all'accelerazione dei tempi della prescrizione di reati che il processo è in grado, di regola, di accertare e punire soltanto in tempi più lunghi.

Si spiega così, mi sembra, il tono aspro del dibattito che anche nel mondo del diritto, oltre che in quello della politica, in questi anni ha accompagnato riforme e conati di riforma: un tono insolito nell'ambito accademico, alimentato dal sospetto di finalità inconfessabili perseguite con lo strumento della legge.

In questo quadro, il Disegno di legge costituzionale di riforma della giustizia approvato dal Consiglio dei Ministri nel marzo di quest'anno poteva segnare una svolta: svincolato da riferimenti a processi in corso, il Ddl si muove su un piano alto, quello dell'architettura costituzionale, proponendosi – così si legge nella relazione – di garantire "la giustizia" quale "bene essenziale per la vita dei cittadini e per la Nazione".

Il dibattito che subito si è aperto su questa proposta di riforma non è però diverso, negli accenti, da quelli che hanno accompagnato nel recente passato le più impudiche leggi *ad personam*.

Il promotore, e primo firmatario, del Ddl costituzionale, Silvio Berlusconi, ha riservato alla riforma aggettivi quali 'epocale' o un più blando 'grande', ripetuto però per ben tre volte: 'grande, grande, grande riforma della giustizia'! Nel frattempo, a proposito della magistratura, o di suoi specifici settori o uffici, con ossessiva ripetitività, il Capo del Governo ha usato e usa espressioni come 'associazione per delinquere', 'eversione', 'brigatismo giudiziario': così lasciando intendere che quella che si sta preparando, più che una riforma della giustizia, è una riforma dei giudici, e anzi una resa dei conti con i giudici.

Sino ad alcune, non proprio garbate, metafore oncologiche. Altre ombre, ancora più inquietanti, si proiettano così sulla riforma e sullo spirito che la pervade: come ha scritto Francesco Merlo, "il cancro… ti pone davanti non più un avversario e neppure un

nemico, che è ancora una persona da abbattere. Il cancro è una mostruosità da devastare: con il bombardamento chimico, con l'estirpazione, con qualsiasi mezzo cruento".

Nient'affatto morbidi, d'altra parte, alcuni giudizi formulati dagli antagonisti della riforma. Basterà un esempio. Si è detto – da parte di Giancarlo Caselli – che, a proposito del Ddl Berlusconi-Alfano, "parlare di riforma della giustizia… è quasi una presa in giro": "sarebbe una riforma se il funzionamento del sistema migliorasse anche solo di poco; se si facesse qualcosa per rendere i tempi processuali più brevi; se aumentassero i mezzi per la magistratura per rendere quel servizio che i cittadini hanno il sacrosanto diritto di pretendere. Qui invece c'è la sedicente riforma della giustizia che non migliora niente di niente sul versante dell'efficienza del sistema".

I contributi che seguono – che trggono origine da una tavola rotonda tenutasi lo scorso 24 maggio presso l'Università degli studi di Milano, promossa del Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria" – aspiranno a fornire un'analisi costruttiva e argomentata della riforma costituzionale della giustizia, condotta con gli strumenti propri dello studioso di diritto costituzionale, di diritto penale e di diritto processuale penale. Le voci sono quelle di autorevoli docenti universitari, di diversa impostazione culturale. La loro 'terzietà' rispetto ai due principali attori di questa vicenda – il legislatore e i magistrati – dovrebbe garantire la massima serenità di giudizio: senza che ciò significhi, di per sé, astensione da critiche radicali.

Milano, settembre 2011

Giorgio Marinucci

Sulla progettata riforma della Costituzione (Titolo IV)

Sommario

1. Le "ragioni della riforma". – 2. Contraddizioni e lacune della proposta "separazione delle carriere". – 3. Caduta la separazione delle carriere, cade anche la progettata divisione del Consiglio Superiore della Magistratura. – 4. Autoconfutazione del progettato inquadramento del pubblico ministero come "Ufficio". – 5. Attentati della maggioranza parlamentare all'indipendenza dei pubblici ministeri. – 6. Attentati del potere esecutivo all'indipendenza del pubblico ministero. – 7. L'inappellabilità delle pronunce di proscioglimento già 'cassata' dalla Corte Costituzionale.

1 Le "ragioni della riforma"

Le "ragioni della riforma", secondo la relazione al disegno di legge, sono due.

a) La prima ragione andrebbe cercata nella trasformazione del sistema politico da "consensuale" a "competitivo e bipolare" con "novità in termini di garanzie": quelle previste dalle leggi e dalla Costituzione nel sistema consensuale, alle quali si aggiungerebbe – nel sistema attuale: competitivo e bipolare – il "rigido controllo politico delle minoranze". Quale sia la portata di queste "novità" è un mistero; in ogni caso, quella "trasformazione del sistema politico" è una favola degna di un cattivo politologo prestato al giornalismo.

> Chi afferma che in passato il sistema fosse "consensuale" dimentica le battaglie - dentro e fuori il Parlamento - che hanno lacerato il nostro Paese dal '48 al '53: l'anno della sconfitta delle forze politiche che patrocinavano la c.d. legge truffa; dal 1953 al 1960: quando il tentativo di Tambroni di formare un governo appoggiato dal MSI sfociò nelle sanguinose rivolte di Genova e Reggio Emilia, e nella conseguente rinuncia di Tambroni; successivamente, quando si formarono i governi di centro sinistra, con l'appoggio del PSI, ma osteggiati dal PCI, si assistette a battaglie, dentro e fuori il Parlamento, che sfociarono nella caduta di quei governi, e nel tentativo - nel 1973 - di formare un governo con l'astensione del PCI, che franò con il sequestro e l'uccisione di Aldo Moro, artefice di quel tentativo. Seguirono i governi del c.d. CAF, avversati dal PCI e dai sindacati, che crollarono con i processi contro i dirigenti di primo piano, a cominciare da Craxi (rifugiatosi all'estero), Forlani, De Michelis, Martelli, Cirino Pomicino, Altissimo, Giorgio La Malfa e via elencando. Qui finisce la favola del sistema "consociativo" contrapposto al sistema "bipolare e competitivo", con le misteriose conseguenze in termini di garanzie.

b) La seconda ragione della riforma è schiettamente giuridica: l'introduzione del c.d. giusto processo, incarnato dalla regola secondo cui "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, davanti a un giudice terzo e imparziale" (art. 111 Cost.). Secondo la Relazione, il corollario di questa regola sarebbe "la separazione dell'ordine dei giudici e dell'ufficio del pubblico ministero".

2

Siamo nel cuore della progettata riforma"epocale": grande, però, è il numero delle contraddizioni e delle lacune che colpiscono a morte questo "cuore".

Contraddizioni e lacune della proposta "separazione delle carriere"

Iniziamo dalle contraddizioni.

a) Si legge a pag. 6 della Relazione al disegno di legge che "criterio regolatore della riforma del titolo IV è il riconoscimento della diversità delle funzioni giudiziarie" - giudicante e requirente - che renderebbe "conseguente la separazione delle carriere dei giudici e dei magistrati del pubblico ministero". Quale la base di questa "conseguenza"?

Nel mostrarla, la Relazione cade in una prima manifesta contraddizione. Cita "i lavori della Commissione bicamerale", che tuttavia, lungi dal deporre nel senso che "separazione delle funzioni" e "separazione delle carriere" sarebbero state legate a filo doppio dai commissari, indicano invece che emersero due orientamenti antitetici: il primo a sostegno della separazione delle sole funzioni; il secondo a sostegno della separazione anche delle carriere.

Lasciamo parlare la Relazione (p. 7): "si affermò tra i rappresentanti di forze politiche diverse l'idea di separare le funzioni dei giudici e dei pubblici ministeri (senatore Pellegrino e senatore Folena del Gruppo della Sinistra democratica-l'Ulivo; senatore Loiero della Federazione cristiano democratica-CCD)"; "in alcuni casi, di separare anche le loro carriere (Senatore Pera e onorevole Parenti, del gruppo di Forza Italia)". Morale: i lavori della Commissione bicameralecontraddicono apertamente l'assunto della Relazione, perché i rappresentanti del centro-sinistra erano per la separazione delle sole funzioni, mentre era solo il centro destra (Pera e Parenti di Forza Italia) a caldeggiare la separazione anche delle carriere!

b) Ancora più vistosa è la contraddizione della Relazione che, chiamando in soccorso i lavori della Commissione Bicamerale, cade nella botola aperta da una enorme lacuna: il silenzio su quel che avevano previsto tutti i commissari al termine dei loro lavori.

Dal testo della Commissione emerge infatti non già la separazione delle carriere di magistrati e pubblici ministeri, bensì, all'opposto, la fungibilità delle loro carriere.

Il comma 2° dell'art 124 stabiliva che "tutti i magistrati esercitano inizialmente funzioni giudicanti per un periodo di tre anni, al termine del quale il Consiglio Superiore della Magistratura ordinaria li assegna all'esercizio delle funzioni giudicanti ovvero inquirenti, previa valutazione di idoneità"; il successivo comma 3° prevedeva poi il "passaggio" dall'esercizio delle funzioni giudicanti alle funzioni di pubblico ministero, e viceversa, a seguito "di un (nuovo) concorso riservato, secondo modalità stabilite dalla legge". Altro che separazione delle carriere!

c) Non finiscono le contraddizioni. La Relazione cita anche - a pag. 8 - la Raccomandazione REC(2009) 19 del Consiglio d'Europa, adottata il 6 ottobre 2000. Citazione sfortunata, perché il contenuto della raccomandazione è identico a quello dell'art. 124 della Commissione Bicamerale. Lì si parlava di "passaggio" dall'esercizio delle funzioni giudicanti a quelle di pubblico ministero, e viceversa; nel testo della Raccomandazione del Consiglio d'Europa – sotto il paragrafo riservato ai "Rapporti fra il pubblico ministero e i giudici", al n. 18 – si parla della necessità di "favorire la creazione di 'passerelle' fra le due funzioni al fine di consentire a un membro dell'ufficio del Pubblico ministero, nel corso della sua carriera, di divenire giudice, e viceversa"; e la Raccomandazione spiega anche il perché - in termini di sostanza e di garanzie - "della possibilità di 'passerelle' fra le funzioni di giudice e quelle di Pubblico Ministero"; ragioni di sostanza: "la constatazione della complementarietà dei mandati degli uni e degli altri", e ragioni di garanzie: "la similitudine delle garanzie che devono essere offerte in termini di qualifica, di competenza e di statuto".

3

Crollate le basi della progettata e auspicata "separazione delle carriere dei giudici e dei pubblici ministeri", cade conseguentemente la proposta divisione del Consiglio

Superiore della Magistratura in due organismi diversi: il consiglio Superiore della magistratura giudicante e il Consiglio superiore della magistratura requirente (art. 5-7 del disegno di legge).

Caduta la "separazione delle carriere", cade anche la progettata divisione del Consiglio Superiore della Magistratura

4

Autoconfutazione del progettato inquadramento del pubblico ministero come "ufficio"

Si autoconfuta anche la proposta di considerare il pubblico ministero come un "ufficio" (art. 4 del disegno di legge).

a) Come si è visto, sia il testo della Commissione bicamerale, sia quello della Raccomandazione del Consiglio d'Europa parlano di "passaggio" e di "passerella", riferendosi esplicitamente la "Raccomandazione" ai "membri" dell' "Ufficio", e prevedendo il testo della "Commissione bicamerale", al comma 2 dell'art. 124, che dopo il triennio iniziale il Consiglio Superiore della Magistratura provvede ad assegnare all'esercizio della funzione giudicante ovvero requirente "previa valutazione dell'idoneità" – ovviamente del singolo, non dell'ufficio; e disponendo poi, al comma 3, che il "passaggio" tra l'esercizio delle funzioni giudicanti e quello del pubblico ministero, e viceversa, può avvenire solo a seguito di "concorso", ovviamente da parte di una singola persona, non di un ufficio.

b) L'idea di considerare il pubblico ministero come un "ufficio", eliminando (scrive la Relazione a p. 8) "le concezioni e prassi soggettivistiche dei membri dell'ufficio", è ulteriormente contraddetta dall'incauto riferimento della Relazione (p. 8) alla "dimensione "sovranazionale" dei fenomeni criminali, che avrebbe favorito, "specialmente nell'ambito dell'Unione europea", rapporti tra uffici del Pubblico Ministero, e non tra membri degli Uffici.

È una tesi frontalmente smentita dalla citata Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa. Sotto la rubrica "Cooperazione internazionale", si specifica infatti - via via - che "devono essere favoriti i contatti fra i membri dell'Ufficio del Pubblico ministero " (n. 37); che debbono essere prese "misure" al fine di favorire i contatti diretti fra i membri dell'ufficio del Pubblico Ministero nell'ambito della cooperazione internazionale" (n. 38), e tra queste misure la Raccomandazione segnala l'esigenza di formare e specificare "una lista di contatti e di indirizzi indicando i nomi degli interlocutori competenti nelle varie Procure nonché della loro specializzazione", e altresì l'esigenza di "favorire la specializzazione di alcuni membri dell'Ufficio del Pubblico ministero nel settore della cooperazione internazionale" (n. 39).

Altro che sostituzione degli "Uffici" del Pubblico Ministero al posto dei singoli "membri" degli Uffici!

5

Attentati della maggioranza parlamentare all'indipendenza dei pubblici ministeri

Se ci si interroga sulle ragioni dell'insistenza - contraddetta da tutti i documenti citati nella relazione - nel patrocinare la separazione delle carriere dei giudici e dei pubblici ministeri, e l'annullamento del ruolo dei singoli pubblici ministeri all'interno di un indifferenziato ufficio, tutto parla nel senso dell'aspirazione a controllare l'operato degli uffici dei pubblici ministeri, minandone innanzitutto l'indipendenza dal potere legislativo, cioè dalla maggioranza parlamentare in un dato momento storico.

a) L'attentato all'indipendenza dalla maggioranza parlamentare proviene da due mutamenti davvero "epocali":

i) dalla composizione del Consiglio Superiore della Magistratura requirente che, per metà, sarebbe di nomina della maggioranza del Parlamento: il che comporta che la vita di tutte le Procure è alla mercé dei gruppi di maggioranza nel Parlamento, che, attraverso i loro rappresentanti designati nel Consiglio Superiore della Magistratura requirente,

possono guidarne le sorti, tra l'altro con nomine e trasferimenti;

ii) in secondo luogo, l'attentato all'indipendenza dalla maggioranza parlamentare è il portato della cancellazione dell'obbligatorietà dell'azione penale, il cui esercizio - secondo la proposta - sarebbe sottoposto ai "criteri stabiliti dalla legge".

b) Prima di dare una voce e un volto a questi sibillini criteri, è bene ricordare quali sono i beni garantiti dall'obbligatorietà dell'azione penale.

Facciamo parlare la Corte Costituzionale. Già nel 1979 (Corte cost. n. 84) la Corte affermava limpidamente che erano due i fondamentali beni garantiti dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale: "da un lato, l'indipendenza del p.m. nell'esercizio della propria funzione, e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge". Gli stessi principi sono stati ribaditi dalla Corte nella sentenza n. 88 del 1991 , che suona così: "Il principio di legalità, che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità del procedere; e questa, in un sistema come il nostro fondato sul principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardato che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale...; il principio di obbligatorietà è, dunque, punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, talché il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo".

Non diverso è il punto di vista della dottrina più autorevole. Scrive infatti Zanon nel bel libro del 2002 su "Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario", citando le due sentenze della Corte poc'anzi ricordate: "Indipendenza funzionale del p.m., legalità del procedimento di repressione dei reati, e uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale sono i tre principi garantiti dall'art. 112 Cost." (p. 154), tre principi basilari del sistema costituzionale il cui venir meno – aveva insegnato la Corte Costituzionale nel 1991– ne altererebbe l'assetto complessivo.

c) Questo assetto verrebbe palesemente alterato se l'art. 112 venisse modificato, come vuole il progetto, stabilendo che "l'ufficio del pubblico ministero ha" sì "l'obbligo di esercitare l'azione penale", ma "secondo i criteri stabiliti dalla legge" – cioè dalla maggioranza parlamentare.

Sarebbe ingiusto rimproverare la Relazione di aver taciuto del tutto su quali siano questi "criteri". Si legge infatti a p. 13 che "particolari esigenze storiche, sociali o economiche possono indurre il legislatore a fissare criteri in forza dei quali, ad esempio, debba essere data prioritaria trattazione ad indagini concernenti determinati reati, fermo restando l'obbligo, esaurite queste, di curare anche le indagini relative ad altre fattispecie penalmente rilevanti".

Cosa sono, però, queste "particolari esigenze storiche, sociali o economiche" che dovrebbero guidare il legislatore nel fissare i criteri di priorità del perseguimento dei reati?

Vi è oggi – e per molto tempo ancora – un'endemica crisi economico-sociale ed etica che spinge frazioni dei più diversi ceti sociali lungo la strada della illegalità penale.

> Qualche esempio a campione:
> - furti, rapine, estorsioni, truffe, e via elencando gli altri delitti contro il patrimonio;
> - reati societari di vecchio e nuovo conio; fallimenti intrisi di bancarotte; usura; riciclaggio; contraffazione di merci, medicinali e segni distintivi;
> - falsità in atti pubblici e in scritture private;
> - delitti contro la pubblica amministrazione, a cominciare dalla corruzione e dalla concussione, e contro l'amministrazione della giustizia, a cominciare dalla calunnia e dalla falsa testimonianza.
>
> Oggi, d'altra parte, vi è anche una crisi etico-sociale che si manifesta in patologie crescenti - come i maltrattamenti in famiglia, le violenze carnali e gli abusi sessuali, dentro e fuori le famiglie, gli atti persecutori (il c.d.*stalking*), le lesioni personali e, purtroppo, i non pochi omicidi commessi da ex conviventi o ex coniugi.

> Per non parlare di quelle patologie storiche, sociali ed economiche incarnate dalle più diverse associazioni di tipo mafioso, che si radicano nel territorio, sempre più spesso nel Nord, seminando non solo paura e violenza, ma infiltrandosi nel tessuto economico ai danni della concorrenza delle imprese "pulite", coinvolgendo - come si sa - tanti esponenti politici, non solo nel Sud.
> Senza dire, poi, dei reati ambientali: la moderna piaga che attraversa l'intero Paese, con il sotterramento di rifiuti pericolosi che rendono invivibili interi quartieri (si pensi a Santa Giulia a Milano), con il traffico di rifiuti pericolosi dal Nord al Sud e viceversa, con i residui di amianto che provocano terribili malattie cancerose che esplodono improvvisamente o che restano latenti per anni e anni, condannando bambini, giovani e adulti a sicura morte! E senza dire, ancora, dell'intera gamma dei reati in materia di stupefacenti, che vedono come protagoniste le associazioni criminali su scala planetaria.

Stando così le cose, se quei criteri di priorità dovessero essere fissati nelle leggi approvate dalla maggioranza parlamentare, come dice la Relazione, guardando alle "particolari esigenze storiche, sociali o economiche", quei criteri dovrebbero ricomprendere l'intero sistema penale: tutti i più importanti e più frequenti delitti previsti dal codice penale e dalle leggi speciali sarebbero tutti "prioritari".

d) Un codicillo comico: la Relazione dice, come si ricorderà, che "esaurita la trattazione" dei reati prioritari "fino al loro esaurimento"- cioè fino (di regola) al giudizio in Cassazione – resterebbe "fermo l'obbligo di curare le altre fattispecie penalmente rilevanti". La comicità di questa asserzione sgorga, irridente, dalla constatazione che le altre fattispecie, non prioritarie, sarebbero tutte belle e morte per prescrizione da molto tempo, e il pubblico ministero avrebbe solo da aprire e chiudere il fascicolo, apponendovi il timbro: "non doversi procedere per intervenuta prescrizione"! Va da sé che l'attuale (o il futuro) Guardasigilli, preoccupato di questa sicura morte per prescrizione, potrebbe senz'altro proporre, contestualmente alla riforma della Costituzione, una riforma – davvero epocale – della disciplina della prescrizione, ritornando alla normativa precedente alla ex Cirielli. Potrebbe: alzi la mano chi crede a questa rivoluzionaria eventualità.

e) Nessuno può chiudere gli occhi di fronte all'intasamento dei sistemi processuali, ma uno sguardo anche superficiale all'esperienza degli altri Paesi che, come l'Italia, conoscono da sempre il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale – come Germania, Spagna e Portogallo – , mostra che la strada da percorrere è quella di riservare una disciplina alternativa ai soli reati bagatellari, da trattare con l'imposizione di oneri e ordini all'imputato, il cui contenuto – ad esempio in Germania – è cresciuto via via nel tempo, soprattutto dopo l'unificazione .

> Il § 153 a del codice di procedura penale tedesco, dopo l'ultima riforma del 1993, prevede che "con l'autorizzazione del giudice competente per l'apertura del procedimento ed il consenso dell'imputato, il pubblico ministero può astenersi provvisoriamente dall'esercizio dell'azione penale e contemporaneamente impartire all'indiziato oneri ed ordini quando essi risultano idonei a far venir meno l'interesse pubblico al perseguimento penale e la gravità della colpevolezza non è di ostacolo. In funzione di oneri e ordini è possibile prescrivere in particolare: 1) di fornire un determinato contributo per i danni causati dal fatto; 2) di pagare una somma di denaro a favore di una istituzione di pubblica utilità o della Cassa dello Stato; 3) di fornire una prestazione di pubblica utilità; 4) di ottemperare all'obbligo degli alimenti per un ammontare determinato; 5) di adoperarsi seriamente per raggiungere una composizione con l'offeso e con ciò risarcire interamente o per una parte prevalente il danno; 6) di partecipare ai corsi di educazione (previsti) dalla legge sulla circolazione stradale".

La materia è troppo nota: Paliero l'ha indagata a fondo[1]; e per gli altri Paesi europei sono molteplici le trattazioni italiane, da ultimo da parte di Luparia[2].

E' superfluo aggiungere che la nostra "riforma epocale" ignora queste vie d'uscita per la microcriminalità: non è alle viste una qualsivoglia proposta, congiunta alla "riforma epocale", che si muova in queste direzione. L'unica preoccupazione dell'attuale maggioranza parlamentare - quella che dovrebbe fissare i "criteri di priorità"- è ben altra, come si sa: accorciare ulteriormente (con la c.d. prescrizione breve) i termini della prescrizione, mandando al macero migliaia e migliaia di reati.

6
Attentati del potere esecutivo all'indipendenza del pubblico ministero

Garantire l'indipendenza del pubblico ministero dal potere esecutivo era l'altra faccia delle garanzie assicurate dalla Costituzione a tutela dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale, e lo strumento-principe di questa garanzia era la sottoposizione della polizia giudiziaria all'autorità giudiziaria: stabilisce infatti l'art. 109 Cost. che "l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria".

Gli autori del nuovo codice di procedura penale non si sono allontanati dal dettato costituzionale: la direttiva n. 29 della legge-delega ripropone esattamente il dettato dell'art. 109 della Costituzione, e le norme del codice di procedura penale (art. 55 ss.), in attuazione della delega, non fanno altro che concretizzare quel che la legge delega imponeva: la polizia giudiziaria può svolgere attività investigativa "preventiva", ma per il resto è sottoposta alle istruzioni e alle direttive del pubblico ministero, né – a mia scienza – gli autori del codice di procedura penale hanno mai avuto ripensamenti: non hanno mai proposto, in scritti successivi, di modificare questo assetto normativo.

È quel che invece si propone la "riforma epocale" della Costituzione con una (ri) formulazione anodina dell'art. 109: "il giudice e il pubblico ministero dispongono della polizia giudiziaria secondo le modalità stabilite dalla legge". Che cosa cambia? In apparenza, nulla: "le modalità stabilite dalla legge" sono già previste dal codice di procedura penale. Ma l'intenzione dell'autore della riforma della Costituzione è altra: pensa a un'altra legge il cui contenuto traspare dalla Relazione, a p. 12, dove si afferma che il pubblico ministero non dispone più direttamente della polizia giudiziaria, e – come specifica il codice di procedura penale – non è più il pubblico ministero a imporre "compiti" alla polizia giudiziaria (art. 59 comma 3 c.p.p.), che deve "svolgere ogni indagine e attività disposta o delegata dall'autorità giudiziaria" (art. 55 comma 2 c.p.p.). Si vuol rovesciare questo assetto: si ha l'intenzione di far dire alla (nuova) legge che le investigazioni sono di esclusiva competenza della polizia giudiziaria, che dipende gerarchicamente dal potere esecutivo, mentre "all'ufficio del pubblico mistero sono riservate le attività di carattere processuale relative alla valutazione dei risultati dell'investigazione".

E se la polizia non indaga? Privando l'autorità giudiziaria del potere di impartire compiti d'indagine in questa o in quella direzione, si lasciano le indagini in balia delle scelte politiche dell'esecutivo, dal quale – ripetiamo – la polizia giudiziaria dipende gerarchicamente: scelte che possono tradursi nell'astensione dalle investigazioni contro Tizio o Caio, nel mancato perseguimento di certi reati, o, all'opposto, nel perseguimento di supposti reati di nemici politici.

Che fine fa l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale? Che fine fa l'autonomia e l'indipendenza del pubblico ministero dal potere esecutivo? "La Magistratura non può esser autonoma se le si toglie la direzione delle indagini"! È quel che ha quasi gridato il procuratore nazionale antimafia Piero Grasso, nell'aula bunker di Palermo, in un faccia a faccia con il Ministro della Giustizia"(ANSA, 23 maggio 2011, h. 14,15).

1. *"Minima non curat praetor". Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, 1985; da ultimo, Amodio, Barosio, Cordero, Lettieri, Ruggieri, nelle opere citate da Luparia, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. It.*, 2002, p. 1755.
2. Luparia, *op.cit.*,p.1755-1756.

7

L'inappellabilità delle pronunce di proscioglimento già 'cassata' dalla Corte Costituzionale

La progettata riforma costituzionale ripropone la c. d. legge Pecorella (l. 20 febbraio 2006, n. 46), con gli stessi argomenti che la Corte Costituzionale aveva censurato per la loro molteplice infondatezza. L'inappellabilità delle sentenze di assoluzione, secondo la Relazione, sarebbe il risultato di un "equilibrio raggiunto assicurando al cittadino – già prosciolto da un giudice di primo grado a seguito di un regolare processo – che non potrà, salve eccezioni, essere sottoposto ad un giudizio d'appello in ordine alle stesse condotte; perseguire ancora l'ipotesi accusatoria, pur dopo che questa non ha trovato conferma processuale, farebbe infatti perdere all'azione pubblica i tratti della doverosa ricerca della verità e rischierebbe di farle assumere le vesti di un atteggiamento persecutorio".

La musica è la stessa suonata nella motivazione della c.d. legge Pecorella, che la Corte Costituzionale aveva bollato sottolineando che "l'iniziativa del pubblico ministero volta alla verifica dei possibili (ed eventualmente anche evidenti) errori commessi dal primo giudice, nel negare la responsabilità dell'imputato, non può qualificarsi, in sé, 'persecutoria'; essa ha, infatti, come scopo istituzionale quello di assicurare la corretta applicazione della legge penale nel caso concreto e – tramite quest'ultima – l'effettiva attuazione dei principi di legalità e di eguaglianza, nella prospettiva della tutela dei molteplici interessi, connessi anche a diritti fondamentali, a cui presidio sono poste le norme incriminatrici"[3].

3. Corte Cost. 6 febbraio 2007, n. 26 in *Giur. Cost.*,2007,p. 235.

Mario Pisani

"Riforma epocale" ?

Sommario 1. Considerazioni generali – 2. La c.d. separazione delle carriere - 3. Verso la "Corte di disciplina"

1
Considerazioni generali

1.1

Tempo fa si poteva anche pensare che, secondo l'austero ordine repubblicano configurato dai padri costituenti, tutte quante le leggi, riformatrici o meno – e tanto più le leggi di riforma costituzionale – fossero fatte nell'interesse dei cittadini, cioè della *res publica*. Ma ora, purtroppo, in linea di tesi dobbiamo forse, o almeno in parte, ricrederci.

Infatti, in un comunicato ufficiale del Governo, in data 10 marzo 2011, leggiamo testualmente, quanto segue: "Si è svolta a Palazzo Chigi la riunione del Consiglio dei Ministri. Tra i provvedimenti approvati, il disegno di legge costituzionale di riforma della giustizia. «E' una riforma fatta nell'interesse dei cittadini»: così il presidente Berlusconi ha presentato il provvedimento".

Il presidente, dunque, ci assicura, per l'appunto, che questa volta (diciamo: almeno questa volta) la nuova legge costituzionale è per davvero pensata nell'interesse di tutti. E lo afferma quasi si trattasse di una novità o, chissà mai, di un'eccezione, anziché – è proprio il caso di dirlo – di una clamorosa *excusatio non petita*.

Questa caratteristica di *excusatio non petita* risulta confermata dall'art. 15 dello stesso disegno di legge, contenente una disposizione transitoria secondo cui i "princìpi contenuti nella presente legge costituzionale non si applicano (?) ai *procedimenti penali in corso* alla data della sua entrata in vigore".

Dobbiamo quindi cominciare a prendere atto, con un certo esercizio di pazienza, che questa disposizione transitoria *ad excludendum*, facendo limitato riferimento ai "procedimenti penali", non riguarda, invece – e non se ne intende il perché – i procedimenti civili, amministrativi, disciplinari ecc. Per tutti questi ultimi, dunque, i princìpi nuovi … trovano applicazione – si direbbe: meno male, pur quando non se ne intendano le modalità – anche ai procedimenti in corso.

Ma come? ci chiediamo. La "presente legge costituzionale" contiene dei princìpi che non possono non essere costituzionali, e pertanto del massimo rilievo, anche di carattere notevolmente innovativo. Ebbene: nonostante questo, chissà perché si prevede che, a differenza di quanto solitamente avviene almeno per le disposizioni processuali, e come del resto è avvenuto per la legge cost. n. 2 del 1999 (che ha modificato l'art. 111 della Costituzione) essi non debbano trovare applicazione immediata.

Anzi, a ben vedere, di applicazione si prevede che non ne troveranno mai, anche se quei procedimenti penali, purché già "in corso" all'eventuale momento storico dell'entrata in vigore della nuova legge costituzionale, dovessero protrarsi per altri cinque, o per i biblici sette anni, o per un decennio, ed oltre. Mai, e poi mai.

Ma in che modo può spiegarsi una tale automutilazione? Si spiega perché – in buona, ed anzi cattiva, sostanza – per i predetti "procedimenti penali in corso" la *Realpolitik* dei giorni nostri suggerisce che non è necessario mettere in campo, chissà mai col rischio

di sciuparli, addirittura i princìpi nuovi della Costituzione rinnovata. No: bastano le leggi ordinarie che, a ritmo serrato e passo marziale, con le maggioranze lubrificate dei numeri necessari, possono ben giungere in porto. Basta la disciplina della prescrizione breve, o brevissima; quella del processo breve, che vorrebbe chiamare "europeo" il letto di Procuste; quella del processo, che pur dovrebbe veder garantite le "condizioni di parità" tra le parti, e purtuttavia dovrebbe essere caratterizzato – il che potrebbe verosimilmente avvenire, anche a prescindere dalla "riforma epocale" – dalla reiterata menomazione del potere di appello da parte del P.M. (è indubbio che il giudice di primo grado, umanamente, possa sbagliare, ma poi, non si capisce bene perché possa sbagliare solo quando condanna), e così via mutilando, *ad usum principis*. Il tutto portato avanti magari con l'improntitudine di chiamare in gioco una generica e presunta copertura rappresentata dalla sbandierata riforma costituzionale nel frattempo soltanto *in itinere*.

1.2

Così come ci sono – dicono i costituzionalisti – le costituzioni "brevi" e le costituzioni "lunghe", sembra che anche le leggi costituzionali possano presentarsi in quella duplice tipologia. La legge costituzionale di cui stiamo parlando, forte e corazzata con i suoi 16 articoli, appartiene senz'altro al tipo delle leggi costituzionali "lunghe".

Ma altre, e non meno macroscopiche, caratterizzazioni vengono subito in evidenza, non appena si scorra il lungo elenco, distribuito dal Ministero alla data del 10 marzo 2011, delle "Leggi di attuazione della riforma costituzionale". Vi si indicano, diligentemente, il programma e la rubrica di ben 11 testi normativi da approntare in vista di una tale "attuazione". Leggiamo:

"1. Legge sulla separazione delle carriere.

2. Modifiche dell'ordinamento giudiziario riguardo all'organizzazione dell'ufficio del P.M.

3. Legge istitutiva dei due Consigli Superiori: a) legge elettorale; b) composizione dei Consigli; c) funzionamento.

4. Legge istitutiva della Corte di disciplina: a) legge elettorale; b) composizione; c) funzionamento.

5. Legge che individui le eccezionali esigenze normative per le quali i Consigli possono destinare i magistrati ad altra sede.

6. Legge sui rapporti tra l'Ufficio del P.M. e la Polizia giudiziaria.

7. Legge sui criteri di esercizio dell'azione penale.

8. Legge per regolamentare i casi di inappellabilità delle sentenze di primo grado in caso di assoluzione.

9. Legge per la riorganizzazione dei consigli giudiziari.

10.Legge sulla nomina elettiva dei magistrati onorari.

11. (si direbbe: *last but not least*) Legge sulla responsabilità civile dei magistrati".

Fine dell'elencazione.

Si tratta, come sùbito si può verificare, di una serie di leggi – esclusa quella che dovrebbe provvedere alla riorganizzazione dei consigli giudiziari – che trovano il loro preciso aggancio nelle esplicite previsioni normative del testo-base.

Di ciò non sembra proprio il caso di stare qui ad offrire il quadro degli opportuni riferimenti. Ma certo è che la lunga teoria delle future leggi di attuazione qui in discorso sta a dirci che la legge costituzionale da attuare – s'intende: se e quando, dopo le necessarie cadenze costituzionali, potrà entrare in vigore – oltre ad essere "lunga", di per sé è anche, e soprattutto, una sorta di legge costituzionale "in bianco", e, pertanto, ampiamente futuribile.

Ciò che è importante, per i nuovi legislatori della riforma definita epocale, è non far conoscere, per ora, troppi dettagli, e curare sùbito, piuttosto, di stendere e distendere tutto il bel manifesto magniloquente agli angoli delle strade e nel cuore dell'agorà; o per meglio dire: in alcuni, o molti, giornali; in alcune, o molte, televisioni; in alcune, o

molte, riunioni politiche, o para-politiche.

Non viviamo, forse, nella società dell'immagine?

2 La c.d. separazione delle carriere

2.1

Il tema della separazione delle carriere, ovvero della separazione della carriera dei giudici rispetto alla carriera dei magistrati del pubblico ministero, è venuto progressivamente assumendo, in questi ultimi anni, la caratterizzazione di uno slogan ripetitivo, variamente insistito, in diversi ambiti politici e forensi, fino ai limiti dell'ossessione.

A tale riguardo, appare senz'altro degna di nota la dichiarazione di voto presentata tempo addietro dall'attuale presidente del Consiglio, nell'ambito dei lavori della c.d. Bicamerale: "siamo profondamente convinti che soltanto una separazione *vera* – si noti l'aggettivo – delle carriere potrà garantire a tutti gli italiani un giudice davvero terzo ed imparziale" (v. i lavori della sed. pomeridiana del 30 giugno 1997).

A disattendere le aspirazioni del nostro premier sarà però la stessa Commissione, presieduta da D'Alema, posto che, nel testo dell'art. 126, poi numerato 124, così come trasmesso ai presidenti delle Camere il 4 novembre 1997, si stabiliva, al comma 2°, che "Tutti i magistrati ordinari esercitano *inizialmente funzioni giudicanti* per un periodo di tre anni, *al termine del quale* il Consiglio Superiore della magistratura ordinaria li assegna all'esercizio di funzioni giudicanti ovvero inquirenti, previa valutazione di idoneità". Veniva, pertanto, così delineato un avvio unitario della carriera giudiziaria – il comma 1° aveva precisato: un avvio in base a concorso – , con la prevista permanenza, per la durata di un triennio, nell'esercizio delle funzioni giudicanti.

Interveniva, poi, il comma 3°, a smentire testualmente, ancora una volta, la nozione rigida della separazione delle carriere, posto che esso prevedeva, decorso il predetto triennio, un possibile "passaggio" dall'esercizio delle funzioni giudicanti *tout court*, e dunque sia in sede civile che in sede penale, alle funzioni del pubblico ministero, e viceversa: e ciò a seguito di un (nuovo) "concorso riservato, secondo modalità stabilite dalla legge".

Assai più drastica, al confronto, è la formulazione che invece risulta dall'art. 5 della progettata legge di riforma qui in esame. In sostituzione del vigente art. 104 del testo costituzionale si prospetta, infatti, la formulazione di un 1° comma, dove preme stabilire – quasi per fissare l'esistenza e la consistenza di DNA diversi – che "I magistrati si distinguono in giudici e pubblici ministeri" (più appropriatamente la Bicamerale parlava di "magistrati del pubblico ministero"). Tale formulazione, ad ogni modo, inedita e piuttosto grezza, fa da premessa al comma 2° del nuovo testo, che va letto in una sorta di *continuum* rispetto a quella del comma 1°: "La legge assicura la separazione delle carriere dei giudici e dei pubblici ministeri", così distinti e diseguali. Null'altro: e cioè più non si profila una possibile, graduata e disciplinata intercambiabilità dei ruoli.

E non a caso, poi, al n. 1 del quadro ministeriale programmatico delle "Leggi di attuazione della riforma costituzionale" troviamo, come abbiamo visto, la "legge sulla separazione delle carriere".

2.2

A questo punto, peraltro, e in attesa, se mai, della legge nuova, ci troviamo a chiederci come, in realtà, potrà attuarsi la prevista separazione delle carriere che possa per davvero definirsi "vera".

Alla quieta ricerca di codesta e qualificante "verità", il *non-separatista* già si trova a soffrire un certo disagio, a fronte di due diverse, e in qualche modo contrastanti,

prospettazioni finalistiche. C'è chi dice addirittura – e pare davvero trattarsi di una non plausibile prospettazione di tipo vagamente campestre – che bisogna evitare che i ben "distinti" e diseguali magistrati di cui sopra, quando s'incontrano – non è ben chiaro dove e perché – non siano costretti a tenere il cappello in mano e, per altro verso, ad ogni modo si diano del lei, anziché far uso della seconda persona singolare.

C'è chi dice, all'opposto, azzardando un'elegante, ma dal pari non plausibile, prospettazione super-tecnica, che la separazione di cui stiamo parlando potrà prevenire, quasi si trattasse di una sorta di istituzionalizzato antibiotico *omnibus*, una serie di disfunzioni processuali, per eccesso di attività ovvero di passività; disfunzioni, peraltro, che hanno ben altre ragioni e, nel sistema, ben altri rimedi, preventivi o successivi.

Per altro verso, non sembra azzardato ritenere che i "separatisti" non si accontenterebbero certo della nozione di separazione prospettata nel 1962 da Carnelutti, in occasione di una seduta della Commissione sul c.p.p. da lui presieduta. Egli parlava, infatti, di "problema della separazione delle carriere – requirente e giudicante – così da favorire una specializzazione, la quale darebbe al PM tutti gli strumenti necessari per essere sempre all'altezza delle proprie funzioni esercitate". Quanto ai non-separatisti, essi potrebbero facilmente opporre che, per favorire la specializzazione del PM non è necessario separare le carriere. Basta differenziare ed articolare, e gradatamente aggiornare, i programmi della Scuola superiore della magistratura, della quale ultima, a dir vero, non è dato di conoscere gli sviluppi realizzativi, una volta che si fosse definitivamente chiarito che una delle sedi della scuola è da collocarsi a Bergamo alta piuttosto che a Bergamo bassa.

2.3

D'altro canto, la stessa relazione ministeriale che accompagna il testo dell'odierna grande riforma non esce, sul punto della "separazione", dal recinto delle tautologie. Si scrive che l'intervenuta modifica dell'art. 111 della Costituzione – e qui noi vogliamo prescindere dalla caratterizzazione atecnica della modifica medesima – "ha interessato sin'ora le regole processuali". Ma questa riforma – si aggiunge nel § 3 della stessa relazione – "rende ormai indifferibile la separazione in senso proprio (ritorna, insomma, il traguardo della "separazione *vera*") tra l'ordine dei giudici e l'ufficio del pubblico ministero, da cui dipende l'effettiva equidistanza del giudice dalle parti, *conditio sine qua non* della terzietà dell'organo giudicante e della parità tra accusa e difesa".

Cominciamo – anzi: continuiamo – dunque a capire che la "riforma epocale" viene qui programmaticamente in gioco, posto che si parla di accusa e di difesa, soltanto come riforma della giustizia penale, e più o meno paghi di ciò possiamo magari trovarci perfino disposti a sorvolare che di "parità tra accusa e difesa" non parla neanche, a ben leggere, il novellato e celebrato art. 111 della Costituzione.

Ma nulla, il non-separatista ha ancora potuto apprendere dalla relazione, né quanto all'asserita "indifferibilità" della riforma separatista, né quanto all'asserita dipendenza, da questa indifferibile riforma, della "effettiva equidistanza del giudice (penale) dalle parti".

Non è dato poi riscontrare che si facciano dei passi più in avanti neppure laddove, nel § 5 della predetta relazione, è dato di leggere un primo punto, che suona: "Criterio regolatore della riforma del titolo IV, è il riconoscimento della diversità delle funzioni". E ciò, dunque – confondendo funzioni con carriere – quasi che, prima della riforma medesima, si ritenesse per davvero che le funzioni del giudicare, in sede civile e in sede penale; le funzioni consulenti e requirenti del p.m. in sede civile; le funzioni dell'investigare e le funzioni requirenti del p.m. in sede penale ecc. ecc. fossero tutte un indistinto *unum et idem*.

Nella relazione fa seguito, per così chiamarla, una certa specificazione, secondo la quale il predetto (ma non nuovo) "riconoscimento delle diversità" comporterebbe – ma non se indica la *ratio*, e neppure la correlazione causale – una "conseguente separazione"

delle carriere. Compare di nuovo, nello stesso testo – ma ancora non è idonea a superare il cancello delle tautologie – l'ulteriore specificazione, più elusiva che leziosa, volta a ricordarci che si sta parlando della "separazione *in senso proprio*". Si fa riferimento pur sempre alla separazione "dei giudici e dei magistrati del pubblico ministero", ma permane anche la vaghezza del rilievo secondo cui ci si vuole ispirare ai soltanto accennati "modelli di ordinamento giudiziario attualmente operanti in molti Paesi europei". Dei quali, ad esempio, non si dice neanche se e quanto essi siano configurati come idonei a prevenire il vincolo o il rischio di dipendenza dal potere esecutivo. Che sarebbe, peraltro, un tipo di vincolo, o di rischio, del quale sia pure con dizione indeterminata si vorrebbe, attraverso opportune garanzie da stabilirsi, se non proprio i magistrati, mandare esente almeno l'ufficio del pubblico ministero.

Del quale ultimo il comma 3° dell'art. 5 di cui si sta parlando – sostitutivo dell'art. 104 della Costituzione vigente – statuisce per l'appunto che dovrà essere "organizzato secondo le norme dell'ordinamento giudiziario che ne assicurano l'autonomia e l'indipendenza"; pur senza dire indipendenza da chi.

2.4

Salvo errore, non sembra poi che i separatisti siano stati finora in grado, nel parlare di separazione delle carriere, di spiegarci *chi deve essere separato da chi*, per l'avvio lungo differenziate e irreversibili carriere.

Il marchese de La Palisse ci direbbe, per parte sua, che ha senso logico solo la separazione di chi, prima, era unito, e dunque la separazione, nella nostra ipotesi, di carriere dapprima unificate.

E se così è, almeno per dovere di chiarezza si dovrebbe dare atto che di separazione della carriera del pubblico ministero non si può parlare laddove non è prevista alcuna partenza entro una carriera unitaria. E dunque non se ne può parlare, né quanto ai giudici di pace, in sede civile e in sede penale – che sono poi i giudici di maggior numero - , né quanto ai giudici popolari, nelle corti d'assise di 1° e di 2° grado – che sono poi i giudici preposti, con i "togati", all'accertamento giudiziario dei reati più gravi –, né quanto ai giudici onorari facenti parte dei collegi giudiziari riguardanti i minorenni, che, per l'appunto, sono membri onorari, e non "di carriera".

E va anche detto che, pur senza particolari ansie, siamo pure in attesa di comprendere come, quanto ai giudizi in sede di cassazione, abbia un qualche valore taumaturgico la separazione della "carriera" dei magistrati addetti alla Procura Generale rispetto alla "carriera" dei magistrati giudicanti.

Bisognerà, dunque, in definitiva, in qualche modo ammettere che l'indicato programma della "separazione", ambiziosamente collocato – si fa per dire – al centro della "riforma epocale", si trova comunque a dover cercare la sua strada entro un campo di possibilità, e di eventuali incidenze, piuttosto circoscritto.

2.5

Ad ogni modo, e non foss'altro per prudenza, restiamo in attesa di conoscere, in quanto del caso, i precisi termini delle disposizioni attuative della "separazione".

E poiché quello della separazione è pur sempre un principio "contenuto" nella legge costituzionale avviata verso gli indaffarati cantieri parlamentari, restiamo anche in attesa di poter apprezzare in che senso un tale, e non certo trascurabile, "principio", non debba e non possa trovare applicazione – così come esigerebbe il già richiamato testo della norma transitoria dell'art. 15 – nei "procedimenti penali in corso" alla data di entrata in vigore del nuovissimo disegno normativo. Forse vanno ancora bene, per quei "procedimenti" residuali, le … nefaste commistioni delle carriere?

Certo è, intanto, che la trasposizione delle progettate separazioni nei termini di una

2.6 solida ed istituzionalizzata "separazione", e duplicazione, dei Consigli Superiori della Magistratura (forse seguendo il modello brasiliano), prevedibilmente non potrebbe se non tradursi in un'accentuazione di separatezza, e dunque di irrigidimenti frontali di tipo corporativo.

Resta però da spiegare quanto tutto ciò, oltre al resto, per davvero *interest rei publicae*.

3 Verso la "Corte di disciplina"

3.1 Sembra da condividersi l'idea di dar vita – così prevede l'art. 7 del disegno di legge in esame – a una "Corte di disciplina della magistratura giudicante e requirente", da introdurre in Costituzione con un nuovo art. 105 *bis*.

In tal modo l'organo disciplinare verrebbe configurato opportunamente differenziandolo, e distanziandolo, dal CSM, e dai rischi di inopportune interferenze o sovrapposizioni conseguenti alle tipiche attività di quest'ultimo, di carattere amministrativo.

Come s'è già ricordato, la "legge istitutiva della Corte di disciplina" fa parte (al n. 4) della serie di leggi di attuazione della riforma costituzionale *in itinere*.

3.2 Va peraltro osservato che, mentre l'art. 122, comma 6°, nell'ultima versione proposta dalla Bicamerale, stabiliva che era demandata alla futura scelta del legislatore ordinario la "articolazione" di tale Corte "in sezioni", col nuovo art. 105 *bis* della Costituzione sarebbe invece direttamente prevista e stabilita la composizione della Corte come articolata in "una sezione per i giudici" e "una sezione per i pubblici ministeri", ciascuna delle quali – ferma l'unicità di un apposito Presidente della Corte – dovrebbe far capo a uno specifico vice-presidente.

Una tale scelta, e dunque la duplicazione dell'organo di disciplina, non sembra, però, francamente apprezzabile.

In primo luogo, essa non sembra coerente con l'idea, per come palesata nel § 5 della citata relazione ministeriale, secondo cui "l'assetto del pubblico ministero, a differenza di quello del giudice (…) non è regolato da principi ontologici", ma da semplici "fattori storicamente determinati": fattori – il commento è nostro – non certo valutabili in esclusiva, agli effetti disciplinari, in forza della semplice componente "togata" dell'una piuttosto che dell'altra "categoria" di magistrati, oltretutto quasi si potesse prescindere dai componenti eletti dal Parlamento.

In secondo luogo, e soprattutto, tale duplicazione comporta il grave rischio di accentuare la caratterizzazione tipica della "giustizia disciplinare troppo domestica", che invece, in linea di tesi (v. il § 12 della relazione ministeriale), si vorrebbe escludere.

3.3 Un altro punto, assai delicato, andrebbe opportunamente risolto, *de iure condendo,* a fronte delle diverse e discordanti opzioni già proposte e/o, a suo tempo, effettuate in proposito, oltre che del silenzio del nostro disegno di legge costituzionale. Si tratta della disciplina concernente titolarità, inizio e promovimento dell'azione disciplinare.

Massimo Ceresa-Gastaldo

Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi

Sommario

1. Obbligatorietà relativa e subordinazione del pubblico ministero alla volontà politica. – 2. Iperattività del pubblico ministero e disomogeneità di esercizio dell'azione penale. – 3. Obbligatorietà dell'azione penale: un principio praticabile. – 4. La vana promessa dei "criteri normativi" di esercizio dell'azione penale. – 5. Una riforma da non fare.

1 Obbligatorietà relativa e subordinazione del pubblico ministero alla volontà politica

E' un'illusione ottica. Sembra innocuo l'art. 13 del d.d.l.cost. n. 4275, che ipotizza di sostituire l'attuale formulazione dell'art. 112 Cost. («Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale») con quella secondo cui «L'ufficio del pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale secondo i criteri stabiliti dalla legge»; il mantenimento dell'enunciato originario nel nucleo centrale della norma fa apparire l'intervento come una semplice operazione specificativa, che lascia intatta la sostanza della disposizione costituzionale. Ma non è così. La portata della modifica è dirompente: quei "ritocchi" bastano a sfigurare il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

La subordinazione del dovere di agire al rispetto dei "criteri stabiliti dalla legge", infatti, relativizza il principio e lo riduce, da garanzia costituzionale di legalità ed eguaglianza, intangibile dal legislatore ordinario, a dovere di obbedienza alla volontà politica di volta in volta espressa dalla maggioranza parlamentare. Tra il comando della legge penale e il dovere di attivare la giurisdizione per assicurare la punizione del colpevole si inserisce una ulteriore valutazione, sul piano della opportunità di instaurare o meno (pur in presenza dei presupposti) il giudizio, che interrompe il nesso di necessaria consequenzialità tra legalità sostanziale e legalità nel procedere.

E scolora sino a svanire, con il principio di obbligatorietà, anche quello – strettamente connesso – di indipendenza funzionale del pubblico ministero: nella nuova norma il riferimento all'"ufficio del pubblico ministero", anziché al "pubblico ministero", sancisce l'abbandono dell'attuale modello basato sulla diffusione del potere di azione tra tutti i magistrati della procura e sulla personalizzazione della funzione inquirente e requirente, a favore di un sistema gerarchizzato e impersonale di gestione dell'accusa. Solo all'ufficio saranno garantite dalle norme sull'ordinamento giudiziario, come l'art. 4 d.d.l. ipotizza di scrivere nel "nuovo" terzo comma dell'art. 104 Cost., autonomia e indipendenza, che sono ritenute, appunto, "prerogative dell'ufficio requirente e non del singolo magistrato"[1].

Non occorrono grandi sforzi di fantasia per comprendere la *ratio* dell'intervento: dalla duplice interpolazione emerge chiarissima la volontà di porre il potere giudiziario – attraverso il condizionamento dell'azione penale, che è il canale che alimenta la giurisdizione – sotto il controllo del potere politico.

Sul medesimo bersaglio convergono, del resto, anche altre proposte di modifica, come quella dell'art. 10 d.d.l., che rimette alle scelte del legislatore ordinario la determinazione delle modalità secondo cui giudice e pubblico ministero potranno disporre della

1. *Relazione illustrativa d.d.l. n. 4275*, § 5

polizia giudiziaria, con ciò mirando a sottrarre l'indagine al magistrato (attribuendone iniziativa e gestione alla polizia), per riservargli le sole "attività di carattere processuale relative alla valutazione dei risultati dell'investigazione, alle richieste da presentare al giudice, all'esercizio dell'azione penale, alla funzione di accusa nel dibattimento"[2]. E lo stesso intento tradiscono, ancorché mascherate da garanzie di imparzialità del giudice, le disposizioni della riforma che puntano ad incidere, indebolendolo, sullo *status* del magistrato del pubblico ministero.

Lo scenario che si profila è davvero inquietante.

Senza bisogno di dichiarare apertamente la dipendenza dell'organo dell'accusa dall'esecutivo, si ottiene nella sostanza lo stesso risultato: le tre leve della subordinazione gerarchica, della fissazione di criteri operativi secondo cui agire o non agire, e dell'autonoma operatività della polizia sulle notizie di reato, sono strumenti sufficienti ad assicurare la selezione dei processi secondo il volere della maggioranza parlamentare, che non è altro che l'estrinsecazione, nel nostro sistema, della volontà del Governo.

2

Iperattività del pubblico ministero e disomogeneità di esercizio dell'azione penale

Il progetto volto a ridimensionare ruolo e poteri del pubblico ministero, per governare l'*input* della giurisdizione penale, è ben leggibile nella Relazione che accompagna il disegno riformatore.

Occorre garantire ai cittadini, si sostiene, "un uso efficace e responsabile dei mezzi di indagine e dell'azione", e proprio la "definizione del pubblico ministero come 'ufficio' (articolo 4 del disegno di legge), … fissa, anche sul piano lessicale, il connubio tra esercizio della funzione inquirente e responsabilità; connubio che il ruolo sociale assunto dal pubblico ministero ha reso imprescindibile e che solo un'organizzazione razionale e coordinata degli organi della pubblica accusa può oggi garantire"; è l'ufficio "il nuovo soggetto capace di … superare definitivamente quelle concezioni e prassi soggettivistiche che hanno dato luogo a una vera e propria 'frammentazione' della funzione requirente, nella quale il singolo magistrato, attraverso la libera ricerca della notizia di reato e la diretta disponibilità della polizia giudiziaria, può disporre degli strumenti investigativi (compresi quelli più invasivi, complessi e costosi), senza doverne commisurare l'utilizzo a criteri predeterminati di esercizio dell'azione penale e senza tener conto delle risorse, necessariamente limitate, dell'organizzazione giudiziaria"[3].

Al di là dei giri di parole, la sostanza è chiara. Il singolo magistrato del pubblico ministero non deve più poter gestire in modo autonomo le investigazioni né disporre direttamente degli investigatori; va inquadrato in un rapporto gerarchico stretto, che consenta al vertice di controllare e dosare sia i mezzi di indagine sia l'azione penale, commisurando gli uni e l'altra ai criteri prestabiliti ed alle risorse rese disponibili all'amministrazione della giustizia.

Il passo successivo è "rendere più omogeneo l'esercizio dell'azione penale".

In Italia, ammettono i proponenti, non è possibile "perseguire tutti i reati, non essendo l'apparato giudiziario in grado di fronteggiare il numero degli illeciti penali e non risultando risolutivo il sistematico ricorso a strumenti deflativi, di natura sia legislativa che organizzativa"; "il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale subisce in concreto, ossia nella pratica degli uffici giudiziari, attenuazioni tali da potersi affermare senza esagerazioni che, di fatto, la discrezionalità è ormai la regola". Una discrezionalità (quella che porta a scegliere tra i casi su cui indagare ed agire, e quelli da lasciare indietro) che è oggi interamente nelle mani dei pubblici ministeri, laddove invece "i margini di valutazione non possono essere affidati a determinazioni soggettive o casuali, ma devono trovare sempre, quale che sia il modello processuale, una regolamentazione obiettiva

2. *Relazione illustrativa d.d.l. n. 4275*, § 9.
3. *Relazione illustrativa d.d.l. n. 4275*, § 6.

e predeterminata che solo la legge è in grado di garantire"[4].

Ecco allora la soluzione. Nel prevedere che l'ufficio del pubblico ministero abbia l'obbligo di agire secondo i criteri stabiliti dalla legge "si conferisce alla norma costituzionale una razionalità storico-sociale e una dimensione teleologica che rendono compatibile il principio di obbligatorietà con gli obiettivi di politica criminale"; "particolari esigenze storiche, sociali o economiche … possono indurre il legislatore a fissare criteri in forza dei quali, ad esempio, debba essere data prioritaria trattazione ad indagini concernenti determinati reati; fermo restando l'obbligo, esaurite queste, di curare anche le indagini relative alle altre fattispecie penalmente rilevanti"[5].

Insomma, l'idea del riformatore è questa: perseguire tutti i reati è impossibile, e non ci sono efficaci strumenti in grado di ridurre la domanda di giustizia o di incrementare la capacità di risposta del sistema. L'unico mezzo per evitare la paralisi è quello dell'abbandono selezionato dei procedimenti; una selezione che deve avvenire sulla scorta di una "regolamentazione obiettiva e predeterminata", non potendo al contrario essere lasciata alla incontrollata discrezionalità di fatto della quale oggi godono – a dispetto dell'art. 112 Cost. – i singoli magistrati delle procure. Si deve dunque costruire un sistema nel quale la scelta delle priorità imposte da "particolari esigenze storiche, sociali o economiche" sia riservata al potere politico. Questo, e non quello giudiziario, deve stabilire per quali reati la minaccia della sanzione sia reale, e per quali invece resti solo virtuale, in ragione del criterio distintivo che porta – al di là della illusoria (e contraddittoria) affermazione della possibilità di curare in un secondo tempo anche le azioni non prioritarie – il procedimento all'abbandono.

E' finalmente giunto il momento, sembra ci venga spiegato con Max Weber, di superare l'etica delle convinzioni a favore dell'etica della responsabilità. Sano pragmatismo, sincero e onesto realismo devono ora prevalere sull'adesione acritica all'assioma della obbligatorietà dell'azione penale, che non è altro che finzione ed ipocrisia; una bugia convenzionale che, predicando la praticabilità del principio, nasconde l'opposta realtà della sua quotidiana violazione. Bisogna prendere atto della situazione e ammettere che l'azione obbligatoria è un mito, un assunto empiricamente falso, la cui proclamazione finisce per "coprire" iniquità maggiori – perché ingovernabili e casuali – di quelle che i detrattori del principio di opportunità attribuiscono a quest'ultimo. Predeterminare legislativamente i criteri di esercizio dell'azione, invece, significa assicurare trasparenza e uniformità di comportamento delle procure.

3 Obbligatorietà dell'azione penale: un principio praticabile

Dietro all'apparente linearità dell'argomentare, il ragionamento nasconde un sofisma.

La tesi prefissata (la volontà di introdurre il controllo politico sul sistema giudiziario) viene artatamente eclissata nelle premesse (l'impraticabilità del principio di obbligatorietà dell'azione penale, che produce l'incontrollata libertà dell'organo dell'accusa, sulla quale occorre intervenire), dalle quali null'altro si fa discendere che una *petitio principii*: l'abbandono necessitato del principio di obbligatorietà dell'azione penale, e la sua efficace sostituzione con un sistema ad azione penale pilotata legislativamente.

Né le premesse né le deduzioni, a mio modo di vedere, sono corrette.

Che gli uffici giudiziari non siano in grado di smaltire tutto il carico di lavoro è un dato innegabile, confermato dai numeri delle rilevazioni statistiche; la domanda di giustizia penale, come è ben noto, è di gran lunga superiore alla capacità di risposta, sia per le insufficienze ed inadeguatezze strutturali della macchina, che per l'ipertrofia del sistema punitivo.

Altrettanto scontata è la constatazione che il pubblico ministero non è in grado di

4. *Relazione illustrativa d.d.l. n. 4275*, § 10.
5. *Relazione illustrativa d.d.l. n. 4275*, § 10.

riservare a tutte le notizie di reato la stessa attenzione e le stesse risorse; un vaglio delle pratiche, quantomeno in base al dosaggio delle energie e dei tempi disponibili, è dunque inevitabile, com'è ineluttabile che i procedimenti ai quali siano riservate minori cure possano rischiare di essere abbandonati al destino della prescrizione.

Il risultato, più che evidente, è lo scarto di inazione che residua dall'attività del pubblico ministero tutte le volte in cui questi non si attivi tempestivamente per verificare la sussistenza delle condizioni per esercitare l'azione penale.

In realtà, i rimedi sono possibili e ben noti da tempo.

Si tratta però di intendersi sul risultato che si vuole raggiungere. Se l'obiettivo è davvero quello di ridurre al minimo quello scarto, mantenendo fermi i valori della legalità e dell'uguaglianza assicurati dall'obbligo di agire in presenza dei presupposti, i fronti di intervento non possono che essere due, l'uno interno al processo, relativo alla efficacia ed alla efficienza del sistema, e l'altro esterno, incidente sul carico della macchina giudiziaria.

Sul primo versante, si potrebbero incrementare, rispetto agli antidoti all'inazione ingiustificata già predisposti dal codice (controllo del giudice per le indagini preliminari, ruolo attivo della persona offesa, avocazione, contraddittorio in sede di archiviazione, sollecito delle indagini, imputazione "coatta"), le occasioni di stimolo e di verifica endoprocessuale dell'attività del pubblico ministero: per consentire l'emersione delle pratiche dalla zona d'ombra si è proposto, ad esempio, di prevedere una maggiore circolazione delle informazioni sulle indagini (quando non è indispensabile la tutela del segreto), e l'estensione del novero dei soggetti legittimati ad intervenire nel dialogo processuale (come il denunciante o gli enti rappresentativi).

Andrebbero inoltre individuate misure organizzative atte a migliorare la capacità "produttiva" delle procure, come il ricorso ad un più largo impiego della magistratura onoraria nelle funzioni inquirenti, almeno per determinate attività e categorie di reati, ovviamente sotto la supervisione del delegante; o l'adozione di provvedimenti archiviativi "cumulativi" nei procedimenti contro ignoti. Naturalmente, occorrerebbe soprattutto porre mano seriamente alla revisione degli organici e delle risorse organizzative, per adeguare gli uni e le altre alle effettive esigenze di lavoro.

Né bisognerebbe dimenticare che – contrariamente a quanto vorrebbero far credere i proponenti, sottolineando l'opportunità di "un'organizzazione razionale e coordinata degli organi della pubblica accusa" – i rischi dell'inerzia si accentuano con la concentrazione del potere di azione al vertice della struttura, mentre si attenuano con la previsione della diffusione del potere e della personalizzazione delle funzioni all'interno degli uffici del pubblico ministero.

Quanto al versante esterno, le misure più efficaci non possono che essere predisposte dal legislatore penale sostanziale, richiamato ormai da molto tempo (sin'ora invano) dalla Corte costituzionale ad invertire il *trend* della "inflazione della normazione penale"; una normazione che, lungi dall'essere "ridotta al minimo indispensabile al raggiungimento (attraverso l'incriminazione di gravi modalità di lesione di beni costituzionalmente significativi od almeno socialmente rilevanti) delle elementari condizioni del vivere democratico", è invece cronicamente "divenuta ipertrofica".

L'imperativo deve essere quello della depenalizzazione, per ottenere un deciso arretramento della soglia dell'intervento penale a vantaggio di quello amministrativo, ed arginare l'ipertrofia "orizzontale" del diritto penale, ossia l'esponenziale moltiplicarsi delle incriminazioni.

Parallelamente, andrebbe potenziato e sviluppato il catalogo degli strumenti di "deprocessualizzazione": aumento dei casi di procedibilità a querela e, in generale, ricorso ampio alle condizioni speciali di procedibilità (eventualmente combinate, come già avviene efficacemente in alcuni settori del diritto penale, con meccanismi ripristinatori o risarcitori), mediazione penale, modulazione di clausole di "concreta inidoneità offensiva del fatto", con l'introduzione della relativa declaratoria sia in sede archiviativa che

in fase processuale.

Intervenendo in ognuna delle direzioni indicate, il legislatore potrebbe raggiungere il risultato di un significativo decongestionamento delle procure, senza con ciò sacrificare legalità ed eguaglianza (perché anche nelle ipotesi da ultimo indicate si farebbe carico di differenziare il trattamento di fatti diversi) e senza mortificare – al contrario, consentendone l'effettiva realizzazione – il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

4 La vana promessa dei "criteri normativi" di esercizio dell'azione penale

Viceversa, pensare di risolvere il problema dell'eccessivo carico giudiziario solo ricorrendo a meccanismi di regolazione dei tempi delle indagini, è una palese finzione: a contesto (normativo e strutturale) invariato, è persino superfluo osservare che dettare criteri sull'ordine di trattazione delle notizie di reato significa gestire in realtà la selezione dei processi.

Sacrificare il principio di obbligatorietà dell'azione penale per rinviare alla legge ordinaria la fissazione delle regole per l'abbandono delle pratiche non prioritarie (di questo si tratta), lascia del tutto irrisolto il problema dell'ineffettività della norma penale, ed anzi lo aggrava, senza peraltro conseguire, contrariamente alle promesse, alcun valore aggiunto in termini di trasparenza o di uniformità dell'azione requirente. Per contro, apre nella norma costituzionale un varco dal perimetro indefinito, nel quale il potere politico potrà agevolmente introdursi.

Fingiamo pure di credere per un momento che la selezione legislativa, varata all'indomani della riforma, risponda a criteri obiettivi ed uniformemente applicabili; ove questi fossero – come si ritiene necessario – appuntati sulla "gravità e/o offensività sociale" delle singole fattispecie di reato, il risultato della loro attuazione non sarebbe altro che quello della impunità formalizzata per intere categorie di reati "minori". La norma penale continuerebbe ipocritamente a minacciare una pena, nella consapevolezza che quel reato non verrà mai perseguito; la sanzione di quel comportamento, viva solo sulla carta, non manterrebbe altro scopo che quello di stigmatizzare "politicamente" l'illecito. Perché allora, anziché affidare la selezione ai criteri di priorità, non depenalizzare i reati minori, convertendoli in illeciti amministrativi, con il vantaggio di garantire comunque una sanzione per un fatto che resterebbe, altrimenti, impunito?

Ma il punto, se possibile, ancora più critico è un altro, ed è legato alla intrinseca inidoneità del rimedio proposto a fornire "una regolamentazione obiettiva e predeterminata" dell'uso dell'azione penale ed a funzionare, come si pretenderebbe, da "vero banco di prova sia dell'efficacia dell'azione giudiziaria sia del principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge"[6].

Già l'ambiguità della sua funzione – criterio di selezione, mascherato da strumento di razionalizzazione del lavoro delle procure – renderà improponibile la formulazione di enunciati normativi netti, dal chiaro intendimento chirurgico: difficile pensare che i "criteri" condannino *apertis verbis* un certo tipo di reato all'oblio; più realisticamente, forniranno indicazioni utili per metterlo in coda a molti altri. Il risultato non potrà dunque che essere quello di una assoluta casualità applicativa, soprattutto per le fasce di importanza intermedia, inevitabilmente condizionata dalle diverse situazioni organizzative in cui versano le singole procure sul territorio nazionale. Senza considerare che le precedenze ancorate a parametri sostanziali finiranno inevitabilmente per sovrapporsi – talvolta confondendosi, più spesso entrando in contraddizione – con quelle dettate dalle regole processuali che scandiscono i tempi e dettano le condizioni dei riti speciali.

Del resto, gli esperimenti sino ad oggi tentati dalla prassi e dal legislatore (all'insegna di quella stessa ambiguità) non sono affatto rassicuranti.

Le famose circolari torinesi, alle quali si deve la paternità dell'idea di introdurre linee

6. *Relazione illustrativa d.d.l. n. 4275*, § 10.

guida per la gestione dell'attività del pubblico ministero – dalla "pressante preghiera" del 1989 ad "evitare di sprecare tempo, fatica e denaro della Stato in attività praticamente inutili, quale la minuziosa e scrupolosa celebrazione di processi ineluttabilmente destinati alla prescrizione", alla più articolata definizione di indirizzi destinati al procuratore della Repubblica ed ai sostituti, nel 1990 – hanno indubbiamente avuto il pregio di affrontare senza reticenze ed ipocrisia il problema, e possono senz'altro considerarsi un modello di riferimento per l'organizzazione interna degli uffici, ma certamente non hanno l'attitudine a rappresentare quella "regolamentazione obiettiva e predeterminata" che si esige dai criteri legali.

Sul versante normativo, i contenuti dell'art. 132-*bis* disp. att. c.p.p., che regola la formazione dei ruoli di udienza e la trattazione dei processi, rivelano già ad una prima lettura la loro inadeguatezza. Il catalogo dei giudizi a corsia preferenziale (che comprende processi per reati singolarmente individuati e per reati puniti con pena della reclusione nel massimo non inferiore a quattro anni, processi a carico di imputati detenuti, sottoposti ad arresto, fermo, misura cautelare personale anche cessata, giudizi direttissimi ed immediati) è talmente articolato da rendere addirittura incerto il rapporto tra regola ed eccezione; allo stesso tempo, la ragionevolezza della selezione lascia alquanto a desiderare; e l'equivoca previsione del secondo comma, che attribuisce ai dirigenti degli uffici giudicanti il compito di adottare gli opportuni provvedimenti organizzativi, sembrerebbe addirittura introdurre una sorta di gerarchizzazione dell'ufficio giudiziario. Non meno problematico l'art. 227 D.Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, che introduce tre livelli di valutazione (gravità e concreta offensività del fatto, pregiudizio temuto per la formazione della prova, interesse della persona offesa) per la trattazione dei procedimenti e la formazione dei ruoli di udienza, al fine di assicurare la rapida definizione dei processi pendenti al momento dell'entrata in vigore della riforma sul giudice unico. Qui le priorità – che possono prescindere dalla data del commesso reato o da quella delle iscrizioni del procedimento – risultano talmente vaghe ed eterogenee da risultare prive di qualsiasi attitudine realmente orientativa, così da determinare gli esiti più disparati da un ufficio giudiziario all'altro.

Difficile pensare, allora, a criteri di priorità davvero idonei ad eliminare la (peraltro del tutto fisiologica) discrezionalità delle valutazioni del pubblico ministero nella conduzione delle indagini e nella verifica della sussistenza dei presupposti dell'azione.

In compenso, la loro adozione legittima l'abbandono dei procedimenti non prioritari, rispetto ai quali gli strumenti reattivi e di controllo, che oggi assicurano effettività al principio costituzionale, finiscono per essere destinati all'inoperatività, o comunque per risultare fortemente depotenziati. Se oggi, per esempio, il fascicolo "dimenticato" segnalato dalla persona offesa può e deve essere preso in considerazione a prescindere dalla sua tipologia, domani lo stesso esito non sarà più possibile, se si tratta di fattispecie da "retrovia". Il controllo sull'inazione, in questa prospettiva, sarà fatalmente relegato all'area dei casi prioritari.

Non solo. Una volta stabiliti i criteri, bisognerà farli rispettare. La loro violazione potrà restare relegata nel solo ambito disciplinare? Il passo successivo, è facile prevedere, sarà quello della previsione delle conseguenze sul piano processuale. Caduto il dogma dell'obbligatorietà dell'azione penale e costituzionalizzato il riferimento ai criteri, nulla potrà inibire il legislatore dallo scrivere una norma che dia cogenza alle indicazioni di priorità, imponendo al giudice di dichiarare improcedibile l'azione promossa in deroga al parametro. Si potrebbe obiettare che, di fronte a tanta vaghezza e incertezza delle regole di precedenza, sarà impossibile scrivere una norma concretamente praticabile di improcedibilità. Ma non è il caso di illudersi: un conto è gestire il caos, ben altro è limitarsi a constatarlo; e la persecuzione perpetrata dal pubblico ministero che, nonostante tutto, abbia impiegato risorse preziose per agire contro Tizio, quando ancora giacciono sulla sua scrivania centinaia di pratiche inevase per reati prioritari, sarà semplicissima da rilevare e sanzionare.

Ci sarà magari chi protesterà, ricordando che il Presidente ed il Ministro riformatori avevano assicurato che sarebbe restato "fermo l'obbligo … di curare anche le indagini relative alle fattispecie" secondarie; ma saranno, se non abbiamo sbagliato l'analisi, parole al vento.

5
Una riforma da non fare

E' ben difficile credere, insomma, che l'azione penale "obbligatoria secondo i criteri" resti effettivamente tale; ed è altrettanto difficile credere, come si è visto, che i previsti parametri legislativi possano valere a mantenere la promessa di una più diffusa, trasparente ed uniforme persecuzione dei reati.

All'esatto contrario, la proposta di riforma vale per assicurare al legislatore il controllo del flusso processuale, non certo per ridurre l'area dell'inazione.

Nella migliore delle ipotesi, i criteri di priorità saranno funzionali a gestire le prescrizioni dilaganti; ad evitare ipocritamente (a scansare, non a prevenire) il conflitto che il continuo innalzamento dell'asticella dell'effettività della giurisdizione (attraverso la riduzione drastica del tempo disponibile per celebrare i processi, a condizioni invariate) produce sul principio di legalità.

Da questo punto di vista, quella del riformatore costituzionale è una scelta disfattista, che vorrebbe riprodurre nella Carta fondamentale la regola emergenziale forgiata dalla prassi e dal legislatore ordinario per cercare di gestire ordinatamente il flusso inarrestabile delle estinzioni. Ma un conto è la drammatica decisione che il comandante della nave è costretto a prendere durante il naufragio – salvare le donne e i bambini, sacrificare gli altri – e ben altro è rinunciare a priori ad impegnarsi sul fronte dei rimedi, chiudere lo squarcio, a imporre le condizioni per una navigazione sicura, per far assurgere il "codice rosso", il protocollo per fronteggiare lo stato di calamità, a regola di ordinaria gestione: i criteri di priorità nell'art. 112 Cost. trasformano le tabelle delle trattazioni secondarie in norma fondamentale, espressiva del principio regolatore dell'azione penale.

Ad essere sinceri, le poco edificanti esperienze parlamentari di *ius singulare* cui abbiamo dovuto assistere negli ultimi anni fanno sorgere il sospetto che la nuova regola possa prestarsi anche ad un altro, più o meno recondito obiettivo: quello di fornire alla politica lo strumento per creare, mascherandole da semplici regole organizzative, vere e proprie zone franche, che la maggioranza di turno potrebbe facilmente occupare, cedendo alla tentazione di inibire l'esercizio dell'azione penale per determinate categorie di reati, sulla scorta di condizionamenti partitici. E', d'altronde, un dato tristemente riscontrato: almeno in determinati momenti storici, i partiti hanno dato prova di volersi liberare del controllo della magistratura sull'operato della pubblica amministrazione.

Magari, beninteso, si tratta solo di un cattivo pensiero, ingeneroso verso i nobili intenti dei riformatori. Tuttavia il rischio, anche solo ipotetico, che il precetto possa in futuro prestarsi così facilmente ad impieghi strumentali vale a rafforzare, se ve ne fosse bisogno, la convinzione che il principio di obbligatorietà dell'azione penale dev'essere preservato intatto nella Carta fondamentale.

Emilio Dolcini

Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati

Lo spiacevole retrogusto del progetto di riforma costituzionale della giustizia

Sommario

1. Due interrogativi. – 2. Autonomia e indipendenza del pubblico ministero. – 3. L'obbligo di esercitare l'azione penale. – 4. Crisi della divisione dei poteri. – 5. La selezione dei 'reati prioritari'. – 6. Obbligatorietà dell'azione penale e giurisprudenza costituzionale. – 7. Le spinte al temperamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale. – 8. Obbligatorietà dell'azione penale e cifra nera. – 9. Nuove aspettative di impunità. – 10. Ancora in tema di prevenzione generale. – 11. Riforma della giustizia o punizione dei magistrati? – 12. "Ci saremmo risparmiati Mani pulite". – 13. Avvocati e legislatori.

1 Due interrogativi

Il d.d.l. costituzionale presentato alla Camera dei Deputati il 7 aprile 2011 – AC n. 4275, Berlusconi-Alfano, intitolato *Riforma del Titolo IV della Parte II della Costituzione* – ha per oggetto una riforma che il Presidente del Consiglio ha, sobriamente, definito «epocale»: in realtà, potrebbe trattarsi soltanto di uno scenario di cartapesta, teso a nobilitare, o a rendere presentabili, provvedimenti non nobilissimi, da adottarsi con lo strumento della legge ordinaria.

Metto da parte questo dubbio e formulo due interrogativi, tra i molti sollevati dal progetto: se mai la riforma arrivasse in porto, che cosa rimarrebbe dell'*autonomia* e dell'*indipendenza del pubblico ministero*?

Inoltre: che cosa rimarrebbe dell'*obbligatorietà dell'azione penale*?

2 Autonomia e indipendenza del pubblico ministero

Quanto al *primo punto*, la Costituzione, all'art. 104 comma 1, afferma che «*La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*»[1]: una previsione che riguarda tutta la magistratura, giudicante e requirente.

Nel testo riformato, l'art. 104 comma 1 Cost. stabilisce, in primo luogo, che «*I magistrati si distinguono in giudici e pubblici ministeri*» (art. 4 d.d.l.). In relazione ai *giudici*, si prevede una nuova formulazione dell'art. 101 comma 2 Cost., del seguente tenore: «*I giudici costituiscono un ordine autonomo e indipendente da ogni potere e sono soggetti soltanto alla legge*» (art. 2 d.d.l.). In relazione al *pubblico ministero*[2], l'autonomia e l'indipendenza sono sì riaffermate in linea di principio, ma in ben altra forma rispetto a quelle dei giudici: si fa riferimento non ai magistrati del pubblico ministero, bensì agli *uffici* di quest'ultimo; l'autonomia/indipendenza di tali uffici viene affidata ad un

1. Sulle controverse nozioni di 'autonomia' e di 'indipendenza' della magistratura, e sui rapporti – altrettanto problematici – tra le due nozioni, cfr. N. Zanon, F. Biondi, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, 2002, p. 9 ss.

2. Sul significato pregnante che il d.d.l. costituzionale n. 4275 attribuisce alla scelta di designare il pubblico ministero come "ufficio", può vedersi la Relazione che accompagna il d.d.l. ,p. 6: «La definizione del pubblico ministero come 'ufficio'… fissa, anche sul piano lessicale, il connubio tra esercizio della funzione inquirente e responsabilità».

rinvio alla normativa sull'ordinamento giudiziario (alla quale già oggi fa riferimento l'art. 107 comma 4 Cost., peraltro in un diverso contesto, al centro del quale si colloca l'art. 104 comma 1 Cost., sopra richiamato): «*L'ufficio del pubblico ministero è organizzato secondo le norme dell'ordinamento giudiziario che ne assicurano l'autonomia e l'indipendenza*» (art. 104 comma 3 Cost., nella versione dell'art. 4 d.d.l.). Si tratta, nel progetto di riforma, di uno dei molti, inquietanti momenti di 'decostituzionalizzazione' della materia 'giustizia'.

Sia il giudice, sia il pubblico ministero potranno disporre della *polizia giudiziaria* «*secondo le modalità stabilite dalla legge*» (art. 109 Cost., nella formulazione dell'art. 10 d.d.l.): di nuovo, un rinvio in bianco alla legge ordinaria, che potrebbe stabilire, eventualmente, modalità tali da ridurre al minimo i poteri del pubblico ministero.

Al *Ministro della Giustizia* viene attribuita, accanto all'organizzazione e al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia (come previsto nell'attuale art. 110 Cost.), un'autonoma funzione ispettiva (art. 110 comma 1 Cost., nella formulazione dell'art. 11 d.d.l.). Gli viene inoltre conferito il compito di riferire annualmente alle Camere «*sullo stato della giustizia, sull'esercizio dell'azione penale e sull'uso dei mezzi di indagine*» (art. 110 comma 2 Cost.): ciò che sembra presupporre un diretto controllo del Ministro su ciascuno degli oggetti della relazione.

Quanto al 'doppio' *Consiglio superiore della magistratura* configurato nel d.d.l. (artt. 104 *bis* e 104 *ter* Cost., di cui all'art. 5 d.d.l.), vanno soprattutto evidenziati, a mio avviso, due aspetti: a) la composizione ben diversa da quella attuale (il rapporto tra componenti togati e componenti laici passa da 2/3 a 1/2, salva la presenza del primo presidente della Corte di cassazione nel Consiglio superiore della magistratura giudicante e del Procuratore Generale presso la Corte di cassazione nel Consiglio superiore della magistratura requirente)[3]; b) la previsione che i membri togati siano eletti «*previo sorteggio degli eleggibili*»: una scelta, quest'ultima, che si vorrebbe rivolta – secondo la Relazione al d.d.l. – a «*contrastare il fenomeno della 'correntocrazia'*»[4], ma che, nella sostanza, contribuisce in misura rilevante a erodere l'autonomia della magistratura.

Regole analoghe sono stabilite, infine, per le due distinte sezioni della *Corte di disciplina* della magistratura giudicante e requirente (art. 105 *bis* Cost., di cui all'art. 7 d.d.l.), con due significative varianti: nella Corte di disciplina si ipotizza un rapporto numerico tra componenti togati e componenti laici perfettamente paritario; inoltre, il presidente di ciascuna sezione verrebbe eletto fra i componenti laici.

3 L'obbligo di esercitare l'azione penale

In relazione al *secondo punto*, a proposito cioè dell'*esercizio dell'azione penale*, così dispone il 'nuovo' art. 112 Cost., nella formulazione prefigurata all'art. 13 d.d.l.: «*L'ufficio del pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale secondo i criteri stabiliti dalla legge*». Dunque, quello che l'art. 112 Cost. vigente designa come l'obbligo «*di esercitare l'azione penale*» viene ricondotto non più al pubblico ministero, bensì all'«*ufficio del pubblico ministero*»; inoltre, viene subordinato a non ben individuati «*criteri stabiliti dalla legge*» (con tutta evidenza, secondo la già segnalata linea di 'decostituzionalizzazione', dalla legge *ordinaria*).

3. «Al fine di garantire l'indipendenza dei giudici, ciascuno Stato deve costituire un Consiglio superiore della magistratura o altro organo specifico,… indipendente dai poteri esecutivo e legislativo.... Il Consiglio deve essere composto o esclusivamente da magistrati, o quantomeno da una maggioranza sostanziale di magistrati eletti dai loro pari». Così si legge al punto 13 della Magna Carta dei giudici (Principi fondamentali), adottata il 17 novembre 2010 dal Consiglio Consultivo dei Giudici Europei del Consiglio d'Europa, https://wcd.coe.int. Per un commento, nella letteratura italiana, cfr. V. Maiello, *Il potere e i diritti nei chiaroscuri della Magna Carta dei giudici*, in *Criminalia*, 2010, p. 559 ss. Una posizione meno radicale rispetto a quella espressa dalla Magna Carta emerge invece dalla Raccomandazione CM / Rec (2010) 12, *Sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità*, adottata il 17 novembre 2010 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa; la Raccomandazione, al punto 27, recita infatti: «Almeno la metà dei membri» dei Consigli superiori della magistratura «devono essere giudici scelti da parte dei loro colleghi di tutti i livelli del sistema giudiziario e nel rispetto del pluralismo all'interno del sistema giudiziario».

4. Cfr. Relazione, cit., p. 10.

4 Crisi della divisione dei poteri

Autonomia e indipendenza dei magistrati del pubblico ministero, se nel progetto governativo non vengono meno del tutto, appaiono fortemente erose rispetto al passato.

Ne dà atto la Relazione al d.d.l., che rivendica anzi il merito di «*superare definitivamente quelle concezioni e prassi soggettivistiche che hanno dato luogo a una vera e propria 'frammentazione' della funzione requirente, nella quale il singolo magistrato, attraverso la libera ricerca della notizia di reato e la diretta disponibilità della polizia giudiziaria, può disporre degli strumenti investigativi (compresi quelli più invasivi, complessi e costosi), senza doverne commisurare l'utilizzo a criteri predeterminati di esercizio dell'azione penale e senza tener anche conto delle risorse, necessariamente limitate, dell'organizzazione giudiziaria*»[5].

A proposito, poi, dei 'nuovi' Consigli superiori della magistratura, nella dottrina costituzionalistica, in un commento a 'caldo', si è sottolineato che «*la nuova composizione dei Consigli superiori sia giudicanti sia dei PM in realtà è ormai così spostata sull'elemento parlamentare che incide sull'indipendenza e sulla inamovibilità*» dei magistrati[6]; mentre un altro costituzionalista ha osservato: «*Si alzano i numeri delle persone scelte dalla politica. Bisogna aumentare il tasso di separazione e non di dipendenza dalla politica*»[7]. In effetti, le nuove regole, potenziando la componente di nomina parlamentare, sembrano destinate a produrre un'accentuata 'politicizzazione' dei (due) CSM: si ridimensiona il ruolo delle correnti della magistratura, ma, nel contempo, si accentua quello dei partiti politici!

Ora, a mio avviso, dipendenza della magistratura dalla politica significa crisi di un connotato fondamentale dello stato di diritto: significa *crisi della divisione dei poteri*.

Il pensiero corre all'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1789): «*Un popolo che non riconosce i diritti dell'uomo e non attua la divisione dei poteri, non ha Costituzione*».

Ha scritto in proposito Valerio Onida: «*I rivoluzionari francesi non avevano in mente un concetto neutro*» di Costituzione, «*che voglia esprimere solo la natura fondamentale e costitutiva di certe regole rispetto all'organizzazione della società*»; «*volevano affermare i diritti degli individui verso le autorità e stabilire le regole in base alle quali le autorità avrebbero dovuto esercitare il loro potere: non più un potere assoluto, concentrato sulla persona del sovrano, anche se esercitato, per suo conto e in suo nome, e sotto il suo controllo, da molteplici autorità, ma un potere regolato e suddiviso fra più autorità. Appunto, la divisione dei poteri*»[8].

5 La selezione dei 'reati prioritari'

Circa la disciplina dell'*esercizio dell'azione penale,* il 'nuovo' art. 112 Cost., subordinando l'obbligo relativo, in capo al pubblico ministero, ai «*criteri stabiliti dalla legge*», potrebbe contenere un mero pleonasmo, limitandosi ad avallare l'attuale assetto normativo. I criteri per l'esercizio dell'azione penale potrebbero essere quelli già oggi dettati dall'art. 50 c.p.p. (nonché dagli artt. 405 comma 1 c.p.p., 408 comma 1 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p.), che impongono l'esercizio dell'azione penale solo quando, all'esito delle indagini preliminari, la *notitia criminis* non appaia infondata: risulti cioè idonea a sostenere l'accusa il giudizio. Come ha sottolineato la Corte costituzionale, in effetti, nel diritto vigente «*l'obbligo di esercitare l'azione penale sorge solo se sia stata verificata la mancanza dei presupposti che rendono doverosa l'archiviazione, che è, appunto, non*

5. Cfr. Relazione, cit., p. 8.
6. Così F. Lanchester, in *Riforma della Giustizia: le opinioni di giuristi e costituzionalisti sulle proposte del Governo*, http://notizie. radicali.it/articolo/2011-03-17/ editoriale.
7. S. Ceccanti, *ibidem*.
8. V. Onida, *La Costituzione*, 2004, p. 8.

esercizio dell'azione penale (art. 50)»[9]

Non è questo, però, l'intendimento del riformatore 'epocale'. Che i 'criteri stabiliti dalla legge' vadano ricercati altrove rispetto alle citate disposizioni processuali, emerge sia dalla Relazione, sia da una dichiarazione del Ministro della Giustizia, resa nel corso della conferenza stampa seguita al Consiglio dei Ministri del 10 marzo 2011.

Già la Relazione[10] chiarisce che i criteri per l'esercizio dell'azione penale potranno essere stabiliti da una legge futura che – ovviamente, sulla base di «*particolari esigenze storiche, sociali o economiche*»: non già sulla base di conclamati interessi di parte! – imponga di dare «*prioritaria trattazione ad indagini concernenti determinati reati*».

Indicazioni ancora più esplicite sono poi venute dal Ministro della Giustizia. «*Oggi* – ha detto Alfano – *il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, per tutti i reati. La riforma mantiene l'obbligo, ma l'azione penale sarà esercitata secondo un ordine di priorità stabilito dalla legge, in funzione dell'allarme sociale*». «*Ciò non significherà*» – ha aggiunto – «*che quello che non è previsto nelle priorità non sarà perseguito, ma si partirà prima dalle priorità, poi, essendoci tempo, si farà tutto il resto. Il giudice che ha la possibilità di perseguire tutti i reati lo fa, in caso contrario non sceglie a sua discrezione cosa perseguire, ma secondo i criteri di legge*»[11].

Cade il velo, dunque, che occultava la natura dei criteri che verranno indicati dalla legge ai magistrati del pubblico ministero: si indicheranno delle *priorità* e il parametro-guida sarà quello dell'*allarme sociale*. Altra cosa, dunque, rispetto alla gravità del reato, espressa dalle comminatorie legali di pena: un criterio, quello dell'allarme sociale, altamente manipolabile, di matrice eminentemente emotiva, che metterà nel fuoco della repressione penale, verosimilmente, accanto a reati molto gravi, soprattutto la criminalità 'da strada'; in ogni caso, un criterio in grado di legittimare cospicue deviazioni rispetto alla scala legale di gravità dei reati.

6 Obbligatorietà dell'azione penale e giurisprudenza costituzionale

Ancora a proposito dell'*obbligatorietà dell'azione penale*, nonché a proposito dei rapporti tra obbligatorietà dell'azione penale e divisione dei poteri, mi richiamo, nuovamente, all'insegnamento della *Corte costituzionale*.

«*L'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero... è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale*»; sicché l'azione è attribuita a tale organo «*senza consentirgli alcun margine di discrezionalità nell'adempimento di tale doveroso ufficio*»[12].

«*Più compiutamente: il principio di legalità (art. 25, secondo comma), che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale. Realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero. Questi è infatti, al pari del giudice, soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) e si qualifica come "un magistrato appartenente all'ordine giudiziario collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere", che "non fa valere interessi particolari ma agisce*

9. Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88, in *Giur. cost.*, 1991, p. 586 ss., in particolare p. 591.
10. Cfr. Relazione, cit., p. 13.
11. Cfr. www.governo.it /GovernoInforma/Dossier/giustizia_riforma.
12. Corte cost. 84/1979, cit. in Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., in *Giur. cost.*, 1991, p. 590.

esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge"[13]. *Il principio di obbligatorietà è, dunque, punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, talché il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo*»[14].

Così si esprime, in termini generali, senza riferimento alla riforma Berlusconi–Alfano, un'autorevole dottrina: «*Obbligo dell'azione penale significa che il PM non può scegliere discrezionalmente se avviare o meno l'azione in relazione al tipo di reato, ma è tenuto a intraprendere la sua azione sempre e comunque in presenza di una* notitia criminis *dotata di un certo fondamento. In questo modo la Costituzione vuole evitare che l'attivazione della giurisdizione penale sia condizionata da scelte in favore di qualcuno o contro qualcun altro*»: vuole quindi che «*sia caratterizzata dall'imparzialità*»[15].

7

Le spinte al temperamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale

Bisogna dare atto, d'altra parte, che non mancano, oggi, *fattori di crisi del principio di obbligatorietà dell'azione penale*, che suggeriscono una riflessione su possibili temperamenti di quel principio: tanto più che il panorama internazionale mostra, da tempo, una tendenza al superamento del dualismo tra sistemi improntati all'obbligatorietà e sistemi improntati alla discrezionalità dell'azione penale, a favore di sistemi ibridi, connotati da svariate contaminazioni tra l'uno e l'altro modello[16].

Il principale fattore di crisi del principio di obbligatorietà viene individuato nell'impossibilità, per i magistrati del pubblico ministero, di perseguire tutti i reati dei quali abbiano notizia[17]. Ne consegue che, di fatto, la selezione viene compiuta secondo taciti criteri di priorità elaborati dal singolo sostituto procuratore, ovvero, talora, secondo criteri esplicitati in circolari diramate da questo o da quel procuratore generale[18]. Una disciplina – quella dettata dall'art. 112 Cost. – diretta a garantire l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge rischierebbe così di produrre l'effetto opposto, la diseguaglianza, nei rapporti tra le diverse circoscrizioni giudiziarie.

Paventando scelte politiche rimesse ai magistrati del pubblico ministero, alcune voci auspicano che sia il Parlamento a dettare dei criteri di priorità, secondo una linea già sperimentata ad altro proposito – in relazione cioè alla formazione dei ruoli di udienza e alla trattazione di processi – con l'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p., introdotto con il 'pacchetto sicurezza 2008'[19]. L'individuazione dei reati prioritari verrebbe così affidata ad un organo dotato di legittimazione democratica[20]; sarebbe inoltre garantita una parziale uniformità di criteri (non un'uniformità totale: basti considerare i problemi interpretativi e applicativi proposti dal citato art. 132 *bis* disp. att. c.p.p.)[21]; per altro verso, la riforma costituzionale della giustizia produrrebbe – anche su questo piano – un brusco *riassetto dei rapporti tra politica e magistratura*, altamente problematici da circa vent'anni a questa parte.

8

Circa un eventuale, parziale ripensamento dell'obbligatorietà dell'azione penale, è in definitiva legittimo che si fronteggino opinioni diverse.

A tale dibattito, lo studioso del *diritto penale sostanziale*, intrecciando un dialogo

13. Sentenze nn. 190/1970 e 96/1975, cit. in Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., *ibidem*.
14. Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., *ibidem*.
15. R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, VII ed., 2006, p. 266.
16. In questo senso, L. Luparia, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1751 ss.
17. Cfr. Relazione, cit., p. 13.
18. In proposito, anche con riferimento alle c.d. circolari Zagrebelsky e Maddalena, diramate dalla Procura Generale di Torino, cfr. A. Peri, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive* de iure condendo*: un quadro ricognitivo,* www.forumcostituzionale.it.
19. In proposito, cfr. per tutti A. Barazzetta, in AA.VV., *"Decreto-sicurezza": tutte le novità*, 2008, p. 139 ss.
20. Sottolineano, tra gli altri, questo aspetto, N. Zanon, F. Biondi, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, cit., p. 162.
21. Cfr. C. Papagno, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., 2010, vol. III, *sub* art. 132 *bis* disp. att. c.p.p., p. 8604 ss.

Obbligatorietà dell'azione penale e cifra nera

ideale con lo studioso del processo e con il costituzionalista, può fornire un *contributo*, dal suo peculiare angolo di osservazione.

Una prima considerazione riguarda l'impossibilità per i magistrati di accertare tutti i reati dei quali abbiano notizia. Si tratta di uno specifico profilo del fenomeno della *cifra nera* (o cifra oscura)[22], che riguarda, in una delle svariate accezioni della formula, lo scarto tra i reati accertati e puniti (con sentenza definitiva) e i reati effettivamente commessi: un fenomeno non certo esclusivo della realtà italiana odierna, con il quale da sempre un legislatore consapevole deve misurarsi, prestandovi particolare attenzione quando, in relazione a singole forme di criminalità, la cifra nera raggiunga livelli anomali, e come tali patologici. Che vi sia una quota di reati che sfugge all'accertamento del giudice, invece, è di per sé normale e fisiologico.

9 Nuove aspettative di impunità

Ciò premesso, la mia attenzione si concentra sull'impatto che la disciplina dell'esercizio dell'azione penale ipotizzata nel d.d.l. produrrebbe sulla *funzione generalpreventiva della pena*[23].

Circa le *condizioni* perché la pena possa produrre un effetto di prevenzione generale, già Cesare Beccaria sottolineava la preminente importanza del fattore *certezza* rispetto al fattore severità: affermava Beccaria che la speranza dell'impunità è in grado di vanificare l'impressione prodotta dal più terribile dei castighi[24].

Quasi due secoli dopo, l'ipotesi lucidamente formulata da Beccaria trovava puntuali conferme sul piano empirico. Diverse indagini sull'efficacia della pena di morte, condotte negli USA nel secolo scorso, mostrano tassi di omicidio più elevati in quegli Stati, o in quei periodi di tempo, in cui la legislazione contempla la pena di morte: e la dottrina spiega questo dato (anche) con il minore grado di certezza che caratterizza la pena di morte. Alcuni studiosi arrivano anzi ad ipotizzare una generale correlazione negativa tra severità e certezza della pena. In ogni caso, risulta che l'effetto deterrente della pena dipende in misura decisiva dal suo grado di certezza e che gli *effetti deterrenti della severità sono rilevabili solo in corrispondenza di alti livelli di certezza*[25].

Oggi, nel nostro ordinamento, il potenziale autore di reati può coltivare, all'opposto, ampie *aspettative di impunità*, alimentate da fattori molteplici[26]: tra gli altri, prescrizione accelerata (a partire dal 2005, per effetto della legge *ex* Cirielli: una linea di tendenza che è ben lungi dall'essere esaurita…), patteggiamento, pene limitative della libertà personale prive di effettività – in quanto sulla loro esecuzione non viene esercitato nessun controllo –.

Una periodica, *formale indicazione da parte del Parlamento* di *priorità nella scelta dei reati da perseguire* significherebbe un ulteriore *messaggio di rassicurazione per gli autori di reati 'non prioritari'*[27]: a costoro si garantirebbe, nella sostanza, che i loro crimini

22. Cfr. per tutti G. Forti, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su cifre nere e funzione generalpreventiva della pena*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, p. 53 ss.: l'A. segnala, fra l'altro, le molteplici accezioni della formula 'cifra nera', che, in dottrina, viene ora riferita alle sole ipotesi in cui il reato commesso è rimasto del tutto ignoto, ora anche alle ipotesi in cui il reato è stato scoperto, ma ne è rimasto ignoto l'autore, ovvero, ancora, come si è detto, a tutte le ipotesi in cui non si è pervenuti ad una condanna.

23. La Relazione al d.d.l. contiene un cenno – tanto rapido, quanto poco persuasivo – ai rapporti tra criteri per l'esercizio dell'azione penale e prevenzione generale dei reati: secondo la Relazione, proprio l'attuale assetto normativo, caratterizzato dal rango costituzionale del principio di obbligatorietà dell'azione penale, non consentendo che la legge ordinaria intervenga per rendere più omogeneo l'esercizio dell'azione penale, produrrebbe ripercussioni negative sul piano della prevenzione generale. Cfr. Relazione, cit., p. 13.

24. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ed. a cura di F. Venturi, 1981, § XXVII, p. 59 s.

25. Cfr. E. Dolcini, *La commisurazione della pena, La pena detentiva*, 1978, p. 242 ss.

26. Tra i molti, cfr. E. Dolcini, *Il castigo sia moderato ma certo*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, 2002, p. 31 ss.; Id., *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 95 ss.; Id., *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 569 ss.

27. Parte della dottrina ritiene che l'efficacia della norma penale (*id est*, se ben intendo, il suo effetto di prevenzione generale) sarebbe compromessa solo se i criteri di priorità dichiaratamente aprissero la porta a valutazioni di opportunità da parte dei magistrati del pubblico ministero: in questo senso, cfr. N. Zanon, F. Biondi, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, cit., p. 161. A mio avviso, si tratta invece di un profilo marginale del problema: decisivo, invece, è che si eviti di trasmettere ai potenziali trasgressori della norma un messaggio di pressoché sicura impunità.

non verrebbero mai puniti! A maggior ragione, se 'non prioritari' fossero reati già oggi solo sporadicamente repressi nella prassi (un esempio: il falso in bilancio): per tali reati l'effetto di prevenzione generale della pena tenderebbe a zero. Se anche il più solerte, e meno oberato, tra i magistrati del pubblico ministero, una volta smaltiti i reati 'prioritari', si volgesse a quelli 'non prioritari', in ogni caso il suo attivismo verrebbe frustrato dalla prescrizione.

Va sottolineato, d'altra parte, che la direzione in cui sembra muovere la riforma costituzionale della giustizia, in tema di obbligatorietà dell'azione penale, si sostanzia in una vera e propria *'depenalizzazione' di fatto* di una serie di figure di reato[28]. Nulla a che vedere con i correttivi all'obbligatorietà dell'azione penale previsti, ad esempio, in Germania al § 153*a StPO*[29] o con i meccanismi deflattivi contemplati, nel nostro ordinamento, nella giustizia penale del giudice di pace[30], che si connotano, gli uni e gli altri, per un duplice sforzo: a) individuare *ipotesi di lieve entità*, o di entità medio-bassa – tali, sia in astratto, sia in concreto – e per quelle sole ipotesi rinunciare all'esercizio dell'azione penale, o comunque rinunciare all'inflizione della pena; b) far salvi gli interessi della *persona offesa dal reato*, attraverso meccanismi di ricomposizione tra autore e vittima, in grado di garantire, in ultima analisi, le esigenze della prevenzione generale dei reati.

10 Ancora in tema di prevenzione generale

La dottrina segnala da tempo che gli *effetti di prevenzione generale* della pena sono *diversi,* anche molto diversi, a seconda dei *tipi di reato*[31]: effetti minimi per reati che vengono commessi in condizioni di forte tensione emotiva (ad esempio, reati sessuali), massimi per reati che, invece, vengono commessi a mente fredda, talora a seguito di un vero e proprio calcolo 'costi-benefici' (ad esempio, criminalità degli affari). Se tra i reati 'non prioritari' si dovessero annoverare i *reati economici*, o alcuni reati economici – il pensiero corre, inevitabilmente, a quel poco che resta dei reati societari – quali effetti ci si potrebbero attendere in ordine all'efficacia generalpreventiva delle norme che prevedono quei reati?

È noto che l'effetto deterrente della pena dipende non tanto dall'oggettivo grado di certezza della sua inflizione, quanto dal grado di *certezza percepita* dai destinatari della norma[32]. Lo confermano i dati relativi all'impatto prodotto nel breve periodo da riforme legislative (che prevedano nuove incriminazioni o pene più severe) sulle quali si concentra l'attenzione dai mezzi di comunicazione di massa: spesso si produce uno spiccato effetto deterrente, non di rado correlato ad una sopravvalutazione del rischio di essere scoperti e puniti. Quando poi quella percezione si attenua, i tassi di reato tornano a salire.

Ora, una *legge* che periodicamente segnalasse i *reati 'prioritari'* avrebbe, probabilmente, una forte risonanza nella società: potrebbe produrre, magari, un'accentuata percezione della certezza della pena per alcuni tipi di reato (quelli 'prioritari'), ma nel contempo produrrebbe un'altrettanto *accentuata aspettativa di impunità* per altri tipi di reato (quelli 'non prioritari').

11

Se queste considerazioni hanno qualche fondamento, se davvero la rimodulazione dell'obbligo di esercizio dell'azione penale formulata dal d.d.l. prospetta costi elevati in

28. Contro questo rischio, correlato alla formulazione di linee guida per la selezione dei reati da perseguire, v. L. Luparia, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, cit., p. 1758.
29. Fondamentale, nella letteratura italiana, C. E. Paliero, "Minima non curat praetor", *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, 1985, p. 472 ss.
30. Per tutti, cfr. L. Picotti, G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, 2002.
31. E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., p. 245.
32. Cfr. E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., p. 247 ss.

Riforma della giustizia o punizione dei magistrati?

termini di prevenzione generale dei reati, non si può fare a meno di domandarsi perché mai la maggioranza parlamentare sia disposta a pagare un tale prezzo.

Non è probabile, a mio avviso, che si tratti soltanto della volontà di riequilibrare l'architettura costituzionale, secondo la logica espressa dall'art. 111 comma 2 Cost., a norma del quale «*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale*».

Una più attendibile chiave di lettura può essere individuata, all'interno dello sterminato florilegio dei virulenti attacchi mossi alla magistratura dal Presidente del Consiglio, in alcune sue dichiarazioni rese già prima di quest'ultima fase, in cui il *leader* del *Partito dell'amore* apostrofa di frequente i magistrati ora come *brigatisti*, ora come *cancro della società*. Cito il resoconto di un discorso pronunciato dal Presidente Berlusconi nello scorso gennaio: «*Il Cavaliere, in un… videomessaggio ai Promotori della libertà, non 'rispetta' il testo sbobinato e invece di invocare una 'adeguata reazione' parla di una* 'punizione' *per i magistrati. Il Presidente del Consiglio… sfrutta il videomessaggio per un affondo durissimo: i pm di Milano in 'violazione' dei 'più elementari principi costituzionali' e, in particolare contro i testimoni, hanno usato 'una procedura irrituale e violenta indegna di uno stato di diritto che non può rimanere senza una adeguata* punizione'»[33].

Per bocca dello stesso on. Berlusconi, la 'punizione' sarà attuata con la riforma della giustizia. Così ha proseguito, infatti, e ha concluso il Presidente del Consiglio: «*Io sono sereno; il Governo continuerà a lavorare e il Parlamento farà le riforme necessarie per garantire che qualche magistrato non possa più cercare di far fuori illegittimamente chi è stato eletto dai cittadini*».

12

"Ci saremmo risparmiati Mani pulite"

In conclusione. La riforma costituzionale della giustizia sembra ispirata da una volontà punitiva nei confronti dei magistrati, soprattutto dei magistrati del pubblico ministero: una 'vendetta' per la cui attuazione il sistema della giustizia penale pagherebbe un prezzo elevato in termini di prevenzione generale dei reati.

Né si tratterebbe del primo sacrificio imposto, in questi anni, alle esigenze della prevenzione generale: è possibile, anzi, che quelle esigenze vengano nuovamente sacrificate nel prossimo futuro, attraverso l'esplosivo miscuglio di 'processo lungo'[34] e 'prescrizione brevissima' (per i non recidivi)[35], che si sta preparando – con lo strumento della legge ordinaria – nel sempre attivo 'laboratorio dell'impunità'.

D'altra parte, che alla base della riforma costituzionale della giustizia aleggi uno spirito punitivo, è stato ripetutamente smentito dal Ministro Alfano, il quale già alcuni mesi fa affermava: «*La nostra riforma della giustizia non avrà nessuna istanza di ritor-*

33. Cfr. *Ruby, Berlusconi: "Punire i Pm". Casini: "Ora basta con le minacce"*, 20 gennaio 2011, http://notizie.tiscali.it.

34. Così si è letto, ad esempio, su *La Repubblica* del 7 aprile 2011, p. 14, sotto il titolo *Senato, arriva il "processo lungo". Camera, battaglia sulla prescrizione breve*: «A Palazzo Madama…, in Commissione Giustizia viene approvato l'emendamento del capogruppo Pdl, Franco Mugnai, al disegno di legge leghista sul 'giudizio abbreviato' che allunga di fatto senza limiti il processo. Perché consente alla difesa di presentare elenchi di testi 'infiniti', prolungando così i procedimenti fino all'inevitabile prescrizione. Non solo. Prevede che una sentenza passata in giudicato non possa più considerarsi prova definitiva in un processo». Il riferimento è al Disegno di legge AS n. 2567, intitolato Modifiche all'art. 438, 442 e 516 e introduzione dell'art. 442 *bis* c.p.p. Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo, Lussana e altri, trasmesso alla Presidenza del Senato il 18 febbraio 2011. Per il testo dell'emendamento Mugnai, approvato dalla Commissione Giustizia del Senato, v. www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=ListEmendc&leg=16&id=00036439&stampa=si&toc=no.

35. Cfr. Disegno di legge AS 1880-B, Disposizioni in materia di spese di giustizia, danno erariale, prescrizione e durata del processo, Gasparri e altri, trasmesso alla Presidenza del Senato il 14 aprile 2011, art. 3 comma 1: «All'articolo 161 del codice penale, il secondo comma è sostituito dal seguente: "Salvo che si proceda per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, del codice di procedura penale, in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più di un sesto del tempo necessario a prescrivere, di un quarto nel caso di cui all'articolo 99, primo comma, della metà nei casi di cui all'articolo 99, secondo comma, di due terzi nel caso di cui all'articolo 99, quarto comma, e del doppio nei casi di cui agli articoli 102, 103 e 105"». Un netto giudizio critico su questa proposta in tema di prescrizione breve è venuto lo scorso 6 aprile dal Consiglio Superiore della Magistratura, attraverso una risoluzione il cui testo può leggersi in www.penalecontemporaneo.it/area/3-societa. Altrettanto netta la critica espressa in un appello redatto dal prof. Giorgio Marinucci e sottoscritto da oltre 90 docenti di diritto penale: cfr. *Appello contro la prescrizione "breve": ennesima certezza di impunità*, 15 aprile 2011, *ibidem*.

sione nei confronti della magistratura, come la sinistra afferma pregiudizievolmente»[36].

Su questo punto, però, come si è visto, si profila un singolare contrasto tra il Capo del Governo e il Ministro della Giustizia (nonché, ora, segretario politico del Pdl). Per una volta, il Presidente Berlusconi appare invece in perfetto accordo con il presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati, Luca Palamara, per il quale la riforma in gestazione ha i connotati di «*una riforma punitiva…, di una riforma contro i giudici*»[37].

Se ciò fosse vero, anche la decantata riforma 'epocale' della giustizia rivelerebbe però uno spiacevole retrogusto di legge *ad personam*: una legge costituzionale finalizzata non già a risolvere problemi inerenti a questo o a quel processo che veda coinvolto il Presidente del Consiglio (tale scopo viene e verrà perseguito, se non muterà il quadro politico, con il più agile strumento della legge ordinaria), ma pur sempre volta a far 'giustizia' (se la metafora non risulta fuori luogo…) dei torti, veri o presunti, personalmente sofferti dallo stesso Presidente.

Agli occhi del Presidente del Consiglio, se la riforma 'epocale' ha un torto, è quello di arrivare tardi: se fosse stata attuata prima, se prima – vent'anni fa – si fosse cioè provveduto a neutralizzare la magistratura, bloccandone le velleità di accertare e punire reati commessi da vasti settori della dirigenza politica, *ci saremmo risparmiati Mani Pulite*. Così si è espresso Silvio Berlusconi lo scorso 10 marzo, presentando la riforma 'epocale'[38]: un rilievo che illumina, con straordinaria efficacia, spirito e scopi della riforma.

13 Avvocati e legislatori

Un cenno, e finisco, al tema della *separazione delle carriere*.

A proposito della separazione tra la carriera dei magistrati giudicanti e la carriera dei magistrati inquirenti, credo che si possa discutere non poco, con buoni argomenti in un senso e nell'altro.

Non avrei dubbi, invece, in merito alla necessità di separare altre carriere: *la carriera degli avvocati e la carriera dei legislatori*[39].

Per frutta e ortaggi, è auspicabile il massimo di vicinanza tra produttore e consumatore: ciliege e insalata, dunque, 'a chilometri zero'.

Non così per le leggi: un'accentuata vicinanza tra produttore e consumatore – tra produttore e 'utilizzatore finale' – non rende, a mio avviso, un buon servizio al Paese.

36. *Berlusconi: "Riforma pronta, vogliamo accordo"*, 20 ottobre 2010, www.repubblica.it.
37. *Giustizia: ANM, riforma per punire i giudici*, 10 marzo 2011, www.ansa.it.
38. Cfr. www.ilpopolodellaliberta.it/notizie/20204/berlusconi-il-giusto-processo-e-un-diritto-dei-cittadini.
39. Cfr. M. Travaglio, *AAA Lodo offresi prezzo trattabile*, in *Il Fatto quotidiano*, 6 novembre 2009, ora in M. Travaglio, *Colti sul Fatto*, 2010, p. 82 ss.

Carlo Enrico Paliero

Il 'nuovo' statuto dell'accusa penale

0

La mia riflessione in merito al Disegno di legge costituzionale "Alfano" si concentra sulla riforma dello 'statuto' della Pubblica Accusa: d'altra parte, è questo - mi sembra incontestabile - il target principale cui la 'ordita riforma' (per dirla con Alberto Crespi) appare orientata.

1

Su questo tema (ma il discorso potrebbe forse estendersi agli altri 'capitoli' del progettato intervento) a prima vista si constata un'apparente superficialità di azione, quasi che la riforma, se davvero tale, avesse natura volutamente epidermica. La novellazione non è radicale, ma 'a intarsio': qualche inciso aggiunto, un termine sostituito a un altro, apparentemente sinonimico, alcune varianti puramente lessicali; laddove la modifica è più di sostanza, strutturale (v. il 'nocciolo', rappresentato dalla messa in atto della separazione, vero logo politico dell'intervento legiferativo) l'impianto congegnato sembra addirittura gattopardesco – duplicazione sinottica di organismi e di statuti, in apparenza destinati (gli uni e gli altri) a correre semplicemente in parallelo, dopo lo snodo duplicante, immutati nelle prerogative e nelle strutture organizzativo-istituzionali.

Impressione, dunque, di una mera cosmesi, che può effettivamente trovare conforto da una lettura (segnatamente, da una *prima* lettura) del testo normativo; ma che verrebbe immediatamente corretta e smentita dal confronto sinottico fra *corpus legis* e *relazione*.

Per solito, la seconda è fedele esplicazione del primo. Non in questo caso: la Relazione qui *integra* il contenuto normativo (volutamente mantenuto *in nuce*) sviluppandone tutte le inespresse potenzialità, sia pure *de futuro* e *in progress* – e lo fa, essenzialmente, attraverso l'esplicitazione *sincera* (per ingenuità o spregiudicatezza, lo lascio decidere al lettore) del *finalismo eversivo* (rispetto all'attuale statuto costituzionale della potestà punitiva pubblica) che muove la riforma.

La visione sinottica delle due componenti (Testo – Relazione) sfata allora l'illusione del semplice *maquillage* organizzativo, per confermare piuttosto la realtà di una vera e propria plastica facciale orientata a stravolgere il 'volto costituzionale' della Accusa Penale, nei suoi connotati identificativi, storici e politico-istituzionali.

Per legittimare siffatta conclusione sono però indispensabili due premesse, l'una di carattere generalissimo – per così dire, politico-istituzionale –; l'altra, più specifica, di tipo tecnico-normativo.

1.1

La prima.

L'attuale quadro politico-istituzionale, orientato a un modello di bipartitismo imperfetto, se non anomalo, segnatamente in ragione del sistema elettorale vigente (il dileggiato '*porcellum*'), unitamente a ragioni socio-storiche più ampie e risalenti ('morte' delle ideologie, crisi dei partiti tradizionali e dei loro sistemi di *governance*) rendono di fatto (quanto meno) *possibile* una completa sovrapposizione/identificazione fra esecutivo e legislativo. Il governo, attraverso la sua maggioranza, è così in grado di promulgare qualsiasi legge ritenga discrezionalmente di proporre; se a ciò si aggiunge la possibilità, garantita dal vigente modello esclusivamente cooptativo di scelta dei candidati da far eleggere, di modellare paradigmi di *governance* fortemente dirigistici (e verticistici), se

non addirittura di tipo carismatico-padronale, all'interno di strutture partitiche costruite 'dall'alto' ('partito-azienda'), il potere (l'arbitrio) legiferativo dell'esecutivo (e, in ultima analisi, del suo *leader*: una versione tecnocratica del *Führungsprinzip*?) diviene assoluto ed inarginabile.

Voglio dire, per paradosso, che qualsiasi prodotto legislativo diventa possibile per un vertice che possa governare queste leve nella manovra di un parlamento così modellato; se, per estremo paradosso, una *leadership* volesse far accreditare per le relazioni diplomatiche il regno dell'antico Egitto, dichiarandone al contempo legittima sovrana la regina Cleopatra, il quadro istituzionale (materiale) sopra descritto non lascia escludere (parlo sempre per paradosso!) che una maggioranza parlamentare possa approvare, compatta, una simile (o analoga) follia.

1.2

Una seconda premessa è parimenti essenziale, e riguarda la tecnica normativa adottata.

L'impianto precettivo, segnatamente nella parte qui in osservazione, è costellato da *norme in bianco*; meglio, da schemi aperti, veri e propri *offene Tatbestände*, forniti di una clausola di *delega espressa* e *in bianco* al legislatore ordinario per l'integrazione concreta della regola fissata, a livello costituzionale, in termini generalissimi, 'neutri', o quanto meno ambigui: 'aperti', appunto a *diverse* soluzioni concrete fra loro anche significativamente divergenti sotto il profilo tecnico e giuspolitico.

Ne consegue, di fatto, una – *voluta* – de-costituzionalizzazione dello statuto, nella specie, della Accusa penale e quindi dello stesso potere punitivo statale, almeno nella fase – essenziale - dell'esercizio dell'azione; abbandonato alla discrezionalità, nella sostanza insindacabile, del legislazione ordinario – di un legislatore, per di più, la cui autonomia dall'esecutivo, per le ragioni appena esposte, non è allo stato predicabile.

Ma dal momento che l'impianto normativo in questo caso rispecchia, della diade *dworkiana*, più il paradigma delle *regole* che quello dei *principî*, la conseguenza finale risulta inevitabile: venendo meno un parametro costituzionale *specifico* della disciplina, il controllo di legittimità della Corte avrà come unico parametro di riferimento, rispetto alla *regola*, la sola legge *ordinaria*. Con il mero supporto, a livello *costituzionale*, dei 'massimi' *principî* (di ragionevolezza, *et similia*) facili in fondo da rispettare, da parte di un legislatore cui la Carta ha affidato una delega in bianco, in un'opera di rifondazione, che può essere anche radicale, degli assetti istituzionali e giuspolitici dell'Accusa penale.

Ecco perché in questo caso la Relazione supera e fa aggio sul Testo, ed a questa essenzialmente ci si dovrà attenere nell'analisi e nella valutazione: perché espressiva della (unica) *autentica* – ancorché *in fieri* – *voluntas legis* al contempo 'ordinaria' e 'costituzionale'.

2

Sullo statuto della Accusa penale e della sua incorporazione funzionale tipica, il Pubblico Ministero, continuano a incombere, nel nostro ordinamento, due sorte di pregiudiziali, rappresentative di autentici *taboo*, o, se si preferisce, feticci ideologici:

(a) il dogma della *obbligatorietà* (dell'azione);

(b) il mito della *separazione* (degli statuti giudiziari).

Si tratta in larga misura di falsi problemi, fra l'altro tra loro non necessariamente connessi: è curioso tuttavia che il Progetto di riforma li intrecci in un unico nodo, reputato evidentemente strumento adatto a una revisione radicale (*eversiva*, appunto) del modello giurisdizionale vigente.

2.1

In una prospettica comparatistica, sia *verticale* (storico-cronologica) sia *orizzontale* (gius-spaziale), la sistematica dell'Accusa penale presenta due distinti e alternativi *paradigmi* che – almeno *tendenzialmente* – si articolano in due differenti "sequenze obbligate" formate da rispettivi elementi fra loro alternativi, e anzi contrapposti.

In particolare, al paradigma-sequenza:

- *obbligatorietà* (dell'azione) → *indipendenza* (dell'organo) → *personalizzazione* (della funzione)

si contrappone l'alternativo:

- *discrezionalità* (dell'azione) → *dipendenza* (dell'organo) → *burocratizzazione* (della funzione).

A loro volta: la prima diade alternativa (*obbligatorietà* vs *discrezionalità*) tende a fungere da pregiudiziale e – almeno in una ricostruzione storico-funzionalistica, *a posteriori* – da fattore condizionante le diadi successive. Vincolato direttamente alla *legge* nelle scelte d'azione e di iniziativa, il pubblico ministero può mantenere la sua *indipendenza* dagli altri poteri e agire senza vincolo di gerarchia, responsabile *personalmente* delle proprie scelte. Viceversa, la *discrezionalità* dell'esercizio dell'azione penale 'costringe' tendenzialmente il sistema a irrigidirsi nella struttura, imponendo la *dipendenza gerarchica* del pubblico ministero e il controllo (e la responsabilizzazione) *burocratico* delle scelte: non agisce (e non risponde) più personalmente il singolo funzionario ma *impersonalmente* l'*ufficio*.

Ancora: il primo paradigma proietta la figura dell'Accusa Pubblica entro lo schermo della *giurisdizione*; il secondo la incardina piuttosto nelle strutture – *amministrative* – dell'*esecutivo*.

Ora, il *secondo modello* ('discrezionale-dipendente-burocratico'), come ha ricordato perspicuamente *Massimo Nobili* in un suo saggio degli anni '80, ha prevalso nello spazio giuridico europeo continentale, a cavallo del secolo XIX, e, dopo la parentesi rivoluzionaria, come prodotto tipico del bonapartismo (oltre che come prodotto di esportazione). E si è, altresì, potuto constatare che, curiosamente, proprio questo modello, frutto, sia pure indiretto della rivoluzione borghese, presentasse sorprendenti attività con il sistema assolutistico, con le sue figure di '*substituts*' che nell'*ancien régime* erano andate a costituire il *parquet* come struttura centralistica e burocratizzata.

Diverso, come noto, il modello che nel tuttora vigente quadro costituzionale disegna il perimetro struttural-funzionale nel quale si inscrive l'azione dell'Accusa penale. Governato, *già a livello costituzionale*, da un congegno di *checks and balances* intrafunzionale: nel quale, almeno negli intenti dei Costituenti, il diretto *vincolo alla legge*, attraverso l'*obbligo tassativo* dell'azione, argina e bilancia l'*indipendenza* e, al contempo, esautora l'esigenza di un *controllo gerarchizzato* dell'azione stessa che si può consentire *personalizzata* sulla base, appunto, di una diretta *responsabilità* del singolo attore nei confronti della *legge* (in questo senso 'obbligatorietà' trova il suo sinonimo, nel lessico processualistico intereuropeo, in 'legalità' e il correlato principio viene letto come *pendant* rituale del *nullum crimen* sostanzialistico).

E' del tutto evidente il marcato orientamento alla *giurisdizione* che siffatta correlazione imprime all'Azione penale; ma qui si insinua, anche, l'equivoco relativo allo slogan 'separazione'; il 'pregio' dell'unitarietà dell'*humus* culturale che si traduce (o, almeno, *deve* – è un *soll*! – tradursi) nella unità della (macro)funzione socio-politica (fornire unitariamente il 'prodotto globale' '*giustizia*') è travisato nel 'vizio' della commistione dei ruoli (condizionare consociativamente il *singolo* prodotto giudiziario) .

Rimedio: separazione della sovrastruttura burocratica (le *carriere*) al fine di spezzare

l'*unità* (macro)*funzionale* differenziando gli statuti.

2.2

Altrettanto mistificante, sia pure per altro verso, è l'annoso dibattito sul presunto 'dogma' della obbligatorietà dell'azione penale.

Se ne è sopra descritta la 'ragion pratica', *rectius*, politica, di pre-condizione di garanzia (in quanto *vincolo alla legge*) alla *indipendenza* del pubblico ministero.

Se tale principio si volesse però predicare in termini di 'ragion pura' si incapperebbe proprio nell'aporia kantiana che ammonisce appunto che "*non può essere vero in teoria ciò che non è vero in pratica*".

In tempi non sospetti, e in un quadro giuridico-istituzionale – quello dell'*Austria felix* absburgica – rigidamente orientato al *Legalitätsprinzip*, uno studioso di diritto processualpenale già agli inizi del secolo scorso bollava il presunto dogma dell'obbligatorietà dell'azione penale come "*eine konventionelle Lüge*", una risaputa menzogna che si è tutti d'accordo di non smascherare.

Il fenomeno della *selezione* (della repressione dei fatti penalmente rilevanti) e lo "*schema ad imbuto*" che anche graficamente la rappresenta sono stati oggetto di concettualizzazione e di verifica empirica (trascurando gli studi pionieristici) quanto meno a far tempo dalla seconda metà del secolo scorso; e uno degli snodi fondamentali del relativo processo (del quale la 'cifra nera' rappresenta, per così dire, il 'negativo' fotografico) è proprio ravvisato nel meccanismo di esercizio dell'azione penale, una volta acquisita la *notitia criminis*; così come attore fondamentale dell'azione di *filtro* del penalmente perseguibile è rappresentato – unitamente alla *vittima* – dalla figura del *pubblico ministero*. *Qualunque ne sia* lo statuto e *qualunque sia* il paradigma sistemico nel quale di volta in volta si ambienta.

Acquisita, pertanto, all'analisi la *realtà prasseologica* della selezione delle *notitiae criminis*, e, conseguentemente, il certo *an* della ineliminabile *discrezionalità selettiva* caratterizzante l'Azione penale pubblica (non foss'altro che per ragioni *economiche*, di economia/capienza dei rispettivi (sub)sistemi), decisivo risulta il *quomodo* di siffatto processo.

Due infatti sono i possibili schemi d'azione della naturale funzione di filtro del pubblico ministero: qualitativo *versus* quantitativo.

Il primo si orienta inevitabilmente sui titoli di reato: dunque seleziona per 'classi' (o tipologie) di fenomeni criminali; il secondo opera sulle singole fattispecie concrete, 'ritagliando dal basso' i fatti meno lesivi o *tout court* bagatellari, ovvero quelli rispetto ai quali il *bisogno di pena* risulti *hic et nunc* (per ragioni anche solo *soggettive*) sensibilmente scemato.

Evidenti sono le rispettive implicazioni dei due diversi criteri di selezione.

Il primo, che potrebbe definirsi *para-legislativo*, può essere esclusivamente orientato da *rationes* politico-criminali 'centraliste', inevitabilmente *contingenti* e finalizzate dalla *strategia delle priorità* di volta in volta emergenti nel contesto socio-politico del momento.

Il secondo, invece, prettamente *giurisdizionale*, può essere razionalmente governato solo da *criteri generali* in qualche misura meta-storici, cioè basati su giudizi di valore, circa la concreta soglia del *bisogno di pena*, cristallizzati sulla base di un consenso sociale consolidato e sufficientemente stabile nel tempo.

Con due fondamentali corollari:

(a) il paradigma *qualitativo*, essendo nella sostanza *trascendente* al sistema (penale) costituito è (*diversamente* da quello *qualitativo*) *privo di trasparenza* quanto ai criteri di volta in volta seguiti nell'individuazione delle *priorità* – che corrispondono in ultima analisi a valutazioni puramente *politiche* – e di conseguenza non è razionalmente controllabile da istanze successive e superiori (segnatamente, in sede giurisdizionale);

(b) la selezione su base *qualitativa* quindi necessita di – o, quanto meno, rende inevitabile – un controllo *interno*, che non può che essere congegnato, per essere in qualche modo dominabile e dotato di un minimo di legittimazione, attraverso una struttura verticistica, di tipo gerarchico, la cui cuspide tenderà irresistibilmente, se vogliamo considerare la cosa con un minimo di realismo, a identificarsi con il potere esecutivo.

3

Se si prova a considerare il Progetto di riforma alla stregua del quadro sopra schizzato è facile constatare che *i conti tornano*.

Sulla base ovviamente, come enunciato, della sinossi Testo-Relazione.

Quanto al Testo: i punti qualificanti, dal mio angolo prospettico, sono rappresentati da due nuclei normativi essenziali:

(a) il nucleo costituito dall'art. 4 (sostitutivo dell'art. ***104 Cost.***), dall'art. 10 (modificativo dell'art. ***109 Cost.***) e dall'art. 13 (modificativo dell'***art. 112 Cost.***);

(b) il nucleo costituito essenzialmente dall'art. 5 (introduttivo degli ***artt. 104 bis*** e ***104 ter Cost***).

Quanto alla Relazione: veramente significativi risultano i passi seguenti:

(aa)

- "La discontinuità si manifesta sin dalla definizione del pubblico ministero come ufficio che fissa anche sul piano lessicale il connubio tra esercizio della funzione inquirenti e responsabilità; (…) l'ufficio del pubblico ministero rappresenta allora il nuovo soggetto capace di (…) superare definitivamente quelle concezioni e prassi soggettivistiche che hanno dato luogo a una vera e propria frammentazione della funzione requirente, nella quale il singolo magistrato, attraverso la libera ricerca della notizia di reato e la diretta disponibilità della polizia giudiziaria può disporre degli strumenti investigativi (…) senza doverne commisurare l'utilizzo a criteri predeterminati di esercizio dell'azione penale" (p. 8). [sub art. 4: grassetti aggiunti].

- "I magistrati del pubblico ministero assumono uno status costituzionale proprio, nel quale l'autonomia e l'indipendenza sono prerogative dell'ufficio requirente e non del singolo magistrato" (p. 6). [sub art. 4: grassetti aggiunti].

- "L'art. 10 del disegno di legge costituzionale interviene sul rapporto tra autorità giudiziaria e polizia giudiziaria; (…) l'insieme di queste norme (…) chiarisce che sul piano amministrativo e su quello organizzativo non vi può essere subordinazione della polizia giudiziaria alla magistratura.

Alla prima dovrà essere riconosciuta piena autonomia nell'attività di pre-investigazione che tende a verificare l'esistenza e l'evoluzione dei fenomeni criminali e che consiste nel ricercare e acquisire liberamente le notizie di reato attraverso ogni strumento di conoscenza e osservazione della realtà.

All'ufficio del pubblico ministero sono riservate invece, conformemente alla sua natura di autorità giudiziaria, le attività di carattere processuale relative alla valutazione dei risultati dell'investigazione alle richieste da presentare al giudice, all'esercizio dell'azione penale, alla funzione di accusa nel dibattimento " (p. 12) [sub art. 10: grassetto aggiunto].

- "Con la modifica dell'art. 112 Cost si stabilisce che, ferma l'obbligatorietà dell'azione penale, essa è regolata da criteri stabiliti dalla legge (…) particolari esigenze storiche sociali o economiche infatti possono indurre il legislatore a fissare criteri in forza dei quali ad esempio debba essere data prioritaria trattazione ad indagini concernenti determinati reati" (p. 13) [sub art. 10: grassetto aggiunto].

(bb)

- "I componenti del Consiglio superiore della magistratura giudicante e della magistratura requirente sono nominati per metà dal Parlamento in seduta comune, e per metà rispettivamente dagli appartenenti agli ordini dei giudici e dai pubblici ministeri: la presenza quale membro di diritto del primo presidente della Corte di cassazione e del procuratore generale presso la medesima garantisce la prevalenza numerica della componente togata" (p. 10).

4

Le conclusioni, a mio avviso, vengono da sé.

La traiettoria dell'intervento, grazie alla 'sincerità degli intenti' appalesata dalla Relazione (a fronte del 'pigro' e reticente Testo), risalta in tutta la sua chiarezza.

Un gioco che si perfeziona in tre mosse.

(i) La pre-condizione: la de-costituzionalizzazione dello statuto della Accusa penale che ne conferisce al legislatore ordinario, cioè alla maggioranza di governo, la ristrutturazione *ad libitum*.

(ii) La mutazione strutturale: lo spostamento del baricentro dell'Azione penale pubblica dall'attore-persona (il singolo 'sostituto') all'attore-struttura (l' 'ufficio'), che, de-responsabilizzando il primo a favore del secondo, ne implica necessariamente la *subordinazione*, secondo note dinamiche ascensionali 'verso l'alto' (di controllo, cioè, verticistico).

(iii) La mutazione funzionale: l'inversione di *ruolo* della stessa *funzione* inquirente/requirente, da motore dell'azione a mero recettore di input – rovesciamento attuato attraverso il 'doppio spossessamento' dell'iniziativa: 'dall'alto' con la formalizzazione sub-costituzionale (costituzionalmente autorizzata) di un *Opportunitätsprinzip* di tipo *qualitativo* (il 'criterio delle *priorità*' gestito centralisticamente); 'dal basso', con la subordinazione di fatto del pubblico ministero, nella *ricerca* delle *notitiae criminis* e nella loro *elaborazione*, all'organo *amministrativo* sottostante (la polizia).

Il tutto si traduce allora in un vero e proprio mutamento genetico del volto costituzionale dell'Accusa penale.

Sotto un duplice, essenziale profilo: (a) della posizione e (b) del ruolo.

(*aa*) Rispetto alla prima risulta decisivo il sistema immaginato dal riformatore per il controllo dell'attore *individuale* dell'Azione penale (il singolo 'sostituto'); un doppio controllo: *dall'interno* (della struttura) e *dall'esterno* (sulla carriera).

L'*endocontrollo*, in particolare, si dovrà realizzare attraverso le dinamiche verticistico-dirigistiche della *gerarchia*, una volta che responsabile dell'azione non sia più l'individuo ma l'ufficio. Lo chiarisce bene quel passo sopra citato della Relazione che, con sincerità quassi brutale, liquida *autonomia* e *indipendenza* del (singolo) magistrato-pubblico ministero: prerogative trasferite, appunto, da questi all'***ufficio***.

E con ciò, la personalizzazione (primo caposaldo dell'*indipendenza*) è liquidata.

L'*esocontrollo* è invece attuato attraverso la creazione di un organo di vigilanza *ad hoc* (il Consiglio Superiore della magistratura requirente) il cui 'punto di svolta' è

rappresentato dalla sua composizione: metà dei componenti eletti direttamente dal Parlamento, l'altra metà eletta – "*previo sorteggio degli eleggibili*" – dagli appartenenti all'ordine (separato) dei pubblici ministeri; in aggiunta, membro di diritto, il Primo Presidente della Corte di Cassazione.

Ora, non bisogna certo scomodare *Berle* e *Means* per sapere che, per acquisire il controllo di un qualsiasi *Gremium* (dal più comune CdA a una qualsiasi organo collegiale pubblico) non è indispensabile avere *proprio* la metà più uno dei voti disponibili; epperò il sistema escogitato vi è andato quasi vicino, e già in un (eventuale) 'primo insediamento' del Consiglio superiore 'requirente'.

Facciamo un rapido (e realistico) calcolo: nella misura in cui – come detto – l'attuale sistema di controllo del Parlamento da parte dell'esecutivo consente una pressoché garantita prassi di *spoil system*, la metà dei componenti è già assicurata in partenza alla strategia giudiziaria del governo; sarà davvero difficile reperire, fra l'altra metà degli eletti *post sorteggio* e lo stesso vertice supremo della gerarchia requirente, una sola ulteriore 'testa' che attraverso il suo voto cementi una assoluta maggioranza 'filo-governativa'? Se così non avvenisse, considerando il decisivo ruolo del Consiglio nella progressione delle carriere, al più nell'arco di due o tre 'consigliature' un esecutivo particolarmente longevo sarebbe perfettamente in grado di garantirsi, attraverso le designazioni, un controllo assoluto del potere di scelta degli apici delle procure, o quanto meno di quelle giudicate più 'interessanti' e 'sensibili'. Le dinamiche inflessibili della gerarchia farebbero il resto, 'a cascata'.

(*bb*) Anche rispetto al secondo aspetto (il *ruolo*), la manovra 'a tenaglia' almeno sulla carta risulta molto efficace: la trasformazione qui è da un ruolo proattivo, nell'esercizio dell'azione, a un ruolo meramente reattivo.

Ciò è garantito da due fattori: da un lato – e 'dall'alto' – il controllo verticistico delle 'scelte d'azione' (il *volano*' del principio di opportunità processuale) saldamente azionato dal 'potere centrale', che individuerà di volta in volta 'su base unitaria' – cioè, giocoforza, centralistica – il *sistema delle priorità*. Essendo la selezione basata esclusivamente su criteri *qualitativi* sarà facilmente l'esecutivo – attraverso il suo sistema di filtri progressivi 'a degradare' – a decidere *quali reati* siano meritevoli di reale perseguimento, lasciando il resto, per parafrasare il filosofo, alla 'critica mordace dei topi' (nei sotterranei archivi) e alla scure infallibile della prescrizione. E il *rationale* della scelta sarà del tutto plausibilmente politico, orientato dalle esigenze politiche generali: se, per esempio, ragioni di politica economica suggeriscono manovre protezionistiche del sistema bancario o finanziario nazionale, non sarà impensabile che la *strategia delle priorità* suggerisca di postergare il reati di *market abuse* ai reati più comuni contro il patrimonio o contro lo spaccio minuto della droga – e via esemplificando.

Dall'altro lato – e 'dal basso' – la sostanziale riserva alla polizia del potere di iniziativa completerà il controllo dell'esecutivo sul giurisdizionale (del 'dipendente' sull''indipendente'); anzi, è proprio l'espandersi delle competenze della polizia nel monopolio della ricerca delle *notitiae criminis* a chiudere 'a doppia cerniera' il circuito dell'Azione penale 'governata'.

Un pubblico ministero cieco (o per lo meno ipovedente) avrà bisogno degli occhiali del governo per incamminarsi, incerto e a fatica, sui sentieri del controllo penalistico.

5

Questi dunque gli intendi dichiarati della Riforma.

Se si torna ai 'modelli' (ai macro-paradigmi) si potrebbe ben constatare che ci troviamo di fronte, piuttosto, ad una anacronistica *controriforma bonapartista*; detto così può anche dare il senso di uno straniamento fascinoso (il 'lontano da dove' che tenta alla *renaissance*). Ma forse al comune cittadino potrà inquietare – se riflette – che la ruota della storia in questo modo torna ancora più indietro: se è vero che dell'*ancien régime* era

soprattutto tipico il rinvenire nell'organo di polizia la cuspide del controllo penalistico.

Alberto Alessandri

I nuovi rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria

Partecipo a questo incontro, per il quale ringrazio ancora Emilio Dolcini, ben consapevole della mia impreparazione nel diritto processuale penale, se non per quanto s'impara nella pratica professionale, sempre in limiti assai angusti. Tanto meno sono un esperto di diritto costituzionale, settore invece cruciale rispetto a una riflessione imposta dalla progettata «riforma della giustizia», che dovrebbe anzitutto incidere sul testo della Costituzione, modificandone alcuni articoli.

Fatte queste premesse (che prego il lettore di tenere nel debito conto), limito il mio breve intervento a un tema specifico, solo apparentemente minore, che ritengo invece assai importante: e lo tratterò guardandolo, in particolare, sotto l'angolo visuale che mi è più consono, quello del diritto penale dell'economia.

Intendo riferirmi all'innovazione che si vorrebbe introdurre per modificare, in termini profondi e sostanziali, i rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria.

Nel disegno di legge costituzionale n. 4275, del 7 aprile 2011, all'art. 10 è infatti prevista la modifica dell'articolo 109 della Costituzione.

L'articolo 109 in vigore (nel testo originario della Carta, mai mutato dal 1948) prevede che «L'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria». Diversamente, la modifica contenuta nella proposta di legge costituzionale vorrebbe sostituire il testo ora citato con il seguente: «Il giudice e il pubblico ministero dispongono della polizia giudiziaria secondo le modalità stabilite dalla legge».

La modifica è radicale, anche trascurando, in questa sede, la distinzione tra "giudice" e "pubblico ministero", che trova le sue radici in modifiche ordinamentali di ben più ampia portata, che spaziano dalla separazione delle carriere, di cui all'articolo 4 («La legge assicura la separazione delle carriere dei giudici e dei pubblici ministeri»), alla previsione di un «Consiglio superiore della magistratura giudicante» distinto dal «Consiglio superiore della magistratura requirente».

L'innovazione che si vorrebbe apportare con il nuovo articolo 109 Cost. si manifesta nel sostanziale *svuotamento* della norma costituzionale, poiché l'effettiva disponibilità della polizia giudiziaria passerebbe dall'essere sancita in termini netti e perentori («direttamente»), a quanto disposto dalla legge ordinaria, con un mandato in bianco al legislatore (appunto) ordinario, che potrebbe a suo piacimento prima introdurre e poi modificare la disciplina.

È subito evidente, peraltro, che l'attribuire al legislatore di tracciare il regime di disponibilità della polizia giudiziaria è il segno manifesto di una volontà *restrittiva* rispetto all'attuale rapporto tra autorità giudiziaria e polizia giudiziaria, poiché la legge non potrebbe certo ri-affermare l'attuale principio, di diretta dipendenza funzionale, bensì ritagliare casi e modi in uno spazio sostanzialmente vuoto, libero da ipoteche o principi superiori.

Nella relazione che accompagna il disegno di legge n. 4275, dopo aver ripercorso alcuni passaggi dei lavori preparatori della Costituzione, si afferma che la modifica dell'articolo 109 «deve essere coordinata con le altre» modifiche: «l'imparzialità dell'azione giudiziaria, in particolare delle investigazioni e delle indagini penali…; l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, in particolare dell'ufficio del pubblico ministero; l'obbligatorietà dell'azione penale». L'enunciazione di questi principi, apparentemente

citati per giustificare e quasi ribadire obiettivi di imparzialità e autonomia della Magistratura, conclude con una singolare contrapposizione. Da un lato si afferma che «il rapporto tra polizia giudiziaria e autorità giudiziaria è un rapporto di stretta dipendenza funzionale», dall'altro che «sul piano amministrativo e su quello organizzativo, non può essere di subordinazione della polizia giudiziaria alla magistratura».

Si tratta di una conclusione, quest'ultima, che ha poco o nulla a che vedere con i rapporti effettivi tra polizia e magistratura, poiché nessuno ha mai dubitato della dipendenza gerarchica della polizia giudiziaria dal potere esecutivo. Il problema sta nella natura del rapporto funzionale. E la definizione di questo si vorrebbe lasciarla alla legislazione ordinaria, in assoluta libertà.

Per comprendere meglio il significato concreto della progettata modifica costituzionale, è sufficiente considerare quanto è oggi disponibile nell'elaborazione dei progetti di modifica del codice di procedura penale: ovviamente essi possono subire modifiche in corso d'opera, come l'esperienza insegna, ma il loro esame è in ogni caso significativo per capire quale sarebbe lo sviluppo coerente rispetto alla modifica dell'articolo 109 Cost. In altri termini, cosa in sostanza vorrebbe davvero l'attuale legislatore, sotto la copertura del novellato art. 109 Cost.

Troviamo nel disegno di legge S 1440 del 6 febbraio 2009, che ampiamente rimaneggia il codice di procedura penale, anche la modifica dell'articolo 330 c.p.p. Vi si legge l'abbozzo di una disciplina che ridimensiona e riduce il potere del pubblico ministero nei confronti della polizia giudiziaria, delineando un rapporto radicalmente diverso rispetto all'attuale.

Secondo il disegno, l'articolo 330 del codice di procedura penale dovrebbe essere modificato, al primo comma, nei termini seguenti: «La polizia giudiziaria prende di propria iniziativa e riceve notizia dei reati. Il pubblico ministero riceve le notizie di reato presentate o trasmesse a norma degli articoli seguenti». Si aggiunge poi la soppressione del potere d'iniziativa del pubblico ministero nell'acquisizione delle notizie di reato.

Considerando anche la progettata modifica all'articolo 348 c.p.p., esce un quadro sufficientemente preciso e, aggiungo, assai preoccupante. Sarebbe riservata alla polizia giudiziaria, in via esclusiva, la ricerca delle notizie di reato: diverrebbe l'unico organo a prendere e ricercare di propria iniziativa le medesime. Per contro, il pubblico ministero potrebbe soltanto riceverle e molto espressivamente le relazioni di accompagnamento alle modifiche di legge ordinaria dichiarano apertamente che «il pubblico ministero diventerà mero *recettore* delle notizie di reato presentate o trasmessa da altri» (corsivo aggiunto).

Detto in altri termini, o sotto altra visuale, fino a quando il pubblico ministero non avrà ricevuto la notizia di reato acquisita dalla polizia giudiziaria, egli non potrà compiere alcune attività d'indagine, né personalmente, né avvalendosi della polizia giudiziaria medesima.

Inoltre si prevede che solo le sezioni di polizia giudiziaria istituite presso le Procure della Repubblica operino alle *dipendenze* e sotto la *direzione* dell'autorità giudiziaria, mentre per tutti gli altri organi dei servizi di polizia giudiziaria resta unicamente la *direzione*.

Per una valutazione più chiara della portata delle progettate modifiche, occorre tener conto anche della sensibilissima attenuazione dei poteri della magistratura su un nodo che si è rivelato nel tempo di grande delicatezza, ossia quello dei trasferimenti del personale della sezione di polizia giudiziaria, rispetto al quale si azzera, nella sostanza, il potere della autorità giudiziaria. Per contro si assiste ad un forte e sostanziale accrescimento dei poteri autonomi della polizia giudiziaria, che spaziano dalla possibilità di procedere all'interrogatorio delle persone in custodia cautelare (gravissimo regresso), al tendenziale accentramento delle indagini tecnico-scientifiche ai servizi di investigazione della polizia giudiziaria.

Il ruolo di quest'ultima, e di conseguenza la sua capacità di incidere e decidere sullo

svolgimento delle indagini, è enfatizzato nell'ambito dei reati a citazione diretta (art. 550 c.p.p.): reati, attualmente, tutt'altro che bagatellari, considerato che il raggio di operatività è determinato dal massimo edittale della pena alla reclusione «non superiore nel massimo a quattro anni», limite superato nelle previsioni espresse nel secondo comma.

Dall'angolo prospettico che mi sono assegnato - quello del diritto penale dell'economia - rilevo che cadono in pratica nella previsione molti reati economici, che prevedono come tetto massimo, appunto, quello dei quattro anni; oppure, nel campo dei reati tributari, il delitto di dichiarazione infedele (art. 3 d. lsg. n. 74 del 2000). Il fatto che non si registrino usualmente casi di reati economici *a citazione diretta* dipende solo dal fatto che essi sono ormai di regola contestati o nel quadro dei reati di bancarotta, o in concorso con altre figure criminose punite più severamente.

Nell'indagare, in questi sommari cenni, la progettata modifica dei rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria non mi soffermo sulle aporie e sui corto-circuiti che si verrebbero a determinare in altri settori: a mo' di esempio si potrebbe pensare al settore delle indagini in materia di criminalità organizzata o nel delicatissimo settore delle misure di prevenzione, ove si sono avuti, negli ultimi anni, importanti sviluppi normativi, ancora alla ricerca di un profilo razionale e di un punto di equilibrio tra le diverse "ragioni" in gioco.

Tuttavia, anche limitandosi a questi sommari cenni, mi sembra che la "riforma ordita", per citare un Maestro, sia di una delle più insidiose di tutte quelle finora avanzate. Avrebbe, tra l'altro, il pregio - se si ragiona con indifferenza ai risultati - di essere a costo bassissimo, anzi probabilmente si potrebbe tradurre in un risparmio di spese e comunque, inizialmente, richiederebbe solo un'opera di riorganizzazione. Modificare i rapporti di tipo funzionale tra Polizia Giudiziaria e Pubblico Ministero non costa nulla, in termini di risorse: soprattutto dal momento che il legislatore non mostra di curarsi se all'interno della prima vi siano le professionalità e le strutture adeguate al nuovo assetto. L'attività della ricerca della notizia di reato, se non vuol essere puramente declamata, esige una sensibilità alle dinamiche economiche o finanziarie (per rimanere nel mio campo) per individuare punti nevralgici, o frammentarie o ambigue emersioni di fenomeni più gravi, sensibilità che non si improvvisa.

La prospettiva più facile da prevedere è quella dell'azione investigativa solo a rimorchio di denunce o esposti, di privati o di autorità: ma si potrebbe ribattere, sulla scorta di esperienze recenti a tutti note, che le denunce dei privati sono rare nel campo economico, nel quale le vittime si riconoscono tali con difficoltà e per lo più quando il peggio è avvenuto. Né si può dire che le autorità di vigilanza si siano dimostrate più reattive e pronte, nei recenti "scandali" finanziari. Il punto meriterebbe di essere approfondito (non in questa sede), poiché, se la riforma andasse in porto, si attuerebbe - nei fatti - un inedito scenario delle indagini in questo campo, che vedrebbero l'avvio, normalmente morbido e sprovvisto di poteri incisivi, da parte delle Autorità di Vigilanza, e poi, normalmente dopo qualche tempo, l'invio di una denuncia o di una relazione.

I punti cruciali, negativamente cruciali, della progettata riforma mi sembrano due. Spicca, già a una prima lettura, la sottrazione al Pubblico Ministero del potere di acquisire direttamente le notizie di reato, in autonomia, e avvalendosi, per la ricerca, appunto della polizia giudiziaria. Appare non meno grave che l'organo requirente non possa disporre in modo autonomo delle risorse necessarie per lo svolgimento delle indagini, quand'anche fosse a lui giunta la notizia di reato. Anzi, come è già stato rilevato da alcuni commentatori, si rischia di creare un doppio piano di indagine, uno seguito dal Pubblico Ministero e uno coltivato separatamente dalla Polizia Giudiziaria. Con un evidente spreco di risorse che si tradurrebbe fatalmente nell'aggravamento dell'inefficienza complessiva, poiché attorno allo stesso oggetto si svilupperebbero inchieste parallele.

Come ho già anticipato, la vagheggiata rinascita di un'indagine poliziesca (senza alcun intento denigratorio) nel campo della criminalità economica appare preoccupante, specie in un quadro di bassissima effettività delle norme di settore, di modestissima

efficienza applicativa e, per contro, di impegnative e dispendiose attività di indagine. Ho accennato al vizio iniziale, alla rinuncia alle professionalità indispensabili per "trovare" la notizia di reato. Naturalmente si possono immaginare le repliche. La Polizia Giudiziaria potrebbe dotarsi di strutture adeguate, formare competenze idonee a fronteggiare i nuovi compiti. Trascuro di considerare - tanto è banale - che tutto questo non si realizza in tempi brevi, soprattutto senza un piano e, in ogni caso, richiede risorse ingenti.

Vi è un dato, che la moderna riflessione criminologica, formatasi alla scuola di Sutherland, ha ormai acquisito. Ovvero che la criminalità economica, intesa come fenomeno di devianza rispetto alle regole del mercato capitalistico, è molto di frequente strettamente connessa a patologie di altro genere e che riguardano il corretto funzionamento delle istituzioni, a tutti i livelli. Intendo dire che la violazione delle regole realizzata dai *white collar criminals* non è, il più delle volte, racchiusa negli - pur ampi - confini dell'agire prettamente economico, ma si estende a erodere la legalità dell'azione della Pubblica Amministrazione, prevalentemente per asservirla ai propri interessi.

Per essere più precisi, sia pure in questa stringatissima sintesi, il malcostume economico, oggi (e forse sempre), ha intrecciato solidi legami con l'illegalità istituzionale e, in un *continuum* sempre più preoccupante, con la stessa criminalità organizzata. L'agire imprenditoriale può scatenare dinamiche offensive non solo rispetto alle regole capitalistiche (reati societari, abusi di mercato) e alle pretese statali di controllo (ad es. sicurezza sul lavoro o percezione dei tributi, punti entrambi dolentissimi). Si estende oltre, per investire l'imparzialità della Pubblica Amministrazione (ad es. in tema di appalti e commesse), per giungere a servirsi della stessa criminalità organizzata (ad es. in tema di rifiuti) o a raggiungere con essa una sorta di convivenza, tale da consentirne la sempre maggiore infiltrazione.

I poteri economici da sempre godono di formidabili ripari nei confronti della criminalizzazione: il *double standard* non è un'invenzione di alcuni studiosi, è concretissima realtà. Solo un potere giudiziario autonomo e indipendente può tentare di fronteggiarlo, ancor più a fatica quando l'agire criminoso dei colletti bianchi si colloca, protagonista o servente, in fenomeni di devianza all'interno delle istituzioni.

In questo quadro, sorge vivissima la preoccupazione di una sostanziale sterilizzazione delle attività di contrasto, nel momento in cui si vagheggia la drastica limitazione dei poteri del Pubblico Ministero con il contemporaneo affidamento del grosso delle indagini alla Polizia Giudiziaria. Un corpo al cui *impiego* e *impegno* dovrebbero presiedere solo ragioni affidate al potere esecutivo, secondo l'antica formula del controllo sui controllori.

Mi rendo naturalmente conto che lo spunto di riflessione qui offerto è manchevole, sia in profondità (non possibile in questa sede), sia per i necessari collegamenti con altre parti della riforma che si vorrebbe introdurre. Ad esempio, ben più potrebbe ottenere, di negativo, in questa direzione, la rivisitazione in chiave di discrezionalità dell'azione penale. Si dice sempre che questa dovrebbe modularsi in base all'ambigua, vuota formuletta dell'*allarme sociale*: allora i reati economici ben potrebbero essere sospinti ai margini o in fondo alla lista delle priorità.

Tuttavia, anche restando nell'angolo visuale più ristretto che qui si è scelto, costituisce un segnale preoccupante la discrezionalità - affidata all'esecutivo - del come e del quanto impiegare le risorse alle indagini sulla criminalità, piuttosto che ad altri settori ai quali l'opinione pubblica può essere emotivamente più partecipe o resa sensibile (ad es. la sicurezza).

Si profila, in altri termini, la creazione, con mezzi diversi, di un ulteriore potente filtro alla *criminalizzazione secondaria* dei reati dei colletti bianchi, specie quando essi toccano o anche solo lambiscono poteri, in senso lato, politici o possono invocarne la protezione, secondo moduli di comportamento ampiamente studiati e visti funzionare in pratica.

Aggiungo poi che la previsione di un tendenziale monopolio delle indagini

tecnico-scientifiche a favore della Polizia Giudiziaria, che sarà difficile eludere a causa delle ben note ristrettezze di risorse economiche disponibili, introduce un altro elemento inquinante. Vuoi perché, riprendendo un tema già affacciato, le indagini in materia economica e finanziaria richiedono un tasso sempre più elevato di professionalità ed esperienza; vuoi perché non sembra affatto azzardato immaginare le possibilità di condizionamenti, tanto nei modi e contenuti, quanto nei tempi.

Un pubblico ministero disarmato, quale vorrebbe la riforma, non si presenta davvero in grado di fronteggiare, con un minimo di credibilità, la criminalità economica odierna.

Forse è (anche) questo che si vuole.

Lorenza Violini

Separazione delle carriere e indipendenza della magistratura: riflessioni di diritto comparato

Sommario

1. Nota introduttiva - 2. Il modello francese: aspetti storici e strutturali - 3. Cenni per una comparazione tra italia e francia - 4. Qualche considerazione sul (meno noto) modello tedesco - 5. Alcune considerazioni di sistema sul modello tedesco - 6. Conclusioni

1 Nota introduttiva

La questione della separazione delle carriere oggi in Italia non può essere considerato un problema meramente tecnico, quasi si trattasse solo di efficienza o di un adeguamento al processo penale riformato[1], che ha - secondo alcuni- in parte mutato la posizione del pm da "organo di giustizia" a "parte"[2]. Se l'analisi del tema si giova dell'apporto dei processualpenalisti, è da una prospettiva più ampia che verrà qui preso in considerazione, la prospettiva della garanzia della indipendenza della funzione giurisdizionale nel suo complesso dagli influssi del potere politico. Con ciò si entra a pieno titolo nel campo del diritto costituzionale e della forma di governo, rispetto alla quale la posizione della magistratura è di importanza cruciale. Del resto, la questione viene in questa sede affrontata a partire dalla proposta di ddl costituzionale, presentato dal Governo il 7 aprile 2011 ed ora all'esame delle Commissioni Affari costituzionali e Giustizia della Camera, riforma che mira ad introdurre elementi di separazione tra giudici e pubblico ministero in un sistema, il nostro, che vede il pubblico ministeso dotato di garanzie di indipendenza praticamente coincidenti con quelle attribuite ai giudici; con tale riforma il legislatore si propone di ridefinire, in una fase assai critica dei rapporti tra magistratura e politica, la posizione del pubblico ministero ma, data l'evocata criticità, essa desta in molti il sospetto che con ciò si voglia in verità incidere in modo non irrilevante proprio su questi rapporti.

È pur vero che, anche in una situazione normale di equilibrio tra giudici e politici, quella secondo cui – per stare ad una nota analogia – i giudici sono leoni, leoni che pure stanno sotto il trono[3] , puntare l'attenzione riformatrice sul pubblico ministero è sempre in qualche modo rischioso, data la posizione nevralgica che esso assume non solo nel sistema della magistratura ma anche nell'insieme dei rapporti tra i diversi poteri dello Stato; come è noto[4], infatti, l'organizzazione del pm negli stati democratici è uno dei punti più controversi degli studi sull'ordinamento giudiziario, trattandosi di una figura

1. Anche se come rilevato in dottrina, non pare esservi dubbio che la separazione delle carriere costituisca uno snodo fondamentale per permettere al processo penale di adeguarsi finalmente alla logica triadica del processo accusatorio, C. Guarnieri, *Separazione dei poteri e separazione della carriere: un carattere fondamentale delle democrazie costituzionali, Unione delle Camere Penali Italiane, Centro Studi Giuridici e Sociali "Aldo Marongiu"*, 2007, www.camerepenali.it.
2. In merito a tale processo evolutivo, che ha interessato la figura e il ruolo del pm, si veda per tutti N. Zanon, F, Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 135 ss.
3. L'efficace immagine è del filosofo inglese F. Bacon, poi ripresa dagli studi in tema di magistratura, e più di recente da L. Violante, *Magistrati*, Torino, 2009.
4. N. Zanon, F, Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura, cit.,* 125.

di difficile collocazione e definizione; esso esercita una funzione, quella della garanzia del perseguimento dei reati, che molti ordinamenti configurano come squisitamente politica mentre altri la caratterizzano più come facente parte a tutti gli effetti della funzione giurisdizionale. Di conseguenza, nei diversi modelli organizzativi, si oscilla tra una stretta dipendenza dal potere esecutivo, politicamente responsabile, e una posizione pressoché indistinguibile sul piano delle garanzie di indipendenza da quella del giudice.

Vista in questo problematico contesto, cui si aggiunge nel nostro Paese, come già detto, l'insieme delle tensioni cui è sottoposta la forma di governo, da un lato, e i rapporti tra politici e magistrati, dall'altro, la separazione delle carriere[5] finisce per essere un elemento che viene letto in modo diverso a seconda di come si legge e si interpreta il momento costituzional-politico attuale.

I termini del dibattito sono noti: per alcuni la separazione costituisce una misura necessaria e auspicabile per riassestare una bilancia che viene considerata essere squilibrata dalla parte del potere giudiziario; altri considerano invece tale bilancia troppo pendente a favore dell'esecutivo e temono l'inserimento in Costituzione di elementi di separazione tra i due gruppi di magistrati come fattore che rischierebbe di mettere a repentaglio l'indipendenza della magistratura nel suo complesso tramite una compromissione della posizione del pm.

Nel tentativo di neutralizzare la discussione dalle passioni politiche - ma anche dai condizionamenti che la presente situazione concreta di certe specifiche figure politiche tende ad imporre - può essere utile dare uno sguardo al panorama comparato. Trattasi, come noto**,** di un panorama variegato, anche solo limitando l'analisi alle scelte compiute dai paesi dell'Europa continentale ed escludendo perciò USA e GB[6], un panorama in cui principi, valori, storia e organizzazione costituzionale - ma anche qualità del sistema politico, formazione dei giudici, valutazione della loro attività, natura e struttura del processo- si intrecciano conferendo ai diversi ordinamenti fisonomie tutte particolari e non facilmente comparabili se si considerano solo singoli aspetti senza inserirli nel relativo contesto.

E' bene fin da subito però chiarire che, mentre la discussione in atto nel nostro Paese circa la proposta di riforma costituzionale predisposta dal governo viene vista con particolare criticità e viene spesso osteggiata come tentativo di snaturare non solo la figura del pm, ma tutto l'impianto democratico del nostro Paese, in realtà non è detto che modelli diversi di organizzazione della magistratura requirente, da quelli più "separatisti" a quelli più improntati a schemi burocratici, con spiccata dipendenza del pm dall'Esecutivo, costituiscano un di meno di democrazia, a condizione che essi siano organizzati con i dovuti contrappesi.

Inserire i dettagli nel contesto che è loro proprio: solo così la comparazione può essere fruttuosa.

Si prenderanno qui in considerazione gli ordinamenti della magistratura in Francia e Germania, paesi accumunati dal modello di pubblico ministero di natura burocratica[7] e con spiccata sottoposizione dello stesso all'esecutivo; i due casi paiono interessanti ai fini della comparazione con la riforma che si prospetta perchè in un caso la carriera è, almeno formalmente, unica, e nell'altro è invece separata; nell'uno vi è un Csm distinto in due sezioni, una per ogni tipo di magistrato, nell'altro non vi è nemmeno un organo

5. Sul tema della separazione delle carriere si veda O. Dominioni, *Giudice e pubblico ministero. le ragioni della separazione delle carriere*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, Milano, Giuffrè, 2006, p. 2745. Per un affondo sulle ragioni della separazione, anche in ottica comparata, C. Guarnieri, *Separazione dei poteri e separazione della carriere: un carattere fondamentale delle democrazie costituzionali,* Unione della Camere Penali, relazione al Convegno del 30 gennaio 2007, Milano.

6. Per una analisi del giudiziario nel Regno Unito si rimanda a M. Patrono, *L'indipendenza della magistratura in Europa: un quadro comparato*, in *DPCE*, 2010, IV, p. 1614.

7. La letteratura distingue i modelli di organizzazione della giustizia di tipo burocratico da quelli di stampo anglosassone. Nei primi le magistrature presentano una configurazione che rispecchia quella delle altre amministrazione pubbliche, ed è per questo che sono definite burocratiche, G. Di Federico, *La professione giudiziaria e il suo contesto burocratico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXVII, 1978, pp. 1577 ss.

di autogoverno della magistratura. Da qui si potrebbe desumere che, in un caso, minimo sia il coinvolgimento del potere politico mentre nell'altro si potrebbe ritenere che di nomine squisitamente politiche si tratti, con forte compromissione dell'indipendenza ma ciò, sia detto da subito, non corrisponde alla realtà. Dire "separazione" da sola, dunque, serve poco a valutare il sistema e i valori che esso tutela; occorre invece guardare a tutti gli aspetti dello stesso per trarne da essi le valutazioni salienti. Anticipando le conclusioni, si può dire che i due modelli inducono a ritenere che, indipendentemente dal fatto che il corpo sia unico o sia duplice, che vi sia o no un vertice organizzatorio nella forma del Consiglio di Giustizia, sono anche altri gli elementi che garantiscono una buona amministrazione della giustizia e che pertanto devono essere considerati ai fini di una complessiva valutazione delle proposte di riforma costituzionale avanzate.

2 Il modello francese: aspetti storici e strutturali

La Francia può essere considerata un buon punto di partenza per la comparazione perché il suo ordinamento viene citato spesso come possibile modello di riferimento per la riforma italiana. Due ordini di considerazioni sono da premettere all'analisi delle norme in essere in Francia sul CSM, uno relativo alla storia costituzionale del Paese e un secondo di carattere sistematico, volto a evidenziare gli elementi di "unicità" della condizione del pm rispetto al giudice contrapponendoli a quelli di "separazione".

2.1

La storia costituzionale della Francia è interessante perché mette in luce come, contrariamente al nostrano immobilismo, che ha da sempre favorito "riforme" della forma di governo non codificate costituzionalmente, l'evoluzione della forma di governo francese, rilevata dalle relative diverse "costituzioni" che si sono avvicendate, ha puntualmente coinvolto anche l'organizzazione della magistratura, con ciò consentendo di adeguare di volta in volta il particolare al tutto. L'evoluzione della forma di governo in Francia, con le diverse Costituzioni e relative repubbliche che si sono succedute mostra, così, come i due temi, forma di governo e organizzazione della magistratura, si influenzino a vicenda. Nella Costituzione del 1946 era prevista l'istituzione di un CSM (artt. 83-84 titolo IX), presieduto dal Presidente della Repubblica, preposto a garantire l'indipendenza della magistratura, e di cui era Vicepresidente il Ministro della Giustizia. Si trattava di un organo a composizione mista, con una minoranza di membri togati elettivi mentre la maggioranza formata da laici eletti dal Parlamento o dal Capo dello Stato. Tale organo garantiva l'indipendenza esterna ai soli giudici mentre il pubblico ministero e i suoi magistrati restavano sottoposti in toto al potere esecutivo, in omaggio al principio della piena sovranità del parlamento e della responsabilità politica del Ministro.

Un modello analogo viene delineato dalla Costituzione del 1958, in cui si assiste ad un incremento dei poteri del Presidente della Repubblica[8], eletto direttamente dal popolo e titolare della funzione di indirizzo politico, cui sono conferiti la presidenza e la nomina dei membri del CSM. Tuttavia, in funzione di bilanciamento del potere presidenziale, si delinea anche a uno spostamento dell'asse maggioritario verso i togati, che diventano sei su nove.

Ai nostri fini, di grande interesse è la legge di revisione costituzionale del 27 luglio 1993, conseguenza delle molte critiche che vengono avanzate alla magistratura francese (basti ricordare l'omertà che ha circondato la vicenda delle sacche di sangue infette), in cui vengono istituite *due formazioni distinte* del Consiglio: una per i magistrati giudicanti (*magistrats du siége*) e una per i magistrati del pubblico ministero (*magistrats du parquet*). La prima eredita la competenza di nomina e quella disciplinare sui giudici, la

8. L'art. 64 della Costituzione francese, definisce il ruolo del Presidente delle Repubblica nei confronti del sistema giudiziario. Il Presidente è infatti il garante dell'indipendenza dell'autorità giudiziaria, e in tale funzione è assistito dal CSM.

seconda è titolare di una funzione consultiva su nomine e illeciti disciplinari dei Pm. Per entrambe le formazioni viene prevista una maggioranza di togati (rispettivamente 5 giudici e un Pm per la prima e 5 Pm e 1 giudice per la seconda), più 4 laici, comuni ad entrambe le formazioni, nominati dal Presidente della Repubblica, dal Presidente dell'assemblea nazionale, dal Presidente del Senato e dal Consiglio di Stato che sceglie tra i suoi componenti. Notiamo che la creazione di due sezioni non ha nulla a che vedere con la separazione delle carriere; essa mira ad estendere – e ad estendere solo molto parzialmente – le garanzie dell'indipendenza esterna proprie dei giudici anche ai pubblici ministeri, secondo un procedere che è dunque diametralmente opposto rispetto a quanto si va prefigurando da noi.

Da ultimo, mediante la legge costituzionale 23 luglio 2008, n. 724[9], anch'essa frutto di un periodo di crisi di fiducia verso la magistratura, e la successiva legge organica di attuazione del 2010[10], si decide di fare dei passi nel senso non della *separazione* delle carriere, visto che rimane l'idea del corpo unico che svolge le due funzioni tipiche, ma della *separazione* tra magistratura e politica, rapporto considerato il vero aspetto problematico dell'organizzazione della giustizia francese. Vengono innanzitutto estromessi dal Consiglio sia il Presidente della Repubblica[11] che il Ministro della Giustizia (che conserva però il diritto di partecipare alle sedute) mentre la Presidenza della sezione per i giudici è attribuita al Primo Presidente della Corte di cassazione e quella per i pubblici ministeri al Procuratore generale di Cassazione. Permane tuttavia una significativa anomalia nella composizione del Csm, perché la maggioranza dei componenti delle sue sezioni è nelle mani dei laici (8 laici e 7 togati) in palese violazione delle indicazioni del Consiglio d'Europa espresse nella Carta europea sullo statuto dei giudici del 1998 e più di recente ribadite dalla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto[12], ma coerente con la storia costituzionale della magistratura francese, che teme il terzo potere almeno tanto quanto le interferenze della politica e non vuole correre il rischio che i leoni sotto il trono diventino una minaccia per il trono. L'unico elemento conforme alle indicazioni europee circa la dovuta prevalenza dei membri togati in funzione di tutela dell'indipendenza, è la composizione della sede disciplinare, sede nella quale è assicurata la parità tra le due componenti. Persistono inoltre rilevanti differenze di poteri tra le due sezioni: quella relativa alla magistratura giudicante emette un parere vincolante per la nomina dei giudici, mentre quella competente per la magistratura requirente, può dare solo un parere non vincolante per la nomina dei pm, con un solo punto di avvicinamento tra le due rispetto alla situazione precedente, cioè l'ampliamento della sfera dei poteri consultivi alla nomina del Procuratore generale, prima attribuita in via esclusiva al Consiglio dei ministri. Come si vede, la creazione di due sezioni non tocca le differenze esistenti tra giudici e pm sul piano dell'indipendenza interna degli stessi, cosa che induce a riflettere sulla incidenza/utilità della semplice creazione di due sezioni, come si prefigura da noi, creazione che non vada ad intaccare le sottostanti norme circa lo *status* dei due tipi di magistrati. In altre parole, credo sia ragionevole chiedersi se toccare sul piano costituzionale aspetti strutturali della indipendenza esterna possa *ex se* incidere sulla indipendenza interna di giudici e, soprattutto, dei pm. L'impressione è che non sia questo il punto cruciale su cui lavorare, salvo non si voglia – come parrebbe

9. Sul punto si veda G. Lacoste, *La legge costituzionale del 27 luglio 2008 e la riforma del Consiglio superiore della magistratura* in Francia, in *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, a cura di A. Cervati e M. Volpi, Giappichelli, 2010, pp. 105 ss; L. Montanari, T. S. Renoux, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura in Francia alla luce della riforma costituzionale del 2008,* in *DPCE*, 2010, IV, p. 1624 ss.

10. Si tratta della legge organica del 22 luglio 2010, n. 830, attuativa della riforma costituzionale del 2008.

11. Si noti che, nonostante l'estromissione del Presidente della Repubblica dalla presidenza del CSM, è rimasta una contraddizione, in quanto non è stato modificato l'art. 64 Cost. il quale, come accennato, attribuisce al Presidente della Repubblica il ruolo di garante dell'indipendenza dell'autorità giudiziaria.

12. Tale organismo, noto come commissione di Venezia è composto da professori di diritto costituzionale e internazionale, giudici di Corti supreme o di Corti costituzionali e membri di parlamenti nazionali di 57 Stati e funge da organo consultivo del Consiglio d'Europa. Nel 2010 essa ha elaborato un significativo rapporto sull'indipendenza dei giudici nel quale si afferma il principio per cui all'interno dei Consigli di Giustizia i giudici, eletti da loro pari, dovrebbero costituire la maggioranza, *Rapporto Commissione di Venezia*, 2010, III, *Aspetti specifici dell'indipendenza dei giudici*. Si veda inoltre sul punto M. Volpi, *L'indipendenza della magistratura nei documenti del Consiglio d'Europa e della Rete europea dei Consigli di giustizia*, in *DPCE*, 2010, IV, p. 1754 ss.

– introdurre elementi che scardinino la presunta connivenza tra giudici e pm indotta dalla logica del corpo unico.

2.2

Venendo ora alla struttura del corpo unico, come già si è avuto modo di accennare, nonostante l'istituzione di due formazioni distinte del Consiglio, non *vi è in Francia una netta separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri*[13]. Ciò vale per le modalità di reclutamento, che sono unitarie, e per la formazione – sia iniziale sia permanente – affidate per tutti i magistrati alla Scuola nazionale di Magistratura. Comune è la progressione di carriera che avviene all'interno di un complessivo *regime d'avancament*. Per entrambi i rami della magistratura l'avanzamento avviene per anzianità e tramite l'iscrizione a una lista di avanzamento, la cui formazione spetta alla *Commission d'avancement* (unica per giudici e pm). La Commissione valuta le note attribuite ai magistrati dai loro superiori gerarchici, attraverso una procedura che permette tuttavia ai singoli magistrati di discutere la valutazione che li riguarda. L'appartenenza ad un unico corpo giudiziario rende conto anche della possibilità di passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa, a patto che ciò non avvenga nel medesimo ufficio giudiziario, passaggio quindi tutto sommato relativamente agevole.

2.3

Pur nell'asserita unicità del corpo, vi sono alcune differenze significative di *status* tra giudici e pm: in particolare, il principio della inamovibilità vale solo per i giudici e non per i pm, che possono essere trasferiti discrezionalmente dal Ministro della giustizia. Le procure, inoltre, sono fortemente gerarchizzate: l'art. 5 dell'ordinanza organica del 1958 stabilisce che i pm "sono posti sotto la direzione e il controllo dei loro capi gerarchici e sotto l'autorità del guardasigilli". Tale sottoposizione può esprimersi anche con l'invio di istruzioni scritte ad ogni procuratore generale relative alla singola indagine, da inserire nel fascicolo processuale[14] mentre al Ministro della giustizia è affidato il rilevante potere decisionale in materia di nomine e sanzioni disciplinari[15].

In definitiva, il modello francese, nonostante i giudici e i pm costituiscano un corpo unico come da noi, presenta caratteristiche peculiari - ma non prive di ambiguità - che gli derivano dalla particolare forma di governo, tra cui spicca la presenza e l'influenza del Ministro, che permane nonostante la sua estromissione dal CSM, e la presenza dentro il CSM stesso di una maggioranza di nomine politiche, espressione della perdurante influenza della politica in senso lato sulla magistratura.

3

Cenni per una comparazione tra Italia e Francia

Date le caratteristiche sopra sommariamente messe in luce, come comparare i due sistemi, quello francese in vigore e quello italiano che si prospetta?

Tratto comune alle riforme inerenti il sistema giudiziario che hanno interessato e interessano molti paesi è l'esigenza di contemperare due diverse istanze: da un lato definire meccanismi che consentano la realizzazione di una effettiva indipendenza della

13. Evidenzia come i poteri discrezionali di nomina di tutti i procuratori in capo all'esecutivo sia in parziale contrasto con la logica del corpo unico e, soprattutto, con la garanzia costituzionale dell'indipendenza di tutti i magistrati L. Montanari, T. S. Renoux, *Il ruolo del Consiglio Superiore della magistratura in Francia alla luce della riforma costituzionale del 2008, cit.,* cui si rinvia per approfondimenti sul tema.

14. In particolare, come è noto, in Francia il pubblico ministero è sottoposto gerarchicamente, oltre che ai suoi capi gerarchici, anche al Guardasigilli, al quale spettano poteri di direzione, sorveglianza, controllo (anche disciplinare) e di nomina sui membri degli uffici subordinati e incide sulle funzioni di accusa che il pm esercita. Al Guardasigilli spetta infatti il potere di direttiva (come in Germania) tanto di carattere generale, quanto inerenti a una specifica indagine. Vi sono tuttavia alcuni limiti al potere gerarchico del Ministro della giustizia, in particolare il potere del pm di esprimere in piena libertà durante il dibattimento le osservazioni orali che ritiene opportune.

15. M. Volpi, *La comparazione tra ordinamento giudiziario francese e italiano: analogie e differenze*, in *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, cit., p. 1 ss.

magistratura dal potere politico, e dall'altro evitare che si crei un sistema giudiziario di carattere corporativo e autoreferenziale. Lungo questo crinale, sebbene con esiti diversi, si è mossa la Francia con l'approvazione della riforma costituzionale del 2008 ed è così che dovrebbe auspicabilmente muoversi l'Italia.

Potrà il progetto di legge costituzionale che qui si esamina rispondere a tale auspicio?

La risposta discende in larga misura non solo dalla comparazione degli organi di vertice, ma anche dall'analisi di altri elementi di dettaglio di seguito considerati (criteri di selezione dei magistrati, progressione di carriera, rapporto con la politica) che caratterizzano, insieme ad alcune macrovariabili quali l'organizzazione del potere e la cultura della legalità[16], i diversi sistemi intesi nel loro complesso.

3.1

Un primo livello di comparazione riguarda lo *status* dei magistrati e i loro rapporti con il Ministro della Giustizia. Come si è detto sopra, i francesi non rifuggono dal dichiarare, anche con norme costituzionali, che il Ministro ha e mantiene elementi di influenza sulla magistratura, allo scopo di riaffermare il primato della politica, espressione prima della sovranità popolare. Questo aspetto non viene toccato dalla riforma in discussione da noi la quale, pur riconducendo giudice e pm alla comune categoria di magistrati (nuovo art. 104 Cost.), si limita a sottolineare quegli elementi di distinzione tra i due gruppi, secondo alcuni già presenti nell'originario testo costituzionale, espressamente devolvendo alla legge la definizione della garanzie di indipendenza del pubblico ministero. Il che, come si sa, viene definito dai detrattori della riforma come una "decostituzionalizzazione" di tale garanzia e come possibilità della legge (i.e. della maggioranza politica che la configura e la crea) di mettere a repentaglio l'indipendenza stessa.

Garanzie di indipendenza definite dalla legge, dunque, e – apparentemente – indebolimento dell'indipendenza del pm. La connessione non è scontata, visto che almeno in teoria è la legge che offre le maggiori garanzie in un sistema democratico rispetto alle scelte dell'esecutivo nella logica della maggior parte delle riserve di legge contenute in Costituzione, permanendo poi la legge stessa sottoposta al controllo di costituzionalità ma che sconta a sua volta un visione, oggi assai diffusa, della problematicità (per alcuni esasperata fino alla inaffidabilità) della *interpositio legislatoris* nella attuazione dei valori costituzionali cui si antepone la maggiore *reliability* di una attuazione diretta della Costituzione ad opera dei giudici e, soprattutto, dei giudici costituzionali. In altre parole, la tutela dei valori costituzionali sarebbe meglio garantita da un procedimento a due passaggi, imperniati sulla Costituzione da un lato e sul giudice dall'altro; il che sarebbe preferibile rispetto al classico processo tripartito che vede i valori sanciti costituzionalmente essere attuati dal legislatore e, solo successivamente, controllati in sede giurisdizionale.

Ora, poiché la riforma sembra voler ripristinare la triade e poiché il legislatore, guardato sotto l'angolatura della maggioranza politica che lo determina e della sostanziale, innegabile devoluzione della funzione normativa all'esecutivo, cui viene ormai pacificamente riconosciuto il potere di assolvere tramite atti aventi forza di legge alle riserve di legge contenute in Costituzione le ombre sulla riforma stessa risultano quanto mai dense, forse più per queste logiche di sistema che per la *reine Rechtslehre* relativa alla struttura dello stato democratico costituzionale. Si potesse leggere il testo del disegno di legge senza vedere in filigrana le fisionomie dei proponenti, forse le criticità si smorzerebbero, e si smorzerebbero in modo sensibile. Lo stesso si può dire se l'esame viene compiuto con il supporto della comparazione che mostra inequivocabilmente come pressoché ovunque lo *status* delle due magistrature presenta delle differenziazioni, come

16. M. Patrono, *L'indipendenza della magistratura in Europa: un quadro comparato, cit.*, p. 1615.

anche il modello tedesco, su cui si ragionerà a breve, ampiamente dimostra.

3.2 Tali differenze – tornando ora al paragone tra Francia e Italia – risultano particolarmente evidenti con riferimento alla possibilità di passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa; in Francia, infatti, tale passaggio può avvenire sempre, purchè non avvenga nel medesimo ufficio giudiziario mentre in Italia la legge 30 luglio 2007 ha posto limiti assai stringenti a tale possibilità, limiti che da ultimo la riforma ha ribadito prevedendo che la separazione delle carriere, sancita costituzionalmente, venga poi - di nuovo - definita nei dettagli dalla legge (art. 104 c. 2 del ddl costituzionale). Su questo aspetto, ritenuto dai più come un corollario importante per evitare una riduzione dell'attività del pm a logiche più rispondenti alle funzioni di polizia, il principio del corpo unico dunque risulta più forte in Francia, ove pur non sembrano esserci ostacoli di principio alla sussistenza di funzioni di provenienza politica in materia di giurisdizione.

3.3 Sempre sul piano della comparazione, quanto detto sopra circa la non identificabilità del "corpo unico" con l'assenza assoluta di differenziazioni, purchè esse siano legate alla oggettiva diversità delle funzioni, trova una ulteriore ed aggiuntiva riprova nella regole in tema di inamovibilità. In Francia vale la regola secondo cui solo ai giudici spetta tale garanzia mentre i pm possono essere soggetti a trasferimenti indipendentemente dal loro consenso; alla "mobilità" volontaria tra funzioni si aggiunge dunque una possibile mobilità imposta, forse non inutile ai fini di una migliore organizzazione amministrativa (ma solo organizzativa) della funzione requirente. In Italia non vi è, allo stato, alcuna traccia in questo senso, così come mancano – nella lettera della riforma – norme che sanciscano la subordinazione dei pm al Ministero, come accade in Francia. Segnali verso una soluzione alla francese vengono tuttavia individuati da parte della dottrina nella riforma in discussione, laddove, per esempio, si ravvisa nella locuzione "ufficio del pm" introdotto dalla riforma nell'art. 112 Cost. un tentativo di subordinare il pm al Ministero della giustizia. Il tutto rimane tuttavia nell'ambito dei meri sospetti.

3.4 Comparando, conclusivamente, il CSM francese a quello prefigurato in Italia, benché non sia escluso che il riformatore italiano possa aver avuto nella coda dell'occhio l'esperienza francese delle due formazioni all'interno del medesimo Csm, tuttavia egli non ha accolto tale soluzione. Come è noto, infatti, il ddl di riforma prevede l'istituzione di due distinti CSM, uno per la magistratura giudicante e uno per quella requirente. Si tratta di due organi destinati ad esercitare le medesime competenze, rispettivamente per giudici e pm (vedi nuovo art. 105 Cost.), diversamente da quanto accade in Francia, dove le due sezioni del CSM hanno competenze diversificate: poteri più penetranti ha la sezione dei magistrati giudicanti, più attenuati quella per i pm in tema di nomine e sanzioni disciplinari. A proposito di quest'ultimo aspetto, la prima sezione è competente ad adottare provvedimenti disciplinari nei confronti dei giudici, mentre la seconda può solo fornire al Ministro pareri non vincolanti sulle sanzioni disciplinari. In sintesi il modello che il riformatore italiano ha prefigurato per il nostro sistema è informato alla logica – che da tempo e pressoché da tutti viene criticata per quanto riguarda la funzione legislativa – del *bicameralismo perfetto*, differenziato solo per quanto riguarda i destinatari delle funzioni, mentre la soluzione francese, pur mantenendo un unico Csm, realizza una maggior diversificazione delle due sezioni, non solo rispetto ai destinatari, ma rispetto alle funzioni, visto che i pm restano sotto il controllo del Ministro della Giustizia, diversamente dai giudici.

Quanto alla composizione, criticità sono espresse tanto in Francia che in Italia.

Infatti la Francia, come già accennato, ha previsto che la maggioranza dei membri del Csm sia laica (8 a 7), mentre la riforma italiana scardinerebbe l'attuale assetto che vede una maggioranza di membri togati, affermando il principio della parità tra le due componenti. Si legge nel ddl che i membri del CSM giudicante (o requirente) sono eletti per *metà da tutti i giudici* ordinari (o pm) tra gli appartenenti alla medesima categoria *previo sorteggio* degli eleggibili e per *metà dal Parlamento* in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio. E' condivisibile il rilievo per cui tanto l'introduzione del principio della parità numerica tra le due componenti, quanto la regola del sorteggio per la sola componente togata, sembrano volte ad incrementare l'incidenza della politica sull'organo nel suo complesso. Una luce, in questo scenario di ombre, sembra essere invece l'istituzione della Corte di disciplina (art. 105 *bis* Cost), competente per l'adozione dei provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati. Essa è composta da due sezioni: una per i giudici e una per i pm, formata ciascuna per metà da membri eletti dal parlamento e per l'altra metà da giudici (o da pm). Non molto diversamente avviene in Francia dove, sebbene non sia costituito un organo *ad hoc,* le funzioni in materia disciplinare sono esercitate dalle due sezioni del CSM (anche se con poteri diversi cfr. *supra*), che si riuniscono in una particolare composizione che garantisce la parità tra componente togata e laica (8 a 8). Del resto la parità nel procedimento disciplinare è di natura meramente tecnica: si vuole garantire l'imparzialità e depotenziare l'elemento corporativo in quella che è una delle funzioni più delicate del governo della magistratura. Per questo motivo pare sensata da noi la proposta di introdurre la Corte di disciplina cosi articolata, perché risponde ad una esigenza reale mentre la parità nella composizione del CSM sembrerebbe essere solo di natura solo simbolica delle reali intenzioni del legislatore costituente ma con incidenza pratica tutto sommato relativa.

3.5

Un ultimo rilievo merita un aspetto che, nella configurazione data dal legislatore di riforma, desta qualche perplessità: l'obbligatorietà dell'azione penale.

De iure condito la soluzione francese e quella italiana sono agli antipodi: in Francia, infatti, vige l'opportunità o facoltatività dell'azione penale, ovvero il pm può decidere se avviare o meno l'azione penale, valutandone i presupposti legali e l'opportunità di esercizio; diversamente in Italia vige il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale. *De iure condendo* il ddl governativo in esame sembra, invece, indebolire tale istituto (e con esso le prerogative del pm) attribuendo alla legge la determinazione dei criteri per l'esercizio obbligatorio dell'azione penale[17]. Questo potrebbe trovare una giustificazione nel fatto, noto, per cui non è possibile perseguire tutti i reati, subendo, nella prassi il principio in esame attenuazioni tali da potersi affermare, senza esagerazioni che la discrezionalità è ormai la prassi. La previsione costituzionale intenderebbe proprio "conferire alla norma costituzionale la razionalità storico sociale e una dimensione teleologica che rendono compatibile il principio della obbligatorietà con gli obiettivi di politica criminale […] Particolare esigenze storiche, sociali, economiche infatti possono indurre il legislatore a fissare criteri in forza dei quali debba esser data prioritaria trattazione ad indagini concernenti determinati reati, fermo restando l'obbligo, esaurite queste, di curare anche le indagine relative alle altre fattispecie penalmente rilevanti"[18]. Tuttavia rimane lecito il rilievo, anche alla luce del contesto politico italiano, di chi teme che questa previsione, che pur è pacificamente accolta in altri ordinamenti, un sostanziale ridimensionamento delle prerogative del pm e della sua soggettività.

17. Mentre infatti l'attuale art. 112 Cost. recita "il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale", nel disegno di riforma esso sarebbe così riformulato: "l'ufficio del pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale *secondo i criteri stabiliti dalla legge*".

18. Dossier Camera dei Deputati, *Aspetti dell'ordinamento giudiziario, esercizio dell'azione penale e responsabilità dei magistrati in Francia, Germania, Regno unito e Spagna*, n. 22 Maggio 2011.

4 Qualche considerazione sul (meno noto) modello tedesco

Proprio quest'ultima considerazione relativa alla obbligatorietà dell'azione penale introduce all'esame dell'altro modello di riferimento scelto per una riflessione critica delle proposte di riforma italiane, il modello tedesco, il quale, pur collocandosi a tutti gli effetti nell'alveo dei sistemi di democrazia costituzionale, presenta caratteristiche del tutto peculiari in riferimento al rapporto tra magistratura e politica, prima fra tutti l'apertamente asserito principio della opportunità dell'azione penale, non dissimilmente da quanto accade in Francia ma in modo se possibile ancora più radicale. Questa e altre peculiarità del sistema si comprendono sia alla luce del sistema costituzionale tedesco nel suo complesso sia a fronte di meccanismi e strumenti interni all'ordine giudiziario stesso.

4.1

In prima battuta, da segnalare è lo *status* del pubblico ministero[19]. Trattasi di un *Beamte*, ovvero un pubblico funzionario a tutti gli effetti, per il quale sono previsti i medesimi requisiti richiesti per tutte le altre professioni legali, comprese quelle che vengono svolte nell'ambito della pubblica amministrazione, di cui fa parte anche il potere di direttiva del relativo Ministro, cui risulta gerarchicamente sottoposto. La collocazione istituzionale del pubblico ministero *(Staatsanwalt*) nell'ordinamento tedesco è stata oggetto di particolare riflessione dottrinale e giurisprudenziale. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti tendono a definire tale figura come un organo *sui generis* di amministrazione della giustizia (*Organ der Rechtspflege* sui generis), non riconducibile a quanto la Legge fondamentale (*Grundgesetz – GG*) enuncia in tema di giurisdizione e la cui attività si svolge in un ambito operativo distinto da quello della magistratura giudicante, secondo un'organizzazione gerarchico-amministrativa a struttura piramidale. E' solo un orientamento ampiamente minoritario che vede, invece, nel pubblico ministero un organo dell'ordinamento giudiziario e lo inquadra tra le norme su potere giudiziario di cui al Titolo IX della Legge fondamentale, attribuendo ad esso i requisiti e le garanzie costituzionalmente previsti riguardo agli organi giurisdizionali. Tale visione non risulta aver mai avuto alcuna influenza sulla struttura della magistratura tedesca, che applica con radicalità il principio della separazione delle carriere nell'ottica della sottoposizione piena (e non attenuata come invece accade in Francia) del pubblico ministero alle scelte politiche e amministrative del Ministro di Grazia e Giustizia.

E, pertanto, il pubblico ministero tedesco è considerato un organo autonomo rispetto alla magistratura giudicante e la sua funzione è di cercare gli elementi di prova a carico dell'indagato; non subisce solo l'influenza dell'esecutivo, da cui è controllato, ma dal punto di vista interno è subordinato al Capo della Procura che può sostituirlo in qualsiasi momento, destituendolo dal caso al quale sta lavorando. Completa il quadro l'assenza di un organo analogo al Consiglio Superiore della magistratura sia a livello federale che a livello dei singoli *Länder*, considerato in contrasto con il principio della legittimazione democratica di tutti i poteri pubblici, incluso il giudiziario. Il che serve a rimarcare – se qualche dubbio ancora sussistesse - – la distanza con l'organizzazione del nostro potere giudiziario sia *de iure condito* sia *de iure condendo.*

4.2

Il quadro così sommariamente tratteggiato induce – e forse a ragione – a domandarsi il senso e l'utilità di comparare tale modello con quello italiano vigente, data la pressoché totale disparità che li caratterizza. Una prima, parziale risposta può rinvenirsi

19. Lo *status* e l'organizzazione del pubblico ministero sono disciplinati dagli articoli da 141 a 152 della legge federale sull'ordinamento giudiziario *(Gerichtsverfassungsgesetz - GVG)* del 12 settembre 1950. Le sue funzioni, invece, sono specificate dalle norme del Codice di procedura penale *(Strafprozeßordnung – StPO).*

nel fatto che, a fronte di risposte che potrebbero sembrare scontate, emergono invece elementi interessanti, a riprova della necessità di guardare ai modelli non solo sul piano dello loro filosofia generale ma soprattutto su quello della loro configurazione di dettaglio. E appare così un carattere tutto particolare del sistema in esame il quale è riuscito a neutralizzare i pericoli in cui sarebbe incorsa l'indipendenza della magistratura in generale e del pubblico ministero in particolare attivando circuiti diversi ma non meno efficaci rispetto a quanto si sta facendo in altri Paesi – e soprattutto nel nostro – per riformare la magistratura. E, invero, la dipendenza del Pubblico Ministero dal Ministro della giustizia è mitigata dalla ripartizione federale delle competenze in materia giurisdizionale, che vede i *Länder* titolari di pressoché tutte le competenze in materia giudiziaria. Risulta così interessante osservare come sia i giudici sia i funzionari del pubblico ministero sono dipendenti non da un esecutivo monolitico e monocolore ma da tanti "esecutivi", ciascuno con una propria visione dei problemi della giustizia, cosa che garantisce un pluralismo sostanziale nelle scelte di politica criminale cui si aggiunge – semmai – la capacità di auto coordinarsi tra le diverse realtà locali in vista in una maggiore efficienza globale dell'intero sistema federale o di zone dello stesso.

4.3

Pur in misura diversa e con diversi percorsi, quindi, giudici e pubblici ministeri sono parte di un'unica struttura, preposta con tutte le sue articolazioni interne ad amministrare la giustizia, nella più pura delle tradizioni bismarkiane, ancora ricordata come origine di quella riforma radicale del processo penale che venne lì trasformato da inquisitorio in accusatorio. La natura sostanzialmente amministrativa dell'organizzazione della giustizia in Germania, con tutte le sue articolazioni, emerge dalle regole che presiedono a formazione, reclutamento e nomina di magistrati e di pubblici ministeri, sia quanto a *status* degli stessi, sia nel già citato potere di direttiva di cui dispongono gli esecutivi verso i pubblici ministeri.

4.3.1

Per quanto riguarda la formazione, benché lo *status* dei pubblici ministeri si differenzi da quello dei giudici, la legge federale sull'ordinamento giudiziario (*Deutsches Richtergesetz - DRiG*), dell'8 settembre 1961, delinea un unico percorso formativo, comune per tutte le professioni legali, che si articola in diverse fasi: il conseguimento della laurea in legge, il primo esame di stato, il successivo praticantato di due anni – in cui i referendari sono tenuti a formarsi sia presso l'amministrazione della giustizia, sia presso l'amministrazione sia presso gli studi legali – e, infine, il secondo esame di stato. La legge federale citata detta i principi generali e lascia ogni *Land* libero di definire il contenuto della formazione giuridica (visto che – tra l'altro – sono sempre i *Länder*, a regolamentare le Università), così che questa differisce da un *Land* all'altro. In generale si può dire che, una volta superato il secondo esame di stato, il giurista che intende svolgere l'attività di magistrato requirente o giudicante deve presentare domanda di assunzione al Ministero della Giustizia del *Land* nel quale intende esercitare. Hanno *chances* di essere reclutati solo coloro che hanno conseguito risultati eccellenti nel loro curriculum e soprattutto nel secondo esame di stato.

4.3.2

La scelta dei giuristi cui affidare l'ufficio di giudice e il procedimento di nomina sono regolati in maniera differente da *Land* a *Land*. A norma dell'art. 98, comma 4 GG, i *Länder* possono stabilire che il Ministro della giustizia del *Land* decida in merito all'assunzione dei giudici affiancato ad una commissione appositamente formata (*Richterwahlausschuß* – Commissione per la scelta dei giudici). La composizione di tale commissione differisce da *Land a Land* e spesso ne fanno parte parlamentari, rappresentanti dei magistrati e anche dell'ordine degli avvocati. In alcuni *Länder* il Ministro

acquisisce invece il parere non vincolante del *Presidialrät*, organo di rappresentanza dei giudici con compiti consultivi in materia di reclutamento, mentre, in altri ancora la scelta è affidata esclusivamente al potere discrezionale del Ministro della Giustizia. Per i pubblici ministeri, che non godono dello statuto ordinamentale dei giudici e sono sottoposti alle direttive del procuratore generale e del Ministro della giustizia, la selezione è più semplice che per i magistrati giudicanti e solitamente vengono assunti con gli stessi concorsi e regole degli altri funzionari statali.

4.3.3

I neo assunti sono sottoposti ad un periodo di prova e a periodiche valutazioni, non godono della inamovibilità e possono essere assegnati a svolgere, alternativamente, sia funzioni giudicanti che requirenti. Superato il periodo di prova, e subordinatamente all'ottenimento di valutazioni positive, sono nominati giudici a vita. Le decisioni suscettibili di incidere sulla posizione del singolo magistrato – in particolare le promozioni – fanno capo al Ministero della Giustizia di ciascun *Land*, previa consultazione di Commissioni costituite interamente da magistrati, per metà eletti dai colleghi.

4.3.4

Per quanto riguarda i giudici federali, invece, essi sono scelti tra giudici che già operano a livello statale da parte di una Commissione costituita solo da rappresentanti dell'esecutivo e del legislativo con esclusione del potere giudiziario. I criteri di scelta riguardano le qualità professionali, la loro provenienza territoriale e gli orientamenti anche di tipo politico, in modo da garantire la più ampia differenziazione di posizioni.

Comune a giudici e pubblici ministeri, che pure hanno posizioni nettamente separate, oltre alla formazione, è il sistema di promozione e il trattamento economico. A questo proposito, in Germania, in vista del passaggio delle funzioni, gli stipendi dei giudici e dei procuratori sono disciplinati in maniera corrispondente[20]. Si realizza quindi una effettiva intercambiabilità, pur in presenza di due corpi separati. In altri termini, "la separazione delle carriere non si traduce, come a prima vista sembrerebbe, nell'impedire l'osmosi anche nel corso della carriera giudiziaria"[21], cosa che avviene di frequente, specie per le posizioni più elevate.

Ciò non osta a che in capo ai Ministri della giustizia vi siano prerogative molto incidenti sull'attività dei pm, come per esempio il potere di emanare direttive[22], atti di natura tecnica e amministrativa (mentre nel nostro ordinamento la direttiva emessa dal Guardasigilli è di indirizzo politico). Un esame di alcune recenti direttive[23] emanate dai Ministri della Giustizia di alcuni *Länder* reperite in rete è sintomatico, anche solo dai titoli, della natura di tale potere, che si configura di carattere generale e tecnico. Questa prerogativa tuttavia, nei fatti, non risulta si traduca in una violazione del principio di legalità e in una indebita ingerenza del potere politico sull'esercizio della funzione requirente, visto che nessuno mette in dubbio l'efficacia pratica delle stesse. Questo perché la natura della direttive in esame è di carattere generale e di carattere rigorosamente amministrativo. Come affermato in dottrina, benché, il pubblico ministero "rimanga

20. D. Schefold, *Potere giurisdizionale e posizione del giudice in Germania*, in S. Gambino (a cura di), *La Magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 251.
21. S. Sicardi, *Ordine Giudiziario e separazione delle carriere: pareggiamento o differenziazione delle garanzie di indipendenza?,* www.astrid-online.it, p. 5.
22. I*bidem,* p. 2.
23. A titolo d'esempio: la direttiva *"Anordnung über Berichtspflichten in Strafsachen (BeStra) AV d. JM"* del 27 Novembre 2005, o la direttiva "*zur Anwendung des § 31 a Abs. 1 des Betäubungsmittelgesetzes Gemeinsamer Runderlass des Justizministeriums"* del 2007 sull'applicazione della legge in materia di stupefacenti, entrambe del Nord Reno Westfalia, o ancora la direttiva " *über die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität"* del 2008 del Land Sassonia in materia di cooperazione tra pubblici ministeri e polizia nel perseguimento della criminalità organizzata

un'autorità gerarchica, sottoposta al Ministro competente, le direttive di questo si limiteranno di norma a questioni tecniche, forse anche a casi singoli di attenzione pubblica speciale, ma sempre nell'ambito di limiti legali e peraltro controllabili"[24].

Non dimentichiamo infine che l'art. 98 GG prevede una procedimento nei confronti del giudice che abbia violato principi costituzionali e può comportare il trasferimento o la destituzione del giudice imputato. La messa in stato d'accusa dovrebbe essere votata da 3/5 del *Bundestag*, mentre il giudizio spetta alla Corte costituzionale (tuttavia non vi è nessun precedente relativo a tale procedimento).

5 Alcune considerazioni di sistema sul modello tedesco

Gli elementi sopra identificati che, nel contesto delle regole sull'organizzazione della giustizia, definiscono lo *status* del pm, presi singolarmente, potrebbero indurre a pensare che la Germania presenti l'anomalia di un potere politico (l'esecutivo in particolare) che conserva sulla magistratura poteri penetranti, che in altri paesi sono stati nel tempo erosi e attenuati. Questo è vero se si pensa al sistema di reclutamento, al potere di direttiva del guardasigilli, all'inesistenza di un CSM. Tuttavia, lo dico con cautela, parrebbe che in questo sistema l'elemento burocratico funzioni come barriera utile a creare una significativa distanza dalla politica. L'esempio sopra citato del potere di direttiva, così diverso da come sembrerebbe essere codificato in Italia, può essere una utile riprova di tale considerazione. Detto altrimenti, se è indubbiamente vero che i Ministri della giustizia ricoprono un ruolo fondamentale e potenzialmente influente sull'attività della magistratura, vi sono anche elementi interni al sistema che attutiscono tale potenziale ingerenza.

A creare una certa distanza dalla politica sembra assumere un ruolo decisivo la comune formazione per tutte le professioni legali: essa favorisce l'affermazione di valori di riferimento abbastanza omogenei e concorre a diminuire il rischio di conflitti tra le diverse professioni legali. Come rilevato in dottrina, "l'impianto monolitico dell'iter formativo offre, infatti, un retroterra di esperienze comuni ai componenti di tutte le professioni legali e pone le premesse per il consolidarsi di una cultura giuridica interna più omogenea, che costituisce attualmente il più rilevante tessuto connettivo tra i vari sottogruppi"[25]. Tessuto connettivo tra gli operatori del diritto che "ne enfatizza il ruolo tecnico e apolitico e costituisce una risorsa non trascurabile di autonomia professionale pur all'interno di una cornice organizzativa burocratica"[26].

L'unicità del percorso formativo, volta a creare il ceto dei *Juristen,* contraddistinto da una sorta di etica professionale forte, unitariamente concepita e mantenuta come elemento di difesa e di conservazione della onorabilità dell'intera categoria, assume un ruolo decisivo anche per un secondo ordine di ragioni: molti dei funzionari del dicastero della giustizia sono, infatti, essi stessi giuristi che quindi si trovano a condividere con il personale togato valori professionali consolidati nel processo di formazione comune[27].

In sostanza, l'elemento etico e culturale sembra conferire una particolare solidità a principi condivisi da tutti i Paese europei ma qui particolarmente sentiti. Di conseguenza, sul piano della comparazione, non si può non sottolineare il fatto che, se sono le norme a creare le organizzazioni e le strutture, sono poi il sostrato socio culturale ed etico a garantirne una corretta attuazione; in questo senso, forse, anche la nostra classe di magistrati avrebbe qualcosa da apprendere, soprattutto in alcuni dei suoi componenti.

E, pertanto, se è vero che tutti i fattori sopra considerati hanno attenuato i punti di possibile frizione e contrapposizione tra magistratura e sistema politico – come dimostrano anche le vicende giudiziarie che hanno coinvolto esponenti politici, nelle quali

24. D. Schefold, *Potere giurisdizionale e posizione del giudice in Germania, cit.,* p. 260.
25. P. Pederzoli, *Selezione e formazione delle professioni legali in Germania*, Padova, Cedam, 1992, p. 34 ss.
26. G. Guarnieri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Bari, Laterza, 2002, p. 98.
27. P. Pederzoli, *Selezione e formazione delle professioni legali in Germania*, cit., p. 35.

la magistratura ha costantemente mantenuto un atteggiamento di *self-restraint*[28] ma non hanno mancato di mettere in crisi anche altissimi gradi della politica nazionale[29] - è anche vero che lo stesso sistema costituzionale tedesco ha in sé elementi ed istituti che rendono l'intervento della magistratura nel processo politico un'ipotesi residuale. Tra questi indubbiamente spicca l'elevato grado di stabilità politica, cifra caratterizzante della forma di governo tedesca, segnata dal susseguirsi di coalizioni stabili di governo e da un cancelliere in posizione inequivocabilmente predominante nel contesto istituzionale, la già citata struttura federale, la solidità dell'impianto amministrativo e, da ultimo, una forte capacità di coordinamento e cooperazione tra i diversi livelli di governo che trova nel *Bundesrat* il momento di sintesi politica più completa. Tutto ciò a riprova dell'influenza sostanziale che il contesto costituzionale e politico in cui si articola la forma di governo esercita sui singoli elementi del sistema e, in particolare, su quelli più sensibili quale è, appunto, l'organizzazione del pubblico ministero.

6 Conclusioni

Chiamati a discutere di un disegno di legge costituzionale sulla riforma della giustizia, quali le conclusioni che si possono trarre dall'analisi comparata, oltre a quelli già accennati nel corso della trattazione? Certamente gli elementi di novità introdotti dal riformatore italiano non sono elementi esotici, estranei ad altre esperienze costituzionali; essi risultano essere tuttavia assai problematici visto il tentativo che sembra emergere dall'analisi della singole norme di estrapolare singoli aspetti di dettaglio vigenti in altri ordinamenti ed innestarli in un contesto politico, culturale e giuridico diverso e dai tratti del tutto peculiari quale è quello italiano. Questo è avvenuto rispetto ad alcuni tratti del modello francese, e forse anche del modello tedesco, seppur in quest'ultimo caso in maniera più sfumata. E, invero, la presenza di due CSM nel nostro progetto riformatore riecheggia la duplice formazione del CSM francese così come la prospettata riforma del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale richiama pur lontanamente il principio dell'opportunità dell'azione stessa adottata, sebbene in forme diverse, sia in Germania che in Francia.

Ciò che a mio avviso rende critico il giudizio sul ddl in esame è l'impressione che esso non prenda posizione, volgendosi verso un preciso modello organizzatorio. Al contrario, prendendo elementi dall'una e dall'altra esperienza, senza alcuna prospettiva sistemica, crea un ibrido che non giova né alla causa dei separatisti nè degli unionisti, né tanto meno aiuta a riflettere su quali siano le riforme effettivamente necessarie per realizzare una moderna amministrazione della giustizia, tra cui – sia consentito ricordare – va senz'altro annoverata la valutazione delle *performances*, vigente in Germania da decenni e da noi solo agli albori.

Il ddl costituzionale tocca la struttura di vertice ed alcuni elementi dell'organizzazione sottostante ma, nel complesso, sembra più rispondere a domande di visibilità politica che non a criteri di coerenza e di organicità, elementi che sono oggi invece quanto mai necessari non tanto e non solo alla classe politica ma a tutto il sistema paese.

28. La lettura di questo atteggiamento non è tuttavia unanimemente condivisa. Per una critica al potere di direttiva del Ministro e all'influenza che tale prerogativa esercita sui pm si veda H. Prandl, *Magistratura e politica: il caso tedesco,* in *Governo dei giudici*, a cura di E. Bruti Liberati, A. Ceretti, A. Giasanti, Feltrinelli, 1996, p. 163 ss. Secondo l'autore infatti, "in tutti in tutti i casi in cui la politica viene coinvolta, i Pubblici ministeri tedeschi sembrano come paralizzati. E questo avviene per un motivo ben preciso: il sistema gerarchico della magistratura. Infatti quando si apre un'istruttoria nei confronti di un uomo politico, il competente Ministro della Giustizia del *Land* viene subito informato e segue da vicino l'iter del procedimento, impartendo proprie direttive su quanto deve essere fatto in quel dato procedimento". Di fronte alle criticità del modello tedesco si è anche vociferato in dottrina di una possibile imitazione del modello italiano ("*vom Italien lernen*"), K. Pförtner, *Die deutsche Staatsanwaltschaft: Marionette der Politik? Unabhängigkeit muss sein!,* relazione all'Internationalen Symposium zur richterlichern Unabhängigkeit in Europa, Universität Frankfurt am Main, 2008.

29. Il riferimento è al caso, noto come "la tangentopoli tedesca", che ha coinvolto e travolto, nel 1999, il Cancelliere tedesco E. Kohl, Si trattava della scoperta di un sistema di finanziamenti illeciti alla Cdu, partito di cui Kohl era il segretario, provenienti in particolare da una tangente di un milione di marchi pagata dal commerciante di armi Karl Heinz Schreiber, per la vendita di 38 carri armati all'Arabia Saudita e finita nelle casse del partito, e da una tangente pagata dalla società Elf-Aquitaine, che avrebbe versato 30 milioni di marchi alla Cdu per assicurarsi la privatizzazione di alcune raffinerie nella ex Germania Est. Per una ricostruzione della vicenda, M. Caciagli, *La caduta di Kohl e il destino della CDU*, in *Rivista Il Mulino*, n. 1/2000, p. 160 ss.

Marilisa D'Amico

Una riforma costituzionale incostituzionale?

Sommario

Premessa – 1. Netta distinzione, dal punto di vista della loro posizione costituzionale, tra giudici e pubblici ministeri – 2. Dalla separazione delle carriere alla separazione degli ordini: la creazione di due C.s.m. – 3. Modifica della proporzione tra laici e togati all'interno dei due Consigli superiori della magistratura e mutamento del sistema elettorale della componente togata – 4. Contenimento delle funzioni del Consiglio superiore della magistratura – 5. Istituzione di una Corte di disciplina per tutti i magistrati – 6. La disponibilità della polizia giudiziaria – 7. L'attenuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale attraverso l'introduzione di criteri di priorità – 8. Sull'appellabilità delle sentenze di proscioglimento – 9. La responsabilità civile dei magistrati

Premessa

Dopo più di un anno da che il Governo ha iniziato a parlare della necessità di presentare una riforma costituzionale della giustizia, il 10 marzo 2011 il Consiglio dei Ministri ha approvato un disegno di legge di riforma del titolo IV della Costituzione che, se approvato, cambierà certamente il volto del sistema giudiziario italiano. Dal progetto della Bicamerale ad oggi è la prima volta che si può ragionare della riforma costituzionale in materia di giustizia partendo da un testo scritto su cui si è trovato un accordo all'interno del Consiglio dei Ministri.

Prima di affrontare un'analisi dei singoli aspetti, occorre però fare qualche considerazione generale.

Si tratta, anche questa volta, del tentativo di utilizzare la riforma costituzionale come strumento di lotta politica: il testo è infarcito di aspetti singolarmente anche corretti, su cui si potrebbe ragionare, ma sono l'impianto e la *ratio* complessiva della riforma a risultare inaccettabili.

Nella relazione introduttiva, appare chiara dalla lettura del dibattito in sede costituente la premessa errata del legislatore costituzionale: è vero, come si afferma, che in Assemblea costituente le posizioni rispetto al tema fossero molto diverse fra loro, ma un punto risultò chiarissimo, un punto che costituisce un principio costituzionale di organizzazione che possiamo definire supremo, e cioè quello dell'autonomia e dell'indipendenza del potere giudiziario rispetto agli altri poteri dello Stato. I costituenti, quindi, non blindarono i singoli articoli, ma vollero fondare la totale autonomia del potere giudiziario rispetto al potere legislativo e, soprattutto al potere esecutivo. La scelta di rinunciare di fatto all'obbligatorietà dell'azione penale, lasciando al potere politico, attraverso le leggi, il compito di stabilire quali siano i reati da perseguire e la disposizione che vorrebbe affidare totalmente al potere esecutivo il rapporto con la polizia giudiziaria, unita alla decisione di introdurre due CSM, indebolendo la funzione costituzionale dell'organo, comporta, nel complesso, un *vulnus* al principio supremo di organizzazione che riguarda il potere giudiziario, quello dell'autonomia e dell'indipendenza.

Che l'intento del legislatore costituzionale sia quello di ricollocare la posizione del potere giudiziario alla luce di trasformazioni storico-politiche si evince anche dal riferimento, sempre nella relazione introduttiva, al punto n. 3, dell'avvento del "bipolarismo", come aspetto incidente sul ruolo della giurisdizione nel nostro paese.

Fatta questa premessa analizzo, in sintesi, i punti qualificanti della riforma.

1

Netta distinzione, dal punto di vista della loro posizione costituzionale, tra giudici e pubblici ministeri

Il progetto di riforma costituzionale prevede, in primo luogo, una modifica agli artt. 101, comma 1, e 104 Cost.: il primo viene sostituito con la formula "i **giudici** costituiscono un ordine autonomo e indipendente da ogni potere e sono soggetti soltanto alla legge", nel secondo si stabilisce che "I **magistrati** si distinguono in giudici e pubblici ministeri. La legge assicura la separazione delle carriere dei giudici e dei pubblici ministeri. L'ufficio del pubblico ministero è organizzato secondo le norme dell'ordinamento giudiziario che ne assicurano l'autonomia e l'indipendenza".

L'obiettivo di queste modifiche è quello di utilizzare in modo coerente i termini "magistrati", "giudici" e "pubblici ministeri", così da chiarire che i giudici costituiscono un "ordine" autonomo e indipendente da ogni altro potere e sono soggetti soltanto alla legge, mentre l'autonomia e l'indipendenza dell'"ufficio" del pubblico ministero è assicurata dalle norme dell'ordinamento giudiziario, è, cioè, **demandata alla legge**.

Anche se parte della dottrina era già giunta a queste conclusioni leggendo la Costituzione vigente e, in particolare l'ultimo comma dell'art. 107 Cost., ai sensi del quale "Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario"[1], con le modifiche apportate dalla riforma la "decostituzionalizzazione" delle garanzie dei pubblici ministeri, ossia il fatto che spetti al legislatore predisporre le garanzie di indipendenza dell'organo dell'accusa, non potrà essere messa in discussione.

Si tratta di una chiara presa di posizione da parte del legislatore costituzionale rispetto alla collocazione costituzionale del pubblico ministero.

E' inoltre importante rilevare che nel testo della riforma (v. art. 104, comma 3, Cost.) ci si riferisce all'organo requirente utilizzando il termine "ufficio", al dichiarato fine (come emerge dalla relazione illustrativa al disegno di legge costituzionale) di superare concezioni e prassi soggettivistiche che avrebbero dato luogo ad una frammentazione della funzione requirente.

Problematico è però capire che cosa si intenda per ufficio: i singoli uffici della procure presso i Tribunali oppure un unico grande ufficio del pubblico ministero?[2]

Nel primo caso, la riforma potrebbe avere un impatto limitato, dal momento che già la l. 150 del 2005 e il relativo d.lgs. 106 del 2006 prevedono uno *status* differenziato del p.m. rispetto ai magistrati giudicanti[3].

Già oggi infatti la legislazione ha accentuato il momento gerarchico interno alle procure, non limitandosi a prevedere un coordinamento tra le funzioni dei singoli sostituti, ma arrivando a personalizzare la funzione in capo al procuratore[4].

Si tenga inoltre conto che anche l'esigenza di un coordinamento della funzione svolta dai sostituti procuratori all'interno degli uffici delle procure può già essere efficacemente soddisfatta a Costituzione vigente mediante l'intervento del legislatore ordinario, come d'altra parte già avvenuto per effetto dell'entrata in vigore del richiamato d.lgs. n. 106 del 2006. La stessa Corte costituzionale ha affermato che, "*a differenza delle garanzie di indipendenza previste dall'art. 101 Cost. a presidio del singolo giudice, quelle che riguardano il pubblico ministero si riferiscono all'ufficio unitariamente inteso e non ai*

1. Cfr. N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996.

Per una diversa lettura delle norme costituzionale, cfr. invece G. Neppi Modona, in *Commentario alla Costituzione*, tomo IV, a cura di G. Branca, Bologna, 1987, 70: "…il sistema di garanzie introdotto dalla Costituzione anche per il pubblico ministero è indivisibile, e […] non si può, facendo leva su un'interpretazione meramente letterale dell'art. 107 ultimo comma, modificarlo senza che ne risulti scalzato l'impianto complessivo della disciplina delineata dalla Costituzione per tutti i magistrati."

2. Cfr. N. Zanon, *"Ordine" dei giudici, "ufficio" del pubblico ministero e Consigli superiori "gemelli": come raffigurare a livello costituzionale, in Italia, la separazione delle carriere*, in *forumcostituzionale.it*

3. Cfr. N. Zanon - F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, 2011.

4. Su questo aspetto, cfr. S. Leone, *L'ufficio del Pubblico ministero tra gerarchia e impersonalità: simul stabunt simul cadent?*, in *Quad. cost.*, 2006, 554.

singoli componenti di esso" (sent. n. 52 del 1976; ma si vedano anche le sentt. nn. 462, 463 e 464 del 1993 e sent. n. 420 del 1995).

Se, invece, per "ufficio" si intendesse un unico grande corpo, allora le conseguenze – rispetto all'assetto ordinamentale vigente – sarebbero davvero radicali, e assai discutibili.

2 Dalla separazione delle carriere alla separazione degli ordini: la creazione di due C.s.m.

Come già accennato il nuovo art. 104, comma 2, Cost. stabilisce che "La legge assicura la separazione delle carriere dei giudici e dei pubblici ministeri".

Oggi la scelta in merito alla distinzione/separazione delle carriere - come ci disse la Corte costituzionale nella sentenza n. 37 del 2000 - è demandata al legislatore: se dovesse essere approvata la riforma costituzionale, invece, sarà imposta.

Non basterà cioè la differenziazione delle funzioni introdotta dalla l. 150 del 2005 e dal relativo d.lgs. 160 del 2006, ma sarà obbligatorio introdurre una vera e propria «separazione delle carriere»: quella di giudice e quella di p.m. saranno cioè due carriere diverse, cui si accederà attraverso concorsi distinti e senza alcuna possibilità di passare dall'una all'altra (se non dimettendosi e ricominciando da capo).

Coerentemente alla scelta di prevedere in Costituzione una vera e propria separazione delle carriere fra giudici e pubblici ministeri, la riforma costituzionale crea due ordini distinti: non più un unico ordine di magistrati, bensì un ordine composto dai giudici e uno dai pm. Si prevede quindi la creazione di due Consigli superiori della magistratura, uno per i giudici e uno per i pubblici ministeri.

E' una scelta molto chiara, volta a mutare profondamente l'ordinamento giudiziario italiano. I pubblici ministeri resteranno indipendenti (non c'è alcun legame con il potere esecutivo), tuttavia si accentuerà profondamente la differenza tra la formazione dei giudici e quella dei pubblici ministeri e, soprattutto, si creeranno due corpi nettamente separati tra loro.

3 Modifica della proporzione tra laici e togati all'interno dei due Consigli superiori della magistratura e mutamento del sistema elettorale della componente togata

Uno dei punti qualificanti della riforma è quello della modifica della composizione del Consiglio superiore della magistratura. E' un tema ricorrente nel dibattito sulle riforme in materia di ordinamento giudiziario. Già negli anni settanta, chi stigmatizzava l'espansione del ruolo del C.s.m. (su cui v. anche *infra* § 4), ne ha attribuito perlopiù la causa alla cd "politicizzazione" dell'organo e, dunque, ha posto la propria attenzione alla sua composizione, proponendo interventi riformatori della legge elettorale per l'elezione dei membri togati, ma talora anche, a livello costituzionale, ripensando a fondo l'estrazione e la proporzione delle varie componenti[5]. In particolare, con riferimento alle eventuali riforme perseguibili con legge ordinaria, chi rimaneva fedele al modello "amministrativo" ha sempre invocato l'introduzione di un sistema elettorale per la componente togata che scardinasse il potere delle "correnti". Qualche tentativo è stato fatto, ma senza portare evidenti cambiamenti[6].

Dal punto di vista costituzionale, già in passato si propose di modificare la composizione del Consiglio superiore della magistratura invertendo le proporzioni tra membri laici e togati, ovvero di attribuire parte della nomina dei componenti del Consiglio al Presidente della Repubblica (soluzione che, però, imporrebbe di ripensare alla posizione del Presidente della Repubblica come Presidente del C.s.m.).

Nel progetto di riforma costituzionale presentato nel marzo del 2011 dal Consiglio dei Ministri, entrambi i C.s.m. continueranno ad essere presieduti dal Capo dello Stato e questa è certamente una buona scelta, dal momento che la Presidenza della Repubblica,

5. Cfr., per l'analisi di alcuni di questi progetti, C. Pinelli, *Le proposte di riforma del Consiglio superiore della magistratura*, in *Magistratura Csm e principi costituzionali*, a cura di Caravita, Roma-Bari, 161.
6. Nelle ultime elezioni per la componente togata del Csm (2010), è risultato eletto solo un componente non riconducibile ad alcuna corrente.

oltre a costituire uno degli elementi di raccordo rispetto agli altri poteri dello Stato, costituisce una garanzia di autonomia dell'ordine giudiziario. Cambia, invece, la proporzione tra laici e togati: non più un terzo/due terzi, bensì metà e metà.

Vi è da chiedersi se questa soluzione sia la più idonea a perseguire l'obiettivo che ci si propone, cioè la depoliticizzazione del C.s.m., ovvero costituisca un rimedio peggiore del male: aumentando la presenza di membri laici, si può correre il rischio di un più pervasivo condizionamento dell'organo da parte del potere politico (basti pensare a quanto incide l'appartenenza politico-partitica al momento dell'elezione dei membri laici e nella scelta del vice-presidente).

Si tratta inoltre di una scelta che non si pone in piena aderenza rispetto alle indicazioni provenienti dagli organismi europei (fra tutte, Raccomandazione CM/Rec (2010)12 del Comitato del Ministri del Consiglio d'Europa del 17 novembre 2010), dove si stabilisce che in presenza di "Consigli di giustizia" a composizione mista (laici e togati), la presenza dei magistrati dovrebbe essere maggioritaria e comunque non inferiore al 50% dei componenti.

Critiche vanno espresse a mio parere anche in merito al fatto che è stabilito che i membri togati saranno scelti "previo sorteggio degli eleggibili". E' vero che il peso delle correnti sarebbe inevitabilmente contenuto, ma sorteggiare i componenti del C.s.m. rischia di portare nel consiglio persone non adatte al ruolo[7] o non così autorevoli da costituire un valido contrappeso rispetto al "peso" dei membri laici.

4 Contenimento delle funzioni del Consiglio superiore della magistratura

Il C.s.m. venne istituito solo nel 1958, con la l. n. 195. Nel dare attuazione al dettato costituzionale, il legislatore ordinario mosse da una interpretazione riduttiva delle attribuzioni del nuovo organo, cercando di ampliare il ruolo del Ministro della Giustizia a scapito del C.s.m[8]. Sappiamo che la Corte costituzionale è poi intervenuta con decisioni di accoglimento o interpretative, da taluni ritenute non soddisfacenti, ma comunque decisive per la definizione di quella "zona grigia" tra le competenze del Csm e quelle ministeriali (v. soprattutto sent. n. 168 del 1963; ma anche sentt. nn. 379 del 1992 e 380 del 2003). Ma ciò che è importante rilevare è che il C.s.m. ha progressivamente ampliato le proprie funzioni rispetto al modello costituzionale originario, ponendosi come un autorevole contraltare rispetto agli altri organi politici per tutto ciò che concerne le riforme in materia di giustizia, ma anche la protezione dei singoli magistrati (v. cd. "pratiche a tutela", espressione di pareri, etc.). Ciò, da una parte, ha reso il C.s.m. un saldo punto di riferimento per l'intera magistratura, dall'altro ha creato problemi nelle relazioni con gli altri poteri dello Stato e, di conseguenza, una serie di tensioni "dentro" e "fuori" il C.s.m.

Dal punto di vista strettamente giuridico-costituzionale, il progressivo ampliamento delle funzioni del C.s.m. si è fondata su una lettura estensiva dell'art. 105 Cost., secondo cui la disposizione conterrebbe una lista di attribuzioni essenziali non esaustiva, ben potendo invece il C.s.m., per la sua natura di organo di rilievo costituzionale, adottare tutti gli atti che ritenga funzionali alla tutela dell'indipendenza dei singoli magistrati[9].

La riforma, nel precisare che "i Consigli non possono adottare atti di indirizzo, né esercitare funzioni diverse da quelle previste nella Costituzione" intende ricondurre il C.s.m. a quell'idea originaria di organo di alta amministrazione[10]. Anche se il progetto ricalca in parte ciò che si stabilì in seno alla Bicamerale istituita nel 1997 (nell'art. 121

7. In questo stesso senso, G. Ferri, *Magistratura e potere politico*, Cedam, 2005, 170, il quale rileva come "l'estrazione a sorte non garantirebbe che a svolgere le funzioni di consigliere siano le persone più adeguate".
8. Tant'è che subito la dottrina sottolineò i profili di incostituzionalità della legge: v. emblematicamente Viesti, *Gli aspetti incostituzionali della legge sul Consiglio superiore della magistratura*, Napoli 1958.
9. Cfr., per es., Bonifacio-Giacobbe, *sub* art. 104, in *Comm. della Cost.* Branca, Bologna-Roma, 1986, 26. Per un'analisi più dettagliata delle diverse tesi, cfr. N. Zanon – F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Torino 2011.
10. Cfr. per questa lettura delle funzioni del C.s.m., S. Bartole, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova 1964, *passim*.

si stabiliva che "I Consigli … non possono adottare atti di indirizzo politico"), ci si può chiedere se sia realistico - oltre che opportuno - pensare di poter ridurre il ruolo di un organo che per oltre cinquant'anni ha assunto una determinata posizione nel sistema costituzionale italiano.

5 Istituzione di una Corte di disciplina per tutti i magistrati

Il progetto di riforma costituzione prevede l'introduzione di una nuova disposizione, l'art. 105 *bis*, secondo cui "I provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati spettano alla Corte di disciplina della magistratura giudicante e requirente". Tale Corte di disciplina dovrebbe essere composta da una sezione per i giudici e da una sezione per i pubblici ministeri.

Quella di portare la funzione disciplinare "fuori" dai C.s.m. è forse l'idea migliore della riforma.

Anche questa è una soluzione che era già contenuta nel progetto elaborato dalla Commissione Bicamerale nel 1997: allora si prevedeva l'attribuzione di tale funzione ad un organo *ad hoc*. Infatti, l'art. 122 stabiliva che "Spettano alla Corte di giustizia della magistratura i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei giudici ordinari ed amministrativi e dei magistrati del pubblico ministero". Quanto alla composizione dell'organo, si stabiliva che "La Corte è formata da nove membri eletti tra i propri componenti dai Consigli superiori della magistratura ordinaria e amministrativa".

Successivamente questa idea è stata autorevolmente ripresa da esponenti di vari orientamenti politici: c'è chi ha proposto di istituire un organo esterno, composto anche da soggetti diversi dai magistrati; altri di istituire un organo che si occupi insieme di magistrati e di avvocati (questa soluzione, per quanto molto interessante, dovrebbe, però, essere l'approdo di un percorso più ampio, non limitato ad una riforma della giustizia, bensì volto a ragionare sulle professioni legali più in generale e, dunque, finalizzato a creare, fin dal momento della formazione e dell'accesso, una circolarità e una comunanza tra le diverse professioni).

In linea generale, la scelta di costruire un organo esclusivamente dedicato a svolgere la funzione disciplinare appare condivisibile perché si eviterebbero commistioni tra funzioni amministrative e giudiziarie oggi svolte dai medesimi consiglieri.

Poiché però – nel progetto di cui oggi si discute – la Corte di disciplina è composta allo stesso modo in cui sono composti i due C.s.m., restano le medesime perplessità già espresse sopra.

6 La disponibilità della polizia giudiziaria

Mentre oggi l'autorità giudiziaria dispone "direttamente" della polizia giudiziaria (v. art. 109 Cost.), la riforma prevede che ne disporrà "secondo le modalità stabilite dalla legge". Il rapporto intercorrente tra autorità giudiziaria e polizia giudiziaria verrà dunque definito dal legislatore.

Come si evince dalla Relazione al Disegno di legge, l'obiettivo che il legislatore mira a perseguire, nell'intento di "perfezionare la capacità repressiva dello Stato", è quello di distinguere chiaramente il ruolo dell'ufficio del pubblico ministero, da un lato, e quello della polizia giudiziaria, dall'altro.

In particolare, verrà attribuita alla polizia giudiziaria una piena autonomia nello svolgimento dell'attività di "preinvestigazione", alla quale può ricollegarsi innanzitutto la legittimazione a ricercare la notizia di reato. Come si legge nella Relazione, tale ricerca avverrà "liberamente […] e attraverso ogni strumento di conoscenza e di osservazione della realtà": un salto indietro, dunque, a ciò che prevedeva a suo tempo il codice di procedura penale del 1930[11] .

11. G. Campanelli, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nei progetti di riforma*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 685. L'A. osserva come, peraltro, in tale testo non si prevedesse un'analoga attribuzione in capo al pubblico ministero, a differenza del codice di procedura penale vigente che ha attribuito (art.

Rispetto a questa modifica non si possono che avanzare forti perplessità.

Se attualmente la formulazione dell'art. 109 Cost. consente il determinarsi di un giusto equilibrio tra esigenze contrapposte - l'adeguato espletamento dei compiti della magistratura da una parte, la necessità di non far dipendere la polizia giudiziaria da un organo irresponsabile quale è la magistratura dall'altra - la formula della disponibilità diretta, ma non esclusiva, della p.g., legittimerà il legislatore ordinario a ricondurre i rapporti tra la p.g. e la magistratura nell'ambito della sola "gerarchia funzionale".

Eliminare in Costituzione la disponibilità "diretta" significa far venire meno questo equilibrio tra esigenze contrapposte, e attribuire la funzione di accertare violazioni di reati a un organo dipendente esclusivamente dal potere esecutivo.

Già la Commissione Bicamerale interveniva sul testo della disposizione. L'art. 127 stabiliva che "L'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria. La legge ne stabilisce le modalità". Nel testo attualmente all'esame però si va oltre: pur rinviandosi al legislatore per la specificazione delle modalità attraverso cui si deve esplicare il rapporto tra magistratura e polizia giudiziaria, viene eliminato il riferimento alla "diretta disponibilità". Si tratta, all'evidenza, di due prospettive assolutamente differenti.

7 L'attenuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale attraverso l'introduzione di criteri di priorità

Oggi il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale per tutti i reati (art. 112 Cost.). E' il riflesso del principio di uguaglianza.

La riforma mantiene l'obbligo, ma l'azione penale sarà esercitata secondo un ordine di priorità stabilito dalla legge. Spetterà al legislatore stabilire quali reati meritano di essere trattati prioritariamente.

Ciò significa che la politica criminale entrerà ancora di più nel programma politico del Governo, tant'è che spetterà al Ministro riferire "sull'esercizio dell'azione penale e sull'uso dei mezzi di indagine".

Anche il primo progetto elaborato dalla Commissione Bicamerale prevedeva che la legge avrebbe dovuto dettare le norme per rendere effettiva l'obbligatorietà dell'azione penale, tuttavia, la versione definitiva del testo di riforma presentato al Parlamento riproponeva la formulazione attuale del principio di obbligatorietà.

Ora, non c'è dubbio che la mole degli affari giudiziari è, rispetto alle capacità di smaltimento delle procure, troppo elevata per consentire una piena trattazione di tutte le notizie di reato, che il carico di lavoro è distribuito in modo diseguale sul territorio nazionale e che tutto ciò rende di fatto quasi impossibile ottemperare al principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Di fronte a questa situazione, già da molto tempo parte della dottrina ha sostenuto l'opportunità di elaborare criteri di priorità, anche a livello delle singole procure[12]. Altri hanno affermato che sarebbe preferibile affidare queste scelte al Parlamento, organo espressivo della sovranità popolare e politicamente responsabile[13], poiché l'atto legislativo garantirebbe regole valide su tutto il territorio nazionale e sarebbe sottoponibile al vaglio della Corte costituzionale[14].

Secondo parte della dottrina, sarebbe possibile introdurre criteri di priorità (non di opportunità!) già a Costituzione vigente[15]. La questione è discussa e, con la riforma

330 c.p.p.) al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria le stesse prerogative in materia di ricerca e acquisizione della notizia di reato.

12. V. Zagrebelsky, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, 101. In generale, sostiene che l'indicazione di criteri di priorità; non violerebbe il principio di obbligatorietà, e che anzi ad essere obbligatorio, proprio a causa della carenza di mezzi, non sia tanto l'esercizio dell'azione penale quanto il compimento di scelte prioritarie G. Conso, *Introduzione alla riforma*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, 1979, XVI.

In senso contrario U. Nannucci, *Analisi dei flussi delle notizie di reato in relazione all'obbligatorietà e facoltatività dell'azione penale*, in *Cassazione penale*, 1991, 1670.

13. G. Neppi Modona, *Principio di legalità e nuovo processo penale*, in *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, 124.

14. G. Monaco, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, 2003, 265.

15. Su questo dibattito, cfr. ancora diffusamente N. Zanon – F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit.

dell'art. 112 Cost., troverebbe una soluzione.

Tuttavia, sebbene il compito di elaborare criteri di priorità nella trattazione delle notizie di reato sia attribuito al Parlamento da una fonte di rango costituzionale, qualche perplessità permane. In quanto tali, i criteri di priorità pongono infatti inevitabili ricadute sull'uguaglianza dei cittadini, imputati e persone offese dal reato.

Prima di giungere a questa soluzione, che comporta l'accettare come fatto insuperabile l'incapacità dell'apparato giudiziario di rispondere alle istanze di giustizia, sarebbe necessario agire su un altro piano, intervenendo sulle cause di tale incapacità (incrementando i mezzi finanziari e le risorse umane a disposizione delle procure) oppure adottando politiche di depenalizzazione più coraggiose, ampliando il novero dei reati perseguibili a querela e quello di operatività dell'art. 49, comma 2, c.p. [16].

8 Sull'appellabilità delle sentenze di proscioglimento

Il progetto di riforma costituzionale intende modificare l'art. 111 Cost. aggiungendo un comma che così recita "Contro le sentenze di condanna è sempre ammesso l'appello, salvo che la legge disponga diversamente in relazione alla natura del reato, delle pene e della decisione. Le sentenze di proscioglimento sono appellabili soltanto nei casi previsti dalla legge».

L'obiettivo sembra quello di dare copertura costituzionale ad alcune soluzioni che il legislatore cercò di introdurre con la l. n. 46 del 2006 (cd. legge Pecorella), allo scopo di differenziare la possibilità per il pubblico ministero e l'imputato rispetto all'impugnazione delle sentenze di primo grado: il principio ispiratore era quello di limitare la possibilità per il p.m. di appellare le sentenze di proscioglimento, consentendo invece all'imputato di ricorrere contro quelle di condanna.

Alcune delle previsioni introdotte dalla l. n. 46 del 2006 sono state annullate dalla Corte costituzionale (v., in particolare, le sentt. 26 e 320 del 2007), in quanto determinavano una «dissimmetria radicale» tra accusa e difesa, facendo sì che una sola delle parti, e non l'altra, fosse abilitata a chiedere la revisione nel merito della pronuncia a sé completamente sfavorevole (l'imputato poteva appellare la sentenza di condanna, che disattende la sua "pretesa di innocenza"; il pubblico ministero solo ricorrere per cassazione contro la sentenza di proscioglimento, che respinge integralmente l'istanza punitiva). Secondo la Corte, tale "dissimmetria", per i suoi concorrenti caratteri di «generalità» e «unaliteralità», eccedeva i margini di tollerabilità connaturali al principio di parità tra accusa e difesa, il quale pure non può obliterare le «fisiologiche differenze che connotano le posizioni delle due parti necessarie del processo penale, correlate alle diverse condizioni di operatività e ai differenti interessi dei quali, anche alla luce dei precetti costituzionali, le parti stesse sono portatrici».

Se questa è la posizione della Corte costituzionale rispetto alla garanzia del principio della parità tra accusa e difesa, allora l'impressione è che oggi il legislatore costituzionale voglia fare un "passo indietro" rispetto alla riforma che nel 1999 portò all'attuale formulazione dell'art. 111 Cost., ridimensionandone uno dei principi basilari, quello della parità tra accusa e difesa.

9 La responsabilità civile dei magistrati

Il tema della responsabilità civile si pone ciclicamente all'attenzione delle forze politiche e della pubblica opinione.

Dopo il referendum del 1987, che portò all'approvazione della l. n. 117 del 1988, negli ultimi anni si è tornati sul tema per due ragioni: l'una, di natura politica, perché la responsabilità civile è sempre stata vista – di per sé – come un modo per "colpire" i magistrati; l'altra, di natura giuridica, perché la Corte di giustizia ha espressamente

16. S. Catalano, *Rimedi peggiori dei mali: sui criteri di priorità nell'azione penale*, in *Quad. cost.* n. 1 del 2008, 65.

"bocciato" la legislazione italiana (v. sentenza 13 giugno 2006, Traghetti del Mediterraneo).

Si tratta dunque di un tema che sicuramente meriterebbe una riflessione pacata, allo scopo di individuare una soluzione legislativa adeguata a rispondere alle censure della Corte di giustizia, nonché alle aspettative risarcitorie delle parti che – sia pure in casi limitati – vengono danneggiati dall'assunzione di decisioni giudiziarie erronee, evitando, invece, che la discussione venga strumentalizzata allo scopo – come recita il titolo dell'incontro – di "normalizzare la magistratura".

Se questa è la cornice entro la quale andrebbe condotto il dibattito sulla responsabilità civile dei magistrati e, inevitabilmente, dello Stato, non mi sembra che la norma contenuta nel progetto di riforma costituzionale si muova verso tale direzione.

Ci si propone infatti di introdurre una disposizione in base alla quale i magistrati sono "direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione di diritti al pari degli altri funzionari e dipendenti dello Stato. La legge espressamente disciplina la responsabilità civile dei magistrati per i casi di ingiusta detenzione e di altra indebita limitazione della libertà personale. La responsabilità civile dei magistrati si estende allo Stato".

Per comprendere l'impatto della modifica deve essere considerato che la Costituzione già contempla una norma, l'art. 28 Cost., in base alla quale "i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici". Quando in Assemblea costituente si discusse di questa disposizione, nessuno mise mai in discussione che essa si applicasse espressamente ai magistrati (all'epoca, tra l'altro, a rispondere direttamente, sia pure in ipotesi limitate, erano solo i magistrati!)[17].

Successivamente, anche grazie ad alcuni noti interventi della Corte costituzionale (a partire dalla sentenza n. 2 del 1968), si affermò l'idea che, nel caso dei magistrati, il principio di responsabilità andasse bilanciato con quello di indipendenza. Ciò consentì di giustificare, dal punto di vista costituzionale, le differenze che hanno sempre caratterizzato la responsabilità dei magistrati rispetto a quella degli altri dipendenti pubblici, in termini di limitazione delle ipotesi di responsabilità ovvero di diversità procedurale.

Ciò non significa che la l. 117 del 1988 - di cui non si può non constatare il fallimento -non possa essere modificata, ma solo che il legislatore ordinario deve regolare la responsabilità dei magistrati in modo che, attraverso di essa, non possa essere leso il principio di indipendenza.

Alla luce di questa sintetica ricostruzione, appare evidente come lo scopo del legislatore costituzionale sia quello di eliminare ogni differenza tra i magistrati e gli altri funzionari e dipendenti dello Stato, superando una consolidata giurisprudenza costituzionale. Una totale equiparazione della responsabilità civile dei magistrati rispetto a quella del complesso dei dipendenti pubblici non potrà che costituire un *vulnus* al principio di indipendenza.

17. Cfr. F. Biondi, *La responsabilità del magistrato*, Milano 2006, 172 ss.

Guglielmo Leo

La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia penale

Sommario

1. ***Sistema delle fonti e sistema della giustizia costituzionale***. – 1.1. *Le decisioni fondamentali sui rapporti tra Costituzione e fonti sovranazionali*. – 1.2. *La rinnovata controversia sull'applicazione diretta delle norme sovranazionali di tutela dei diritti umani*. – 1.3. *Dichiarazioni varie di illegittimità per norme contrastanti con la Convenzione edu*. – 1. 4. *La Corte torna direttamente sui rapporti tra Costituzione e Cedu a proposito della pubblicità del processo*. – 1.5. (segue) *Retroattività della* lex mitior *e disciplina della prescrizione*. – 1.6. (segue) *Un diverso caso di revisione per l'esecuzione delle sentenze di Strasburgo*. – 1.7. *Sulla illegittimità «comunitaria»: le norme sul mandato di arresto europeo*. – 1.8. *Sul sistema «interno» di produzione normativa: i decreti non convertiti*. – 1.9. (segue) *Ordinanze sindacali e sicurezza urbana*. – 1.10. Discrezionalità *legislativa e «zone franche»: le norme penale di favore* – 1.11. (segue) *Norme di depenalizzazione e sindacato di legittimità*. – 1.12. (segue) *Confini della fattispecie e scelte sanzionatorie*. – 1.13. (segue) *Sulle pene per il sequestro di persona*. – 1.14. *Poteri dello Stato e giurisdizione: i «reati ministeriali»*. – 1.15. (segue) *Le competenze funzionali del cd. «Tribunale dei ministri»*. – 1.16. La *decisione sul cd. «legittimo impedimento»*. – 1.17. *Sulla insindacabilità delle opinioni espresse dai Parlamentari*. – 2. ***Sul diritto penale sostanziale***. – 2.1. *Recidiva e attenuanti generiche*. – 2.2. *Cancellazioni dal casellario e sospensione condizionale della pena*. – 2.3. *Il diritto penale dell'immigrazione e la successione di leggi nel tempo*. – 2.4. (segue) *Sul reato di «ingresso e soggiorno irregolare»*. –2.5. (segue) *Inottemperanza reiterata all'ordine di allontanamento*. – 2.6. *Sulla cd. «aggravante di clandestinità»*. – 2.7. (segue) *Aggravanti illegittime applicate con sentenza irrevocabile*. – 2.8. *In tema di intermediazione finanziaria*. – 2.9. *Sorveglianza speciale, inosservanza delle prescrizioni e principio di tassatività*. – 2.10. *Sulla base cognitiva per l'applicazione di misure di prevenzione*. – 2.11. *Guida in stato di ebbrezza e sospensione della patente*. – 2.12. *Veicolo in sequestro e peculato del custode*. – 2.13. *Illecito incenerimento di rifiuti*. – 2.14. *Omesso versamento dell'I.v.a*. – 2.15. *Recidiva e benefici penitenziari*. – 2.16. *Minorenni e benefici penitenziari*. – 2.17. *Nuova disciplina del «carcere duro» (art. 41-bis ord. pen.): restrizioni applicate e diritto di reclamo*. – 2.18. *Limiti ai colloqui con il difensore*. – 3. ***Sul diritto penale processuale***. – 3.1. *Nuove pronunce in tema di incompatibilità del giudice*. 3.2. – *Rappresentanza dell'ente «imputato» a fini di notifica*. – 3.3. *Incapacità processuale «non rimediabile» e sospensione del processo*. – 3.4. *Diritti fondamentali e presunzioni assolute: sull'accesso al patrocinio a spese dello Stato*. – 3.5. (segue) *Illegittima la custodia in carcere «obbligatoria» per i reati sessuali*. – 3.6. (segue) *Illegittima la custodia «obbligatoria» anche per l'omicidio*. – 3.7. (segue) *Custodia «obbligatoria» illegittima anche riguardo all'associazione per il narcotraffico*. – 3.8. *Un nuovo intervento della Corte su «contestazioni a catena» e decorrenza del termine di custodia*. – 3.9. *Giudizio abbreviato, indagini difensive e diritto alla controprova del pubblico ministero*. – 3.10. *Decreto penale, opposizione e diritto al contraddittorio*. – 3.11. *Decreto penale e revisione*. – 3.12. *Arresto convalidato dal g.i.p. e sindacato del giudice dibattimentale sui presupposti per il giudizio direttissimo*. – 3.13. *Incentivi «premiali» per il consenso all'acquisizione degli atti d'indagine nel fascicolo*

per il dibattimento. – 3.14. *Sull'accertamento delle indebite pressioni esercitate sul testimone.* – 3.15. *Garanzie per i Parlamentari, intercettazioni telefoniche e acquisizione di tabulati.* – 3.16. – *Giudice di pace e processo penale: sui limiti di rilevanza della connessione.* – 3.17. (segue) *Contestazioni «tardive» e tempestiva riparazione del danno.*[1]

1

Sistema delle fonti e sistema della giustizia costituzionale

1.1

Le decisioni fondamentali sui rapporti tra Costituzione e fonti sovranazionali

Non avrebbe alcun senso, ormai, ragionare sulla proiezione costituzionale della giurisdizione senza guardare al **sistema delle fonti**, ed in particolare al rapporto tra ordinamento interno, diritto sovranazionale in materia di tutela dei diritti umani, diritto dell'Unione europea.

Può essere utile fare un punto aggiornato della situazione, avuto naturalmente riguardo all'osservatorio (del resto tutt'altro che marginale) rappresentato dalla giurisprudenza della Consulta.

La recente **sentenza n. 80 del 2011**, occasionata ancora una volta da questioni concernenti la giurisdizione penale (o assimilata), segna del resto un **nuovo ostacolo** frapposto dalla Corte riguardo ad una ciclica propensione di parte degli interpreti verso forme di **applicazione diretta del diritto sovranazionale**.

Propensione che trova il suo fondamento, soprattutto, nei principi del diritto «comunitario», ed è probabilmente incrementata dalla constatazione delle omissioni e dei ritardi che segnano la legislazione del nostro Paese quanto alla trasposizione di principi e regole del diritto sovranazionale, specie per alcuni aspetti, nell'ordinamento interno. Sennonché le limitazioni della sovranità nazionale producono effetti diretti, appunto, nella sola proiezione comunitaria, cui il diritto penale e la stessa materia della difesa dei diritti umani sono riconducibili entro limiti determinati.

L'intero sistema di garanzia della **legittimità delle fonti** è costruito nel nostro Paese sul **controllo accentrato** di compatibilità tra le leggi ordinarie e la Carta fondamentale, anche per quanto riguarda l'obbligo legislativo, sanzionato espressamente dal «nuovo» primo comma dell'art. 117 della Costituzione, di osservare gli impegni assunti dall'Italia secondo le regole del diritto internazionale.

Proviamo allora, ed appunto, ad inquadrare il problema e a definire le soluzioni al momento prevalse nella giurisprudenza costituzionale.

Conviene ancor oggi prendere le mosse, a mio avviso, dalle fondamentali **sentenze n. 348** e **n. 349 del 2007**. Con quei provvedimenti la Corte costituzionale aveva chiarito come le norme della **Convenzione europea dei diritti dell'uomo** non siano «autoapplicative» perché non sono norme comunitarie (oggi diremmo «dell'Unione»), né comunque sono riferibili all'art. 11 della Costituzione, dato che non introducono alcuna limitazione di sovranità.

Sono norme internazionali pattizie (dunque non consuetudinarie, con conseguente inapplicabilità del primo comma dell'art. 10 Cost.), che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei

1. Testo della *Rassegna* illustrata a Milano, il 12 dicembre 2011, nell'ambito dell'incontro, organizzato dall'Ufficio distrettuale dei referenti per la formazione dei magistrati, sulle *Recenti pronunce della Corte di cassazione e della Corte costituzionale in materia penale*. L'Autore e l'Editore ringraziano i componenti dell'Ufficio per il consenso alla pubblicazione.

giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando, nello stesso tempo, le norme interne in eventuale contrasto.

Per altro, il testo riformato dell'art. 117, primo comma, Cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Va respinta – secondo la Corte – la tesi che la norma sia da considerarsi operante soltanto nell'ambito dei rapporti tra lo Stato e le Regioni. Allo stesso tempo, non può ritenersi che ogni norma contenuta in un trattato internazionale assuma, per il tramite dell'art. 117, primo comma, il rango di norma costituzionale.

In realtà la disposizione presenta struttura simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. Nel linguaggio corrente si tratta di «**fonti interposte**».

Quindi le **norme della Convenzione**, come interpretate dalla Corte di Strasburgo (*infra*), non acquistano la forza delle norme costituzionali e non sono immuni dal controllo di legittimità della Corte costituzionale italiana. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano compatibili con la nostra Carta fondamentale.

L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano **esse stesse conformi alla Costituzione** è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. È illegittima solo una norma che contrasti con un parametro interposto del quale sia positivamente scrutinata la conformità alla Costituzione.

Insomma, quando sorga il dubbio di un contrasto tra una norma nazionale ed una della Convenzione, occorre verificare: **a)** se effettivamente vi sia contrasto, non risolvibile in via interpretativa, tra la norma interna e le norme della Convenzione edu, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost.; **b)** se le norme della Convenzione edu invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano.

Se la norma interna contrasta con una norma della Convenzione, e la norma della Convenzione non contrasta con la Costituzione, ebbene il giudice nazionale dovrà **eccepire l'illegittimità della norma interna** per contrasto con il primo comma dell'art. 117 Cost., e la Consulta ne disporrà l'eliminazione dall'ordinamento.

Questa lettura di sintesi del sistema costruito nelle cd. «**sentenze gemelle**» è stata più volte ribadita, e posta alla base di un numero ormai rilevante di pronunce di illegittimità costituzionale, non a caso di preminente interesse penalistico.

Tra le prime va ricordata per altro una decisione di oggetto diverso (attinente ad una pretesa norma «interpretativa» circa il trattamento economico e giuridico di dipendenti degli enti locali trasferiti all'Amministrazione dello Stato): è la **sentenza n. 311 del 2009**. La Corte ebbe tra l'altro a specificare la rilevanza concorrente dell'art. 10, primo comma, Cost., quale parametro di misurazione della legittimità di una norma interna, quando se ne prospetti il contrasto con una disposizione convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. Ma soprattutto, la Corte aveva dato una pur schematica anticipazione della prospettiva poi sviluppata nella sentenza sul processo contumaciale, e cioè la configurazione della CEDU e della Costituzione come un **sistema integrato multilivello**, idoneo a garantire la «massima estensione delle tutele» in ordine ai diritti umani.

Veniamo quindi alla **sentenza n. 317 del 2009**, che presenta ai nostri occhi un duplice interesse: puntualizza e sviluppa la riflessione della Corte sui rapporti tra ordinamenti ed introduce una regola di grande importanza, pratica e sistematica, nella disciplina del processo contumaciale.

Si poneva da tempo la questione, relativa all'**art. 175, comma 2, c.p.p.**, se il meccanismo della **rimessione in termini** per l'impugnazione a favore dell'imputato processato in contumacia potesse essere azionato quando il gravame fosse già stato interposto dal difensore, con conseguente **duplicazione del giudizio impugnatorio**.

Al meccanismo in questione il sistema aveva assegnato il ruolo di **rimedio** per l'eventualità che un **processo contumaciale** si concludesse con una sentenza di condanna senza che l'imputato avesse avuto contezza della pendenza del giudizio. Tuttavia, all'esito di una evoluzione normativa che non merita ormai una ricostruzione di dettaglio, la **rimessione** nel termine dell'impugnazione restava ammessa solo a condizione che un giudizio impugnatorio **non** fosse stato celebrato. Era dunque possibile – visto che l'impugnazione era consentita al difensore anche in assenza di una procura speciale dell'imputato – che un processo si svolgesse in tutti i suoi gradi senza cognizione da parte dell'interessato. E che l'imputato, una volta sottoposto all'esecuzione della sentenza, non potesse ottenere un nuovo giudizio. Nonostante un intervento legislativo urgente per **ammettere la rimessione** anche in caso di gravame già interposto dal difensore, un discusso intervento ermeneutico delle **Sezioni unite della Cassazione** aveva ricondotto la disciplina al suo significato originario, privando quindi del rimedio quel contumace inconsapevole il cui difensore avesse impugnato la sentenza di condanna, e nel contempo aveva negato (in nome della **ragionevole durata del processo**) che una disciplina siffatta contrastasse con la Carta costituzionale e con la Convenzione europea.

> La questione era esplosa a metà dello scorso decennio, per effetto della sentenza di condanna deliberata contro l'Italia, dalla **Corte di Strasburgo**, su ricorso di tale **Sejdovic** (*infra*). Il legislatore era intervenuto d'urgenza, con il decreto-legge n. 17 del 2005, per altro modificato sostanzialmente, per quanto ci riguarda, dalla legge di conversione. Il testo riformato dell'art. 175 c.p.p., ancor oggi vigente, ammette la restituzione in termini del contumace senza alcuna distinzione (almeno esplicita) tra casi di gravame già interposto e casi di impugnazione proposta per la prima volta insieme alla richiesta di rimessione.
>
> Con la sentenza Huzuneanu (n. 6026 del 2008) le **Sezioni unite della Cassazione** avevano stabilito – nonostante l'intento esplicito del legislatore della riforma e la congruenza degli interventi attuati sulla norma pertinente – che anche in base al testo novellato dell'art. 175 c.p.p. l'imputato contumace non avesse diritto alla restituzione in termini per l'impugnazione quando il gravame fosse già stato proposto dal difensore (anche d'ufficio) e già definito. La soluzione, in problematico rapporto con la giurisprudenza CEDU sul diritto di personale partecipazione al processo, era stata giudicata costituzionalmente compatibile perché – naturalmente semplifico – mai specificamente "imposta" dalla Corte europea ed espressiva di un necessario bilanciamento con altri principi costituzionali, che si risolvono nel parametro della ragionevole durata.
>
> Restava comunque sacrificata la possibilità per l'imputato contumace inconsapevole di partecipare al proprio processo. Non ha sorpreso, quindi, che proprio a partire dall'assunto delle Sezioni unite (divieto di *bis in idem* in caso di gravame proposto d'iniziativa del difensore) venissero sollevate questioni di legittimità costituzionale.
>
> Quella poi accolta dalla Corte è stata proposta da una sezione della stessa **Cassazione**, che ha rimarcato come il comma 2 dell'art. 175 c.p.p., proprio in forza della preclusione ravvisata dal Supremo Collegio, contrastasse con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e quindi con la Costituzione.
>
> Come la stessa Consulta avrebbe poi ricordato, i giudici di Strasburgo hanno fissato, in relazione all'**art. 6 della Convenzione**, una serie di principi (si vedano, tra le altre, le sentenze Colozza c. Italia, 12 febbraio 1985; F.C.B. c. Italia, 28 agosto 1991; T. c. Ita-

lia, 12 ottobre 1992; Somogyi c. Italia, 18 maggio 2004; Sejdovic c. Italia, 10 novembre 2004 e Idem, Grande Camera, 1° marzo 2006). Eccone una ricostruzione schematica:
a. La persona accusata di un reato, pur non avendone l'obbligo, ha **diritto di essere presente** al processo che la riguarda.
b. È possibile la **rinuncia** all'esercizio di tale diritto, e dunque la previsione di forme di procedimento contumaciale non è per se stessa contraria alle disposizioni convenzioni di garanzia dei diritti dell'uomo.
c. Affinché la celebrazione *in absentia* del processo rappresenti il frutto di una scelta, e non la violazione di un diritto, l'imputato deve essere **consapevole** della celebrazione del procedimento a suo carico.
d. Va conseguentemente prevenuta l'esecuzione di sentenze pronunciate contro **contumaci inconsapevoli**.
e. Appartiene alla discrezionalità degli Stati la **scelta degli strumenti** per evitare l'esecuzione delle sentenze appena indicate, potendo essi approntare strumenti preventivi, cioè preclusioni che ostacolino la celebrazione del processo *in absentia* a fronte di comunicazioni non personalizzate circa le scansioni del processo, oppure **strumenti ripristinatori**.
f. A proposito di questi ultimi, in particolare, deve essere garantita al condannato contumace inconsapevole la nuova celebrazione di un procedimento, che si svolga in sua presenza avanti ad un giudice che ascolti le ragioni del condannato e gli consenta l'esercizio del diritto di difesa.

Era evidente che la disciplina italiana sulla restituzione in termini, almeno nella versione offertane dalla sentenza delle Sezioni unite, non assicurava la garanzia del diritto di **personale partecipazione** al processo da parte dell'accusato.

La **Consulta** non ha rimproverato al rimettente l'omessa sperimentazione di una soluzione «convenzionalmente orientata» (che pure sembrava tutt'altro che inconcepibile), e neppure si è indotta ad una decisione su base interpretativa (ad esempio una sentenza interpretativa di rigetto). La Corte piuttosto, opportunamente riconoscendo alla Cassazione la sua preminente funzione nomofilattica, ha fatto applicazione della teorica del **diritto vivente**. Senza dunque assoggettare a verifica (ed a critica) l'assunto che ancor oggi l'art. 175 c.p.p. precludesse il *bis in idem*, i Giudici costituzionali sono partiti da quell'assunto. Ma immediatamente e – si direbbe – inevitabilmente, hanno contraddetto le Sezioni unite in punto di compatibilità tra detto diritto vivente ed i precetti della Costituzione. **Illegittimo** dunque il comma 2 dell' art. 175 c.p.p. «*nella parte in cui non consente la restituzione dell'imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato*».

Oggi la sentenza ci interessa soprattutto quale snodo essenziale della riflessione nelle Corti costituzionali (non solo quella italiana) circa i **rapporti tra ordinamenti nazionali, ordinamenti sovranazionali e ordinamento internazionale**. Non è questione di gerarchie, ma di «**sistema multilivello**» delle garanzie per i diritti umani, in una interazione virtuosa tra fonti, tale da assicurare sempre la garanzia più estesa tra quelle disponibili. Né la Corte ha «appaltato» il proprio ruolo storico ed istituzionale di garante degli equilibri disegnati dalla nostra Costituzione, perché una trasposizione automatica delle norme e dei *dicta* provenienti dagli ordinamenti sovranazionali non potrebbe mai determinare una lesione di interessi garantiti dalla Costituzione italiana. Concetto già presente nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007, ma chiarito e puntualizzato, appunto, con la decisione in esame.

È evidente che questa Corte non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. La

conseguenza di questo ragionamento è che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato ***mirando alla massima espansione delle garanzie****, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti.*
Nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il ***necessario bilanciamento*** *con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Questo bilanciamento trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche a questa Corte nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali.*
Il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – trova la sua primaria concretizzazione nella funzione legislativa del Parlamento, ma deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che ***la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro****. Naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di* ***evitare*** *che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. –* ***si sviluppi in modo squilibrato****, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea.*
Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali.

In base a questa ricostruzione del sistema – della quale è stata posta in rilievo una forte carica assiologica – è stato valutato l'assunto delle Sezioni unite secondo cui il diritto di difesa del contumace avrebbe ben potuto soccombere ad una pratica applicazione del **principio di ragionevole durata del processo**, del quale il *ne bis in idem* costituisce un corollario particolarmente importante.

Tale eventualità deve essere esclusa, giacché il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. **Ciò che rileva è esclusivamente la durata del «giusto» processo**, quale delineato dalla stessa norma costituzionale invocata come giustificatrice della limitazione del diritto di difesa del contumace. Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo non «giusto», perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata.

1.2 La rinnovata controversia sull'applicazione diretta delle norme sovranazionali di tutela dei diritti umani

Come accennato in apertura le cosiddette «**sentenze gemelle**» del 2007, e le decisioni successive cui abbiamo fatto riferimento, avevano rappresentato, tra l'altro, una barriera eretta dalla Corte contro il movimento per l'«**autoapplicazione**» delle disposizioni della Convenzione edu.

Esula ampiamente dalla funzione di questi appunti una ricognizione delle reazioni che si sono registrate, sul piano dottrinale come su quello giurisprudenziale, all'atteggiamento assunto dalla Consulta.

Vorrei mettere però in rilievo la **difficoltà principale** che deriverebbe da un ampliamento dei casi di **rilevanza diretta** delle norme sovranazionali, sul piano dei diritti umani. In tali casi si registrerebbe la disapplicazione delle norme nazionali che ciascun giudice ritenesse in contrasto con le previsioni sovranazionali. L'obiezione che i margini di prevedibilità delle decisioni si ridurrebbero drasticamente prova troppo, perché anche le norme che regolano i rapporti tra ordinamenti sono norme giuridiche, che

devono essere osservate, come tutte le altre, previa interpretazione. È certo per altro che l'affidamento al singolo giudice della decisione sulla compatibilità costituzionale della norma nazionale (perché di questo si tratta, come subito vedremo, nella generalità dei casi) può determinare un quadro di **incertezza e disuguaglianza** nell'attuazione dei diritti fondamentali.

Occorre evidenziare, d'altra parte, l'**ampia coincidenza delle norme di garanzia**, riguardo a diritti fondamentali come la difesa o la libertà personale, che caratterizza la nostra **Costituzione** e gli strumenti sovranazionali, soprattutto la cd. **Carta di Nizza** e la stessa **Convenzione europea** dei diritti dell'uomo. Si è detto da qualcuno che, per i diritti a garanzia multipla, **concorrerebbero più strumenti di tutela**: dalla disapplicazione ad opera del giudice nazionale della norma lesiva, in applicazione diretta di quella sovranazionale, al controllo di legittimità deputato alla Consulta, attraverso la questione incidentale riferita ai singoli parametri (ad esempio, l'art. 24 Cost.). Il rilievo, in realtà, è impreciso.

Più propriamente, sarebbe di fatto **disattivato il controllo incidentale di costituzionalità**, con conseguente eliminazione del meccanismo fondamentale di garanzia della legalità costituzionale dell'ordinamento, e cioè la **eliminazione con effetti *erga omnes* delle norme incostituzionali**. È infatti dato notorio – la stessa Corte costituzionale l'ha affermato più volte – che sono **inammissibili questioni** sollevate riguardo a disposizioni contrastanti con **norme sovranazionali suscettibili di applicazione diretta**. Infatti, è condizione generale, per un valido instaurarsi del giudizio di costituzionalità, che il giudice *a quo* debba **fare applicazione** della norma che ritiene illegittima. Per definizione, dovendo il giudice **disapplicare** la norma interna quando contrasta con quella sovranazionale autoapplicativa, la condizione di rilevanza non sussiste.

Uno squilibrio intollerabile, sembrerebbe.

Va anche considerato che una **tutela «sistemica dei diritti»**, ove la dilatazione dell'uno non implichi l'annichilimento di quelli potenzialmente configgenti, richiede una **regola di bilanciamento** che non può non risiedere nel **nostro assetto costituzionale**.

Nondimeno, il «**movimento per l'autoapplicazione**» ha preso nuovo vigore a partire dal **1° dicembre 2009**, e ciò naturalmente in forza dell'entrata in vigore del **Trattato di Lisbona**, con l'ulteriore implicazione della operatività della nuova disciplina contenuta nell'**art. 6 del TUE**.

Trascrivo qui, per comodità, il testo della norma.

> ***Articolo 6 (ex articolo 6 del TUE)***
>
> 1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella **Carta dei diritti fondamentali** dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che **ha lo stesso valore giuridico dei trattati**.
> Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.
> I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.
>
> 2. L'**Unione aderisce alla Convenzione europea** per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.
>
> 3. **I diritti fondamentali**, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costi-

tuzionali comuni agli Stati membri, **fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali**.

Ecco i punti sui quali si è maggiormente concentrato il dibattito:

a. Adesione dell'Unione alla Convenzione, e dunque sua sottoposizione, come soggetto del diritto internazionale, agli obblighi nascenti dalla Convenzione ed alla giurisdizione della Corte di Strasburgo.

b. Riferimento ai diritti riconosciuti dalla Convenzione quali oggetto del diritto dell'Unione alla stregua di principi fondamentali.

c. Carta di Nizza con valore di norma trattatistica, e dunque di sicura rilevanza all'interno dei singoli ordinamenti.

Per inciso, la «trattatizzazione» della Carta di Nizza riguarderebbe di fatto anche le norme della Convenzione, in forza della nota «**clausola di equivalenza**» posta dall'art. 52 della stessa Carta. Trascrivo anche questa norma per comodità di consultazione:

Articolo 52. Portata e interpretazione dei diritti e dei principi

omissis
3.Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi **sono uguali** a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.

4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni.
omissis

Un complesso di argomentazioni, essenzialmente fondate sui riferimenti normativi che ho richiamato, ha portato parte degli interpreti a prospettare una «**comunitarizzazione**» delle norme europee di garanzia dei diritti umani, e dunque una efficacia negli ordinamenti nazionali tale da emulare quella, ormai sperimentata da decenni, che conduce alla disapplicazione delle norme contrastanti con disposizioni comunitarie *self-executing*.

Riscontri di questa tendenza si sono avuti anche in **giurisprudenza**. A titolo di esempio si può citare una decisione del **Consiglio di Stato** (2 marzo 2010, n. 1120) ed una del **T.a.r. del Lazio** (18 maggio 2010, n. 11984).

È apparso subito chiaro, però, il **diverso atteggiamento della Consulta**. Nella giurisprudenza sul tema possono distinguersi due fasi, che seguiremo cronologicamente nelle prossime pagine.

Una **prima fase** è stata caratterizzata dalla (perdurante) **negazione implicita di effetti diretti delle disposizioni convenzionali** in forza del dato normativo sopravvenuto alle «sentenze gemelle». Infatti la Corte, anche dopo il 1° dicembre 2009, ha continuato a valutare le norme convenzionali quali «**parametri interposti**», rilevanti nella prospettiva del primo comma dell'art. 117 Cost., talvolta respingendo e talvolta accogliendo **questioni incidentali di costituzionalità** che altrimenti, per le ragioni già sopra illustrate, avrebbero dovuto considerarsi inammissibili.

Una **seconda fase** si è aperta in tempi più recenti. La Corte ha **affrontato esplicitamente il tema** della pretesa comunitarizzazione, illustrando articolatamente le ragioni per le quali, ancor oggi, le norme convenzionali di cui si tratta sono **insuscettibili di applicazione diretta** nel nostro ordinamento, con la conseguenza che le disposizioni

interne con esse configgenti dovranno essere sindacate con l'incidente di costituzionalità.

Con una sola e probabilmente ovvia **precisazione**. La Corte ha già avuto modo di chiarire (ad esempio, con la **sentenza n. 227 del 2010**, *infra*) che la centralità sistematica assunta dal «nuovo» **art. 117 della Costituzione**, secondo il quale Stato e Regioni sono obbligati a conformare le proprie leggi agli impegni derivanti dal diritto internazionale e da quello comunitario, non implica che sia venuta meno la costruzione fondata sulla storica sentenza *Granital*. Il vincolo nascente dalle norme comunitarie munite di efficacia diretta non riguarda solo Stato e Regioni, ma continua ad investire i singoli giudici chiamati a definire controversie in cui rilevino le disposizioni del diritto dell'Unione. Permane dunque il **meccanismo della disapplicazione** delle norme confliggenti, in forza della diretta efficacia, in senso verticale, di quelle comunitarie. E la Corte, appunto, lo ha ribadito.

Abbiamo del resto vissuto, nei primi mesi del 2011, un massiccio **fenomeno di disapplicazione delle norme penali in materia di immigrazione,** e più precisamente di inottemperanza all'ordine di allontanamento impartito dal questore, a maggior ragione dopo che la **Corte di giustizia dell'Unione Europea**, con la sentenza del **28 aprile 2011 nel caso El Dridi**, ha stabilito l'incompatibilità delle fattispecie incriminatrici richiamate con il diritto dell'Unione, ed in particolare con la cd. «**direttiva rimpatri**». Torneremo naturalmente sull'argomento.

Qui piuttosto, per ultimare il quadro di sintesi, va ricordato come la Consulta abbia fatto applicazione anche del **principio concorrente** per il quale, nel caso di contrasto tra disposizione interna e norma di diritto dell'Unione **sprovvista di efficacia «auto-applicativa»**, il rimedio consiste nella questione di legittimità costituzionale, tradizionalmente fondata sull'art. 11 della Costituzione e «ora» anche sul primo comma del successivo art. 117.

1.3 Dichiarazioni varie di illegittimità per norme contrastanti con la Convenzione edu

Vi sono stati dunque diversi esempi di norme «convenzionalmente» illegittime, cioè norme che la Corte ha espunto dall'ordinamento per il ritenuto contrasto – rilevante *ex* art. 117, primo comma, Cost. – con una disposizione della Convezione edu.

Un esempio rilevante, anche nel merito, è dato dalla **sentenza n. 93 del 2010**, intervenuta in materia di necessaria **pubblicità delle udienze**, con specifico riguardo al procedimento di merito per l'applicazione delle **misure di prevenzione**.

È noto come la sentenza abbia dichiarato: «*l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423* (…) *e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575* (…), *nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga,* ***davanti al tribunale e alla corte d'appello****, nelle forme dell'udienza pubblica*».

La Corte si è mossa dalla verifica dell'assunto interpretativo sotteso all'ordinanza di rimessione, e cioè che il regime vigente non consentisse di celebrare udienza pubblica neppure in caso di **richiesta dell'interessato**. Le leggi speciali prescrivono in effetti la procedura in camera di consiglio, e la relativa disciplina prevede che l'udienza si svolga in assenza del pubblico (in questo senso si erano pronunciate anche le **Sezioni unite** della Cassazione nel 2003, con la sentenza n. 26156, Di Filippo).

Ciò premesso, va ricordato che l'**art. 6, paragrafo 1**, della Convenzione edu stabilisce che «*ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata* […], *pubblicamente e in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale indipendente e imparziale* […]», soggiungendo, altresì, che «*il giudizio deve essere pubblico, ma l'ingresso nella sala di udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica,*

quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia».

Inutile ricordare le ragioni di garanzia che sottendono al principio. Va detto, piuttosto, che per ben tre volte la **Corte di Strasburgo** l'aveva ritenuto applicabile anche al nostro procedimento prevenzionale (sentenza 13 novembre 2007, nella causa Bocellari e Rizza contro Italia; sentenza 8 luglio 2008, nella causa Pierre ed altri contro Italia; sentenza 5 gennaio 2010, nella causa Bongiorno contro Italia). Condannando il nostro Paese, la Corte ha ritenuto «essenziale», ai fini della realizzazione della garanzia prefigurata dalla norma sopra citata, «*che le persone* […] *coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione si vedano almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello*».

La Convenzione, in effetti, ammette **eccezioni al principio di pubblicità**, ma, in linea generale, solo per specifiche caratteristiche del caso concreto, e non per una intera tipologia di procedimenti. È concepibile anche una deroga per tipo di procedura, ma solo quanto a fasi di giudizio con carattere «**altamente tecnico**» (*infra*). Quindi un divieto positivo ed incondizionato di celebrare udienza pubblica risulta illegittimo, a maggior ragione per giudizi che siano privi della caratteristica indicata.

Ne consegue che il giudizio di prevenzione non tollera l'assenza, per l'interessato che lo desideri, di un controllo pubblico sul suo svolgimento.

In base a queste premesse, non sorprende che la Corte abbia ritenuto la violazione dell'**art. 117, primo comma, Cost.**

Seguendo lo schema delle sentenze gemelle, si è escluso per un verso che la norma convenzionale sia essa stessa in contrasto con la nostra Carta costituzionale. Anzi, sebbene la **Costituzione** non faccia menzione della pubblicità tra le garanzie del giusto processo, la nostra Consulta aveva già più volte affermato che la stessa pubblicità «costituisce principio connaturato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale – in forza dell'art. 101, primo comma, Cost. – trova in quella sovranità la sua legittimazione (sentenze n. 373 del 1992; n. 69 del 1991; n. 50 del 1989; n. 212 del 1986; n. 17 e 16 del 1981; n. 12 del 1971 e n. 65 del 1965). Il principio non ha valore assoluto, potendo cedere in presenza di particolari ragioni giustificative, purché, tuttavia, obiettive e razionali (sentenza n. 212 del 1986), e, nel caso del dibattimento penale, collegate ad esigenze di tutela di beni a rilevanza costituzionale (sentenza n. 12 del 1971)».

D'altra parte il giudizio prevenzionale non può certo considerarsi una mera procedura amministrativa: «*Si tratta (…) di un procedimento all'esito del quale il giudice è chiamato ad esprimere un giudizio di merito, idoneo ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.) e il patrimonio (quest'ultimo, tra l'altro, aggredito in modo normalmente "massiccio" e in componenti di particolare rilievo, come del resto nel procedimento a quo), nonché la stessa libertà di iniziativa economica, incisa dalle misure anche gravemente "inabilitanti" previste a carico del soggetto cui è applicata la misura di prevenzione (in particolare, dall'art. 10 della legge n. 575 del 1965). Il che conferisce specifico risalto alle esigenze alla cui soddisfazione il principio di pubblicità delle udienze è preordinato*».

Un'ultima avvertenza. La Corte si è preoccupata dell'eventualità che la domanda dell'interessato possa pregiudicare, nel caso concreto, interessi garantiti dalla **riservatezza della procedura**. In questi casi la stessa Corte di Strasburgo ammette il potere del giudice di disporre che si proceda in tutto o in parte senza la presenza del pubblico.

In sostanza la fattispecie sarà regolata, nei suoi profili sostanziali e procedurali, a norma dell'art. 472 cod. proc. pen.

A titolo di completa informazione si segnala che una questione analoga a quella accolta con la sentenza appena illustrata è stata trattata dalla Corte con la recente

ordinanza n. 159 del 2011. Com'è ormai d'uso, avendo la questione perso il suo oggetto per la sopravvenuta declaratoria di illegittimità della norma censurata, la questione stessa è stata dichiarata **manifestamente inammissibile**.

Un esempio ulteriore di illegittimità «convenzionale» era venuto dalla **sentenza n. 196 del 2010**, a proposito della applicazione «retroattiva» della **confisca obbligatoria** che il legislatore aveva introdotto, a partire dal 2008, per il veicolo condotto da persona sorpresa alla **guida in stato di ebbrezza**.

Con la sentenza in questione, la Corte aveva dichiarato la **illegittimità costituzionale**, limitatamente alle parole «*ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale*», dell'art. 186, comma 2, lettera *c*), del Codice della strada, come modificato, appunto, dall'art. 4, comma 1, lettera b), del decreto-legge n. 92 del 2008 (convertito, con modificazioni, dalla legge 125 del 2008).

È noto che la Costituzione italiana, attraverso la specifica indicazione del terzo comma dell'art. 25, sembra ammettere, dal punto di vista della successione nel tempo delle norme regolatrici, una disciplina differenziata delle **misure di sicurezza**, non precludendo ipotesi di **applicazione «retroattiva»**. È altrettanto noto, però, che la Corte di Strasburgo – attraverso una serie di provvedimenti che in questa sede non è necessario analizzare in dettaglio – ha adottato una **nozione sostanziale** di pena, quando si tratta di valutare eventuali violazioni dell'**art. 7 della Convenzione** europea dei diritti dell'uomo, nella parte in cui pone un **divieto di applicazione retroattiva**.

Di qui la crisi del nostro istituto della **confisca**, che il legislatore aveva concepito quale misura di sicurezza ma che assume sempre più spesso una evidente **natura sanzionatoria**. Di qui, in particolare, la crisi delle norme che configurano la possibilità di applicazione retroattiva di nuove previsioni di confisca, a partire dall'art. 200, primo comma, cod. pen. (cui rinvia, quanto alle misure di sicurezza patrimoniali, l'art. 236, secondo comma, del medesimo codice), in base al quale «le **misure di sicurezza** sono regolate dalla **legge in vigore al tempo della loro applicazione**».

È noto che, riguardo alla **confisca per equivalente**, con la **sentenza n. 97 del 2009**, la Consulta aveva adottato la strategia della **interpretazione adeguatrice**: la considerazione cioè della confisca quale misura «eminentemente sanzionatoria», con conseguente operatività del divieto di applicazione retroattiva.

Nel caso della **confisca del veicolo** imposta dal codice della strada si è individuato un ostacolo per una soluzione analoga: il riferimento testuale all'art. 240 c.p., che invece manca nell'art. 322-*ter* dello stesso codice, riferimento che la Corte ha probabilmente inteso nel senso che la confisca regolata da quella norma è «per forza» una misura di sicurezza.

Si è stimato allora necessario, ma anche sufficiente, rimuovere il richiamo alla norma codicistica per ottenere l'effetto preclusivo necessario a garantire conformità della disciplina con l'art. 7 della Convenzione europea e dunque con l'art. 117, comma primo, della nostra Costituzione.

Inutile approfondire ulteriormente la questione, dato anche che, successivamente alla sentenza, la **legge 29 luglio 2010, n. 120** (Disposizioni in materia di sicurezza stradale) è intervenuta profondamente sulla materia fin qui trattata, in particolare con l'art. 33, di modifica della lett. c) del secondo comma dell'art. 186 del codice della strada. In particolare la confisca è stata legislativamente definita quale sanzione amministrativa accessoria.

Abbiamo ricordato la decisione, qui, soprattutto perché espressiva della perdurante considerazione delle **norme della Convenzione edu**, da parte della Consulta, quali parametri interposti nel giudizio di legittimità costituzionale *ex* art. 117, primo comma, della Costituzione.

1.4 La Corte torna direttamente sui rapporti tra Costituzione e Cedu a proposito della pubblicità del processo

Insomma, come annunciato, oltre un anno di pronunce con le quali la Consulta, pur non trattando espressamente il tema della pretesa «**comunitarizzazione**» della Carta di Nizza o della stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha nei fatti negato che gli strumenti in questione abbiano assunto **efficacia diretta** nel nostro ordinamento.

Tuttavia, come pure si è anticipato, il momento di una presa di posizione espressa ed argomentata è alla fine venuto, con la **sentenza n. 80 del 2011**, ancora una volta pertinente al tema della **pubblicità delle udienze** nei procedimenti per l'applicazione delle **misure di prevenzione**.

Il problema di partenza è già stato sopra illustrato, e ne ripeterò i soli termini essenziali. L'art. 6 della Convenzione europea assicura ad ogni persona il diritto ad **un'equa e pubblica udienza** per la determinazione dei suoi diritti o per la verifica di fondatezza delle accuse che le vengono rivolte. La **Corte di Strasburgo** ha più volte stabilito che, in applicazione di tale principio, il nostro ordinamento deve riconoscere la possibilità, per coloro nei cui confronti sia proposta l'applicazione di una **misura di prevenzione**, di chiedere ed ottenere la trattazione della causa in regime di pubblicità. Proprio alla luce della giurisprudenza indicata, facendo applicazione del parametro rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost., la **Corte costituzionale** aveva recentemente stabilito l'illegittimità della norma che precludeva al giudice, nella **fase di merito** del procedimento di prevenzione, la possibilità di disporre, su richiesta dell'interessato, che il procedimento stesso fosse celebrato in forma pubblica (**sentenza n. 93 del 2010**).

Il problema si è riproposto per la **fase di legittimità** del procedimento, ed infatti la nuova questione risolta dalla Corte era stata sollevata dalla Cassazione, ancora una volta con riguardo al primo comma dell'art. 117 Cost.: si chiedeva fossero dichiarati illegittimi gli artt. 4 della legge n. 1423 del 1956 e 2-*ter* della legge n. 575 del 1965, che riguardano rispettivamente la prevenzione in materia di criminalità comune e quella concernente la criminalità mafiosa. Lo schema di ragionamento era quello ormai consueto: la norma interna contrasta con la norma convenzionale, che funge da parametro interposto.

Ebbene, la Corte ha esordito riconoscendo come, nella prospettiva della Convenzione edu, la **pubblicità delle udienze** debba rappresentare una **regola**, che ammette eccezioni solo in base a peculiari caratteristiche del caso concreto, oppure per procedure particolari, di contenuto essenzialmente tecnico. Tali eccezioni, per altro, sono state generalmente ammesse dai giudici di Strasburgo in procedure che, comunque, contemplano una fase pubblica di discussione della causa portata in giudizio.

Ora, proprio per effetto della già citata sentenza n. 93 del 2010 (successiva all'ordinanza di rimessione), anche il nostro procedimento di prevenzione è ormai segnato dalla pubblicità (o meglio, dalla possibilità di uno svolgimento in forma pubblica), nella fase che si svolge innanzi al Tribunale ed in quella concernente la Corte di appello. È rimasto tuttavia sul tappeto il dubbio di compatibilità con la Convenzione delle norme, non incise dalla sentenza, che regolano il **giudizio di prevenzione** innanzi alla **Corte di cassazione**.

> Per comprendere come mai la Consulta abbia deciso di verificare l'eventualità di una sopravvenuta **efficacia diretta** delle norme convenzionali, occorre sapere che la parte privata del giudizio *a quo*, costituitasi anche nel giudizio di costituzionalità, ha sostenuto proprio la tesi secondo cui la Corte di cassazione **avrebbe dovuto disapplicare la norma interna configgente**, e disporre direttamente che la trattazione del ricorso fosse compiuta in forma pubblica. Sennonché, ha osservato la stessa Consulta, se l'assunto della parte fosse stato fondato, la questione sollevata dalla Cassazione avrebbe dovuto considerarsi **inammissibile per irrilevanza**. È un dato acquisito della giurisprudenza costituzionale: se il giudice interno assume che la norma nazionale pertinente alla fattispecie concreta si trovi in conflitto con una disposizione "comunitaria" (ma dovrebbe ormai dirsi "dell'Unione"), e ritiene tale disposizione munita

di efficacia diretta nel nostro ordinamento, **non deve fare applicazione della norma interna**; e tutti sanno, naturalmente, che la necessità di applicare la norma censurata nel giudizio *a quo* è la prima condizione di rilevanza della questione di legittimità costituzionale.

Sono ormai noti (cfr. *supra*) gli **argomenti principali** a sostegno di una «rinnovata» prospettazione di efficacia diretta per la Convenzione edu e per la Carta di Nizza, dopo che, con riguardo alla prima, le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007 avevano espresso l'assunto contrario. Li ripeto brevemente. L'**art. 6 del Trattato** sull'Unione europea, nel testo in vigore dal 1° dicembre 2009 per effetto del Trattato di Lisbona, stabilisce al primo paragrafo che l'«Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo **stesso valore giuridico dei trattati**». La norma prosegue – per quanto interessa – prevedendo, al paragrafo 2, che «**l'Unione aderisce alla Convenzione europea** per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». Infine, il terzo paragrafo recita che «i **diritti fondamentali**, garantiti dalla Convenzione […] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto **principi generali**».

Rinviando com'è ovvio alla trattazione analitica che si trova in sentenza, si può dire con sintesi estrema come la Corte abbia «neutralizzato» i tre elementi di novità.

Anzitutto l'**adesione della UE**, quale soggetto della comunità internazionale, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: come in altre occasioni (ad esempio, la sentenza n. 250 del 2010 in materia di diritto penale dell'immigrazione), la Corte ha negato alla norma ogni attualità di effetti, posto che la relativa procedura è ancora in corso (non senza avvertire, con tono incidentale, della possibilità di «altri rilievi»).

In secondo luogo, la **valenza dei diritti** riconosciuti dalla Convenzione quali **principi generali** del diritto dell'Unione era già stabilita nel testo precedente dell'art. 6 del Trattato UE, e la Corte aveva già ritenuto nel 2007 (con argomenti richiamati nell'occasione odierna) la sua irrilevanza a fini di determinazione dell'efficacia delle norme convenzionali negli ordinamenti nazionali: «*i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario* (…) *è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale*».

Altrettanto va detto infine, a parere della Consulta, quanto alla **equiparazione ai Trattati** della Carta di Nizza. Secondo parte degli interpreti, tale equiparazione conferirebbe alla Carta gli stessi effetti «interni» delle norme trattatistiche. Non solo: poiché il terzo paragrafo dell'art. 52 contiene la nota «**clausola di equivalenza**» tra i livelli di tutela garantiti dalla Carta e quelli assicurati dalla Convenzione europea, l'effetto di «trattatizzazione» si estenderebbe, appunto, anche alla Convenzione.

In realtà – osserva la Corte – gli Stati riuniti a Lisbona hanno espresso con chiarezza il concetto che, pur doverosamente manifestando un'opportuna tensione verso la generalizzata promozione ed assicurazione dei diritti umani al proprio interno, l'Unione non ha inteso estendere le proprie competenze in siffatta direzione (lo stesso art. 6 del Trattato UE, al paragrafo 1, primo alinea, stabilisce che «le disposizioni della Carta **non estendono** in alcun modo le **competenze** dell'Unione definite nei trattati»). Un concetto già espresso nell'ambito della stessa Carta di Nizza, la quale, all'art. 51, stabilisce come le disposizioni in essa contenute si applichino «alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri **esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione**».

Che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea è stato già escluso più volte dalla Corte di giustizia, sia prima che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (tra le altre, sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU).

Insomma, il presupposto per applicabilità della Carta di Nizza è che «*la fattispecie*

sottoposta all'esame del giudice sia ***disciplinata dal diritto europeo*** *– in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e* ***non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto***».

La Corte può dunque tornare al problema di partenza. L'eventuale contrasto della norma censurata con l'art. 6 della Convenzione edu non potrebbe che condurre ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale. La questione sollevata dalla Corte di cassazione, nella parte in cui non è stata risolta dalla sentenza n. 93 del 2010, è dunque ammissibile. L'ipotizzato contrasto, tuttavia, non sussiste.

I giudici di Strasburgo non hanno mai affermato violazioni della norma convenzionale riguardo a **procedure** non pubbliche che avessero ad oggetto **questioni di diritto**. L'omissione, secondo la Consulta, corrisponde all'essenza dei principi enunciati nella materia in esame.

Per verificarne la compatibilità con il principio di pubblicità, i modelli procedimentali vanno infatti apprezzati nel loro complesso,di talchè, quando è preceduta da udienze che sono (o possono essere) aperte al pubblico, una **fase finale dedicata esclusivamente alla verifica di legittimità** può utilmente essere celebrata in forma non partecipata (sentenza 21 luglio 2009, Seliwiak contro Polonia).

In effetti, l'esigenza del controllo pubblico sul corretto esercizio della giurisdizione è particolarmente pressante nella fase di **assunzione** delle prove, e delle **prove dichiarative** in particolare, mentre si attenua riguardo a procedure assolutamente tecniche, centrate sulla discussione tra operatori del processo.

In definitiva – e la conclusione sembra valevole per l'intero modello del **giudizio camerale di legittimità** (art. 611 c.p.p.), almeno quando lo stesso consegue a procedimenti di merito aperti alla partecipazione del pubblico – il giudizio di cassazione può svolgersi nella necessaria assenza di estranei, senza che da questo derivi una violazione dell'art. 6 della Convenzione edu, così come interpretato dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo.

1.5 (segue) Retroattività della lex mitior e disciplina della prescrizione

Ed eccoci finalmente alla **sentenza n. 236 del 2011**, che presenta grandissima importanza da **più punti di vista**.

In primo luogo la Corte è stata chiamata a valutare nuovamente la compatibilità costituzionale della **disciplina transitoria** fissata, nell'art. 10 della legge n. 251 del 2005, per l'applicazione delle nuove norme in materia di **prescrizione del reato**.

Poiché un *revirement* della decisione di infondatezza già deliberata riguardo a questioni analoghe (*infra*) è stato sollecitato in base alla pretesa «**costituzionalizzazione» del principio di retroattività della *lex mitior***, si è determinata la necessità di verificare il fondamento di tale assunto. E poiché l'assunto veniva riferito a prese di posizione delle **Corti sovranazionali**, ed in particolare della Corte europea dei diritti dell'uomo, si è dovuta riprendere ed approfondire la riflessione sulla portata effettiva del **vincolo interpretativo** che pure, riguardo alle norme Cedu, era stato riconosciuto a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007.

Cominciamo dal problema concreto, cioè dalla **retroattività solo parziale** delle norme più favorevoli in tema di prescrizione.

La cronologia degli avvenimenti è nota a tutti. L'art. 10, comma 3, della legge n. 251 del 2005 fissava originariamente alla **dichiarazione di apertura del dibattimento** di **primo grado** la soglia di progressione dei giudizi raggiunta la quale, alla data di entrata in vigore della novella, le norme più favorevoli in materia di prescrizione non potevano

applicarsi. Con la **sentenza n. 393 del 2006**, la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione, ritenendo che la scelta legislativa del fattore discriminante non fosse «assistita da ragionevolezza» e quindi violasse l'art. 3 Cost. Per effetto della pronuncia i nuovi termini più favorevoli di prescrizione erano rimasti inapplicabili nei soli processi **già pendenti in grado di appello** o avanti alla Corte di cassazione.

> Non mi dilungo qui sulla miriade di problemi e contrasti che è derivata dal riferimento ad un concetto normativamente oscuro, cioè quello della **pendenza in appello**. Ricordo solo che, dopo un lungo contrasto, la nozione è stata fissata dalle **Sezioni unite**, con riguardo alle impugnazioni proposte contro **sentenze di condanna**, nei termini seguenti: «ai fini dell'operatività delle disposizioni transitorie della nuova disciplina della prescrizione, la pronuncia della sentenza di condanna di primo grado de-termina la pendenza in grado d'appello del procedimento, ostativa all'applicazione retroattiva delle norme più favorevoli» (Cass., Sez. un., 10 dicembre 2009, n. 47008, **D'Amato**).
> Secondo una parte della giurisprudenza, la questione si sarebbe posta in termini diversi nel caso di gravame proposto contro le **sentenze di assoluzione**. Il contrasto è stato affrontato dalle stesse Sezioni unite il **21 novembre** scorso, in proc. **Rancan**. Al momento in cui si scrivono queste note, è conosciuto il solo «dispositivo» della decisione, pubblicato dalla stessa Corte Suprema attraverso la cd. **informazione provvisoria.** Secondo tale documento, le Sezioni unite hanno affrontato la seguente questione: «Quale sia il fatto processuale rilevante ai fini dell'applicazione del trattamento più favorevole previsto dalle disposizioni transitorie della legge di modifica dei termini di prescrizione dei reati nell'ipotesi in cui sia stata pronunciata in primo grado sentenza di proscioglimento». Al quesito, sempre stando all'informazione provvisoria diffusa, è stata data la seguente soluzione: «La pronuncia della sentenza, al pari della sentenza di condanna».

Ma torniamo alla **compatibilità costituzionale** della disciplina vigente. Diverse corti di appello, e la stessa Cassazione, avevano ritenuto a questo punto ingiustificata la discriminazione operata nei confronti degli imputati sottoposti a giudizio in procedimenti progrediti già oltre la soglia rappresentata dalla sentenza di primo grado.

Dunque la norma «risultante» dall'intervento della Corte era stata nuovamente investita da questioni di legittimità costituzionale, che la Consulta, con la **sentenza n. 72 del 2008**, aveva giudicato prive di fondamento, ritenendo ragionevole il residuo limite posto alla retroattività del più favorevole regime di prescrizione del reato.

La Corte di Cassazione è tuttavia tornata alla carica, recentemente, negando che ancor oggi si regga l'assunto posto alla base della decisione del 2008, e cioè che nella nostra Costituzione il principio di retroattività della *lex mitior* non sarebbe riconosciuto in assoluto, pur ponendosi, alla luce del principio di uguaglianza, il problema di una **verifica di ragionevolezza** del criterio di discriminazione individuato per impedire l'applicazione generalizzata di una legge sopravvenuta più favorevole. Verifica da condurre in termini di scrutinio stretto (cioè di verifica in positivo, anziché in termini di non manifesta irragionevolezza), dato il riconoscimento che al principio di retroattività è stato accordato dalle Carte sovranazionali dei diritti.

Ecco, secondo la Cassazione, al **principio di uguaglianza** sarebbe oggi affiancato quello di **osservanza degli impegni internazionali** assunti dall'Italia, se non addirittura al diritto comunitario. E poiché, **secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo**, l'art. 7 della Convenzione edu conterrebbe per implicito un principio di **necessaria retroattività della *lex mitior***, ecco che contrasterebbe con l'**art. 117, comma primo**, della Costituzione una norma interna che introduca una regola contraria a quella della retroattività. L'allusione della Cassazione riguarda ovviamente la decisione assunta dalla Corte di Strasburgo con la sentenza della **Grande Camera** del 17 settembre 2009 (**Scoppola contro Italia**), così riassumibile: «l'art. 7 della Convenzione, che

stabilisce il principio del divieto di applicazione retroattiva della legge penale, incorpora anche il corollario del diritto dell'accusato al trattamento più lieve».

Studiamo allora, con necessario dettaglio, i passaggi della decisione assunta dalla Consulta, nel senso della **infondatezza** della questione sollevata dalla Corte di legittimità.

Naturalmente si è ribadito, in primo luogo, che il contrasto di una norma nazionale con una norma sovranazionale, in particolare della Convenzione edu, si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., attraverso il **parametro interposto** rappresentato, appunto, dalla norma convenzionale. Spetta per altro alla Corte verificare se la norma della Convenzione – norma che si colloca pur sempre ad un livello subcostituzionale – si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione. In questa, seppur eccezionale, ipotesi, deve essere esclusa l'idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro costituzionale considerato.

Ma ecco un primo elemento di novità o meglio di «**precisazione**» del **vincolo interpretativo** scaturente dalle **decisioni della Corte edu.**

Dopo aver ripetuto che l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo **non potrebbe essere sindacata**, e che dunque le norme convenzionali devono essere applicate nel significato loro attribuito dalla stessa Corte, la Consulta osserva che le spetta invece, e certamente, *«valutare come ed in qual misura **il prodotto dell'interpretazione** della Corte europea **si inserisca nell'ordinamento costituzionale** italiano».*

Ed ecco i passaggi cruciali, che conviene citare testualmente: *«la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, **in termini di interpretazione e bilanciamento**, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza»* (…) *A questa Corte compete, insomma, di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da **rispettarne la sostanza**, ma con un **margine di apprezzamento** e di adeguamento che le consenta di tener conto delle **peculiarità dell'ordinamento giuridico** in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi».*

Quanto al **principio di retroattività della legge più favorevole**, la Corte ricorda come avesse ribadito, ancora nel 2006 (con la già citata sentenza n. 393), che «*il **principio di eguaglianza** costituisce* (…) *non solo il fondamento, ma anche il limite dell'**applicabilità retroattiva** della lex mitior. Mentre il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, infatti, costituisce un valore assoluto e inderogabile, quello della retroattività in mitius è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e, in particolare, dalla necessità di preservare interessi, ad esso contrapposti, di analogo rilievo*». Con la stessa decisione si era però riconosciuto l'interesse espresso per il principio di retroattività dal **diritto sovranazionale** (art. 15, primo comma, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881; art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza; art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

In base a queste ed altre fonti, le **Corti europee** hanno solennemente accreditato l'influenza cogente del principio di retroattività. A livello dell'Unione, più volte definendolo parte delle **tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri** e, come tale, parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte di giustizia garantisce il rispetto e che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto interno adottato per attuare l'ordinamento comunitario (sentenza 3 maggio 2005, **Berlusconi** e altri, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02; sentenze 11 marzo 2008, **Jager**, C-420/06, e 28 aprile 2011, **El Dridi**, C-61/11). Nell'ordinamento della Convenzione,

considerandolo corollario del **principio di legalità**, secondo gli enunciati già citati della sentenza **Scoppola** del 2009, e della più recente decisione **27 aprile 2010**, **Morabito** contro Italia.

Ebbene, la Corte costituzionale riconosce che le pronunce di Strasburgo hanno trasformato **l'art. 7 della Convenzione** europea in un **parametro interposto** per la valutazione di legittimità costituzionale, *ex* art. 117 Cost., di norme derogatorie al principio di retroattività della legge più favorevole. Non solo, perché la Corte riconosce la **non sindacabilità** dell'affermazione – che pure nella giurisprudenza di Strasburgo ha rappresentato un *revirement* assai clamoroso – secondo la quale «*se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono* ***più favorevoli*** *all'imputato*».

Tuttavia, in pratica applicazione e concreto sviluppo della propria rivendicazione del ruolo di **ermeneuta del diritto convenzionale, compreso quello scaturente dai *dicta* della Corte europea**, la Corte nega che il principio di retroattività **abbia carattere assoluto** al pari di quello di irretroattività della norma sfavorevole.

Ed ecco il «recupero», nel quale risuona la eco di critiche dottrinali alle letture formalistiche delle **sentenze gemelle** (o, direttamente, alle sentenze medesime): «*Ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso Scoppola resta pur sempre* ***legata alla concretezza della situazione*** *che l'ha originata: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a* ***trasporre il principio affermato*** *dalla Corte di Strasburgo nel* ***diritto interno*** *e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio*».

D'altra parte – rileva la Consulta – nella sentenza Scoppola i giudici europei **non hanno escluso**, perché non avevano ragione di farlo, che il principio di retroattività *in mitius* ammetta deroghe, ed anzi hanno ammesso la legittimità di uno sbarramento (quello del **giudicato**) che per l'ordinamento italiano non è invece più tale. Soprattutto, la Corte europea si sarebbe limitata ad affermare che la **vigenza della legge più severa al momento del fatto** non può da sola giustificare limiti alla efficacia retroattiva della legge sopravvenuta: «*infliggere una pena più severa* ***solo*** *perché essa era prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo*». Ed allora, ragiona la Consulta, «*se la retroattività non può essere esclusa "solo" perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, è legittimo concludere che* ***la soluzione può essere diversa*** *quando le* ***ragioni per escluderla*** *siano altre e consistenti*».

Come si vede, **non un attacco frontale** all'autorità della Corte europea, ma una **interpretazione «orientata»** dei suoi *dicta*. E voglio subito aggiungere che non si tratta di un **espediente**. Non solo c'è da dire, come già accennato, che la Corte di Strasburgo aveva espresso numerosi precedenti contrari prima dell'arresto Scoppola. Come vedremo tra pochissimo, la stessa Corte ha avallato imperturbabile l'applicazione retroattiva di norme peggiorative del regime della prescrizione, a dimostrazione che il pressante riferimento all'**incidenza delle legislazioni nazionali e delle caratteristiche del caso concreto** nella decisione dei ricorsi e nella enunciazione dei relativi principi di diritto non è solo strumentale.

> Credo sia lecito affermare che la sentenza Scoppola potrebbe essere stata condizionata dal fatto che l'interessato era stato condannato all'**ergastolo**, in regime di rito abbreviato, pur avendo formulato la relativa richiesta in un momento in cui la legge chiaramente fissava in **trenta anni** di reclusione il massimo della sanzione applicabile

nell'ambito del rito, in forza di una inqualificabile «legge di interpretazione autentica», dunque *ex se* munita di efficacia retroattiva, che avrebbe indignato qualunque osservatore esterno. In pratica, si era riformata la disciplina del giudizio abbreviato in guisa da imporre la pena detentiva temporanea anche in caso di pluralità di delitti puniti ciascuno con la pena dell'ergastolo, e di fronte alle proteste dell'opinione pubblica qualcuno, per evitare che nel frattempo tutti gli appartenenti alla criminalità organizzata che si erano affrettati a cogliere l'attimo fossero condannati solo a pene temporanee, aveva avuto la "trovata" di imporre retroattivamente il *revirement* legislativo, definendo interpretativa una norma dal chiaro valore di novazione.
Sarebbe stata indifferente una situazione fisiologica, in cui non si trattasse di «piegare» il principio di retroattività ad una funzione singolare di **ripristino di effettività** del patto intervenuto tra ordinamento nazionale e singolo?

Occorre insomma – dice la nostra Corte –stabilire sempre **quale sia esattamente la portata della regola** enunciata dai giudici dei diritti umani, anche alla luce della controversia che detti magistrati erano chiamati a risolvere, e comunque secondo gli **ordinari strumenti dell'ermeneusi**.

Nella specie: la regola **non è quella della retroattività necessaria**, ma quella della necessità di giustificazioni qualificate per **limitazioni della retroattività** della *lex mitior*, che restano **ammissibili**.

Quali sono, poi, le «**leggi penali**» per le quali si imporrebbe l'applicazione retroattiva?

Qui la traccia per un «**secondo restringimento**» della portata delle pronunce di Strasburgo viene desunta dallo stesso tenore letterale delle sentenze Scoppola e Morabito, ove il principio di retroattività *in mitius* viene riferito alle «*disposizioni che **definiscono i reati e le pene** che li reprimono*».

Non v'è dunque coincidenza, osserva la Consulta, tra la nozione di «**legge penale**» rilevante per l'art. **7 della Convenzione** e quella accolta nel nostro ordinamento, e segnatamente nell'**art. 2 del codice penale.** Quest'ultimo infatti riguarda ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto, che apporti modifiche di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa, incidendo sul complessivo trattamento riservato al reo, mentre il primo ha una portata più circoscritta, concernendo le sole norme che prevedono i reati e le relative sanzioni. Tornando di contro al piano sovranazionale, sia l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, sia l'art. 49 della Carta di Nizza, infatti, non si riferiscono a qualsiasi disposizione penale, ma solo alla «legge [che] prevede l'applicazione di una pena più lieve».

Ed ecco, anche in questa seconda prospettiva, una **valorizzazione del «caso concreto»**, chiaramente fondata e del tutto ragionevole (*supra*): nel caso Scoppola si discuteva non già di una norma dotata di incidenza indiretta sul trattamento della fattispecie, ma di **un valore edittale** della pena (sia pure attraverso la mediazione della norma processuale sul rito abbreviato).

Dunque la regola è: il principio di retroattività della *lex mitior* riconosciuto dalla Corte di Strasburgo riguarda «*esclusivamente la **fattispecie incriminatrice** e la **pena**, mentre sono estranee all'ambito di operatività di tale principio, così delineato, le ipotesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità*».

Per la Consulta è facile attribuire all'altra Corte una nozione di legge penale che – stando sul concreto – non comprenda la prescrizione. Una cosa però la voglio dire. C'è infatti un **precedente di Strasburgo sulla prescrizione** (in una causa belga), ove addirittura è stata ammessa l'**efficacia retroattiva di una modifica peggiorativa**, cioè del sopravvenuto allungamento dei termini. La Corte europea ha così operato considerando che la prescrizione, nel contesto dell'ordinamento belga, è istituto a carattere processuale, ma certamente ha **escluso**, nel contempo, **che l'istituto sia compreso nella prescrizione dell'art. 7 della Convenzione,** finanche nel suo nucleo più forte e

tradizionale. Alludo qui alla sentenza del **22 giugno 2000**, ***Coëme*** *e altri c. Belgio,* con cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto che non fosse in contrasto con la citata norma convenzionale una legge belga che aveva allungato, con efficacia retroattiva, i tempi di prescrizione dei reati.

Poste allora due fondamentali «**precisazioni**» della «norma» prodotta a Strasburgo, la soluzione del caso di specie è divenuta agevole, e la Corte costituzionale è parsa in certo senso seguire **due percorsi alternativi**.

Il primo è che la disciplina della **prescrizione**, pur essendo certamente compresa nella nozione di «**legge penale**» rilevante per l'art. 2 c.p. (la Corte non poteva certo smentire i numerosi suoi precedenti in tal senso), resta estranea alla corrispondente nozione a fini di applicazione dell'**art. 7 della Convenzione europea**, pur recepita nell'interpretazione datane dai giudici di Strasburgo. Dunque il regime della transizione da una disciplina all'altra, nella prospettiva del diritto costituzionale, torna a gravitare essenzialmente sulla regola di ragionevolezza imposta dall'art. 3 Cost.

Secondo percorso: per **qualunque legge penale**, anche quella rilevante *ex* art. 7 Cedu, i limiti all'applicazione retroattiva non sono del tutto preclusi, ma devono essere giustificati da **fattori aggiuntivi**, non bastando la considerazione che il reo si vedrebbe applicato proprio il trattamento "minacciato" al momento della sua condotta antigiuridica.

Nell'un verso e nell'altro, come la Consulta già aveva detto con la **sentenza 72 del 2008,** la disciplina transitoria della *ex Cirielli* è oggi pienamente **razionale**, nella prospettiva della valorizzazione delle risorse processuali già impiegate, della funzionalità del sistema penale, dell'esaurimento tendenziale della fase di raccolta delle prove, della stessa *ratio* dell'istituto della prescrizione.

Un'ultima notazione. La Corte non aveva interesse a precisarlo, data la selezione dei parametri operata dal giudice rimettente, ma la compiuta **delimitazione della nozione di legge penale** nell'ambito degli ordinamenti sovranazionali sembra utile, e forse prodromica, a fronteggiare questioni dello stesso genere che vengano costruite sulla **Carta di Nizza** e sulle ormai frequenti esternazioni della **Corte di Lussemburgo** circa il valore di principio della regola di retroattività della *lex mitior.*

Ma l'argomento richiederebbe ben altra cura, e basti qui averlo evocato.

1.6 Un diverso caso di revisione per l'esecuzione delle sentenze di Strasburgo

C'era un altro fronte sul quale incidono profondamente i **rapporti tra legislazione nazionale e norme sovranazionali**, ancora una volta riguardante la Convenzione e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Occorreva stabilire, in particolare se e quali **conseguenze processuali** derivino da una decisione di condanna deliberata dalla **Corte europea** sul presupposto di una **violazione del diritto all'equo processo**. Dopo un lunghissimo ed imbarazzante silenzio del nostro legislatore, la Corte costituzionale ha rotto gli indugi e, con la **sentenza n. 113 del 2011**, ha introdotto un «**diverso caso di revisione**», utile per sottrarre il nostro ordinamento alla cronica inadempienza circa il deliberati della Corte di Strasburgo.

L'**art. 41 della Convenzione** europea statuisce che, «*se la Corte europea dei diritti dell'uomo dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli, e se il diritto interno dell'Alta parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte stessa accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa*». Inoltre, **l'art. 46 della medesima Convenzione**, sotto l'epigrafe «*Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*» statuisce che «*Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alla sentenza definitiva della Corte per le controversie di cui sono parti (comma 1). La sentenza definitiva della Corte viene trasmessa al Comitato dei*

Ministri che ne controlla l'esecuzione».

Dunque, una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo fa nascere in capo allo Stato l'obbligo di **rimuovere le cause della violazione**, ripristinando la situazione anteriore alla stessa. Solo in via sussidiaria la constatata violazione darà diritto al **risarcimento**, eventualmente riconosciuto dal giudice europeo, a titolo di *satisfaction équitable*. Pertanto, per ottemperare all'obbligazione di risultato che discende dall'accertamento della Corte europea, le autorità nazionali devono prevedere, all'interno del loro sistema processuale, misure idonee a ripristinare la situazione giuridica preesistente alla suddetta violazione. Ma, ovviamente, la **presenza di un giudicato interno** (inevitabile, posto che è proprio l'esaurimento dei rimedi interni la condizione imprescindibile per la legittimazione a ricorrere alla Corte europea dei diritti dell'uomo) necessita di uno strumento idoneo alla sua **"rimozione"**.

> Inizialmente, nell'ambito del Consiglio d'Europa si coltivò l'idea di introdurre direttamente, con uno strumento internazionale, l'obbligo per gli Stati di prevedere meccanismi di revisione delle sentenze penali irrevocabili a seguito delle pronunce della Corte di Strasburgo, idea che poi non si realizzò. Le Raccomandazioni successive accreditano la tesi che l'unica vera forma di *restitutio in integrum* sia la "revisione" (in senso più o meno tecnico, inteso cioè come riapertura) del giudicato penale e la celebrazione di un nuovo processo in conformità alle norme pattizie.
>
> Va posto in chiaro rilievo come sia stata superata, progressivamente ma definitivamente, l'idea che il problema possa essere risolto sempre e comunque con il pagamento della somma indicata a titolo di *satisfation equitable*. Anticipando notazioni trasfuse in parte nella sentenza n. 113 del 2011 (*infra*), va detto come il Comitato dei ministri abbia interpretato l'art. 46 CEDU in guisa da configurare, per gli Stati aderenti alla Convenzione, tre distinte e concorrenti categorie di obblighi: il pagamento dell'**equa soddisfazione**, ove attribuita dalla Corte ai sensi dell'art. 41; l'adozione di **misure individuali** volte a rimediare, nel singolo caso, alle conseguenze della violazione accertata; l'introduzione di **misure generali** volte a far cessare la violazione derivante da un atto normativo o da prassi amministrative o giurisprudenziali e ad evitare violazioni future.
>
> L'orientamento del Comitato è stato recepito dalla Corte EDU a partire dalle sentenze 31.10.1995, Papamichalopoulos c. Grecia e 13.7.2000, Scozzari e Giunta c. Italia (§ 249), traducendosi nell'affermazione del principio – ormai consolidato – in forza del quale, «*quando la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico, non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo di equa soddisfazione, ma anche di* ***adottare le misure*** *generali e/o, se del caso, individuali necessarie*» [Corte EDU, Grande Camera, 17.9.2009, Scoppola (§ 147); Corte EDU, Grande Camera, 1.3.2006, Sejdovic d. Italia (§ 119); Corte EDU, Grande Camera, 8.4.2004, Assanidze c. Georgia (§ 198)]. Ciò in quanto, alla luce dell'art. 41 CEDU, le somme assegnate a titolo di equo indennizzo mirano unicamente ad «*accordare un risarcimento per i danni subiti dagli interessati nella misura in cui questi costituiscano una conseguenza della violazione che non può in ogni caso essere cancellata*» [Corte EDU, 13.7.2000, Scozzari e Giunta (§ 250)].
>
> Dunque, la **esecuzione** deve comunque consistere nella ***restitutio in integrum*** della vittima. Dette misure devono porre, cioè, «*il ricorrente, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata una inosservanza delle esigenze della Convenzione*», giacché «*una sentenza che constata una violazione comporta per lo Stato convenuto l'obbligo giuridico, ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione, di porre fine alla violazione e di eliminarne le conseguenze in modo da ristabilire per quanto possibile la situazione anteriore a quest'ultima*» [in questo senso, tra le altre, Corte EDU, Grande Camera, 17.9.2009, Scoppola (§ 151); Corte EDU, 8.2.2007, Kollcaku c. Italia (§ 81); Corte EDU, 10.11.2004, Sejdovic c. Italia (§ 55); Corte EDU, 18.5.2004, Somogyi c. Italia (§ 86); Corte EDU, Grande Camera, 8.4.2004, Assanidze c. Georgia (§ 198)]. Se il conseguimento del risultato è precluso da **norme interne**, allora è dovere dello Stato condannato quello di «***eliminare, nel proprio ordinamento giuridico interno, ogni eventuale ostacolo*** *a un adeguato ripristino della situazione del ricorrente*» [Corte EDU, Grande Camera, 17.9.2009, Scoppola (§ 152); Grande Camera, 8.4.2004, Assanidze c. Georgia (§ 198)].
>
> In riferimento al caso specifico della condanna concernente la conduzione di un **procedimento «non equo»**, i Giudici di Strasburgo hanno affermato che il **rimedio** più

appropriato alla violazione constatata consiste, in linea di principio, in un **nuovo processo** o in una **riapertura del procedimento**, su richiesta dell'interessato, nel rispetto di tutte le condizioni di un processo equo [Corte EDU, 23.10.2003, Gençel c. Turchia (§ 27); Corte EDU, 29.1.2004, Tahir Duran c. Turchia (§ 23); Corte EDU, 29.7.2004, Yildrim c. Turchia]. Conclusione successivamente confermata dalla Grande Camera nel **caso Öcalan** [Corte EDU, Grande camera, 12.5.2005, Öcalan c. Turchia (§ 210)].
Va aggiunto che «*lo Stato convenuto resta libero*», «*sotto il controllo del Comitato dei Ministri, di scegliere i mezzi per adempiere al proprio obbligo, purché tali mezzi siano compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte*» [Corte EDU, Grande Camera, 17.9.2009, Scoppola (§ 147); Corte EDU, 8.2.2007, Kollcaku c. Italia (§ 82); Corte EDU, 21.12.2006, Zunic c. Italia (§ 75); Corte EDU, Grande Camera, 1.3.2006, Sejdovic c. Italia (§§ 119 e 127); Corte EDU, Grande camera, 12.5.2005, Öcalan c. Turchia (§ 210), § VIII.1 ric.; Corte EDU, 13.11.2007, Bocellari e Rizza c. Italia (§ 44); Corte EDU, 13.7.2000, Scozzari e Giunta (§ 249)]. Tuttavia la **prassi delle c.d. "sentenze pilota"**, con le quali la Corte EDU identifica le misure di carattere generale volte a rimuovere le cause strutturali della violazione, laddove questa sia addebitabile a un difetto sistemico dell'ordinamento interno, può ridimensionare seriamente l'asserita «libertà delle forme» negli adempimenti esecutivi della decisione di condanna.
Va inoltre almeno menzionata la **rilevante modifica dell'art. 46 CEDU,** in connessione all'entrata in vigore del **Protocollo 14 alla Convenzione** (ratificato dall'Italia con la legge n. 280 del 2005), determinatasi il 1° giugno 2010 a seguito della ratifica – lungamente attesa – da parte della Federazione russa. Tramite l'aggiunta di ulteriori tre paragrafi al citato art. 46 CEDU, è stato modificato il **sistema accentrato di controllo** sulla conformazione degli Stati contraenti alle decisioni adottate dalla Corte, riconoscendo al Comitato dei ministri sia la facoltà di richiedere alla Corte una decisione interpretativa, quando vi siano dubbi circa il contenuto di una sentenza di merito in precedenza adottata (§ 3), sia e soprattutto il potere di domandare alla Corte una ulteriore pronuncia in tema di accertamento dell'eventuale violazione dell'obbligo di esecuzione delle sentenze (§§ 4 e 5). È stato quindi istituito uno specifico procedimento di infrazione, atto a costituire un più incisivo mezzo di pressione sugli Stati per l'effettiva esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo.

Nel perdurante silenzio del legislatore, l'attenzione della dottrina e degli operatori si era rivolta all'istituto della **revisione**, la cui disciplina per altro, secondo l'opinione comune, non ne consentiva l'adattamento in via interpretativa alle necessità che stiamo discutendo.

La giurisprudenza, piuttosto, aveva escogitato **soluzioni «alternative»**, al fine ineludibile di evitare l'esecuzione di pene detentive inflitte in esito ad un processo definito «ingiusto» dal Giudice dei diritti umani.

Limitandoci alla giurisprudenza della Cassazione, possiamo segnalare la notissima **sentenza Somogyi** [Sez. 1, Sentenza n. 32678 del 2006], concernente la riapertura dei termini *ex* art. 175 c.p.p., la quale presuppone, al fine di legittimare l'impugnazione della sentenza contumaciale passata in giudicato, che l'interessato non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento. La Corte, con una sentenza da alcuni ritenuta ridondante rispetto allo scopo (oltre che discutibile), aveva stabilito che nel relativo accertamento il giudice é tenuto a conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che, in accoglimento del ricorso proposto dal condannato, abbia riconosciuto il carattere non equo del processo celebrato *in absentia*, di talché il diritto al nuovo processo non può essere negato invocando l'autorità del pregresso giudicato formatosi in ordine alla ritualità del giudizio contumaciale svoltosi nel rispetto della normativa processuale interna.
Una seconda pronuncia di rilievo è rappresentata dalla **sentenza Cat Berro** [Sez. 5, Sentenza n. 4395 del 2006]. La decisione non negava l'efficacia "vincolante" delle pronunce di Strasburgo, ma affermava che, in caso di condanna pronunciata all'esito di un giudizio contumaciale giudicato non equo dalla Corte EDU, il condannato, onde ottenere la rinnovazione del giudizio, potesse avvalersi unicamente dell'istituto della **rimessione in termini** per la proposizione dell'impugnazione, rimanendo per converso esclusa la declaratoria di non eseguibilità della condanna. In questo senso – o almeno in senso contrario alla «sospensione» del titolo esecutivo - si era pronunciata

anche parte della giurisprudenza di merito (ad esempio la Corte di assise di appello di Milano nel caso Cat Berro).
La terza decisione è rappresentata dalla notissima **sentenza Dorigo** [Sez. 1, Sentenza n. 2800 del 2007], sulla quale torneremo tra breve. Con questa pronuncia la Cassazione aveva stabilito che il giudice italiano dovesse dichiarare l'**ineseguibilità del giudicato** nei casi di accertamento, ad opera della Corte europea, di una condanna pronunciata in violazione delle regole sul processo equo. La sentenza per altro induceva la situazione di un giudicato ineseguibile e però non superabile in alcun modo, quasi che il carattere ingiusto della procedura precludesse per sempre la possibilità di valutare il fatto (soluzione estrema che la Convenzione non accredita in alcun modo).
Non a caso la **giurisprudenza successiva** si era fatta più prudente. Ad una decisione che sembrava confermarne in linea astratta l'enunciato, negandone però l'efficacia per il caso concreto [Cass., Sez. 1, Sentenza n. 20633 del 21/02/2008 (dep. 22/05/2008), Rojas, Rv. 239987], si era affiancata una sentenza che, invece, riprendeva la posizione assunta dalla Corte nel procedimento Cat Berro, il cui deliberato conviene trascrivere mediante citazione della massima ufficiale [Sez. 1, Sentenza n. 8784 del 12/02/2008 (dep. 27/02/2008) Rv. 239141, **Ay**]: «*In caso di condanna pronunciata all'esito di un giudizio contumaciale giudicato non equo dalla Corte europea per i diritti dell'uomo, il condannato non può ottenere la declaratoria di non eseguibilità della condanna limitandosi a proporre incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 670 cod. proc. pen., ma, per ottenere la rinnovazione del giudizio, deve avvalersi unicamente dell'istituto della rimessione in termini per la proposizione dell'impugnazione, come disciplinato dall'art. 175, commi secondo e secondo-bis stesso codice, restando riservato al giudice italiano il potere di valutare la ricorrenza dei presupposti di diritto interno per l'accoglimento dell'istanza. (V. Corte cost., 20 ottobre 2007 n. 348)*».
Un fronte particolare si era aperto, in tempi recenti, con riguardo al noto «**caso Drassich**». Posta di fronte ad una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo, in quanto l'imputato era stato condannato per un reato più grave di quello contestato, in forza di una riqualificazione giuridica officiosa sulla quale non aveva avuto modo di interloquire, la Cassazione aveva ritenuto di risolvere il problema di una **«riapertura» del processo** attraverso l'ammissione di un **ricorso straordinario per errore di fatto** (art. 625-*bis* c.p.p.), che per la verità è una impugnazione straordinaria destinata a correggere, appunto, meri errori di percezione del giudice di legittimità (Sezione 6, sentenza n. 45807 del 2008).
Una linea analoga era stata seguita nell'altrettanto famoso «**caso Scoppola**», ove l'Italia era stata condannata in quanto l'interessato, processato con rito abbreviato, era stato condannato all'ergastolo in forza di una sedicente norma di interpretazione autentica, sebbene la norma interpretata, vigente all'epoca della sua domanda, gli assicurasse una pena massima pari a trenta anni di reclusione (*supra*). Processo iniquo, naturalmente, e dunque da «riaprire». Nuovamente la Cassazione aveva giudicato ammissibile il ricorso all'art. 625-*bis* (Sezione 6, sentenza n. 16507 del 2010).
L'argomento richiederebbe ben altri approfondimenti, ma vorrei ugualmente osservare che – a parte le palesi forzature logiche e letterali della norma applicata – la soluzione escogitata dalla Corte ha potuto (e potrebbe in ipotesi ancor oggi) essere utile per un **problema risolubile con una «ripetizione» del solo processo di legittimità** (nel caso Drassich la riqualificazione sfavorevole era stata appunto effettuata dalla Cassazione, e nel caso Scoppola è stato sufficiente sostituire la pena dell'ergastolo, da parte della stessa Cassazione, con quella di trenta anni di reclusione).

Nella sua dimensione propriamente costituzionale, la vicenda si era comunque è focalizzata sul cd. **caso Dorigo**. Un caso che, in prima battuta, era stato segnato dalla **sconfitta** del tentativo di ottenere il rimedio necessario alla riapertura dei procedimenti «non equi» attraverso una **decisione manipolatoria** della Corte costituzionale. Si tratta della nota **sentenza n. 129 del 2008**.

Paolo Dorigo era un componente della colonna veneta delle Brigate Rosse. Con sentenza del 3 ottobre 1994, divenuta irrevocabile il 27 marzo 1996, fu condannato ad una pena piuttosto severa (circa 13 anni e mezzo) per banda armata ed altri reati.
Successivamente, il condannato aveva adito la Corte Edu (o meglio, l'organismo ad essa antecedente), la quale, con decisione del 9 settembre 1998, aveva stabilito che il processo a carico del Dorigo era stato non equo per violazione dell'art. 6 § 3 lett. d) della Convenzione europea. Ciò in quanto la condanna era stata pronunciata – in

conformità alle regole processuali allora vigenti – sulla base delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da tre coimputati non esaminati in dibattimento, perché si erano avvalsi della facoltà di non rispondere, con la conseguenza che l'accusato non aveva potuto esercitare il diritto di interrogare o di fare interrogare i testimoni a carico.
Più volte, in seguito, il Comitato dei Ministri ha constatato l'inadempienza dell'Italia all'obbligo di dare esecuzione alla decisione della Corte e di riaprire il processo nei confronti del Dorigo, invitando le autorità italiane ad adottare, nel più breve tempo, le misure che permettessero di eliminare le conseguenze della violazione e deplorando il fatto che, ad oltre sei anni dalla sentenza, non fosse stata ancora adottata alcuna misura.
Nell'ottobre 2005 il Comitato aveva affermato che il fatto che l'Italia, contrariamente alla maggioranza degli Stati membri del Consiglio d'Europa, non preveda ancora nessuna possibilità di riapertura del processo definito ingiusto da una sentenza della Corte, costituisce un ostacolo importante alla piena conformità della sua normativa alla Convenzione. Di qui il reiterato invito ad adottare una legge che consenta alle giurisdizioni nazionali di riaprire il processo in conformità alla Convenzione. Le inottemperanze, in questo senso, erano state poi censurate anche dall'Assemblea Parlamentare.
Com'è noto, il legislatore non ha mai dato corso ai numerosi disegni di legge presentati nella materia. In ciò è stato favorito dal fatto che, dopo la **sentenza della Corte di cassazione che aveva dichiarato inesigibile la pena inflitta a Dorigo** (*supra* e subito di seguito), il Comitato ha considerato eseguita la sentenza della Corte ed ha chiuso la vertenza.

Per comprendere come si sia giunti alla sentenza appena citata, ed alle due successive decisioni della Corte costituzionale, è utile sapere che Dorigo, il quale si trovava detenuto in esecuzione della pena, dopo aver ottenuto la sentenza della CEDU si era mosso su un **duplice fronte interno**.
a) Si era rivolto al **giudice dell'esecuzione** – la Corte di assise di Udine – in accordo con il Procuratore generale, per far constatare la ritenuta inefficacia sopravvenuta del titolo esecutivo. La Corte udinese, per altro, aveva rigettato la richiesta, ritenendo limitato il proprio compito all'esclusivo controllo dell'esistenza di un valido titolo esecutivo, ed in sostanza escludendo che la sentenza CEDU avesse in qualche modo invalidato il titolo stesso, formato a seguito del giudicato interno. La decisione era stata oggetto di ricorso per cassazione, sul presupposto della asserita inefficacia (o ineseguibilità) sopravvenuta del giudicato contrastante con la decisione della Corte europea.
La Corte di Cassazione – sez. I, 25 gennaio 2007 (cc 1 dicembre 2006), n. 2800 (Pres. Fazzioli, Rel. Silvestri) – aveva accolto il ricorso del P.M., statuendo che «*il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'inesigibilità del giudicato quando la Corte europea dei diritti dell'Uomo abbia accertato che la condanna sia stata pronunciata in violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione* (…) *e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia omesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo a instaurare il nuovo processo*». Con la medesima pronuncia, la Corte di cassazione aveva annullato senza rinvio l'ordinanza impugnata e, per l'effetto, dichiarato la inefficacia dell'ordine di carcerazione emesso in esecuzione della sentenza di condanna, con conseguente scarcerazione del Dorigo (in realtà già libero per provvedimento della Corte di appello di Bologna: *infra*).
b) Il condannato, nel frattempo, aveva aperto il secondo fronte (suggerito dalla stessa Assise di Udine), sollecitando la **revisione della sentenza di condanna**. Della domanda si era occupata (ex art. 11 c.p.p.) la Corte d'appello di Bologna. Avvalendosi degli ampi poteri discrezionali accordati dall'art. 635 c.p.p., la Corte aveva sospeso l'esecuzione della sentenza raggiunta dalla istanza di revisione, di fatto **scarcerando Dorigo**.
In pari data, era stata deliberata una ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale. Secondo la Corte, l'art. 630 c.p.p. avrebbe dovuto essere manipolato nel senso di ammettere la **revisione** non solo nel caso di nuove prove, ma anche quando la Corte edu abbia stabilito la "ingiustizia" del processo culminato con la sentenza di condanna.

La questione aveva investito l'**art. 630, comma 1, lettera *a*), del codice di procedura penale**, nella parte in cui esclude dai casi di revisione l'impossibilità di conciliare i fatti

stabiliti a fondamento della sentenza (o del decreto penale di condanna) con la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

La Consulta, come già detto, aveva giudicato **infondata** la questione, seguendo un ragionamento che possiamo riassumere come segue.

Presupposto logico dell'eccezione, nella prospettiva dell'**art. 3 Cost.**, era una sostanziale analogia tra la situazione considerata (sopravvenuto "accertamento" di "iniquità" del processo) e le fattispecie regolate nel testo attuale dell'art. 630 c.p.p.: di qui, appunto, la pretesa rilevanza del difforme trattamento. Tuttavia, osservava la Corte, la revisione – nella parte in cui concerne il **contrasto tra decisioni giudiziarie** – accede a situazioni in cui si scontrano due **ricostruzioni inconciliabili di un determinato fatto storico**.

Anche quando è pertinente ad un fatto processuale, il problema concerne la ricostruzione di un determinato avvenimento della vita, come ad esempio l'esistenza di una situazione impeditiva della partecipazione al giudizio dell'imputato.

L'oggetto della sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo, invece, è la **violazione** di una delle regole di assicurazione del **giusto processo**. Non c'è contrasto su un avvenimento, ma su una relazione giuridica tra norme nazionali e sovranazionali, oppure sulla rilevanza di un determinato fatto (non controverso) nell'una e nell'altra prospettiva.

Il giudice bolognese aveva poi prospettato una violazione dell'**art. 10, primo comma, Cost.**: l'ordinamento si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. Ma la Corte, tra l'altro, aveva negato la natura consuetudinaria (oltre che la pertinenza) della «presunzione di non colpevolezza».

La sentenza si chiudeva sul rilievo che il gravissimo problema posto dalla Corte bolognese poteva (e doveva) essere risolto secondo varie concepibili opzioni, che ovviamente spettano al legislatore. La Consulta esprimeva forti dubbi che la soluzione potesse consistere nella mera introduzione di un nuovo caso di revisione. E comunque rilevava l'**ormai chiara insostenibilità dell'inerzia legislativa** sull'argomento, tanto che rivolge «*al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU* ».

Come tutti sanno, il **monito è rimasto lettera morta**. E, come altre volte aveva fatto in passato, la Corte è passata dalle parole ai fatti, **dichiarando la illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p.**, occupandosi ancora una volta del **caso Dorigo**.

È infatti avvenuto che la Corte di appello bolognese, ricevuti gli atti in restituzione dopo la pronuncia della sentenza n. 129 del 2008, abbia sollevato **nuova questione** di legittimità costituzionale, questa volta censurando **l'intero testo dell'art. 630 c.p.p.** ed invocando, quale parametro di misurazione della legittimità della norma, l'**art. 117, primo comma, della Costituzione**, secondo lo schema ormai noto, con l'**art. 46 Cedu** quale parametro interposto.

Con la **sentenza n. 113 del 2011,** come accennato in apertura, la Corte ha «introdotto» «*un **diverso caso di revisione** della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*».

Il ragionamento si è mosso da considerazioni, che già sopra sono state illustrate, circa la complessiva «**pressione**» che l'ordinamento Cedu sta sviluppando per una esecuzione delle sentenze di Strasburgo che comporti la *retitutio in integrum* dell'interessato. Si è ricordato, inoltre, che l'adempimento richiede necessariamente la **rimozione di un**

giudicato, dato che il ricorso alla Corte europea presuppone l'esaurimento dei rimedi interni.

Tuttavia – prosegue la Corte – il mezzo di impugnazione cui tutti gli interpreti (nell'ostinato silenzio legislativo) hanno guardato, cioè la **revisione**, nella sua vigente formulazione non si prestava alla bisogna, dato che l'intervento di una decisione a Strasburgo non è assimilabile ai casi tipici previsti dall'art. 630 c.p.p. ed alla loro logica comune (ciò che già si era rilevato con la sentenza n. 129). Inoltre, rimediare al difetto di "equità" di un processo non significa giungere necessariamente a un **giudizio assolutorio**: «*chi è stato condannato, ad esempio, da un giudice non imparziale o non indipendente – secondo la valutazione della Corte europea – deve vedersi assicurato un nuovo processo davanti a un giudice rispondente ai requisiti di cui all'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, senza che tale diritto possa rimanere rigidamente subordinato a un determinato tipo di pronostico circa il relativo esito*».

È interessante citare il **riassunto** che nella sentenza è compiuto circa i *dicta* della precedente decisione. È comprensibile che, non solo per ragioni formali, le Corti esitino a contraddire proprie decisioni, specie se recenti e pertinenti ad un quadro normativo rimasto immutato.

> *Il quesito di costituzionalità era diretto, infatti, ad estendere all'ipotesi considerata lo specifico caso di revisione previsto dall'art. 630, comma 1, lettera a), cod. proc. pen., sulla base della denunciata violazione degli artt. 3, 10 e 27 Cost. Al riguardo, si è rilevato come nessuno dei parametri evocati – principio di eguaglianza; presunzione di innocenza, intesa come norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta; finalità rieducativa della pena – risultasse pertinente. Non il primo, stante l'eterogeneità della situazione descritta dal citato art. 630, comma 1, lettera a), cod. proc. pen. rispetto a quella posta a raffronto: giacché il concetto di inconciliabilità tra sentenze irrevocabili, evocato dalla norma del codice, attiene all'oggettiva incompatibilità tra i «fatti» (intesi in senso storico-naturalistico) su cui si fondano le decisioni, e non alla contraddittorietà logica delle valutazioni in esse effettuate. Non il secondo, poiché l'art. 10, primo comma, Cost. non comprende le norme pattizie che non riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale; ciò, senza considerare che la «presunzione di innocenza» non ha, di per sé, «nulla a che vedere con i rimedi straordinari destinati a purgare gli eventuali errores, in procedendo o in iudicando che siano», dissolvendosi – quella presunzione – nel momento stesso in cui il processo giunge al suo epilogo. Neppure, da ultimo, era conferente il terzo parametro, posto che la pretesa del rimettente di assegnare alle regole del «giusto processo» una funzione strumentale alla «rieducazione» del condannato avrebbe determinato «una paradossale eterogenesi dei fini, che vanificherebbe – questa sì – la stessa presunzione di non colpevolezza» (sentenza n. 129 del 2008).*

Ecco allora gli **elementi di novità**: «*A diversa conclusione deve pervenirsi circa la questione di legittimità costituzionale oggi in esame, la quale, per un verso, investe l'art. 630 cod. proc. pen. nel suo complesso, e, per altro verso, viene proposta in riferimento al* ***diverso e più appropriato parametro*** *espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., assumendo, quale «norma interposta», l'art. 46 (in correlazione all'art. 6) della CEDU*».

Piuttosto che la pur necessaria ricognizione della Corte circa la fisionomia del «sistema» introdotto dalle sentenze gemelle, conviene mettere in rilievo, in questa sede, la riflessione concernente la scarsa idoneità della revisione quale strumento per la rimozione del giudicato, almeno nella sua **proiezione rescissoria.**

La difesa della Presidenza del consiglio aveva puntualmente prospettato la **perdurante difformità** della nuova forma di revisione proposta rispetto a quelle esistenti, tutte incentrate su verità storiche incompatibili con risultanze esterne al processo. Si deve ribadire, poi, che non tutte le «**cause**» **di condanna**, in rapporto alla violazione del diritto all'equo processo, comportano la stessa necessità di destrutturazione del relativo giudizio, e men che meno orientano verso una soluzione liberatoria per il condannato.

Tuttavia, osserva la Corte, il rimettente ha censurato una norma **la più vicina** al tipo

di istituto che serviva per ricondurre a compatibilità «convenzionale» il nostro sistema. E poi l'**assunto centrale**: «*Posta di fronte a un **vulnus costituzionale**, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a **porvi rimedio**: e ciò, indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma (o, meglio, la norma maggiormente pertinente alla fattispecie in discussione) omette di prevedere. Né, per risalente rilievo di questa Corte (sentenza n. 59 del 1958), può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina – reale o apparente – che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti. Spetterà, infatti, da un lato, ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione; e, dall'altro, al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione*».

Insomma, la **norma lesiva di diritti costituzionalmente protetti** va rimossa immediatamente (anche quando consista, per così dire, in una disciplina «omissiva»). L'ordinamento dovrà **ricomporsi,** intorno alla nuova situazione determinata, mediante gli usuali strumenti dell'interpretazione sistematica ed analogica, e magari (finalmente) con un **intervento legislativo**, che secondo la Corte (mossa palesemente da una logica «emergenziale») non dovrà necessariamente intervenire regolando un caso di revisione. Quanto alla differenze strutturali cui sopra faceva riferimento, la Corte ha enfaticamente posto in rilievo che si tratta, appunto, di «**un diverso caso**» di revisione, la cui disciplina **deve prescindere** da ogni norma che non sia compatibile con la sua diversa funzione.

Quindi **non ogni condanna** a Strasburgo comporterà il diritto alla revisione (si pensi solo a quelle, numerosissime, per violazione della regola di ragionevole durata del processo). Per altro verso, di fronte alla **necessità di eliminare dalla base cognitiva** determinati elementi, con o senza possibilità di rinnovazione del procedimento acquisitivo, il giudicato va superato **indipendentemente dalla prognosi assolutoria** in ordine all'esito del giudizio «rinnovato», e dunque **senza applicare** le norme ordinarie che, nel procedimento di revisione, presuppongono una prognosi siffatta.

In tale opera il giudice sarà guidato dalle indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta, nonché nella sentenza "interpretativa" eventualmente richiesta alla Corte di Strasburgo dal Comitato dei ministri, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 3, della CEDU.

Il giudice della revisione valuterà anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre, appunto, in **vizi degli atti processuali** alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli.

Insomma, si tratterà di una vera e propria **opera di ricostruzione del sistema**, assai difficile per i giudici ordinari, e probabilmente utile, per coloro che vorranno criticare la decisione della Consulta, a documentare come, nella specie, le «rime obbligate» normalmente invocate per le decisioni di carattere additivo siano piuttosto libere nell'intonazione.

1.7 Sulla illegittimità «comunitaria»: le norme sul mandato di arresto europeo

Con la **sentenza n. 227 del 2010** la Corte ha affrontato una questione (sollevata dalla Cassazione con più ordinanze) che ci interessa da un duplice punto di vista.

Anzitutto, la decisione riguarda un istituto della procedura penale, cioè il cd. **mandato di arresto europeo**, cui si riferisce la decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio in data 13 giugno 2002, alla quale ha dato corso in Italia la legge 22 aprile 2005, n. 69.

> Si tratta com'è noto di uno strumento che gli Stati europei si sono dati, in forza dell'accresciuta fiducia reciproca nei rispettivi sistemi giudiziari, affinché sia data diretta esecuzione ai provvedimenti restrittivi da eseguire nel territorio degli Stati interessati, evitando la complessità e la dimensione politica tipica del procedimento estradizionale, e dando piuttosto esecuzione ai provvedimenti restrittivi in esito ad uno snello meccanismo di controllo giudiziale.
> Analoghi obiettivi caratterizzano la successiva decisione quadro del Consiglio, 27 novembre 2008, n. 2008/909/GAI «relativa all'applicazione del principio del reciproco **riconoscimento alle sentenze penali** che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea». Tale decisione è entrata in vigore il 5 dicembre 2008, mentre il termine di trasposizione per gli Stati membri è il 5 dicembre 2011.

La decisione citata stabilisce la possibilità di un **rifiuto di consegna**, tra l'altro, quando il provvedimento restrittivo concerna una persona «dimorante» nello Stato richiesto o sia in esso «**residente**» o ne sia cittadino, sempre che lo Stato medesimo si impegni ad eseguire nel proprio territorio il provvedimento privativo della libertà (art. 4, n. 6).

La norma ha lo scopo di favorire l'esecuzione di misure privative della libertà, nello spazio comune europeo, senza uno **sradicamento dal luogo degli affetti e degli interessi**. Uno sradicamento che è quasi la regola quando il cittadino sia richiesto da uno Stato estero (anche se è perfettamente concepibile che si tratti dello Stato in cui egli stesso si è radicato), ma può ben investire uno straniero comunitario che sia da lungo tempo residente in Italia.

> Occorre dire, di molto semplificando, che le variazioni intervenute nel sistema delle fonti del diritto comunitario (da ultimo con il trattato di Lisbona) hanno creato discussioni sul valore cogente della decisione, adottata nell'ambito del cd. «terzo pilastro», a livello intergovernativo, mentre oggi la cooperazione giudiziaria in materia penale è disciplinata dal capo 4, titolo V, del **Trattato sul funzionamento dell'Unione europea** (art. 82 e seguenti), quindi oggetto di competenze esercitate con l'ordinario e diverso metodo comunitario (mediante direttiva). La Corte di Lussemburgo ha più volte ribadito, comunque, la validità della decisione, specificamente valutando, su rinvio pregiudiziale, la norma sul rifiuto di consegna, ed assumendo la possibilità dei soggetti esclusi dalle leggi nazionali di far valere il contrasto delle medesime con il diritto dell'Unione. Non si tratta, infatti, di normativa che possa essere direttamente applicata dal giudice nazionale (sentenze 6 ottobre 2009, C–123/08, Wolzenburg; 17 luglio 2008, C–66/08, Kozlowsky).

L'**art. 18, comma 1, lettera *r*), della citata legge 69** stabiliva che, «se il mandato d'arresto europeo è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale», la corte di appello può disporre che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al diritto interno, soltanto «qualora la persona ricercata sia **cittadino italiano**».

Nell'interpretazione corrente il rifiuto di consegna non avrebbe potuto essere opposto riguardo a cittadini comunitari residenti in Italia.

La Corte ha dato vita ad una nuova **dichiarazione di illegittimità** relativamente all'art. 117, primo comma, Cost. Qui per altro non si è trattato di assumere la Cedu quale parametro interposto, quanto piuttosto di rilevare una **diretta violazione del diritto comunitario**, ed in particolare della decisione quadro n. 584 del 2002.

Presenta sicuro interesse la sintesi che i Giudici della Consulta hanno compiuto circa il percorso della giurisprudenza quanto ai **rapporti tra diritto interno e diritto comunitario**.

> *Questa Corte, fin dalle prime occasioni nelle quali è stata chiamata a definire il rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario, ne ha individuato il "sicuro fondamento" nell'art. 11 Cost. (in particolare, sentenze n. 232 del 1975 e n. 183 del 1973; ma già in precedenza, le sentenze n. 98 del 1965 e n. 14 del 1964). È in forza di tale*

parametro, collocato non senza significato e conseguenze tra i principi fondamentali della Carta, che si è demandato alle Comunità europee, oggi Unione europea, di esercitare in luogo degli Stati membri competenze normative in determinate materie, nei limiti del principio di attribuzione. È sempre in forza dell'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto il potere-dovere del giudice comune, e prima ancora dell'amministrazione, di dare ***immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto*** *in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa; ovvero di sollevare* ***questione di legittimità costituzionale*** *per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto fosse con* ***norme comunitarie prive di effetto diretto*** *(sentenze n. 284 del 2007 e n. 170 del 1984). È, infine, in forza delle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto la portata e le diverse implicazioni della prevalenza del diritto comunitario anche rispetto a norme costituzionali (sentenza n. 126 del 1996), individuandone il solo limite nel contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero dei diritti inalienabili della persona (sentenza n. 170 del 1984).*

Quanto all'art. 117, primo comma, Cost., nella formulazione novellata dalla riforma del titolo quinto, seconda parte della Costituzione, questa Corte ne ha precisato la portata, affermando che tale disposizione ha colmato la lacuna della mancata copertura costituzionale per le norme internazionali convenzionali, ivi compresa la Convenzione di Roma dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), escluse dalla previsione dell'art. 10, primo comma, Cost. (sentenze n. 348 e 349 del 2007). L'art. 117, primo comma, Cost. ha dunque confermato espressamente, in parte, ciò che era stato già collegato all'art. 11 Cost., e cioè l'obbligo del legislatore, statale e regionale, di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Il limite all'esercizio della funzione legislativa imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., è tuttavia solo uno degli elementi rilevanti del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, rapporto che, complessivamente considerato e come disegnato da questa Corte nel corso degli ultimi decenni, trova ancora "sicuro fondamento" nell'art. 11 Cost. Restano, infatti, ben fermi, anche successivamente alla riforma, oltre al vincolo in capo al legislatore e alla relativa responsabilità internazionale dello Stato, tutte le conseguenze che derivano dalle limitazioni di sovranità che solo l'art. 11 Cost. consente, sul piano sostanziale e sul piano processuale, per l'amministrazione e i giudici. In particolare, quanto ad eventuali contrasti con la Costituzione, resta ferma la garanzia che, diversamente dalle norme internazionali convenzionali (compresa la CEDU: sentenze n. 348 e n. 349 del 2007), l'esercizio dei poteri normativi delegati all'Unione europea trova un limite esclusivamente nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona (sentenze n. 102 del 2008, n. 284 del 2007, n.169 del 2006).

In base a queste premesse, e date le caratteristiche della norma sovranazionale in considerazione, l'ipotizzato contrasto con la decisione quadro poteva e doveva essere denunciato dal giudice nazionale attraverso lo strumento della questione di legittimità costituzionale.

Quanto alle ragioni del contrasto, sovviene la già citata giurisprudenza specifica della **Corte di Lussemburgo** (che naturalmente impegna sul piano ermeneutico il giudice nazionale).

La sentenza Wolzenburg sottolinea che il motivo di rifiuto stabilito all'art. 4, punto 6, della decisione quadro, al pari dell'art. 5, punto 3, della stessa, mira ad assicurare la possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena cui essa è stata condannata (punti 62 e 67); e con questo preciso intento lo Stato membro è legittimato a limitare il rifiuto alle «*persone che abbiano dimostrato un* ***sicuro grado di inserimento nella società*** *di detto Stato membro*» (punto 67).

Questa essendo la *ratio* della norma sovranazionale, è chiaro che l'elemento qualificante in vista del rifiuto di consegna non può essere la (sola) cittadinanza, venendo in rilievo la residenza stabile, il luogo principale degli interessi, dei legami familiari, della formazione dei figli e di quant'altro sia idoneo a rivelare la sussistenza di un radicamento reale e non estemporaneo dello straniero in Italia.

Secondo la nostra Corte (che anche sul punto si conforma alla giurisprudenza della

Corte di giustizia), gli Stati membri avevano certamente la mera facoltà di prevedere il rifiuto di consegna (e dunque non l'obbligo di prevederlo nei casi indicati all'art. 4 della Decisione), non rientrando l'ipotesi in questione tra le fattispecie di rifiuto obbligatorio prefigurate dalla stessa Decisione. Tuttavia, una volta operata la scelta di prevedere il rifiuto, andava rispettato il **divieto di discriminazione in base alla nazionalità** sancito dall'art. 12 del TCE (art. 18 del TFUE a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona), peraltro pienamente osservato dal più volte citato art. 4, punto 6 (*supra*).

Non esiste com'è noto un obbligo di identico trattamento dei cittadini e degli stranieri comunitari. Ma la **differenza** «*deve avere una* ***giustificazione legittima e ragionevole****, sottoposta ad un rigoroso test di proporzionalità rispetto all'obiettivo perseguito*».

Nel caso di specie si può ammettere la ricerca di parametri significativi di una certa stabilità di inserimento nella società nazionale (come accaduto nel caso dell'Olanda, valutato dalla decisione Wolzenburg, ove la facoltà di rifiuto della consegna è prevista in caso di residenza da almeno cinque anni), ma non può giustificarsi la scelta italiana di non consentire mai il rifiuto per il cittadino comunitario, quale che sia il livello del suo radicamento.

Quanto poi alla **natura dei parametri**, la pure menzionata decisione Kozlowsky ha identificato la nozione di "residenza" con una residenza effettiva nello Stato dell'esecuzione e la nozione di "**dimora**" con un **soggiorno stabile di una certa durata** in quello Stato, che consenta di acquisire con tale Stato legami d'intensità pari «*a quelli che si instaurano in caso di residenza*» (punto 46).

Queste ed altre indicazioni, che si omettono per brevità, possono ben orientare i giudici nazionali nell'applicazione della disciplina che risulta dalla decisione assunta dalla nostra Corte. Quella cioè di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lettera *r*), della legge 69 del 2005, «*limitatamente alla parte in cui non prevede il* ***rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'UE****, che legittimamente ed effettivamente* ***risieda o abbia dimora*** *nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno*».

Il giudice cioè dovrà condurre «*una valutazione complessiva degli elementi caratterizzanti la situazione della persona, quali, tra gli altri, la durata, la natura e le modalità della sua presenza in territorio italiano, nonché i legami familiari ed economici che intrattiene nel e con il nostro Paese, in armonia con l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*».

Non si è mancato comunque di sollecitare (al momento senza esito) un intervento legislativo che elimini le prevedibili incertezze. È possibile che la valutazione positiva della Corte di Lussemburgo per un criterio di **residenza quinquennale** assurga a punto di riferimento, ma va ribadito che non può trattarsi di una trasposizione automatica.

Resta da dire che in tempi più recenti la Consulta ha definito **altre questioni** sul rifiuto facoltativo di consegna.

La **ordinanza n. 237 del 2010**, per altro, ha semplicemente dichiarato la inammissibilità della questione sollevata dal rimettente, che avrebbe dovuto fare applicazione della norma già censurata dalla Cassazione e dichiarata illegittima con la sentenza 227, ma aveva invece impugnato l'art. 19 della legge 69 del 2005 (un caso di cd. *aberratio ictus*).

Diversamente, le **ordinanze n. 306 del 2010** e **n. 134 del 2011** hanno definito questioni analoghe a quella trattata con l'ormai più volte citata sentenza 227. Secondo un orientamento ormai consolidato la Corte, sebbene la norma fosse vigente all'epoca delle ordinanze di rimessione, ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni sollevate, in base all'assunto che la dichiarazione di illegittimità intervenuta *medio tempore* ha privato di oggetto le questioni medesime.

È necessario segnalare, da ultimo, una pronuncia che attiene alla **disciplina di transizione** dal sistema estradizionale a quello del cd. mandato d'arresto europeo (**sentenza**

n. 274 del 2011). La Corte ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale – poste, con riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma e 117, primo comma, Cost., relativamente all'art. 705 c.p.p. ed all'art. 40 legge 22 aprile 2005, n. 69 – al fine di estendere alla procedura di estradizione l'ipotesi di rifiuto di consegna prevista dall'art. 18, comma 1, lettera *r*), della legge n. 69 del 2005, concernente il cittadino comunitario che risieda o dimori stabilmente in Italia.

Si tratta di una disciplina che, come risulta dall'analitica ricostruzione contenuta nella sentenza, prevede tra l'altro l'adozione della **procedura estradizionale** relativamente a **reati commessi in epoca antecedente** alla decisione di III pilastro sulla esecuzione dei provvedimenti restrittivi in ambito europeo, pur nel concorso di tutte le altre condizioni utili per l'adozione del mandato di arresto. Si allude, com'è ovvio, alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, cui l'Italia ha dato seguito con la citata legge n. 69 del 2005.

La «conservazione» del rito estradizionale era stata prevista in una logica di garanzia, data la maggior celerità della nuova procedura di consegna e la connessa estromissione del livello «politico». Essa tuttavia è diventata uno svantaggio almeno nella misura in cui lo straniero interessato si trovi nelle condizioni utili per ottenere lo **speciale rifiuto di consegna** previsto, nella procedura MAE, per i cittadini italiani e comunitari, residenti o stabilmente dimoranti nel territorio dello Stato (anche a seguito, come abbiamo visto, della sentenza n. 227 del 2010).

Ora, poiché la procedura estradizionale non prevede affatto il rifiuto di consegna per le ipotesi indicate, e del resto non contempla un meccanismo correlato di esecuzione in territorio nazionale del provvedimento restrittivo emesso dal Paese richiedente, risulta chiaro l'interesse dei soggetti richiesti dell'estradizione passiva a rivendicare, piuttosto, il ricorso all'istituto di più recente introduzione.

Per i dettagli conviene senz'altro rimandare alla nuova e recente decisione della Corte. Basti dire che la difformità di trattamento del cittadino comunitario in base all'epoca del commesso reato è sembrata illegittima a due Collegi della Corte di cassazione.

Il primo (ordinanza n. 71 del 2011) ha ritenuto che il problema potesse essere risolto «manipolando» in generale la procedura estradizionale, e cioè **dichiarando illegittimo l'art. 705 c.p.p.**, nella parte in cui non prevede una **clausola analoga** a quella contenuta nel citato art. 18 della legge MAE, sia pur con esclusivo riguardo a procedure attivate tra Stati membri dell'Unione europea per la consegna di un cittadino «stabilmente inserito in Italia».

Un secondo Collegio (ordinanza n. 147 del 2011) ha censurato anche l'**art. 40 della legge n. 69 del 2005** (cioè la relativa disciplina transitoria), mirando più selettivamente a rimuovere la preclusione fondata sull'epoca del commesso reato e quindi, in sostanza, allargando l'ambito applicativo della stessa legge sul mandato di arresto europeo.

Come si è anticipato, e nonostante la logica parzialmente divergente delle due ordinanze di rimessione, entrambe le questioni sono state dichiarate **inammissibili**.

Nel primo caso si è sanzionata una carente motivazione sulla rilevanza, non avendo la Corte rimettente indicato la data della decisione di condanna e quella di avvio della procedura estradizionale, e cioè omettendo di specificare fattori che condizionano, a loro volta, l'applicazione della disciplina transitoria. Più interessanti, sul piano generale, le ragioni «sistematiche» per la ritenuta inammissibilità della seconda questione.

La Consulta ha interpretato le censure della Cassazione come volte ad «inserire nel complesso normativo dell'estradizione un nuovo caso di rifiuto, evidentemente mutuato dalla disciplina del MAE». In effetti, la rimettente aveva censurato anche l'art. 715 c.p.p., alla luce del condizionamento connesso alla qualità del giudizio principale, cioè, appunto, un procedimento estradizionale. È scaturita una censura a mezza strada tra la modifica della disciplina transitoria del MAE ed un allargamento dei casi di rifiuto previsti dalla procedura di estradizione. Un tentativo di armonizzazione segnato, per altro

verso, dalla palese **disomogeneità degli istituti posti a confronto**.

Alla Corte è bastato richiamare la propria giurisprudenza sulla inammissibilità di manipolazioni utili a determinare per via comparativa una «terza» disciplina, cioè «*un singolare innovativo meccanismo, diverso tanto dal precedente quanto da quello "a regime", creando un* ***sistema "spurio"*** *anche rispetto alla stessa norma transitoria*». Soprattutto, si è messa in rilievo la attuale incompatibilità tra la clausola della legge MAE e le norme che dovrebbero trovare applicazione pur ammettendosi il rifiuto di consegna in ambito estradizionale, a cominciare dalla fase amministrativa della procedura, di competenza del Ministro della giustizia, fase questa a sua volta assoggettabile a controllo del giudice amministrativo.

Insomma, si tratterebbe di un intervento assai complesso, da regolare secondo **scelte eminentemente discrezionali**, di fatto incompatibile con la logica dell'addizione costituzionalmente obbligata. Ciò non toglie che la discriminazione in base al carattere remoto dei fatti cui si riferisce il provvedimento restrittivo è priva di congruenza rispetto al fenomeno regolato, e rischia anzi di operare il temuto «sradicamento» proprio nei casi in cui lo stesso sia più stabile e risalente nel tempo. Un caso che richiederebbe, tra i tanti, attenzione legislativa per le incongruenze evidenziate ma non «riparate» dalla giurisdizione costituzionale.

1.8 Sul sistema «interno» di produzione normativa: i decreti non convertiti

Una norma ad efficacia temporanea, e di applicazione assai circoscritta, ha chiamato la Corte ad una riflessione di sicuro rilievo generale, a proposito del sistema delle fonti e della evenienza, assai frequente, di **modifiche sostanziali** nel passaggio dal **decreto-legge** alla **legge di conversione**.

In sintesi, dopo il **terremoto** di L'Aquila, ed analogamente a quanto avvenuto in precedenza per calamità dello stesso genere, il Governo ha adottato provvedimenti urgenti per la sospensione dei procedimenti giudiziari e dei relativi termini, nonché per fronteggiare le ovvie difficoltà logistiche intervenute ad ostacolare le notifiche da effettuarsi nelle zone interessate.

A tale ultimo proposito, il comma 9 dell'art. 5 del **decreto-legge** n. 39 del 2009 aveva istituito uno speciale presidio presso la sede temporanea degli uffici giudiziari di L'Aquila, ed il comma successivo aveva stabilito che tutte le **notificazioni** destinate a soggetti residenti nelle zone interessate fossero effettuate, a pena di nullità, presso il presidio indicato. Una sorta di **domiciliazione *ex lege***, operata in via esclusiva sulla base del luogo di destinazione dell'atto, quali che fossero la parte o l'autorità di provenienza della richiesta di notifica.

Il comma 10, per effetto della **legge di conversione** n. 77 del 2009, ha subito una modifica, per effetto della quale la relativa prescrizione è stata limitata agli «*atti di competenza degli uffici giudiziari di L'Aquila*». Come la Corte ha notato con la sentenza in commento, dietro l'apparenza di un intervento additivo si è celata una profonda **riduzione di portata della norma** derogatoria alle regole ordinarie in materia di notifica: non più tutti gli atti diretti nelle zone terremotate, ma, tra essi, solo gli atti provenienti dalla sede giudiziaria aquilana. Di qui un problema applicativo: quale regime per le notifiche provenienti da sedi giudiziarie diverse, effettuate secondo la disciplina del decreto-legge prima della relativa conversione?

Il quesito condizionava la rilevanza di una questione sollevata dal Tribunale di Pescara, ostile alla presunzione di conoscenza che sottenderebbe alla disciplina introdotta in via d'urgenza per le notifiche da effettuare nella zona terremotata. Quella disciplina, infatti, rileverebbe nel giudizio *a quo* solo se restasse valida (e non rinnovabile) una notifica effettuata secondo la porzione di norma non «convalidata» dalla legge di conversione. Il decreto-legge aveva consentito (anzi imposto) anche al Tribunale di Pescara il ricorso al «presidio», ma la stessa procedura non sarebbe stata consentita alla luce del

testo successivamente modificato dalla legge di conversione. Il **principio di inefficacia *ex tunc* delle norme d'urgenza non convertite**, quindi, richiede una verifica di perdurante legittimità della notifica effettuata in applicazione della norma censurata.

Dichiarando inammissibile la questione, con la **sentenza n. 367 del 2010**, la Corte ha rimproverato al rimettente d'aver trascurato questa problematica. Anche mediante il richiamo ad un remoto precedente (la sentenza n. 51 del 1985), si è ribadito come al decreto-legge non convertito vada equiparato il «*decreto* […] *convertito in legge con emendamenti che implichino mancata conversione* in parte qua», e che nel caso di conversione con emendamenti spetta all'interprete stabilire se una data fattispecie consista nella **conversione con modificazione** della norma originaria o piuttosto nel **rifiuto parziale di conversione**. La seconda eventualità, che può essere integrata anche per implicito (ad esempio mediante una amputazione parziale della disposizione urgente), comporta l'**inefficacia *ab initio*** della norma non convertita, secondo il disposto del terzo comma dell'art. 77 della Costituzione.

Non può incidere, al proposito, la disposizione contenuta nel comma 5 dell'art. 15 della legge n. 400 del 1988, secondo cui «*le modifiche eventualmente apportate al decreto-legge in sede di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente*». Tale disposizione non regola l'efficacia intertemporale delle disposizioni del decreto-legge non convertite, e serve piuttosto a regolare l'efficacia della disposizione d'urgenza convertita, nella versione scaturente dal provvedimento di conversione.

Dunque – prosegue la Corte – dovrà di volta in volta stabilirsi se un emendamento implichi conversione con modifica della norma del decreto-legge (e dunque una disciplina valevole a far tempo dal giorno successivo alla pubblicazione della legge di conversione), o piuttosto un rifiuto parziale di conversione (e dunque l'inefficacia *ab origine* della porzione di norma non convertita).

Proprio la seconda soluzione era stata accreditata dalla Corte di cassazione relativamente ad una vicenda normativa analoga a quella oggi in esame, scaturita dai provvedimenti assunti nel 1997, dopo il terremoto dell'Umbria. Come accade di frequente per le inammissibilità dichiarate "su base interpretativa", la Consulta non ha preso aperta posizione nel senso dell'inefficacia originaria delle norme derogatorie non convertite, e della conseguente necessità di valutare le notifiche eseguite medio tempore secondo la disciplina ordinaria. L'effetto di accreditamento della soluzione, però, sembra indiscutibile.

V'è un altro passaggio che merita segnalazione nella sentenza in commento. Ad accreditare la rilevanza della propria questione, il rimettente aveva escluso la possibilità di ordinare la **rinnovazione della notifica *ex* art. 420-*bis* c.p.p.** (in base alla ritenuta probabilità che l'imputato non avesse avuto effettiva cognizione dell'atto pur ritualmente notificato). Infatti, ed in sostanza, la domiciliazione *ex lege*, proprio in quanto espressiva di una presunzione assoluta di conoscenza dell'atto da parte del destinatario, neutralizzerebbe l'applicabilità della norma prudenziale inserita nel codice di rito.

La Corte ha chiarito che la rinnovazione della notifica valida nei casi di probabile o sicuro fallimento della sua funzione comunicativa è sempre applicabile, quale che sia il procedimento legale seguito, nel caso concreto, per la relativa effettuazione. Quale che sia, di conseguenza, la logica astratta del ragionamento presuntivo sotteso alla procedura prescritta dalla legge.

1.9

In una rievocazione dei recenti interventi della Consulta sul **sistema delle fonti**, pur prevalentemente incentrata sulle pronunce occasionate da questioni di carattere penalistico, non può mancare un riferimento alla **sentenza n. 115 del 2011**, per la sua

fondamentale importanza sul piano dei rapporti tra **principio di legalità** e fonti del **diritto punitivo**.

La Corte costituzionale, in particolare, ha ritenuto costituzionalmente illegittima la norma che, a partire dal 2008, consentiva al sindaco, quale ufficiale del Governo, di adottare **ordinanze, anche non contingibili e urgenti**, al fine di prevenire ed eliminare gravi **pericoli per la sicurezza urbana**.

Si trattava del comma 4 del novellato art. 54 del d.lgs. n. 267 del 2000 (è il vigente Testo unico in materia di enti locali), recante le modifiche deliberate con il primo «pacchetto sicurezza» della legislatura in corso (cioè con il decreto-legge n. 92 del 2008, convertito con modificazioni dalla legge n. 125 del 2008).

La disposizione aveva contenuto, fino alla novella, la norma tradizionale che conferiva al sindaco il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti in materia di incolumità pubblica. Un potere affiancato a quello che, riguardo ai prefetti, e sul piano della sicurezza pubblica, è tuttora garantito dall'art. 2 del T.u. delle leggi di pubblica sicurezza. Con le **ordinanze contingibili e urgenti** l'autorità amministrativa fronteggia situazioni eccezionali e di carattere temporaneo, che non siano fronteggiabili con i mezzi ordinari, e che richiedano finanche deroghe (per loro stessa natura) temporanea alle disposizioni di leggi e regolamenti. Un potere straordinario, legittimato dalla straordinarietà della situazione da fronteggiare, che si estrinseca in provvedimenti ad effetto necessariamente temporaneo. Una risalente giurisprudenza costituzionale aveva chiarito che in nessun caso l'autorità amministrativa può adottare provvedimenti con forza e valore di legge, e dunque capaci di derogare stabilmente alle norme primarie e secondarie. Secondo quella giurisprudenza (formatasi sulle ordinanze prefettizie), i provvedimenti contingibili e urgenti sono legittimi proprio in quanto **privi di carattere normativo**, derogatori solo in relazione al caso concreto e per il tempo necessario a superare la situazione di contingibilità e urgenza.

Nel 2008, il legislatore ha deciso di introdurre un nuovo oggetto di tutela, attraverso l'espressione «**sicurezza urbana**», recependo concetti fino a quel punto elaborati prevalentemente sul piano sociologico. Si è attribuita ai consociati l'aspettativa che dal disordine sociale e «fisico» nei quartieri delle città non scaturiscano comportamenti lesivi della tranquillità, della vita, del patrimonio delle persone. Non solo dunque la prevenzione dei reati, ma il contrasto alle condizioni urbane che possono favorire la commissione di reati, anche solo nella percezione collettiva dei consociati.

La legge, per inciso, aveva rimesso ad un decreto ministeriale una miglior definizione del nuovo concetto, che poi è venuta, attraverso il **decreto del Ministro dell'interno** in data **5 agosto 2008**, nei termini seguenti: «*si intende* […] *per sicurezza urbana un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale*».

Nel contempo, l'assonanza di significato della locuzione «sicurezza urbana» con quella «polizia amministrativa locale», che la lettera *h*) del primo comma dell'art. 117 Cost. attribuisce alla competenza legislativa regionale, aveva provocato doglianze in punto di pretesa violazione, da parte dello Stato, di attribuzioni rimesse in via esclusiva alle Regioni ed alle Province autonome. Per tale ragione, e sotto questo particolare profilo, la Corte costituzionale aveva già preso in considerazione il nuovo art. 54 del T.u. degli enti locali.

Si doveva distinguere, in sostanza, tra gli ambiti materiali. Di qui l'inevitabile accostamento della «sicurezza urbana» alla «sicurezza pubblica», la cui tutela spetta indiscutibilmente allo Stato: «*i poteri esercitabili dai Sindaci, ai sensi dei commi 1 e 4 dell'art. 54 del d.lgs. n. 267 del 2000, non possono che essere quelli* ***finalizzati alla attività di***

prevenzione e repressione dei reati *e non i poteri concernenti lo svolgimento di funzioni di polizia amministrativa nelle materie di competenza delle Regioni e delle Province autonome*» (**sentenza n. 196 del 2009**).

Insomma, ai sindaci era stato affidato il compito di prevenire i reati. Un compito precisato (coi limiti anzidetti) nel fine ma non nei mezzi. E infatti, come risulta da numerosi rilevamenti e studi, i sindaci hanno fatto **massiccio ricorso** al nuovo potere loro conferito, imponendo divieti ed obblighi riguardo a comportamenti che ciascuno di loro considerava rischiosi per la sicurezza urbana. L'esperienza ha prodotto risultati disparati: dalla duplicazione di divieti già esistenti (come per ordinanze che imponevano di non sfruttare la prostituzione o di non cedere stupefacenti) alla introduzione di divieti non imposti dalla legge, ma pertinenti a comportamenti considerati «rischiosi». Di qui numerosissimi divieti di «accattonaggio», o norme le più varie studiate «intorno» all'esercizio della prostituzione, o ancora con riferimento ad aggregazioni di persone potenzialmente capaci di creare disturbo o disordine. Insomma, **norme sanzionatorie a tempo indeterminato e su base territoriale ristretta**, capaci di trasformare in illecito (se non addirittura in **reato, *ex* art. 650 c.p.**) comportamenti altrimenti leciti, e capaci in potenza di limitare libertà fondamentali (come quella di circolazione, di riunione in luogo pubblico, ecc.). Sullo sfondo, specie riguardo alla mendicità ed alla creazione di accampamenti (ma anche, e per esempio, con riferimento a «cibi etnici», ecc.), inevitabili tensioni con il divieto di discriminazione su base razziale od etnica.

Il novellato art. 54 è stato censurato dal T.a.r. del Veneto, innanzi al quale un'associazione antirazzista aveva impugnato un'ordinanza sindacale che vietava di chiedere l'elemosina in qualunque porzione frequentata del territorio comunale, disponeva la confisca delle somme eventualmente donate, e limitava per i contravventori la facoltà di accesso al pagamento in misura ridotta. La norma è stata censurata alla luce di innumerevoli parametri costituzionali, sul presupposto tra l'altro che consentisse ai sindaci di derogare a leggi e regolamenti, anche in situazioni né contingibili né urgenti, con carattere di stabilità. Conviene comunque rinviare, per una sintesi delle censure, alla pertinente porzione della sentenza qui in commento.

La Corte costituzionale, elidendo la locuzione «, anche», che il legislatore della riforma aveva anteposto all'espressione «contingibili e urgenti» nel definire le ordinanze di competenza sindacale in materia di sicurezza urbana e incolumità pubblica, ha sostanzialmente **riportato sul piano esclusivo della contingibilità e dell'urgenza** i poteri del sindaco, che restano estesi alla sicurezza urbana, ma che dovranno appunto limitarsi alle ipotesi di situazioni straordinarie e limitate nel tempo. Non più dunque ordinanze «normative» con effetti di carattere generale ed a tempo indeterminato.

Il ragionamento della Corte è complesso, e deve essere conosciuto attraverso la lettura diretta del provvedimento. A livello di sintesi può dirsi come sia stata individuata una **violazione del principio di legalità sostanziale**, in forza del quale l'attività dell'amministrazione, quando investe direttamente lo spazio di libertà dei consociati, deve essere determinata dalla legge nei mezzi e nei contenuti, oltre che nei fini.

È vero – ha osservato la Corte – che (contrariamente a quanto ritenuto da molti interpreti e dallo stesso rimettente) la norma censurata non consentiva affatto di derogare a leggi e regolamenti, fuori dai casi di contingibilità e urgenza. Per questa ragione le censure fondate sul presupposto contrario sono state ritenute infondate. È vero anche, e tuttavia, che **solo la legge** può consentire al potere pubblico di incidere «*sulla **sfera generale di libertà** dei singoli e delle comunità amministrate, ponendo prescrizioni di comportamento, divieti obblighi di fare e di non fare*».

Il principio enunciato trova fondamento anzitutto nella riserva di legge, pur relativa, che si trova nell'**art. 23 della Costituzione**, secondo cui nessuna prestazione personale o

patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge. Per la prima volta la Consulta enuncia espressamente l'assunto che anche gli obblighi di non fare costituiscono una «prestazione personale», con la conseguenza che **i divieti possono essere imposti solo «in base alla legge»**. Il che non vuol dire (come per i divieti penalmente sanzionati) che la legge deve dettare puntualmente la regola di comportamento. Vuol dire, però, che i consociati «*sono tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare e di dare previsti in via generale dalla legge*»: cioè, ad un provvedimento assunto in base alla rappresentanza politica e democratica, «ancorché non dettagliato». La discrezionalità amministrativa, quando attiene alla sfera di libertà dei consociati, deve trovare nella legge puntuali criteri di delimitazione.

La Corte ha riscontrato che, nel caso di specie, nessuna delimitazione era posta dalla legge. Le specificazioni contenute nel già citato decreto ministeriale del 5 agosto 2008, a prescindere dalla loro idoneità, sono comunque il frutto di esercizio della discrezionalità «interna» alla pubblica amministrazione, e non un limite all'esercizio di tale discrezionalità nei rapporti coi cittadini.

Nella situazione descritta, d'altra parte, la Corte ha ravvisato la violazione concomitante della **riserva di legge posta all'art. 97, primo comma, della Costituzione**, ove la riserva stessa vale a garantire che gli uffici siano organizzati in guisa da assicurare, tra l'altro, la imparzialità dell'amministrazione. Nel caso di specie – si osserva – «*l'imparzialità dell'amministrazione non è garantita ab initio da una legge posta a fondamento, formale e contenutistico, del potere sindacale di ordinanza. L'assenza di limiti, che non siano genericamente finalistici, non consente pertanto che l'imparzialità dell'agire amministrativo trovi, in via generale e preventiva, fondamento effettivo, ancorché non dettagliato, nella legge*».

Saranno chiare, a questo punto, anche le ragioni del ravvisato **contrasto con l'art. 3 della Costituzione**, dato che la disparità di trattamento introdotta su ristrettissima base territoriale non può essere misurata nella sua ragionevolezza in base ad alcun parametro legislativo.

1.10 Discrezionalità legislativa e «zone franche»: le norme penale di favore

C'è un altro aspetto di fondo quanto agli strumenti di sindacato delle scelte legislative, concernente specificamente le disposizioni penali, che conviene evocare in sede generale.

In un'epoca segnata da frequentissime riforme del sistema penale, anche sul piano sostanziale, ed in particolare da riforme che «addolciscono» il trattamento di determinate fattispecie, matura con molta frequenza l'esigenza di un controllo di legittimità sulle scelte legislative. Si pongono problemi di **successione nel tempo delle leggi penali**, alla luce del principio di **retroattività della legge più favorevole**.

Abbiamo già trattato il tema nella prospettiva della pretesa **costituzionalizzazione del principio,** che condiziona il controllo di legalità della Consulta in situazioni ove l'ordinamento appresta un **trattamento meno favorevole** all'individuo di quel che sarebbe applicato secondo la legge vigente nel momento del giudizio. Ma il sindacato sulla legittimità della *lex mitior*, naturalmente, deve fare i conti anche con il divieto di **interventi *in malam partem***, nella materia penale, da parte della Corte costituzionale. In altre parole, si tratta di studiare un **fenomeno in certo senso inverso** a quello considerato in precedenza. Qui il legislatore «sfrutta» il principio di retroattività per apprestare, nei confronti dell'interessato, un **trattamento più favorevole** di quel che veniva minacciato all'epoca in cui la condotta penalmente sanzionata è stata tenuta. Un divieto assoluto ed incondizionato di deliberare pronunce con **effetti sfavorevoli** si risolverebbe nella **sostanziale insindacabilità** della *lex mitior*. Ed il principio entra in **micidiale sinergia** con quello della retroattività necessaria della legge più favorevole, almeno nella misura in cui si ritiene che l'effetto *in bonam partem* debba prodursi sempre, indipendentemente dalla legittimità della legge medesima.

Conviene ancora partire, sebbene si tratti di un provvedimento ormai risalente, alla **sentenza n. 394 del 2006**, dichiarativa, come tutti ricorderanno, della parziale illegittimità della normativa di favore introdotta, nel 2004, con riguardo ai **falsi elettorali**.

Per brevità, e per opportuna documentazione, trascrivo i passaggi essenziali della motivazione, cominciando dal primo tema: **nozione di norma penale di favore**.

> *(…) secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, all'adozione di pronunce in malam partem in materia penale osta non già una ragione meramente processuale – di irrilevanza, nel senso che l'eventuale decisione di accoglimento non potrebbe trovare comunque applicazione nel giudizio a quo – ma una ragione sostanziale, intimamente connessa al* ***principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.****, in base al quale «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» (…) Rimettendo al legislatore – e segnatamente al «soggetto-Parlamento», in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale (sentenza n. 487 del 1989) – la riserva sulla scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, detto principio impedisce alla Corte sia di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti a casi non previsti; sia di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità (…).*
>
> *Questa Corte ha peraltro chiarito che il principio di legalità non preclude lo scrutinio di costituzionalità, anche in malam partem, delle* ***c.d. norme penali di favore****: ossia delle norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni. Di tale orientamento – che trova la sua prima compiuta enunciazione nella sentenza n. 148 del 1983 – questa Corte ha fatto ripetute applicazioni (…). Esso si connette all'ineludibile esigenza di evitare la creazione di «zone franche» dell'ordinamento (così la* ***sentenza n. 148 del 1983****), sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali il legislatore potrebbe di fatto operare svincolato da ogni regola, stante l'assenza d'uno strumento che permetta alla Corte di riaffermare il primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria. Qualora alla preclusione dello scrutinio di costituzionalità in malam partem fosse attribuito carattere assoluto, si determinerebbe, in effetti, una situazione palesemente incongrua: venendosi a riconoscere, in sostanza, che il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del trattamento penale, mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole.*
>
> *In accordo con l'esigenza ora evidenziata, va osservato che il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali; ma* ***non le preclude decisioni ablative di norme che sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo*** *(sentenza n. 148 del 1983): e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza (previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite). In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto in malam partem non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una* ***conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune****, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva.*
>
> *(…) la nozione di norma penale di favore è la risultante di un giudizio di relazione fra* ***due o più norme compresenti*** *nell'ordinamento in un dato momento: rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva. In tal caso, difatti, la richiesta di sindacato in malam partem mirerebbe non già a far riespandere la portata di una norma tuttora presente nell'ordinamento, quanto piuttosto a ripristinare la*

norma abrogata, espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali: operazione, questa, senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente invasiva del monopolio del legislatore su dette scelte (…).

Il requisito della compresenza della norma di favore e di quella che dovrebbe «riespandere» la propria portata, che la dottrina ha fissato parlando di «**specialità sincronica**», è stato compiutamente focalizzato proprio attraverso la sentenza in esame, sebbene la Corte ne avesse fatto applicazione in precedenza, ad esempio coi provvedimenti del 2004 sulla riforma del falso in bilancio.

La porta è piuttosto stretta, e molti tentativi successivi di «forzare» sono naufragati contro decisioni di inammissibilità. È accaduto in casi nei quali, a parere della Corte, mancava la «specialità sincronica» e, in particolare, si cercava di rivitalizzare una norma abrogata (ordinanza n. 413 del 2008). È accaduto allorquando, in situazioni variamente articolate, si è cercato di estendere trattamenti più severi in base al principio di uguaglianza, ma in assenza di un rapporto di specie a genere (ordinanza n. 3 del 2009).

Altri recenti provvedimenti di inammissibilità: in materia di cd. «ebbrezza sintomatica» (ordinanza n. 57 del 2009), di illecito trattamento di dati personali (ordinanza n. 66 del 2009); di inclusione di singole fattispecie in un provvedimento di indulto (ordinanza n. 103 del 2009).

Tuttavia, con la **sentenza n. 28 del 2010**, la Corte ha compiuto un passo ulteriore nell'opera di **riduzione delle «zone franche»** che, per la stratificata dottrina del divieto di sindacato *in malam partem*, si sottraggono al controllo di legittimità costituzionale.

La norma censurata, l'art. 183, comma 1, lett. *n*), quarto periodo, del d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006 n. 152 (c.d. **testo unico ambiente**) – nel testo precedente alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 4 del 2008 – aveva per oggetto le "**ceneri di pirite**", qualificate come sottoprodotto non soggetto alle disposizioni della parte quarta del decreto stesso.

Ai fini di questa segnalazione si può ricordare – in termini estremamente generali – che la legge prevede **disposizioni penali** concernenti condotte che riguardano i **rifiuti**, affidando a disposizioni extrapenali il compito di definire la nozione di rifiuto. Tale nozione è delimitata, in esito ad un procedimento fondato anche sull'elaborazione della giurisprudenza comunitaria, da quella di **sottoprodotto**, che comprende materiali i quali non costituiscono oggetto delle fattispecie penali concernenti appunto i rifiuti.

Le ceneri di pirite sono il residuo della bruciatura industriale della pirite, che fino a qualche anno fa era il processo in uso per la produzione dell'acido solforico. Dette ceneri possono essere usate nella fabbricazione del cemento, ma in Italia esistono enormi depositi "storici" di ceneri abbandonate. Il giudizio *a quo* si è instaurato nei confronti di persone che hanno movimentato uno di tali depositi, a decenni dalla sua formazione, senza l'osservanza delle procedure previste per il riciclaggio dei rifiuti. Alla luce delle disposizioni vigenti all'epoca della condotta (2002) non v'era dubbio che le ceneri di pirite fossero un rifiuto, e non un sottoprodotto (nozione che si fonda su caratteristiche in ogni caso incompatibili con quelle del materiale in questione).

Sennonché nel 2006 – secondo una logica che ormai potremmo considerare «tradizionale» – il legislatore è intervenuto a **depenalizzare** tutte le condotte prima rilevanti in base alla considerazione delle ceneri di pirite come rifiuto. La tecnica però è stata insolita, consistendo in un intervento sulla **norma extrapenale integratrice del precetto**. Nella disposizione sopra indicata è stata inserita la seguente locuzione: «*Rientrano altresì tra i sottoprodotti non soggetti alle disposizioni di cui alla parte quarta del presente decreto le ceneri di pirite, polveri di ossido di ferro, provenienti dal processo di arrostimento del minerale noto come pirite o solfuro di ferro per la produzione di acido solforico e ossido di ferro, depositate presso stabilimenti di produzione dismessi, aree industriali e non, anche se sottoposte a procedimento di bonifica o di ripristino ambientale*».

Insomma, una «norma fotografia», fondata su una sorta di scambio delle etichette

(come accennato, la nozione di sottoprodotto non può comunque comprendere le ceneri di pirite), e mirata appunto ad escludere il materiale dalla nozione di rifiuto, con conseguente «depenalizzazione» delle condotte antecedenti.

L'ulteriore particolarità del caso è che la norma – palesemente contraria al diritto comunitario e probabilmente ai principi fissati nell'art. 3 Cost. – è stata poco dopo **abrogata**, di talché non è dubbio che le ceneri di pirite rappresentino oggi un rifiuto, e che dunque la violazione delle relative norme di trattamento assuma significato penale.

Emerge un problema generale, ormai davvero grave. Con una legge in ipotesi illegittima il legislatore spazza le aule di giustizia dai procedimenti pendenti, e poi ricriminalizza determinate condotte, ostacolando ulteriormente il sindacato di costituzionalità. Si tratta in particolare di stabilire, alla luce del **divieto di sindacato *in malam partem***, quali siano i poteri di intervento della Corte sulla ***lex intermedia mitior***, con l'ulteriore complicazione che l'intervento riguarda norme extrapenali.

Come si accennava, la Corte ha adottato una soluzione originale, e per certi versi **innovativa**.

Dato di partenza è la ritenuta «**incompatibilità comunitaria**» della disciplina censurata. Il diritto comunitario, incarnato anche dalle decisioni della Corte di giustizia, stabilisce che la qualità di «rifiuto» deve desumersi non solo attraverso la natura del materiale considerato, ma in relazione alle circostanze che conducono alla produzione ed alla gestione successiva. La norma in questione poneva una **presunzione assoluta**, tale da impedire al giudice quella concreta verifica di qualità che costituisce l'essenza del sistema di tutela.

Secondo dato di partenza, la natura **non *self executing*** della disciplina comunitaria di riferimento, che si connette, proprio sul versante che ci interessa, alla diretta produzione di conseguenze sanzionatorie per i singoli. Dunque nessuno spazio per la «disapplicazione» della norma nazionale, bensì controllo della sua legittimità attraverso il giudizio incidentale di costituzionalità, *ex* art 11 Cost. e, «ora», *ex* art. 117, primo comma, Cost.

Ma ecco il problema delle **conseguenze *in malam partem*** di una eventuale dichiarazione di illegittimità. La Corte non ha sondato la possibilità di configurare la disposizione censurata quale **norma di favore** (che è concetto ben diverso, naturalmente, da quello di **norma più favorevole**), ed anzi ha escluso che nella specie questa prospettiva potesse essere praticata, visto che il rimettente non aveva indicato l'art. 3 Cost. tra i parametri di misurazione della legittimità. Nello stesso tempo, la Corte ha espresso la propria «**neutralità**» in ordine alle conseguenze della decisione assunta. In sostanza si è detto: se anche il principio di **retroattività della *lex mitior*** o di **irretroattività della modifica *in peius*** imponessero al giudice rimettente di applicare la norma dichiarata illegittima in favore dei suoi imputati, nondimeno la rilevanza della questione sarebbe assicurata, secondo il ragionamento espresso nella notissima «**sentenza Paladin**» (n. 148 del 1983): «*Altro (...) è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l'efficacia spettante alle dichiarazioni d'illegittimità delle norme penali di favore; altro è il sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto impreviste dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile*».

L'eventuale accoglimento delle questioni relative a norme più favorevoli «*verrebbe ad incidere sulle formule di proscioglimento o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze penali*»; peraltro, «*la pronuncia della Corte non potrebbe non riflettersi sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria, modificandone la ratio decidendi: poiché in tal caso ne risulterebbe alterato (...) il fondamento normativo della decisione, pur fermi restando i pratici effetti di essa*».

Insomma, stabilirà il giudice quali siano le **conseguenze della dichiarata illegittimità della *lex intermedia mitior*** alla luce della normativa vigente, cioè dell'art. 2 del

codice penale, ed anche all'**art. 49 della Carta di Nizza**, alla luce del suo nuovo *status* di norma fondamentale del diritto comunitario.

Ricordando, per altro, che secondo la **sentenza 394 del 2006** una **norma di favore dichiarata illegittima non potrebbe produrre effetti retroattivi**. Resta quindi da stabilire se quella regola fosse collegata ad una illegittimità dichiarata ***ex* art. 3 Cost.** (cioè riguardi le norme di favore ma non necessariamente le norme più favorevoli), e soprattutto se, nella materia, eserciti un influsso risolutivo il già richiamato fenomeno della «comunitarizzazione» della Carta di Nizza.

> Per la cronaca, quando il **giudice rimettente** ha ricevuto gli atti in restituzione, non ha avuto dubbi circa la **inapplicabilità della norma più favorevole** dopo la relativa dichiarazione di illegittimità. La sentenza (Trib. Venezia, sez. dist. Dolo, 13 maggio 2010 (dep. 13 agosto 2010), è pubblicata in *www.penalecontemporaneo.it*, ed è stata massimata come segue:
> Anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE deve ribadirsi (cfr. Corte cost. n. 394/2006) che la 'lex intermedia' più favorevole al reo, se dichiarata costituzionalmente illegittima, non può essere applicata retroattivamente ai sensi dell'art. 2, co. 2 e 4 c.p. (Nell'affermare tale principio il Tribunale ha escluso la possibile applicazione retroattiva, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, co. 2 c.p., della più favorevole definizione legale di "sottoprodotto" di cui all'art. 183, co. 1, lett. n) d.lgs. n. 152/2006, nella versione antecedente al d.lgs. n. 4/2008, che escludeva che le ceneri di pirite costituissero rifiuti sottraendole, pertanto, alla relativa disciplina penale. Nel giudizio di legittimità costituzionale promosso dal medesimo Tribunale, detta definizione legale è stata infatti dichiarata incostituzionale da Corte cost. n. 28/2010, per contrasto con l'art. 117, co. 1 Cost. Nonostante l'affermato principio il Tribunale non è tuttavia pervenuto a una sentenza di condanna, bensì alla declaratoria di estinzione dei reati in materia di rifiuti ascritti agli imputati, per intervenuta prescrizione).

1.11 (segue) Norme di depenalizzazione e sindacato di legittimità

Un'altra importante riflessione della Corte sui **limiti di sindacabilità** delle **scelte di depenalizzazione** del legislatore, svolta tra i paletti della «norma penale di favore» e quella della «norma penale più favorevole», dunque tra gli estremi della violazione del principio di uguaglianza e dell'esercizio di discrezionalità del legislatore, è data dalla **sentenza n. 273 del 2010**.

L'argomento specificamente trattato è piuttosto complesso e specialistico, quindi converrà semplificarlo di molto. Si discute di **acque pubbliche**, ed in particolare del loro **prelievo** per uso industriale senza la prescritta **autorizzazione** (il caso concreto era molto rilevante, trattandosi del prelievo di milioni di metri cubi di acque appenniniche per le esigenze dei cantieri di costruzione delle linee ferroviarie di AV). Secondo una ricostruzione non del tutto unanime, ma che possiamo qui dare per ragionevole, i prelievi senza autorizzazione, che una volta si sarebbero qualificati come **furto aggravato**, sono oggi sanzionati unicamente come **illeciti amministrativi**, e dunque con una pena pecuniaria.

> In estrema sintesi, la legge n. 36 del 1994 aveva proceduto a ridefinire l'intera disciplina delle acque pubbliche, già regolata dal r.d. n. 1775 del 1933, innovando su un regime ordinario di carattere privatistico, che richiedeva una specifica classificazione da parte della pubblica amministrazione per qualificare un'acqua come di pubblico interesse. Con la riforma, si era pervenuti ad un regime per il quale tutte le acque, superficiali e sotterranee, **sono pubbliche**, rimanendo nella discrezionalità della pubblica amministrazione soltanto il potere di disciplinare diversamente le modalità di utilizzo delle acque, a seconda dei soggetti e delle finalità. Successivamente, è entrato in vigore il d.lgs. n. 152 del 1999 (in tema di inquinamento), con modifiche del citato r.d. n. 1775 del 1933, ed in particolare, mediante l'art. 23 dello stesso d.lgs. n. 152, con la sostituzione dell'art. 17. Tale norma sancisce oggi il divieto di derivare o utilizzare acqua pubblica senza un provvedimento autorizzativo o concessorio dell'autorità competente, comminando al contravventore, «*fatti salvi ogni altro adempimento o*

comminatoria previsti dalle leggi vigenti», una **sanzione amministrativa pecuniaria**, oltre alla cessazione dell'utenza abusiva e al pagamento dei canoni non corrisposti.

Salva un'opinione minoritaria che configura un concorso tra illecito penale ed illecito amministrativo, prevale (anche in base al principio di specialità di cui all'art. 9 della legge 689 del 1981) l'orientamento che considera **«depenalizzato» il furto di acqua per uso industriale**.

Di qui le questioni sollevate dal rimettente, complesse, ma riconducibili soprattutto ad una doppia doglianza. Illegittimità della norma introdotta nel 1999 come **norma di favore**. Irragionevole **disparità di trattamento** tra la sottrazione dell'acqua e quella di altri beni pubblici essenziali. Tutte le questioni sono state dichiarate **inammissibili**.

Quanto alla prima, la Corte ha esordito rievocando l'usuale riferimento alla elevata discrezionalità legislativa in materia di depenalizzazione, e tuttavia, prescindendo dal problema della sindacabilità *in malam partem*, ha esercitato quasi un **controllo positivo di ragionevolezza** della scelta in concreto sottoposta al suo giudizio. In sintesi, l'acqua è stata «socializzata», attraverso un generalizzato passaggio alla proprietà demaniale, la quale per altro passa in sottordine (anche quando non si tratti degli usi domestici, che sono liberi), rispetto all'esigenza di **proteggere l'equilibrio idrogeologico**, garantire le esigenze di tutti, riscuotere i canoni. È dunque la funzionalità del sistema concessorio a chiedere tutela, più che il diritto di proprietà sul bene, ed in questo senso la costruzione della fattispecie punitiva sulla violazione dell'obbligo di munirsi della concessione è del tutto ragionevole. Che poi si sia preferito il ricorso alla sanzione amministrativa, piuttosto che penale, è cosa che pertiene appunto alla discrezionalità legislativa, e corrisponde anzi al principio della penalizzazione quale *extrema ratio* in un sistema costituzionale fondato sulla libertà quale diritto inviolabile della persona.

Di particolare interesse, qui, l'obiezione alla costruzione della norma (operata, per evidenti esigenze di superamento del divieto di sindacato *in malam partem*) quale **norma penale di favore**. La Corte **non** riprende il criterio delimitatore già enucleato nella sentenza 394 (*supra*), e cioè che la norma di favore è **compresente** nell'ordinamento rispetto a quella generale cui deroga, di talché lo strumento non è utilizzabile quando la norma più favorevole succede a quella più severa (criterio di utilizzazione francamente incerta di fronte a casi di depenalizzazione parziale per effetto di intervento su norme esterne alla fattispecie). La Corte piuttosto esplicita, nel **concetto di norma di favore**, un connotato di irragionevolezza della discriminazione, che nel caso di specie, come abbiamo visto, non è stato ravvisato.

Tutta processuale la risposta alla censura sulla violazione del principio di **uguaglianza formale**. Il rimettente aveva genericamente lamentato che altri beni di rilevanza primaria sono difesi, nell'assetto proprietario, da norme penali: censura generica, appunto, priva dell'indicazione degli altri beni, dei criteri in base ai quali istituire una gerarchia, dell'intervento che in concreto avrebbe potuto ripristinare una ipotetica analogia di trattamento sotto il profilo penalistico.

1.12 (segue) Confini della fattispecie e scelte sanzionatorie

Abbiamo già fatto ripetuti riferimenti al limite fisiologico del sindacato della Consulta sulle norme del sistema penale, che discende in parte dalla concettualizzazione delle «rime obbligate» per gli interventi diversi dalla mera ablazione, ma ha raggiunto un proprio autonomo *status* di principio fondamentale del processo costituzionale. Si teorizza, in sostanza, che la Corte non può intervenire su una **eminente discrezionalità del legislatore nelle scelte sanzionatorie**, sia quanto alla identificazione delle condotte punibili, sia riguardo alle scelte qualitative e quantitative concernenti la sanzione. Viene quasi sempre aggiunto, ma le concrete applicazioni della deroga sono poche, che l'intangibilità delle opzioni trova un limite nella **manifesta irragionevolezza delle medesime**.

Il principio in questione si abbina di fatto al criterio della insindacabilità *in malam partem* per comporre una sorta di **palizzata intorno alla legislazione penale**. Non si possono attaccare norme la cui rimozione comporterebbe effetti *in malam partem*. Anche se questi effetti mancassero, non si possono attaccare norme sanzionatorie ragionevoli per le quali è concepibile una qualunque alternativa, a sua volta ragionevole. Qualche eccezione si determina solo nei casi di patente e conclamata **violazione** del principio di **uguaglianza formale**.

La disponibilità della Consulta è storicamente ridottissima quanto ad interventi sulle **scelte di quantificazione del trattamento sanzionatorio**.

A questo proposito assume ancor oggi rilievo centrale la **sentenza n. 22 del 2007**, che aveva dichiarato inammissibili numerose questioni sollevate appunto con riguardo al severo trattamento sanzionatorio in allora previsto per l'indebito trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato, dopo la notifica della intimazione del Questore ad uscirne entro cinque giorni per essere intervenuto un decreto di espulsione (art. 14, comma 5-*ter*, del d.lgs. n. 286 del 1998).

In breve può dirsi che la Corte non aveva giudicato infondate le questioni, almeno nel loro nucleo essenziale, ed anzi aveva espresso apertamente un giudizio di **incoerenza interna** del quadro sanzionatorio concernente l'immigrazione irregolare. La Corte non si era neppure adagiata dietro l'assunto tradizionale della pertinenza delle scelte sanzionatorie alla discrezionalità del legislatore, che potrebbe essere sindacata solo in caso di esercizio manifestamente irrazionale. Se l'irrazionalità assoluta (tecnicamente: **irragionevolezza intrinseca**) può essere sindacata (e storicamente lo è stata) anche in questa materia, resta vero anche che il legislatore non può determinare disuguaglianze nel trattamento di situazioni assimilabili.

Posta questa premessa, la Corte aveva escluso che la fattispecie censurata fosse omologabile alle figure «ordinarie» di inottemperanza ad un ordine dell'autorità, ma non aveva escluso affatto che la stessa fattispecie fosse segnata da un trattamento identico a quello previsto per condotte assai più gravi, sempre pertinenti alla disciplina dei flussi migratori. Qui subentra il **limite del sindacato**, ma non nel senso che la scelta legislativa sia lecita:

> Il sindacato di costituzionalità, tuttavia, può investire le pene scelte dal legislatore solo se si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza, **in quanto ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio** (ex plurimis, tra le pronunce più recenti, sentenze n. 325 del 2005, n. 364 del 2004; ordinanze numeri 158 e 364 del 2004). Se non si riscontra una sostanziale identità tra le fattispecie prese in considerazione, e si rileva invece, come nel caso in esame, una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento di riequilibrio di questa Corte non potrebbe in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore.

In diversi altri casi, più recenti, la Corte ha comunque dichiarato la **infondatezza** di questioni proposte riguardo ai **valori edittali della pena**.

Un esempio concerne il trattamento sanzionatorio per il delitto di falsa testimonianza dopo la riforma dell'art. 372 c.p.: si tratta della **sentenza n. 47 del 2010**. Richiamando alcuni tra i moltissimi precedenti (sentenze n. 161 del 2009, n. 22 del 2007, n. 394 del 2006, n. 325 del 2005; ordinanze n. 41 del 2009 e n. 52 del 2008), la Corte si è spinta per altro ad argomentare sulla ritenuta **ragionevolezza** delle differenze nel **trattamento della falsa testimonianza** rispetto ai *tertia comparationis* evocati dal rimettente.

> In sostanza, si è assunto che la decisa virata dell'ordinamento verso la **verifica dibattimentale della prova dichiarativa**, con la valorizzazione che ne consegue circa la

funzione cognitiva della testimonianza, avrebbe imposto un presidio particolarmente rigoroso della genuinità di tale fonte di prova.
D'altra parte, si è aggiunto, l'illecito in questione presenta un disvalore intrinseco che gli attribuisce carattere di gravità, anche se la circostanza oggetto di mendacio o di reticenza non desta particolare allarme sociale. Infatti, la falsa testimonianza turba comunque il normale svolgimento del processo, ne compromette lo scopo che è quello di pervenire a sentenze giuste, costituisce ostacolo all'accertamento giudiziale. Rientra, poi, nella discrezionalità del legislatore anche la facoltà di modulare il trattamento sanzionatorio in riferimento al **dilagare di un fenomeno criminoso che si intende reprimere**.

In questa sede mi interessa mettere in evidenza l'inefficienza del **ragionamento triadico** classico proposto dal rimettente, riguardo ad ipotesi di reato assimilabili al delitto di falsa testimonianza, quali la frode processuale, il favoreggiamento personale, anche con riferimento alla previsione dettata dal capoverso dell'art. 378 cod. pen., e la simulazione di reato, e con riguardo a fattispecie connotate da maggiore gravità, come il delitto di calunnia. Le fattispecie poste a confronto, ancorché catalogate tra i delitti contro l'attività giudiziaria, non avrebbero la **stessa oggettività giuridica**, e si è escluso, conseguentemente, che il differente trattamento sanzionatorio, rispetto al delitto di falsa testimonianza, sia il frutto di una scelta arbitraria o ingiustificata.

Qualche maggiore apertura si è storicamente determinata, piuttosto, sul terreno della **scelta di penalizzazione** di determinate condotte, dell'*an* piuttosto che del *quantum* del trattamento sanzionatorio. Qui la rilevanza del **principio di uguaglianza formale** può essere più agevolmente stabilita, e non vale il divieto di manipolazione *in peius* che ostacola il sindacato sulle scelte di depenalizzazione (*supra*).

Al modello indicato sono riconducibili decisioni che conviene ormai richiamare solo sinteticamente, come ad esempio la **sentenza n. 177 del 2009**, sostanzialmente concernente la punibilità a titolo di evasione delle infrazioni alle regole che disciplinano la **detenzione domiciliare speciale** (la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 47-*ter*, commi 1, lettera a), seconda parte, e 8, dell'Ordinamento penitenziario, in relazione all'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui non limita la punibilità ai sensi dell'art. 385 cod. pen. al solo allontanamento che si protragga per più di dodici ore, come stabilito dall'art. 47-*sexies*, comma 2, della suddetta legge n. 354 del 1975, sul presupposto, di cui all'art. 47-*quinques*, comma 1, dello stesso Ordinamento, che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti).

Un altro esempio di «riduzione» dell'area applicativa di una fattispecie incriminatrice è dato dalla dichiarazione di parziale **illegittimità costituzionale** del **secondo comma dell'art. 384 c.p.**, sul tema delle dichiarazioni false o reticenti rese nella fase delle indagini preliminari innanzi alla polizia giudiziaria. Si tratta della **sentenza n. 75 del 2009**: la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 384, secondo comma, del codice penale, nella parte in cui non prevedeva l'esclusione della punibilità per false o reticenti informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, fornite da chi non avrebbe potuto essere obbligato a renderle o comunque a rispondere in quanto persona indagata per reato probatoriamente collegato - a norma dell'art. 371, comma 2, lettera b), codice di procedura penale - a quello, commesso da altri, cui le dichiarazioni stesse si riferiscono.

In tempi più recenti è stata soprattutto la **disciplina dell'immigrazione** a sollecitare questioni pertinenti a **scelte di criminalizzazione**, o a scelte di delimitazione della fattispecie punibile attraverso l'inclusione o l'esclusione di determinati elementi costitutivi.

In diversi casi la Corte ha valorizzato la **discrezionalità della scelta di incriminazione** compiuta dal legislatore, e tuttavia va rilevato come, essendo la questione posta in termini di **uguaglianza formale**, la Corte medesima abbia «accettato» di discutere il merito delle comparazioni proposte dai rimettenti, ed in qualche caso abbia **accolto** la

questione sollevata.

Un esempio particolarmente importante è dato dalla **sentenza n. 250 del 2010**, relativa al nuovo reato di **ingresso o soggiorno irregolare nel territorio dello Stato** (art. 10-*bis* del t.u. immigrazione).

La fattispecie è stata attaccata da decine e decine di ordinanze, sotto molteplici profili, in buona parte attinenti all'in sé dell'incriminazione, cioè alla scelta stessa di punire il soggiorno irregolare, e di punirlo con una determinata estensione della fattispecie.

Sull'argomento torneremo più avanti, perché il tema del diritto penale dell'immigrazione assume ormai un rilevo ed un'autonomia tali da suggerire una trattazione dedicata. Qui però si può anticipare come la Corte abbia giudicato **infondata**, anzitutto, la questione «centrale» (sollevata in riferimento a vari parametri) se il legislatore potesse incriminare la violazione delle norme sul soggiorno:

> *[…] Con riferimento alle questioni del primo gruppo (volte, cioè, a censurare globalmente la scelta di penalizzazione espressa dalla norma impugnata) – sulle quali, per evidenti ragioni di pregiudizialità logica, va portata prioritariamente l'attenzione – lo scrutinio di costituzionalità non può che trovare il suo referente generale nel principio, affermato dalla costante giurisprudenza di questa Corte, in forza del quale l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie (ex plurimis, sentenze n. 47 del 2010, n. 161, n. 41 e n. 23 del 2009, n. 225 del 2008).*

Ed è anche più interessante, perché fondata su un classico **ragionamento triadico**, la questione della **mancata previsione del «giustificato motivo»** quale causa di non punibilità della condotta, o almeno della porzione di condotta che si risolve in un **indebito trattenimento** nel territorio nazionale dopo la scadenza o la revoca di un titolo idoneo a legittimare il soggiorno. Detta questione era stata proposta soprattutto in relazione all'art. 3 Cost., evidenziando come il «giustificato motivo» escluda la punizione dell'agente che non ottemperi all'**ordine questorile di allontanamento**, secondo il disposto del comma 5-*ter* dell'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998.

Anche in questo caso la Corte ha ritenuto la infondatezza della questione, ma con un ragionamento complesso e di grande prudenza, il che conferma – a mio avviso – la miglior praticabilità del giudizio di uguaglianza formale rispetto ad una prospettazione di irrazionalità intrinseca della fattispecie.

Infatti la Corte – anche date le palesi interferenze di principi concorrenti, come quello di finalizzazione rieducativa della pena e quello di colpevolezza – si è limitata a porre in evidenza le ritenute differenza rispetto al *tertium comparationis*: una diversa fisionomia dei meccanismi di maturazione dell'obbligo di allontanarsi, la severità enormemente inferiore della fattispecie più recente, l'esistenza di uno **strumento alternativo di mitigazione** dello strumento repressivo, grazie all'applicabilità del proscioglimento per **particolare tenuità del fatto**, tipico dei reati affidati alla competenza del giudice di pace.

Sempre sul piano delle valutazioni di infondatezza (nella specie manifesta) va ricordata la **ordinanza n. 41 del 2009**, pertinente alla fattispecie di «**indebito rientro**» dello straniero **già espulso**. A proposito, cioè del comma 5-*quater* dell'art. 14 del T.u. immigrazione, nella versione antecedente alla citata riforma del 2009 (e, naturalmente, a quella del 2011).

L'orientamento della giurisprudenza maggioritaria aveva ridotto la fattispecie al caso dell'indebito rientro (e non dell'illecito trattenimento), sul presupposto che lo straniero espulso a norma del comma 5-*ter* dovesse essere sempre accompagnato alla frontiera *manu militari*. Non era prevista, quale elemento costitutivo della fattispecie, la carenza di un «**giustificato motivo**» per la condotta, che allora – per altro – poteva essere solo

commissiva.

La Corte non si era rifugiata dietro l'ossequio formale al principio di elevata discrezionalità legislativa nella conformazione delle condotte penalmente sanzionate, ed aveva proceduto ad una serrata comparazione tra la fattispecie censurata e quella dell'indebito trattenimento, giustificando la diversa rilevanza del «giustificato motivo» in base alla **disomogeneità strutturale** delle figure poste in comparazione.

A questo punto non dovrebbe sorprendere l'importante decisione assunta con la **sentenza n. 359 del 2010**.

Anche su tale pronuncia dovrà tornarsi a tempo debito. Ma certo occorreva citarla subito nel trattare di **scelte di penalizzazione** sindacate alla luce del **principio di uguaglianza formale**, anche e proprio perché si tratta di una sentenza di accoglimento.

Nella specie veniva presa in considerazione la fattispecie novellata del **comma 5-*quater* dell'art. 14** del t.u. immigrazione, che attualmente punisce l'**inottemperanza** all'ordine di allontanamento che il questore abbia impartito dopo uno o più comportamenti analoghi di inottemperanza. Mentre per il «primo» episodio il comma 5-*ter* della disposizione citata prevede che lo straniero vada esente da pena quando l'omissione dipenda di un **giustificato motivo**, analoga previsione non era stata inserita nella fattispecie incriminatrice concernente le violazioni reiterate.

La Corte aveva già «accettato» di sindacare nel merito la scelta quanto alla (coeva) previsione dell'art. 10-*bis*. Altrettanto è avvenuto nel caso di specie, con la differenza che le analogie strutturali tra le **norme in comparazione** (quella censurata e quella immediatamente precedente, cioè i commi 5-*quater* e 5-*ter* del citato art. 14) sono parse tali da non giustificare l'omessa previsione della «esimente» per una tra esse.

1.13 (segue) Sulle pene per il sequestro di persona

Ed eccoci all'applicazione più recente dei principi che ho cercato di illustrare, relativa a censure mosse contro le **previsioni edittali** concernenti il trattamento sanzionatorio del **sequestro di persona** a scopo di **estorsione**. L'art. 630 c.p. prevede che detto sequestro sia punito con la **pena minima di venticinque anni** di reclusione. Una scelta estrema, maturata in tempi di frequente reiterazione del delitto, scelta della cui ragionevolezza può dubitarsi sotto molteplici profili. Basti dire che la soglia minima indicata è superiore alla durata massima della reclusione per un solo reato, come stabilita all'art. 23 dello stesso codice penale. E si noti, ancora, che lo schiacciamento della discrezionalità giudiziale in un varco quasi insignificante tra **minimo e massimo** della sanzione (pari a trenta anni) pone i problemi tipici delle «pene fisse», o almeno delle fattispecie legali che impongono l'assimilazione di fattispecie concrete molto eterogenee.

Con la **sentenza n. 240 del 2011**, per altro, la Corte ha ritenuto **manifestamente infondata** la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 c.p. – con riguardo agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione – nella parte in cui non prevede la diminuzione della pena per fatti di «lieve entità» applicabile, invece, quanto al cd. «sequestro di ostaggi». Una questione per molti versi analoga era già stata scrutinata, e dichiarata inammissibile, con l'**ordinanza n. 163 del 2007**.

Va detto che, nell'odierna occasione, il rimettente aveva ben giocato le sue carte. Non aveva infatti impostato le proprie censure in termini di irragionevolezza intrinseca, o di generica frustrazione della finalizzazione rieducativa della pena. Il rimettente, piuttosto, era andato alla ricerca di un *tertium comparationis*, cioè di una fattispecie asseritamente omologabile a quella oggetto delle sue censure, e però caratterizzata da una migliore adattabilità del trattamento sanzionatorio. Una illegittimità da dichiarare, insomma, secondo l'ordinario schema "triadico", nella prospettiva dell'art. 3 Cost.

Il *tertium* è stato trovato nella figura di reato delineata all'art. 3, primo comma, della legge 26 novembre 1985, n. 718, cioè nel cd. «**sequestro di ostaggi**». Anche per tale

reato la pena edittale spazia dai venticinque ai trenta anni di reclusione. Tuttavia il terzo comma del citato art. 3 stabilisce: «se il fatto è di **lieve entità** si applicano le pene previste dall'articolo 605 del codice penale aumentate dalla metà a due terzi». Pene dunque molto inferiori ai 25 anni, anche troppo, potendo il minimo edittale corrispondere ai nove mesi di reclusione. Ebbene, secondo il rimettente, l'art. 630 c.p. sarebbe illegittimo nella parte in cui non prevede una diminuente analoga a quella posta per il sequestro di ostaggi.

In realtà la Consulta, con la citata ordinanza n. 163 del 2007, aveva già incidentalmente escluso l'utilità di un raffronto tra l'art. 630 c.p. e l'art. 3 della legge n. 718 del 1985. A parità di condotta materiale, le due figure si distinguono per il **finalismo dell'azione**, che nel primo caso consiste nel perseguimento di un profitto ingiusto quale prezzo della liberazione del sequestrato, ma nel secondo non presenta tale connotazione (e neppure una coloritura terroristica, data la clausola di sussidiarietà che apre la fattispecie), tanto che il fatto può essere segnato addirittura da finalità "nobili" o altruistiche.

Dunque, se per il sequestro di ostaggi il legislatore ha previsto uno strumento di forte diminuzione dei valori edittali di pena, la stessa logica non si impone per il sequestro a fini estorsivi. Anzi – osserva la Corte – l'accoglimento della questione introdurrebbe evidenti distonie nel sistema, come ad esempio la previsione di un minimo edittale inferiore a quello attualmente previsto per il tentativo di estorsione.

Ma v'è un ulteriore aspetto di interesse nel provvedimento. La parte privata (cioè l'imputato nel giudizio *a quo*) aveva chiesto che la legittimità della norma censurata fosse vagliata anche in rapporto all'art. 289-*bis* c.p., cioè al reato di **sequestro con finalità di terrorismo**. In effetti, anche per questa gravissima fattispecie, la legge prevede uno strumento di moderazione sanzionatoria, questa volta collocato nell'art. 311 c.p.: per tutti i delitti contro la personalità dello Stato è stabilito che, in caso di **lieve entità del fatto**, le pene siano diminuite (fino ad un terzo, secondo la regola generale).

La Corte non ha potuto che far rilevare come l'ambito del suo giudizio sia delimitato dal *petitum* proposto dal rimettente, senza alcuna possibilità che il relativo oggetto sia allargato su istanza delle parti del giudizio principale, o su iniziativa della Corte medesima (tutt'altra cosa essendo la cd. autorimessione). E tuttavia, nell'ordinanza, si legge anche una chiara e corrispondente **delimitazione del giudizio di infondatezza** in rapporto al *tertium* specificamente invocato dal giudice *a quo*: «***impregiudicato**, quindi, il diverso tema prospettato dalla parte privata – la questione va dichiarata, alla luce delle considerazioni che precedono, manifestamente infondata*».

1.14 Poteri dello Stato e giurisdizione: i «reati ministeriali»

Tratteremo ora di ciò che potremmo definire i «**confini della giurisdizione**». L'attività del giudice investe interessi di rilevanza costituzionale che attingono il piano dei rapporti tra poteri dello Stato, e, per iniziativa sua o d'un potere configgente, la Consulta è chiamata a tracciare, appunto, i confini della giurisdizione.

Sovviene in primo luogo all'attenzione il tema dei cd. «reati ministeriali», di nota attualità.

Partiamo dal **quadro normativo**, che non è universalmente conosciuto.

L'**art. 96 Cost.**, nel testo introdotto dalla legge costituzionale n. 1 del 1989, stabilisce: «Il Presidente del Consiglio dei ministri ed i ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale».

La stessa **legge costituzionale n. 1 del 1989** ha istituito, presso il tribunale del capoluogo del distretto di Corte d'appello competente per territorio, un collegio, cui il

procuratore della Repubblica, omessa ogni indagine, deve trasmettere, con le sue richieste, i rapporti, i referti e le denunce concernenti i reati indicati dall'art. 96 Cost. È il cd. «**Tribunale dei Ministri**».

Tale collegio, se non ritiene che si debba disporre l'archiviazione, trasmette gli atti con relazione motivata al procuratore della Repubblica per la loro immediata rimessione al Presidente della Camera competente (art. 8, comma 1). In caso diverso, sentito il pubblico ministero, dispone l'**archiviazion**e con decreto non impugnabile (art. 8, comma 2). Il procuratore della Repubblica dà comunicazione dell'avvenuta archiviazione al Presidente della Camera competente (art. 8, comma 4).

Conviene subito dire come la **legge n. 219 del 1989** abbia precisato (art. 2, comma 1) in quali casi il «Tribunale dei ministri», esperite le necessarie indagini, deve disporre l'archiviazione. Tra questi è compresa l'ipotesi che il fatto integri un **reato diverso da quelli indicati nell'art. 96 Cost**. In tale evenienza, si prevede che il collegio disponga altresì, contestualmente all'**archiviazione**, la trasmissione degli atti all'autorità giudiziaria competente a conoscere del diverso reato.

Ora, dalle disposizioni richiamate emergono alcune indicazioni essenziali. La prima è che **non esiste un regime autorizzatorio per i reati extrafunzionali**. La seconda è che – essendo discriminante appunto la qualifica del reato come funzionale od extrafunzionale – l'ordinamento sembra riconoscere al Parlamento la possibilità di interloquire in proposito, non certo attraverso lo strumento dell'autorizzazione, ma eventualmente, quando l'Autorità giudiziaria opta per la natura extrafunzionale, mediante la promozione di un **conflitto tra poteri dello Stato**: altrimenti l'operatività della prerogativa istituita dalla Costituzione sarebbe rimessa unicamente alle valutazioni dell'Autorità giudiziaria.

Per tale ragione è stabilito, almeno riguardo a determinate evenienze processuali, che il Parlamento sia informato circa il procedimento contro un Ministro: con la richiesta di autorizzazione in caso che si intenda procedere per un reato funzionale; con la comunicazione della disposta archiviazione, ove si sia deliberato in tal senso.

Quid iuris nel caso che il Tribunale dei ministri disconosca la natura funzionale del reato, e dunque si dichiari funzionalmente incompetente? Contrariamente a quel che di solito accade, occorre procedere ad **archiviazione** del procedimento, oltre che trasmettere gli atti al pubblico ministero ordinario. La cosa è del tutto innaturale («asistematica», ha scritto la Corte nel provvedimento che citerò tra breve), ma è inequivocabilmente prescritta dalla legge. Potrebbe sostenersi che la previsione del provvedimento di archiviazione sia finalizzata a proprio a comprendere il provvedimento medesimo tra quelli da comunicare al Parlamento, al fine di consentire che quest'ultimo, prendendo atto della «destinazione» del processo verso i canali «ordinari», denunci mediante conflitto un preteso aggiramento delle garanzie apprestate per i reati funzionali.

Un meccanismo informativo siffatto, però, non può che attivarsi quando il pubblico ministero abbia ipotizzato la natura «ministeriale» del fatto, e dunque investito il Tribunale dei ministeri. Sembra dunque restare «scoperta», quanto al circuito comunicativo, l'ipotesi che lo stesso **pubblico ministero** riconosca la natura «ordinaria» del fatto, e dunque **non investa** neppure **il Tribunale**.

Ora, per comprendere lo stato attuale della giurisprudenza sul punto occorre rievocare una decisione non più recentissima, la **sentenza n. 241 del 2009**, con cui la Corte costituzionale aveva definito un conflitto tra poteri sostanzialmente incentrato sulla **natura funzionale o extrafunzionale** del reato che, nella specie, era stato attribuito ad un Ministro.

Nel caso di specie era accaduto, in particolare, che il Tribunale dei ministri, spogliandosi della competenza per il ritenuto carattere **non funzionale** del reato ascritto al Ministro, non aveva provveduto ad archiviare il procedimento e non aveva trasmesso gli

atti al pubblico ministero con la specifica indicazione della necessità che detta archiviazione fosse comunicata alla Camera dei Deputati. Di qui il ricorso della stessa Camera, e l'accoglimento da parte della Consulta, la quale dunque si era limitata ad affermare che, per non ledere le prerogative del Parlamento, la **decisione di incompetenza** deve essere ad esso comunicata, quando si fondi sulla **riqualificazione del reato**. Senza alcuna implicazione, com'è ovvio, in merito alla correttezza della qualificazione adottata dal Tribunale, e senza alcuna introduzione «implicita» di un regime autorizzatorio per i reati non funzionali.

La **storia ha un seguito**, purtroppo segnato da un **errore procedurale tanto grave negli effetti quanto frequente** (e più volte segnalato nelle precedenti versioni di questo contributo). Informata dal tribunale ordinario ormai procedente per il reato comune, la Camera dei deputati, il 28 ottobre 2009, ha deliberato che i comportamenti tenuti dal Ministro interessato avrebbero avuto natura funzionale, e sarebbero stati tenuti per il perseguimento di un preminente interesse pubblico, negando così la **prescritta autorizzazione a procedere**. O, meglio, l'autorizzazione a procedere che sarebbe stata prescritta se davvero i comportamenti in questione fossero stati pertinenti alla funzione di governo.

Proprio tale assunto è stato negato dal giudice procedente, il quale ha dunque promosso **conflitto tra poteri**, non già per sindacare la negazione del provvedimento autorizzativo, bensì per negare il presupposto che legittima l'adozione del provvedimento parlamentare, e cioè la natura funzionale della condotta.

Il conflitto è stato dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale con la **ordinanza n. 211 del 2010**.

Tuttavia, non si avrà una **decisione sul merito**. Com'è noto il potere ricorrente è gravato dall'onere di **notificare l'ordinanza di ammissibilità** ai rappresentanti del potere confliggente, entro un termine generalmente fissato in sessanta giorni. Gli **atti** vanno poi **depositati** presso la cancelleria della Corte costituzionale «**entro il termine perentorio di trenta giorni dall'ultima notificazione**» (art. 24 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale).

Ora, la Corte da tempo prospetta un **onere di diligenza** del ricorrente nella verifica circa la data di notifica dell'ordinanza di ammissibilità. Accade spesso, ed invece, che i nostri Tribunali **attendano di ricevere la relata di notifica** prima di attivarsi per il deposito degli atti. Il che può portare, come nel caso di specie, a **effettuare tardivamente il deposito degli atti**.

Ecco i passaggi cruciali della **ordinanza n. 317 del 2011**, con la quale la Corte ha dichiarato la **improcedibilità del conflitto** che fin qui abbiamo descritto:

> (…) non esclude la tardività del deposito la circostanza che le **relate** delle notificazioni alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica siano **pervenute** al Tribunale ricorrente solo il 16 agosto 2010, quando il citato **termine** per il deposito degli atti notificati era **già decorso**;
> che, infatti, nel caso di specie, la notificazione alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica è stata effettuata dall'ufficiale giudiziario non già a mezzo posta, ma **a mani proprie**, con la conseguenza che è posto a carico del notificante un particolare onere di diligenza (ordinanze n. 41 del 2010 e n. 188 del 2009);
> che, con riguardo a tale ultima modalità di notificazione, questa Corte ha già affermato che l'ufficiale giudiziario – pur se tenuto ad eseguire la notificazione senza indugio e comunque entro il termine prefissato dall'autorità per gli atti da essa richiesti (art. 108, comma secondo, del d.P.R. 15 dicembre 1959, n. 1229) – non ha «l'obbligo di restituire gli atti al richiedente nel domicilio o nella sede di questo» (sentenza n. 247 del 2004) e che «**il notificante [...] deve diligentemente attivarsi**, facendo in modo – per quanto egli può controllare – che il procedimento di notificazione si concluda, con il ritorno degli atti nella sua disponibilità, nel tempo utile per il rituale proseguimento del processo» (sentenza n. 247 del 2004, già citata; ordinanza n. 278 del 2004);

che, in ragione del mancato rispetto del termine perentorio per il deposito degli atti notificati presso la cancelleria di questa Corte, non può procedersi allo svolgimento della fase di merito del giudizio sul conflitto di attribuzione (ex plurimis, ordinanze n. 41 del 2010 e nn. 188 e 52 del 2009).

1.15 (segue) le competenze funzionali del cd. «Tribunale dei ministri»

In tempi più recenti una **nuova questione** concernente la **competenza funzionale del Tribunale dei ministri**, e le relative implicazioni in tema di assicurazione delle prerogative parlamentari, è stata posta da un **ricorso** promosso dal **Senato** della Repubblica relativamente ad atti dell'Autorità giudiziaria di Santa Maria Capua Vetere e di Napoli. Ad essa si riferisce la **ordinanza n. 104 del 2011**.

È avvenuto in sostanza che le Procure delle sedi giudiziarie indicate hanno proceduto per fatti attribuiti ad un **Ministro** in carica (all'epoca dei fatti, s'intende), senza attivare la procedura di cui si discute, sul presupposto che i reati ipotizzati non fossero stati commessi nell'esercizio delle funzioni ministeriali. Su questo stesso presupposto il giudice dell'udienza preliminare di Napoli aveva **rigettato una eccezione di incompetenza funzionale**, secondo cui, appunto, la delibazione dell'accusa e della richiesta di avviare il giudizio sarebbe spettata al cd. **Tribunale dei Ministri**.

Il **Senato** ha chiesto l'annullamento di tale ultimo provvedimento e degli atti antecedenti, configurando una menomazione delle proprie attribuzioni costituzionali, ed in particolare l'esistenza di una sorta di «**diritto all'informazione**» della Camera che sarebbe competente per l'autorizzazione a procedere in ordine alla pendenza di **qualsiasi procedimento penale**, se relativo a fatti attribuiti a chi abbia rivestito, al tempo di essi, la qualità di ministro. Di più, si qualifica il Tribunale dei ministri quale «***unico organo giudiziario legittimato*** *ad indagare sulla notizia di reato addebitato al Ministro ed a qualificare, all'esito delle indagini, la natura del reato*».

Ai magistrati campani, comunque, sembra sia contestata l'omissione della informativa che sarebbe dovuta al Tribunale, ai sensi dell'art. 6 della legge costituzionale n. 1 del 1989, di ogni notizia di reato concernente un ministro, affinché eserciti la propria valutazione anche in ordine al carattere ministeriale del reato e attivi, in tal caso, la Camera competente, ovvero, qualora il reato sia ritenuto di natura comune, disponga la cosiddetta archiviazione anomala e ne informi, in base all'art. 8 della medesima legge, la Camera per consentirle l'esercizio delle proprie attribuzioni. In effetti, il sistema non sembra presidiare un **sindacato necessario** sul carattere funzionale del reato da parte del Collegio di cui si discute, sindacato che a sua volta rappresenta, nella prospettazione del Senato, il presupposto affinché il Parlamento sia coinvolto nella stessa valutazione (o con la richiesta di autorizzazione, o con la comunicazione del provvedimento di archiviazione). In altre parole, quando manchi l'attivazione del Tribunale, **difetta un automatismo «informativo» nei confronti del Parlamento** (il quale per altro può essere informato dal diretto interessato o attraverso l'iniziativa di singoli componenti).

Com'è noto sull'argomento si è pronunciata anche la **Corte di cassazione**, intervenendo in un subprocedimento cautelare relativo alla stessa vicenda (Cass. pen., sez. VI, 3.3.2011 (dep. 11.3.2011), Pres. De Roberto, Rel. Fidelbo, ric. Mastella, in *www.penalecontemporaneo.it*). La Corte in particolare ha **negato** che sia **abnorme**, e quindi ricorribile per cassazione, l'ordinanza con cui il G.u.p., sull'eccezione di incompetenza funzionale sollevata dall'imputato, che all'epoca dei fatti svolgeva funzioni di ministro e che per questo invoca la competenza del Collegio per i reati ministeriali previsto dall'art. 7 legge cost. n. 1 del 1989 - Collegio mai precedentemente investito - non abbia, esclusa la natura ministeriale dei reati, informato la Camera di appartenenza dell'interessato di tale decisione. Secondo la sentenza, infatti, rientra nelle **attribuzioni dell'autorità giudiziaria verificare i presupposti** della propria competenza e non è prescritto, nell'ipotesi in esame, **alcun dovere di informativa** alla Camera di appartenenza dell'interessato.

Come d'uso, nella **fase di ammissibilità**, la Corte si è limitata a verificare che gli **enti**

confliggenti siano organi competenti a dichiarare definitivamente, nel procedimento di cui sono investiti, la volontà del potere cui appartengono (il che vale per i magistrati del pubblico ministero e per i giudici in ragione dell'esercizio di funzioni giudiziarie svolte in posizione di piena indipendenza, costituzionalmente garantita) e che il potere ricorrente invochi la garanzia di una sfera di attribuzioni costituzionali (nel caso di specie conferite, secondo la prospettazione del Senato della Repubblica, dall'art. 96 Cost. e dalla legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1).

La **decisione sul merito** era attesa nelle settimane appena trascorse, posto che la trattazione del conflitto era stata fissata per la udienza pubblica del **18 ottobre 2011**. Tuttavia è stato disposto un **rinvio**, di talché la decisione non è stata ancora assunta, ed interverrà, presumibilmente, entro il giro di qualche mese da oggi.

Sembra ricorrere almeno qualche analogia tra le questioni poste dal conflitto appena indicato e quello insorto tra **Camera dei deputati** ed **Autorità giudiziaria milanese** (pubblico ministero e g.i.p.), relativamente al giudizio immediato promosso, nei confronti dell'allora Presidente del Consiglio dei ministri, con riguardo tra l'altro al delitto di concussione.

La Camera ritiene che non spettasse al pubblico ministero «comune» di «*esperire indagini nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri in carica*», «*nonché procedere alla richiesta di giudizio immediato*» «*relativamente al contestato delitto di concussione, omettendo di trasmettere gli atti al Collegio per i reati ministeriali*». Tale omissione avrebbe impedito alla Camera stessa l'esercizio delle attribuzioni costituzionali di cui all'art. 96 Cost. ed alla legge costituzionale n. 1 del 1989. Per le stesse ragioni non sarebbe spettato al giudice disporre che, per i reati in questione, si procedesse a giudizio (con rito immediato).

La vicenda è arcinota, e non richiede qui una descrizione.

Nel proprio ricorso la Camera argomenta sulla natura «ministeriale» del reato ascritto all'interessato, e comunque ripropone la tesi che «**in tutti i casi**» l'organo requirente avrebbe l'obbligo di **trasmettere gli atti** del procedimento al cd. Tribunale dei ministri, posto in primo luogo che la disciplina stabilita dalla legge costituzionale n. 1 del 1989 evidenzierebbe la volontà di concentrare in capo al Collegio l'attività di indagine (finalità resa palese dalla previsione di un termine per la trasmissione a tale organo della notizia di reato da parte del P.M. e dal divieto per questi di procedere a qualunque indagine). La trasmissione avrebbe per altro verso la funzione di garantire le **prerogative della camera competente**, tanto in caso di giudizio per un reato considerato ministeriale dal Tribunale, tanto per l'eventualità della cd. «archiviazione anomala».

Insomma, l'Autorità milanese, omettendo di riconoscere la **competenza funzionale** del tribunale dei ministri, avrebbe vanificato «*l'intero sistema disegnato dal legislatore costituzionale nel quale si trovano contemperate "la garanzia della funzione di governo e l'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge"*».

In via subordinata la ricorrente assume che, pur potendo procedere per le vie ordinarie per un reato «comune», l'Autorità giudiziaria sarebbe comunque tenuta a **dare comunicazione del procedimento** alla camera competente, perché questa possa valutare se ricorrano le condizioni per una autorizzazione a procedere.

Con provvedimento del **22 luglio 2011** – cioè con la **ordinanza n. 241 del 2011**, la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile il conflitto. La fase di merito del giudizio dovrebbe essersi avviata nelle scorse settimane, salva eventuale improcedibilità, con la fissazione della relativa udienza.

Com'è a tutti noto, con la **sentenza n. 262 del 2009**, la Corte, giudicando su questioni

1.16 La decisione sul cd. «legittimo impedimento»

di legittimità costituzionale poste dal Tribunale di Milano e dal Tribunale di Roma, aveva dichiarato l'**illegittimità costituzionale** dell'art. 1 della legge 23 luglio 2008, n. 124 (cd. **lodo Alfano**) per violazione degli artt. 3 e 138 della Costituzione.

La norma caducata stabiliva la **sospensione dei procedimenti penali** nei confronti del Capo dello Stato e di quello del Governo, nonché dei Presidenti della camere, durante lo svolgimento delle rispettive funzioni, anche per fatti pregressi. La regola della cd. «immunità» trovava un antecedente diretto nel cd. **lodo Schifani**, la cui disciplina era stata a sua volta dichiarata illegittima con la **sentenza n. 24 del 2004**.

Il legislatore del 2008 aveva introdotto alcune **varianti** nella dichiarata intenzione di «prestare ossequio» ai rilievi compiuti dalla Corte nel 2004, soprattutto introducendo **limiti temporali** alla sospensione del processo, un meccanismo di **protezione della parte civile**, la **possibilità di rinuncia** da parte dell'imputato–Alta carica, la previsione di meccanismi di **acquisizione urgente della prova**, l'esclusione del soggetto istituzionale non eletto in base al **suffragio popolare**, neppure indirettamente (cioè il Presidente della Consulta).

Nondimeno, e come abbiamo ricordato, anche la nuova disciplina era stata dichiarata illegittima. La Corte aveva stabilito che il «lodo», ancora una volta, aveva introdotto un **prerogativa** con legge ordinaria.

Naturalmente, la decisione ha rappresentato la premessa logica e giuridica per il provvedimento più recente in materia di «prerogative», e cioè la **sentenza n. 23 del 2011**, riferita al nuovo intervento normativo attuato, con la **legge 7 aprile 2010, n. 51**, al fine dichiarato di introdurre un nuovo ed ancora diverso «bilanciamento» tra esigenze della giurisdizione ed esercizio della funzione di governo.

Com'è noto, e sebbene la citata sentenza 262 contenesse **riferimenti espliciti alla irrazionalità di una presunzione assoluta di impedimento** fondata sulle alte funzioni istituzionali dei soggetti interessati, la legge 51 aveva introdotto proprio delle presunzioni di impedimento, che molti interpreti (e comunque tutti i giudici investiti di procedimenti nei confronti del Presidente del consiglio) avevano considerato a carattere assoluto.

Investita nuovamente di questioni essenzialmente fondate sull'asserita natura di prerogativa delle disposizioni di nuovo conio, e sulla conseguente illegittimità di una legge ordinaria per la relativa previsione, la Consulta è pervenuta ad una nuova decisione di accoglimento, la quale, sia pure non travolgendo in radice l'intera legge censurata, ne ha sostanzialmente ribaltato il contenuto, riconducendo la disciplina dell'impedimento del Presidente del consiglio e dei ministri alle regole ordinarie di valutazione.

È appena il caso di aggiungere che, comunque, la **recente consultazione referendaria** ha poi travolto anche le disposizioni residue della legge n. 51 del 2010. Ma l'esame della sentenza presenta ancora interesse, com'è ovvio, per l'importanza dei principi stabiliti nella delicata materia in questione.

È stata dichiarata **illegittima**, anzitutto, l'intera disciplina che consentiva al Presidente del Consiglio dei ministri di prospettare **impegni istituzionali futuri e continuativi**, certificati dal Segretariato generale della stessa Presidenza, in guisa da imporre un **rinvio dell'udienza oltre il termine di cessazione degli impedimenti** allegati (comma 4 dell'art. 1 della legge). Inoltre è stata dichiarata illegittima la norma che imponeva al giudice, una volta accertata la ricorrenza contestuale delle ipotesi indicate nel comma 1 dello stesso art. 1, di rinviare l'udienza ad altra data, **nella parte in cui non prevedeva che lo stesso giudice possa valutare in concreto**, a norma dell'art. 420-*ter*, comma 1, cod. proc. pen., l'impedimento addotto (comma 3 dell'art. 1). In evidente collegamento logico con tale ultima decisione, la questione sollevata riguardo al comma 1 è stata dichiarata **infondata**, ma **a condizione** («in quanto») che la norma censurata sia letta «**in conformità all'art. 420-*ter*, comma 1**» del codice di rito penale.

Le ulteriori questioni sollevate dai giudici milanesi sono state dichiarate inammissibili, perché irrilevanti nei giudizi a *quibus* (comma 2 dell'art. 1, pertinente ai procedimenti concernenti ministri) o perché non attinte da censure argomentate ad opera dei rimettenti (commi 5 e 6 dell'art 1, concernenti la sospensione della prescrizione e l'applicabilità ai procedimenti in corso della nuova disciplina, e art. 2, relativo alla durata nel tempo della disciplina medesima). Naturalmente, e come già ricordato, le norme censurate sono poi cadute per effetto di **abrogazione referendaria**.

La Corte ha disatteso, in primo luogo, la lunga serie delle ulteriori **eccezioni di inammissibilità** proposte dalla difesa della parte privata nel giudizio principale e dall'Avvocatura generale dello Stato. Erano stati prospettati molteplici vizi motivazionali dei provvedimenti di rimessione, anzitutto riguardo alla concreta descrizione delle fattispecie sottoposte a giudizio, e dunque in punto di rilevanza delle questioni. Inoltre, parte almeno delle questioni sarebbero state irrilevanti (i giudici avrebbero dovuto valutare l'impedimento addotto prima secondo la disciplina ordinaria, poi secondo quella specifica in materia di impedimento contestuale del Presidente, infine a norma del comma 4 della disposizione censurata): il rilievo dell'impedimento addotto già secondo le regole generali avrebbe escluso la necessità di applicare, nei giudizi a *quibus*, le norme della legge n. 54. Ulteriori vizi, infine, avrebbero segnato la motivazione circa le ragioni del denunciato contrasto tra le disposizioni censurate ed i parametri costituzionali evocati. Tutte le eccezioni sono state respinte, sulla base degli argomenti illustrati al § 3 del **Considerato in diritto**.

Nel merito, la Corte è partita dalla propria giurisprudenza sulla **nozione di «prerogativa»**, maturata sia nel contesto di altre questioni incidentali su leggi regolatrici del processo concernente alte cariche dello Stato (da ultimo, la più volte citata sentenza n. 262 del 2009), sia nel contesto di conflitti tra poteri che avevano evocato lo specifico problema del bilanciamento tra presenza dell'imputato nel processo e svolgimento di funzioni pubbliche di rilevanza costituzionale (da ultimo, la sentenza n. 451 del 2005). Le prerogative si sostanziano, secondo quella giurisprudenza, nell'introduzione di **meccanismi generali ed automatici di «deroga al regime processuale comune»**, e devono dunque essere regolate mediante una legge di rango costituzionale, pena la violazione congiunta degli artt. 3 e 138 della Costituzione.

Dunque il metodo dell'analisi è consistito nella comparazione tra la normativa sottoposta a censura e quella che normalmente disciplina il cd. legittimo impedimento (art. 420-*ter* c.p.p.), per verificare se la prima costituisse una specificazione della seconda (come sostenuto dalla Presidenza del Consiglio), o piuttosto introducesse una deroga.

Ed ecco le caratteristiche del *tertium comparationis*: l'impedimento consiste in un **impegno specifico e puntuale**, e non nella mera e generica implicazione di una propria attività complessiva; il giudice, quando ricorra la prima condizione, valuta lo specifico impedimento addotto come fattore **idoneo a giustificare il rinvio dell'udienza**.

La Corte ha ritenuto che la comparazione al modello fissato nel comma 1 dell'art. 420-*ter* dovesse essere condotta separatamente per ognuna delle tre norme pertinenti all'attività del Presidente del Consiglio dei ministri. Quanto al comma 1, la critica essenziale dei rimettenti si sostanziava nella estrema genericità delle situazioni che avrebbero potuto essere addotte per innescare un automatismo destinato a culminare con il rinvio dell'udienza. La Corte ha convenuto che una lettura «generalizzante» della norma ne comporterebbe il contrasto con la Carta costituzionale, ma ha ricordato il dovere di adottare soluzioni adeguatrici quale comportamento preliminare alla dichiarazione di illegittimità. Ebbene, la norma va letta nel senso che «le categorie di attività qualificate, in astratto, come legittimo impedimento del Presidente del Consiglio dei ministri sono **solo quelle coessenziali alle funzioni di Governo**, che siano previste da leggi o

regolamenti (e in particolare dalle fonti normative espressamente citate nella disposizione censurata), nonché quelle rispetto ad esse **preparatorie** (cioè specificamente preordinate) **e consequenziali** (cioè immediatamente successive e strettamente conseguenti)». E ancora, sulla disciplina delle attività preparatorie o consequenziali, come interpretata in senso costituzionalmente compatibile: «*il Presidente del Consiglio dei ministri dovrà indicare un* ***preciso e puntuale impegno, che abbia carattere preparatorio o consequenziale rispetto ad altro preciso e puntuale impegno****, quest'ultimo riconducibile ad una attribuzione coessenziale alla funzione di governo prevista dall'ordinamento*».

Insomma, la norma censurata poteva essere letta in guisa che non ne derivasse una deroga al primo dei due aspetti essenziali della disciplina comune del legittimo impedimento, e cioè il carattere puntuale di un impegno alternativo alla partecipazione al processo.

Restava alla Corte da verificare, però, se della disciplina ordinaria le norme censurate consentissero l'espansione anche sotto il secondo profilo, e cioè quello di «***valutare in concreto*** *lo specifico impedimento addotto*». Valutazione che non consiste nella verifica di sussistenza effettiva del fatto prospettato od in quella di attendibilità della relativa certificazione, ma attiene alla **valenza dell'impegno concomitante**, assunto quale fattore «legittimo» di sacrificio dell'esigenza concorrente di progressione del giudizio. La Corte ha specificamente chiarito, in premessa, che avrebbe considerato derogatorio (e dunque illegittimo) ogni scarto della nuova disciplina rispetto agli ordinari poteri di sindacato del giudice.

In particolare, ordinariamente il giudice valuta il «carattere **assoluto e attuale**» dell'impegno prospettato dalla parte. Ciò comporta che detto impegno, pure pertinente ad interessi meritevoli di bilanciamento con quello delle tempestiva celebrazione del giudizio, deve essere «**oggettivamente indifferibile e necessariamente concomitante**» con l'udienza programmata. Il che deve essere oggetto della verifica giudiziale, ben oltre il controllo sulla effettiva sussistenza del fatto impeditivo allegato.

Ebbene la Corte, in base all'univoco significato letterale e sistematico del comma 3 dell'art. 1, ha ritenuto che la norma avesse proprio la funzione di sbarrare il sindacato giudiziale sulla soglia della verifica di sussistenza. Dunque, introduzione di una prerogativa in violazione del disposto degli artt. 3 e 138 Cost.

Naturalmente, il **principio di leale collaborazione** impone al giudice di interferire nella minima possibile misura sull'attività di governo del Presidente, così come impone a quest'ultimo, anche alla luce dell'elevato grado di autonomia nella programmazione dei propri impegni (ben superiore a quello di un Parlamentare), di concepire calendari compatibili con l'interesse alla speditezza del processo.

La Corte ha ravvisato un analogo significato derogatorio nel comma 4 dell'art. 1, anzitutto per la possibilità, riconosciuta all'imputato, di addurre non un impedimento puntuale, ma un **impegno continuativo**, con elusione almeno parziale dell'onere di specificazione posto dalla disciplina ordinaria. A meno di non intendere la certificazione di legge come dettagliato (e chilometrico) elenco di impegni puntuali (ma comunque non contestuali), restava consentito al Presidente del consiglio di addurre genericamente quale impedimento la sua stessa funzione istituzionale, in deroga al criterio generale (e sulla base di una sorta di autocertificazione, collegata ad una deliberazione riconducibile in sostanza allo stesso interessato). Per altro verso, l'allegazione dell'impegno continuativo comportava per il giudice la necessità di un **rinvio «automatico»**, analogamente a quanto previsto dal comma 3, posta l'impossibilità di sindacare, in riferimento a specifiche date, l'ineluttabilità della concomitanza.

Dunque, e per concludere, una nuova prerogativa, come tale contrastante con gli artt. 3 e 138 Cost.

1.17

Sulla insindacabilità delle opinioni espresse dai Parlamentari

Continua il lavoro della Corte a fini di delimitazione della **immunità dei Parlamentari** per le opinioni espresse, come sancita dall'**art. 68 Cost**.

Ho riferito in dettaglio, nelle versioni precedenti di questa *relazione* (cfr. anche *supra*, a proposito della recente ordinanza n. 317 del 2011), su importanti **aspetti procedurali** del conflitto che il giudice deve sollevare, quando ne ricorrano le condizioni, avverso una delibera parlamentare di **insindacabilità** del comportamento perseguito (si vedano comunque le ordinanze n. 188 del 2009 e n. 41 del 2010, nonché, in tempi recenti la **ordinanza n. 259 del 2011**).

Quanto ai **presupposti sostanziali** della garanzia di insindacabilità, la Corte ha stabilizzato da tempo la propria giurisprudenza, nel senso che la dichiarazione effettuata *extra moenia* deve rappresentare la specifica esternazione di una opinione che il Parlamentare abbia formulato nell'esercizio della propria funzione, ché altrimenti l'immunità perderebbe la propria funzione di garanzia della libertà di esercizio del mandato ***nel*** Parlamento e si risolverebbe in privilegio ingiustificato.

Dunque non è sufficiente che l'esternazione riguardi un tema generale che sia stato oggetto di discussione parlamentare, e men che meno assumono rilevanza (come pure, da qualche tempo, si pretende dalle Camere) le opinioni espresse *intra moenia* da un Parlamentare diverso, a nulla rilevando che si tratti di appartenente allo stesso gruppo di pertinenza dell'interessato. Deve trattarsi, invece, della ripresa di uno specifico tema posto al centro di un atto tipico della funzione (intervento in aula, interrogazione, ecc.), da parte dello **stesso soggetto**, ed in rapporto di **contiguità cronologica** abbastanza stretto da non vanificare il senso della esternazione quale forma di comunicazione esterna del lavoro parlamentare.

Gran parte di questi concetti è stata ribadita dalla Corte, ad esempio, con la recente **sentenza n. 301 del 2010**.

Di particolare interesse è anche la recente **sentenza n. 82 del 2011**, che ha operato alcune puntualizzazioni, anche alla luce della ormai «tradizionale» **difesa delle Camere confliggenti**, e cioè che la immunità dovrebbe coprire in generale l'attività politica del Parlamentare, e non solo la manifestazione *extra moenia* di comportamenti puntualmente e personalmente tenuti all'interno del Parlamento.

Come qualunque altro cittadino, il Parlamentare gode del diritto di manifestazione del proprio pensiero, anche e soprattutto nell'esercizio della **attività politica**. La prerogativa in questione, però, riguarda altro, anche quando si applica ad attività *extra moenia*, e cioè la **attività parlamentare**, che deve essere liberamente rappresentata anche fuori dal Parlamento. Fuori da questa logica, che impone contestualità e puntualità del riferimento, la immunità si trasforma in privilegio, e soprattutto comporta uno squilibrio tra difesa della libera funzione legislativa e **diritti delle persone offese**.

Interessante la sintesi offerta circa la **giurisprudenza europea sul punto**:

> *La Corte di Strasburgo ha […] rilevato come rappresenti prassi generalizzata quella che gli Stati riconoscano una immunità, più o meno ampia, ai membri del Parlamento, per consentire la libera espressione delle opinioni e dei voti ai rappresentanti del popolo ed impedire che azioni giudiziarie partigiane (poursuites partisanes, nel testo in francese della pronuncia) possano ledere la funzione parlamentare. Dunque, ha soggiunto la Corte, la previsione dettata dall'art. 68, primo comma, della Costituzione italiana persegue scopi legittimi, quali, in particolare, la tutela del libero dibattito parlamentare ed il mantenimento della separazione dei poteri legislativo e giudiziario. Secondo la Corte di Strasburgo, tuttavia, la assenza di un* ***legame evidente*** *con un'attività parlamentare* ***esige una interpretazione ristretta del concetto di proporzionalità*** *tra lo scopo prefissato ed i mezzi impiegati, specie quando le limitazioni al diritto di agire in giudizio derivino da una deliberazione di un organo politico. Giungere ad una conclusione diversa*

– ha infatti sottolineato la stessa Corte – equivarrebbe a limitare in modo incompatibile con l'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione il diritto di accesso alla giustizia dei privati, ogniqualvolta i discorsi oggetto della azione giudiziaria siano stati pronunciati da un membro del Parlamento (sentenza 27 gennaio 2009, C.G.I.L. e Cofferati contro Italia e le altre pronunce ivi citate).

Sulla necessità di una rigorosa verifica del nesso funzionale tra la dichiarazione resa *extra moenia* ed un atto personalmente assunto nella sede parlamentare, avente sostanziale **coincidenza di contenuto**, la Corte è tornata anche in tempi più recenti, sempre e significativamente **annullando** delibere di insindacabilità approvate dalle Camere.

È il caso ad esempio della **sentenza n. 96 del 2011** (non è sufficiente un atto genericamente concernente la «gestione» giudiziaria dei «pentiti» per coprire le accuse di comportamenti scorretti ed illegali, da parte di singoli magistrati, in relazione a specifici adempimenti processuali concernenti le dichiarazioni di imputati per fatti di mafia), o della **sentenza n. 97 del 2011** (irrilevanza di atti parlamentari concernenti la asserita «politicizzazione» di una determinata associazione tra magistrati relativamente all'accusa, rivolta ad uno specifico magistrato, di avere inneggiato alla violenza ed a forme terroristiche di azione politica).

Un recente provvedimento è intervenuto anche a conferma dell'infondatezza di un'altra tesi ricorrente delle Istituzioni parlamentari, che si riferisce ad una pretesa «**insindacabilità di gruppo**»: alla possibilità, cioè, che un comportamento *extra moenia* di un determinato parlamentare possa essere ritenuto insuscettibile di valutazione quando trovi corrispondenza di significato nell'atto tipico di un **diverso Parlamentare**. La Corte, ormai con poche e decise parole, ha ribadito l'improponibilità di tesi siffatte: **sentenza n. 98 del 2011**.

La conferma più recente degli orientamenti descritti è data, al momento, dalla **sentenza n. 194 del 2011**, ennesimo accoglimento del ricorso proposto contro delibere di insindacabilità che il Parlamento continua ad assumere senza tenere in alcun conto, sembrerebbe, la giurisprudenza ormai granitica della Corte.

2 Sul diritto penale sostanziale

È il caso di segnalare, per chi iniziasse la lettura di questi appunti dalla pagina presente, che molti temi del diritto penale sostanziale sono stati toccati dall'esposizione che precede. Le relative decisioni, infatti, assumono un particolare interesse a livello più generale, implicando riflessioni e decisioni sul sistema delle fonti o sulle regole essenziali del giudizio di legittimità costituzionale.

Naturalmente non mancano di interesse, soprattutto per gli operatori della giurisdizione, decisioni di respiro meno ampio, ma pertinenti a temi, talvolta assai importanti, del diritto penale sostanziale.

2.1 Recidiva e attenuanti generiche

Cominciamo dalla **parte generale**, ricordando come sia stato recentemente rilevato, con la **sentenza n. 183 del 2011**, un rilevante profilo di contrasto tra la disciplina della **recidiva**, riformata dal legislatore mediante la celeberrima legge n. 251 del 2005, ed alcuni fondamentali **parametri costituzionali**: la ragionevolezza, l'uguaglianza, la necessaria finalizzazione rieducativa della pena.

La Corte costituzionale infatti, con la sentenza indicata, ha eliminato **una porzione del regime «speciale»** di applicazione delle **circostanze attenuanti generiche** per il caso di recidivi reiterati chiamati a rispondere di gravi delitti, dichiarando l'illegittimità del «nuovo» **art. 62-*bis* c.p.**, nella parte appunto in cui stabiliva «che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo», non si potesse «tenere conto della **condotta del reo susseguente al reato**».

Tornerò tra breve, con maggior dettaglio, sulla portata del *decisum*. Può essere utile,

prima, un breve inquadramento della disciplina sottoposta a censura e dei principi in base ai quali la Corte ne ha identificato, con logica stringente e argomenti conclusivi, il sicuro carattere di incostituzionalità.

È risaputo come le **attenuanti generiche** abbiano rappresentato il primo (ed ancor oggi il più potente) mezzo per fronteggiare l'incapacità legislativa di pervenire ad una **organica riforma del diritto penale**, necessaria per adeguare pienamente il sistema sanzionatorio alla Costituzione ed alla sua gerarchia di valori. Nel 1944 l'introduzione dell'**art. 62-*bis*** costituì lo strumento urgente per fronteggiare la severità delle scelte di politica criminale sottese al codice vigente e l'eccentricità di parte delle medesime rispetto ai principi liberali ed umanitari che avrebbero trovato consacrazione alla fine del processo costituente. Dopo trent'anni una ulteriore riforma – che ebbe anche il sapore della rinuncia ad una organica ridefinizione del sistema penale – comportò che le attenuanti generiche si trovassero inserite in un **regime delle circostanze** completamente destrutturato, attraverso l'espansione (nell'oggetto e negli esiti possibili) del **meccanismo di comparazione**, accompagnata dalla **demolizione della recidiva**. Recidiva che divenne sempre «facoltativa», e che comunque poteva essere liberamente comparata con circostanze di segno opposto, tra le quali primeggiavano proprio le attenuanti generiche.

Di qui, per altro, un fenomeno di grande portata, e cioè la **delega** di fatto, nei confronti del **corpo giudiziario**, del compito di governare **l'evoluzione del sistema**, la sua (indispensabile) rispondenza ai mutamenti della società e delle dinamiche di devianza. Una perdita di controllo della politica in ordine alle scelte di governo dei fenomeni criminali. Ed anche, per altro verso, una diminuita efficienza del **principio di legalità**. Per restare nella dimensione sanzionatoria, l'escursione tra il massimo ed il minimo della pena possibile è divenuta tanto ampia che la prevedibilità delle relative decisioni è rimasta per la gran parte affidata alla ragionevolezza dei giudici ed alla forza condizionante delle prassi territoriali.

È risaputo per altro che, per ragioni complesse, il sistema ha perso fiducia nei suoi giudici. Di più, la politica ha maturato un fisiologico bisogno di **riassumere il controllo** delle scelte di governo dei fenomeni di devianza. E tuttavia, trascurando la complessità del sistema, la strategia si è risolta nella **mera e caotica riduzione degli spazi di discrezionalità giudiziale**, in una logica pressoché completamente «reattiva».

Negli ultimi anni (alla legge 251 del 2005 sono succeduti i «pacchetti sicurezza» del 2008 e del 2009), il legislatore ha individuato aspetti del «**diritto giurisprudenziale**» che, nelle sue valutazioni, contrastavano con le travi portanti delle nuove gerarchie di valori e delle nuove priorità. In una tensione irrisolta tra «rigorismo» e «garantismo», la soluzione è stata cercata e trovata non nella **precisazione normativa di criteri** o, più in generale, nella **riscrittura delle regole**, quanto piuttosto, sul piano processuale come su quello sostanziale, nella creazione di **statuti differenziali**: da più parti si parla di **tipi d'autore**.

Non v'è dubbio che il **recidivo**, così come l'accusato od il condannato per **reati stigmatizzati** dal legislatore, abbiano rappresentato negli ultimi anni l'epicentro del fenomeno sommariamente delineato. Attraverso un sistema fondato su **preclusioni**, che dovrebbero trovare la propria giustificazione razionale in base a **presunzioni** (le quali servono, per loro stessa natura, a condizionare i processi cognitivi e valutativi del giudice), il legislatore ha individuato le **fasce di devianza** a suo giudizio meritevoli del proprio intervento rigoristico, sottraendole in maggiore o minore misura alla discrezionalità del giudice. Il che potrebbe ben consistere in sostanziale ed auspicabile assunzione di responsabilità della politica, a condizione che gli interventi presentino veste tecnica dignitosa e risultino ispirati ai principi costituzionali.

La **disciplina censurata dalla Consulta**, con la sentenza qui in commento, si caratterizza per il **connubio di interventi su due strumenti essenziali** delle politiche criminali dominanti negli ultimi anni: l'**irrigidimento** ad ogni livello dei meccanismi punitivi concernenti i recidivi, ed in particolare i **recidivi reiterati**; la riduzione di efficienza del più tradizionale tra gli **strumenti di mitigazione** del rigore sanzionatorio che caratterizza l'ordinamento, e cioè, appunto, le **attenuanti generiche**.

A quest'ultimo proposito va ricordato come il legislatore del 1944 avesse lasciato pressoché indeterminata la fisionomia delle circostanze di fatto utili alla **applicazione dell'art. 62-*bis*,** in congruenza del resto con la funzione che la norma era chiamata ad assolvere. Il dibattito sulla relativa nozione si è sviluppato per oltre sessant'anni. La giurisprudenza, non senza qualche diversità di accento, ha sempre ammesso che il giudice possa **valutare nella prospettiva delle attenuanti generiche** anche i fattori che la legge, attraverso il disposto dell'**art. 133 c.p.**, pone più generalmente a fondamento dell'opera di quantificazione della pena tra i valori edittali (ad esempio, Cass., Sez. IV, 27 giugno 2002, n. 35930, Martino, in *C.E.D. Cass.*, n. 222351). Tra i fattori in questione, i **precedenti del reo** – che rilevano com'è ovvio anche a fini di applicazione della recidiva (da ultimo, Cass., Sez. VI, 16 giugno 2010, n. 34364, Giovane, *ivi,* n. 248244) e la **condotta susseguente al reato**, a cominciare dalla qualità dell'atteggiamento processuale e dall'eventuale confessione (ad esempio, Cass., sez. V, 14 maggio 2009, n. 33690, Bonaffini, *ivi*, n. 244912).

Una **conferma** della prospettiva storicamente adottata in giurisprudenza è venuta proprio dagli **interventi «rigoristici»** del legislatore sull'art. 62-*bis* c.p. L'intento di limitare la discrezionalità giudiziale nel riconoscimento di attenuanti generiche è stato attuato **vietando l'apprezzamento di circostanze riconducibili all'art. 133 c.p.** È accaduto da ultimo con l'introduzione di un **terzo comma** della norma sulle attenuanti generiche (decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, nel testo risultante dalla legge di conversione n. 125 del 2008), che preclude l'applicazione dell'attenuante in base alla **mera condizione di «incensurato»** del reo (condizione tradizionalmente valorizzata in rapporto al disposto del n. 2) del secondo comma dell'art. 133 c.p., che si riferisce tra l'altro ai precedenti penali e giudiziari» dell'interessato).

Più complessa l'operazione attuata circa tre anni prima, con la legge *ex Cirielli*, attraverso l'introduzione del secondo comma dell'art. 62-*bis*. Il divieto di apprezzamento era stato posto riguardo ad un **determinato tipo d'autore**, identificato (almeno secondo l'interpretazione più diffusa, in un contesto letterale a dir poco problematico) attraverso un **doppio criterio presuntivo**. Il primo concerneva in sostanza i **precedenti del reo**, risolvendosi nel riferimento ai «casi previsti dall'articolo 99, quarto comma» del codice penale, cioè al **recidivo reiterato**. Il secondo criterio, fondato su una presunzione ancor più debole (perché connessa ad un fatto non ancora provato), si fondava sulla **qualità dell'imputazione**, nella specie selezionata attraverso il rinvio al solito catalogo dell'art. 407, comma 2, lett. *a*), del codice di rito penale (con l'ulteriore filtro della sanzione edittale pari o superiore, nel minimo a **cinque anni**).

Ebbene, per questo tipo d'autore, veniva fatto divieto al giudice di fondare il riconoscimento di attenuanti generiche su **due fattori fondamentali (per quanto eterogenei)** di determinazione del trattamento sanzionatorio nella prospettiva dell'art. 133 c.p.: l'**intensità del dolo** (n. 3 del primo comma della norma appena citata) e la **capacità a delinquere** (tutte le previsioni del secondo comma della medesima norma).

Non è questa la sede per evidenziare l'incongruenza del primo fra i due divieti. Quanto al secondo, se risulta comprensibile la necessità di **prevenire interferenze con la disciplina «specifica»** del precedenti criminali del reo (n. 2 del secondo comma), lo stesso non può dirsi quanto ai profili ulteriori di misurazione della capacità criminale. Dal punto di vista pratico (e, non casualmente, anche nel giudizio *a quo*) la disposizione censurata si risolveva soprattutto nel **divieto di apprezzare la condotta susseguente al**

reato, anche quella processuale, quale elemento di eventuale moderazione del trattamento sanzionatorio per il recidivo reiterato.

Attenzione, perché il problema dell'**automatismo preclusivo** non poteva essere risolto, come per fattispecie analoghe è accaduto ad opera della giurisprudenza costituzionale e della giurisprudenza ordinaria, **eliminando la base fattuale della regola** di volta in volta presa in considerazione, e cioè **non applicando la recidiva**. Una strategia siffatta – della quale la stessa giurisprudenza ha evidenziato i rischi – poteva essere al limite utilizzata per i casi di **recidiva reiterata «facoltativa»**, di cui al quarto comma dell'art. 99 c.p.: il giudice che ritenesse «incongruo» il risultato sanzionatorio finale del processo di quantificazione della pena poteva, non senza improprie commistioni di criteri applicativi, **escludere la recidiva** proprio al fine di evitare che si attivasse il **divieto di riconoscimento delle attenuanti generiche**. Ma la stessa strategia non era proponibile, naturalmente, nel caso di recidiva «obbligatoria» regolato dal quinto comma dell'art. 99. Senza dire che, come vedremo tra breve, la Consulta ha ritenuto di interpretare la disposizione censurata nel senso che si riferisce proprio e solo a situazioni di **applicazione obbligatoria della recidiva reiterata**.

Dunque, per i «casi gravi», il legislatore aveva introdotto un **doppio automatismo**, come tale fondato su una **doppia presunzione assoluta**.

Ora, la recidiva costituisce un lecito strumento di adeguamento sanzionatorio per i casi di relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il fatto per il quale infliggere una punizione, nei suoi profili oggettivi e soggettivi di gravità. A queste condizioni la recidiva si armonizza con i criteri di ragionevolezza, proporzionalità, finalizzazione rieducativa della pena. Nei casi di applicazione obbligatoria, la **relazione qualificata** tra precedenti del reo e fatto suscettibile di sanzione è **presunta dalla legge**.

Per altro verso, nella prospettiva dei parametri costituzionali già evocati, il **divieto incondizionato** di apprezzare determinati fattori di attenuazione non poteva che reggersi concettualmente sulla **presunzione legislativa** di irrilevanza dei medesimi fattori nella misurazione della capacità criminale del reo.

Non è un caso che abbia di recente dovuto rivitalizzarsi, e trovare applicazioni sempre più frequenti e rilevanti, una tradizionale giurisprudenza costituzionale sui limiti di **compatibilità** tra il **principio di uguaglianza** e le **presunzioni assolute** poste a fondamento di determinate discipline. Dette presunzioni, proprio perché servono ad **imporre un determinato trattamento** per tutte le situazioni riferibili alla fattispecie che le presuppone, a prescindere da eventuali scarti tra modello astratto e fattispecie concreta, generano «naturalmente» una tensione con i principi di uguaglianza e ragionevolezza. Dunque la **«legge di copertura»** in base alla quale una presunzione viene costruita deve essere **molto attendibile**, in grado elevatissimo quando si discuta di presunzioni assolute. La fisionomia della fattispecie deve essere costruita in guisa tale, cioè, da ridurre grandemente, se non eliminare, il rischio della sua applicazione ad ipotesi concrete prive della connotazione che giustifica razionalmente la disciplina considerata.

È possibile, ad **esempio**, che si desuma dal compimento di determinati reati, in presenza di certe condizioni, la disponibilità di un reddito occulto da parte del responsabile. Ma la tipologia dei reati rilevanti, così come altre loro caratteristiche (a cominciare dalla loro prossimità cronologica rispetto al momento della valutazione), devono essere selezionate in modo da garantire una elevatissima coincidenza tra casi presunti e casi verificati di disponibilità del reddito.

L'esempio è ispirato dalla prima delle **recenti sentenze costituzionali** che hanno fondato dichiarazioni di **illegittimità** sul carattere ingiustificato delle **presunzioni assolute** introdotte dall'attuale legislatore. Il caso di specie riguardava proprio un divieto di accesso al **patrocinio a spese dell'Erario** per soggetti in precedenza condannati in ordine a determinati reati: la giustificazione implicita (e, curiosamente, anche esplicita)

della preclusione consisteva nella **presunzione, non superabile**, che dai reati pregressi l'imputato avesse tratto un reddito occulto superiore alle soglie che specificano il concetto di «non abbienza» (art. 76, comma 4-*bis*, del d.P.R. n. 115 del 2002). Tutto ciò comprendendo nell'elenco reati non necessariamente lucrosi, senza alcuna limitazione di prossimità cronologica, di talché la presunzione di «abbienza» doveva reggersi anche riguardo a fatti commessi decenni prima di quello posto ad oggetto dell'imputazione. Ebbene, ecco la regola generale enunciata: «*le **presunzioni assolute**, specie quando limitano un **diritto fondamentale** della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono **arbitrarie e irrazionali**, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit». In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia «agevole» formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (**sentenza n. 139 del 2010**).

Com'è noto, ragionamenti analoghi sono stati posti a fondamento di decisioni ancor più recenti, in materia di **applicazione «obbligatoria» della custodia in carcere** nei confronti di persone accusate di determinati delitti (comma 3 del novellato art. 275 c.p.p.). Di nuovo, **norme presuntive** fondate sull'assunto che la (ipotizzata) responsabilità per determinati fatti esprima un **livello di pericolosità** tale da non essere contenibile mediante forme di restrizione della libertà meno assolute della restrizione in carcere.

La **legge di copertura** è stata giudicata **inaffidabile** dalla Corte, per ragioni di dettaglio che saranno più avanti illustrate, sia nel caso dei **reati sessuali** (sentenza n. 265 del 2010) sia nel caso dell'**omicidio volontario** (sentenza n. 164 del 2011). Dopo la sentenza ora in commento, analoga decisione è stata assunta (sentenza n. 231 del 2011) con riguardo al delitto di **associazione finalizzata al narcotraffico**.

In tutti questi casi, la Corte non ha eliminato radicalmente la norma presuntiva, ma l'ha resa superabile in presenza di caratteristiche del caso concreto difformi, quanto agli elementi giustificativi del trattamento, dal modello astratto posto ad oggetto della generalizzazione.

Questo il panorama sul quale la Corte è intervenuta con la **dichiarazione parziale di illegittimità dell'art. 62-*bis* c.p.**

Il rimettente aveva costruito le proprie censure in varie direzioni, segnalando la ridotta possibilità per il giudice di assicurare un **rapporto proporzionale tra pena e fatto** (fino ad evocare la nota tematica delle pene fisse), postulando l'irrazionalità di una selezione operata all'interno del catalogo fissato nell'art. 407 c.p.p., prospettando una situazione conseguente di parificazione indebita tra situazioni disomogenee e di illegittima discriminazione tra situazioni assimilabili.

La Corte costituzionale, dal canto proprio, ha fissato alcune premesse. In primo luogo, e come si è visto, ha precisato che la **norma censurata** concerne i soli casi di **recidiva obbligatoria** (*«il richiamo congiunto alla recidiva reiterata (…) e al catalogo dei "delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale", cui rinvia anche il quinto comma dell'art. 99 cod. pen., fa sì che il secondo comma dell'art. 62-bis cod. pen. debba intendersi riferito a un'ipotesi di recidiva obbligatoria»*.

È dunque stata esclusa, per implicito, la possibilità di «aggirare» la preclusione concernente le attenuanti generiche attraverso la disapplicazione della recidiva.

In secondo luogo è stata negata la rilevanza della tematica concernente le **pene fisse** e, in generale, gli strumenti per l'adeguata modulazione del trattamento sanzionatorio, perché la norma censurata lasciava pur sempre spazi significativi di valutazione discrezionale. Del pari infondati i rilievi del rimettente sulla pretesa «arbitrarietà» delle scelte legislative nell'assemblaggio dei «parametri» di pericolosità sui quali fondare la preclusione.

Con decisione, invece, la Corte ha individuato la **regola presuntiva** sottesa al divieto, e cioè l'aspettativa che l'elemento rappresentato dai **precedenti del reo** risulti **sempre**

preponderante, nella valutazione della capacità a delinquere, sui fattori indicati al secondo comma dell'art. 133 c.p.: che una piena **confessione**, ad esempio, non possa mai valere a bilanciare il **significato sintomatico della recidiva**, per altro non valutabile in concreto, trattandosi di fattispecie ad **applicazione obbligatoria**.

Insomma, un **duplice automatismo**, il primo risultante dal quinto comma dell'art. 99 c.p., ed il secondo dalla norma censurata.

La Corte non ha voluto né poteva occuparsi del primo, ma puntualmente ha colto l'irragionevolezza del secondo, subito richiamando i precedenti che poco sopra ho citato.

Non corrisponde all'*id quod plerumque accidit* che il reo gravato da determinati **precedenti** (magari non gravi e assai risalenti nel tempo) sia portatore necessariamente di una capacità delinquenziale tale da rendere insignificante il suo **comportamento successivo al reato** (magari segnato da confessione e atteggiamento collaborativo, in un contesto tale da rendere queste scelte non banali o ispirate a mere ragioni di convenienza). È **agevole immaginare** (per riprendere un'altra espressione della giurisprudenza in materia) situazioni concrete in cui lo scarto dal modello presuntivo sotteso alla preclusione sia tale da rendere **irragionevole**, nella prospettiva dell'art. 3 Cost., la parificazione nel **trattamento di maggior rigore**.

È opportuna una citazione testuale: «*una siffatta formulazione [è] agevole, considerando, da un lato, che la **recidiva** può basarsi anche su **fatti remoti e privi di rilevante gravità** e, dall'altro, che la decisione può intervenire anche a distanza di **anni dalla commissione del fatto** per cui si procede e che **successivamente** l'imputato potrebbe aver tenuto comportamenti sicuramente indicativi di una **risocializzazione** in corso, o interamente realizzata, e potrebbe anche essere divenuto una persona completamente diversa da quella che a suo tempo aveva commesso il reato*».

Oltretutto – osserva la Corte – il riconoscimento delle **attenuanti generiche** rappresenta il **minimo utile** a neutralizzare gli effetti sanzionatori delle aggravanti, e della stessa recidiva, dato che resta comunque operante il **divieto di prevalenza** posto dall'art. 69 del codice penale.

Insomma, **violazione dell'art. 3 Cost.**, nei termini che sono ormai ampiamente illustrati.

Ma la Corte ha ravvisato anche, e significativamente, una violazione del **terzo comma dell'art. 27 Cost.**

Il principio di necessaria **finalizzazione rieducativa** della pena non opera soltanto con riguardo alla fase esecutiva, ma deve permeare, com'è noto, le **scelte legislative in punto di comminazione**, e dunque ispirare le opzioni in termini di qualità e quantità della risposta sanzionatoria. La Corte ha ricordato, in proposito, la propria giurisprudenza, secondo cui il legislatore può discrezionalmente regolare l'equilibrio tra le **varie funzioni** che l'ordinamento assegna alla sanzione penale, posto che la valenza rieducativa non è l'unica, e deve ad esempio concorrere con finalità di prevenzione speciale. Tuttavia sono illegittime scelte che comportino la **completa obliterazione**, nel caso concreto, di una delle funzioni costituzionalmente imposte, ed in particolare di quella rieducativa.

Proprio questo è accaduto nel caso di specie: «*l'inasprimento del trattamento sanzionatorio per i "recidivi reiterati" (…) senza la possibilità di tenere conto del loro comportamento successivo alla commissione del reato, anche quando è particolarmente meritevole ed espressivo di un **processo di rieducazione intrapreso**, o addirittura già concluso, la norma in esame, in violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., privilegiando un profilo general-preventivo, **elude la funzione rieducativa** della pena*». Di qui il dispositivo della sentenza: **illegittimo** l'art. 62-*bis*, secondo comma, cod. pen., come sostituito dall'art. 1 della legge n. 251 del 2005, «*nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non **si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato***».

Un'ultima notazione. In un passaggio del proprio argomentare la Corte ha rilevato come il rimettente avesse inteso censurare la norma sottoposta al vaglio di costituzionalità per **una sola parte del suo oggetto**. Tra i **fattori esclusi** dalla valutazione concernente il recidivo reiterato, infatti, è stata focalizzata la sola **condotta susseguente al reato** (cui si riferisce, tra l'altro, il n. 3) del secondo comma dell'art. 133 c.p.). In questi termini, del resto, la questione assumeva rilevanza nel giudizio *a quo*. Ed in questi termini, come si è visto, è intervenuta la **parziale dichiarazione di illegittimità** della Corte.

Dunque l'effetto ablatorio della sentenza non coglie le **ulteriori preclusioni** poste dalla norma censurata, nella parte in cui comprende un riferimento al n. 3) del primo comma ed a tutte le altre previsioni del secondo comma dell'art. 133 c.p. Deve insomma ritenersi che sia **ancora inibita** la concessione di attenuanti generiche, in favore del recidivo reiterato incolpato di gravi delitti, in base a considerazioni sulla **intensità del dolo**, o a rilievi sui **motivi a delinquere** o sulle **condizioni di vita** del reo.

Che le preclusioni in discorso siano compatibili col dettato costituzionale è questione che, per qualche aspetto almeno, non sembra «pregiudicata» dal ragionamento seguito dalla Corte, se non sotto il profilo (niente affatto trascurabile) della **regola presuntiva** che sottende ai divieti, e della conseguente necessità di misurarne l'attendibilità alla luce dei criteri ormai più volte indicati.

2.2 Cancellazioni dal casellario e sospensione condizionale della pena

Restando sul terreno della parte generale, merita ancora segnalazione un provvedimento che concerne i cd. benefici di legge e soprattutto la **sospensione condizionale della pena**, anche se va subito chiarito che l'oggetto formale della **sentenza n. 287 del 2010** è una norma in materia di **casellario giudiziale**.

Si tratta in particolare dell'art. 5, comma 2, lettera *d*), del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313 (T.u. in materia, appunto, di casellario giudiziale). È noto che, in attuazione molto timida e parziale del cd. diritto all'oblio (ed anche quale retaggio dei "problemi di spazio" che il casellario soffriva cronicamente fino a quando non è intervenuta l'informatizzazione), la legge consente la **cancellazione** di iscrizioni concernenti reati bagatellari, in particolare quelle di condanne alla pena della sola ammenda, una volta decorsi dieci anni dall'estinzione della pena medesima (per esecuzione o per altra ragione). La stessa legge disponeva però che la cancellazione fosse **preclusa** nel caso che la relativa sentenza avesse disposto la non menzione o la **sospensione condizionale** della pena.

La *ratio* della deroga appariva ed appare evidente. I benefici di cui all'art. 163 ed all'art. 175 del codice penale non sono ripetibili (o lo sono a certe condizioni e per un numero limitato di volte), ma tale caratteristica si smarrirebbe ove venisse cancellata la memoria di precedenti concessioni.

Nonostante la ragionevolezza del fine legislativo, la disciplina in concreto esistente poteva provocare delle **sperequazioni irragionevoli**, puntualmente evidenziate dal rimettente. È vero che molte volte, proprio quando si tratta di modeste pene pecuniarie, è il diretto interessato a chiedere che non gli vengano applicati i benefici, proprio per evitare futuri effetti preclusivi. Ma è anche vero che la mancata concessione può dipendere dalla **non meritevolezza** dell'interessato, o addirittura dall'incidenza di preclusioni legate a precedenti anteriori. Eppure, anche in questo caso, il condannato potrebbe ottenere dopo dieci anni la cancellazione, a **differenza del contravventore ritenuto meritevole** dell'applicazione dei benefici. Insomma, un ribaltamento perverso.

La Corte è partita da questa disuguaglianza per dichiarare la **illegittimità costituzionale** dell'art. 5, comma 2, lettera *d*), del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, limitatamente all'inciso «*salvo che sia stato concesso alcuno dei benefici di cui agli articoli 163 e 175 del codice penale*». Con questa scelta, chiaramente, si è **annullato il valore di precedente** del provvedimento di concessione, ma la Corte ne era ben consapevole, e per

giustificare la soluzione ha espresso innovative considerazioni sulla **evoluzione dell'istituto della sospensione condizionale**.

Si è ricordato come nel 1971 (sentenza n. 73) fu «sfondato» il muro dell'unica possibilità accordata al reo, stabilendo che potesse concedersi una seconda sospensione condizionale, nel caso di nuova condanna per delitto anteriormente commesso, ad una pena che, cumulata con quella già sospesa, non superasse i limiti per l'applicabilità del beneficio.

Più recentemente, in materia di **decreto penale**, la irrilevanza della condanna ai fini di un successivo provvedimento di sospensione condizionale è stata inserita tra gli «incentivi» per l'interessato (cioè tra i benefici che dovrebbero indurlo a non opporsi). Sempre in tema di decreto penale, è ormai preclusa la disposizione della **non menzione**, con norma che la giurisprudenza considera sostanziale, così da autorizzare la cancellazione dal casellario anche delle condanne per decreto con beneficio della non menzione intervenute prima della corrispondente riforma (Cass., sentenza n. 12451 del 2009).

Analogamente, nel **patteggiamento**, l'estinzione del reato a norma dell'art. 445 c.p.p. implica l'irrilevanza del precedente in vista della concessione di una successiva sospensione condizionale della pena.

La stessa **disciplina delle cancellazioni** evolve in modo «benevolo», consentendo a varie condizioni e con diverso termine di maturazione la possibilità che vengano eliminate le trascrizioni di sentenze di condanna del **giudice di pace** (lettera *g*) del comma 2 dell'art. 5 del d.P.R. n. 313 del 2002).

Da questo quadro la Corte trae la conclusione che l'ordinamento si orienta a togliere valore assoluto alla regola della non concedibilità della sospensione condizionale della pena per più di una volta; si vorrebbe evitare che una pregressa condanna per un reato di non grave entità si proietti senza limiti sul futuro, con conseguenze che potrebbero essere paradossali.

Dunque le **preclusioni** presidiate, nella loro effettività, dal divieto di cancellazione contestato dal rimettente non presentano più quel rilievo essenziale ed assorbente che potevano avere nel passato, e comunque non possono bilanciare l'evidente irragionevolezza della sperequazione introdotta: «*oggi si deve ritenere che il bilanciamento fra le due opposte tutele – quella del "**diritto all'oblio**" di chi si sia reso responsabile in tempi passati di modeste infrazioni alla legge penale e per un periodo congruo non abbia commesso altri reati, e quella contrapposta di precludere un'indebita reiterazione dei benefici – porti alla prevalenza della prima. Difatti tale reiterazione è ammessa in un numero crescente di casi e per altro verso si tende, per le pene più lievi, ad eliminare la possibilità stessa di concedere tali benefici, che finiscono, nella pratica, per produrre più danni che vantaggi ai destinatari*».

2.3 Il diritto penale dell'immigrazione e la successione di leggi nel tempo

Nelle precedenti versioni di questa *relazione*, anche quelle più aggiornate, si rinviene una disamina (che vorrebbe essere) approfondita delle recenti decisioni della Corte costituzionale in materia di **diritto penale dell'immigrazione**.

Come è noto, la riforma operata nel 2002 rispetto al testo iniziale del d.lgs. 286 del 1998 aveva modificato il sistema dei rimpatri ed aveva inasprito il trattamento sanzionatorio delle condotte di ostacolo al relativo funzionamento. In particolare, sebbene avesse indicato l'**ordine di allontanamento** come modalità a carattere **residuale** per l'esecuzione dei decreti espulsivi, la riforma aveva di fatto dato vita ad un sistema di straordinaria inefficienza, ove la «esecuzione» si risolveva nella consegna al migrante di un "foglio" con l'ordine di allontanarsi, così simulando la chiusura di un procedimento che in realtà restava spesso improduttivo. L'ordinamento, per tal via, scaricava sulle spalle (generalmente gracili) del migrante gli oneri, anche economici ed organizzativi, di un trasferimento che proprio lo Stato non riusciva ad attuare. A presidio di effettività dell'ordine era introdotta una fattispecie penale (relativamente moderata nel rigore

sanzionatorio), che non consentiva certo il superamento delle difficoltà indicate, e nel contempo **produceva artificialmente un «ceto criminale»**, composto dagli inottemperanti.

Per un paio di anni il sistema ha «retto», anzitutto per la **larghezza interpretativa** che, riguardo all'indisponibilità assoluta di mezzi per l'espatrio, la **giurisprudenza costituzionale** e quella **ordinaria** avevano palesato in punto di «**giustificato motivo**» per l'inottemperanza, contenendo appunto la proliferazione di migranti «criminali». D'altra parte l'**impossibilità di applicare misure cautelari personali** per il reato di inottemperanza – pur non valendo ad evitare il disastro organizzativo degli Uffici giudiziari che tutti conoscono (decine di migliaia di processi praticamente inutili e difficili da celebrare) – valeva almeno ad evitare una **carcerizzazione** massiva del fenomeno.

V'era certo l'assurdo di un **arresto obbligatorio** per il reato contravvenzionale, che privava gli interessati della libertà per qualche decina di ore e veniva «sfruttato», qualche volta, per allungare i tempi di identificazione e di avvio del procedimento amministrativo. La Consulta fece giustizia del paradosso con la nota **sentenza n. 224 del 2004**, che dichiarò appunto illegittima la previsione di un provvedimento di polizia privo di natura pre-cautelare, per la semplice ragione che ad esso non poteva seguire un trattamento cautelare.

La reazione della maggioranza parlamentare all'epoca insediata è nota a tutti. Invece di rinunciare alla impossibile strategia di una «**gestione giudiziaria-penale**» del meccanismo delle espulsioni, attraverso un decreto legge ed una legge di conversione intervenuti a poche settimane dalla decisione della Consulta, fu stabilita una più deliberata applicazione di quella strategia: se non si può arrestare per una contravvenzione, ebbene che il **fatto di inottemperanza si trasformi in delitto**, con una sanzione edittale così alta da consentire l'applicazione della **misura della custodia cautelare in carcere**. Naturalmente fu ribadita la previsione dell'arresto obbligatorio ed anche quella, quasi altrettanto infausta, del cd. **direttissimo obbligatorio**.

Nonostante l'incremento delle aperture giurisdizionali sul giustificato motivo, il sistema ha cominciato a produrre **condanne «vere»** e fenomeni di carcerizzazione significativi sul piano umano e sociale, oltreché nell'impatto sull'asfittico sistema giudiziario e penitenziario. È risaputo – lo ricordo con grande sintesi – come la giurisprudenza si fosse fatta carico almeno di evitare l'**accumulo di condanne con valori sanzionatori complessivi palesemente fuori da ogni criterio di proporzionalità**.

Il testo vigente dell'art. 14 del T.U. pareva imporre l'esecuzione materiale del decreto espulsivo emesso contro lo straniero risultato inottemperante ad un primo ordine di allontanamento. La qual cosa sembrava ragionevole, vista l'inaffidabilità in concreto manifestata dallo strumento fondato su una condotta «volontaria» dell'interessato. Tuttavia, sempre per l'incapacità del sistema di organizzare davvero le espulsioni, anche quelle disposte contro gli inottemperanti venivano quasi sempre eseguite mediante **reiterazione dell'ordine di allontanamento**. Naturalmente, le ragioni personali od oggettive che avevano indotto lo straniero a non prestare osservanza al primo provvedimento si manifestavano, di regola, anche riguardo al secondo, e l'interessato si avviava verso un destino di nuovo arresto in flagranza, di nuova condanna, e magari di nuova espulsione con ordine di allontanamento. Al fine dichiarato di evitare la «**catena delle condanne**», che già la Corte costituzionale aveva stigmatizzato all'epoca dei provvedimenti concernenti la renitenza alla leva e la diserzione, la giurisprudenza (dapprima con qualche contrasto, poi in termini essenzialmente unitari) aveva stabilito la necessaria **disapplicazione dell'ordine di allontanamento «reiterato»** (in quanto assunto *contra legem*), con la conseguente irrilevanza penalistica delle condotte di inottemperanza successive alla prima.

Anche in questo caso, la maggioranza politica insediata nella presente legislatura ha

scelto un **atteggiamento reattivo**. Come tutti sappiamo, nel 2009 i commi 5-*ter* e 5-*quater* dell'art. 14 sono stati riformulati in modo da **consentire la reiterazione degli ordini di allontanamento** (una sorta di «resa», si direbbe, all'idea che neppure per i «recidivi» l'espulsione può essere davvero realizzata), e da **sanzionare espressamente, ed anzi più gravemente**, la **inottemperanza «reiterata»**, oltretutto senza che potesse assumere rilevanza un «giustificato motivo» della condotta.

Dunque l'attenzione legislativa era vigile, ma non al punto da dare esecuzione alla ormai notissima **Direttiva 2008/115/CE** in materia di procedure comuni (e compatibili coi diritti umani) per il rimpatrio di extracomunitari privi di titolo di soggiorno. **Il termine per la trasposizione**, fissato per il **24 dicembre 2010**, è trascorso senza la minima iniziativa legislativa utile allo scopo.

Sarò sintetico, al proposito, perché si tratta di argomenti noti e, per altro, solo indirettamente pertinenti ai nostri temi.

La direttiva disegna un «**sistema per i rimpatri**» sostanzialmente incompatibile con quello «stabilizzato» dalla riforma del 2009, soprattutto per quel che ne risulta dalla lettura delle norme. Essa infatti assegna preminenza alla **esecuzione su base volontaria** del provvedimento espulsivo, imponendo la concessione di un **termine per l'esecuzione** il cui minimo è superiore al nostro massimo. La direttiva poi **gradua il ricorso all'uso della forza**, per il caso di **inottemperanza dello straniero**, giungendo a prevedere anche restrizioni della libertà per un tempo relativamente lungo (ma privilegiando forme non assolute, come l'obbligo di dimora, la consegna dei documenti, ecc.). Tuttavia le restrizioni in discorso sono **prive della minima valenza «punitiva»**, tanto che la loro durata è strutturalmente indeterminata, deve essere la più breve possibile, deve essere periodicamente verificata, ecc.. Ciò sebbene si tratti di **previsioni restrittive espressamente dettate per il caso di inottemperanza**.

Con l'approssimarsi del 24 dicembre 2010 alcuni studiosi (essenzialmente Viganò e Masera, con due articoli pubblicati su primarie riviste giuridiche) hanno cominciato ad interrogarsi sulle **conseguenze giuridiche** dell'eventuale mancata trasposizione della direttiva nell'ordinamento nazionale.

È risaputo che le **direttive** producono, dopo la trasposizione nell'ordinamento interno o l'inutile scadenza del relativo termine, **effetti diretti in senso verticale**, cioè nei rapporti tra i singoli Stati dell'Unione e le persone sottoposte alla loro autorità, sempre che si discuta di **diritti riconosciuti ai singoli** (manca cioè ogni possibile effetto diretto *in malam partem*).

Tale fenomeno si verifica sia nel caso che siano stati assunti provvedimenti di trasposizione, sia nel caso contrario. Quando vi sia stata **trasposizione**, i singoli potranno contestare la legittimità dell'applicazione nei loro confronti di una **norma nazionale in contrasto** col diritto dell'Unione. Quando la trasposizione non vi sia stata, e la **direttiva è sufficientemente articolata ed incondizionata**, ugualmente è preclusa al giudice la applicazione di qualunque norma nazionale che contrasti con quella comunitaria.

Tornando alla **tesi della incompatibilità «comunitaria»** formulata in vista della scadenza rappresentata dal 24 dicembre 2010, nelle prospettazioni dottrinali non si assumeva che la direttiva rimpatri ostasse *tout court* alla previsione come reato, da parte dello Stato membro, dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento, o comunque della mancata cooperazione dello straniero alla procedura di espulsione amministrativa. La tesi lasciava impregiudicato questo profilo, assumendo piuttosto - e unicamente - che la direttiva ostasse alla previsione da parte dello Stato di **pene detentive**, come tali necessariamente sottratte alle garanzie della libertà personale dello straniero apprestate dagli articoli 15 e 16 della direttiva, in conseguenza della mera mancata cooperazione dello straniero alla procedura amministrativa di rimpatrio.

Il seguito è noto. Nei primi giorni di quest'anno, alcuni giudici hanno ripreso la tesi indicata ed optato per la **disapplicazione della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, del T.u. immigrazione**. Nel contempo, alcuni Procuratori della Repubblica hanno dato indicazione, più o meno espressa o vincolante, in senso **contrario alla convalida di arresti** effettuati per il reato di cui si tratta. Tra i giudici di merito, come nelle Procure, si è aperto un **ampio e ricchissimo dibattito**, che non è possibile qui ricostruire nel dettaglio.

Le **obiezioni alla tesi della disapplicazione** si sono essenzialmente declinate su due fronti. Secondo il primo, in sostanza, la direttiva non avrebbe avuto riguardo alle **misure penali** concernenti il reato di inottemperanza, ma alle **sole misure amministrative** adottabili in vista della **esecuzione della espulsione**. D'altra parte la direttiva, configurando per i legislatori nazionali **margini più o meno ampi di discrezionalità** nella disciplina dei vari aspetti del procedimento, sarebbe stata priva del carattere *self-executing* che ne condiziona l'efficacia diretta in senso verticale.

In base ad argomenti del genere, pur risultando per quanto è noto minoritaria, la **tesi contraria alla disapplicazione** ha trovato ripetute (ed anche talvolta ben argomentate) manifestazioni nella giurisprudenza di merito. Non sempre, per altro, tale tesi si è risolta nella condanna dell'imputato.

In vari casi è stata sollevata **questione di legittimità costituzionale**, evocando ovviamente lo schema di sindacato che concerne, appunto, la valutazione delle norme in contrasto con disposizioni comunitarie «non autoapplicative». Conviene chiudere subito, su questo versante, anticipando come la **Corte costituzionale** – una volta preso atto della sentenza El Dridi di cui appresso di dirà, e del decreto-legge n. 89 del 2011, conseguente alla sentenza medesima – ha definito tutte le questioni sul **trattamento penale dell'inottemperanza** mediante provvedimenti di **restituzione degli atti ai** rimettenti, al fine di consentire loro una nuova valutazione di rilevanza e di non manifesta infondatezza delle questioni, anche con specifico riguardo ai dubbi di legittimità fondati sul contrasto tra la normativa nazionale e la Direttiva 115 (**ordinanza n. 295 del 2011**).

In altri casi, invece, è stato deliberato un **rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea** al fine di stabilire se le disposizioni della direttiva, una volta divenute esecutive per l'omessa trasposizione, **ostino all'applicazione di sanzioni penali per le condotte di inottemperanza**.

Per prima si è mossa la **Corte d'Appello di Trento**, il 2 febbraio 2011, nel procedimento a carico di **El Dridi** Hassen, la quale, ai sensi dell'art. 267 del vigente Trattato sul funzionamento dell'Unione, ha posto la seguente **questione pregiudiziale di interpretazione**: «*se alla luce dei principi di leale collaborazione all'effetto utile di conseguimento degli scopi della direttiva e di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza della pena, gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE ostino: 1) alla possibilità che venga sanzionata penalmente la violazione di un passaggio intermedio della procedura amministrativa di rimpatrio, prima che essa sia completata con il ricorso al massimo rigore coercitivo ancora possibile amministrativamente; 2) alla possibilità che venga punita con la reclusione sino a quattro anni la mera mancata cooperazione dell'interessato alla procedura di espulsione, ed in particolare l'ipotesi di inosservanza al primo ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa*».

Qualche tempo dopo è intervenuta nello stesso senso la **Corte di cassazione** (sez. I, u.p. 8.3.2011 (dep. 18.3.2011), n. 11050), con quesiti in parte diversi, che non mette conto, ormai, ricostruire nel dettaglio.

Com'è arcinoto, la **Corte di giustizia dell'Unione europea**, con la sentenza del **28 aprile 2001** nella causa C-61/11 (quella promossa a Trento nel procedimento **El Dridi**), ha statuito quanto riassunto nel dispositivo della sentenza medesima: «*La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, 2008/115/CE, recante norme e*

procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa ***osta ad una normativa*** *di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale,* ***che preveda l'irrogazione della pena della reclusione*** *al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato,* ***permane in detto territorio senza giustificato motivo***».

Poche ma chiare parole, che fanno seguito, essenzialmente, alle notazioni che trascrivo:

> *58 Ne consegue che gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo conformemente all'art. 8, n. 4, di detta direttiva, una pena detentiva, come quella prevista all'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale. Essi* ***devono, invece, continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti****.*
> *59 Una tale pena, infatti, segnatamente in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, rischia di* ***compromettere la realizzazione dell'obiettivo*** *perseguito da detta direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare. In particolare, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 42 della sua presa di posizione, una normativa nazionale quale quella oggetto del procedimento principale può ostacolare l'applicazione delle misure di cui all'art. 8, n. 1, della direttiva 2008/115 e ritardare l'esecuzione della decisione di rimpatrio.*
> *60 Ciò non esclude la facoltà per gli Stati membri di adottare, nel rispetto dei principi della direttiva 2008/115 e del suo obiettivo, disposizioni che disciplinino le situazioni in cui le misure coercitive non hanno consentito di realizzare l'allontanamento di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sul loro territorio sia irregolare.*
> *61 Alla luce di quanto precede, al giudice del rinvio, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia,* ***spetterà disapplicare*** *ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115,* ***segnatamente l'art. 14, comma 5-ter, di tale decreto legislativo*** *(v., in tal senso, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, Racc. pag. 629, punto 24; 22 maggio 2003, causa C-462/99, Connect Austria, Racc. pag. I-5197, punti 38 e 40, nonché 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, Melki e Abdeli, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 43). Ciò facendo il giudice del rinvio dovrà tenere* ***debito conto del principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite****, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (sentenze 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi e a., Racc. pag. I-3565, punti 67-69, nonché 11 marzo 2008, causa C-420/06, Jager, Racc. pag. I-1315, punto 59).*

Solo alcune notazioni essenziali. La *ratio* fondante della decisione, come si è visto, è riferibile ad una sorta di **vizio di irrazionalità** del sistema penale italiano, che persegue l'obiettivo del contrasto all'immigrazione clandestina introducendo una serie di norme che **ostacolano l'effettiva espulsione degli interessati**. Non mancano tuttavia, lungo il corso della motivazione, cenni alla necessità di assicurare il **rispetto dei diritti** delle persone che migrano, sia pure irregolarmente.

In secondo luogo, per quanto l'indicazione della Corte riguardi com'è ovvio la norma interna sottopostale dalla Corte trentina, è chiara la pertinenza del *dictum* a **tutte le fattispecie che comminano sanzioni detentive relativamente a fatti di inottemperanza** (o almeno a fatti di inottemperanza commessi prima della sperimentazione di tutte le misure amministrative regolate dalla Direttive 115), mentre potrebbe sostenersi, nonostante qualche uscita giurisprudenziale di segno contrario (*infra*), l'irrilevanza della decisione quanto a **fattispecie punite con sanzioni pecuniarie**, come attualmente è stabilito con riguardo all'**art. 10-*bis* del T.U. in materia di immigrazione.**

A proposito della **necessità di disapplicare** norme incriminatrici in materia di inottemperanza punite con **sanzioni detentive, anche diverse dall'art. 14, comma 5-*ter***, si era ottenuta rapidamente una autorevole conferma, avuto in particolare riguardo alla nuova fattispecie di «inottemperanza reiterata», disciplinata al comma 5-*quater* dello stesso art. 14. Alludo alle sentenze della **Corte di cassazione** n. 18586 del 2011 (*C.E.D. n. 250233*) e n. 22105 del 2011 (*C.E.D. n.* 249732), la seconda concernente, appunto, il citato comma 5-*quater*. Un segnale analogo, come vedremo tra breve, era venuto anche dalla **Corte costituzionale**.

Naturalmente si erano aperti innumerevoli problemi applicativi, che non è possibile affrontare *funditus* in questa sede. Il più delicato concerneva la **esecuzione di pene irrevocabilmente inflitte** per i delitti di cui si discute, posto che l'**art. 673 c.p.p.** consente la **revoca della sentenza di condanna** nei soli casi di abrogazione e di sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale. Casi ai quali non è certo riconducibile il fenomeno della **disapplicazione nel caso concreto** di una norma che, secondo l'opinione corrente, non perde di validità e di efficacia generale.

Naturalmente, anche per evidenti ragioni di giustizia sostanziale, molti magistrati avevano adottato soluzioni di **estensione per analogia** della norma sopra citata, revocando le sentenze di condanna. Questi atteggiamenti avevano trovato un autorevolissimo avallo nella nota con la quale, in data **3 maggio 2011**, il **Procuratore generale presso la Corte di cassazione** aveva invitato le Procure territoriali, sulla base della sentenza lussemburghese e sulle già indicate prime decisioni della Corte italiana, ad attivare la **procedura prevista dagli artt. 665 e 673 c.p.p.** onde revocare le sentenze definitive di condanna per i reati di cui all'art. 14, commi 5-*ter* e *5-quater* e, conseguentemente, ordinare la **scarcerazione dei detenuti**.

Ben presto anche i vertici della giurisdizione ordinaria ed amministrativa hanno accreditato una piuttosto **inedita assimilazione** tra **incompatibilità comunitaria sopravvenuta** e **abrogazione** della norma. Per la Cassazione si può riportare la prima massima ufficiale (Sez. 1, Sentenza n. 20130 del 29/04/2011 (dep. 20/05/2011), ric. Sall, in *C.E.D. Cass.*, n. 250041): «*La condotta di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore, posta in essere prima della scadenza dei termini per il recepimento della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, non è più prevista dalla legge come reato, a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia che ha affermato l'incompatibilità della norma incriminatrice di cui all'art. 14, comma quinto-ter, D. Lgs. n. 286/1998 con la predetta normativa comunitaria,* ***determinando la sostanziale*** **abolitio criminis** *della preesistente fattispecie, con la* ***conseguente applicazione, per via di interpretazione estensiva, della previsione di cui all'art. 673 cod. proc. pen.***»

> Anche il **Consiglio di Stato** in adunanza plenaria (10.5.2011, nn. 7 e 8) ha affermato, alla luce della sentenza di Lussemburgo ormai più volte citata, che la condanna *ex* art. 14 t.u. **non è ostativa all'accoglimento della domanda di sanatoria** per colf e badanti (di cui all'art. 1-ter, comma 13, lett. c) della legge n. 102/2009). A tale risultato – che contraddice precedenti decisioni dei TAR e dello stesso Consiglio di Stato – l'Adunanza Plenaria è pervenuta osservando il **diritto comunitario sopravvenuto** abbia determinato «l'**abolizione del reato**» in questione, con effetto retroattivo ai sensi dell'art. 2 c.p., con conseguente cessazione dell'esecuzione e dei relativi effetti penali. *«Tale retroattività»* - si è osservato ulteriormente - *non può non riverberare i propri effetti sui* ***provvedimenti amministrativi*** *negativi dell'emersione del lavoro irregolare, adottati sul presupposto della condanna per un fatto che non è più previsto come reato».*

A riprova di una **evoluzione turbinosa**, devo aggiungere a questo punto che la questione ha perso gran parte della propria attualità in forza di un sopravvenuto **intervento**

legislativo di riforma della normativa di cui si discute.

Il Governo infatti, preso atto dell'impatto devastante indotto dalla sentenza di Lussemburgo, ha provveduto in **via d'urgenza alla trasposizione** della direttiva 115, con un **decreto-legge** allo scopo dedicato (**n. 89 del 2011**), convertito senza modificazioni, per la parte che ci interessa, dalla **legge 2 agosto 2011**, **n. 129.**

Naturalmente la novella è intervenuta sia sulla disciplina amministrativa del procedimento di espulsione che sulle sanzioni penali connesse, tenendo conto, quanto alle **condotte di inottemperanza**, della sentenza El Dridi.

In particolare l'azione del legislatore si è fondata sulla convinzione (condivisa da molti ma non da tutti) che, nella **interpretazione della Corte di Lussemburgo**, la direttiva 115 **osta alla previsione di sanzioni detentive**, e non in linea più generale alla previsione di fattispecie penali che siano assistite da sanzioni diverse, ed i particolare da sanzioni pecuniarie.

Ed infatti la **struttura dei reati** di inottemperanza **non si è modificata**. I commi 5-*ter* e 5-*quater* dell'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998 sono stati sostituiti, rispettivamente, dall'art. 3, comma 1, lettera d), numero 5, e dall'art. 3, comma 1, lettera d), numero 6, del citato decreto-legge.

La condotta di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore è oggi sanzionata mediante la **sola pena della multa**, in quantità variabile a seconda dei presupposti di emissione del provvedimento espulsivo. Anche il fatto di inottemperanza concernente un ordine di allontanamento emesso dopo l'accertamento di una **precedente ed analoga condotta** è punito, a norma del novellato comma 5-*quater*, con la **sola pena della multa**, sia pure in misura edittale più elevata rispetto al precedente (la punibilità della condotta è disposta «salvo giustificato motivo», in ovvia considerazione della sentenza n. 359 del 2010, di cui dirò tra breve).

A questo punto le **vicende modificative o estintive sono due**, e cioè la incompatibilità comunitaria, di cui si è detto, e la **modifica legislativa** delle fattispecie incriminatrici.

Ora, se (quanto meno a far tempo dal 24 dicembre 2010) le **norme penali incompatibili con la direttiva** hanno vissuto una fattispecie analoga a quella della **abrogazione**, è evidente che il **24 giugno 2011** (data di entrata in vigore del decreto-legge n. 89) sono sopravvenute **nuove disposizioni incriminatrici**, non applicabili retroattivamente.

È fin troppo nota la distinzione, sul piano astratto, tra **modifiche normative** della disciplina di un determinato fenomeno penalmente rilevante, che **non comportano una soluzione di continuità**, e interventi che segnano una **discontinuità** nel trattamento, eliminando una determinata fattispecie ed introducendone un'altra, eventualmente contigua, o comunque interferente con i fatti presi in considerazione.

Alla classificazione nell'uno o nell'altro senso del fenomeno successorio conseguono **essenziali differenze di trattamento** del fatto.

Nel primo dei casi indicati la combinazione tra la **regola di retroattività della legge abrogatrice** (secondo comma dell'**art. 2 c.p.**) e la regola di **irretroattività della legge incriminatrice** (comma primo) comporta in sostanza la **irrilevanza penale del fatto** antecedente alla novella.

Nel secondo dei casi indicati, opera la regola della **applicazione della legge più favorevole** tra quelle succedutesi nel tempo (quarto comma). Se, come nei casi che interessano, è più favorevole la **legge sopravvenuta**, sarà questa ad essere applicata, il che vuol dire naturalmente che il **fatto conserva rilevanza penale**, e che l'imputato dovrà essere se del caso condannato, sia pure alle pene più miti introdotte dalla novella.

Chiarissima essendo la distinzione sul piano concettuale, è noto quanto sia travagliata la discussione dottrinale e giurisprudenziale sui criteri utili a distinguere tra i due aspetti del fenomeno successorio, specialmente con riguardo al fenomeno della **discontinuità «sostanziale»** del tipo di illecito.

Limitandosi alle (ancora iniziali) riflessioni pertinenti alle norme penali sull'inottemperanza all'ordine di allontanamento, che sono «complicate» dalla doppia ed eterogenea matrice del fenomeno, va detto che fino ad oggi non si è registrato altro che l'opinione di una **successione con discontinuità**.

Del resto, come ho già accennato, la questione era ampiamente pregiudicata dalla ricostruzione in termini di ***abolitio criminis*** della sopravvenuta incompatibilità comunitaria, con la conseguenza di un **lungo periodo di irrilevanza penale del fatto**, e con la inevitabile affermazione (anche per ragioni di coerenza ed equità) del principio di **necessaria applicazione della *lex intermedia mitior*.**

In altre parole, la **discontinuità** non viene a dipendere dal rapporto tra vecchia e nuova fattispecie, ma dalla successione di **tre diverse discipline**, una delle quali a carattere abrogativo.

Ma ecco un quadro, pur molto sintetico, delle posizioni emerse.

Sono state pubblicate alcune **sentenze di merito**, tutte di segno **assolutorio.** In una tra esse (Trib. Torino, 27 giugno 2011, in *www.penalecontemporaneo.it*) si è fatta menzione congiunta di un criterio di uguaglianza e di applicazione della legge sopravvenuta più favorevole, anche come parametri «comunitari», pur riconoscendo che la vicenda «sfugge alle categorie dogmatiche proprie del diritto nazionale». In un'altra (Trib. Torino, 29 giugno 2011, *ivi*) si è prospettata tanto la ricorrenza di una **discontinuità sostanziale** nel tipo di illecito (cioè la cd. abrogazione senza depenalizzazione), tanto una **divergenza strutturale** tra vecchie e nuove fattispecie. Più recentemente, ed infine, si è fatta applicazione del criterio della ***lex intermedia mitior***, nei termini già poco sopra anticipati (Tribunale di Pinerolo, 14 luglio 2011, in *Corr. merito* 2011, 957).

Anche il **panorama dottrinale** è variegato nei percorsi ma uniforme negli esiti.

Da taluno si è sostenuto, negando che la incompatibilità comunitaria sia un fenomeno propriamente abrogativo, che l'**effetto di abrogazione** viene semmai dal decreto-legge n. 89 del 2011. La nuova disciplina, pur avendo introdotto una norma strutturalmente identica a quella preesistente (è in effetti un caso classico di continuità, quello in cui vengono soltanto modificate le sanzioni), avrebbe dato vita ad una cd. **discontinuità sostanziale** del tipo di illecito, svelata dalla necessità del legislatore di prestare ossequio alla sostanza della disciplina comunitaria, come interpretata a Lussemburgo.

Altri hanno criticato la tesi appena evocata, ed anche altre soluzioni abbozzate nel dibattito di queste settimane, proponendo che la questione venga risolta in termini di **applicazione della *lex intermedia mitior***, nel senso che già sopra si è anticipato.

Non è mancato infine, neppure in dottrina, chi ha voluto autorevolmente sostenere la **discontinuità degli illeciti sul piano strutturale**.

L'esito comune, come anticipato, è quella della **irrilevanza penalistica** dei comportamenti tenuti prima del **24 giugno 2011**.

Dal canto proprio, e come accennato, la **Corte costituzionale** ha pubblicato diversi provvedimenti di **restituzione degli atti**, per questioni concernenti i reati di inottemperanza, motivate anche sulla modifica delle fattispecie incriminatrici con sostituzione della pena pecuniaria a quella detentiva. Si tratta delle **ordinanze nn. 215 e 216 del 2011**, deliberate nella vigenza del decreto-legge n. 89 del 2011, all'epoca non ancora convertito. Ad esse si aggiungono la **ordinanza n. 179 del 2011**, che conferma l'orientamento volto ad estendere al **comma 5-*quater*** dell'art. 14 gli effetti della sopravvenuta incompatibilità comunitaria, e la più recente **ordinanza n. 311 del 2011**, concernente un'originale questione costruita sull'asserito contrasto tra il reato di cui al comma 5-*ter* dell'art. 14 (nel testo antecedente alla riforma) e l'art. 5, primo comma, lettera *f)* della **Convenzione edu**.

Insomma, la disciplina dei fatti antecedenti alla novella sembra ormai chiara, nonostante l'eterogeneità dei percorsi. Non così può dirsi quanto ai problemi di **compatibilità**

dell'**attuale disciplina** con la **direttiva rimpatri**.

Segnalo ad esempio, relativamente all'art. 10-*bis* del T.U., la questione già sottoposta alla Corte di Lussemburgo con una ordinanza del Tribunale di Rovigo in data 15 luglio 2011 (ancora in *www.penalecontemporaneo.it*). Ed è logico aspettarsi che questioni analoghe vengano poste anche con riguardo alle **nuove fattispecie in materia di inottemperanza** all'ordine di allontanamento.

La prima risposta della **Corte europea di giustizia** potrebbe arrivare, per altro, da un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE operato dalla **Corte d'Appello di Parigi**, per il quale (analogamente a quanto era accaduto nella vicenda El Dridi), è stata disposta la **procedura accelerata** ai sensi dell'art. 104-*bis* del regolamento della stessa Corte (caso Achughbabian).

Il diritto francese prevede una fattispecie penale analoga a quella del nostro art. 10-*bis* (**ingresso o soggiorno illegale**), e la punisce con una pena detentiva (sino a un anno di reclusione). A quanto pare la sanzione viene applicata pochissimo (anche se, comunque, vi sono decine di casi l'anno), ed è comminata più che altro perché la relativa previsione legittima la misura precautelare della ***garde à vue*** da parte della polizia, destinata eventualmente a sfociare in un provvedimento di detenzione amministrativa funzionale all'espulsione. Qualcosa che in Italia abbiamo già visto in relazione alla riforma del 2002 (*supra*).

Secondo una parte della giurisprudenza francese, la direttiva rimpatri osterebbe ad un'incriminazione che preveda una **pena detentiva** già in conseguenza del **mero ingresso** o della **mera permanenza irregolare** nel territorio nazionale: con conseguente inapplicabilità non solo dell'incriminazione, ma anche della *garde à vue* da parte della polizia nei confronti dello straniero. La Corte di Parigi dubita di tale soluzione, prospettando l'eventualità che la direttiva precluda pene detentive solo in rapporto a **comportamenti successivi** all'apertura della procedura di espulsione. Dunque, rinvio pregiudiziale per interpretazione.

Come si vede, la **imminente** decisione potrebbe avere notevole rilevanza anche per l'osservatore italiano, specie se venisse affermato, o negato, che la direttiva rimpatri non interferisce con la potestà dello Stato di sanzionare lo straniero «irregolare» prima che venga colpito da una decisione amministrativa di rimpatrio.

2.4 (segue) Sul reato di «ingresso e soggiorno irregolare»

Passiamo ora all'esame di recenti decisioni che ancora siano attuali e riguardino la **disciplina penale della immigrazione**. E possiamo prendere le mosse dalla verifica di compatibilità costituzionale del **«reato di clandestinità»**, come un orrido gergo usa riferirsi all'art. 10-*bis* del T.U. immigrazione, introdotto con il c.d. «pacchetto sicurezza» del 2009. Dei prospettati problemi di **compatibilità comunitaria** ho già detto sopra.

Con la **sentenza n. 250 del 2010**, antecedente alla stessa scadenza della direttiva rimpatri, la Corte ha dichiarato inammissibili o infondate numerose questioni concernenti i **parametri «interni»**. In sintesi, l'art. 10-*bis* – che configura tanto una condotta istantanea di ingresso nel territorio nazionale quanto una condotta permanente di trattenimento – era stato censurato in modo generale e indifferenziato, fatta eccezione per uno dei rimettenti, che aveva fatto questione solo per l'ipotesi del trattenimento.

Ai fini essenziali di queste note – ma con l'avvertenza che si sta di molto semplificando – può dirsi che i problemi delineati erano riconducibili a **due categorie**. La prima riguarda le censure «radicali», mosse all'in sé dell'incriminazione, e dunque mirate alla **eliminazione della fattispecie**. La seconda concerne la **struttura della previsione incriminatrice**, cioè le scelte compiute quanto ai presupposti ed agli elementi costitutivi della fattispecie, con larghissima prevalenza di un particolare problema.

Come si è visto, la norma colpisce anche una **condotta omissiva**, cioè il trattenimento in territorio italiano pur dopo la sopravvenuta carenza di un valido titolo di

soggiorno. Ebbene, il legislatore non ha previsto, quale causa di non punibilità o (in negativo) quale elemento del fatto, la ricorrenza di un «**giustificato motivo**» dell'omissione, nonostante l'evidente analogia con la condotta punita all'art. 14, comma 5-*ter*, di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore.

Ebbene, trascurando molti ed anche interessanti profili della decisione, concentriamoci anzitutto sulla deliberazione concernente l'**esistenza stessa dell'incriminazione**.

La compatibilità costituzionale della norma era stata posta in discussione anzitutto nella prospettiva di **necessaria offensività** dei fatti sottoposti a sanzione penale (art. 25, secondo comma, Cost.). Ma la Corte ha negato il fondamento di questa prospettiva di censura.

Nel suo assetto costituzionalmente ispirato – è vero – il nostro sistema penale si fonda sul fatto e non sulla persona, cioè sul suo modo di essere, ed anzi si fonda sul **fatto materiale ed offensivo** di beni meritevoli di tutela.

Tuttavia con la fattispecie censurata lo straniero non è punito in quanto «clandestino», ma perché diviene un soggiornante «irregolare» con una propria condotta volontaria e consapevole. Neppur potrebbe dirsi che si tratti di una **condotta senza offesa**, operando una svalutazione dell'**oggetto giuridico della fattispecie**, perché il governo dei flussi migratori è stato da tempo identificato, dalla stessa Corte costituzionale, quale interesse primario, sul quale convergono beni come la sicurezza, la sanità, il rispetto degli impegni internazionali, ecc.

Sarebbe inconcepibile – prosegue la sentenza – un sistema di regole senza sanzione. E d'altra parte, principio anch'esso ripetuto correntemente (*supra*), rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore l'opzione tra sanzioni amministrative e sanzioni penali, anche in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse.

Parte dei rimettenti aveva anche tentato la strada della critica alle **presunzioni assolute di pericolosità**, che una risalente ed ispirata giurisprudenza (si veda anche *infra*, a proposito della custodia in carcere obbligatoria) giudica inaccettabili, quando non fondate su regole di esperienza con un'ampia e condivisa base empirica. La legge incrimina i fatti, e non le persone in quanto pericolose, ed ad essi collega, in quanto offensivi, una sanzione da determinare (questa si, anche alla luce della pericolosità espressa dall'autore). È dunque vero (come la Corte ha messo in luce con la sentenza n. 78 del 2007) che un «clandestino» non è per questo pericoloso, ma ciò rileva appunto quando si debba misurare la sua pericolosità (specie in fase esecutiva), e non quando si tratti di qualificare giuridicamente il suo comportamento. D'altra parte – e si deve ritenere il rilievo non secondario nell'economia della decisione – la Corte constata che quasi tutti i Paesi dell'Unione sanzionano penalmente l'immigrazione irregolare (tra quelli di rilievo, manca solo la Spagna).

Non solo. Altro rilievo decisivo riguarda l'**esiguità** della **sanzione** prevista (per altro modulabile, sempre che le regole in tema di errore incolpevole e caso fortuito o forza maggiore, o la previsione speciale di improcedibilità dell'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, non ne escludano in radice l'applicazione).

A me sembra che qualche maggiore difficoltà la Corte abbia incontrato (paradossalmente) proprio a partire dalle natura e dall'entità della sanzione, realisticamente non esigibile da persone che, nell'assoluta maggioranza dei casi, vivono in condizioni di **estrema indigenza**. È forte, e solidamente sostenuta dai meccanismi processuali regolati nello stesso art. 10-*bis*, la sensazione che l'ordinamento non miri effettivamente ad applicare la sanzione prevista, a riscuoterne il corrispondente valore. In ogni caso, la **disciplina penale** è venuta a realizzare una **perfetta duplicazione di quella amministrativa**, ed è anche meno efficiente di quella per assicurare il risultato realmente perseguito, cioè l'allontanamento dall'Italia degli stranieri in condizione di soggiorno irregolare. Tanto che, quando il meccanismo amministrativo funziona, lo Stato addirittura rinuncia alla

punizione del colpevole. Si era prospettata dai rimettenti, in questo senso, una violazione del principio, riconducibile anche al parametro della ragionevolezza, che imporrebbe il ricorso al diritto penale come *extrema ratio* per il legislatore.

La Corte non ha nascosto un giudizio di **inefficienza complessiva del sistema imperniato sull'incriminazione**, ma ha stabilito che tale giudizio può riferirsi all'opportunità della scelta legislativa, e non alla sua legittimità. In attesa della verifica di compatibilità comunitaria (*supra*).

Venendo ora ai **rilievi sulla struttura della fattispecie**, conviene limitarsi alla questione della mancata previsione del «**giustificato motivo**» quale causa di non punibilità della condotta, ed in particolare della **condotta omissiva** che induce lo straniero a non lasciare il territorio dello Stato sebbene sia rimasto privo di un valido titolo di soggiorno.

La Corte ha chiarito, con una certa facilità, che la clausola non è necessaria per tutti i reati in materia di immigrazione, sebbene sia stata proprio la stessa Corte a metterne in rilievo la funzione di «**valvola di sicurezza**» (a partire dalla **sentenza n. 5 del 2004**), che assicura al meglio, in una materia delicatissima, la ragionevolezza dell'incriminazione ed il criterio di finalizzazione rieducativa della pena. Com'è ovvio, si è ricordato che valgono le ordinarie ragioni di esclusione della punibilità, sul piano oggettivo (cause di giustificazione) e su quello soggettivo (errore di fatto, errore incolpevole sulla legge penale o sulla norma integratrice, ecc.). Si è valorizzato decisamente il principio *ad impossibilia nemo tenetur*, quale pertinenza tipica dei reati omissivi propri, notando che alcune delle ragioni più frequentemente indicate come "giustificato motivo" possono eventualmente attivare l'applicazione del principio medesimo.

Molto più complesso – se non difficoltoso, certamente significativo – il percorso riguardo alla denunciata violazione del principio di **uguaglianza formale**: ha senso che la clausola di salvaguardia sia prevista dall'art. 14, comma 5-*ter* (e oggi anche dal comma 5-*quater*) e non all'art. 10-*bis*, almeno per la fattispecie omissiva dell'indebito trattenimento nel territorio dello Stato?

Qui non può valere la «giustificazione» spesa nell'ordinanza n. 41 del 2009 (che aveva riguardato condotte di **indebito reingresso**), perché vengono portate in comparazione condotte di identica natura omissiva, e dunque **ragioni analoghe di temperamento** della reazione punitiva (l'espatrio richiede denaro, disponibilità di documenti, ecc). Ed infatti la Corte ha individuato **altre ragioni giustificatrici**.

Da un lato si è fatto notare che manca, quando ancora non sia intervenuto il provvedimento espulsivo, quel necessario connotato di difficoltà che segna invece l'**inottemperanza all'ordine questorile** (che viene emesso proprio in quanto vi sono difficoltà nell'esecuzione coattiva dell'espulsione).

Per altro verso, si discute qui di pene che non mortificano la **libertà personale**.

Infine, data la competenza del giudice di pace per il reato in considerazione, è disponibile un «**diverso strumento di "moderazione" dell'intervento sanzionatorio**», e cioè la dichiarazione di improcedibilità per la speciale tenuità del fatto (art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000): una tenuità che ben può derivare dalla ricorrenza di motivi che, senza assurgere al ruolo di cause di giustificazione, valgano ad attenuare il significato criminale della violazione.

Occorrerà anche dar conto di ulteriori provvedimenti assunti dalla Corte su questioni concernenti il reato di «**ingresso o soggiorno illegale**» nel territorio dello Stato, perché forniscono utili indicazioni sulla **competenza in materia del giudice di pace**. Ma ne tratteremo, appunto, discutendo delle regole di procedura. Possono essere citate senza indicazioni analitiche, per altro verso, le **innumerevoli ordinanze** che la Corte ha deliberato, dopo la sentenza n. 250, su questioni analoghe a quelle definite mediante la sentenza medesima. In molti casi ha dovuto essere rilevata la manifesta inammissibilità

delle questioni, per i vizi logici o motivazionali delle ordinanze di rimessione. In altri casi è stata ribadita, in termini di manifesta infondatezza, la convinzione che l'art. 10-*bis* del T.u. immigrazione non contrasti con i numerosissimi parametri costituzionali evocati.

2.5 (segue) Inottemperanza reiterata all'ordine di allontanamento

Veniamo quindi senz'altro alla questione definita dalla Corte, con la **sentenza n. 359 del 2010**, in merito all'irrilevanza del «**giustificato motivo**» in una ulteriore fattispecie del diritto penale dell'immigrazione, cioè il **comma 5-*quater* dell'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998**.

Diciamo subito che il problema si sarebbe **fortemente sdrammatizzato**, in ogni caso, dopo l'eliminazione della pena detentiva. Il problema della «**catena di condanne**», cui la giurisprudenza aveva reagito ipotizzando l'illegittimità dell'ordine di allontanamento reiterato, così da indurre la specifica previsione di legittimità di quello stesso ordine, non è stato concettualmente superato. Tuttavia la spinta ad utilizzare la clausola del **giustificato motivo** anche quale «stanza di compensazione» si è fatto ovviamente meno impellente. Deve considerarsi però che, al momento in cui la Corte ha deliberato, la questione presentava tutta la sua pregnanza.

E va aggiunto che, fortunatamente, **riscrivendo la fattispecie** il legislatore ha **introdotto la clausola** del giustificato motivo anche nella ipotesi in questione, cioè per la **inottemperanza reiterata** ad ordini di allontanamento.

Non resta allora che dare conto con molta sintesi delle ragioni per le quali la Corte aveva ritenuto **necessitata la rilevanza del «giustificato motivo»** per la fattispecie di inottemperanza, a differenza di quanto stabilito, qualche tempo prima, per la condotta omissiva della **illecita permanenza**, pur continuando a negare una generalizzata «necessità costituzionale» della clausola quanto al «**microsistema**» dei reati in materia di **immigrazione**.

La Corte si è posta una **domanda essenziale**. Visto che il **comma 5-*ter* ed il comma 5-*quater* dell'art. 14** del T.u. immigrazione puniscono una analoga condotta di disobbedienza all'ordine questorile di allontanamento, si giustifica il fatto che nel primo caso la punibilità sia esclusa in forza di un «giustificato motivo» e che nel secondo caso questo non avvenga?

La Corte, in ossequio alle valutazioni poco prima compiute con la più volte citata sentenza n. 250 del 2010, ha voluto incidentalmente negare che l'inserimento della clausola nella fattispecie censurata fosse imposto dal principio di colpevolezza.

Ma – questo il nucleo del ragionamento – una volta che **il legislatore ha discrezionalmente stabilito** che il miglior bilanciamento tra le esigenze di libertà e quelle di governo dei flussi migratori, a fini di tutela di effettività degli ordini di allontanamento, è assicurato mediante la clausola del «senza giustificato motivo», non ha il diritto di **discriminare situazioni sostanzialmente assimilabili**.

Molto interessante un inciso che trae spunto da rilievi della Presidenza del Consiglio dei ministri, intervenuta a difesa della norma censurata. È chiarissimo che la Corte **non ha inteso prendere posizione** sugli innumerevoli problemi applicativi che tormentano la giurisprudenza (che rapporti tra i due procedimenti amministrativi, tra questi ed i procedimenti penali, tra i procedimenti penali fra loro?). Tuttavia, per respingere l'argomento di una **minor tollerabilità della recidiva** nell'atteggiamento inottemperante, si è osservato: «*La sequenza di provvedimenti descritta nell'ultima parte del comma 5-ter non esprime necessariamente la "progressione criminosa" cui si è riferita l'Avvocatura dello Stato nell'atto di intervento. Essa, comunque, non renderebbe meno valide le ragioni che possono giustificare l'inottemperanza all'ordine di allontanamento, proprio in forza della loro reale consistenza, verificabile da parte del giudice. Tale consistenza non può*

essere esclusa o attenuata, anche se l'ordinamento consideri meritevole di una sanzione più severa chi ponga in essere più volte lo stesso comportamento omissivo. Sarebbe erroneo sovrapporre il piano della valutazione della gravità del reato a quello della giustificabilità della condotta».

La Corte ha anche marcato le differenze tra la decisione assunta ed i due precedenti aventi ad oggetto la **mancata previsione della clausola di salvaguardia**, precedenti che ci sono ormai ben noti:

- la **ordinanza 41 del 2009** ha dichiarato manifestamente infondata la questione, relativamente all'**indebito reingresso** allora sanzionato dal comma 5-*quater*, perché si voleva accomunare la difficoltà di trovare fondi e documenti per un espatrio alla situazione di chi abbia trovato risorse per un reingresso clandestino.
- la **sentenza n. 250 del 2010** ha dichiarato infondata la questione, nonostante la natura omissiva dell'**indebito trattenimento** *ex* art. 10-*bis*, perché manca in tale fattispecie la dipendenza dell'obbligo da un ordine mirato ed individualizzato dell'Autorità, la cui inosservanza entro il termine indicato comporta un «**netto "salto di qualità" nella risposta punitiva**».

2.6 (segue) Sulla cd. «aggravante di clandestinità»

Restiamo in materia di **diritto penale dell'immigrazione** per occuparci di un'altra importante sentenza, questa volta a carattere ablatorio. La Corte, infatti, ha dichiarato illegittima, con la **sentenza n. 249 del 2010**, la cd. «**aggravante di clandestinità**» (art. 61, n. 11-*bis*, del codice penale, introdotto con il primo pacchetto sicurezza della legislatura, cioè con il decreto-legge n. 92 del 2008).

Nel linguaggio del decreto legge, poi omologato a quello delle restanti fattispecie contenute nell'art. 61 c.p. con una modifica operata in sede di conversione, era stato stabilito che la pena debba essere aumentata per i fatti commessi da «soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale». Dunque una aggravante comune, ad effetto comune, applicabile a qualunque genere di reato (delitti, contravvenzioni, dolo, colpa, ecc.), fondata sulla mera violazione di una qualunque delle norme che regolano l'ingresso, la circolazione e la permanenza degli stranieri nel territorio dello Stato.

Per inciso, e come anche risulta anche dai lavori parlamentari (nonché dalla *occasio legis*, che come molti ricorderanno riguardava soprattutto delitti commessi da cittadini comunitari), la norma era stata costruita per riguardare tutti i cittadini di nazionalità non italiana, compresi i comunitari. Specie in questo aspetto, la scelta del legislatore aveva incontrato **violentissime critiche**, ad esempio presso il Commissario per i diritti umani del Consiglio di Europa, e presso la stessa Commissione europea, che con prese di posizione ufficiali aveva considerato la disciplina in contrasto (almeno) con le norme comunitarie sulla circolazione dei cittadini dell'Unione.

Di qui l'introduzione nel «secondo pacchetto sicurezza» di una pretesa **norma di interpretazione** (art. 1, comma 1, della legge 94 del 2009), in base alla quale la fattispecie aggravante **non si applicava ai cittadini comunitari**.

Conviene dire che critiche generali alla scelta del legislatore italiano, sullo specifico piano dei diritti della persona umana, erano state rinnovate al massimo livello istituzionale. La signora Pillay, **Alto Commissario ONU** per i diritti umani, durante il discorso tenuto il 10 marzo 2010 innanzi al Senato italiano aveva tra l'altro osservato testualmente: «*Continuo anche a essere preoccupata delle misure contenute nel "Pacchetto sicurezza" italiano, che rende lo status irregolare di un migrante una circostanza aggravante per un reato comune. Mi auguro sia assolutamente chiaro che è responsabilità delle pubbliche autorità assicurare che i migranti non siano stigmatizzati, calunniati o aggrediti*».

Non stupisce dunque che molte ordinanze di rimessione fossero partite dai Tribunali

italiani.

> È appena il caso di ricordare qui due **provvedimenti interlocutori** della Corte, mirati tra l'altro a restituire gli atti ai rimettenti, che avevano sollevato le loro questioni prima della legge n. 94 del 2009, con la quale è stato introdotto, come abbiamo visto, il cd. «**reato di clandestinità**», con la conseguenza che la stessa condotta (fermo restando il principio di irretroattività) era divenuta sanzionabile sia per il proprio intrinseco valore criminoso, sia come fattore di aggravamento della pena per qualunque altro reato.
> Anche alla luce di alcuni recenti commenti dottrinali, va forse chiarito che la Corte, con i provvedimenti di restituzione degli atti (la **ordinanza n. 277 del 2009** e la **ordinanza n. 66 del 2010**) non aveva affatto «pregiudicato» il tema dei rapporti tra la nuova previsione circostanziale e la sopravvenuta fattispecie incriminatrice.
> Era chiaro *ab initio* che l'aggravante di clandestinità non potesse essere applicata al reato di clandestinità. Meno immediata la risposta al quesito se non si fosse creata una sorta di reato complesso, con la conseguenza che lo straniero in posizione di soggiorno irregolare, compiendo un reato qualunque, avrebbe dovuto risponderebbe di tale reato con l'aggravante della clandestinità, ma non del reato di clandestinità. La soluzione avrebbe potuto anche essere opposta (art. 61, comma 1, prima parte), e cioè consistere nell'esclusione dell'aggravante ogni volta che lo straniero rispondesse del reato di clandestinità (in pratica una *interpretatio abrogans* della previsione censurata).
> La rilevanza retroattiva di queste variazioni – in un sistema fondato sul principio di irretroattività delle nuove incriminazioni – doveva comunque essere valutata in tutti i processi per fatti antecedenti al luglio 2009. Vi era soprattutto un dato per così dire «argomentativo» della cui attualità era necessaria una verifica. Tutti i rimettenti, con maggiore o minore enfasi, avevano argomentato sulla presunta irrazionalità di una **norma che elevava a fattispecie aggravante un comportamento privo di rilevanza penale**, cioè un mero illecito amministrativo. Non era stato l'unico argomento, e forse non era stato decisivo, ma certamente aveva segnato in modo profondo l'*iter* motivazionale dei rimettenti. Si trattava per altro, nel momento del giudizio di costituzionalità, di un argomento non più attuale. Di qui la restituzione degli atti, per una nuova valutazione sulla non manifesta infondatezza della disciplina. Nessun riconoscimento implicito, in particolare, d'una pretesa «razionalizzazione sopravvenuta» della previsione circostanziale.

Ma veniamo alla **dichiarazione di illegittimità**. L'andamento della motivazione è complesso, e per forza di cose qui dovremo semplificare.

I **diritti inviolabili** sono oggetto di tutela per ogni persona, e non per i soli cittadini: concetto questo acquisito da tempo. D'altra parte nessun trattamento legale può essere articolato in base alla differenza di condizioni personali, se non quando questo sia necessario per assicurare interessi di analogo rango costituzionale. E qui la Corte ha operato un passaggio che ancora va sviluppato in tutta la sua portata, e che segna il netto distacco dal brocardo tante volte ripetuto della piena discrezionalità legislativa in punto di trattamenti sanzionatori, salvo il caso della manifesta irragionevolezza. Meglio citare testualmente:

> *Il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti «del tutto estranei al fatto-reato», introducendo così* ***una responsabilità penale d'autore*** *«in aperta violazione del principio di offensività […]» (sentenza n. 354 del 2002). D'altra parte «il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero» (sentenza n. 62 del 1994). Ogni limitazione di diritti fondamentali deve partire dall'assunto che, in presenza di* ***un diritto inviolabile, «il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni*** *da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'****inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante****» (sentenze n. 366 del 1991 e n. 63 del 1994).*
> *La necessità di individuare il rango costituzionale dell'interesse in comparazione, e di constatare altresì l'ineluttabilità della limitazione di un diritto fondamentale, porta alla conseguenza che la norma limitativa deve superare un* ***vaglio positivo di***

> ***ragionevolezza**, non essendo sufficiente, ai fini del controllo sul rispetto dell'art. 3 Cost., l'accertamento della sua non manifesta irragionevolezza (sentenza n. 393 del 2006). Con riferimento al caso specifico, si deve ricordare che le «condizioni personali e sociali» fanno parte dei **sette parametri** esplicitamente menzionati dal primo comma dell'art. 3 Cost., quali divieti direttamente espressi dalla Carta costituzionale, che rendono indispensabile uno **scrutinio stretto** delle fattispecie sospettate di violare o derogare all'assoluta irrilevanza delle "qualità" elencate dalla norma costituzionale ai fini della diversificazione delle discipline.*

Ora, mi pare che il nucleo essenziale della decisione risieda nella constatazione che non v'è (maggior) offesa al bene tutelato che giustifichi la (maggior) punizione dello straniero in condizione di soggiorno irregolare. D'altra parte, non sarebbe proponibile una giustificazione fondata sull'**interesse al controllo dei flussi migratori**, perché si tratterebbe di una inammissibile cesura tra condotta punita e bene tutelato. Tra l'altro – e stupisce che il senso dell'argomento non sia stato colto da alcuni – questa giustificazione, come ogni altra, esce indebolita dalla **esclusione dell'aggravante per gli «irregolari» comunitari** (che ben possono esistere): è evidente che la presunzione di maggior pericolosità non si connette alla violazione delle norme sul soggiorno (altrimenti dovrebbe valere anche per i cittadini comunitari). La lettera della norma, d'altro canto, esclude il ricorso ad interpretazioni restrittive con funzione adeguatrice, come ad esempio quella, suggerita da alcuni, di considerare applicabile l'aggravante solo in presenza di un nesso qualificato tra irregolarità del soggiorno e reato di volta in volta preso in considerazione (nesso finalistico, di facilitazione, ecc.).

La Corte non si è limitata, per altro, a far valere la violazione del principio di offensività e di quello di uguaglianza. Si è spinta piuttosto, anche per seguire il ragionamento dei rimettenti (assurdo che una violazione amministrativa comporti l'aumento di sanzioni penali) e misurarne la resistenza alla sopravvenuta incriminazione del soggiorno irregolare, a studiare i rapporti tra la circostanza aggravante e la nuova fattispecie incriminatrice.

In sostanza, si è ravvisata una **violazione del *ne bis in idem***, come sintomo di irragionevolezza della previsione circostanziale:

> *«Lo straniero extracomunitario viene punito una prima volta all'atto della rilevazione del suo ingresso o soggiorno illegale nel territorio nazionale, ma subisce una o più punizioni ulteriori determinate dalla perdurante esistenza della sua qualità di straniero irregolare, in rapporto a violazioni, in numero indefinito, che pregiudicano interessi e valori che nulla hanno a che fare con la problematica del controllo dei flussi migratori. L'irragionevolezza della conseguenza si coglie pienamente ove si consideri che da una contravvenzione punita con la sola pena pecuniaria può scaturire una serie di pene aggiuntive, anche a carattere detentivo, che il criterio di computo su base percentuale può condurre a valori elevatissimi, dando luogo a prolungate privazioni di libertà.»*

Segue nella sentenza, forse anche a prevenire l'obiezione di una insussistenza del denunciato *bis in idem*, l'esame della possibilità che il reato aggravato *ex* art. 61 n. 11-*bis* fosse considerabile come un **reato complesso**.

Per la verità, se anche così fosse stato, il *bis in idem* sarebbe stato evitato solo rispetto alla contravvenzione, e non per la molteplicità di reati aggravati eventualmente commessi. E, comunque, il difetto di offensività non verrebbe meno nel caso di un reato complesso costituito dalla condotta specificamente incriminata e dalla circostanza coincidente con la contravvenzione di soggiorno irregolare.

La Corte, comunque, ha voluto anche negare che si potesse configurare un reato complesso, spingendosi a delineare la relativa nozione: in sostanza, può darsi reato complesso circostanziale solo quando una circostanza speciale è tipicamente prevista quale aggravante del fatto, oltre che come condotta autonomamente rilevante.

La complessa analisi è proseguita con la confutazione degli argomenti volti ad

allegare una pretesa «normalità» della fattispecie denunciata.

Due i *tertia comparationis* più rilevanti: la recidiva e la condizione di latitanza. Ma nessuna delle due circostanze comuni risulta realmente assimilabile a quella denunciata.

Anzitutto la legittimità della previsione concernente la **latitanza** (quella in effetti più vicina alla nostra, perché riguarda un comportamento privo di pertinenza al fatto che risulta aggravato, ed oltretutto penalmente irrilevante) non è mai stata vagliata dalla Consulta. In ogni caso il latitante non è genericamente caratterizzato da una qualità derivante da comportamenti pregressi, ma si trova in una situazione originata da un **provvedimento restrittivo** dell'autorità giudiziaria che lo riguarda individualmente. All'esecuzione di tale provvedimento il latitante **si sottrae con scelta deliberata**, tanto che non risponderebbe dell'aggravante se avesse pur colpevolmente ignorato l'esistenza del provvedimento in suo danno. D'altra parte il provvedimento restrittivo è originato da una **condanna a pena eseguibile** (dunque detentiva, non condizionalmente sospesa, non suscettibile di espiazione in forme alternative, ecc.), o da un **provvedimento fondato su gravi indizi** di reità per un fatto di elevato significato offensivo, e soprattutto su un **giudizio individualizzato di pericolosità**, espresso dal giudice cautelare e soggetto a controllo nell'ambito delle impugnazioni cautelari.

Niente di tutto questo per l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis* c.p.

Quanto alla **recidiva**, le differenze sono chiare. Il recidivo è persona risultata positivamente indifferente al messaggio dissuasivo della sanzione, perché commette un delitto non colposo **dopo la condanna definitiva** per un altro delitto non colposo. Cionondimeno, con la sola eccezione dei reati di maggior gravità, l'applicazione della circostanza è subordinata all'**accertamento in concreto**, da parte del giudice, di una relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il nuovo reato da questi commesso, che deve risultare sintomatico – in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei fatti pregressi – sul piano della colpevolezza e della pericolosità sociale.

Niente di tutto questo per l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis* c.p.

Tra l'altro – nota la Corte – a differenza di quanto non sia per la responsabilità del recidivo in ordine ai fatti pregressi (accertata, come si è appena ricordato, prima ancora del nuovo reato), la condizione di irregolarità del soggiorno era valutabile in modo incidentale nel giudizio pertinente al reato aggravato, con il rischio che l'interessato fosse assolto nel giudizio sul reato di immigrazione e condannato alla maggior pena nel giudizio per il reato comune (o viceversa).

Resta solo da ricordare che la Corte ha dichiarato la **illegittimità consequenziale** di due norme introdotte solo in chiave strumentale alla valorizzazione dell'aggravante.

La prima è la disposizione di pretesa interpretazione autentica della norma dichiarata illegittima, introdotta al fine di escludere i cittadini comunitari (*supra*). Soprattutto, è stata eliminata la previsione (art. 656, comma 9, lett. *a*, cod. proc. pen.), che inibiva la **sospensione della esecuzione** di pene detentive brevi irrogate per reati aggravati dalla circostanza prevista dall'art. 61 n. 11-*bis* c.p.p.

Una plateale irragionevolezza di dettaglio nell'ambito di una generale irragionevolezza, perché l'aggravante non inibiva la concessione dei cd. benefici penitenziari, e dunque costringeva lo straniero ad un passaggio dal carcere nonostante la ricorrenza delle condizioni per l'accesso a forme alternative di esecuzione.

2.7

Vorrei dare qualche rapida informazione, a questo punto, sul problema che sta interessando moltissimi uffici giudiziari, e cioè se possano essere in qualche modo eliminate le porzioni di pena inflitte con **sentenza irrevocabile** in applicazione dell'**aggravante**

(segue) Aggravanti illegittime applicate con sentenza irrevocabile

«di clandestinità», o se piuttosto l'intervenuto giudicato precluda ogni intervento in tal senso, nonostante la illegittimità «originaria» della norma aggravatrice.

Il **quadro normativo** è noto. Da una parte, l'**art. 673 c.p.p.** disciplina la **revoca della sentenza** di condanna nei casi di **abrogazione** o **dichiarata illegittimità costituzionale** della «**norma incriminatrice**», riferendosi, secondo l'opinione comune, ai fenomeni di depenalizzazione del fatto posto ad oggetto del provvedimento divenuto irrevocabile.

È appena il caso di ricordare come, anche in esito ad una autorevolissima presa di posizione della stessa Corte costituzionale, attuata con la **sentenza n. 96 del 1996**, venga generalmente ammessa la possibilità di una **revoca parziale della sentenza** (non nel senso, almeno fino ad oggi, della scissione di un capo d'accusa, ma nel senso della eliminazione della condanna per parte soltanto dei fatti di reato posti ad oggetto della sentenza, fattispecie ammissibile anche nel caso di **continuazione o concorso formale**).

Per altro verso, l'**art. 30** della legge **n. 83 del 1957**, che concorre a regolare il procedimento incidentale di legittimità costituzionale, contiene due norme essenziali per la questione che occorre risolvere. Il **terzo comma** stabilisce che le norme dichiarate incostituzionali **non possano avere «applicazione»** dal giorno successivo a quello della pubblicazione della decisione della Consulta. Ma forse ancora più importante è il **quarto comma**, secondo il quale, quando sia stata pronunciata **una sentenza irrevocabile di condanna «in applicazione»** di una norma dichiarata incostituzionale, **«ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali»**.

Alcuni **giudici di merito** hanno deliberato, in funzione di giudici dell'esecuzione, a proposito di **istanze di riduzione** della pena inflitta con sentenza irrevocabile, in misura corrispondente al *quantum* risultante dall'applicazione dell'aggravante poi dichiarata illegittima. Gli esiti sono stati divergenti.

Ad esempio il **Tribunale di Milano** (ord. del 26 gennaio 2011, in *www.penalecontemporaneo.it*) ha dichiarato **non eseguibile** la pena di cui si tratta, essenzialmente in base ad una **applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p.** L'analogia sarebbe giustificata dalla comune esigenza di non applicare sanzioni penali inflitte in conseguenza di norme incostituzionali, anche alla luce del citato art. 30 della legge n. 83 del 1957. Il nuovo **terzo comma dell'art. 2 c.p.** (sostituzione *in executivis* della pena pecuniaria a quella detentiva, in caso di legge sopravvenuta) varrebbe a dimostrare, d'altra parte, che la «revoca» sarebbe ammessa anche quando riguardi la sola **entità della pena**, e non la rilevanza penale in sé del fatto considerato.

Occorre dire che nella specie l'operazione è stata facilitata dalla **specifica determinazione**, in fase cognitiva, di un aumento pertinente alla circostanza poi detenuta illegittima, che è bastato scomputare dalla pena inflitta. Ma naturalmente – e questo rileva anche per la **ammissibilità** dell'operazione – la situazione può essere molto più complessa: equivalenza o sub-valenza rispetto ad una sola attenuante; equivalenza nel concorso di più fattispecie circostanziali attenuanti e/o aggravanti, ecc. Inoltre, come per il reato continuato, può accadere che il giudice della cognizione non abbia determinato specificamente il *quantum* dipendente dall'aggravante (ad esempio nel caso di più aggravanti concorrenti). Certamente, quando la circostanza *de qua* è entrata in un giudizio di comparazione, il giudice dell'esecuzione dovrebbe **ripetere il giudizio di valenza**, ed oltretutto determinare il *quantum* di diminuzione della pena nel caso si attivino fattispecie attenuanti prima neutralizzate. In realtà, anche quando non ha prodotto un effettivo aumento di pena grazie alla comparazione, l'aggravante di clandestinità **è stata comunque «applicata»**.

Almeno sotto questo profilo, dunque, dissentirei dal *decisum* del **Tribunale di Verona** (ord. 27 luglio 2010, credo al momento inedita), che ha respinto una istanza di **revoca parziale** (del pubblico ministero) anche per la pretesa carenza di effetti che la

circostanza (giudicata con altra aggravante equivalente alle attenuanti generiche) avrebbe sortito nel caso sottoposto al suo giudizio (prese di posizione solo apparentemente analoghe sono venute anche in sede di legittimità: cfr. Cass., Sez. III, 13 ottobre 2010, n. 40923, Chamki, in *C.E.D. Cass.*, n. 248705, secondo cui la sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della clandestinità non determina la nullità della sentenza ove il giudice, in sede di giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, abbia ritenuto prevalente una circostanza attenuante sull'aggravante poi dichiarata incostituzionale; qui il giudizio di valenza non potrebbe comunque concludersi diversamente).

In ogni caso, il Tribunale ha ritenuto che la cancellazione dell'aggravante abbia dato vita ad una **diversa legge regolatrice** della fattispecie concreta, e non ad una parziale *abolitio criminis*, con la conseguenza che dovrebbe applicarsi la regola del quarto comma dell'art. 2 c.p. In altre parole, la applicazione della *lex mitior* sarebbe **preclusa dal giudicato**.

In termini diversi potrebbe sostenersi che lo stesso **art. 30** della legge n. 83 del 1957 distingue tra l'efficacia di **qualsiasi dichiarazione di illegittimità costituzionale**, che rende inapplicabile la norma interessata «dal giorno successivo», e l'efficacia della invalidazione di **norme incriminatrici**, che determina la non eseguibilità della **sentenza di condanna**. Cioè, anche alla luce di un costante orientamento giurisprudenziale che limita l'efficacia retroattiva della sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale, escludendone le «**situazioni consolidate o esaurite**» (tra le quali primeggia il giudicato), potrebbe ritenersi ormai già applicata la fattispecie circostanziale (comma terzo), e non potrebbe dichiararsi l'inefficacia della pena inflitta in dipendenza di essa, non trattandosi di *abolitio criminis* (comma quarto). Non a caso, la previsione del 1957 non prevedeva la revoca della sentenza di condanna, ma la sola sua inefficacia, diversamente da quanto poi stabilito con l'art. 673 del codice di rito vigente.

A questa costruzione è stato obiettato, nei primi commenti dottrinali, che il quarto comma dell'art. 2 c.p. regola la **successione tra norme penali valide**, e non può dunque essere riferito al caso in cui la disciplina sopravvenuta è frutto della rimozione di una norma «originariamente» improduttiva di effetti. Non posso che evocare, in questa sede, gli autorevoli orientamenti dottrinali concernenti la cd. **iperretroattività delle sentenze** dichiarative della **illegittimità di norme penali**.

Mi limito poi a notare che un ragionamento siffatto presuppone per un verso che non sia da considerare «**applicata**» una legge in base alla quale è stata inflitta una pena **da eseguire o in corso di esecuzione**. Per altro verso, il quarto comma dell'art. 30 non si riferisce testualmente all'*abolitio criminis*, ma ad una sentenza di condanna «**pronunciata in applicazione**» della norma dichiarata illegittima.

Forse, ma sono riflessioni iniziali da sottoporre al vaglio della giurisprudenza e della dottrina (sono in corso di pubblicazione lavori su diverse riviste giuridiche), sarebbe meglio **estendere l'interpretazione** del quarto comma fino a comprendere ogni norma regolatrice degli effetti sanzionatori della condotta, piuttosto che praticare una **applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p.**, che implica una trasposizione verso situazioni non regolate di una **disposizione che eccettua** rispetto al principio generale di intangibilità del giudicato. Ad orientare il Tribunale milanese – che ha definito «interpretazione estensiva» quel che sembra, appunto, una interpretazione analogica – è stata probabilmente la consapevolezza di questo ostacolo.

Forse, si tratta di uscire dalla logica della **revoca parziale** per sondare la possibilità di pervenire (come del resto avveniva prima del 1989) ad una **dichiarazione di cessazione** (attuale o ad una certa data futura) della **esecuzione della sentenza**, nella parte in cui si tratta della porzione di pena concernente l'aggravante. Subito rilevo, naturalmente, la difficoltà concettuale che deriva dal caso che non possa essere semplicemente eliminata

una parte della pena inflitta in sede di cognizione. Difficoltà forse più grave di quella connessa, in casi analoghi, allo schema della revoca, ma non esclusiva della soluzione prospettata.

Aggiungo che, nella camera di consiglio del 27 ottobre scorso, la I sezione della **Corte di cassazione** ha stabilito, con sentenza non ancora depositata, due punti fermi nella complessa tematica cui facevo riferimento. In primo luogo, si è detto che la **revoca parziale della sentenza**, ex art. 673 c.p.p., è ammissibile con riguardo ai singoli capi d'accusa, ma non relativamente a singole porzioni all'interno della medesima imputazione. Quindi la revoca parziale **non può essere lo strumento** per evitare di dare esecuzione alla porzione di pena inflitta per l'aggravante di clandestinità.

La Cassazione ha stabilito anche, e però, che «***gli artt. 136 Cost. e 30, commi terzo e quarto,*** *della* ***legge n. 87 del 1953, ostano alla esecuzione*** *della porzione di pena inflitta in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata costituzionalmente illegittima*».

La Corte ha specificato, da ultimo, che se il giudice della cognizione ha omesso di determinare specificamente la quota di aumento dovuta all'aggravante, spetta al giudice dell'esecuzione determinare il *quantum* della pena inesigibile.

2.8 In tema di intermediazione finanziaria

Solo una nota informativa quanto ad una *vexata quaestio* che riguarda l'incriminazione quale delitto dell'attività di **intermediazione finanziaria**, condotta da soggetti non iscritti nell'elenco degli operatori abilitati, ed a proposito della condotta di cd. ***money transfer***.

È stata dichiarata manifestamente inammissibile, in particolare, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 3, del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 153 (Integrazione dell'attuazione della direttiva 91/308/CEE in materia di riciclaggio dei capitali di provenienza illecita), sollevata in riferimento agli articoli 76 e 77 della Costituzione, nelle parti in cui configura come delitto la fattispecie criminosa ivi descritta e in cui commina pene superiori ai limiti edittali indicati nella legge di delega 6 febbraio 1996, n. 52 (legge comunitaria 1994).

La fattispecie menzionata attiene all'esercizio delle attività di intermediazione finanziaria specificate nei decreti attuativi della legge delega in assenza di iscrizione nell'elenco degli operatori abilitati, e individua la fattispecie di reato del trasferimento di fondi fissandone la relativa disciplina sanzionatoria. Analogamente a quanto già riscontrato nelle **ordinanze n. 95 del 2010**, **n. 73 del 2009** e **n. 194 del 2008**, il rimettente ha erroneamente individuato nell'art. 15, comma 1, lett. c), anziché nell'art. 3, lett. c), della legge n. 52 del 1996, la norma di delega alla cui stregua va apprezzata la dedotta violazione degli artt. 76 e 77 Cost., invero esclusa dal rilievo che la fattispecie di abusivismo contemplata dalla norma denunciata risulterebbe omogenea e di pari offensività rispetto ai già previsti delitti di abusiva attività finanziaria e di abusivo esercizio dell'attività di mediazione creditizia, reati al cui trattamento sanzionatorio è stato allineato quello dell'ipotesi criminosa in questione.

In particolare il citato art. 3 stabilisce che «*in ogni caso, in deroga ai limiti sopra indicati, per le infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi saranno previste sanzioni penali o amministrative identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per le violazioni che siano omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni medesime*».

La Corte ha ribadito, con la **ordinanza n. 295 del 2010**, che proprio sulla base del criterio generale di delega ora indicato, e non già di quelli specifici di cui all'art. 15 della medesima legge, il legislatore delegato ha inteso emanare la norma incriminatrice di cui si discute: e ciò sul rilievo che la fattispecie di abusivismo contemplata da tale norma risulterebbe omogenea e di pari offensività rispetto al delitto di abusiva attività

finanziaria previsto dall'art. 132 decreto legislativo del 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), nonché al delitto di abusivo esercizio dell'attività di mediazione creditizia, previsto dall'art. 16, comma 7, della legge 7 marzo 1996, n. 108 (Disposizioni in materia di usura), reati al cui trattamento sanzionatorio è stato quindi allineato quello dell'ipotesi criminosa di cui si discute.

2.9 Sorveglianza speciale, inosservanza delle prescrizioni e principio di tassatività

Passiamo a discutere di trattamento delle **persone sottoposte a misure di prevenzione**, per dare conto di una recente ed importante **pronuncia**, che ha assunto la forma propria della sentenza **interpretativa di rigetto**, a proposito della fattispecie di cui all'**art. 9, secondo comma,** della **legge 27 dicembre 1956, n. 1423**, nella versione modificata con il decreto-legge n. 144 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla legge 155 del 2005.

Per effetto della novella, la norma citata dispone nel primo comma che il *«contravventore agli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno»*. Ben più severa la previsione del secondo comma, ove si stabilisce che se *«l'inosservanza riguarda gli obblighi e le prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale **con l'obbligo o il divieto di soggiorno**, si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni ed è consentito l'arresto anche fuori dei casi di flagranza»*.

La forte differenza di trattamento è stata già oggetto di sindacato da parte della Consulta, che l'ha considerata non irragionevole, data la maggior pericolosità che si deve attribuire a coloro in quali siano stati gravati dell'obbligo o del divieto di soggiorno (**sentenza n. 161 del 2009**).

Ora, la fattispecie incriminatrice sanziona la **violazione delle prescrizioni** imposte all'interessato con il provvedimento applicativo della misura di prevenzione. Il terzo comma dell'art. 5 della legge 1423 stabilisce che il giudice *«in ogni caso prescrive di **vivere onestamente,** di **rispettare le leggi,** di **non dare ragione di sospetti** e di non allontanarsi dalla dimora senza preventivo avviso all'autorità locale di pubblica sicurezza; prescrive, altresì, di non associarsi abitualmente alle persone che hanno subìto condanne e sono sottoposte a misure di prevenzione o di sicurezza, di non rincasare la sera più tardi e di non uscire la mattina più presto di una data ora e senza comprovata necessità e, comunque, senza averne data tempestiva notizia all'autorità locale di pubblica sicurezza, di non detenere e non portare armi, di non trattenersi abitualmente nelle osterie, bettole, o in case di prostituzione e di non partecipare a pubbliche riunioni»*.

È evidente che la porzione iniziale delle prescrizioni, quella sopra evidenziata, si riferisce a **precetti di carattere assai generico**: la cosa è del tutto evidente quanto all'*honeste vivere* ed alla immunità da *sospetti* (di che?), ma può essere affermata anche quanto al *rispetto delle leggi*. In effetti, se intesa quale prescrizione di non tenere mai una condotta *contra legem*, la fattispecie apparirebbe censurabile sotto il profilo della ragionevolezza (essendo impensabile che anche la più lieve infrazione amministrativa, od un illecito civile, possano dar vita ad un delitto).

Non stupisce che il rimettente abbia censurato la normativa alla luce del **principio di tassatività**, oltreché per violazione dell'art. 3 Cost. La Corte ha dichiarato infondata la questione con la **sentenza n. 282 del 2010**, ma l'ha fatto, come accennavo, secondo lo schema delle pronunce interpretative, e dunque «salvando» la disposizione **a condizione che** venga interpretata secondo un criterio di ragionevole restrizione, e di ragionevole corrispondenza ai principi di offensività e proporzionalità.

È ormai consolidata la giurisprudenza della Corte sul **controllo di determinatezza** delle fattispecie incriminatrici. Anche nell'occasione si è ha ripetuto: *«per verificare il rispetto del principio di tassatività o di determinatezza della norma penale occorre non già valutare isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, bensì collegarlo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa s'inserisce»*.

Su questa premessa, si è affermato anzitutto che la **prescrizione di «vivere onestamente»**, per quanto generica se valutata isolatamente, assume sufficiente precisione una volta messa in relazione a «*tutte le altre prescrizioni previste dal menzionato art. 5*», e considerando «*che è elemento di una fattispecie integrante un reato proprio, il quale può essere commesso soltanto da un soggetto già sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno*»

In sostanza, detta prescrizione si risolverebbe nel «*dovere imposto (…) di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di «vivere onestamente» si concreta e si individualizza*».

Se si consente di esprimere un'opinione personale, la strada prescelta dalla Corte, pure ineludibile (a meno di non dichiarare l'illegittimità della norma), conduce ad una **interpretazione abrogante** del precetto, nel senso che lo stesso sarebbe violato solo quando fosse violata anche un'altra delle prescrizioni impartite dal giudice.

Una sorte analoga, a conti fatti, sembra riguardare la prescrizione di «**non dare ragione di sospetti**», in sostanza collegata alla violazione delle altre prescrizioni, ed in particolare di quella di non frequentare determinati luoghi o persone.

Diverso l'esito del sindacato sul **rispetto delle leggi**. Anche qui la Corte ha voluto restringere in qualche modo la portata della prescrizione, ma l'ha fatto conservandone un'efficacia fin troppo ampia: «*si riferisce al dovere, imposto al prevenuto, di **rispettare tutte le norme a contenuto precettivo**, che impongano cioè di tenere o non tenere una certa condotta; non soltanto le norme penali, dunque, ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale*».

Anche se intesa nel senso che rileva ogni condotta cui la legge collega una sanzione in senso proprio, la fattispecie sembra comminare conseguenze sanzionatorie sproporzionate anche per condotte prive di ogni concreto significato lesivo (nel caso di specie era contestato, al sorvegliato speciale, anche di aver condotto un motociclo senza casco). Se invece la Corte avesse inteso riferirsi alle sole violazioni sintomatiche della **specifica pericolosità** già attribuita all'agente, l'effetto di specificazione del dettato normativo risulterebbe fortemente ridimensionato.

2.10 Sulla base cognitiva per l'applicazione di misure di prevenzione

La Corte ha «sanzionato» nel senso della manifesta infondatezza una questione di legittimità costituzionale che avrebbe potuto esercitare, ma solo ad una prima e veloce lettura, una qualche suggestione. Si tratta della **ordinanza n. 270 del 2011**, relativa all'art. 530 c.p.p., nella parte in cui non contempla, per la sentenza assolutoria, una disposizione affine a quella prevista dall'art. 166, secondo comma, c.p., secondo cui la condanna a pena condizionalmente sospesa non può costituire, per sé sola, motivo per l'applicazione di misure di prevenzione.

Il discorso del giudice rimettente può essere riassunto nei termini che seguono. **Il secondo comma dell'art. 166 cod. pen.** stabilisce che la **condanna con sospensione condizionale** non può costituire, per sé sola, il presupposto per l'applicazione di una **misura di prevenzione**.

Il giudice *a quo* – posta la premessa, pacifica, che anche fatti valutati in una **sentenza di assoluzione** possono essere apprezzati ai fini del trattamento prevenzionale – vede una contraddizione nel sistema. Sarebbe illogico prescrivere che una sentenza di condanna sia trascurata dal giudice della prevenzione, e consentire al tempo stesso che una sentenza assolutoria, pur dubitativa, venga posta alla base di una misura.

Ed ecco l'ultimo passaggio. Per restituire «razionalità» al sistema, il rimettente propone una **sentenza additiva** riguardo alla norma del codice di procedura penale che concerne, in generale, le sentenze assolutorie (art. 530 cod. proc. pen.), chiedendo che la Consulta vi inserisca una formula «identica od analoga» a quella che segna l'art. 166 cod. pen.

Ora, è ben vero che i fatti posti a fondamento di una decisione assolutoria possono essere valutati, nel procedimento di prevenzione, a carico dell'interessato. Non è vero, invece, che i fatti posti a fondamento di una sentenza di condanna a pena sospesa non possano assumere l'indicata valenza probatoria. Il giudice di prevenzione, a differenza di quello del processo penale, non verifica una relazione tra fatto storico e figura incriminatrice, ma guarda a situazioni e comportamenti per coglierne il valore sintomatico di una qualificata pericolosità sociale, indipendentemente dal loro rilievo penale.

Ciò non vuol dire che la norma posta dall'art. 166 c.p. non abbia funzione. Certamente il giudice della prevenzione non potrà argomentare il giudizio di pericolosità sul precedente penale del proposto. Non a caso la norma precisa che la sentenza di condanna è inidonea a giustificare il provvedimento «per sé sola». E non a caso la giurisprudenza ha più volte chiarito come al giudice non sia negata «*la possibilità di valutare gli elementi fattuali desumibili dal giudizio penale conclusosi con la suddetta condanna o unitamente ad altri e diversi elementi, desumibili aliunde*» (Cass., Sez. V, 20 settembre 2004, n. 41398, Diesi, in *C.E.D. Cass.*, n. 230120)

Quanto appena si è detto non implica, per altro, che le due ipotesi in comparazione siano realmente assimilabili, come preteso nell'ordinanza di rimessione. Infatti, fuori dai casi di proscioglimento per ragioni che legittimano l'applicazione di una misura di sicurezza (comma 4 dell'art. 530 c.p.p.), il **giudice dell'assoluzione non** formula alcuna **valutazione di pericolosità** a carico dell'imputato, perfino quando ritiene la verità del fatto storico in contestazione. Il **giudice della condanna a pena «sospesa»**, invece, **apprezza** direttamente il **valore sintomatico del fatto** sul piano della pericolosità (o almeno del rischio di recidiva), ed anzi comprende nella propria valutazione ogni elemento che gli sia utile per una prognosi sui futuri comportamenti dell'imputato.

È dunque la **regola del *ne bis in idem***, nella sua specifica proiezione quale strumento per assicurare il **principio di non contraddizione**, a giustificare limiti al potere di apprezzamento del giudice della prevenzione. Tanto questo è vero che la giurisprudenza tende da ultimo ad enfatizzare tali limiti, senza negare che i fatti restano valutabili, ma censurando il provvedimento di prevenzione che contraddica direttamente quello della cognizione in punto di valore sintomatico della pericolosità (Cass., Sez. V, 11 luglio 2006, n. 32522, Di Lernia, *ivi*, n. 235198).

Essenzialmente questo, e sia pure attraverso una enunciazione sintetica, il ragionamento che ha condotto la Corte a formulare un giudizio di **manifesta infondatezza** della questione. Da un lato infatti si è notato come le circostanze poste ad oggetto del giudizio chiuso dalla **sentenza di condanna** con pena sospesa possono essere valutate nel procedimento prevenzionale, **unitamente ad altri elementi**. Per altro verso, si è rimarcato che il giudice dell'**assoluzione** non formula, sulla pericolosità, alcun giudizio che la legge debba preoccuparsi di coordinare con l'oggetto tipico del procedimento di prevenzione.

2.11 Guida in stato di ebbrezza e sospensione della patente

Un rapido cenno a nuove questioni in tema di **sospensione della patente di guida** nel caso di guida in stato di **ebbrezza**, definite nel senso della manifesta infondatezza con l'**ordinanza n. 266 del 2011**.

Questa volta il rimettente lamentava, evocando gli artt. 3, 25 e 111 Cost., che il codice della strada (segnatamente il comma 2 dell'art. 186) consentirebbe l'applicazione di **due distinte sanzioni con il medesimo oggetto** relativamente ad un'unica condotta illecita, cioè appunto la guida in stato di ebbrezza.

Le sanzioni corrisponderebbero, in primo luogo, alla **sospensione provvisoria** della patente di guida (fino a due anni), «*nelle ipotesi di reato per le quali è prevista la sanzione amministrativa accessoria della sospensione (…) della patente di guida*». Si allude al provvedimento assunto *ex* art. 223 C.d.s. dall'autorità amministrativa (il Prefetto),

provvedimento contro il quale è ammessa opposizione davanti al Giudice di pace (come nel caso del giudizio *a quo*). La sanzione «duplicata» consisterebbe nella **sospensione della patente quale sanzione amministrativa accessoria** per il reato di cui si tratta, irrogata dal giudice penale per un tempo variabile a seconda della gravità della intossicazione alcolica riscontrata.

In realtà – come la Corte ha ribadito – le due misure indicate presentano «***una radicale differenza di finalità e presupposti***». Infatti, «*pur costituendo anch'essa misura afflittiva, la* ***sospensione provvisoria*** *della patente di guida è provvedimento amministrativo di* ***natura cautelare****, strumentalmente e teleologicamente teso a tutelare con immediatezza l'incolumità dei cittadini e l'ordine pubblico, impedendo che il conducente del veicolo continui nell'esercizio di un'attività potenzialmente creativa di ulteriori pericoli*» (*ex multis*, ordinanza n. 344 del 2004). È dunque erronea la prospettiva ermeneutica in base alla quale, come in altre occasioni, una questione è stata sollevata accostando istituti del tutto diversi.

2.12 Veicolo in sequestro e peculato del custode

La Corte costituzionale è intervenuta, a non lunga distanza da un importante arresto delle **Sezioni unite della Cassazione**, sulla qualificazione giuridica della condotta di chi **circoli abusivamente** con un **veicolo** sottoposto a **sequestro amministrativo** in vista dell'eventuale confisca.

Com'è noto la questione è stata ampiamente dibattuta, in giurisprudenza, riguardo alle condotte tenute dal **custode del mezzo** (in qualità di proprietario od a vantaggio del proprietario medesimo) ed all'eventuale qualificazione penalistica di tali condotte come fatti di **sottrazione di cosa in sequestro** (art. 334 c.p.).

Secondo un primo indirizzo, sussisterebbe un **rapporto di specialità** tra la norma sanzionatoria amministrativa (comma 4 dell'art. 213 C.d.s.) e la citata fattispecie del codice penale, di talché, secondo il principio espresso all'art. 9 della legge n. 689 del 1981, dovrebbe applicarsi **solo la sanzione amministrativa**. Stando all'indirizzo opposto, poiché non sussisterebbe il prospettato rapporto di specialità, il fatto sarebbe **penalmente rilevante**, restando da stabilire se debba poi essere applicata anche la sanzione amministrativa.

La prima delle tesi ha trovato l'avallo delle **Sezioni unite della Cassazione** (sent. 28 ottobre 2010, n. 1963/11, ric. P.G. in c. Di Lorenzo). La norma amministrativa comprenderebbe elementi che la specializzano rispetto a quella penale (l'uso della cosa a fini di circolazione stradale e la natura amministrativa del sequestro), e di natura specializzante (per aggiunta) sarebbe anche l'ulteriore elemento rappresentato dalla riferibilità dell'illecito a «chiunque», e non solo al proprietario o custode del bene sottoposto al vincolo. Insomma, il fatto **non rileva *ex* art. 334 c.p.**

L'occasione della pronuncia ora in commento è data dalla particolarità della concreta fattispecie perseguita nel giudizio *a quo*: il fatto, cioè, commesso dal **custode non proprietario a proprio vantaggio**, e non per favorire il proprietario stesso. Dato il contesto, il pubblico ministero ha ipotizzato il **reato di peculato**, ed il rimettente, con attendibile consequenzialità, ha escluso che potessero incidere direttamente sulla definizione del giudizio gli arresti giurisprudenziali pertinenti al delitto di cui all'art. 334 c.p.

Poi un secondo passaggio del ragionamento. Sul presupposto che l'imputato avrebbe utilizzato il veicolo affidatogli per farne un uso momentaneo e poi «restituirlo» (cioè, in sostanza, non farlo ulteriormente circolare), il giudice ha ritenuto che potrebbe riconoscersi nella specie il cd. **peculato d'uso** (secondo comma dell'art. 314 c.p.). Per l'integrazione della fattispecie, però, fa difetto un elemento essenziale, e cioè la effettiva «**restituzione**» della cosa sottratta: un adempimento che, per l'imputato, sarebbe stato impedito da una **causa di forza maggiore**, cioè dal nuovo sequestro che, ovviamente, è

stato disposto quando si è accertato che circolava (essendone il custode) su un veicolo sottoposto a sequestro.

Terzo ed ultimo passaggio del ragionamento. Con la sentenza n. 1085 del 1988, la Corte costituzionale aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'**art. 626, primo comma, numero 1), c.p.**, relativo al cd. «**furto d'uso**», nella parte in cui non estendeva la più favorevole disciplina in esso prevista alla **mancata restituzione** della cosa sottratta dovuta a caso fortuito o **forza maggiore**. Com'è noto, la pronuncia si era fondata sul primo comma dell'art. 27 Cost., e rappresenta uno dei capisaldi della giurisprudenza costituzionale in materia di colpevolezza. Ebbene – ha osservato il rimettente – se tutti gli elementi che contrassegnano il disvalore del fatto devono essere soggettivamente riferibili all'agente, non vi sarebbe ragione di distinguere tra furto d'uso e peculato d'uso, quando la mancata restituzione della cosa non sia rimproverabile all'agente. Di qui la richiesta di un intervento manipolativo sul secondo comma dell'art. 314 c.p., analogo a quello compiuto con la sentenza citata.

La Corte ha dichiarato la **manifesta inammissibilità** della questione proposta. Al rimettente si è rimproverata l'**omessa verifica** in merito all'eventualità che, sussistendo ragioni analoghe a quelle valutate dalle Sezioni unite, debba essere identificato un **rapporto di specialità** anche con riguardo, per un verso, alla fattispecie amministrativa dell'art. 213 C.d.s., e per l'altro verso all'art. 314 c.p.

In effetti, se quel rapporto sussistesse, il fatto perseguito nel giudizio *a quo* sarebbe **penalmente neutro**, e comunque la questione sollevata sarebbe irrilevante, non dovendo il rimettente fare applicazione della norma censurata. Insomma, «**omessa sperimentazione**» di una **soluzione interpretativa** utile ad escludere, per il caso concreto, il *vulnus* denunciato da giudice *a quo*. Inammissibilità (manifesta), dunque, della questione sollevata.

È appena il caso di sottolineare la **cautela** che deve accompagnare la valutazione delle pronunce di inammissibilità «**su base interpretativa**». Sta di fatto, però, che la Corte non è solita censurare l'incompletezza del ragionamento dei giudici rimettenti con riguardo a soluzioni interpretative che siano prive di ogni attendibilità.

2.13 Illecito incenerimento di rifiuti

Restiamo nell'ambito delle **norme complementari** del diritto penale, ed in particolare del **diritto penale dell'ambiente**, per dare conto della pronuncia che ha dichiarato **manifestamente infondata** – in riferimento agli articoli 3, 24, secondo comma, e 27 Cost. – la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 19 del d.lgs. 11 maggio 2005, n. 133, nella parte in cui contempla, per i reati connessi all'attività di **incenerimento di rifiuti**, una sanzione più grave (pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda) di quella prevista all'art. 16 del d.lgs. 18 febbraio 2005, n. 59 (ove le stesse pene sono comminate disgiuntamente, con conseguente possibilità di accesso all'oblazione).

Si tratta della **sentenza n. 253 del 2011**. La questione è stata proposta dal giudice rimettente su sollecitazione dei difensori di imputati ai quali si contestava lo svolgimento, in assenza delle prescritte autorizzazioni, dell'attività di incenerimento di materiali assimilabili ai rifiuti urbani, di rifiuti speciali e di rifiuti pericolosi. I fatti sono stati qualificati, nel giudizio *a quo*, come violazioni dell'art. 19 del d.lgs. n. 133 del 2005, e dunque come reati non suscettibili di oblazione.

In un quadro normativo obiettivamente complesso, e di fronte ad una contestazione forse non sufficientemente selettiva, si è giunti alla conclusione che l'art. 16 del d.lgs. n. 59 del 2005 punirebbe le medesime fattispecie, con sanzioni alternative e con possibilità dunque di oblazione. L'ordinanza di rimessione, di conseguenza, oscilla tra l'assunto della completa coincidenza di oggetto tra le due incriminazioni, con irrazionale diversificazione del solo apparato sanzionatorio, ed il rilievo che comunque, in presenza di sostanziali analogie tra le fattispecie, sarebbe irragionevolmente discriminatorio il

peggior trattamento istituito dalla norma censurata.

La Corte, pervenuta come detto ad un giudizio di manifesta infondatezza della questione, ha posto esplicitamente in rilievo l'erronea ricostruzione del quadro legislativo da parte del giudice rimettente. L'intera normativa contenuta nel d.lgs. n. 133 del 2005, in materia di **incenerimento dei rifiuti**, si pone in termini di **specialità** rispetto alla disciplina generale riguardante gli **impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti medesimi**, contenuta negli artt. 208 e seguenti del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

Analogo rapporto è istituito relativamente alla disciplina specifica concernente i soli impianti di **incenerimento di rifiuti urbani**, sottoposti all'autorizzazione integrata ambientale, già contenuta nel d.lgs. n. 59 del 2005 ed oggi trasfusa nel Titolo III-*bis* del d.lgs. n. 152 del 2006. Da notare che al comma 10 del citato art. 16 è stabilito che, per gli impianti regolati dal decreto (dunque quelli destinati alla combustione dei rifiuti urbani) «dalla data di rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale, non si applicano le sanzioni, previste da norme di settore, relative a fattispecie oggetto del presente articolo».

Il d.lgs. n. 133 del 2005 stabilisce i requisiti degli impianti di incenerimento dei rifiuti e le condizioni di esercizio degli stessi, rinviando al regime autorizzatorio previsto dalle richiamate disposizioni generali per la valutazione di conformità dei singoli impianti alle prescrizioni (requisiti e condizioni) in esso contenute. Le norme penali contenute nei primi due commi dell'art. 19 sanzionano le condotte di esercizio di impianti di incenerimento dei rifiuti in assenza delle prescritte autorizzazioni, distinguendo a seconda che l'attività abbia ad oggetto rifiuti pericolosi o non, e prevedendo in entrambi i casi la pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda, con differenti valori edittali. Invece la norma richiamata in comparazione, meno severa a livello sanzionatorio, punisce l'esercizio, in assenza di autorizzazione integrata ambientale, delle attività di cui all'allegato VIII alla parte seconda del d.lgs. n. 152 del 2006, tra le quali rientra – come già si è visto – quella svolta dagli impianti di incenerimento dei rifiuti urbani.

Insomma, la norma censurata sottrae la disciplina delle relative fattispecie a norme generali, senza alcuna improbabile duplicazione, e senza che risulti proponibile la comparazione prospettata dal rimettente. Il fatto poi che per l'incenerimento di rifiuti (anche pericolosi) senza autorizzazione siano previste sanzioni più severe è parso alla Corte giustificato dalla necessità di garantire che l'attività in questione, **particolarmente rischiosa per l'ambiente**, si svolga nel rispetto delle condizioni di esercizio e nell'osservanza delle prescrizioni tecniche dettate dallo stesso d.lgs. n. 133 del 2005.

2.14
Omesso versamento dell'I.v.a.

È il momento di una questione di **diritto penale tributario**, che presenta una certa rilevanza nella pratica, tanto che è stata sottoposta più volte all'attenzione della Consulta. Il problema riguarda l'art. 10-*ter* del d.lgs. 74/2000, il quale prevede il reato di omesso versamento dell'IVA. E si pone in particolare per i **soli fatti relativi al 2005**.

Occorre partire dalla premessa che la norma (introdotta nel 2006) sanziona chi **omette il versamento dell'IVA** dovuta non già all'atto della relativa dichiarazione, ma entro il termine stabilito per il versamento dell'acconto relativo al periodo di imposta successivo. Dunque il reato si consuma nel **mese di dicembre** (in specie, il 27 dicembre) dell'anno seguente a quello cui si riferisce l'imposta dovuta. In pratica, il soggetto che, in base alla dichiarazione annuale, risulti debitore per IVA in misura superiore alla soglia di punibilità prevista (50.000 euro), fruisce di un termine di dodici mesi per corrispondere il tributo, al fine di non incorrere in responsabilità anche penale.

Questa opportunità non è stata pienamente accordata quanto all'imposta dovuta per l'anno 2005, perché l'incriminazione è stata introdotta dal d.l. 223/2006 (conv., con modif., in l. 248/2006) – entrato in vigore il 4 luglio 2006 – di talché il contribuente ha

avuto a disposizione, per eseguire il versamento utile ad evitare la responsabilità penale, solo **il periodo intercorrente tra luglio e dicembre 2006**.

La norma censurata – secondo il rimettente – avrebbe dunque violato il principio di eguaglianza, in quanto punirebbe allo stesso modo due condotte differenti: vale a dire, tanto quella di chi abbia omesso il versamento dell'IVA per l'anno 2005, avendo a disposizione solo il più ristretto termine dianzi indicato, tanto quella di chi abbia omesso od ometta il versamento dell'imposta per gli anni successivi, fruendo dell'ordinario termine annuale.

Ora, è vero che, per ragioni collegate alle meccaniche di entrata in vigore della norma incriminatrice, il debitore IVA per il 2005 ha potuto disporre di un termine inferiore a quello che ha avuto poi a disposizione, come tutti gli altri, negli anni seguenti. Un termine diverso, si badi, non per il dovuto versamento (regolato, anche sotto questo aspetto, dalla disciplina antecedente alla novella del 2006), ma per maturare una **resipiscenza** utile ad evitare almeno la sanzione penale. Si è trattato però di oltre cinque mesi, e dunque di un **tempo niente affatto incongruo** al fine di prendere cognizione della normativa sopravvenuta e di reperire i fondi utili ad un versamento comunque tardivo, ma utile ad evitare l'incriminazione. Chiaramente, il reato di coloro che non hanno versato l'IVA dovuta per il 2005 si è perfezionato solo cinque mesi dopo l'entrata in vigore della norma incriminatrice, e cioè alla fine del 2006.

D'altra parte, ammesso e non concesso che la legge abbia compreso nella medesima fattispecie fatti di disvalore diverso (sarebbe più scusabile colui che non sia riuscito ad effettuare il versamento in cinque mesi e mezzo di colui che abbia avuto a disposizione dodici mesi), la legge medesima pone a disposizione una pena edittale variabile, che per i fatti pertinenti al 2005 potrà legittimamente orientarsi verso i valori minimi.

La questione era già stata in qualche modo sottoposta alla Corte, che l'aveva definita nel senso della manifesta inammissibilità con l'**ordinanza n. 319 del 2010**. Non si trattava però di un precedente particolarmente utile, in quanto fondato sulle carenze motivazionali dell'atto introduttivo, oltre che sul palese equivoco nel quale era incorso il rimettente, che sosteneva il carattere «retroattivo» dell'incriminazione: un carattere che, alla luce dei rilievi appena svolti, non sussiste affatto.

Per la prima volta dunque, con la **sentenza n. 224 del 2011**, la Corte è entrata nel merito della questione, dichiarandola **manifestamente infondata**.

Si è anzitutto richiamata la costante giurisprudenza secondo cui «*non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il* ***fluire del tempo*** *costituisce un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche*».

Ma la Corte non ha inteso dire che sia sempre e comunque giustificabile un diverso trattamento di situazioni identiche per il solo fatto della loro discordanza cronologica. Infatti ha evidenziato la **intrinseca ragionevolezza** insita nel trattamento della situazione che, nella prospettazione del rimettente, sarebbe stata illegittimamente sfavorita «*d'altro canto, il termine di oltre cinque mesi e mezzo (dal 4 luglio 2006 al 27 dicembre 2006), riconosciuto al soggetto in questione (in luogo dei quasi dodici mesi "ordinari"),* ***non*** *può ritenersi* ***intrinsecamente incongruo****, ossia talmente breve da pregiudicare o da rappresentare, di per sé, un serio ostacolo all'adempimento*».

Per tal via, il problema della minor riprovazione da collegare all'inadempimento del «contribuente 20005» è stato ricondotto ad una questione di fatto, per la cui regolazione è fisiologicamente deputato lo strumento della **concreta quantificazione della pena**, resa possibile da una forbice edittale adeguatamente predisposta dal legislatore.

La presunta introduzione di **automatismi preclusivi** nel diritto penitenziario, e più

2.15
Recidiva e benefici penitenziari

in generale il **forte inasprimento** delle regole di trattamento che si è connesso alla **riforma della recidiva** ed ai cd. «**pacchetti sicurezza**», hanno costituito una porzione rilevante del lavoro della Consulta negli ultimi tempi, avuto appunto riguardo all'**ordinamento penitenziario**.

Anzitutto una importante conferma: vanno esclusi «*nella materia dei benefici penitenziari, **rigidi automatismi**», essendo necessario «invece che vi sia sempre una valutazione individualizzata, così da collegare la concessione o non del beneficio ad una prognosi ragionevole sulla sua utilità a far procedere il condannato sulla via dell'emenda e del reinserimento sociale*». Così la **sentenza n. 291 del 2010**, relativa all'art. 58-*quater*, comma 7-*bis*, della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui esclude che la misura dell'**affidamento in prova** al servizio sociale possa essere disposta per **più di una volta** in favore del condannato nei cui confronti sia stata applicata la **recidiva reiterata**.

Il rilievo ormai tradizionale circa la tendenziale intollerabilità degli automatismi diviene anzitutto un **criterio ermeneutico**, di doverosa esplorazione da parte del giudice di ogni soluzione interpretativa che recuperi spazi di discrezionalità, oppure **riduca la base statistica delle preclusioni assolute** in guisa da rendere positivamente ragionevole una prognosi di corrispondenza tra caratteristiche del caso concreto e ragione di cautela che ispira la norma presuntiva.

È quello che è accaduto con la disposizione sui condannati per evasione, ove la Corte si è giovata del diritto vivente che recupera spazi di discrezionalità per il giudice (**sentenza n. 189 del 2010**).

È quello che è accaduto, con la sentenza ora in esame, quanto alla preclusione per i recidivi reiterati, la cui **base applicativa è stata ristretta al punto** che la presunzione di inadeguatezza del beneficio penitenziario assume piena e costante attendibilità. In armonia con la giurisprudenza, che pure abbiamo richiamato, sulla tollerabilità delle sole presunzioni assolute che trovino solido **fondamento nell'*id quod plerumque accidit***.

Con l'usuale tecnica del «rimprovero» rivolto al rimettente di non aver sperimentato una soluzione adeguatrice, e con il corrispondente dispositivo di inammissibilità, la Corte ha «suggerito» anzitutto che la preclusione sia riferita solo a coloro che **commettono il nuovo reato dopo aver fruito di un beneficio penitenziario**. Soluzione che esclude la preclusione in numerosissimi casi (condizionati anche dalla sequenza casuale del passaggio in giudicato di più sentenze di condanna). Soluzione che risulta perfettamente compatibile con il tenore letterale della disposizione censurata: «*L'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall' articolo 99, quarto comma, del codice penale*». Non è affatto necessario, anzi, che la norma venga letta nel senso che basti aver fruito una volta nella vita del beneficio perché, quanto al reato commesso in condizione di recidiva reiterata, sia preclusa l'applicazione di un analogo beneficio. La norma si può leggere nel senso che il **recidivo reiterato possa, in quanto tale, ottenere comunque l'applicazione di un beneficio**, e che la preclusione, dunque, scatti solo in occasione di una **nuova condanna con la medesima aggravante**.

Per quanto possa incidere, proprio questa lettura era stata prospettata, durante i lavori parlamentari, da un esponente della maggioranza politica che ha voluto la novella da cui è scaturita la norma censurata.

È ovvio che il condannato con la recidiva reiterata, in quanto soggetto che si trova alla **quarta** sua esperienza delittuosa (e, fuori dai casi di cd. recidiva obbligatoria, è stato ritenuto specificamente portatore di una pericolosità qualificata proprio dalla recidiva), risulta molto più credibile come persona che **non assicurerebbe il regolare svolgimento** della misura alternativa. Non foss'altro, per il fatto che la **precedente sperimentazione** della misura, per definizione, non avrebbe condotto al progettato recupero dell'interessato.

In ogni caso – aggiunge la Corte – la funzionalità rieducativa della pena non è affidata unicamente alle misure di esecuzione alternativa, e dunque residua, finanche per i soggetti in questione, la disponibilità di strumenti utili ad un percorso di risocializzazione, come ad esempio l'ammissione al lavoro (anche esterno), la liberazione anticipata, ecc.

Un'ultima notazione. A fini di valutazione di rilevanza della questione sollevata, la Corte ha dovuto entrare nel merito di una controversia che, comunque, poteva ormai considerarsi risolta dalla giurisprudenza di legittimità. La **recidiva reiterata** deve considerarsi «**applicata**», con tutte le conseguenze che ne derivano, anche quando, entrata in bilanciamento con circostanze attenuanti, non produca un concreto effetto di aumento della pena perché dichiarata **equivalente**. In tal caso, infatti, il giudice ha comunque ritenuto la circostanza rilevante nell'economia complessiva del fatto criminoso (almeno nei casi di recidiva cd. facoltativa) e, comunque, la circostanza medesima ha sortito un effetto sul trattamento sanzionatorio, precludendo la diminuzione di pena che altrimenti si sarebbe connessa alle attenuanti in concorso (in tal senso già le **Sezioni unite** della Cassazione con la sentenza n. 17 del 1991 nonché, molto più recentemente, con la sentenza n. 35738 del 2010).

2.16 Minorenni e benefici penitenziari

Ancora una citazione, prima di passare al tema delicatissimo del cd. 41-*bis*, è opportuna per una nuova decisione di manifesta inammissibilità, adottata, con la **ordinanza n. 111 del 2011**, rispetto ad una questione in sé molto seria.

Il problema nasce dal l'**art. 4-*bis* dell'Ordinamento penitenziario**, ed in particolare dal relativo **comma 1-*quater***, ove è stabilito che i principali benefici penitenziari possano essere concessi ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale solo sulla base dei risultati dell'**osservazione scientifica** della personalità condotta collegialmente per almeno un anno, anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell'articolo 80 della stessa legge 354.

La disposizione è infatti applicabile anche nei confronti dei **condannati minori d'età** al momento del fatto, visto che, com'è risaputo, il legislatore non ha mai adempiuto alla necessità di una legge penitenziaria calibrata sulla figura del condannato minorenne. Ciò sebbene la **giurisprudenza costituzionale**, che sarebbe lungo in questa sede ricostruire nei dettagli, abbia da molti anni chiarito che la **funzione rieducativa**, nel caso dei minorenni, diventa profilo assorbente e dominante, e deve prevalere su esigenze di prevenzione speciale. Con la conseguenza che non si legittimano **presunzioni sfavorevoli** al minore, a carattere assoluto, sul piano della necessità di un trattamento carcerario.

Proprio di questo sembra si tratti nel caso di specie, posto che la disposizione venga interpretata nel senso che **non vi sono margini di sospensione della esecuzione**, e che almeno un anno di osservazione intramuraria è necessario prima che divenga ammissibile una domanda di affidamento in prova o di altro dei benefici penitenziari preclusi (va detto comunque che parte della giurisprudenza tende a temperare il rigore della previsione, considerando utile l'osservazione in corso di custodia cautelare o addirittura quella extramuraria).

Nel caso di specie il rimettente aveva censurato le norme indicate alla luce dell'**art. 27, terzo comma** e dell'**art. 31** della Costituzione. La Corte, tuttavia, non ha potuto entrare nel merito, posta l'insufficienza della motivazione che il rimettente ha sviluppato in punto di rilevanza, secondo un ragionamento di tipo processuale che non mette conto di ricostruire nella presente sede.

Ultima, ma non certo per importanza, viene la giurisprudenza recente della Corte

2.17

Nuova disciplina del «carcere duro» (art. 41-bis ord. pen.): restrizioni applicate e diritto di reclamo

sulla **sospensione delle regole trattamentali**, e cioè sul regime imposto dall'**art. 41-*bis* della legge n. 354 del 1975**.

La decisione più rilevante, al proposito, è costituita dalla **sentenza n. 190 del 2010**, relativa alla tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti che possono essere pregiudicati dal provvedimento ministeriale di applicazione del regime speciale.

Il problema nasce dalle modifiche recate all'art. 41-*bis* dall'art. 2, comma 25, lettere *f)*, *g)* ed *h)* della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica).

Prima della riforma, il comma 2-*sexies* della disposizione novellata prevedeva la possibilità di presentare **reclamo**, contro il decreto ministeriale di sospensione delle regole trattamentali, sia riguardo alla «***sussistenza dei presupposti*** *per l'adozione del provvedimento*», sia riguardo alla «***congruità*** *del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di cui al comma 2*». Con il recente intervento legislativo, la seconda delle espressioni citate è stata espunta dal testo della norma censurata.

La novella va posta in relazione ad un'altra modifica attuata con la legge n. 94 del 2009, che concerne l'alinea del comma 2-*quater* dello stesso art. 41-*bis*. In precedenza tale disposizione, elencando una serie di restrizioni per la vita intramuraria degli interessati, stabiliva che le stesse «potessero» essere disposte con il provvedimento applicativo del regime speciale di detenzione. Dopo la riforma, è stabilito che il provvedimento ministeriale «preveda» le restrizioni medesime.

Nel caso di specie, infine, ha assunto rilevanza anche l'intervento sulla lettera *f)* del comma 2-*quater*, che ha ridotto da quattro a due ore la durata massima della permanenza all'aperto: una restrizione che costituisce, a sua volta, l'oggetto delle prescrizioni che devono essere impartite con il decreto di sospensione delle regole trattamentali.

Il senso complessivo della manovra è chiaro. È stato **ridotto** enormemente lo **spazio di discrezionalità per lo stesso Ministro**, che deve applicare le restrizioni indicate dalla norma, e può diversificarle solo in minima parte (ad esempio, riguardo all'escursione tra le due e la quattro ore per la cd. «aria»). Si è pensato, evidentemente, che la caduta di discrezionalità abbia privato di senso quel sindacato di congruità sulle singole prescrizioni che la Corte costituzionale aveva imposto (*infra*), e che il legislatore aveva formalmente regolato con la penultima riforma dell'art. 41-*bis*, attuata mediante la legge 23 dicembre 2002, n. 279.

Secondo il rimettente, l'**abolizione del sindacato di congruità** avrebbe lasciato privi di tutela giurisdizionale i diritti dei detenuti, tra i quali proprio quello ad una congrua **permanenza all'aperto**. Il rimettente ritiene che due ore al giorno d'aria rappresentino una violazione del divieto di trattamenti disumani, ed ha censurato autonomamente la disposizione. In ogni caso, nella specie, il Ministero aveva disposto per una sola ora al giorno, e la «congruità» di questa scelta sarebbe appunto insindacabile.

La Corte ha risposto con indicazioni che assumono valenza generale, confermando che **non è concepibile l'assenza di una sede di tutela giudiziale dei diritti dei detenuti**, e che qualunque asserita lesione di tali diritti, quando manchi uno specifico procedimento, può essere fatta valere innanzi al Tribunale di sorveglianza secondo lo schema dell'**art. 14-*ter* dell'Ordinamento penitenziario**.

La riforma del 2009, per le ragioni già accennate, ha eliminato dalla procedura «speciale» dell'art. 41-*bis* il ricorso «di congruità», ma non ha certo potuto incidere, in senso riduttivo, sulla rete di garanzia progressivamente disegnata dalla giurisprudenza.

La **Consulta** aveva già statuito: «*una volta affermato che nei confronti dell'amministrazione penitenziaria i detenuti restano titolari di posizioni giuridiche che per la loro stretta inerenza alla persona umana sono qualificabili come diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, occorre conseguentemente riconoscere che la tutela giurisdizionale di dette posizioni, costituzionalmente necessaria ai sensi dell'art. 24 della Costituzione,*

non può che spettare al giudice dei diritti e cioè al giudice ordinario. Nell'attuale quadro normativo, pertanto, in assenza di disposizioni espresse, la competenza a sindacare la legittimità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione penitenziaria ai sensi dell'art. 41-bis deve riconoscersi a quello stesso organo giurisdizionale cui è demandato il controllo sull'applicazione, da parte della medesima Amministrazione, del regime di sorveglianza particolare, ***ai sensi dell'art. 14-ter dell'ordinamento penitenziario***» (sentenza n. 410 del 1993, in conformità alla sentenza n. 349 dello stesso anno).

In seguito s'era chiarito, affermando la piena sindacabilità del provvedimento *ex* art. 41-*bis* pur nell'assenza (in allora) di una procedura specifica di reclamo: «*eventuali misure illegittime, lesive dei diritti del detenuto, dovranno perciò essere a questi fini disattese, secondo la regola generale per cui il giudice dei diritti applica i regolamenti e gli atti dell'amministrazione solo in quanto legittimi*» (sentenza n. 351 del 1996).

Insomma, si era affermata l'esistenza e l'utilizzabilità del rimedio previsto dall'art. 14-*ter* ord. pen. quale luogo di sindacato per tutti i regimi di sorveglianza particolare, ed anzi, più in generale, quale strumento di garanzia giurisdizionale per i diritti dei detenuti (come del resto la Corte, in armonia con la giurisprudenza di legittimità, aveva proprio da ultimo ricordato e confermato con la **sentenza n. 266 del 2009**).

Tale rimedio perdura, non come strumento di sindacato della congruità, ma quale sede in cui possa essere fatta valere anche **la lesione di diritti** che discenda dal provvedimento applicativo del regime speciale. È il luogo nel quale, per tornare al caso di specie, il detenuto reclamante potrà far valere l'asserita illegittimità della riduzione ad un'ora della sua permanenza all'aria aperta.

Questione dunque inammissibile, per **l'incompleta ricostruzione del quadro normativo** da parte del rimettente.

Quanto poi alla **durata della permanenza all'aperto**, la Corte ha parimenti deciso nel senso dell'inammissibilità, questa volta per ragioni procedurali (ambivalenza del *petitum*). Non ha mancato di chiarire, comunque, che non potrebbe imporre una propria discrezionale determinazione del numero delle ore compatibili con il precetto costituzionale, se non quando si prospettasse una radicale violazione di diritti insopprimibili, come quello alla salute.

2.18
(segue) Limiti ai colloqui con il difensore

Importantissimo anche il tema cui si riferisce la **ordinanza n. 220 del 2010**, sebbene la questione sia stata risolta per una inammissibilità su base processuale.

Anche qui ci riferiamo alla recente riforma dell'**art. 41-*bis***, ed in particolare alla disciplina dei colloqui tra i soggetti interessati. Il testo vigente dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera *b)*, dell'Ordinamento penitenziario prevede che i **detenuti sottoposti al regime speciale** di detenzione possano avere **colloqui con i propri difensori** solo per un massimo di tre volte alla settimana, di persona o a mezzo del telefono, per la stessa durata stabilita quanto ai colloqui con i familiari.

Una tale compressione, secondo il magistrato di sorveglianza rimettente, violerebbe il diritto di difesa e sarebbe comunque irrazionale. Se la *ratio* delle restrizioni è l'isolamento del criminale pericoloso dal suo contesto di riferimento, la mera limitazione del colloquio con i suoi difensori vanifica comunque l'ambizione del legislatore, visto che l'eventuale illecito scambio di messaggi può essere attuato in tempi ristretti, ed anche considerato che i colloqui in questione (a differenza di quelli con i familiari) non possono essere registrati. Insomma, un sacrificio inutile.

Questa volta, come accennavo, la Corte non è entrata nel merito neppure indirettamente, dato il vistoso «errore» di grammatica del procedimento incidentale in cui sono incorsi la parte privata ed il giudice. La prima, infatti, ha presentato un ricorso (*ex* art. 14-*ter*) non già per ottenere un provvedimento più favorevole sul numero o la durata dei propri colloqui difensivi, ma direttamente affinché il giudice sollevasse la questione di legittimità costituzionale, cosa poi puntualmente avvenuta. La **coincidenza di oggetto**

tra **giudizio principale** e **procedimento incidentale** di incostituzionalità, per costante giurisprudenza della Corte, è causa di **inammissibilità della questione** (da ultimo, sentenza n. 38 del 2009). Non si può promuovere un giudizio «in via principale», cioè adire il giudice perché proponga un incidente di costituzionalità. Occorre che esista una «lite» (dunque non una *lis ficta*), per la cui soluzione debba essere applicata una norma di cui si sospetta la illegittimità. In questo si esprime la regola di rilevanza.

Diverso sarebbe stato l'esito della questione, probabilmente, se la parte avesse impugnato un provvedimento negativo circa la sua richiesta di colloqui in termini o tempi diversi da quelli prescritti.

3
Sul diritto penale processuale

È il caso di segnalare, per chi iniziasse la lettura di questi appunti dalla pagina presente, che molti temi del diritto processuale penale sono stati toccati dall'esposizione introduttiva.

Le relative decisioni,infatti, assumono un particolare interesse a livello più generale, implicando riflessioni e decisioni sul sistema delle fonti o sulle regole essenziali del giudizio di legittimità costituzionale.

3.1
Nuove pronunce in tema di incompatibilità del giudice

Una specie di scoperta archeologica (un'ordinanza di rimessione deliberata nel 2000, poco dopo l'entrata in vigore della cd. legge Carotti, e pervenuta al palazzo della Consulta solo nel febbraio del 2010) ha consentito alla Corte costituzionale di fare il punto, in poche battute, sulla propria giurisprudenza riguardo a due istituti fondamentali dell'attuale sistema processuale **(ordinanza n. 347 del 2010)**.

In tema di **udienza preliminare** si è ribadito come la stessa debba ormai considerarsi, nella specifica prospettiva delle **incompatibilità**, una forma di giudizio, con la conseguenza che anche ad essa si riferiscono tutte le disposizioni che configurano un pregiudizio rilevante od un effetto pregiudicante (altra questione essendo quella delle peculiari regole di valutazione della prova, diverse ovviamente da quelle che segnano il giudizio di merito).

Resta confermata, per altro verso, la **natura essenzialmente endoprocedimentale delle cause di incompatibilità**. Il provvedimento pregiudicante è sempre adottato nell'ambito dello stesso procedimento ove si pone la questione di compatibilità del giudice, cioè riguardo allo stesso fatto e nei confronti della medesima persona. In particolare, la valutazione antecedente di accuse mosse a persone diverse, per un unico avvenimento, non rende il giudice incompatibile nel procedimento a carico del presunto correo. L'unica **eccezione**, com'è noto, è stata individuata per il caso che, nel primo giudizio, abbia dovuto essere valutata incidentalmente la responsabilità dell'imputato cui si riferisce il giudizio successivo (è la fattispecie valutata dalla Consulta con la **sentenza n. 371 del 1996:** senza la volontaria partecipazione del soggetto processato per secondo, il fatto contestato al primo sarebbe stato irrilevante).

Tutto ciò non esclude che, nei singoli casi, l'imparzialità del giudice possa essere (o apparire) compromessa in forza delle decisioni assunte in precedenza. Le ragioni del giusto processo sono qui presidiate dagli istituti della **astensione** e della **ricusazione**. A differenza dell'incompatibilità, che esprime un meccanismo astratto e preventivo fondato sull'*id quod plerumque accidit*, gli istituti in questione consentono, appunto, interventi selettivi, da attuare secondo una logica di verifica in concreto, successiva all'investitura del giudice interessato.

Conviene ancora dar conto, sebbene non si tratti più di un provvedimento recentissimo, di un ulteriore provvedimento della Corte in materia di incompatibilità. Siamo qui nel campo della **incompatibilità endoprocedimentale**, è si è trattato di stabilirne la portata in una fattispecie particolare.

Si discuteva della possibilità di partecipare ad un giudizio promosso nelle forme ordinarie, innanzi al giudice collegiale, da parte del **giudice monocratico che abbia ritenuto il fatto diverso da come contestato,** ed abbia di conseguenza rilevato, a norma dell'**art. 33-*septies*, comma 2**, del codice di rito, il **difetto di attribuzione** a favore, appunto, del giudice collegiale.

La **sentenza n. 177 del 2010** è partita dal presupposto che tale incompatibilità attualmente non sussista, ed è giunta per altro alla conclusione, non indiscutibile, che la relativa disciplina sia compatibile con la Costituzione.

Nel giudizio principale alcune persone erano state arrestate per furto aggravato e, come prevede la legge, presentate al giudice monocratico per la convalida dell'arresto, l'adozione di una eventuale misura cautelare e la immediata celebrazione del **giudizio direttissimo** (art. 558 c.p.p.). Il giudice aveva stabilito di convalidare l'arresto e applicare una misura cautelare, ma nel contempo, leggendo gli atti delle indagini preliminari, aveva rilevato che, subito dopo la sottrazione della cosa, vi era stata una colluttazione con un carabiniere, deducendone la necessità di qualificare il fatto come rapina impropria: reato da giudicarsi, anche per direttissima, dal tribunale collegiale. Con una commistione forse impropria tra funzione cautelare e ruolo dibattimentale (per inciso, non si capisce per quale reato fosse stata disposta la custodia), il giudice aveva rilevato il proprio **«difetto di attribuzione»** ed immediatamente **restituito gli atti** al pubblico ministero.

Quest'ultimo, trovandosi ancora nei termini con un arresto convalidato, aveva promosso nuovamente l'azione penale con **rito direttissimo,** ma questa volta per rapina, investendo **il giudice collegiale.** Sennonché, il collegio è risultato composto anche dall'originario giudice monocratico (non astenutosi, ed anzi redattore dell'ordinanza di rimessione).

Il problema sembra chiaro: se vi sia un pre-giudizio sulla fisionomia del fatto, e sulla conseguente valutazione, che dovrebbe impedire al relativo giudice di partecipare al «nuovo» giudizio. In effetti – e semplificando – il testo dell'art. 34 c.p.p., nella complessione derivante dai ripetuti interventi della Corte costituzionale, implica che non debba partecipare al giudizio il responsabile di una fase precedente, e comunque il responsabile di un provvedimento cautelare, a meno che lo stesso non sia stato assunto, appunto, nella **stessa fase di giudizio.** La situazione ***de qua*** non è per altro compresa in alcuna delle «addizioni» operate dalla Corte né ovviamente in alcuna delle fattispecie di matrice legislativa.

Ora, è già stata stabilita da tempo l'**efficacia pregiudicante del provvedimento di ridenominazione del fatto** ex art. 521 c.p.p. (da ultimo, sentenza n. 400 del 2008). D'altra parte – si è appena ricordato – l'efficacia pregiudicante di un provvedimento *de libertate* è irrilevante solo quando lo stesso sia stato assunto nella **medesima fase** di giudizio.

La sentenza in esame ha stabilito, da un lato, che nei passaggi sopra descritti non vi sarebbe stato un mutamento di fase. Per altro verso, senza ritenere necessaria una disamina stringente delle interferenze tra i due piani, ha stabilito che, per la sua «precocità», la decisione ex art. 33-*septies* non sia assimilabile a quella disciplinata dall'art. 521 c.p.p.: non abbia cioè quella **intrinseca pertinenza al merito** che giustifica l'attivazione del meccanismo di incompatibilità.

Per quanto attiene alla **configurazione «monofasica»** del procedimento, un segnale forte di allarme potrebbe venire dal fatto che, nella sequenza indicata, interviene addirittura un **cambiamento del giudice** (si noti che, a questo punto, potrebbe essere prospettata una nullità della sentenza nel caso che il primo giudice non componga il successivo collegio, per «mutamento della persona fisica del giudice»). Muta la fisionomia e la qualificazione del reato contestato. Devono intervenire, addirittura, **due distinti atti**

di esercizio dell'azione penale.

L'apparenza della continuità era data nella specie dal fatto che il pubblico ministero ha ritenuto di agire nuovamente mediante il rito direttissimo, ma sembrerebbe trattarsi di un mero accidente. Risolto il problema della convalida, egli avrebbe ben potuto procedere con le forme ordinarie, promuovendo l'udienza preliminare, e non vi sarebbero stati dubbi, in quel caso, circa la necessaria incompatibilità del giudice del direttissimo regredito, nel caso di nuovo giudizio dibattimentale.

Quanto poi al **carattere «preliminare» ed anzi «formale, non di contenuto» della valutazione già espressa** dal giudice nella sua funzione monocratica – carattere che dovrebbe neutralizzare la giurisprudenza già intervenuta sulla riqualificazione in esito al dibattimento – potrebbero forse formularsi due obiezioni. La prima è che il problema rimane lo stesso: difendere le *chances* dell'imputato in ordine ad una eventuale nuova definizione del fatto, nel giudizio di merito, in termini di maggior favore (nella specie, da rapina a furto). La seconda è che molte incompatibilità colpiscono nell'udienza preliminare, o nella fase di apertura del dibattimento, e sulla base di provvedimenti che non attengono al complesso della *regiudicanda* (esempio: rigetto della richiesta di patteggiamento, che non implica un giudizio di colpevolezza, specie quando si fonda solo sulla ritenuta erroneità nella ricostruzione o nella riqualificazione del fatto).

Può essere ricordata una decisione, la sentenza n. 453 del 1994, che aveva introdotto una fattispecie di incompatibilità per il caso del giudice il quale, dissentendo dalla ricostruzione del fatto in base agli atti dell'indagine preliminare, abbia rigettato la richiesta di oblazione. La Corte non ha trascurato il precedente, facendo notare che nel caso in questione il giudice compie «una valutazione complessiva delle indagini preliminari».

È possibile che la Corte abbia inteso distinguere, tra le valutazioni «preliminari», tra quelle che attengono ad istituti di carattere processuale e decisioni sui profili sostanziali del caso. In ogni caso, e come anticipato, la sua decisione è stata nel senso della infondatezza della questione sollevata. Dunque, **nessuna incompatibilità** del giudice monocratico che provveda ex art. 33-*septies* c.p.p., **finanche se abbia assunto un provvedimento cautelare.**

3.2 Rappresentanza dell'ente «imputato» a fini di notifica

Passiamo ad una questione che attiene al fenomeno della **responsabilità da reato** degli enti, ed in particolare al problema della relativa **rappresentanza**.

Una delle norme fondamentali, a questo proposito, è data dall'art. 39 del d.lgs. n. 231 del 2001. In una costruzione fondata sul concetto di **immedesimazione organica** tra l'ente ed il suo rappresentante, è stabilito che normalmente l'ente stesso si **costituisca nel giudizio,** appunto, mediante il **rappresentante legale**. Tuttavia lo stesso concetto della immedesimazione organica presiede anche ai criteri per l'**imputazione del fatto illecito.** Infatti, all'art. 5 del citato decreto, è stabilito che l'ente risponda del fatto di reato se lo stesso è stato commesso dal suo rappresentante e/o dirigente, o da persona sottoposta alla vigilanza di costoro, sempreché il fatto sia stato realizzato a vantaggio o nell'interesse dell'ente. Se invece le persone in discorso hanno agito nel proprio esclusivo interesse, od in quello di terzi, l'ente va esente da responsabilità.

Come si vede, è facile che si crei un **conflitto di interessi,** perché l'ente può non avere convenienza a negare il fatto, e il dirigente può avere convenienza ad affermare d'averlo commesso nell'interesse dell'ente (il che potrebbe in vari casi privare di rilevanza penale la condotta).

Per questa ragione il citato art. 39 ha posto una **presunzione assoluta di incompatibilità:** quando il legale rappresentante è imputato del fatto ascritto all'ente, l'ente non può stare in giudizio per mezzo del medesimo, ma deve designare un **procuratore *ad hoc,*** ferma restando naturalmente la possibilità di sostituire il legale rappresentante.

Nonostante la scelta indicata, il legislatore ha costruito la disciplina sulle **notifiche**

dovute all'ente in base ad una piena ed indifferenziata applicazione del **criterio di immedesimazione.** Tale disciplina si articola in alcuni rinvii e, in particolare, nel rinvio alla disciplina processual-civilistica operato, per quanto riguarda la prima notificazione all'ente, attraverso il richiamo stabilito dal primo comma dell'art. 43 all'art. 154, comma 3, cod. proc. pen.. Tale norma stabilisce infatti che, nel caso di notifiche penali dovute a persone giuridiche, si applichino le forme stabilite per il processo civile.

Il rinvio concerne essenzialmente l'**art. 145 cod. proc. civ.** Dunque la prima notificazione dovrà essere eseguita nella sede della persona giuridica, o nella sede dove l'ente privo di personalità giuridica svolge attività in modo continuativo, mediante consegna al **legale rappresentante** o alla persona incarica di ricevere le notificazioni o, in mancanza, ad altra persona addetta alla sede stessa dell'ente. Seguono le disposizioni da applicare se non fosse possibile effettuare la notificazione seguendo le regole appena evocate.

Del resto, una conferma che le notifiche vadano rimesse nelle mani del rappresentante legale viene proprio dalla norma censurata nel caso di specie, cioè il **comma 2 dell'art. 43,** il quale recita: «***sono comunque valide*** *le notificazioni eseguite mediante consegna al legale rappresentante,* ***anche se imputato*** *del reato da cui dipende l'illecito amministrativo».*

Il rimettente, riprendendo rilievi frequenti in dottrina, aveva posto in luce la ritenuta contraddizione tra la presunzione del conflitto e la possibilità che l'ente apprenda del procedimento a suo carico proprio attraverso il rappresentante con interessi confliggenti. Il rischio, ovviamente, è che la persona fisica ometta di «avvertire» la persona giuridica, in guisa da consentirle di prendere determinazioni ai fini del processo (e magari anche nel rapporto con il rappresentante). In effetti, nel giudizio *a quo,* diverse società (avvertite per il tramite dei rappresentanti-imputati) sono rimaste contumaci, e dunque non è dato sapere se siano state poste in grado di prendere le determinazioni del caso. Di qui le censure mosse al **comma 2 dell'art. 43 del d.lgs. n. 231 del 2001,** in rapporto tra l'altro agli artt. 3, 24 e 76 della Costituzione.

Per la verità, la scelta legislativa potrà essere opinabile, ma bisogna anche dire che non si vede bene che altro si sarebbe potuto fare. Se una persona giuridica deve «apprendere» una notizia, come può farlo, se non attraverso il suo legale rappresentante? A meno di non stabilire una regola di questo genere: se il rappresentante legale è imputato del fatto che fonda la responsabilità dell'ente, il giudice nomina un curatore speciale e dispone che ad esso sia data notifica.

Concepibile, ma il curatore speciale non sarebbe un semplice «percettore» dell'avviso, quanto piuttosto un delegato a gestire l'avvio della procedura interna di valutazione (dovrebbe scegliere con chi parlare, come procedere, ecc.). Un compito «sostanziale» che il d.lgs. n. 231 disciplina per l'intero processo, ma secondo criteri completamente diversi (a partire dalla rimessione all'ente della scelta circa l'eventuale sostituzione del rappresentante o la nomina del procuratore *ad hoc,* scelto dall'ente medesimo). Di fronte a queste aporie, non era ragionevole aspettarsi che la Corte, la quale tradizionalmente attribuisce al legislatore un'ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali, formulasse un giudizio di manifesta irragionevolezza.

È appena il caso di ricordare come la Corte abbia ammesso che il sistema delle notificazioni possa reggersi su *presunzioni di conoscenza*. È vero poi che la qualità del consegnatario dell'atto, o per quanto qui più interessa della sua relazione con il destinatario, può creare dei rischi atipici di malfunzionamento del procedimento comunicativo. Ma la legge tende a risolvere il problema affidando al giudice un potere di **verifica in concreto della conoscenza acquisita** dal titolare del diritto alla notifica.

Il comma 5 dell'art. 157 c.p.p. stabilisce che l'autorità giudiziaria rinnovi la notifica effettuata a mani della persona offesa, quando l'imputato non compare e sia probabile

che non abbia avuto conoscenza effettiva dell'atto. D'altra parte l'art. 420-*bis*, valevole per l'udienza preliminare come per il dibattimento, stabilisce che il giudice **rinnovi** a sua discrezione tutte **le notifiche** non effettuate a mani dell'imputato o del suo difensore, quando appare probabile che il primo non abbia avuto comunicazione effettiva.

Quest'ultima norma mi pare applicabile anche nei confronti dell'ente, dato il rinvio della legge alle norme di garanzia previste per l'imputato (art. 35 del d.lgs. n. 231). Insomma, l'ente chiamato in giudizio non è più esposto di un imputato i cui familiari siano persone offese o, più in generale, di un imputato per il quale, nel caso concreto, la presunzione legale di conoscenza è particolarmente poco attendibile.

La Corte comunque, con la **sentenza n. 249 del 2011,** si è orientata per una pronuncia di inammissibilità della questione sollevata.

In sostanza, riprendendo spunti che sopra anticipavo, si è ritenuta non irragionevole la previsione che il rappresentante-imputato, nel fedele esercizio del proprio mandato, ponga gli altri organi dell'ente a conoscenza dell'atto notificato e permetta loro di valutare l'opportunità di far costituire l'ente con un diverso rappresentante, eventualmente nominato solo per partecipare al procedimento. L'ipotesi opposta, basandosi sull'infedele condotta del legale rappresentante che si trovi in conflitto di interessi, può certamente verificarsi, ma deve ritenersi eccezionale e patologica.

La disposizione censurata **non opera sul piano della rappresentanza,** che ne costituisce un presupposto, ma su quello della **forma della notificazione,** da un lato, permettendo l'immediato ricorso alla consegna diretta al legale rappresentante, anziché presso la sede dell'ente, come previsto dall'art. 145, primo comma, cod. proc. civ., e, dall'altro, escludendo che a tali fini sussista la *ratio* della incompatibilità, su cui si fonda, invece, l'art. 39, comma 1, del d. lgs. n. 231 del 2001.

Insomma, il rimettente ha operato una **sovrapposizione di piani** che rende il suo ragionamento infondato, e che la Corte ha voluto trasformare in **erroneità del presupposto interpretativo** dal quale prende le mosse la questione di legittimità costituzionale, così deducendone la **inammissibilità**.

L'inammissibilità è stata ritenuta anche sotto un diverso profilo. In sintesi, si assume che il rimettente abbia sostanzialmente proposto di **anticipare la fase di curatela,** a cura del giudice, affinché sia utile anche alla identificazione del materiale destinatario della notifica, Ciò comporterebbe una modificazione del sistema regolato dall'art. 39 del d. lgs. n. 231 del 2001. E proprio tale norma, a questo punto, avrebbe dovuto essere **oggetto della censura,** in via preliminare rispetto a quella concernente la procedura di notificazione, che della prima costituirebbe solo una derivazione.

Ecco un nuovo «errore nella individuazione della norma impugnata», che la Corte ha sanzionato, appunto, con la dichiarazione di inammissibilità.

3.3 Incapacità processuale «non rimediabile» e sospensione del processo

Con l'**ordinanza n. 289 del 2011** la Corte costituzionale è stata chiamata a tornare su un problema che **ciclicamente** viene riproposto.

Un canone fondamentale del diritto di difesa consiste, notoriamente, nella **personale partecipazione al processo** dall'imputato, la quale naturalmente richiede, sul piano dell'effettività, che lo stesso imputato si trovi in grado di prendere parte «**coscientemente**» al giudizio che lo riguarda (comma 1 dell'art. 70 c.p.p.).

La legge processuale, allo scopo di garantire l'osservanza del principio, prescrive che nei casi dubbi siano svolti **accertamenti**, e che sia disposta la **sospensione del procedimento** quando risulti che «**lo stato mentale** dell'imputato è tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento» (comma 1 dell'art. 71 c.p.p.).

Sono dettate varie regole per disciplinare la fattispecie (prove urgenti, curatela speciale per l'imputato, ecc.), ma qui rileva il meccanismo previsto per la **revoca**

dell'ordinanza di sospensione. Il giudice può disporre nuovi accertamenti, ed eventualmente riattivare la procedura e definire il giudizio, ogni volta che ne ravvisi l'esigenza, cioè quando **acquisisca notizia di variazioni** dello stato dell'imputato. In ogni caso, **nuovi accertamenti peritali** vanno disposti allo scadere del sesto mese dall'ordinanza di sospensione, e poi per **ogni semestre,** fino a quando non sia possibile disporre la revoca (art. 72 c.p.p.).

La logica dello schema normativo è evidente, ma il meccanismo risulta disfunzionale quando l'incapacità dell'imputato dipenda da **patologie irreversibili** (o almeno ritenute tali secondo le nozioni mediche correnti). La verifica periodica si risolve in uno spreco di tempo e denaro. D'altra parte, non essendo in alcun modo prevista una **definizione del processo** per l'incapacità processuale dell'accusato (ben altra cosa essendo, com'è ovvio, il difetto di imputabilità al momento del fatto), situazioni del genere danno vita a **pluriennali pendenze,** destinate a chiudersi, in sostanza, solo con la morte dell'interessato.

Si è accennato che, nell'inerzia del legislatore, i giudici hanno cercato più volte di ottenere dalla Consulta interventi utili allo scopo di razionalizzare la disciplina. Nel caso di specie, per altro, la «strategia» impostata dal rimettente non è risultata particolarmente efficace. Era stato censurato, per un verso, l'**art. 72 c.p.p.**, per contrasto con gli artt. 3 e 111, secondo comma, Cost., nella parte in cui si applica ai casi *«in cui sia stato accertato che lo **stato mentale** dell'imputato ne impedisce in modo permanente la cosciente partecipazione al procedimento»*. Per altro verso era stato censurato l'art. **150 c.p.**, per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede che l'**estinzione del reato** consegua, oltre che alla morte del reo, *«ad uno stato mentale dell'imputato in vita che ne **impedisca in modo permanente** ed irreversibile la **cosciente partecipazione** al procedimento»*.

Ora, la Corte ha cominciato dall'inizio, cioè dalla richiesta equiparazione tra **morte del reo** e sua **permanente incapacità,** per l'evidente carattere pregiudiziale della richiesta medesima. Se detta incapacità fosse una causa di estinzione del reato, non resterebbe che accertarla e poi definire il giudizio con una sentenza corrispondente, e non avrebbe alcun senso il meccanismo di verifica periodica pure censurato dal rimettente.

Nel merito, ed a parte il rituale riferimento alla **discrezionalità legislativa** nell'individuazione delle cause estintive, la Corte ha negato l'effettiva assimilabilità delle situazioni poste a confronto. La **morte** è un dato facilmente accertabile e pacificamente irreversibile, che elimina fisicamente il soggetto del rapporto processuale. La **patologia mentale** richiede una diagnosi ed una prognosi, con un grado di opinabilità assai più elevato (considerata anche l'eventualità di atteggiamenti simulatori), soprattutto in punto di durata della malattia e di sua reversibilità.

D'altra parte, in regime di **personalità della responsabilità penale,** la morte del reo estingue il contenzioso penale, mentre la sospensione del processo ha una mera funzione protettiva riguardo ad un diritto di natura processuale.

Insomma, comparazione ingiustificata – almeno nella misura necessaria a dimostrare la necessità costituzionale di un identico trattamento delle fattispecie – e questione **manifestamente infondata.**

Inammissibile invece la questione concernente la **norma processuale**. Qui non interessa tanto l'addebito di irrilevanza per «tardività» del quesito (il rimettente aveva già compiuto la verifica richiesta dalla legge), quanto il rilievo formulato dalla Corte sulla **irrazionalità della disciplina «di risulta»** che sarebbe derivata dall'accoglimento della questione.

L'eliminazione delle verifiche periodiche creerebbe il rischio di **procedimenti sospesi a tempo indeterminato,** sostanzialmente dimenticati, e non ripresi neppure quando

sopravvenga, per una ragione o per l'altra, la possibilità di pronunciare sentenza.

Una obiezione del genere potrebbe essere mossa, forse, anche riguardo ad una delle soluzioni proponibili per la questione. La soluzione, cioè, di una **dichiarazione di improcedibilità** con sentenza suscettibile di revoca nei casi di nuove e diverse emergenze circa la capacità processuale dell'imputato. Tuttavia, al di là delle soluzioni tecniche che potrebbero essere immaginate, si tratterebbe nell'assoluta prevalenza dei casi di una via d'uscita utile per un problema che presenta effettiva concretezza, e adeguatamente differenziata rispetto all'ipotesi di more del reo.

3.4 Diritti fondamentali e presunzioni assolute: sull'accesso al patrocinio a spese dello Stato

Ci spostiamo sul terreno del diritto alla difesa tecnica dando conto di un'altra decisione della Corte, che ha riguardato la preclusione di accesso al **patrocinio a spese dello Stato** per coloro che fossero stati **condannati**, in precedenza, per taluni reati, tra i quali naturalmente primeggia l'**associazione mafiosa o per il narcotraffico.**

È appena il caso di ricordare, in premessa, che quello alla difesa è qualificato come diritto inviolabile, e che lo stesso art. 24 della Costituzione, al terzo comma, impone che vengano assicurati ai **non abbienti** i mezzi necessari per agire e difendersi. In questo contesto, cioè nell'area di popolazione che si trova in condizione di non abbienza, non sono evidentemente consentite discriminazioni, che violerebbero ad un tempo il diritto di difesa ed il principio di uguaglianza dei cittadini innanzi alla legge.

Naturalmente è non solo diritto, ma anche dovere dello Stato (nell'ottica della buona amministrazione e del risparmio di risorse pubbliche) accertare che chi richiede l'accesso al beneficio sia effettivamente privo di mezzi per pagare il difensore tecnico. E sembra chiaro – in generale, ma a maggior ragione nel nostro Paese – come non sia necessario, e sia anzi sconsigliabile, un riferimento esclusivo ad **autocertificazioni** od alle stesse **risultanze tributarie.**

In questo senso fu comunque risolutivo l'intervento della Consulta, con la **sentenza n. 144 del 1992,** della quale conviene citare il passaggio decisivo:

> *Pertanto - diversamente da quanto ritiene il giudice rimettente - rilevano anche **redditi che non sono stati assoggettati ad imposta** vuoi perché non rientranti nella base imponibile, vuoi perché esenti, vuoi perché di fatto non hanno subito alcuna imposizione. Quindi rilevano anche redditi da attività illecite - che, secondo una recente giurisprudenza (Cass. pen. 22 marzo 1991 n. 3242), non sono sottoposti a tassazione - ovvero redditi per i quali è stata elusa l'imposizione fiscale; tutti tali redditi sono poi accertabili con gli ordinari mezzi di prova, tra cui le presunzioni semplici previste dall'art. 2739 c.c. (quali il tenore di vita ed altri fatti di emersione della percezione di redditi).*

Il concetto è stato in seguito ribadito, specie per quanto riguarda i r**edditi da illecito,** sia dalla giurisprudenza costituzionale che da quella ordinaria, ed è comunemente accolto in dottrina. Si fa notare, tra l'altro, come la legge – dopo lunghe discussioni sulla relativa assoggettabilità ad imposta (cui si fa cenno anche nel passaggio appena citato della sentenza n. 144) – abbia positivamente stabilito che i redditi in questione sono **soggetti all'imposizione fiscale** (comma 4 dell'art. 14 della legge 24 dicembre 1993, n. 537).

Non pare allora discutibile – a maggior ragione dopo la sentenza in commento – che il procedimento probatorio relativo all'**accertamento del reddito,** ai limitati fini della verifica circa il diritto di accesso al patrocinio, possa anche fondarsi su **presunzioni**.

La legge sul patrocinio per i non abbienti ne ha conosciute essenzialmente tre. La prima e più «tradizionale» concerne coloro ai quali sia contestato un **reato tributario**, che sono esclusi, ***iuris et de iure***, dall'accesso al beneficio.

> La *ratio* della disposizione si fonda evidentemente su una presunzione di inattendibilità delle certificazioni riguardanti il reddito, se non addirittura sulla asserita necessità

> di coerenza d'un sistema fiscale che non potrebbe aiutare gli imputati a difendersi contro le sue stesse pretese. A me pare che la preclusione, sancita al comma 9 dell'art. 1 della legge n. 217 del 1990, e oggi stabilita al comma 1 dell'art. 91 del t.u n. 115 del 2002, sia **fortemente dubbia** dal punto di vista della legittimità costituzionale. Così la pensa gran parte della dottrina, e così sembra pensarla la stessa Consulta, la quale, pur essendo sempre «riuscita» a non pronunciarsi nel merito per ragioni di inammissibilità delle questioni sollevate, ha ristretto la base applicativa della disposizione, escludendo che chi sia condannato per un reato tributario resti escluso dal patrocinio per futuri procedimenti a diverso oggetto (ordinanza n. 94 del 2004). Nondimeno, proprio il carattere ancora indimostrato dell'accusa di aver frodato il fisco rende particolarmente discutibile la mancata assistenza ad un soggetto che proprio da quella accusa sia chiamato a difendersi.

Un secondo tipo di presunzione opera sempre a partire dal tenore dell'accusa nel procedimento per il quale è richiesta l'assistenza, e si fonda su una *ratio* di inattendibilità delle risultanze concernenti il reddito (anche se non manca certamente, in parte almeno dei legislatori, una logica di stigmatizzazione). Alludo qui alla disciplina introdotta nel 2001 per i **delitti di criminalità organizzata** (quelli più precisamente elencati nel comma 3-*bis* dell'art. 51 c.p.p.): quando l'imputazione rientra nella previsione, il giudice non solo può, ma deve richiedere conferme positive dell'autocertificazione del richiedente, rivolgendosi tra l'altro a fonti particolarmente qualificate. Ci avviciniamo così al caso che qui interessa, ma con differenze significative: la «tipologia d'autore» è conformata sull'accusa, e non sui precedenti, e comunque condiziona il procedimento probatorio, rendendolo più affidabile, senza escludere dal beneficio l'accusato che risulti effettivamente non abbiente.

Proprio una **logica per «tipo d'autore»**, invece, ha mosso la riforma oggi neutralizzata dalla Corte costituzionale, la quale ha dichiarato illegittima la **presunzione di eccedenza del reddito,** nella parte in cui non ammette la prova contraria: si tratta della **sentenza n. 139 del 2010.**

Norma censurata era l'art. 76, comma 4-*bis*, del d.P.R. n. 115 del 2002, che comprende le disposizioni in materia di spese di giustizia, e regola, tra l'altro, la materia del patrocinio a spese dell'erario.

Stabilendo le «condizioni di ammissione» al beneficio, per quanto concerne i limiti di reddito (attualmente fissati, nel primo comma, sulla soglia di 10.628,16 euro, in relazione all'ultima dichiarazione), la legge, attraverso il menzionato comma 4-*bis*, statuiva:

> Per i soggetti **già condannati con sentenza definitiva** per i reati di cui agli articoli 416-*bis* del codice penale, 291-*quater* del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, e 74, comma 1, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché per i reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, ai soli fini del presente decreto, **il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti.**

I reati elencati nella norma sono genericamente riferibili alla **criminalità organizzata,** ma non in tutti i casi. Dell'art. 416-*bis* c.p. e dell'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990 è inutile dire: si tratta, rispettivamente, della **associazione di tipo mafioso** e della **associazione finalizzata al narcotraffico.** L'art. 291-*quater* del d.P.R. 43 del 1973 riguarda l'ipotesi della **associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi** lavorati esteri. La norma poi, pur senza menzionarla, aggiunge all'elenco preclusivo la fattispecie **aggravante del «metodo mafioso»**, delineata all'art. 7 del decreto-legge n. 152 del 1991, il cui primo comma stabilisce, appunto, un aggravamento di pena per qualunque reato commesso avvalendosi delle condizioni di intimidazione descritte nell'art. 416-*bis* od al fine di agevolare le organizzazione mafiose. Meno ineluttabile, anzi del tutto eventuale,

il collegamento con la criminalità organizzata dell'ulteriore fattispecie di **detenzione illecita di stupefacenti,** che anche nella forma aggravata (art. 80) può comprendere fatti «bagatellari» o quasi (*infra*).

La disposizione censurata è stata innestata nel corpo dell'art. 76 dalla legge n. 125 del 2009, di conversione del decreto-legge n. 92 del 2008, con il quale, nell'attuale legislatura, è stato introdotto il primo «pacchetto sicurezza».

Ora, l'interrogativo posto da una norma del genere è molto semplice: che fare per il **condannato** in ordine ad uno dei reati in questione nel caso che sia **effettivamente privo di mezzi?** È davvero possibile escluderlo dall'accesso al beneficio in base ad uno stigma, secondo una logica emersa in qualche caso chiaramente lungo il corso dei lavori parlamentari? E d'altra parte, se la *ratio* della disposizione consta d'una presunzione di abbienza fondata sulla qualità dei reati commessi nel passato, detta **presunzione** risulta **attendibile** in ogni caso, al punto da non ammettere la prova contraria?.

La Corte ha stabilito in molteplici occasioni che le presunzioni assolute operate al fine di limitare un diritto essenziale della persona violano il principio di uguaglianza, quando sono arbitrarie o irrazionali, cioè non rispondono all'*id quod plerumque accidit*.

In realtà **non è affidabile,** quanto alla norma oggi in esame, neppure la presunzione che l'appartenenza ad associazioni criminali comporti il conseguimento di un reddito apprezzabile e continuativo. È risaputo che la manovalanza riceve in larghe zone del territorio somme corrispondenti ad uno stipendio di sopravvivenza. Non a caso la giurisprudenza ordinaria – da sempre ispirata da un criterio di effettività e di concretezza della verifica – aveva escluso che potessero trarsi sicure deduzioni, in punto di eccedenza del reddito, dalla pertinenza dell'imputazione a reati di mafia , o, *mutatis mutandis,* dalla pregressa condanna per reati tributari. Dipende dunque dal tipo di associazione e dal ruolo dell'associato. Una distinzione che la norma censurata aveva il preciso scopo di precludere. Lo stesso legislatore ha colto il problema, escludendo dal trattamento discriminatorio i meri partecipi delle associazioni per il narcotraffico. Ma non è detto affatto che queste associazioni producano redditi inferiori a quelle di tipo mafioso od a quelle di contrabbandieri, anzi …

Fuori dalla dimensione prettamente associativa, la presunzione colpiva **qualunque reato aggravato ex art. 7** del decreto-legge n. 152 del 1991. Dunque qualunque reato, perfino una contravvenzione, sol che fosse compiuta avvalendosi delle condizioni di intimidazione connesse al fenomeno mafioso o al fine di agevolare l'associazione criminale. Qualunque reato, perfino un favoreggiamento od una falsa testimonianza dettata dalla paura di ritorsioni, e plausibilmente non retribuita in alcun modo. Che reati di questo genere debbano necessariamente produrre un «reddito» superiore agli 11.000 euro era implicazione davvero azzardata.

Ma v'era ancora di più. La norma censurata colpiva la **detenzione illegale di stupefacenti** (compresa quella delle cd. «droghe leggere) anche al di fuori da qualunque contesto di criminalità organizzata. È vero che doveva ricorrere l'aggravante di cui all'art. 80 del d.P.R. n. 309 del 1990. Ma tale previsione contiene addirittura fattispecie ove per definizione è **escluso il conseguimento di un reddito** (cessione operata in cambio di prestazioni sessuali), o fattispecie che non sono neppure indirettamente sintomatiche di una particolare rilevanza o redditività dell'illecito (cessione in prossimità di un ospedale, di una caserma o di una scuola).

Per essere chiari, la presunzione operava anche a carico di un giovane che avesse ceduto gratuitamente uno «spinello» ad un compagno di studi sulla strada per tornare a casa dopo le lezioni.

L'irragionevolezza del meccanismo presuntivo, che sembra già abbondantemente emersa, appare in tutta la sua portata considerando che l'effetto della condanna si

protraeva per tutta la vita dell'interessato. I fatti sopra descritti, dunque, dovrebbero secondo l'*id quod plerumque accidit* non solo documentare un reddito di un certo livello (non elevato, e però difficilmente conseguibile con un solo reato …), ma documentare anche che quel reddito era **disponibile nell'anno antecedente all'istanza per il patrocinio,** anche quando siano magari trascorsi lustri e lustri dal reato preclusivo.

Ciò che non poteva accettarsi era la irrilevanza finanche della **prova contraria** alla presunzione. Per inciso (ed un inciso in tal senso si legge anche nella sentenza in esame) la logica del nuovo legislatore esprime assoluta sfiducia nella **funzione rieducativa della pena,** o comunque nella possibilità di emenda del reo, che non è affatto un'eventualità solo teorica, neppure quando si tratta di reati gravi. Perfino un reo formalmente riabilitato restava escluso da ogni possibilità di accesso al patrocinio.

La presunzione di attualità del reddito illecito, d'altra parte, non trovava conforto neppure nella qualità della imputazione attuale, perché la preclusione operava per l'assistenza difensiva necessaria in processi aventi ad oggetto qualunque tipo di reato, anche del tutto eterogeneo rispetto alle attività della criminalità organizzata, e finanche nei giudizi civili ed amministrativi.

Resta poco da aggiungere. La Corte non ha affatto disconosciuto la possibilità per il legislatore di introdurre **presunzioni** che si fondino sulla ritenuta lucrosità di determinate tipologie di reato. Tuttavia tali presunzioni devono ammettere la **prova contraria.**

Questo non rende affatto inutile la disposizione «residua», perché quella sorta di presunzione favorevole che accompagna normalmente l'autocertificazione del richiedente è, nel caso di pregiudicati per i reati previsti dalla norma, addirittura ribaltata, e sarà necessario acquisire elementi positivi di conferma della indisponibilità di un reddito adeguato. Elementi che dovranno essere tanto più stringenti, com'è ovvio, quanto più ragionevole risulti, nel caso concreto, la presunzione dell'esistenza di redditi illeciti (in base alla qualità di ruolo associativo, al tempo trascorso dalla condanna, al tipo di reato, ecc.)

La Corte ha avuto cura di aggiungere un espresso riferimento al dovere del giudice di verificare le allegazioni difensive, «*avvalendosi di ogni necessario strumento di indagine*».

Ecco una opportuna citazione testuale:

> *Certamente non potrà essere ritenuta sufficiente una semplice auto-certificazione dell'interessato, peraltro richiesta a tutti coloro che formulano istanza di accesso al beneficio, poiché essa non potrà essere considerata «prova contraria», idonea a superare la presunzione stabilita dalla legge. Sarà necessario, viceversa, che vengano indicati e documentati concreti elementi di fatto, dai quali possa desumersi in modo chiaro e univoco l'effettiva situazione economico-patrimoniale dell'imputato.*
> *Rispetto a tali elementi di prova, il giudice avrà l'obbligo di condurre una valutazione rigorosa e allo scopo potrà certamente avvalersi degli strumenti di verifica che la legge mette a sua disposizione, anche di quelli, particolarmente penetranti, indicati all'art. 96, comma 3, del d.P.R. n. 115 del 2002. La ratio della relativa previsione – che concerne le richieste di accesso al patrocino a spese dello Stato da parte degli imputati per uno dei reati previsti dall'art. 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale – è certamente valida anche per le fattispecie oggetto del presente giudizio.*

3.5 (segue) Illegittima la custodia in carcere «obbligatoria» per i reati sessuali

Si è visto poco sopra come la Corte abbia ammesso la legittimità delle **presunzioni assolute,** in materie che incidano su diritti fondamentali della persona, solo a condizione che le stesse si fondino su elevate frequenze statistiche, cioè corrispondano all'*id quod plerumque accidit.* Poiché non v'è forse diritto più fondamentale della libertà personale, il legislatore dovrebbe guardare con estrema cautela alle presunzioni in questa materia. Ma così non è stato, nell'inseguimento, probabilmente vano, dell'obiettivo di un contenimento generalizzato di alcune gravi forme di devianza.

In epoca moderna, e per limitarsi in questa sede ai casi di **restrizione cautelare della libertà**, il ricorso alle presunzioni si è articolato soprattutto in due direzioni. La prima concerne la **pericolosità dell'indagato**, che a vario titolo (e con maggiore o minor forza della presunzione) può essere collegata, sul piano astratto, al titolo del reato in contestazione, oppure ai precedenti dell'interessato. In una prospettiva diversa ma connessa, la presunzione può essere costruita riguardo all'**inadeguatezza di determinate misure** contenitive dell'indagato pericoloso.

Il codice vigente era partito senza presunzioni su entrambi i piani indicati, dovendosi dimostrare volta per volta sia la pericolosità dell'accusato che la inadeguatezza di misure non detentive o comunque non carcerarie. Poi il duro scontro con il principio di realtà (e con i noti accadimenti del 1991). Inutile qui ricostruire in dettaglio l'evoluzione della materia. Conviene piuttosto focalizzare l'assetto normativo consolidatosi all'inizio del 2009, con il decreto-legge n. 11 del 2009 e con la relativa legge di conversione (n. 38 del 2009).

Esisteva una serie di gravi reati (quelli dei commi 3-*bis* e 3-*quater* dell'art. 51 c.p.p.) per i quali il legislatore aveva operato anzitutto una **presunzione relativa di pericolosità dell'accusato**. Questi infatti doveva essere assoggettato a trattamento cautelare a meno che non fossero acquisiti elementi tali da dimostrare l'assenza di esigenze cautelari. Un tipico ribaltamento dell'onere della prova (a questo servono le presunzioni relative): l'indagato sarà considerato pericoloso salvo prova contraria.

La stessa norma (il comma 3 dell'art. 275 c.p.p.) stabiliva poi una p**resunzione assoluta di inadeguatezza delle misure alternative** alla custodia in carcere: una volta ravvisata la pericolosità (*rectius*: una volta constata l'assenza di prove favorevoli all'indagato in punto di pericolosità), si doveva applicare la massima misura restrittiva, quand'anche vi fossero elementi per ritenere l'efficacia di cautele meno afflittive per il bene della libertà.

La **riforma del 2009**, cui sopra si è fatto cenno, aveva esteso il regime appena indicato all'omicidio e ad alcuni gravi reati sessuali (artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p.), salvo che gli stessi fossero attenuati dalle circostanze specifiche previste dalle stesse fattispecie incriminatrici.

Orbene, con la **sentenza n. 265 del 2010**, la Consulta ha considerato, e parzialmente accolto, le censure mosse alla disciplina della cautela per i **reati sessuali**, con particolare riguardo alla seconda delle presunzioni indicate, e cioè alla **presunzione assoluta di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere**.

La sentenza è anzitutto uno strumento di precisazione e di aggiornamento circa i **limiti costituzionali** del ricorso alla **carcerazione preventiva**, in un ordinamento segnato dalla presunzione di non colpevolezza. In nessun modo la cautela può perseguire le finalità tipiche della pena, e d'altra parte le necessità cautelari debbono essere assicurate secondo il principio del «**minore sacrificio necessario**». Dunque il criterio originario del codice (obbligo per il giudice di applicare la meno severa tra le misure utili allo scopo) costituiva diretta applicazione dei principi costituzionali, così come della giurisprudenza della **Corte di Strasburgo** (sentenze 2 luglio 2009, Vafiadis contro Grecia, e 8 novembre 2007, Lelièvre contro Belgio).

Ancor oggi la Corte, proprio con la sentenza in commento, si spinge ad osservare: *«Tratto saliente complessivo del regime ora ricordato – conforme al quadro costituzionale di riferimento – è quello di **non prevedere automatismi né presunzioni**. Esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piena "individualizzazione" della coercizione cautelare».*

Insomma, come si ricorda nella sentenza, le riforme del 1991 avevano introdotto un *vulnus* molto serio per i principi fondamentali della materia, di compatibilità costituzionale assai dubbia. Tanto questo è vero che, nel 1995, il novero dei reati soggetti al regime eccezionale era stato ristretto, di fatto incentrandosi sui fatti di **criminalità mafiosa** (salvo poi allargarsi nuovamente in epoca ancora successiva). La Corte ricorda come la normativa emergenziale fosse sopravvissuta (con fatica …) al suo vaglio di legittimità proprio nella versione successiva al 1995 (**ord. n. 450 del 1995**).

In quella occasione erano stati posti due argini precisi: a) sul piano della **pericolosità individuale** non sono concepibili meccanismi presuntivi a carattere assoluto; b) sul piano di **adeguatezza delle misure** (il *quomodo*) le presunzioni assolute sono tollerabili, ma solo in quanto ragionevoli. In quanto riferite, cioè, a situazioni che nella generalità dei casi si palesano adeguate al trattamento introdotto con la norma presuntiva. Sul terreno in esame, a situazioni di pericolosità contenibile solo mediante la custodia in carcere. Ed infatti era risultata decisiva «*la* ***delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso***», tenuto conto del «*coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato*» (una logica dello stesso genere aveva salvato la normativa emergenziale anche a Strasburgo: sentenza 6 novembre 2003, Pantano contro Italia).

Evidente lo **spostamento di logica** espresso dalle riforme sopravvenute, fino appunto al 2009. L'art. 275, comma 3, comprende ormai fattispecie poste a tutela di differenti beni giuridici, assai diversamente strutturate e con trattamenti sanzionatori anche notevolmente differenti (si pensi all'omicidio volontario, al sequestro di persona a scopo di estorsione, all'associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, ai delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione).

È ovvio che, con una dilatazione progressiva dell' oggetto della presunzione, **la relativa base empirica si sfalda**, cioè perde la capacità di assicurare una accettabile frequenza delle corrispondenze tra caratteristiche del caso concreto e previsione astratta. La Corte non poteva che citare la sentenza pronunciata poche settimane prima a proposito del **gratuito patrocinio** per le accuse di mafia: «*le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit*». In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (sentenza n. 139 del 2010).

Nella prospettiva in esame, i reati sessuali non sono paragonabili ai crimini di mafia. Sono generalmente **fatti individuali**, e comunque – ferma restando la gravità che loro deriva dall'importanza del bene tutelato – si articolano (già a livello di fattispecie astratta) secondo una **scala molto ampia delle modalità aggressive** (dal lieve contatto fisico indesiderato al più violento degli stupri): «*ciò rende anche più debole la "base statistica" della presunzione assoluta considerata*».

Neppure i livelli molto elevati delle pene edittali avrebbero potuto giustificare la scelta legislativa, non foss'altro per la piena discrezionalità giudiziale ancora esistente, in punta di scelta della misura cautelare, per reati con trattamento sanzionatorio ancora più elevato.

Ma la Corte non si è sottratta ad una dimensione «più sostanziale» del problema, considerando la giustificazione storicamente data al decreto-legge del 2009, e più in generale invocata dalla legislazione emergenziale (si pensi anche alla disciplina dell'immigrazione): l'**allarme sociale** impone trattamenti rigorosi per determinati fenomeni.

Ora, il legislatore è libero di modulare le strategie sanzionatorie anche in base alla mutevole percezione sociale di determinati beni; è la politica, non a caso, a governare

anche il sistema di repressione penale dei comportamenti ritenuti devianti. Questo **attiene però alla pena** che la società, attraverso le proprie istituzioni rappresentative, ritiene congrua per determinati comportamenti. La riduzione dell'allarme sociale non può essere perseguita con la disciplina della custodia cautelare, perché **la qualità del trattamento riguarda i colpevoli**, e non coloro che sono accusati di un dato reato: ancora una volta, **la custodia non può anticipare funzioni tipiche della pena**.

Dunque la normativa censurata contrastava con l'art. 3 della Costituzione, ma anche con l'art. 13, primo comma, quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale, e con l'art. 27, secondo comma, Cost., in quanto attribuiva alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena.

Sennonché, esercitando un *self restraint* già sperimentato a proposito del patrocinio a spese dell'Erario per i reati di mafia, la Corte ha ritenuto intollerabile la presunzione solo per il suo **carattere assoluto**, di fatto riconoscendo al legislatore la possibilità di fondare sul titolo del reato modificazioni del regime di prova in punto di adeguatezza del trattamento cautelare. Si è ritenuto in altre parole ragionevole che per i reati sessuali non attenuati **si presuma la necessità della custodia** in carcere, stabilendo però che la presenza di elementi sintomatici di una pericolosità ridotta (*rectius*: contenibile mediante misure meno gravi) possa condurre il giudice ad un trattamento differenziale. Insomma, la presunzione assoluta si è trasformata in **presunzione relativa**.

Una soluzione ispirata al criterio del «minimo sacrificio necessario» della discrezionalità legislativa. Una soluzione che un legislatore attento dovrebbe attentamente valutare ed apprezzare. Non foss'altro per evitare nuovi casi di **eterogenesi dei fini**: l'irragionevole durezza del trattamento può spingere una parte dei giudici, ed è storicamente avvenuto, a negare i presupposti del trattamento medesimo (per essere chiari, a presentare come positivamente non pericolosi soggetti per i quali, in verità, un trattamento cautelare non detentivo avrebbe di molto giovato).

Per maggior precisione riporto il complesso dispositivo della sentenza in questione:

> *dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.*

Resta da aggiungere che con un provvedimento più recente, la **ordinanza n. 146 del 2011**, la Corte ha definito una questione sollevata con riguardo alla «carcerazione obbligatoria» per il reato di **induzione o sfruttamento della prostituzione minorile** (art. 600-*bis* c.p.), cioè per una fattispecie già compresa nella dichiarazione di illegittimità costituzionale attuata mediante la sentenza n. 265 del 2010. La Corte nondimeno, invece che seguire la prassi recentemente ri(consolidata) della dichiarazione di manifesta inammissibilità della questione per sopravvenuta carenza del suo oggetto, ha optato per un provvedimento di **restituzione degli atti al rimettente**.

La norma censurata, in effetti, non ha perso del tutto la propria efficacia, poiché ancora si fonda, su di essa, una regola presuntiva (ormai a carattere relativo) per la valutazione circa la necessità della custodia in carcere. Dovrà dunque essere il rimettente, alla luce delle caratteristiche del caso concreto, a valutare se la questione sollevata presenti perdurante rilevanza.

3.6 Illegittima la custodia «obbligatoria» anche per l'omicidio

Veniamo al secondo passaggio della «trilogia» che nell'ultimo anno ha fortemente ridimensionato la disciplina scaturita dal pacchetto sicurezza del 2009, e cioè la **sentenza n. 164 del 2011**, la quale, in **ovvia applicazione** dei principi stabiliti con la sentenza 265 del 2010, ha stabilito la **illegittimità costituzionale** dell'art. 275 comma 3 c.p.p., nella parte in cui imponeva la **custodia in carcere** relativamente al delitto di **omicidio volontario**.

Va subito precisato come, proprio in conformità al precedente appena evocato (ed al precedente di quello, in materia di patrocinio a spese dell'Erario), il giudizio di incompatibilità costituzionale risulti motivato, in sostanza, dal **carattere non superabile della presunzione** posta dalla norma. La Corte, anche questa volta, non ha inteso negare la possibilità che, in base alla valenza sintomatica tipica di determinate condotte, il legislatore incida sulle regole di accertamento del livello di pericolosità dell'accusato. La presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere non è stata quindi eliminata, ma è stata trasformata **da assoluta a relativa**. Ecco, per la più precisa documentazione, il dispositivo della decisione in commento:

> *dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 575 del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.*

L'andamento della motivazione è del tutto prevedibile (non è una critica), muove dal carattere vistosamente derogatorio della disciplina sulla «**custodia obbligatoria**» rispetto ai principi di adeguatezza e proporzionalità, ricorda come il novero dei reati sottoposti alla presunzione fosse stato ridotto alle fattispecie concernenti la criminalità organizzata, rammenta che in tale versione «ristretta» (e per tale carattere di «ristrettezza») la disciplina aveva superato il vaglio della Corte di Strasburgo (sentenza Pantano v. Italia, già citata) e della stessa Corte costituzionale (ordinanza n. 450 del 1995), e che solo successivamente, con l'intervento novellistico del 2009 (art. 2, comma 1, lettere *a* e *a-bis*, del decreto-legge n. 11 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 38 del 2009), il legislatore ha compiuto «**un "salto di qualità" a ritroso**», riespandendo l'ambito di applicazione della disciplina eccezionale a numerose altre fattispecie penali, in larga misura eterogenee fra loro quanto a oggettività giuridica (fatta eccezione per i delitti "a sfondo sessuale"), struttura e trattamento sanzionatorio.

Ciò posto, resta vero che «*le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono* ***arbitrarie e irrazionali****, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia* ***"agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali*** *contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (sentenza n. 139 del 2010)*». Resta vero, ancora, «*che la ragionevolezza della soluzione normativa scrutinata non può essere rinvenuta neppure nella* ***gravità astratta del reato****, desunta dalla misura della pena o dall'elevato rango dell'interesse protetto: parametri, questi, significativi in sede di giudizio di colpevolezza, ma inidonei, di per sé, a fungere da elementi preclusivi ai fini della verifica della sussistenza di esigenze cautelari e del loro grado, che condiziona l'identificazione delle misure idonee a soddisfarle*». Infine, l'allarme sociale connesso a determinate categorie di condotte criminose legittima le modulazioni di politica

criminale, ma non è possibile mirare, in regime di **presunzione di non colpevolezza**, a ridurre l'allarme medesimo mediante la leva della custodia cautelare.

Ora, l'**omicidio volontario** è certo un fatto gravissimo, ma, a livello del tipo, non presuppone necessariamente quei rapporti con una **organizzazione criminale complessa, radicata e pericolosa** che – secondo una giurisprudenza non indiscutibile ma ormai «accettata» – rendono implausibile l'efficienza di misure cautelari non carcerarie. Spesso, anzi, si tratta d'un delitto d'impeto, e comunque maturato in una dimensione individuale, o in un microcosmo che ne spiega la dinamica al di fuori d'una scelta deliberata e stabile di «**professionalità criminale**». In uno dei giudizi *a quo*, ricorda la Corte, si sarebbe trattato del gesto estremo di una persona già sottoposta a drammatici maltrattamenti da parte del soggetto passivo del reato.

In definitiva, la Corte non ha fatto che rilevare «*la carenza **di una adeguata "base statistica"** della presunzione assoluta in questione, pure incidente sul valore primario della libertà personale*».

3.7 (segue) Custodia «obbligatoria» illegittima anche riguardo all'associazione per il narcotraffico

Ed eccoci all'ultimo (per ora) passaggio della trilogia, rappresentato dalla **sentenza n. 231 del 2011**, concernente l'applicazione «obbligatoria» della custodia in carcere per il **delitto di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti** (art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990).

Non era del tutto scontato che, in applicazione dei **principi** fissati con la sentenze n. 265 del 2010 e n. 164 del 2011, arrivasse, come è in effetti arrivata, una nuova **dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale** del comma 3 dell'art. 275 c.p.p.

Secondo alcuni, avrebbe potuto far la differenza la **natura associativa** del reato preso in considerazione, sanzionato molto gravemente e «specializzato» dalla natura fortemente lesiva dei delitti che rappresentano il fine tipico dell'organizzazione criminale. Il narcotraffico, in effetti, richiede spesso la creazione di strutture stabili e complesse. Appare ovvia, d'altra parte, la miglior «vicinanza» della fattispecie da considerare rispetto a quel **fenomeno criminale «mafioso»** che, nel 1995, la Corte aveva considerato capace di legittimare la presunzione assoluta di pericolosità.

Nondimeno, con la sentenza in commento, la Corte ha dichiarato la «***illegittimità costituzionale** dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, del codice di procedura penale (…) nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (…) è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure*».

Sulla struttura del dispositivo, che emula quella delle sentenze concernenti la violenza sessuale e l'omicidio volontario, v'è poco ormai da dire. La presunzione assoluta è di fatto trasformata in una presunzione relativa. Merita invece specifica attenzione il ragionamento seguito dalla Corte per stabilire come la presunzione fosse ingiustificata nonostante la natura associativa del reato cui si riferiva.

In primo luogo si è notato come lo stesso legislatore **non abbia compreso tutti i reati associativi** nella previsione sulla custodia obbligatoria, a dimostrazione che non può essere la natura pluripersonale della fattispecie, di per sé sola, a giustificare la presunzione.

D'altra parte le analogie con il contesto mafioso non sono apparse decisive. Le organizzazioni a connotazione mafiosa, infatti, si caratterizzano per una particolare forza del vincolo (fondato anche sull'intimidazione "interna") e per l'essenziale radicamento

territoriale, che comporta una rete stabile di relazioni (e "doveri di fedeltà") dei singoli associati. Se nel caso concreto mancassero le caratteristiche indicate, ben difficilmente il fatto potrebbe realmente essere qualificato alla luce delle fattispecie «di mafia».

In altre parole, **non possono di fatto esistere «piccole organizzazioni» di mafiosi**. Nella previsione dell'art. 416-*bis* c.p., e nelle norme che alla stessa sono riconducibili dal punto di vista fenomenico, gli indicati elementi di allarme caratterizzano il tipo legale, sono fattori necessari per la qualificazione del caso concreto. Il che non avviene per **ogni altra fattispecie associativa**, compresa quella per il narcotraffico, che risulta integrata dalla **mera conclusione di un patto indeterminato di delinquenza**, sia pure alla condizione che vengano predisposte le risorse umane e materiali necessarie per il perseguimento dello scopo sociale.

Insomma, è «agevole» immaginare situazioni associative rilevanti ex art. 74 del T.u. stupefacenti i cui partecipi, in base a concreti elementi, risultino credibilmente «contenibili» attraverso misure restrittive alternative alla carcerazione. La Corte evoca l'ipotesi del *«piccolo gruppo, talora persino ristretto ad un ambito familiare – come nel caso oggetto del giudizio a quo – operante in un'area limitata e con i più modesti e semplici mezzi»*.

Questo appare il cuore della decisione. La Corte aggiunge che non orienta in senso contrario l'assimilazione del reato associativo in esame e di quello a connotazione mafiosa nell'ambito della disciplina posta dal **comma 3-*bis* dell'art. 51 c.p.p.** Il catalogo enunciato da tale ultima disposizione risponde ad una *ratio* del tutto diversa, essenzialmente riferibile all'organizzazione degli uffici giudiziari ed alle tecniche di indagine che possono accomunare determinati fenomeni criminosi, indipendentemente dai livelli di pericolosità espressi a livello collettivo od individuale.

Infine, la replica agli usuali argomenti che attengono alla gravità del fatto od all'allarme sociale che normalmente allo stesso si connette. La custodia cautelare non ripete la logica della sanzione: *«la **gravità astratta del reato** (…) è elemento significativo in sede di giudizio di colpevolezza, particolarmente ai fini della determinazione della sanzione, ma inidoneo a fungere da elemento preclusivo della verifica del grado delle esigenze cautelari e all'individuazione della misura concretamente idonea a farvi fronte»*. D'altra parte *«il contenimento dell'**allarme sociale** causato dal reato non può essere annoverato tra le finalità della custodia cautelare, costituendo una funzione istituzionale della pena, perché presuppone la certezza circa il responsabile del delitto che ha provocato l'allarme»*.

3.8 Un nuovo intervento della Corte su «contestazioni a catena» e decorrenza del termine di custodia

Si deve trattare, a questo punto, affrontando il tema della custodia cautelare e dei relativi termini di durata massima, del complesso argomento delle «**contestazioni a catena**», a proposito del quale è intervenuta, con la **sentenza n. 233 del 2011**, una nuova dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale.

Com'è noto, si discute della **diluizione nel tempo** della notifica di provvedimenti restrittivi per **fatti diversi** (la reiterazione di ordinanze per lo stesso fatto è problema differente, di semplice soluzione e qui non rilevante). Una certa persona è sospettata d'aver commesso più reati. Può darsi che questi vengano scoperti e contestati **tutti insieme**, di talché i termini di custodia (di durata eventualmente diversa per i vari illeciti) decorreranno tutti assieme. Può darsi però che vi sia una prima contestazione per il fatto A ed una contestazione solo successiva per il fatto B. Poiché la regola è che ogni ordinanza cautelare produce i suoi effetti dal momento della notifica o dell'esecuzione, avremo **decorrenze «scaglionate» dei termini di custodia**.

L'effetto è che un soggetto può restare detenuto ben più a lungo di quanto consentissero i termini previsti per il più grave tra i reati commessi, formalmente scarcerato per

la prima contestazione, ma di fatto tenuto in carcere per quella o per quelle successive, potenzialmente all'infinito. La sequenza può essere dovuta alla scoperta solo progressiva dei reati o delle prove pertinenti, od alla maggiore o minore immediatezza nella lettura degli elementi disponibili, ma può anche accadere che la **situazione degli atti consenta una contestazione contemporanea dei reati**, la quale invece viene diluita. E può accadere che questo avvenga per colpa, come finanche per dolo, proprio allo scopo di **prolungare indebitamente** la carcerazione preventiva dell'interessato.

Il problema esiste da quando esiste una seria disciplina dei termini di custodia cautelare. La giurisprudenza ne aveva presa progressiva consapevolezza ben **prima del nuovo codice**, elaborando un **diritto pretorio** di segno garantista.

Si affermò il principio per il quale, quando l'Autorità giudiziaria **artatamente** rimandasse la contestazione di una parte dei reati già accertati nel momento in cui era stata avviata la custodia, doveva **simularsi una tempestiva contestazione** per i reati oggetto dei provvedimenti dilazionati, e quindi, in pratica, **doveva operarsi una retrodatazione della decorrenza** del termine massimo di custodia. Trattandosi di diritto «pretorio», esistevano varianti e condizioni, ma il concetto generale era questo.

Curiosamente, i compilatori del **nuovo codice** non tennero in alcun conto la questione, riproducendo la regola della decorrenza di ogni custodia dalla data di esecuzione del relativo titolo. Molti giunsero ad affermare che il legislatore aveva inteso **por fine** alla «teorica» della **retrodatazione**, visto che non l'aveva regolata pur consapevole del pregresso diritto vivente. Poi, ragionevolmente, era prevalsa la **tesi opposta**, che per altro restava nuovamente affidata ad un diritto pretorio. Dunque, della pregressa elaborazione, veniva conservato anche il profilo per così dire «sanzionatorio» dell'istituto: **la retrodatazione** si verificava solo nei casi di elusione almeno «colposa» delle garanzie, e dunque postulava **due presupposti minimi**: a) che i reati di contestazione tardiva fossero comunque stati commessi prima della prima ordinanza cautelare; b) che prima della ordinanza più risalente fossero già disponibili **anche tutti gli elementi di prova** utilizzati per la contestazione tardiva, e non ricorressero «cause di giustificazione» per lo scaglionamento (difficoltà di lettura, necessità di approfondimenti, ecc.).

Su questo panorama aveva fatto irruzione la **legge n. 332 del 1995**, che riformò profondamente la materia cautelare, e per quanto ci interessa introdusse – con norma di fattura generalmente considerata pessima – una prima disciplina positiva della retrodatazione. Si tratta del comma 3 dell'art. 297 c.p.p., che trascrivo per comodità di consultazione:

> 3. Se nei confronti di un imputato sono emesse più ordinanze che dispongono la medesima misura per uno stesso fatto, benché diversamente circostanziato o qualificato, ovvero **per fatti diversi commessi anteriormente alla emissione della prima ordinanza** in relazione ai quali **sussiste connessione** ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lettere b) e c), limitatamente ai casi di reati commessi per eseguire gli altri, **i termini decorrono dal giorno in cui è stata eseguita o notificata la prima ordinanza** e sono commisurati all'imputazione più grave. La disposizione non si applica relativamente alle ordinanze per fatti non desumibili dagli atti prima del rinvio a giudizio disposto per il fatto con il quale sussiste connessione ai sensi del presente comma.

Va ricordato che la norma ha posto problemi interpretativi **enormi**, e che la letteratura in proposito è sterminata. Fu quasi immediatamente censurata, e quindi posta ad oggetto della nota **sentenza n. 89 del 1996**, dichiarativa della infondatezza della questione sollevata. Comunque, la sentenza aveva condiviso i **presupposti interpretativi** dell'ordinanza di rimessione.

In sintesi, **il legislatore** aveva detto **troppo e troppo poco**.

Troppo: la norma richiedeva solo che i fatti di seconda contestazione fossero

antecedenti alla contestazione dei primi, ma non esigeva affatto che i relativi elementi di prova preesistessero alla prima ordinanza, e men che meno richiedeva un carattere «colpevole» della dilazione. Infatti il rimettente aveva segnalato che, nel procedimento *a quo*, la retrodatazione doveva essere applicata perfino a **reati non ancora scoperti** al momento dei provvedimenti restrittivi iniziali. Con linguaggio moderno potremmo dire che il legislatore adottò **una presunzione assoluta di «frode» al sistema delle garanzie**, che tuttavia non si fondava sull'*id quod plerumque accidit*, essendo «agevole» immaginare casi concreti non razionalmente regolabili in base alla disciplina presuntiva considerata. Per inciso, la Corte ebbe a convenire con queste valutazioni: la *ratio* profonda della sua decisione fu, anche a parere di dottrina tanto autorevole quanto critica, che il mezzo era giustificato dal fine di apprestare **una disciplina "automatica"** e non controvertibile del fenomeno delle contestazioni a catena.

Troppo poco: oggi diremmo che, per aumentare l'attendibilità della presunzione, il legislatore limitò l'effetto di retrodatazione ai soli reati in r**apporto di connessione qualificata** con quelli di prima contestazione, che, in effetti, vengono in genere scoperti contestualmente (ma non è detto); inoltre, interruppe la linea di sviluppo dell'istituto nel caso di **separazione dei procedimenti** con rinvio a giudizio per quelli di prima contestazione, sempre in base ad una presunzione (che rende meno attendibile la frode quando il p.m. ha comunque ottenuto un allungamento dei tempi di carcerazione ottenendo il rinvio a giudizio per i fatti contestati per primi).

Insomma, una situazione **confusa**. Lasciando perdere in questa sede le «ingiuste» scarcerazioni, **residuavano «ingiuste carcerazioni»**. Infatti le tattiche dilatorie ben possono riguardare **reati non connessi** nella stretta misura richiesta dalla legge, che si proceda unitariamente o separatamente. E l'intento dilatorio, nel caso concreto, può ben riguardare processi separati e ormai pendenti in **fasi diverse**.

A questo sostanziale vuoto di tutela aveva posto rimedio, con disciplina inevitabilmente non troppo articolata, la **sentenza n. 408 del 2005**, dichiarando **l'illegittimità dell'art. 297, comma 3, cod. proc. pen.**, *«nella parte in cui non si applica anche a fatti **diversi non connessi**, quando risulti che gli **elementi** per emettere la nuova ordinanza erano già desumibili dagli atti al momento della emissione della precedente ordinanza»*.

Dopo aver ricordato come anche questo *step* abbia provocato infinite discussioni, posso tentare la seguente sintesi. La Corte ha creato **una doppia disciplina**. Per **i reati connessi** la retrodatazione è automatica, nel senso che non richiede pregressa conoscenza delle prove e men che meno il connotato «colpevole» del ritardo, purché il procedimento sia lo stesso o vi siano più procedimenti in fase di indagini. Per **i reati non connessi** è richiesta la **pregressa conoscenza degli elementi di prova**, che probabilmente la Corte considerò «sintomatica» (anche in astratto) di un connotato elusivo della dilazione, mentre pare perdere importanza la contestualità procedimentale.

Proprio su quest'ultimo punto si è inserita, con una ***actio finium regundorum***, la giurisprudenza della **Corte di cassazione**.

Con la **sentenza n. 14535 del 2007** (ric. Librato), le **Sezioni unite** stabilirono che nel caso di **reati non connessi**, ma rappresentati da elementi di prova già disponibili all'epoca della prima ordinanza, i termini della seconda ordinanza decorrono dal giorno in cui è stata eseguita o notificata la prima solo se i due procedimenti sono in corso **davanti alla stessa autorità giudiziaria** e la loro separazione può essere **frutto di una scelta del pubblico ministero**.

Cioè, in caso di separazione, il **valore sintomatico della pregressa conoscenza delle prove, pure indispensabile, non basta più**. Nella specie, le S.U. avevano escluso la retrodatazione, trattandosi di procedimenti originati da distinte notizie di reato, pervenute allo stesso ufficio del pubblico ministero a distanza di tempo l'una dall'altra. E,

nell'affermare tale principio - tenuto conto della sentenza n. 408 del 2005 della Corte costituzionale, dichiarativa della parziale illegittimità dell'art. 297, comma terzo, cod. proc. pen. – avevano osservato che la regola della retrodatazione concerne normalmente misure adottate nello stesso procedimento e può applicarsi a misure disposte in un procedimento diverso solo nelle ipotesi sopra indicate.

Insomma, e senza entrare in eccessivo dettaglio, le Sezioni unite, **nel caso di procedimenti separati**, reintrodussero un **requisito di «colpevole» arbitrarietà** nella gestione del procedimento, se non addirittura di accertata strumentalità delle scelte di separazione ad un indebito prolungamento dei termini di custodia.

Questo lo stato dell'arte nel momento in cui si è posto il peculiare **problema** cui si connette la sentenza in commento. Il meccanismo di retrodatazione **in caso di procedimenti separati** funziona, ragionevolmente, anche quando i procedimenti sono in **fasi diverse**. Ma può applicarsi addirittura quando per i **fatti di prima contestazione** è **passata in giudicato** una **sentenza di condanna**?

Da quel momento l'interessato si trova in esecuzione pena per la prima ordinanza ed in custodia cautelare per la seconda. Può accadere addirittura che **venga scarcerato per fine pena** quanto ai fatti di contestazione più risalente. *Quid*, quando i reati di nuova contestazione avrebbero potuto essere contestati insieme ai primi (*rectius*: quando vengono utilizzati elementi di prova preesistenti?).

Vi è stato in proposito un lungo contrasto giurisprudenziale, definito dalle **Sezioni unite** con la **sentenza 20870 del 2009** (ric. Iaccarino): il meccanismo di retrodatazione introdotto con la sentenza n. 408 del 2005 **non si applica** quando è **passata in giudicato la prima sentenza**, pur se ricorrano gli ulteriori presupposti dei quali si è detto.

La decisione è complessa, ma mi pare che il **nucleo essenziale** della motivazione consista in ciò: come possiamo parlare di **prolungamento artificiale** della custodia avviata con la prima ordinanza se quella **custodia non è più in corso**, perché sostituita dall'ordine di esecuzione (che non è misura cautelare), o addirittura dalla libertà per compiuta esecuzione della pena?

Ed eccoci ai giorni nostri. Sul presupposto appena delineato, la stessa Corte di cassazione ha sollevato **questione di legittimità costituzionale**, riferita a quello che ormai poteva dirsi un **diritto vivente**, prospettando una violazione dell'art. 3, dell'art. 13, del secondo comma dell'art. 27 della Costituzione. Il nucleo della censura: **è ragionevole neutralizzare uno strumento di garanzia** in base al dato, per questo profilo casuale, del passaggio in giudicato della prima sentenza? Se **la dilazione è stata ingiustificata**, perché dovrebbe neutralizzarsi la cessazione della relativa custodia in base ad un dato estrinseco, cioè un fatto procedurale riguardante un altro giudizio?

La Corte costituzionale ha risposto, con la già citata **sentenza n. 233 del 2011**, dichiarando la «***illegittimità costituzionale dell'art. 297, comma 3****, del codice di procedura penale, nella parte in cui – con riferimento alle ordinanze che dispongono misure cautelari per fatti diversi – non prevede che la regola in tema di decorrenza dei termini in esso stabilita si applichi* ***anche quando****, per i fatti contestati con la prima ordinanza, l'imputato sia stato condannato con* ***sentenza passata in giudicato anteriormente all'adozione della seconda misura***».

Le Sezioni unite avevano rilevato come la sentenza definitiva di condanna, determinando la cessazione della prima vicenda cautelare (alla quale subentra l'espiazione della pena inflitta) ancora prima che si innesti la seconda, escluda, per ciò stesso, una **situazione di «coesistenza» tra plurime misure**, che sarebbe, invece, l'ineludibile presupposto di applicabilità della regola stabilita dall'art. 297, comma 3, c.p.p.: quest'ultimo, infatti, riferendosi all'«imputato» e alla «imputazione» più grave, come parametro per la commisurazione dei termini cautelari, sottintenderebbe l'attuale pendenza dei

procedimenti interessati.

La Consulta, dal canto proprio, ha ricordato che il fine della regola di cui all'art. 297, comma 3, c.p.p., come integrata dalla sua sentenza n. 408 del 2005, è quello di impedire che si dia luogo, mediante l'adozione di provvedimenti dilazionati, a **restrizioni artificiosamente protratte** della libertà personale, a prescindere da arbitrii e/o negligenze del p.m., sia quando tra i reati contestati in momenti successivi sussista connessione qualificata, sia quando, mancando quel legame, emerga una dipendenza del ritardo dall'autorità giudiziaria.

La necessità essenziale, secondo la Corte, è garantire **parità di trattamento** tra chi sia colpito da **più provvedimenti coercitivi** e chi, versando nella medesima situazione sostanziale, venga invece raggiunto da **provvedimenti cautelari coevi**. In questa prospettiva la «coesistenza» tra le misure cautelari non può costituire un presupposto necessario affinché si producano le conseguenze lesive che il meccanismo di retrodatazione tende a prevenire e, conseguentemente, è erroneo assumere che non vi sia lesione quando quella coesistenza manchi. È vero anzi il contrario, perché il ***vulnus*** ai principi costituzionali che garantiscono la libertà personale dell'imputato risulta **maggiore** quando la seconda ordinanza cautelare intervenga dopo che la prima, per una qualsiasi ragione, abbia cessato di produrre i suoi effetti. È infatti evidente, secondo la Corte, che il sacrificio della libertà è massimo quando il secondo titolo, anziché sovrapporsi al primo, per un periodo più o meno lungo, «*confluendo così almeno in parte, in un unico periodo custodiale*», sia adottato allorché il precedente abbia già esaurito i suoi effetti, con conseguente **cumulo integrale dei due periodi** di privazione della libertà personale.

Il ragionamento prosegue considerando che le esigenze di garanzia non mutano allorquando il fattore estintivo del primo periodo di custodia non sia dato dalla scadenza dei termini di durata massima, ma dal passaggio in giudicato della sentenza che si riferisce ai fatti contestati. In particolare non potrebbe obiettarsi che detto periodo muta «natura», trasformandosi in presofferto della pena che l'interessato deve scontare. Il fatto è – ragiona in sintesi la Corte – che **occorre aver riguardo alla custodia sofferta per la seconda contestazione** e non per la prima. Sia passata o meno in giudicato la sentenza di condanna per il reato di prima contestazione, il soggetto per il quale sia stata dilazionata la seconda contestazione si trova, ingiustificatamente, in una situazione deteriore rispetto a quella in cui si sarebbe trovato in caso di applicazione simultanea della misura cautelare.

Non solo. La **valenza «concorrente»** della detenzione a titolo di espiazione della pena per un reato e di custodia cautelare per un altro è **esplicitamente sancita** dalla legge, e segnatamente dal comma 5 dell'art. 297 c.p.p. Da tale norma si evince che, se la custodia cautelare riguarda un reato diverso da quello oggetto della condanna irrevocabile, il passaggio alla fase esecutiva – e quindi anche l'ipotizzato fenomeno di "trasformazione" in espiazione di pena della custodia già sofferta per il reato già giudicato – non preclude l'operatività dell'art. 303 c.p.p. e, quindi, la rilevanza del decorso dei termini da esso previsti per il reato ancora da giudicare.

Pertanto anche nell'ipotesi considerata sussiste l'esigenza di prevenire possibili fenomeni di aggiramento dei termini massimi di custodia. Anzi, sussiste a maggior ragione per evitare abusi gravi: perché si potrebbe attendere, prima dell'emissione della seconda ordinanza relativa a fatti diversi, non soltanto l'esaurimento della prima vicenda cautelare, ma anche l'intera espiazione della pena inflitta per il reato cui questa si riferisce, evitando così di rendere operante la regola di computo di cui al citato art. 297, comma 5, secondo periodo, c.p.p.

Infine, un riferimento alla pretesa sufficienza del ***ne bis in idem*** a fini di prevenzione dei comportamenti volti ad eludere la garanzia di durata massima della custodia. Il divieto di emettere provvedimenti restrittivi per un fatto già considerato in una sentenza di condanna non opera, con ogni evidenza, quando i **fatti siano diversi**, in connessione qualificata o anche no, se il ritardo nella contestazione è strumentale.

3.9 Giudizio abbreviato, indagini difensive e diritto alla controprova del pubblico ministero

Come ha dimostrato la complessa vicenda culminata con la pronuncia della celeberrima **sentenza n. 184 del 2009** (con cui la Corte ha definitivamente sancito l'utilizzabilità degli **atti di indagine difensiva nel giudizio abbreviato**, affermando sul piano più generale che il principio del contraddittorio svolge una funzione eminente di garanzia della difesa), esiste una netta autonomia concettuale tra due problemi che segnano la materia.

Il primo, risolto mediante la sentenza citata, attiene alla possibilità che il merito della causa venga definito sulla base di **prove raccolte unilateralmente**, senza che tale deroga al contraddittorio sia sostenuta da un meccanismo consensuale che coinvolga la parte rimasta estranea alla raccolta della prova. Il secondo, che la Corte ha avuto cura di definire espressamente come **non pregiudicato** dalla propria decisione, attiene alla **sequenza tra produzione «a sorpresa» degli atti di indagine** difensiva e introduzione del **rito abbreviato incondizionato**, sul piano della parità tra le parti e del **diritto alla controprova** da garantire al pubblico ministero.

Nel giudizio definito con la **sentenza n. 117 del 2011** il rimettente aveva «escogitato» una soluzione del secondo tra i problemi indicati, consistente nella previsione di **un termine** (dilatorio, par di capire) entro il quale la difesa dell'imputato dovrebbe depositare i propri atti di indagine prima di formulare richiesta di rito abbreviato. Un termine siffatto consentirebbe, nell'ambito dell'udienza preliminare, quelle **indagini suppletive** del pubblico ministero che potrebbero assolvere, in concreto, al ruolo di **controprova**. Di qui la prospettata illegittimità costituzionale, in riferimento all'art. 111 della Costituzione, degli artt. 391-*octies* e 442, comma 1-*bis*, del codice di procedura penale.

La questione è stata dichiarata **inammissibile per ragioni processuali**. Ma per giungere a tale soluzione la Corte ha svolto notazioni di qualche interesse, per quanto non certo innovative.

Nella **udienza preliminare**, ad onta di eventuali prassi lassiste, esistono **preclusioni** in ordine alla produzione di atti probatori, la qual cosa è valevole anche per le **indagini difensive**. In particolate la produzione è consentita «fino all'**inizio della discussione**» (art. 421, comma 3), a significare il principio della continuità delle indagini che si è inteso assicurare prima della decisione sul rinvio a giudizio. È ovvio – rimarca la Corte – che la produzione deve essere ammessa con provvedimento giudiziale, da assumere nel contraddittorio tra le parti.

Una volta iniziata la discussione (e dunque non appena assegnata la parola al pubblico ministero), «non sono più ammesse produzioni». Produzioni che d'altra parte non sono ammissibili neppure dopo il provvedimento introduttivo del rito abbreviato.

Ora – ragiona la Corte – **non è la produzione in sé** a vulnerare il diritto alla controprova del pubblico ministero, ma la concreta scansione degli adempimenti, e prima ancora la **frustrazione effettiva** della volontà, in qualche modo espressa dalla parte pubblica, di procedere ad attività «reattive» sul piano della prova. Dunque, occorre che vi sia richiesta di controprova. D'altra parte – questo il **passaggio più rilevante** - i «*principi del contraddittorio sull'ammissione delle prove fanno ritenere **pacifico** che, a fronte di una richiesta di produzione proposta all'udienza preliminare da una parte, la controparte possa **chiedere e ottenere un termine** adeguato per "controdedurre"*». Inoltre, la **richiesta** di rito abbreviato, per quanto «incondizionata», **non vale essa stessa ad introdurre il rito speciale**, ed anzi è allo scopo necessario un formale provvedimento del giudice, la cui base discrezionale può essere ristretta, ma assume certamente valore costitutivo.

Insomma, dice la Corte, la produzione delle indagini difensive deve essere ammessa, e, per quanto possa essere formulata una immediata e conseguente richiesta di accesso

al rito, l'**udienza preliminare prosegue**, e può ben subire una dilazione per assicurare il diritto alla controprova. Se questo meccanismo non funziona, devono esserne indicate le cause, attraverso una precisa descrizione delle scansioni del caso concreto in raffronto allo schema astratto che si è delineato. Se l'ordinanza di rimessione manca di tale descrizione, la sua motivazione in punto di rilevanza è insufficiente. Di qui la già annunciata decisione di **inammissibilità** della questione.

Alla stessa conclusione ha condotto il rilievo del carattere incerto e «discrezionale» dell'intervento additivo richiesto alla Corte.

In definitiva, come già aveva fatto in passato, la Consulta «suggerisce» di **utilizzare la possibile dilazione dell'udienza preliminare** allo scopo di ritardare l'inizio della discussione e dunque di consentire in via di fatto, al pubblico ministero, l'effettuazione di indagini suppletive, i cui esiti potrebbero essere prodotti in una successiva udienza, non essendosi appunto avviata la discussione.

Soluzione empirica, che probabilmente finirà con l'imporsi nonostante l'**evidente difficoltà sistematica cui dà luogo**. In breve: o si immagina che l'imputato possa restare vincolato ad una richiesta di giudizio abbreviato sebbene la base cognitiva venga allargata ad atti introdotti successivamente alla sua manifestazione di volontà, oppure si immagina una deroga al principio di **irretrattabilità della richiesta**, che per altro sembra ormai sgretolarsi, tanto presso la giurisprudenza che per la dottrina, nel senso dell'ammissibilità della **revoca** fino a quando il giudice non abbia deliberato l'accoglimento della richiesta.

Soluzioni entrambe insoddisfacenti, per vero, posta la violazione del diritto di difesa che sottende alla prima (vi sarebbe rinuncia al contraddittorio per prove non conosciute dall'imputato), e posta l'irrazionalità della seconda (la dilazione si motiva in vista di una decisione di merito che dopo viene preclusa dalla revoca).

Sembra evidente come, nell'ormai proverbiale inerzia legislativa, si annuncino nuove puntate dell'annosa vicenda.

3.10 Decreto penale, opposizione e diritto al contraddittorio

A proposito del **decreto penale di condanna**, un provvedimento relativamente recente fronteggia il ricorrente tentativo di **snaturare l'essenza del rito**, la cui caratteristica costitutiva (e la cui valenza premiale) dipendono dalla **posticipazione del contraddittorio** rispetto alla condanna, a fronte della mera richiesta in tal senso dell'interessato.

Nel caso di specie il rimettente, ricordando come a far tempo dal 1997 fosse previsto un **invito a presentarsi** quale condizione di legittimità della richiesta di rinvio a giudizio o della citazione a giudizio, avrebbe voluto introdurre un meccanismo analogo anche per la **fase conseguente all'opposizione** contro il decreto penale di condanna. Per comprendere la logica del *petitum* va chiarito che la **ordinanza di rimessione risale al marzo del 1999**, ed è stata inviata alla Corte costituzionale solo quest'anno. È questa la ragione per cui i *tertia comparationis* sono costruiti su norme obsolete, riguardo ad un meccanismo che oggi gravita, semmai, sull'avviso di conclusione delle indagini preliminari (*infra*).

La questione era stata comunque già valutata dalla Corte, più o meno direttamente, in altre occasioni, sempre nel senso della **manifesta infondatezza** (ordinanze n. 325, n. 326 e n. 458 del 1999; ordinanza n. 432 del 1998). E anche stavolta, naturalmente, il giudizio si è concluso nella stessa maniera: **ordinanza n. 317 del 2010**.

Si trascura in effetti, ragionando come il rimettente, che la **opposizione** non comporta una regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, tanto che non potrebbe più darsi luogo ad una archiviazione, costituendo la richiesta del decreto di condanna una **forma di esercizio dell'azione penale**. Com'è noto, un vaglio giudiziale sul fondamento dell'accusa non è costituzionalmente imposto, tanto che

fisiologicamente, per i reati di bassa e media gravità, il pubblico ministero accede direttamente alla fase dibattimentale. Nel caso del giudizio di opposizione, il vaglio preliminare esiste, ed è anzi tanto serrato da giustificare una «condanna».

È vero che l'opzione per il ricorso al decreto implica la **non applicazione della procedura regolata dall'art. 415-*bis* c.p.p.** (nella quale oggi si sostanzia l'interlocuzione preliminare all'esercizio dell'azione nelle forme ordinarie, con emissione soltanto eventuale dell'invito a comparire). È vero dunque che l'opposizione non rimette l'imputato nell'identica condizione in cui si trovava prima della richiesta di decreto penale.

Ma non è detto affatto che tale debba essere l'effetto dell'opposizione. Come la Corte ha ribadito con il provvedimento in esame (in rapporto alla denunciata violazione dell'art. 24 Cost.), «*nel procedimento per decreto l'esperimento dei mezzi di difesa, con la stessa ampiezza dei procedimenti ordinari, si colloca parimenti nella fase susseguente all'opposizione: rimanendo escluso, al tempo stesso, che "alla **previsione di un contraddittorio antecedente l'esercizio dell'azione penale**" possa assegnarsi il carattere di necessario svolgimento della **garanzia costituzionale** della difesa, garanzia che si esercita nel processo e che – tanto più nel quadro del processo di tipo accusatorio – postula primariamente, come interlocutore dell'interessato, il giudice e non la parte pubblica» (ordinanza n. 326 del 1999*)».

La Corte ricorda infine – dopo aver notato che la sopravvenuta introduzione dell'**art. 415-*bis*** c.p.p. ha reso comunque ingestibile la pretesa «equiparazione» *ex* art. 3 Cost. – che anche la più … moderna questione della inapplicabilità al procedimento per decreto della procedura di **avviso di conclusione delle indagini** preliminari è già stata vagliata nel senso della **manifesta infondatezza**: «*l'innesto della disciplina (…) nel procedimento monitorio ne snaturerebbe la struttura e le finalità, inserendovi una procedura incidentale che potrebbe determinare una notevole dilatazione temporale, e si sostanzierebbe in una garanzia che, oltre ad essere costituzionalmente non imposta, si rivelerebbe del tutto incongrua rispetto ai caratteri del rito speciale (ordinanze n. 131 e n. 32 del 2003; in argomento, altresì, ordinanze n. 8 del 2003 e n. 203 del 2002)*».

3.11 Decreto penale e revisione

Sempre in tema di **decreto penale**, poche parole per dare conto della dichiarazione di **manifesta infondatezza** di una questione sollevata riguardo al **giudizio di revisione**, che com'è noto può essere promosso anche in caso di condanna per decreto. In particolare, il rimettente aveva lamentato che la legge (cioè il **combinato disposto degli artt. 601 e 636 c.p.p.**) non preveda che il **decreto di citazione** per il giudizio di revisione venga notificato anche alla **persona offesa** dal reato.

Il problema c'è, e si coglie immediatamente. Attraverso la sequenza tra **procedimento monitorio** (cui la persona offesa resta estranea) e **proscioglimento a seguito del giudizio di revisione** (cui di nuovo la persona offesa non partecipa), si determina una situazione per la quale non viene dato modo alla vittima del reato di **costituirsi parte civile**, e dunque di far valere il proprio diritto nella sede e secondo le dinamiche tipiche del procedimento penale.

Per altro, la Corte costituzionale da tempo sostiene che **non esiste un diritto** della persona offesa a partecipare al processo penale, purché naturalmente le si assicuri una sede per l'accertamento delle obbligazioni che nascono dal reato, ove non eserciti influenza la decisione assunta nel processo penale svoltosi senza la sua partecipazione. Dunque, bastava considerare come la **sentenza assolutoria** eventualmente pronunciata in esito al giudizio di revisione non faccia stato nel giudizio civile per il medesimo fatto per prevedere che la Corte avrebbe ritenuto non contrastante con la Costituzione la norma discriminatoria in danno della persona offesa.

La *ratio decidendi* emerge con chiarezza dalla massima ufficiale della **ordinanza n. 254 del 2011**, che per brevità provvedo a trascrivere:

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 111 della Costituzione, del combinato disposto degli artt. 601 e 636 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede la persona offesa tra i soggetti cui deve essere notificato il decreto di citazione per il giudizio di revisione avverso un decreto penale di condanna. In via generale, infatti, posto che l'assetto generale del nuovo processo è ispirato all'idea della separazione dei giudizi, penale e civile – essendo prevalente, nel disegno del codice, l'esigenza di speditezza e di sollecita definizione del processo penale rispetto all'interesse del soggetto danneggiato di esperire la propria azione nel processo medesimo – l'eventuale impossibilità per il danneggiato di partecipare al processo penale non incide in modo apprezzabile sul suo diritto di difesa e, ancor prima, sul suo diritto di agire in giudizio, poiché resta intatta la possibilità di esercitare l'azione di risarcimento del danno nella sede civile. In particolare, poi, nessun pregiudizio agli interessi civili della persona offesa può derivare dall'eventuale accoglimento dell'istanza di revisione, in quanto, così come il decreto penale di condanna non ha effetto di giudicato nel giudizio civile o amministrativo (art. 460 cod. proc. pen.), allo stesso modo, ai sensi dell'art. 652 cod. proc. pen., l'eventuale sentenza di proscioglimento a seguito di accoglimento della richiesta di revisione non produce effetti nei giudizi civili o amministrativi eventualmente instaurati dalla persona offesa dal reato, non essendo stata quest'ultima posta nelle condizioni di costituirsi parte civile. Infine, non sussiste violazione del principio di eguaglianza per la disparità di trattamento tra diversi giudizi di merito, considerato che il procedimento di revisione ha carattere eccezionale – trattandosi di un mezzo straordinario di impugnazione – e risultando evidente l'eterogeneità delle situazioni poste a raffronto: la revisione è infatti un giudizio che, a differenza di tutti gli altri giudizi di merito, può concludersi solo con la conferma della sentenza o con il proscioglimento dell'imputato e nel quale non è possibile per la persona offesa dal reato costituirsi ex novo parte civile, come necessariamente dovrebbe avvenire nel caso del giudizio di revisione di un decreto penale di condanna.

3.12

Arresto convalidato dal g.i.p. e sindacato del giudice dibattimentale sui presupposti per il giudizio direttissimo

La Corte costituzionale è stata chiamata due volte, in tempi recenti, ad occuparsi di una questione obiettivamente delicata in materia di **giudizio direttissimo**. Si tratta com'è noto di un rito speciale che prescinde dal vaglio preliminare sulla sostenibilità dell'accusa, posto che l'imputato viene presentato direttamente al giudice del dibattimento. Affinché le ragioni della speditezza non assumano un peso eccessivo, rispetto alle esigenze di completezza dell'indagine preliminare e di piena assicurazione delle opportunità difensive, il rito direttissimo è storicamente costruito su una presunzione di «semplicità» dell'opera di accertamento. Una presunzione attualmente fondata, nel modello tipico regolato dal codice, sulla pregressa confessione dell'imputato, o sull'intervenuta sorpresa di questi nella **flagranza del reato** che gli viene ascritto.

A tale ultimo proposito è stabilito, naturalmente, che la correttezza del provvedimento assunto d'urgenza sia stata accertata dal giudice, di talché assume rilievo il solo **arresto convalidato**. Tanto questo è vero che, quando il giudice dibattimentale adito per il rito direttissimo non ritiene di convalidare l'arresto, gli atti vanno restituiti al pubblico ministero perché proceda con le forme ordinarie (a meno che non vi sia, in senso contrario, l'accordo tra le parti). Analogamente, quando la convalida sia stata richiesta al giudice delle indagini preliminari, la successiva presentazione dell'imputato al giudice del dibattimento è consentita, nel termine di legge, solo per il caso di arresto convalidato.

Proprio questa possibile disgiunzione tra verifica di regolarità dell'arresto e verifica «sostanziale» circa i presupposti del giudizio direttissimo è stata oggetto delle questioni di legittimità costituzionale risolte dalla Corte. Si lamentava, in sostanza, che il **giudice dibattimentale** è costretto a celebrare il rito anche quando, nonostante l'intervenuta convalida ad opera del giudice delle indagini preliminari, **non ritenga legittimo l'arresto** effettuato in danno dell'imputato. Si chiedeva, di conseguenza, una pronuncia manipolatoria dell'art. 449, comma 4, c.p.p., tale da consentire nei casi indicati un provvedimento di restituzione degli atti al pubblico ministero, analogo a quello che il giudice

assume quando gli sia stata direttamente affidata anche la verifica sul provvedimento di arresto. Nell'attuale conformazione, infatti, la disciplina censurata violerebbe l'art. 24 Cost. (in ragione della carente sindacabilità sui presupposti di un rito che comprime le garanzie della difesa) e, per ragioni analoghe, l'art. 111 Cost.

La Consulta ha dichiarato la questione **infondata** con la **sentenza n. 229 del 2010**, e manifestamente infondata con la successiva **ordinanza n. 353 del 2010**.

Questi gli snodi essenziali del ragionamento. Per consolidata giurisprudenza costituzionale, spetta alla discrezionalità legislativa la conformazione degli istituti processuali, salvo il limite della manifesta irragionevolezza. La pienezza del sindacato giudiziale sulla legittimità dell'arresto è assicurata nell'ambito del procedimento di convalida, che contempla la possibilità del ricorso per cassazione contro il relativo provvedimento (comma 4 dell'art. 391 c.p.p.). Da tempo, infine, la stessa giurisprudenza costituzionale ha stabilito che le forme peculiari del giudizio direttissimo non comportano una violazione del diritto di difesa, la cui concreta esplicazione deve atteggiarsi diversamente a seconda delle ragionevoli differenze che possono segnare i modelli procedimentali.

C'è da dire che la pienezza del sindacato giudiziale sui presupposti del rito è un argomento sensibile (basti pensare alle discussioni sui casi di richiesta «tardiva» nelle fattispecie di cd. direttissima atipica), e che la giurisprudenza ha spesso prospettato un rapporto di dipendenza necessaria tra le giustificazioni «sostanziali» del rito e la indiscutibile compressione delle opportunità difensive. Tuttavia le questioni sollevate scontavano un presupposto implicito del tutto asistematico, e cioè che al giudice di merito spetti un sindacato ampio ed invariabile sui provvedimenti introduttivi del giudizio (non è così, ad esempio, per l'evidenza della prova sottesa al decreto di giudizio immediato). Le stesse questioni, d'altra parte, miravano all'introduzione di un meccanismo atipico di controllo giudiziale sul fondamento di un altro provvedimento giudiziale, che avrebbe per inciso generato interferenze non controllabili con il procedimento di convalida.

3.13 Incentivi «premiali» per il consenso all'acquisizione degli atti d'indagine nel fascicolo per il dibattimento

Solo brevi cenni per dare notizia di un intervento della Corte, non il primo, sul tema degli **incentivi premiali** che dovrebbero essere attivati, a parere di alcuni, per incoraggiare la pratica dell'**acquisizione consensuale di atti dell'indagine** preliminare al fascicolo per il **dibattimento**.

Pratica virtuosa, perché utile a concentrare l'istruttoria dibattimentale sulle circostanze realmente controverse, e però non immune da costi nella prospettiva della difesa, soprattutto perché implica la rinunzia al contraddittorio nella fase genetica della prova.

Non a caso, spesso le tensioni nascono (come nella specie) dal **consenso prestato dal difensore**, che non necessita di procura speciale, e dunque può agire anche in assenza dell'imputato. Ferma restando questa regola, da un lato sembra ad alcuni necessario assicurare che la persona sottoposta a giudizio tragga almeno un **vantaggio sul piano sanzionatorio** da una scelta che non ha condiviso. E non v'è dubbio che, anche quando la decisione viene assunta effettivamente dall'accusato, un meccanismo premiale eserciterebbe una funzione di incentivo. Le tensioni si fanno tanto più sensibili quanto maggiore è l'incidenza del materiale di indagine nella composizione del quadro cognitivo utilizzato per la decisione del giudice dibattimentale. In effetti, se l'istruttoria dibattimentale si svuota, la differenza tra «**acquisizione consentita**» (senza sconto di pena) e **giudizio abbreviato** (con riduzione fissa e obbligatoria della pena) diventa davvero evanescente.

In passato era stata tentata la strada della **inibizione per il difensore non procuratore** a prestare il consenso previsto dalla norma censurata, in modo da riservare all'imputato la titolarità esclusiva della scelta. La Corte, però, aveva giudicato infondata la

questione (ord. n. 182 del 2001). Nel caso odierno, come si è visto, il rimettente ha cercato soluzione nel riconoscimento della **riduzione premiale di pena**, che varrebbe tra l'altro a «risarcire» anche l'imputato inconsapevole. Di nuovo, è intervenuta una pronuncia di **manifesta infondatezza**, con l'**ordinanza n. 290 del 2011**.

La Corte si è limitata a ricordare la propria tradizionale giurisprudenza circa **l'ampia discrezionalità** spettante al legislatore nella conformazione degli istituti processuali, ed a richiamare le numerose occasioni nelle quali, a vario fine, è stato negato il fondamento di comparazioni istituite tra **giudizio dibattimentale** e **rito abbreviato**.

Non è mancata, per altro, una prospettazione delle **obiettive differenze** che, almeno sul piano teorico, dividono il **giudizio abbreviato** dalla fattispecie in considerazione. Nell'ambito di quest'ultima, in particolare, l'imputato non perde il diritto di chiedere ed ottenere prove a suo discarico, assunte secondo il rito dibattimentale.

Sembra evidente (più che per la mancata prescrizione di una procura speciale per il difensore che intenda consentire all'acquisizione degli atti) la difficoltà di regolare la materia alla luce di una pretesa «necessità costituzionale». Si è già accennato, d'altra parte, alla **estrema varietà delle situazioni** che possono essere ricondotte alla previsione censurata, dai casi di minima incidenza sulla base cognitiva ai casi di sostanziale integrazione del «giudizio allo stato degli atti». Non sarebbe certo inconcepibile un ragionato intervento di riforma. Ma non è questo, notoriamente, ciò che può chiedersi alla Corte costituzionale.

3.14 Sull'accertamento delle indebite pressioni esercitate sul testimone

Come accade di frequente per la giurisprudenza della Corte costituzionale, una pronuncia di manifesta inammissibilità fornisce spunti di notevole importanza per la ricostruzione di un determinato istituto.

Nel caso della **ordinanza n. 358 del 2010**, utili indicazioni si ricavano quanto alle regole probatorie valevoli per il **procedimento incidentale** finalizzato ad accertare se sussistano le condizioni per l'acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali di un **teste** che si ritenga sottoposto a **violenza, minaccia, offerta di denaro o altra utilità**.

La disciplina della fattispecie è posta all'art. 500 c.p.p., che regola in generale la materia delle **contestazioni nell'esame testimoniale**, e stabilisce, al comma 2, che le dichiarazioni di cui venga data lettura a fini di contestazione possono essere utilizzate al solo fine di valutare la credibilità del teste. Tuttavia il comma 4 dello stesso art. 500, in parziale applicazione dell'art. 111, quinto comma, della Costituzione, stabilisce che le dichiarazioni i cui verbali si trovino nel fascicolo del pubblico ministero possono essere utilizzate, quali prove dei fatti cui si riferiscono, quando sussistono **elementi concreti** di allarme sulla genuinità delle dichiarazioni dibattimentali. Quando cioè, come si accennava, possa ritenersi che il teste abbia subito lusinghe o pressioni di carattere illecito.

Il **procedimento** utile ad accertare la ricorrenza delle condizioni indicate è regolato dal comma 5 dell'art. 500 c.p.p.: il giudice decide senza ritardo, svolgendo gli accertamenti che ritiene necessari, su richiesta della parte, cui è consentito anche di «fornire» i concreti elementi dimostrativi circa la condotta finalizzata all'inquinamento della prova.

Nel caso posto ad oggetto del giudizio principale, il rimettente sospetta indebite pressioni su una teste, che in fase dibattimentale ha ritrattato dichiarazioni accusatorie a carico del convivente. Il sospetto è alimentato dalla specifica indicazione, fornita in istruttoria, circa lo svolgimento di vicende analoghe in precedenti giudizi: la teste sporgeva denunce per maltrattamenti, e poi veniva costretta a negarne il fondamento nei procedimenti conseguentemente instaurati a carico del convivente.

Tanto premesso, il giudice *a quo* ha censurato **il comma 2 dell'art. 500 c.p.p.**, nella parte in cui gli preclude – a suo dire – di utilizzare le dichiarazioni istruttorie per comprovare le pressioni indebite sulla teste e per acquisirne, dunque, le dichiarazioni

originarie.

Ebbene, la Corte ha negato esplicitamente l'applicabilità della norma censurata nel procedimento incidentale, ed ha lasciato chiaramente intendere che esistono soluzioni interpretative utili ad argomentare, piuttosto, in favore della **utilizzabilità di dichiarazioni assunte fuori del contraddittorio** per identificare condotte intimidatorie o corruttive nei confronti del testimone. In effetti, la disciplina dettata dal comma 2 dell'art. 500 c.p.p. attiene al processo principale, che ha come oggetto l'accertamento della responsabilità dell'imputato per i fatti a lui contestati. Le regole probatorie del procedimento incidentale sono espresse piuttosto ai commi 4 e 5 dello stesso art. 500. Ed è abbastanza evidente – anche se la Corte si limita a rilevare come il rimettente non abbia approfondito la questione giuridica sottesa al suo quesito – che si tratta di regole diverse.

È sufficiente, per l'acquisizione delle dichiarazioni istruttorie, che ricorrano «**elementi concreti**» (espressione evidentemente non riconducibile al concetto di prova assunta in contraddittorio). Tali elementi possono emergere **«anche» nel dibattimento**, a significare che, nel contempo, rilevano elementi desumibili da fonti non pertinenti alla sede dibattimentale. Il giudice **svolge direttamente** gli **accertamenti necessari**, ed è possibile anche che gli «elementi concreti» gli vengano forniti dalla parte: dunque che vengano utilizzati **elementi raccolti *aliunde*** e, soprattutto, secondo un procedimento non segnato dal contraddittorio in fase genetica.

Queste, almeno, le indicazioni che emergono dal dibattito giurisprudenziale e dottrinale, sulla base per altro di fattori letterali e sistematici piuttosto univoci. La Corte l'ha ricordato, rimproverando dunque al rimettente di aver male individuato la norma da applicare (cd. ***aberratio ictus***) e di non aver compiuto una «***adeguata ponderazione** del quadro normativo*». Una sorte di sicura inammissibilità per la questione sollevata. Ed un effetto di accredito – per quanto prudente debba essere la lettura delle decisioni in chiave processuale della Consulta – della tesi che le regole probatorie del procedimento incidentale in questione **non** sono quelle dettate per l'accertamento del fatto nel giudizio principale.

3.15 Garanzie per i Parlamentari, intercettazioni telefoniche e acquisizione di tabulati

Lasciate indietro questioni che hanno occupato ampio spazio nelle precedenti versioni di questa relazione (come ad esempio quella del cd. **agente segreto attrezzato per il suono**, o la parziale dichiarazione di illegittimità dell'art. 240 c.p.p. in materia di **intercettazioni «illegali»**), diamo conto qui dei provvedimenti più recenti sul **tema della riservatezza** in rapporto all'**indagine penale**, che poi coincide, in realtà, con la questione delle **immunità parlamentari** in rapporto alle **intercettazioni telefoniche**.

Punto di partenza non può che essere la notissima **sentenza n. 320 del 2007**, con la quale, ricostruendo il sistema introdotto dalla legge 140 del 2003, la Corte aveva in sostanza identificato tre distinte categorie di intercettazioni telefoniche in danno di Parlamentari, ciascuna con un proprio regime di ammissibilità ed utilizzabilità:

a. Le **intercettazioni «dirette»**, cioè quelle concernente utenze riferibili ad un Parlamentare e finalizzate all'ascolto delle sua conversazioni, per le quali la Costituzione e la legge 140 impongono una **autorizzazione preventiva**, della quale, salvo errore, non esistono esempi di applicazione concreta.

b. Le **intercettazioni «indirette»**, cioè attuate riguardo ad utenze non formalmente riferibili al Parlamentare, e però finalizzate proprio a cogliere le comunicazioni di questi, in base alla notizia di una utilizzazione *de facto*, più o meno regolare, delle utenze medesime. Anche in questo caso, deve sussistere una **autorizzazione preventiva** della Camera di appartenenza.

c. Le **«intercettazioni casuali»**, cioè quelle che l'inquirente non aziona intenzionalmente nei confronti del Parlamentare, e per le quali, proprio per questa ragione, non è

concepibile una autorizzazione preventiva. In questi casi, com'è noto, l'art. 6 della legge 140 prevedeva la necessità di una **richiesta di autorizzazione all'uso** processuale delle risultanze. La disposizione aggiungeva che, in caso di diniego, le registrazioni fossero distrutte, così di fatto rendendole inutilizzabili anche nei confronti degli interlocutori non parlamentari. Con la citata sentenza n. 320, la Corte aveva dichiarato illegittima questa disciplina, non avendo alcuna legittimazione costituzionale il «privilegio» accordato a soggetti sprovvisti del mandato parlamentare. Quindi le intercettazioni casuali **non devono essere distrutte**, ferma restando la loro **inutilizzabilità** nei confronti dei Parlamentari nel caso del diniego in tal senso espresso dalla Camera di competenza.

La Corte aveva lasciato intenzionalmente ed esplicitamente impregiudicata la questione della **legittimità** della «prerogativa» riconosciuta ai Parlamentari quanto alle «**intercettazioni casuali**», e cioè della previa necessità dell'autorizzazione all'uso di risultanze acquisite senza violare l'obbligo di autorizzazione preventiva, l'unico imposto dalla Costituzione.

Questo il nodo venuto al pettine, anzitutto, con le **sentenze n. 113 e n. 114 del 2010** su iniziativa del Tribunale di Roma – Collegio per i reati ministeriali (prima sentenza) e del Tribunale di Napoli (seconda sentenza).

Il merito della questione, per altro, non è stato risolto, perché entrambe le sentenze hanno dichiarato una **inammissibilità su base processuale** (difetto di motivazione in punto di rilevanza), e tuttavia dalle sentenze medesime possono essere estratti, con relativa facilità, principi di diritto di capitale importanza nella nostra materia.

In primo luogo. Una intercettazione che nasce **casuale** non necessariamente conserva tale caratteristica per **tutta la sua durata**. Dal momento in cui si constata, o si dovrebbe constatare, che l'indagine in atto consente un controllo sulle conversazioni di un Parlamentare, è dovere dell'Autorità procedente interrompere l'intercettazione e munirsi, se del caso, di autorizzazione preventiva.

Nel caso giudicato a Roma il giudice rimettente aveva in sostanza limitato la propria necessaria valutazione circa il carattere effettivamente «casuale» del controllo discutendo delle circostanze che avevano portato ad avviare l'intercettazione di una determinata utenza, senza chiarire se già risultassero elementi per ipotizzare una sua riferibilità al Parlamentare, e soprattutto senza darsi carico di verificare, di fronte ad un controllo poi proseguito nel tempo e con ripetute conversazioni del Parlamentare in questione (poi addirittura iscritto nel registro degli indagati) se l'indagine fosse rimasta «casuale».

Il caso napoletano definito con la sentenza n. 114, già citata, presenta un profilo ovvio, e cioè che il giudice non può limitarsi a constatare l'**intestazione formale** di una utenza a persona priva di mandato parlamentare. Ma v'è anche una rilevante puntualizzazione quanto ad un principio già espresso dalla sentenza 320, e cioè che non può escludersi a priori il carattere causale di una intercettazione per il sol fatto che la stessa sia stata disposta in un procedimento che già veda **indagato il Parlamentare poi intercettato**. Il principio resta valido, ma la Corte afferma che è necessaria una particolare severità di controllo in chiave di contrasto a comportamenti elusivi degli inquirenti.

Anche per una ulteriore eccezione sollevata dall'Autorità giudiziaria napoletana – valutata successivamente a quelle in esame – la Corte ha preteso informazioni di dettaglio per verificare la effettiva «casualità» delle acquisizioni in danno del Parlamentare, elencando una serie di **fattori sintomatici** a tale proposito: la preesistente iscrizione del Parlamentare nel registro degli indagati, il grado di prossimità dell'intestatario formale dell'utenza, il numero e la frequenza delle comunicazioni coinvolgenti il Parlamentare, ecc. (**ordinanza n. 263 del 2010**).

Una nuova riflessione della Corte sui **criteri legittimi per il rifiuto dell'autorizzazione** ad utilizzare intercettazioni «causali» dovrebbe intervenire a breve. La vicenda

è quella di un noto Parlamentare campano, attualmente sottoposto a giudizio per una accusa di associazione di tipo mafioso, anche sulla base di **conversazioni telefoniche** intercettate nel corso delle indagini.

L'Autorità giudiziaria aveva chiesto alla **Camera dei deputati** l'autorizzazione a fare uso processuale delle intercettazioni, ma la stessa Camera, il 22 settembre 2010, ha **rifiutato l'autorizzazione** richiesta. Stando alla descrizione della vicenda che si rinviene nel ricorso del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, di cui subito dirò, il Parlamento avrebbe motivato il rifiuto anche con riferimenti «*alla "scemata" **idoneità probatoria** di intercettazioni risalenti nel tempo, alla presunta mancanza di novità o di decisività del relativo apporto probatorio, alla ritenuta **fragilità dell'impianto accusatorio** e ad altri criteri discrezionalmente prescelti*».

Come si accennava, il Tribunale ha promosso **conflitto tra poteri**, chiedendo alla Corte di accertare come non spettasse alla Camera dei deputati di negare l'autorizzazione in base ai criteri poco sopra riassunti.

La Corte, con la **ordinanza n. 327 del 2011**, ha dichiarato ammissibile il conflitto. Potrebbe essere l'occasione, sempre che si superi la soglia della ammissibilità (e della procedibilità), per un ulteriore chiarimento del pensiero del Giudice della leggi sulla delicata materia.

Nella recente giurisprudenza costituzionale si rinviene anche una decisione concernente la materia – risultata per certi versi ancor più spinosa – dell'acquisizione e della utilizzazione dei **tabulati telefonici** riguardo a **Parlamentari** della Repubblica.

La **fattispecie concreta** ha avuto notevole risonanza, anche per l'importanza delle indagini sul cui sfondo si colloca. L'ipotesi d'accusa è che un sottosegretario alla Giustizia, membro del Senato, ebbe ad avvertire Tizio, tramite Caio, che l'Autorità giudiziaria di Milano stava effettuando intercettazioni telefoniche in suo danno. Dunque, ipotesi di favoreggiamento personale. Il sottosegretario avrebbe agito in concorso con Mevio. È stato proprio il «favoreggiato» a raccontare agli inquirenti di avere appreso delle indagini che lo riguardavano da Caio e da Mevio, i quali avevano specificato che fonte d'informazione sarebbe stata il sottosegretario. In effetti, nel periodo compatibile con gli avvenimenti *de quibus*, i tabulati di una utenza in uso a Mevio evidenziavano ripetuti contatti con il sottosegretario.

Ebbene, il Giudice per le indagini preliminari di Roma aveva chiesto al Senato l'autorizzazione ad utilizzare nei confronti del sottosegretario le risultanze del già acquisito tabulato di Mevio. Il pubblico ministero, dal canto proprio, aveva chiesto al Senato l'autorizzazione ad acquisire i tabulati direttamente concernenti le utenze in uso al sottosegretario.

Le due richieste sono state esaminate congiuntamente dal **Senato**, che, con deliberazione del 21 dicembre 2007, ha **negato entrambe le autorizzazioni**, in conformità alla proposta, adottata all'unanimità, dalla Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari.

Gli uffici giudiziari hanno sollevato distinti conflitti di attribuzione, dichiarati dalla Corte ammissibili, ma poi nel merito respinti con la **sentenza n. 188 del 2010**.

La Corte ha rilevato come la legge n. 140 del 2003 prescriva che tanto il compimento – nei confronti diretti del Parlamentare – dell'atto da autorizzare preventivamente (artt. 4 e 5), quanto l'autorizzazione all'utilizzazione nei confronti del Parlamentare stesso di un atto già compiuto nei confronti di altro soggetto (art. 6), debbano essere assistiti da un criterio di **«necessità»** (in tale senso dovendosi intendere anche l'espressione «quando occorre», recata dal comma 1 dell'art. 4).

Va detto che la delibera del Senato è pressoché interamente centrata su di un **sindacato di merito** della necessità dell'utilizzazione e dell'acquisizione. La Corte ha ammesso che, invece, la relativa valutazione spetta all'Autorità giudiziaria. Quest'ultima, tuttavia, deve effettuare un bilanciamento tra l'esigenza investigativa e la direttiva costituzionale

di protezione delle comunicazioni dei Parlamentari, documentando, attraverso adeguata motivazione, di avere effettuato quel bilanciamento e di averlo effettuato in modo corretto. Ciò considerando anche la specifica ed elevata capacità intrusiva dei tabulati, che segnalano non solo i contatti, ma anche gli spostamenti dell'interessato.

Ecco il passaggio forse più chiaro: «*la Camera deve poter rilevare, dall'esame della richiesta (e degli eventuali allegati), che sussistono sia il requisito, per così dire, "negativo" dell'assenza di ogni intento persecutorio o strumentale della richiesta, sia quello, per così dire, "positivo" della affermata "necessità" dell'atto, motivata in termini di non implausibilità*».

Ebbene, la richiesta del **Gip di Roma** sarebbe stata giustamente respinta dal Senato, perché tutta motivata in termini di «pertinenza» dell'elemento di prova, e non, come sarebbe stato necessario, in chiave di necessità della sua utilizzazione.

Vero che il Senato avrebbe "ecceduto" (ma la Corte è ancora più cauta) aggiungendo una propria valutazione di necessità della prova nell'economia del giudizio. Bisogna anche ammettere che il giudice ricorrente, con la propria richiesta, si era impegnato in una riflessione sul carattere «aprioristico» di ogni valutazione di pertinenza della prova, forse preoccupato di non esprimere pregiudizi, ma certo non si trattava di una prospettiva particolarmente utile in un contesto ove il significato cognitivo della acquisizione era già del tutto conosciuto, e si discuteva in meri termini di utilizzabilità.

La Corte, come si accennava, ha respinto anche il ricorso della **Procura di Roma**. La delibera senatoriale impugnata rilevava come «*la necessità di acquisire i predetti tabulati venga enunciata senza dar conto adeguatamente delle ragioni della stessa, limitandosi ad affermare l'utilità al fine di individuare non meglio specificati elementi di riscontro e, in particolare, al fine di identificare l'eventuale fonte originaria della notizia*». E si aggiungeva che: «*negli atti trasmessi non vi è nulla che consenta di comprendere sulla base di quali elementi il Pubblico ministero abbia formulato la supposizione che il senatore XY sia stato informato telefonicamente dell'esistenza di un'attività di intercettazione a carico del Tizio o abbia informato telefonicamente il Mevio*».

La Corte, dal canto proprio, osserva che «*la richiesta della Procura aveva formulato l'assunto in termini, appunto, di "necessità assoluta" con riguardo ad una estensione assai ampia degli atti da compiere, limitati sì, ma solo con riguardo al periodo "interessato", mentre erano diretti genericamente e onnicomprensivamente "ai tabulati delle comunicazioni telefoniche intercorse su tutte le utenze fisse e mobili in uso al senatore XY*», «*senza alcuna previa indicazione specificativa – ad esempio – tra quelle private e quelle professionali o di appartenenza istituzionale, tra quelle in uso esclusivo o in uso promiscuo; il tutto, con una evidente idoneità intrusiva e senza alcuna particolare spiegazione*».

Insomma, l'Autorità giudiziaria non avrebbe offerto una motivazione dimostrativa del bilanciamento che pure è ad essa riservato. Ciò anche considerando l'assenza di indicazioni sulla rinuncia a **forme alternative di investigazione**.

3.16 Giudice di pace e processo penale: sui limiti di rilevanza della connessione

A proposito del **processo penale avanti al giudice di pace**, vanno segnalati alcuni provvedimenti che, da punti di vista diversi, pongono in evidenza una comune avversione per la scelta legislativa di **tendenziale irrilevanza della connessione** a fini di determinazione della competenza.

Per rimanere ai provvedimenti più recenti, possono ricordarsi ad esempio questioni mirate a trasferire alla cognizione del giudice professionale reati legati ad altri, di competenza appunto del tribunale o della corte di assise, dal **vincolo della continuazione**. La Corte, con la **sentenza n. 64 del 2009**, aveva risposto in termini di infondatezza, pur non mancando di avanzare critiche in punto di opportunità della scelta legislativa (scelta che però sarebbe sindacabile della Corte, come è stato affermato in numerosissimi casi proprio discutendo di regole di competenza, solo in caso di manifesta irrazionalità,

essendo la materia rimessa ad una «ampia» discrezionalità del legislatore). La Corte si era resa conto, in particolare, che la disciplina provoca in certi casi assurde **duplicazioni di procedimenti**. Nella specie la scelta legislativa era stata giustificata in quanto finalizzata a «*valorizzare le peculiarità della giurisdizione penale del giudice di pace, la quale si connota - oltre che per la presenza di un autonomo apparato sanzionatorio - anche e soprattutto per le accentuate particolarità del rito, che, nei loro tratti di semplificazione e snellezza, esaltano la funzione conciliativa del giudice onorario*». Il legislatore ha ritenuto che l'interesse al *simultaneus processus* dovesse prevalere solo nel caso di **concorso formale di reati**, perché si fonda addirittura sull'unità naturalistica della condotta. Proprio per tale ultima ragione si era considerata infondata la comparazione, istituita dai rimettenti, tra il trattamento del concorso formale e quello di altre forme di connessione.

Neppure si era accettata la censura fondata sul rilievo che, a differenza di quanto attiene avanti al giudice professionale, diviene difficile ottenere il riconoscimento della continuazione, posto che lo stesso può comunque intervenire in fase esecutiva. Gli stessi argomenti, su questione sostanzialmente identica, sono stati ribaditi dalla Corte con la più recente **ordinanza n. 56 del 2010**.

La scelta legislativa è stata attaccata anche con riguardo alla irrilevanza della connessione fondata sull'essere **i reati commessi dagli agenti gli uni in danno degli altri**. Anche qui la Corte, con la **ordinanza n. 68 del 2009**, aveva dichiarato la questione manifestamente infondata. In sostanza, il rimettente aveva confuso un caso concernente la riunione di procedimenti con le fattispecie cd. di **connessione eterogenea**, cioè utile a determinare spostamenti di competenza, ed ha costruito la sua eccezione sulla pretesa disparità di trattamento tra i reati rimessi alla cognizione del giudice di pace e quelli assegnati alla competenza del giudice ordinario.

In realtà, come tutti sanno (o dovrebbero sapere), «*né davanti al giudice di pace, né davanti ai giudici superiori è prevista la possibilità di procedere alla riunione di processi relativi a reati commessi da più persone in danno reciproco, in deroga alle ordinarie regole sulla competenza per materia o per territorio*».

Un provvedimento più recente, e cioè la **ordinanza n. 252 del 2010**, sembra postulare che la competenza esclusiva del giudice di pace giunga finanche a limitare i **poteri di cognizione del fatto dequalificato** in capo al giudice di competenza superiore, secondo un principio che, come subito vedremo, incide perfino sulla *perpetuatio iurisdictionis* nei casi di concorso formale tra reato di competenza del giudice di pace e reato munito di *vis actractiva* presso il giudice «superiore».

Nella specie il rimettente aveva ragionato come segue: si contesta all'imputato, per un fatto successivo all'8 agosto 2009, il delitto di cui all'art. 14, comma 5-*ter* del T.u. in materia di immigrazione; in realtà il delitto non sussiste, perché nella specie l'inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore era dovuta ad un «giustificato motivo»; residua però una responsabilità ex art 10-*bis* dello stesso T.u., data l'illegittimità del soggiorno e l'irrilevanza del giustificato motivo nell'economia della nuova fattispecie contravvenzionale; eccepisco, tuttavia, circa l'illegittimità dell'omessa previsione della causa di non punibilità (*supra*).

Ebbene, la Corte ha risposto, dopo aver ricordato che il reato di cui all'art. 10-*bis* appartiene alla competenza del giudice onorario: «*ciò comporta l'operatività della disposizione di cui all'**art. 48 del d.lgs. n. 274 del 2000**, la quale – in deroga alla disciplina generale relativa alla cosiddetta incompetenza per eccesso (artt. 23, comma 2, e 521, comma 1, del codice di procedura penale) – stabilisce che, «in ogni stato e grado del processo, se il giudice ritiene che il reato appartiene alla competenza del giudice di pace, lo dichiara con sentenza e ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero […] pertanto, alla luce di tale disposizione, il rimettente non potrebbe comunque conoscere della fattispecie criminosa prevista dalla norma impugnata (e, in particolare, condannare per essa l'imputato),*

in quanto incompetente per materia».

In altre parole, se il giudice professionale, in ragione di una **diversa qualificazione giuridica del fatto** contestato, si accorge che la competenza apparterrebbe al giudice di pace, non può conoscere egli stesso del reato, come solitamente avviene, ma **deve dichiararsi incompetente**, e trasmettere gli atti al pubblico ministero.

Non risulta che il principio fosse già stato affermato dalla giurisprudenza di legittimità.

Il principio è stato invece ribadito, e in certo senso reso ancor più estremo, con la **ordinanza n. 318 del 2010**.

Come si ricorderà, il provvedimento rappresenta uno dei molti mediante i quali la Corte ha definito le questioni sollevate a proposito della nuova fattispecie di soggiorno irregolare dello straniero (art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998).

Nella specie, e contrariamente alla norma, il rimettente era un Tribunale e non un giudice di pace, e ciò grazie ad un marchingegno piuttosto chiaramente finalizzato a sollevare la questione «di merito» sulla nuova incriminazione. Il Tribunale infatti procedeva per il delitto di cui all'art. 14, comma 5-*ter* (inosservanza dell'ordine di allontanamento), ma aveva ammesso la contestazione in udienza, a **titolo di concorso formale**, dell'ulteriore reato di cui all'art. 10-*bis*. Tutto a posto, si era detto: l'ipotesi del concorso formale, per quanto sia l'unica, legittima la **competenza superiore** in merito alla fattispecie di ordinaria attribuzione al giudice di pace.

Poi il Tribunale aveva deciso che l'imputato si fosse reso inottemperante all'ordine di allontanamento in ragione di un **giustificato motivo**, ed aveva di conseguenza prosciolto l'imputato dal relativo delitto. Ed ecco la parte finale della «operazione»: residua una imputazione per il reato contravvenzionale, sulla quale non incide la clausola del giustificato motivo in quanto assente dalla relativa previsione incriminatrice; vi sarebbe assoluzione qualora la Consulta dichiarasse illegittima l'omessa previsione; dunque è rilevante, oltre che non manifestamente infondata, una questione di legittimità costituzionale.

La Corte non è stata al gioco: **a)** Non può essere attendibilmente prospettato un rapporto di concorrenza (formale) tra il delitto di cui all'art. 14-*ter* e la contravvenzione di cui all'art. 10-*bis*, essendo le due fattispecie alternative, ed in particolare atteggiandosi la contravvenzione quale reato sussidiario; **b)** Quand'anche si attivasse una valida **competenza per attrazione** del reato attribuito al giudice onorario, lo scioglimento del vincolo con il reato munito di *vis actractiva* – contrariamente a quanto normalmente avviene dopo l'elevazione dell'accusa in base al principio della cd. *perpetuatio iurisdictionis* – comporterebbe l'obbligo per il giudice superiore di dichiarare la propria incompetenza e di trasmettere gli atti al pubblico ministero, secondo quanto disposto dal già citato art. 48 del d.lgs. n. 274 del 2000.

Regola processuale importante e, salvo errore, non ancora enunciata.

Regola che, nel giudizio *a quo*, comportava la manifesta irrilevanza della questione sollevata dal Tribunale.

Il concetto è stato ribadito dalla Corte con la recente **ordinanza n. 144 del 2011**, che si segnala anche riguardo ad una sorta di «ripasso», nel senso della manifesta infondatezza o della manifesta inammissibilità, di molte delle questioni poste, negli ultimi due anni, a proposito dell'art. 10-*bis* del T.u. in materia di immigrazione.

3.17 (segue) Contestazioni «tardive» e tempestiva riparazione del danno

Trattiamo infine, con riguardo al processo penale innanzi al **giudice di pace**, un problema che rappresenta in verità una *vexata quaestio*, e cioè quello delle **contestazioni tardive**, per tali intendendosi le modifiche (o le addizioni) recate all'imputazione sulla scorta di elementi dei quali il pubblico ministero già disponeva al momento di formulazione del capo di accusa. La tendenziale ammissibilità delle modifiche, anche

dopo che sono maturate **soglie preclusive** per l'accesso a riti speciali o comunque per il compimento di scelte suscettibili di recare vantaggio all'accusato, pone problemi di effettività del diritto di difesa, il cui esercizio è naturalmente orientato dal tenore dell'accusa elevata.

Nel caso di specie il rimettente poneva il problema con riguardo alle **condotte riparatorie** disciplinate dall'art. 35 del d.lgs. n. 274 del 2000. Tali condotte, che possono condurre alla **estinzione del reato**, devono essere antecedenti all'udienza di comparizione, a meno di una dimostrata impossibilità di provvedere tempestivamente, nel qual caso il giudice sospende il giudizio ed assegna un termine per la bisogna.

Ora, il soggetto che abbia scelto di non riparare il danno in base ad una determinata imputazione, nel caso di **contestazione tardiva** può trovarsi a rispondere di un diverso reato, senza che per esso sia più possibile sperimentare il percorso di riparazione.

È chiara – al di là del tenore del provvedimento di rimessione – la eco della giurisprudenza costituzionale concernente gli artt. 516 e 517 c.p.p. In estrema sintesi, la Corte costituzionale ha dapprima stabilito che nel caso di contestazione tardiva l'imputato dovesse considerarsi in termini per la richiesta di patteggiamento, poi che lo stesso dovesse valere per la domanda di oblazione e più recentemente, per la richiesta di giudizio abbreviato. Con la prima pronuncia, riguardante il patteggiamento, la Corte aveva previsto la possibilità di reiterare una domanda già presentata, in caso di mutamento dell'imputazione, a prescindere dal carattere tardivo della nuova imputazione.

Ebbene, il giudice di pace rimettente avrebbe voluto una pronuncia analoga per il **«rito riparatorio»**: una dichiarazione di illegittimità, in riferimento agli art. 3, 24 e 111 Cost., del «combinato disposto» degli art. 516 c.p.p. e 35 d.lgs. n. 274 del 2000, «*nella parte in cui non prevedono che, in caso di modifica del capo di imputazione nel corso del dibattimento, anche quando la nuova contestazione concerna un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale ovvero quando l'imputato abbia tempestivamente e ritualmente proposto la definizione anticipata del procedimento in ordine alle originarie imputazioni, [egli] possa usufruire [del] vero e proprio rito alternativo*» previsto dall'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000, dal momento che la previsione in parola «*non [ne] consente l'ammissione (…) oltre l'udienza di comparizione*».

La Corte costituzionale, con la **sentenza n. 206 del 2011**, ha dichiarato **inammissibile** la questione. Ciò essenzialmente in base all'argomento – che personalmente non ritengo indiscutibile – delle **differenze tra l'istituto della riparazione** e quei riti speciali evocati dal giudice *a quo* quali *tertia comparationis*, nella versione per essi scaturita dalle già ricordate decisioni manipolative della stessa Corte costituzionale. Vorrei ricordare che l'**oblazione**, la quale estingue il reato al pari della condotta riparatoria, non è a sua volta un rito speciale.

Inoltre, la Corte ha voluto osservare che «*il perfezionamento delle condotte riparatorie non dipende normalmente dal contenuto dell'imputazione*», e che può intervenire «*anche prima dell'esercizio dell'azione penale*». Rilievo corretto, ma la Corte stessa ha poi rilevato che potrebbe esservi «dipendenza» fra la formulazione dell'imputazione e la condotta riparatoria, come avviene «*nel caso in cui l'insufficiente determinazione del danno da risarcire sia stata determinata dalla descrizione del fatto contenuta nell'originaria imputazione, diversa da quella emergente in seguito alle nuove contestazioni*». Aggiungerei che la valutazione comparativa tra **rischio di pena e costi della riparazione** viene ovviamente effettuata in base alla qualificazione del fatto espressa nell'imputazione, e può risultare fortemente squilibrata quando interviene un mutamento essenziale quanto ad uno dei termini della questione.

Ad ogni modo, come detto, e sebbene la Corte abbia voluto orientarsi per una valutazione **negativa sul piano dell'ammissibilità**, i rilievi spesi nella motivazione della sentenza esprimono con sufficiente chiarezza un giudizio di infondatezza della questione sollevata.

Angela Colella

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: l'ambito di applicazione dei diritti convenzionali (art. 1 CEDU)

Sommario

1. I limiti spaziali e temporali di applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 2. La competenza *ratione loci* della Corte. – 3. La competenza *ratione temporis* della Corte.

1 I limiti spaziali e temporali di applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Ai sensi dell'art. 1 Cedu, gli Stati firmatari "riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al titolo primo della presente Convenzione".

L'applicazione dei diritti e delle libertà sanciti dalla Cedu, dunque, è subordinata al fatto che il soggetto che li invoca – sia egli cittadino o straniero – sia soggetto alla giurisdizione di uno Stato membro.

Vengono allora in rilievo le pronunce del triennio 2008-2010 nelle quali la Corte si è occupata di definire – senza mutamenti di rilievo rispetto alla propria giurisprudenza precedente – i limiti spaziali e temporali di applicazione della Convenzione.

2 La competenza *ratione loci* della Corte

La nozione di giurisdizione di cui all'art. 1 Cedu coincide, in linea di principio, con quella di sovranità territoriale: come la Corte ha ribadito nella decisione sul caso *Banković*[1] del 2001, se i redattori della Convenzione europea avessero voluto prescindere da qualsiasi legame con il territorio sul quale lo Stato membro esercita la propria sovranità essi avrebbero adottato una formulazione scevra da riferimenti alla "giurisdizione" (come quella delle quattro Convenzioni di Ginevra, ad essa coeve).

Ciò non toglie, tuttavia, che – accanto al criterio principale della sovranità territoriale – coesistano altri criteri, che possono operare in via eccezionale qualora lo richiedano le specifiche circostanze del caso concreto: è quel che accade, ad esempio, quando lo Stato membro eserciti un controllo effettivo, o quantomeno un'influenza dominante, sul territorio di uno Stato estero[2], o quando la condotta violativa della Convenzione sia stata posta in essere da soggetti ad esso riferibili, che si trovino ad operare su detto territorio[3].

Tra le ipotesi di applicazione cd. extraterritoriale della Convenzione del triennio 2008-2010 meritano senz'altro menzione le sentenze rese nei casi *Al-Saadoon e Mufdhi*

1. Dec. 19 dicembre 2001, *Banković e altri c. Belgio e altri 16 Stati membri* (ric. n. 52207/99).
2. Sent. 8 luglio 2004, *Ilaşcu e altri c. Moldavia e Russia* (ric. n. 48787/99); sent. 3 giugno 2008, *Andreas Manitaras e altri c. Turchia* (ric. 25781/94); sent. 2 marzo 2010, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito* (ric. n. 61498/08); sent. 29 marzo 2010, *Medvedyev e altri c. Francia* (ric. n. 3394/03).
3. Sent. 12 maggio 2005, *Öcalan c. Turchia* (ric. n. 46221/99); sent. 29 marzo 2010, *Medvedyev e altri c. Francia* (ric. n. 3394/03).

c. Regno Unito[4] (relativo alla consegna alle autorità irakene, da parte delle forze di occupazione britanniche di stanza in Iraq, di due funzionari del partito Ba'ath, perché fossero processati per crimini di guerra; crimini per i quali non poteva escludersi la condanna alla pena capitale); *Saadi c. Italia*[5] (che concerneva l'espulsione di un sospetto terrorista verso un Paese in cui questi avrebbe corso un rischio apprezzabile di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti); *Iskandarov c. Russia*[6] (riguardante invece un'ipotesi di "*extraordinary rendition*"); *Medvedyev e altri c. Francia*[7] (relativa all'abbordaggio e al successivo dirottamento da parte della marina francese di una nave cambogiana, sospettata di trasportare sostanze stupefacenti), delle quali si tratterà approfonditamente nei contributi in tema di artt. 2, 3 e 5 Cedu.

In tali occasioni, per quel che qui interessa, la Corte ha ribadito il principio – ormai consolidato nella propria giurisprudenza[8] – secondo il quale ciascuno Stato firmatario potrà essere chiamato a rispondere della violazione di una norma convenzionale anche qualora i fatti da cui essa è scaturita si siano verificati (o avrebbero potuto verificarsi, nel caso di violazioni potenziali) sul territorio di uno Stato terzo, a patto che l'esposizione del ricorrente alla suddetta violazione (o quantomeno al rischio di verificazione della stessa) trovi origine in una condotta direttamente imputabile allo Stato contraente.

Vale peraltro la pena di precisare come, fino a questo momento, la Corte si sia mostrata piuttosto riluttante a riconoscere la responsabilità degli Stati contraenti a fronte di condotte da questi compiute in esecuzione di obblighi sovranazionali.

Emblematica, a tal proposito, la decisione *Berhami e Berhami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*[9] del 2007, in cui la grande camera ha affermato il principio secondo cui la Convenzione europea non demanda alla Corte il compito di pronunciarsi in relazione alle azioni od omissioni degli Stati firmatari che siano coperte da risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e che siano state commesse prima o durante le missioni autorizzate dalla stessa organizzazione: si avrebbe, altrimenti, un'indebita ingerenza nell'attività dell'ONU.

Sulla stessa linea d'onda si pone – con riferimento al diritto dell'UE – la sentenza *Bosphorus Airlines c. Irlanda* del 2005, in cui la grande camera ha introdotto una presunzione (relativa) di conformità del diritto dell'UE ai diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, essendo quest'ultima parametro di legalità dello stesso diritto dell'UE[10].

Quest'impostazione – tutta all'insegna del *self restraint* – pare, nondimeno, destinata a mutare nel prossimo futuro, almeno con riferimento al diritto di fonte UE, a seguito dell'adesione dell'Unione alla CEDU: la sentenza resa dalla grande camera nel caso *M.S.S. c. Grecia e Belgio*[11] del gennaio 2011, in cui la Corte ha declinato un vero e proprio obbligo di interpretazione conforme di un regolamento comunitario al diritto di Strasburgo, sembra in qualche misura preannunciare i suddetti sviluppi.

3

Per quel che concerne invece la competenza *ratione temporis* della Corte, conviene prendere le mosse dalla sentenza *Silih c. Slovenia*[12] dell'aprile 2009. Il caso di specie ri-

4. Sent. 2 marzo 2010, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito* (ric. n. 61498/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 768.
5. Sent. 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia* (ric. n. 37201/06).
6. Sent. 23 settembre 2010, *Iskandarov c. Russia* (ric. n. 17185/05). Sia consentito rinviare sul punto ad A. Colella, *Dalla Corte di Strasburgo una severa condanna delle "extraordinary renditions"*, pubblicato su questa *Rivista* in data 6 novembre 2010.
7. Sent. 29 marzo 2010, *Medvedyev e altri c. Francia* (ric. n. 3394/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 774, in cui la grande camera ha ribadito sostanzialmente le posizioni espresse nella precedente sent. 10 luglio 2008, *Medvedyev e altri c. Francia* (ric. n. 3394/03), in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2008, p. 1301.
8. Cfr. sul punto D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit., p. 804 ss.
9. Dec. 31 maggio 2007, *Berhami e Berhami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia* (ric. nn. 71412/01 e 78166/01).
10. Sulla vicenda, cfr. C. Sotis, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in V. Manes – V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 131 ss.
11. Sent. 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Grecia e Belgio* (ric. n. 30696/09). Cfr. sul punto L. Beduschi, *Immigrazione e diritto di asilo: un'importante pronuncia della Corte di Strasburgo mette in discussione le politiche dell'Unione Europea*, pubblicato su questa *Rivista* in data 9 maggio 2011.
12. Sent. 9 aprile 2009, *Silih c. Slovenia* (ric. n. 71463/01).

guardava la morte in ospedale del figlio di uno dei ricorrenti, appena ventenne, morto in ospedale di shock anafilattico, probabilmente per via di una reazione allergica a uno dei medicinali in precedenza somministratigli da una guardia medica per curare l'orticaria. Il procedimento penale per colpa medica era stato archiviato per mancanza di prove, mentre quello civile si era concluso dopo oltre 11 anni senza che i ricorrenti ottenessero alcun risarcimento.

La grande camera ha in quell'occasione confermato la statuizione della terza sezione, che nel giugno del 2007 aveva riscontrato una violazione procedurale dell'art. 2 Cedu. Quel che più rileva ai nostri fini è, tuttavia, il passaggio motivazionale in cui la Corte si è soffermata sull'eccezione di difetto di giurisdizione *ratione temporis* sollevata dal Governo sloveno, che rilevava come la morte del giovane fosse avvenuta più di un anno prima della ratifica della Convenzione e che, pertanto, la Corte non avesse giurisdizione neppure in merito ai procedimenti civili e penali successivamente instaurati.

La Corte, richiamando in particolare la sentenza *Blečić c. Croatia* [13] del marzo 2006, ha ribadito che le disposizioni della Convenzione non sono vincolanti per gli Stati contraenti in relazione ad atti o fatti che abbiano avuto luogo prima della ratifica della Convenzione o del Prot. n. 11 (che, com'è noto, ha introdotto il diritto di ricorso individuale), e più in generale per situazioni che siano cessate prima di tale data[14]. Tale principio generale del diritto internazionale consuetudinario, codificato all'art. 28 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, può certo ritenersi consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo, che nondimeno introduce un temperamento nell'ipotesi in cui il fatto verificatosi prima della ratifica abbia una connessione con vicende successive che costituiscano oggetto esclusivo del ricorso e dello scrutinio della Corte europea.

Nel caso di specie, la Corte – riconoscendo alla violazione procedurale dell'art. 2 Cedu carattere autonomo – ha pertanto ritenuto di avere giurisdizione *ratione temporis* in riferimento all'effettività dei procedimenti instaurati per far luce sulle cause della morte del giovane (entrambi in epoca successiva alla ratifica della Convenzione da parte della Slovenia), e di non potersi invece pronunciare sul profilo sostanziale di violazione di detta norma perché la morte stessa si era verificata precedentemente alla suddetta ratifica.

Nella successiva sentenza *Varnava e altri c. Turchia*[15], la Corte ha applicato il medesimo principio di diritto in riferimento alla sparizione di nove cittadini ciprioti avvenuta nel 1974 ad opera, presumibilmente, dell'esercito turco, che aveva occupato la parte settentrionale dell'isola. La grande camera ha respinto l'eccezione sollevata dal governo turco, secondo il quale la Corte non avrebbe avuto giurisdizione *ratione temporis* perché i fatti oggetto del ricorso si erano verificati anteriormente al riconoscimento da parte della Turchia del diritto di ricorso individuale, intervenuto solo nel 1987: l'obbligo procedurale di investigare sulla scomparsa di una persona in circostanze misteriose ha infatti natura continuativa, e permane finché non si abbiano notizie della sorte della stessa.

Nel caso di specie, dunque, poiché al momento del riconoscimento da parte del diritto di ricorso individuale della Turchia non vi era la prova che le persone scomparse fossero morte, la grande camera ha potuto effettuare il proprio scrutinio sulla violazione procedurale nascente dagli artt. 2 e 5 Cedu senza incorrere in alcuna applicazione retroattiva della Convenzione. La circostanza che il rilevante lasso di tempo intercorso dalla sparizione dei cittadini ciprioti potesse far presumere la morte degli stessi in epoca precedente al 1987 non ha assunto, agli occhi della Corte, alcun significato, perché non è certo valsa a far venir meno gli obblighi di indagine scaturenti dalle citate norme convenzionali.

13. Sent. 8 marzo 2006, *Blečić c. Croazia* (ric. n. 59532/00).
14. Cfr. sul punto D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, p. 801 ss.
15. Sent. 18 settembre 2009, *Varnava e altri c. Turchia* (ric. nn. 16064/90; 16065/90; 16066/90 e altri), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1958 ss.

Angela Colella

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla vita (art. 2 CEDU)

Sommario

1. L'ambito di applicazione dell'art. 2 Cedu. – 2. La pena di morte e i limiti all'estradizione e all'espulsione. – 3. I limiti all'uso della forza e delle armi. – 3.1. I limiti all'uso delle armi e della forza letale da parte degli agenti delle forze dell'ordine. – 3.2. Gli obblighi relativi alla pianificazione delle operazioni di polizia che incombono sui vertici delle forze dell'ordine. – 3.3. I limiti alla discrezionalità legislativa nella configurazione di 'esimenti' che incidano sulla tutela del diritto alla vita . – 4. Gli obblighi di protezione "rafforzata". – 5. Gli obblighi positivi di tutela a fronte di situazioni pericolose. – 5.1. Gli obblighi di tutela a fronte del pericolo identificato per la vita di persone determinate. – 5.2. L'obbligo di difendere la società intera dalle azioni di pericolosi criminali che scontano la pena della detenzione. – 5.3. Gli obblighi di protezione a fronte di attività pericolose o di calamità naturali. – 6. Gli obblighi procedurali. – 6.1. Gli obblighi procedurali a fronte di violazioni dolose dell'art. 2 Cedu. – 6.1.1. La proporzione tra la pena inflitta e la gravità del fatto di reato. – 6.1.2. La necessità dell'accertamento di eventuali "responsabilità di vertice". – 6.1.3. La durata del processo. – 6.1.4. L'effettività del ricorso: i rapporti tra l'art. 2 e l'art. 13 Cedu. – 6.2. Gli obblighi procedurali a fronte di violazioni colpose dell'art. 2 Cedu. – 7. Le decisioni terapeutiche. – 7.1. Le decisioni di fine-vita. – 7.2. Lo sciopero della fame dei detenuti. – 8. L'aborto.

1 L'ambito di applicazione dell'art. 2 Cedu

Prima di analizzare il vastissimo repertorio giurisprudenziale del triennio 2008-2010 in tema di art. 2 Cedu pare indispensabile una precisazione: l'art. 2 della Convenzione si applica anche alle ipotesi in cui è ravvisabile un mero *pericolo per la vita*[1]. Deve trattarsi, tuttavia, di un pericolo *particolarmente grave*, caratterizzato dai requisiti dell'*attualità* e della *specificità*: un pericolo generico, ipotetico o futuro non integra infatti una violazione della norma in parola.

Paradigmatico in proposito, tra quelli affrontati dalla Corte nell'ultimo triennio, il caso *Evrim Öktem c. Turchia*[2]: i giudici di Strasburgo hanno analizzato la vicenda sotto l'angolo visuale dell'art. 2 Cedu ancorché la ricorrente – inseguita insieme ad altri studenti da una pattuglia di poliziotti – fosse stata *soltanto ferita* da uno dei colpi esplosi dagli agenti, in ragione del fatto che aveva effettivamente corso un grave pericolo per la vita (perché la pallottola avrebbe potuto attingerla in una zona vitale, uccidendola).

Similmente, nella sentenza *Vasil Sashov Petrov c. Bulgaria*[3] la Corte ha ravvisato una violazione sostanziale dell'art. 2 Cedu in relazione ai colpi di pistola esplosi da agenti delle forze dell'ordine per bloccare la fuga del ricorrente (sorpreso mentre tentava di

1. Per una sintetica analisi dei *leading cases* e dei più significativi precedenti, cfr. D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, p. 53.
2. Sent. 4 novembre 2008, *Evrim Öktem c. Turchia* (ric. n. 9207/03).
3. Sent. 10 giugno 2010, *Vasil Sashov Petrov c. Bulgaria* (ric. n. 63106/00). In quell'occasione, la Corte ha invece escluso che la polizia abbia fatto ricorso a un uso sproporzionato della forza per motivi razziali in quanto il ricorrente era un cittadino romeno appartenente all'etnia rom.

rubare due galline), in conseguenza dei quali questi aveva dovuto subire l'asportazione di un rene e di parte del fegato.

La Corte ha avuto modo di affermare il suddetto principio anche in riferimento ai numerosi casi di *"sparizioni" di cittadini ceceni*, prelevati di forza dalle proprie abitazioni dai soldati russi per non farvi mai più ritorno: i giudici di Strasburgo hanno reputato integrata una violazione sostanziale dell'art. 2 Cedu, ritenendo che una detenzione protrattasi per anni, in assenza di conferme o smentite da parte delle autorità e in un contesto di conflitto armato, equivale a una minaccia alla vita rilevante ai sensi di detta norma[4].

Sempre in tema di applicazione dell'art. 2 Cedu a *non-fatal cases*, merita infine menzione la pronuncia *Oyal c. Turchia*[5], relativa a un'ipotesi di contagio con il virus dell'HIV a seguito di trasfusioni con sangue infetto.

Se, dunque, l'art. 3 Cedu rappresenta la norma cardine per la tutela dell'integrità psico-fisica dell'individuo all'interno del sistema convenzionale, non è escluso che nei casi più gravi, in cui sia ravvisabile addirittura un rischio per la vita, anche l'art. 2 della Convenzione possa trovare applicazione.

2 La pena di morte e i limiti all'estradizione e all'espulsione

L'art. 2 Cedu – che testualmente ammette la pena di morte in esecuzione di una sentenza pronunciata, nel rispetto della legge, da un tribunale – va letto alla luce dell'art. 1 del sesto Protocollo addizionale, approvato dagli Stati membri nel 1986, che vieta espressamente il ricorso alla pena di morte in tempo di pace, nonché dell'art. 1 Prot. 13 Cedu, che estende il suddetto divieto anche al tempo di guerra[6].

Si è condivisibilmente rilevato, peraltro, come la ratifica dei suddetti Protocolli abbia anche l'effetto di inibire agli Stati firmatari la reintroduzione della pena capitale[7].

> Nel nostro ordinamento, tuttavia, il divieto di reintrodurre la pena di morte (anche nel codice penale militare di guerra) discende, in modo più cogente, dall'art. 27 co. 4 Cost., come riformulato dalla l. cost. 2 ottobre 2007 n. 1, che ora recita "lapidariamente, senza eccezioni di sorta: 'non è ammessa la pena di morte'"[8].

Poiché tutti gli Stati firmatari della Convenzione europea hanno *almeno di fatto* abolito la pena di morte[9], le ricadute applicative più importanti della proibizione di cui agli artt. 2, 1 Prot. 6 e 1 Prot. 13 Cedu si riscontrano in merito alla concessione dell'estradizione o dell'espulsione da parte degli Stati firmatari nei confronti di Paesi *non appartenenti alla Convenzione* nei quali l'estradando o l'espellendo corre il rischio di essere sottoposto alla pena capitale: si tratta, dunque, di altrettante applicazioni extraterritoriali della Convenzione.

Particolarmente rilevante appare, sotto questo profilo, la sentenza *Kaboulov c. Ucraina*[10].

Il ricorrente, un cittadino kazako colpito da un mandato di ricerca internazionale perché accusato di un omicidio commesso in patria, era stato arrestato mentre si trovava in Ucraina ed era stato sottoposto a detenzione ai fini dell'estradizione. Le autorità

4. Cfr. *ex multis*: sent. 6 novembre 2008, *Magamadova e Iskhanova c. Russia* (ric. n. 33185/04); sent. 6 novembre 2008, *Tsurova e altri c. Russia* (ric. n. 29958/04); sent. 4 dicembre 2008, *Askharova c. Russia* (ric. 13566/02); sent. 11 febbraio 2010, *Dubayev e Bersnukayeva c. Russia* (ric. n. 30613/05 e 30615/05); sent. 25 novembre 2010, *Amuyeva e altri c. Russia* (ric. n. 17321/06).

5. Sent. 23 marzo 2010, *Oyal c. Turchia*, (ric. n. 4864/05).

6. Cfr. sul punto B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights and criminal justice*, Londra, 2007, p. 754 ss., e D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit., p. 40.

7. D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit., p.59.

8. Cfr. sul punto G. Marinucci, *La pena di morte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 3 ss.

9. Cfr. ancora sul punto D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit., p. 59, nonchè, per un elenco degli Stati che hanno abolito la pena di morte con legge costituzionale o per lo meno ordinaria, G. Marinucci, *La pena di morte*, cit., p. 10.

10. Sent. 19 novembre 2009, *Kaboulov c. Ucraina* (ric. n. 50358/99).

kazache assicuravano che, in caso di condanna, non avrebbero applicato la pena di morte, ma il ricorrente lamentava ugualmente la violazione potenziale dell'art. 2 Cedu. La Corte europea, chiamata a pronunciarsi sulla questione, riteneva insussistente un rischio reale per la vita dell'estradando, sulla base di due ordini di ragioni: a) l'assicurazione quanto alla non applicazione della pena capitale, intervenuta da parte delle autorità kazache; b) la considerazione che, per quanto in Kazakistan sia prevista la pena di morte per l'omicidio aggravato, nella prassi la stessa non sia applicata, venendo automaticamente commutata in ergastolo (specie dopo la moratoria ONU contro la pena di morte del 2004).

Nel caso di specie, la Corte ha comunque rilevato la sussistenza di una violazione potenziale della Convenzione, sia pure sotto l'angolo visuale dell'art. 3 Cedu, con ciò accordando al diritto alla vita una *protezione "indiretta"*: la sentenza presenta, pertanto, molti punti di contatto con il *leading case* in materia, *Soering c. Regno Unito*[11] (relativo all'estradizione verso gli Stati Uniti di un pluriomicida), in cui la Corte – dopo aver verificato che il rischio di condanna alla pena capitale era sensibile, e non potendo chiamare in causa l'art. 2 Cedu dal momento che, all'epoca, il Protocollo n. 6 non era stato ancora ratificato dal Regno Unito – aveva ravvisato una violazione potenziale dell'art. 3 Cedu, ritenendo che l'attesa nel "corridoio della morte" avrebbe integrato un trattamento inumano e degradante.

Alla sentenza *Soering* si ricollega idealmente anche la più recente pronuncia *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*[12], in cui, esattamente come nello storico precedente, la Corte ha ritenuto di analizzare la vicenda sotto l'angolo visuale dell'art. 3 Cedu, e non degli artt. 2 e 1 Prot. 13 Cedu, che pure erano stati invocati dai ricorrenti (probabilmente perché il Protocollo n. 13, ratificato dal Regno Unito il 10 ottobre 2003, è entrato in vigore solo il 1° febbraio 2004, mentre i fatti ad oggetto della pronuncia della Corte erano avvenuti in Iraq nel febbraio 2003).

Il ricorso era stato proposto alla Corte da due funzionari del partito Ba'ath, espressione del regime di Saddam Hussein, arrestati dalle truppe di occupazione britanniche perché sospettati di essere coinvolti nell'uccisione di due soldati inglesi e immediatamente consegnati alle autorità irakene perché fossero processati per crimini di guerra. I ricorrenti – tuttora sottoposti a custodia cautelare in attesa della conclusione del giudizio – lamentavano, tra l'altro, la violazione degli artt. 2, 3 e 1 Prot. 13 Cedu, perché la consegna alle autorità irakene li aveva esposti al serio rischio di essere condannati all'impiccagione (prevista come pena per i crimini dei quali erano accusati).

In quell'occasione, la Corte ha richiamato la pronuncia nel caso *Öcalan c. Turchia* [13] del 2005 (nella quale la grande camera non aveva escluso che l'art. 2 Cedu fosse già stato emendato nel senso dell'eliminazione dell'eccezione che autorizzava il ricorso alla pena capitale), rilevando tuttavia come la situazione si fosse ulteriormente evoluta da allora, perché tutti i Paesi del Consiglio d'Europa, tranne due, avevano firmato il Protocollo n. 13, e tutti tranne tre l'avevano ratificato: tali circostanze, unitamente al generalizzato rispetto della moratoria dell'ONU sulla pena di morte, dovevano ritenersi fortemente indicative del fatto che l'art. 2 Cedu "fosse stato modificato nel senso di vietare la pena di morte in tutte le circostanze", e dunque tanto in tempo di guerra quanto in tempo di pace (§ 121).

Analogamente alle pronunce sopra menzionate, la Corte non ha tuttavia affermato a chiare lettere che la condanna alla pena capitale viola l'art. 2 Cedu, limitandosi ad

11. Sent. 19 novembre 1989, *Soering c. Regno Unito* (ric. n. 50358/99). Per quanto la questione non sia stata in quell'occasione vagliata dalla Corte in riferimento all'art. 2 Cedu, pare importante ricordare che il giudice De Mayer, nella sua *concurring opinion*, aveva in un certo senso squarciato il velo di Maya affermando che "quando è in gioco la vita di una persona, nessuno Stato richiesto ha il diritto di consentire allo Stato richiedente quello che esso stesso non è autorizzato a fare. Se (…) la legge interna di uno Stato non prevede la pena di morte per il crimine commesso, esso non può mettere la persona in condizione tale da poter essere privata della vita per mano di un altro Stato".

12. Sent. 2 marzo 2010, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito* (ric. n. 61498/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 768.

13. Sent. 12 maggio 2005, *Öcalan c. Turchia* (ric. n. 46221/99).

affermare che la stessa provoca nel condannato sofferenze psico-fisiche tali da integrare un *trattamento inumano e degradante*, in violazione dell'art. 3 Cedu.

Proprio l'art. 3 Cedu – e non l'art. 2 – è stato invocato insieme all'art. 1 Prot. 6 Cedu dal ricorrente nel caso *Cipriani c. Italia*, oggetto di un'importante decisione del marzo 2010[14].

In quell'occasione, la Corte ha escluso che il ricorrente, gravemente indiziato di omicidio e di associazione a delinquere, corresse il rischio di essere sottoposto alla pena capitale una volta estradato negli Stati Uniti, poiché tale pena non era prevista per i delitti dei quali era accusato e il principio di specialità sancito nel trattato di estradizione stipulato tra l'Italia e gli Stati Uniti (vincolante per i giudici americani) impediva la riqualificazione giuridica del fatto in *capital felony* (delitto cui il codice penale del Connecticut ricollegava invece la pena di morte, e per il quale erano stati sottoposti a processo i coimputati del ricorrente). Del tutto condivisibilmente, dunque, anche alla luce delle assicurazioni diplomatiche offerte dalle autorità americane, la Corte d'Appello di Roma prima e la Corte di Cassazione poi avevano ritenuto che non vi fossero ostacoli all'estradizione di Cipriani negli Stati Uniti.

Pare peraltro significativo rilevare come la seconda sezione abbia ritenuto opportuno precisare, nel corpo della motivazione in diritto, che l'estradizione del ricorrente avrebbe potuto porre problemi anche sotto l'angolo visuale degli artt. 2, 1 Prot. 13 e 1 Prot. 6 Cedu: precisazione ancor più significativa se si pensa che le prime due norme non erano neppure state menzionate nei motivi di ricorso, e che lascia quantomeno aperto uno spiraglio per l'affermazione del contrasto della pena capitale non solo con l'art. 3 Cedu, ma anche con l'art. 2 della Convenzione, come emendato dai Protocolli 6 e 13 Cedu.

3 I limiti all'uso della forza e delle armi

L'art. 2 § 2 Cedu non definisce le situazioni in cui può essere inflitta intenzionalmente la morte, ma descrive i casi in cui è legittimo il ricorso alla forza che può condurre a causare, in modo involontario, la stessa. Si tratta, nell'ordine:

a. della *difesa contro una violenza illegale*;

b. della *necessità di effettuare un arresto* legittimo *o di impedire l'evasione* di una persona legalmente detenuta;

c. della *repressione* legittima *di una violenza o di un'insurrezione*.

Fin dal *leading case Mc Cann e altri c. Regno Unito*[15] del 1995, la giurisprudenza di Strasburgo ha elaborato alcuni importanti principi che costituiscono, ormai, *jus receptum* e che completano il dato della disposizione convenzionale (in sé piuttosto scarno e passibile di diverse interpretazioni):

1. l'elenco delle eccezioni di cui all'art. 2 § 2 deve considerarsi *tassativo*, e ciascuna di esse è di *stretta interpretazione*;

2. il requisito della *necessità* va inteso in modo ancor più rigoroso e cogente rispetto al § 2 degli artt. 8-11 Cedu: non a caso la norma parla di *stretta* necessità (e non di necessità *tout court*);

3. in via interpretativa va inserito, accanto al limite espresso della stretta necessità, quello aggiuntivo della *proporzione* nell'uso della forza in relazione alle finalità espresse dalla norma (che ad esempio impone, nell'ipotesi in cui si debba impedire l'evasione di una persona detenuta o procedere a un arresto, la gradazione della forza in relazione alla gravità del crimine commesso[16]).

14. Dec. 30 marzo 2010, *Cipriani c. Italia* (ric. n. 22142/07), in *Cass. pen.*, 2010, p. 4008.

15. Sent. 27 settembre 1995, *McCann e altri c. Regno Unito* (ric. 18984/91). Cfr. sul punto B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights*, cit., p. 749 ss.

16. Tale principio è stato espresso per la prima volta in termini generali dalla sentenza del 26 febbraio 2004, *Nachova c. Bulgaria* (ric. n. 43577/98 e 43579/98), confermata dalla grande camera il 6 luglio 2005. Cfr. ancora B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights*, cit., p. 755 ss.

Alla luce di tali necessarie premesse, è possibile esaminare le più importanti pronunce dell'ultimo triennio in cui la Corte si è occupata dei limiti dell'uso della forza con esiti potenzialmente letali, approdando a conclusioni invero non sempre coincidenti.

Nei paragrafi seguenti si procederà ad affrontare il tema guardando agli obblighi – negativi e positivi – che dalla citata giurisprudenza discendono, rispettivamente, in capo agli agenti delle forze dell'ordine, ai vertici della polizia e al legislatore.

3.1 I limiti all'uso delle armi e della forza letale da parte degli agenti delle forze dell'ordine

I primi destinatari dei precetti affermati dalla Corte europea in tema di limiti all'uso della forza e delle armi sono, ovviamente, gli agenti delle forze dell'ordine, impegnati sul campo nelle operazioni di *law enforcement*.

Conviene partire dalla sentenza *Giuliani e Gaggio c. Italia*[17] – relativa all'uccisione di Carlo Giuliani ad opera di un agente dell'arma dei Carabinieri durante il G8 genovese del 2001 –, nella quale la Corte ha ritenuto che l'impiego della forza letale fosse assolutamente necessario per evitare quello che il soggetto agente *percepiva, in buona fede, come un pericolo reale ed imminente* per la vita propria e dei suoi colleghi: al momento dello sparo egli si trovava, infatti, su una jeep accerchiata dai manifestanti, che con spranghe e lanci di sassi ne avevano infranto i finestrini e avevano cagionato lesioni agli altri militari a bordo. I giudici di Strasburgo – nel solco della propria giurisprudenza consolidata, secondo la quale il ricorso alla forza letale dev'essere sorretto dall'"*honest and reasonable belief*" del soggetto agente[18] – hanno assegnato particolare importanza alla duplice circostanza che l'agente non avesse altri strumenti di difesa se non lo scudo antisommossa e la pistola e soprattutto che, prima di sparare, avesse mostrato l'arma e intimato ai dimostranti di desistere.

Presenta punti di contatto con quella appena esaminata la già menzionata sentenza *Evrim Öktem c. Turchia*[19], nella quale invece la Corte ha ritenuto integrata la violazione sostanziale dell'art. 2 Cedu. Tre poliziotti in borghese intervenivano per intimare a un gruppo di studenti di ammainare una bandiera inneggiante a valori rivoluzionari studenteschi. Alla reazione minacciosa degli stessi, armati di spranghe di ferro e bastoni, i poliziotti sparavano alcuni colpi di avvertimento in aria, per poi lanciarsi all'inseguimento dei giovani che si erano nel frattempo dispersi nelle strade adiacenti alla scuola: uno dei colpi attingeva all'arto inferiore una studentessa appena quattordicenne, procurandole lesioni. In quest'occasione, la Corte ha ritenuto che il convincimento dell'autore del ferimento circa la sussistenza di un pericolo attuale non potesse dirsi ragionevole, dato l'esiguo numero dei manifestanti e la giovane età della ragazza ferita. Mancava, altresì, il requisito della proporzione, perché i poliziotti ben avrebbero potuto attendere l'arrivo di rinforzi per fronteggiare la situazione senza ricorrere all'uso delle armi.

Parimenti non necessario è stato ritenuto dalla Corte il ricorso alla forza letale nel caso *Juozaitiene e Bikulćius c. Lituania*[20]. Un'automobile procedeva a folle velocità per le strade cittadine, commettendo numerose infrazioni stradali, e tre pattuglie della polizia si lanciavano al suo inseguimento, intimando invano l'alt. L'automobile usciva fuori strada, si fermava e veniva quindi accerchiata; poi, improvvisamente, ripartiva, urtando uno degli agenti che era sceso dalla propria vettura. Quest'ultimo iniziava allora a sparare diversi colpi in direzione dell'auto e ne danneggiava in modo evidente il radiatore; un secondo agente sparava quindi alle ruote e un terzo in direzione dell'abitacolo, cagionando il decesso dei due passeggeri. Ad avviso dei giudici di Strasburgo, l'utilizzo di un'arma da fuoco non era, nel caso di specie, assolutamente necessario per effettuare

17. Sent. 25 agosto 2009, *Giuliani e Gaggio c. Italia* (ric. n. 23458/02), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2009, p. 1949.
18. Il principio è stato affermato dalla già menzionata sent. 27 settembre 1995, *McCann e altri c. Regno Unito* (ric. 18984/91). Cfr. sul punto B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights*, cit., p. 751 ss.
19. Sent. 4 novembre 2008, *Evrim Öktem c. Turchia* (ric. n. 9207/03), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2009, p. 334.
20. Sent. 24 aprile 2008, *Juozaitiene e Bikulćius c. Lituania* (ric. 70659/01 e 74371/01), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2008, pp. 723-724.

l'arresto del conducente, posto che era evidente che l'auto si sarebbe comunque fermata poco dopo a causa del guasto al radiatore.

Pare dunque condivisibile, almeno in linea di massima, l'osservazione secondo cui la giurisprudenza di Strasburgo impone alle forze dell'ordine, in tutti i casi in cui la situazione lo permette, di verificare se il convincimento in ordine alla necessità dell'uso della forza si fondi su dati concreti. Laddove ciò non sia possibile e ricorrano gli estremi della scriminante putativa, dirimente sarà invece la verifica della proporzione della reazione dell'agente rispetto al pericolo che ha erroneamente ritenuto di dover fronteggiare: una reazione sproporzionata varrà, in genere, ad escludere la possibilità di invocare l'art. 2 § 2 Cedu[21].

Merita menzione, da ultimo, anche la sentenza *Wasilewska c. Polonia*[22], in cui la Corte ha ravvisato una violazione sostanziale dell'art. 2 Cedu per difetto del requisito della proporzione, perché i colpi che avevano attinto mortalmente la vittima erano stati esplosi dai poliziotti quando questa era già in fuga a bordo di un'autovettura, senza che vi fosse dunque un pericolo immediato per l'incolumità degli agenti: la pronuncia ha affrontato – senza tuttavia giungere a conclusioni di ordine generale – il problema di *quanto* debba essere *imminente* il pericolo per l'incolumità fisica ai fini dell'art. 2 § 2 Cedu[23]; problema rispetto al quale la Corte adotta un approccio talora più, talora meno rigoroso, e che in genere viene affrontato nell'ambito del giudizio di proporzione.

3.2 Gli obblighi relativi alla pianificazione delle operazioni di polizia che incombono sui vertici delle forze dell'ordine

Il diritto vivente di Strasburgo ricava inoltre dall'art. 2 Cedu l'obbligo (positivo), per gli ufficiali di polizia, di *pianificare* e *controllare* le operazioni in modo da *minimizzare* quanto più possibile *il ricorso alla forza letale*[24]; obbligo che pare ricomprendere anche quello di *addestrare* i propri sottoposti a fronteggiare le situazioni più disparate senza mettere inutilmente a repentaglio la vita e l'incolumità fisica altrui[25], secondo gli standard internazionali fissati negli *UN Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials* del 1990[26]. E' peraltro indifferente, secondo la giurisprudenza della Corte europea, che il rischio per la vita riguardi il "reo", la vittima del reato o terzi.

Qualora tale obbligo non venga adempiuto – è bene anticiparlo fin d'ora – dalla Convenzione sorge l'ulteriore obbligo (di natura procedurale) di accertare *in sede penale* eventuali responsabilità di vertice, verificando se vi siano gli estremi per un'imputazione a titolo di concorso colposo nell'omicidio volontario commesso dall'agente/dagli agenti di polizia[27] (il che presuppone, ovviamente, che il fatto di reato non sia scriminato).

Più problematica è invece la possibilità di ricavare dalla Convenzione europea, nell'interpretazione datane dai giudici di Strasburgo, una specifica posizione di garanzia[28] in capo agli ufficiali delle forze dell'ordine e, conseguentemente, di configurare un concorso omissivo di questi ultimi nell'omicidio volontario materialmente commesso

21. Cfr. sul punto B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights*, cit., p. 754, e l'ulteriore dottrina *ivi* citata.
22. Sent. 23 febbraio 2010, *Wasilewska c. Polonia* (ric. n. 28975/04 e 33406/04).
23. Cfr. ancora B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights*, cit., p. 754 ss., e D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit., p. 40.
24. Sent. 27 settembre 1995, *McCann e altri c. Regno Unito* (ric. 18984/91); sent. 9 ottobre 1997, *Andronicou e Costantinou c. Cipro* (ric. n. 25052/94); sent. 28 luglio 1998, *Ergi c. Turchia* (ric. n. 23818/94).
25. Cfr. sul punto B. Emmerson – A. Ashworth – A. MacDonald, *Human rights*, cit., p. 751.
26. I *Basic Principles* sono reperibili all'indirizzo http://www2.ohchr.org/english/law/firearms.htm. La Corte ha esplicitamente richiamato tale strumento sovranazionale nella pronuncia *Makaratzis c. Grecia* del 2004 (§ 59). Per quanto esuli dal periodo di riferimento di questa Rassegna, merita un cenno la sentenza *Alikaj c. Italia* del 29 marzo 2011 (ric. n. 47357/08), in cui la Corte ha appunto rilevato che nel nostro ordinamento manca una qualsiasi regolamentazione dell'uso delle armi secondo le linee guida fornite dagli strumenti internazionali, e in particolare dai citati *Basic Principles*, riscontrando pertanto una violazione strutturale dell'art. 2 Cedu nella sua dimensione sostanziale. Mi sia consentito il rinvio al commento pubblicato su questa Rivista in data 30 marzo 2011.
27. Vedi *infra*, § 8.1.2.
28. In questi termini, con riferimento all'ordinamento inglese, sembrano esprimersi B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights*, cit., p. 751.

dai loro sottoposti.

> Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, sembrerebbe di poter abbozzare una risposta positiva anche qualora si adottasse la più rigida tra le teorie elaborate in dottrina e in giurisprudenza, quella cd. formale: la posizione di garanzia deriverebbe pur sempre da una *fonte "qualificata"*, per quanto non di matrice nazionale (l'art. 2 Cedu, appunto); una fonte che peraltro ha senza dubbio rango di legge primaria, se non addirittura sub-costituzionale (come sembrerebbero suggerire le sentenze 348 e 349 del 2007). Quanto alla necessaria *specificità* dell'obbligo di impedimento dell'evento lesivo, nonché dei destinatari e dei beneficiari dello stesso, dalla giurisprudenza di Strasburgo – che in questo settore ha elaborato principi che costituiscono ormai *jus receptum* – è ben possibile ricavare indicazioni specifiche su ciascuno di questi punti; senza contare i frequenti riferimenti contenuti nelle pronunce della Corte in materia ai più sopra menzionati *UN Basic Principles on the Use of Force and Firearms*, che agli artt. 2, 3 e 5 delineano in maniera piuttosto dettagliata gli obblighi che gravano sugli ufficiali delle forze dell'ordine.

Alla luce delle suddette considerazioni, è ora possibile passare in rassegna le pronunce più significative rese dalla Corte sul punto nel triennio 2008-2010.

Nella sentenza *Küçük e altri c. Turchia*[29] la Corte ha ritenuto che nella pianificazione dell'operazione di polizia all'esame non fossero state adottate le precauzioni necessarie a evitare l'*uccisione accidentale di civili*, riconoscendo pertanto la violazione sostanziale dell'art. 2 Cedu. Nel caso di specie, il ricorrente – uscito di casa insieme ad altri tre uomini per andare in cerca di pecore smarrite – era stato ucciso da una raffica di colpi sparata da un carro armato appostato in agguato fuori dal villaggio. Ad avviso dei giudici di Strasburgo, gli abitanti della regione (nella quale si registravano frequenti scontri tra le forze dell'ordine e i membri del PKK) non potevano non essere consapevoli del rischio che correvano lasciando l'abitato: erano infatti stati avvertiti, oralmente e per iscritto, che era proibito lasciare il villaggio dopo il tramonto. Nondimeno, i poliziotti impegnati nelle operazioni avrebbero dovuto considerare anche il rischio di errore: sarebbe stato più appropriato, dunque, utilizzare mezzi meno invasivi.

Nella recentissima pronuncia *Abuyeva e altri c. Russia*[30], invece, la Corte ha ritenuto che l'operazione di bombardamento di un villaggio ceceno ad opera dei militari russi avvenuta nel febbraio 2000, pur perseguendo uno scopo legittimo – perché il villaggio era stato occupato da un gruppo di combattenti clandestini che avevano impedito l'evacuazione dei civili e li avevano anzi usati come "scudi umani" – non era stato pianificato ed eseguito con le cautele necessarie per tutelare la vita della popolazione civile.

Similmente, nella sentenza *Abdurashidova c. Russia*[31] i giudici di Strasburgo hanno ravvisato una violazione dell'art. 2 Cedu perché le autorità russe non avevano predisposto le misure necessarie a prevenire i rischi per la vita della figlia del ricorrente, una bambina di soli sette anni rimasta accidentalmente uccisa durante una sparatoria avvenuta tra le forze dell'ordine e due malviventi che avevano trovato rifugio presso la casa del ricorrente medesimo.

Ancora, nella sentenza *Leonidis c. Grecia*[32] la Corte ha riconosciuto una violazione sostanziale dell'art. 2 Cedu in ragione dell'uso sproporzionato della forza, perché la condotta posta in essere dall'agente di polizia coinvolto nella vicenda aveva *aumentato i rischi per la vita* del giovane rimasto accidentalmente ucciso. Leonidis, insieme a due amici, camminava per strada senza commettere alcuna infrazione quando una pattuglia di poliziotti in borghese – insospettiti perché uno dei ragazzi aveva seguito con lo sguardo l'auto sulla quale si trovavano – si avvicinava per controllarli: i tre iniziavano

29. Sent. 14 ottobre 2008, *Küçük e altri c. Turchia* (ric. n. 63353/00).
30. Sent. 2 dicembre 2010, *Abuyeva e altri c. Russia* (ric. n. 27065/05).
31. Sent. 8 aprile 2010, *Abdurashidova c. Russia* (ric. n.32968/05).
32. Sent. 8 gennaio 2009, *Leonidis c. Grecia* (43326/05).

allora a fuggire. Leonidis veniva inseguito da uno dei poliziotti che, credendo che stesse per estrarre qualcosa dall'interno della giacca, impugnava la pistola carica e senza sicura e gli ordinava di fermarsi. Il ragazzo inciampava poco dopo, cadeva a terra e veniva immobilizzato contro un'autovettura dall'agente, che continuava a brandire l'arma con il dito premuto sul grilletto. Mentre questi afferrava la mano del giovane per arrestarlo, Leonidis gli sferrava una gomitata sul fianco destro: dalla pistola partiva allora, accidentalmente, un colpo che lo uccideva all'istante.

Appare significativa, sotto questo profilo, anche la già menzionata sentenza *Giuliani e Gaggio*[33], in cui la Corte effettuato alcune importanti precisazioni in tema di obblighi di protezione derivanti dall'art. 2 Cedu: lo Stato che ospiti un evento internazionale che comporta elevati rischi per la sicurezza pubblica (in quell'occasione si trattava, come noto, del vertice del G8) è tenuto ad approntare tutte le misure di ordine pubblico che si mostrino idonee a proteggere l'integrità fisica delle persone rispetto ai rischi promananti *dalle condotte violente poste in essere da privati* e *dalle stesse azioni repressive delle forze dell'ordine*. La Corte non ha, invero, riscontrato in quell'occasione una violazione dell'obbligo suddetto, ma ciò esclusivamente in ragione del fatto che le indagini svolte dalle autorità inquirenti non avevano gettato luce sugli interrogativi dai quali sarebbe dipeso il riconoscimento della responsabilità dello Stato italiano. Più nello specifico, le autorità giurisdizionali interne avevano omesso di verificare:

1. se l'agente P. (assolto *ex* artt. 52 e 53 c.p.) avrebbe comunque aperto il fuoco anche laddove avesse posseduto l'addestramento e l'esperienza necessari ad affrontare casi di alta tensione;

2. se l'attacco alla jeep avrebbe potuto essere fronteggiato diversamente (ad esempio con l'intervento delle forze dell'ordine presenti sulla scena o comunque poco distanti);

3. se la tragedia avrebbe potuto essere evitata impedendo che venisse impegnato nell'operazione un automezzo non blindato che trasportava agenti feriti, ai quali peraltro erano state tolte le munizioni di gas lacrimogeno ma non quelle di armi da sparo.

I giudici Bratza e Sikuta, nella loro *dissenting opinion*, hanno peraltro ritenuto che gli elementi a disposizione della Corte fossero sufficienti per riconoscere una violazione sostanziale dell'art. 2 Cedu per inottemperanza agli obblighi di protezione da esso promananti. Di contrario avviso, invece, i giudici Casadevall, Garliky e Zagrebelsky, secondo i quali le indagini svolte a livello interno, mettendo in luce la piena *legittimità dell'operazione* e l'*imprevedibilità* del segmento causale sfociato nell'uccisione del giovane Giuliani, hanno escluso in maniera esaustiva la sussistenza di qualunque violazione sostanziale della norma sotto questo profilo.

Ben diverse le conclusioni adottate dalla Corte nella sentenza *Golubeva c. Russia*[34], di poco successiva. Nel caso di specie, il convivente della ricorrente, dopo aver sparato un colpo di pistola in direzione di un gruppo di giovani che stava bivaccando nella strada sottostante la sua abitazione, si rifugiava in casa e rifiutava di aprire ai poliziotti sopraggiunti per arrestarlo. Uno degli agenti, allora, accedeva all'appartamento attraverso il balcone e, di fronte alla resistenza dell'uomo, sparava un colpo di pistola colpendolo a morte.

Anche in quest'occasione i giudici europei hanno riconosciuto che il poliziotto aveva agito nel ragionevole convincimento dell'assoluta necessità dell'uso dell'arma, escludendo con ciò la violazione diretta dell'art. 2 Cedu. Diversamente dal caso *Giuliani*, essi hanno tuttavia riscontrato la violazione degli obblighi di protezione promananti dalla norma, in quanto le forze dell'ordine non hanno pianificato e controllato l'operazione in modo tale da minimizzare il ricorso alla forza letale e i rischi per la vita delle persone

33. Sent. 25 agosto 2009, *Giuliani e Gaggio c. Italia* (ric. n. 23458/02), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2009, p. 1949. Tali conclusioni, tuttavia, non sono state ribadite dalla successiva pronuncia della grande camera sul medesimo caso, resa in data 24 marzo 2011 (sulla quale mi sia consentito rinviare alle brevi note pubblicate su questa Rivista quel medesimo giorno).

34. Sent. 17 dicembre 2009, *Golubeva c. Russia* (ric. n. 1062/03).

coinvolte.

Merita un rapido cenno, infine, anche la già menzionata sentenza *Wasilewska c. Polonia*[35], nella quale parimenti la Corte ha riscontrato una violazione sostanziale dell'art. 2 Cedu in relazione all'inadeguatezza della pianificazione dell'operazione di polizia: in particolare, non era stata prevista la presenza di un'ambulanza sul posto, così che la vittima era deceduta in attesa dei soccorsi.

3.3 I limiti alla discrezionalità legislativa nella configurazione di 'esimenti' che incidano sulla tutela del diritto alla vita

La tutela effettiva del diritto sancito dall'art. 2 Cedu presuppone l'adozione, da parte del legislatore nazionale, di misure legislative idonee ad assicurare un'effettiva prevenzione e repressione delle violazioni di detta norma[36], anche qualora le stesse siano perpetrate non da agenti dello Stato ma da privati cittadini.

Poiché tutti gli Stati membri conoscono norme incriminatrici dell'omicidio volontario (e anzi assoggettano a sanzione penale anche l'uccisione involontaria, qualora la stessa sia dovuta a colpa), la portata pratica del principio di diritto enunciato dalla Corte di Strasburgo può essere apprezzata essenzialmente *in negativo*: essa segna, infatti, un preciso limite per il legislatore nell'individuare scriminanti, scusanti e cause di non punibilità che, di fatto, sottraggono alla sanzione penale fatti lesivi del diritto alla vita; e – ci pare – pone in capo al giudice penale l'obbligo di interpretare le suddette esimenti in conformità con il dettato dell'art. 2 § 2 Cedu (nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo), onde evitare di estendere il loro ambito di applicazione e, conseguentemente, di abbassare lo standard di tutela del diritto alla vita.

Assumono allora un'importanza cruciale, anche in questa diversa prospettiva, i principi in tema di necessità e proporzione richiamati al paragrafo precedente, i quali hanno trovato applicazione in numerose pronunce del triennio 2008-2010.

Particolarmente interessanti si mostrano, a questo proposito, le sentenze *Vlaevi c. Bulgaria*[37], in cui la Corte ha ravvisato, tra l'altro, una violazione procedurale dell'art. 2 Cedu perché le autorità procedenti non avevano effettuato alcun vaglio di stretta necessità del ricorso alla forza con esiti potenzialmente letali, prescindendo dunque da un'interpretazione convenzionalmente conforme del dato normativo nazionale (il quale, appunto, non menzionava tra i requisiti della scriminante dell'uso legittimo delle armi la stretta necessità dello stesso); e *Karandja c. Bulgaria*[38], relativa all'uccisione di un giovane che aveva tentato di fuggire dalla stazione di polizia dov'era detenuto con l'accusa di furto e guida senza patente: in quell'occasione, la Corte – ribadendo i principi espressi in numerose pronunce, tra le quali la sentenza resa dalla grande camera nel caso *Nachova c. Bulgaria*[39] – ha affermato che le cause di giustificazione dell'uso delle armi contemplate dal codice penale bulgaro, nell'interpretazione datane dalle Corti nazionali, è eccessivamente ampia, e integra pertanto una violazione strutturale degli obblighi positivi derivanti dall'art. 2 Cedu (sottolineando, peraltro, con disappunto come il quadro normativo sia rimasto identico nonostante le ripetute pronunce di condanna inanellate a Strasburgo dalla Bulgaria in riferimento proprio a questa specifica questione).

Nelle sentenze *Beyazgül c. Turchia* [40], *Halis Akin Turchia* [41] *e Ölmez e altri c. Turchia* [42], la Corte ha invece ravvisato una violazione strutturale dell'art. 2 Cedu in riferimento alla scriminante dell'uso legittimo delle armi in materia di contrabbando in vigore in Turchia al momento del fatto (e successivamente riformata prima nel 2003 e poi nel

35. Sent. 23 febbraio 2010, *Wasilewska c. Polonia* (ric. n. 28975/04 e 33406/04).
36. Così B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights*, cit., p. 742.
37. Sent. 2 settembre 2010, *Vlaevi c. Bulgaria* (ric. n. 272/05 e 890/05).
38. Sent. 7 ottobre 2010, *Karandja c. Bulgaria (ric. n.* 69180/01).
39. Sent. 6 luglio 2005, *Nachova c. Bulgaria (ric. n.* 43577/98 e 43579/98*)*.
40. Sent. 22 settembre 2009, *Beyazgül c. Turchia (ric. n.* 27849/03), in
41. Sent. 13 gennaio 2009, *Halis Akin Turchia (ric.* n. 30304/02),
42. Sent. 9 novembre 2010, *Ölmez e altri c. Turchia* (ric. n. 22746/03).

2007), la quale non prevedeva il requisito della proporzione.

Il dato testuale dell'art. 2 § 2 Cedu e l'interpretazione che di esso ha fornito la Corte di Strasburgo costituiscono, quanto alle ricadute sul sistema penale italiano, un importante elemento a sostegno della tesi – che pare aver trovato seguito anche presso la giurisprudenza di legittimità[43] – secondo la quale l'espressione "pericolo di aggressione" di cui all'art. 52 co. 2 lett. b) c.p. dev'essere riferita a beni di carattere *personale* quali la vita e l'integrità fisica[44].

Essi impongono, altresì: a) di *interpretare* l'art. 53 c.p. *come se* contenesse implicitamente il limite della proporzione, e b) di *verificare* rigorosamente la sussistenza di tale requisito, onde evitare applicazioni lasche della norma (le quali in tutta evidenza si riverberano negativamente sulla tutela della vita e dell'integrità fisica delle persone coinvolte – anche accidentalmente – nelle operazioni di polizia)[45].

Anche alla luce delle applicazioni spesso disinvolte di detta norma ad opera della giurisprudenza italiana, nondimeno, c'è da chiedersi se la scriminante in parola non presenti un tasso di vaghezza e di imprecisione tali da porsi radicalmente in contrasto con l'art. 2 Cedu.

Ciò è senz'altro vero per alcune ipotesi extra codicistiche di uso legittimo delle armi, quale ad esempio la disciplina di cui alla l. 4 marzo 1958 n. 100, che reca all'art. 1 un'ipotesi speciale di uso legittimo delle armi in materia di *repressione del contrabbando*, ammettendolo in ogni caso – e dunque indipendentemente dalla sussistenza dei requisiti previsti dagli artt. 52, 53 co. 1 e 54 c.p. – quando i contrabbandieri siano palesemente armati, agiscano di notte o siano almeno tre, e che al successivo art. 2 vieta l'uso delle armi nel caso in cui i contrabbandieri abbiano abbandonato il carico, ammettendolo dunque in caso contrario. Non essendo in tale ipotesi praticabile la strada dell'interpretazione conforme, l'unico strumento per espungere dall'ordinamento tali norme, che si pongono frontalmente in contrasto con l'art. 2 Cedu, rimane allora l'incidente di costituzionalità, secondo le coordinate tracciate dalla Corte costituzionale nelle sentenze 348 e 349 del 2007: la norma-parametro andrebbe individuata nell'art. 117 co. 1 Cost., e per il tramite di quest'ultima nell'art. 2 § Cedu, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo (in particolare nelle sentenze poc'anzi menzionate contro la Turchia, in cui il giudice europeo ha censurato una disciplina analoga proprio in tema di contrabbando, sollecitando una modifica legislativa).

Analoghe considerazioni valgono, come è stato evidenziato in dottrina, per la disciplina dell'uso legittimo delle armi in tema di *passaggi abusivi di frontiera* di cui agli art. 158 co. 3 T.U.L.P.S. e 2 l. 18 aprile 1949 n. 494 (abrogata dal d.l. 112/2008 e successivamente ripristinata dal d.l. 200/2008); per quella in tema di *prevenzione delle evasioni*; per la disciplina del *servizio di sentinella*; e per l'art. 24 T.U.L.P.S., che consente l'uso della forza – senza chiarire se tale espressione possa ricomprendere o meno anche l'uso delle armi – per sciogliere riunioni sediziose o lesive del prestigio dell'autorità o che possano comunque mettere in pericolo l'ordine pubblico o la sicurezza dei cittadini[46].

4 Gli obblighi di protezione "rafforzata"

La Corte di Strasburgo ha ricavato dall'art. 2 Cedu l'obbligo, per lo Stato, di apprestare una protezione rafforzata nei confronti delle persone che – negli istituti carcerari, nelle scuole, negli ospedali, ecc. – sono in qualche modo "affidate" alla sua custodia[47].

Le autorità competenti devono adottare, in questi casi, un particolare regime di sorveglianza e tutte le misure preventive idonee a "minimizzare" i rischi per la vita; e – come si vedrà in modo più analitico in seguito – sono altresì tenute a condurre indagini approfondite e indipendenti da qualsiasi condizionamento politico per far luce sulle morti che non appaiano riconducibili a cause naturali. Giova peraltro precisare fin

43. In questo senso Cass. Pen., sez. I, sent. 21 febbraio 2007, n. 12466, S., in *Riv. pen.,* 2007, p. 1120, con nota di Palma, e Cass. Pen., sez. I, sent. 8 marzo 2007, n. 16677, G.A., in *Cass. pen.*, 2008, p. 1049.
44. Cfr. F. Viganò, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 92-93.
45. Cfr. F. Viganò, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea*, cit., p. 94.
46. Cfr. ancora F. Viganò, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea*, cit., p. 94.
47. Cfr. sul punto D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit., p. 45 e 46, nonché B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights*, cit., p. 744.

d'ora, in relazione a quest'ultimo profilo, che la giurisprudenza di Strasburgo prevede – con riferimento alle morti in carcere, negli ospedali, ecc. – un'*inversione dell'onere della prova*[48], della quale la Corte ha di recente fornito un'applicazione paradigmatica nel caso *Carabulea c. Romania*[49] (relativo, appunto, alla morte in carcere di un detenuto in seguito ai maltrattamenti inflittigli dalle guardie carcerarie).

Secondo coordinate analoghe a quelle tracciate poc'anzi in riferimento alla pianificazione delle operazioni di polizia, qualora tale obbligo di protezione non venga adempiuto lo Stato convenuto è gravato dall'ulteriore obbligo di indagare sulle eventuali responsabilità delle autorità competenti (nella maggior parte dei casi a titolo di omicidio colposo, o di concorso colposo nell'omicidio doloso commesso da altri).

> Anche in questo caso è allora opportuno chiedersi se sia possibile ricavare dal diritto di Strasburgo una vera e propria *posizione di garanzia*, idonea a sorreggere un'imputazione a titolo di omicidio in capo alle autorità competenti che non abbiano adottato le suddette misure quando ne ricorrevano i presupposti (imputazione che, ovviamente, potrà tradursi in una sentenza di condanna per *omicidio volontario* solo laddove siano ravvisabili gli estremi del dolo, almeno nella forma eventuale, e per *omicidio colposo* solo laddove siano provate l'inosservanza di una regola cautelare che mirava a prevenire l'evento lesivo poi verificatosi e la sussistenza del duplice nesso tra colpa ed evento).
>
> La risposta sembra essere positiva, per le stesse ragioni esposte precedentemente: l'art. 2 Cedu è pur sempre una fonte formale dell'obbligo di impedimento dell'evento, che sebbene sia di matrice sovranazionale ha efficacia (quantomeno) di legge ordinaria nell'ordinamento interno in virtù della l. 4 agosto 1955 n. 848; e d'altra parte, la giurisprudenza di Strasburgo ha nel tempo precisato con sufficiente specificazione i contenuti dell'obbligo medesimo e puntualmente individuato i destinatari e i beneficiari dello stesso. Qualora poi, come nel caso delle persone "affidate" alla custodia dello Stato negli ospedali, nelle scuole, ecc. l'ordinamento interno già preveda norme idonee a fondare una posizione di garanzia in capo alle autorità competenti, le stesse potranno essere lette alla luce del diritto di Strasburgo, così da massimizzare lo standard di tutela della vita e dell'integrità fisica.

Tra le pronunce dell'ultimo triennio merita menzione la sentenza *Oyal c. Turchia*[50], in cui la Corte ha ravvisato la violazione degli obblighi di protezione rafforzata che discendono dall'art. 2 Cedu in relazione al contagio di uno dei ricorrenti con il virus dell'HIV, a causa di trasfusioni di sangue infetto che gli erano state praticate in ospedale subito dopo la nascita.

Ben più numerose sono, poi, le pronunce in cui la Corte ha ribadito il suddetto obbligo di protezione a fronte degli istinti suicidi o autolesionistici di soggetti che si trovavano in *carcere* o che stavano effettuando il *servizio militare*. Tra le più significative, la sentenza *Renolde c. Francia*[51], in cui la Corte ha ravvisato una violazione sostanziale dell'art. 2 Cedu per via dell'inefficacia delle misure preventive adottata dalle autorità carcerarie (che, a fronte di un primo tentativo di suicidio di un detenuto, si erano limitate a prescrivergli degli psicofarmaci, senza curarsi di verificare che li prendesse o meno) e la sentenza *Jasińska c. Polonia*[52], in cui parimenti i giudici di Strasburgo hanno affermato che le autorità carcerarie non hanno ottemperato all'obbligo di protezione della vita del nipote della ricorrente, suicidatosi in carcere con una massiccia dose di sostanze psicotrope, nonostante fossero a conoscenza dei disturbi mentali che lo affliggevano.

Ad analoghe conclusioni sono pervenute le pronunce *Abdullah Yilmaz c. Turchia*[53] e

48. Vedi *infra*, § 8.1.
49. Sent. 13 luglio 2010, *Carabulea c. Romania* (ric. n. 45661/99), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1817.
50. Sent. 23 marzo 2010, *Oyal c. Turchia*, (ric. n. 4864/05).
51. Sent. 16 ottobre 2008, *Renolde c. Francia* (ric. n. 5608/05).
52. Sent. 1° giugno 2010, *Jasińska c. Polonia* (ric. n. 28326/05).
53. Sent. 17 giugno 2008, *Abdullah Yilmaz c. Turchia* (ric. n. 21899/02).

Lufti Demirci e altri c. Turchia[54], entrambe relative all'omessa adozione – da parte delle autorità statali – di misure idonee a prevenire il suicidio di un militare (nel primo caso, in ragione dei maltrattamenti subiti da parte di un superiore, nel secondo in conseguenza della patologia depressiva da cui il giovane era già affetto).

Nelle sentenze *Nurten Deniz Bulbul c. Turchia*[55] e *Serdar Yigit e altri c. Turchia*[56], invece, la Corte – adita dai genitori di due giovani suicidatisi durante il servizio militare – non ha riscontrato alcuna violazione dell'art. 2 Cedu: nel primo caso, in quanto dagli atti di indagine emergeva che il giovane non era stato vittima di alcun sopruso e che la visita militare non aveva rilevato alcun disturbo psicologico pregresso; nel secondo, perché l'indagine condotta a livello nazionale aveva stabilito che l'insano gesto era stato compiuto dal giovane a seguito di una decisione improvvisa, come tale imprevedibile.

Presenta aspetti peculiari la recentissima pronuncia *Jasinsk c. Lituania*[57]. Il caso di specie riguardava la morte di uno studente lituano sordomuto, caduto da una scalinata e rimasto privo di conoscenza dopo esser stato, verosimilmente, spinto da alcuni compagni durante una festa all'interno di una scuola. Il personale della scuola decideva di chiamare, oltre all'ambulanza, la polizia: gli agenti, che arrivavano per primi sul posto, decidevano di non attendere i soccorsi, trasportavano il giovane in commissariato e lo chiudevano in una "*sobering-up cell*". Il giorno dopo, il giovane moriva. La Corte ha in tale occasione ravvisato una violazione sostanziale dell'art. 2 Cedu in relazione alla condotta degli agenti, poiché gli stessi non avevano atteso l'ambulanza la sera dell'incidente, né avevano altrimenti consultato un medico, e perché il giorno successivo, dopo aver trovato il giovane addormentato nella cella, avevano lasciato trascorrere ben sette ore prima di chiamare l'ambulanza.

5 Gli obblighi positivi di tutela a fronte di situazioni pericolose

La più recente giurisprudenza di Strasburgo ha elaborato una serie di obblighi positivi di tutela della vita a fronte di situazioni di pericolo, che possono trovare la loro causa tanto in condotte umane quanto in fattori naturali. Come per gli obblighi di protezione rafforzata di cui si è trattato al paragrafo precedente, si tratta di *preventive measures*, che mirano a prevenire una violazione dell'art. 2 Cedu scongiurando il rischio per la vita dei soggetti a favore delle quali sono previste.

5.1 L'obbligo di protezione a fronte del pericolo identificato per la vita di persone determinate

La prima categoria di obblighi di tutela elaborata dalla Corte europea a fronte di situazioni pericolose si identifica con l'obbligo di protezione che incombe sulle autorità dello Stato – e segnatamente, sugli agenti e gli ufficiali delle forze dell'ordine – a fronte di un *pericolo identificato per la vita di persone determinate*. Si tratta di un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo, a partire dal *leading case Osman c. Regno Unito* del 2000[58].

La verifica effettuata dal giudice europeo è se, al momento del fatto, le autorità competenti *erano o avrebbero potuto essere a conoscenza di un pericolo effettivo ed immediato per la vita di una persona determinata* (o di persone determinate): lo standard di responsabilità è, dunque, quello della semplice colpa, e non della colpa grave[59].

L'obbligo di predisporre le misure adeguate per prevenire la morte delle persone suddette incontra, tuttavia, due limiti: da un lato, la discrezionalità delle autorità competenti nell'individuare gli obiettivi maggiormente sensibili, e di adottare le misure suddette

54. Sent. 2 marzo 2010, *Lufti Demirci e altri c. Turchia* (ric. n. 28809/05).
55. Sent. 23 febbraio 2010, *Nurten Deniz Bulbul c. Turchia* (ric. n. 4649/05).
56. Sent. 9 novembre 2010, *Serdar Yigit c. Turchia* (ric. n. 20245/05).
57. Sent. 21 dicembre 2010, *Jasinsk c. Lituania* (ric. n. 45744/08).
58. Il *leading case* è la sent. 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito* (ric. n. 23452/94).
59. Cfr. sul punto B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights*, cit., p. 742.

tenendo conto delle priorità e delle risorse disponibili; dall'altro, l'*obbligo di rispettare i diritti garantiti dalla Convenzione al destinatario delle misure restrittive* (in particolare, quelli discendenti dagli artt. 5, 6 e 8 Cedu)[60]. E' appena il caso di sottolineare, peraltro, come il cd. "*Osman* test" sia di difficile applicazione pratica, e conduca spesso a pronunce di segno opposto in relazione a situazioni analoghe[61].

Nel triennio 2008-2010 la Corte ha riconosciuto una violazione sostanziale dell'art. 2 Cedu nella pronuncia *Branko Tomasic e altri c. Croazia*[62] in ragione della mancata predisposizione, da parte delle autorità croate, delle misure idonee a prevenire la commissione di un omicidio-suicidio che, alla luce delle circostanze del caso, doveva dirsi già annunciato.

Il ricorrente, affetto da gravi turbe psichiche, aveva infatti ripetutamente minacciato di morte l'*ex* compagna e il figlio, anche in presenza del personale del servizio sociale e della polizia, ed era stato condannato per il reato di minaccia. La Corte d'appello – in sede di riforma della sentenza di primo grado, che aveva ordinato che il trattamento sanitario coattivo proseguisse anche dopo l'esecuzione della pena – aveva tuttavia disposto, in conformità alla legge croata, che il trattamento medesimo non avesse durata superiore a quest'ultima: poco dopo la scarcerazione, dunque, l'uomo aveva ucciso l'*ex* compagna e il figlio per poi togliersi la vita.

Particolari profili di interesse presenta anche la più recente sentenza *Dink c. Turchia*[63], del settembre 2010: il ricorrente, un giornalista turco di origini armene, veniva condannato a pena detentiva per aver denigrato l'identità turca, e successivamente ucciso (presumibilmente ad opera di appartenenti a gruppi ultranazionalisti).

La Corte ha accolto il ricorso sotto il profilo dell'art. 2 Cedu, rilevando come dalle indagini fosse emerso che le forze dell'ordine erano state addirittura avvertite della probabilità di un suo assassinio e persino dell'identità dei presunti istigatori: vi era dunque un rischio reale e imminente per la vita del ricorrente, rispetto al quale non era stata presa alcuna misura.

I giudici di Strasburgo si sono, tuttavia, soffermati anche sugli obblighi positivi derivanti dall'art. 10 Cedu in capo alle autorità statali, che sono tenute a creare un clima favorevole alla partecipazione e al dibattito pubblico, permettendo a ciascuno di esprimere le proprie idee anche qualora queste siano in contrasto con l'opinione della maggioranza o suscitino l'indignazione dell'opinione pubblica: nel caso di specie, ad avviso della Corte, la condanna di Dink e soprattutto – per quel che qui interessa – il mancato apprestamento di misure di protezione hanno determinato la violazione anche degli obblighi positivi discendenti da detta norma.

Pare, dunque, che l'omessa predisposizione di *preventive measures* a tutela della vita sia stata valutata dalla Corte tanto alla luce dell'art. 2 quanto alla luce dell'art. 10 Cedu (sulla base della premessa per cui anche dall'art. 10 della Convenzione discendono obblighi di intervento, e non di mera astensione). La peculiare prospettiva adottata dai giudici di Strasburgo in tale occasione, tuttavia, può trovare spiegazione nel fatto che – come sostenuto dai familiari di Dink – la condanna pronunciata nei suoi confronti dalla magistratura turca in relazione alle affermazioni contenute negli articoli che questi aveva scritto lo aveva reso, ancor più di quanto già non fosse, un "bersaglio" agli occhi dei gruppi ultranazionalisti, ai quali appartenevano i presunti responsabili della sua morte.

Si segnala, ad ogni modo, la *concording opinion* dei giudici Sajo e Tsotsoria, ad avviso delle quali dall'art. 10 Cedu non sorgono obblighi positivi in capo agli Stati membri e la Corte avrebbe potuto agevolmente decidere il caso di specie facendo leva soltanto sulla

60. Cfr. sul punto D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit., p. 43, nonché B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights*, cit., p. 743.
61. Cfr. sul punto B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights*, cit., p. 742.
62. Sent. 15 gennaio 2009, *Branko Tomašiç e altri c. Croazia* (ric. n. 46598/06).
63. Sent. 14 settembre 2010, *Dink c. Turchia* (ric. nn. 2668/07 ; 6102/08 ; 30079/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1828.

propria consolidata giurisprudenza in tema di obblighi positivi discendenti dall'art. 2 Cedu.

5.2 L'obbligo di difendere la società intera dalle azioni di pericolosi criminali che scontano la pena della detenzione

A partire dalla pronuncia *Mastromatteo c. Italia* del 2002[64] , la Corte ha elaborato un ulteriore obbligo positivo di tutela a fronte di una situazione che, a differenza della precedente, si caratterizza per l'*indeterminatezza delle potenziali vittime* e che, secondo le categorie familiari alla dottrina penalistica, configura non un obbligo protezione, ma un *obbligo di controllo*: il giudice europeo ha, infatti, a più riprese affermato che l'art. 2 Cedu impone alle autorità statali di difendere la società intera dalle azioni di pericolosi criminali che scontano la pena della detenzione per aver commesso, in precedenza, efferati delitti.

Delle pronunce dell'ultimo triennio rientra in quest'ultima categoria la sentenza *Maiorano e altri c. Italia*[65], relativa al duplice omicidio commesso da uno degli autori della strage del Circeo, Angelo Izzo, cui era stata concessa la semilibertà. Ad avviso della Corte, gli elementi a disposizione delle autorità giurisdizionali avrebbero dovuto escludere la possibilità di ammettere quest'ultimo alla fruizione del beneficio; ma, quand'anche la libertà fosse stata concessa, essa avrebbe dovuto essere comunque revocata a seguito dei numerosi "segnali d'allarme" apprezzabili nel caso di specie (che il Tribunale di sorveglianza competente non aveva, invece, potuto prendere in considerazione perché non vi era stato un adeguato scambio di informazioni tra i vari organi giurisdizionali coinvolti nella vicenda in esame).

5.3 Gli obblighi di protezione a fronte di attività pericolose o di calamità naturali

Un filone sempre più corposo di pronunce – inaugurato dalla Corte con le sentenze *L.B.C. c. Regno Unito*[66] del 1998 e *Öneryildiz c. Turchia*[67] del 2004 – attiene, infine, agli obblighi di protezione a fronte dei pericoli per l'incolumità fisica promananti da calamità naturali o riconducibili a una condotta umana (come nei *leading cases* appena citati, relativi il primo all'esposizione a sostanze radioattive, il secondo ad un'esplosione di metano in una discarica abusiva)[68].

Nel triennio 2008-2010, la Corte ha ribadito il suddetto principio di diritto in relazione a ripetute colate di fango e di detriti[69], a mine antiuomo disseminate in una zona prima adibita a colture o a pascolo[70], a un incidente ferroviario[71].

La questione si intreccia, a ben vedere, con quella della tutela del diritto ad un ambiente salubre, che la giurisprudenza di Strasburgo tende ad affrontare sotto l'angolo visuale dell'art. 8 Cedu.

I confini dell'ambito di operatività dell'una e dell'altra norma non sono del tutto netti, anche se pare di poter concludere che la fattispecie sia suscettibile di ricadere entro lo spettro di applicabilità dell'art. 2 Cedu soltanto quando la fonte di pericolo:

1. abbia cagionato la *morte di una o più persone*; o comunque
2. fosse tale da creare un *rischio specifico ed attuale per la vita* (e non per la semplice incolumità fisica) *di una o più persone determinate*.

Tali requisiti si riscontrano, appunto, nella sentenza *Budayeva e altri c. Russia*[72],

64. Il *leading case* è la sent. 24 ottobre 2002, *Mastromatteo c. Italia* (ric. n.37703/97).
65. Sent. 15 dicembre 2009, *Maiorano e altri c. Italia* (ric. n. 28634/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 323-325.
66. Sent. 9 giugno 1998, *L.B.C. c. Regno Unito* (ric. n. 23413/1994).
67. Sent. 30 novembre 2004, sent. *Öneryildiz c. Turchia* (ric. n. 48939/99).
68. Cfr. sul punto D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit., p. 42-43, nonché B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights*, cit., p. 745.
69. Sent. 20 marzo 2008, *Budayeva e altri c. Russia* (ric. n. 15339/02; 11673/02;15343/02; 20058/02 e 21166/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 718.
70. Sent. 9 ottobre 2008, *Albekov e altri c. Russia* (ric. n. 68216/01).
71. Sent. 15 dicembre 2009, *Kalender c. Turchia* (ric. n. 4314/02).
72. Sent. 20 marzo 2008, *Budayeva e altri c. Russia* (ric. n. 15339/02; 11673/02;15343/02; 20058/02 e 21166/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 718.

in cui la Corte ha ravvisato una violazione sostanziale dell'art. 2 Cedu per la mancata adozione, da parte del Governo russo, delle misure necessarie a scongiurare il disastro naturale verificatosi in una piccola cittadina russa, in esito al quale avevano trovato la morte otto persone e altre diciannove risultavano disperse.

Nelle ipotesi in cui, al contrario, le indicate condizioni non sussistano, verrà in rilievo l'art. 8 Cedu. L'applicazione dell'una o dell'altra norma ha, invero, consistenti ricadute pratiche quanto agli obblighi di natura procedurale, posto che non paiono rinvenibili nella giurisprudenza della Corte in tema di art. 8 Cedu i principi pregnanti che i giudici di Strasburgo hanno affermato rispetto all'art. 2 della Convenzione (che si andranno tra breve ad esaminare).

E' bene precisare, da ultimo, che il *comportamento negligente delle vittime* non è, in queste occasioni, sufficiente ad escludere la responsabilità *ex* art. 2 Cedu in capo alle autorità statali, almeno laddove lo stesso non rilevi quale fattore causale autonomo, di per sé sufficiente a cagionare l'evento dannoso.

Paradigmatico, a questo proposito, il caso *Kalender c. Turchia*[73], relativo a un incidente avvenuto all'interno di una stazione ferroviaria (nel quale un treno merci aveva investito due persone, causandone il decesso, mentre attraversavano uno dei binari per raggiungere la banchina).

La Corte ha riscontrato, in questa occasione, una violazione degli obblighi di protezione promananti dall'art. 2 Cedu a dispetto del comportamento colposo delle vittime, in ragione del fatto che la struttura della stazione e l'attività di sorveglianza effettuata dal personale addetto non erano conformi rispetto ai livelli minimi di sicurezza prestabiliti (in particolare, mancava un sottopassaggio, i passaggi pedonali erano ostruiti dai treni merci, il personale addetto alla sorveglianza era insufficiente).

6 Gli obblighi procedurali

L'accertamento della non violazione, da parte dello Stato convenuto, degli obblighi sostanziali (tanto negativi quanto positivi) promananti dall'art. 2 della Convenzione non esclude, tuttavia, che lo stesso possa essere chiamato a rispondere per non aver ottemperato agli *obblighi procedurali* che da tale norma parimenti discendono. Accade spesso, anzi, che la Corte "condanni" gli Stati membri per violazione di questi ultimi *proprio laddove non sia in grado di chiarire*, alla luce degli accertamenti compiuti dai giudici nazionali nei vari gradi di giudizio celebrati a livello interno, *se la norma convenzionale sia stata o meno violata sul piano sostanziale*: è quello che è accaduto, emblematicamente, nel più volte menzionato caso *Giuliani*, sul quale ci si soffermerà tra breve in relazione a questo ulteriore aspetto.

L'enucleazione di precisi obblighi procedurali in capo alle autorità giurisdizionali nazionali deriva, a ben vedere, dalla stessa conformazione del meccanismo di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali che gravita attorno alla CEDU, improntato, com'è noto, al principio di sussidiarietà: i giudici nazionali sono chiamati a essere – o, più realisticamente, a diventare – i primi tutori di quei diritti e di quelle libertà, pena l'affossamento dell'intero sistema (che, come è stato detto, finirebbe per crollare sotto il peso del suo stesso successo, stante l'enorme carico di lavoro che grava sulla Corte europea e i costi insostenibili che un intervento massiccio e non selettivo di quest'ultima porterebbe con sé).

Nei paragrafi seguenti si procederà dunque ad analizzare i suddetti obblighi procedurali – che costituiscono una delle più importanti "frontiere" della giurisprudenza di Strasburgo degli ultimi anni – seguendo la bipartizione tra gli obblighi che sorgono a fronte di *violazioni dolose dell'art. 2 Cedu*, da un lato, e quelli che discendono dalle *violazioni soltanto colpose* di detta norma, dall'altro.

73. Sent. 15 dicembre 2009, *Kalender c. Turchia* (ric. n. 4314/02).

6.1

Gli obblighi procedurali a fronte di violazioni dolose dell'art. 2 Cedu

In caso di *violazione dolosa dell'art. 2 Cedu* (dovendosi per tale intendersi anche l'ipotesi qualificabile, secondo le categorie familiari al penalista italiano, come *omicidio preterintenzionale*) il diritto di Strasburgo impone il ricorso agli strumenti della giustizia penale, affinché le autorità competenti pervengano all'identificazione e alla punizione dei responsabili.

La giurisprudenza di Strasburgo ha infatti ricavato dall'art. 2 una serie di obblighi procedurali che ricalcano quelli originariamente elaborati in tema di art. 3 Cedu: si richiede, in particolare, che le *indagini* siano *attivate d'ufficio*, che siano *diligenti* e che si concludano prima dell'intervento della prescrizione; che il *processo* sia *trasparente* e garantisca il *coinvolgimento delle vittime*; e che, soprattutto, la *pena irrogata* sia *congrua e proporzionata al fatto di reato*.

Il riconoscimento di una somma a titolo di risarcimento del danno non costituisce, invece, un'adeguata riparazione ai sensi dell'art. 41 Cedu[74], anche se le più recenti pronunce pongono con decisione l'accento sulla necessità della tutela risarcitoria, *a complemento* di quella approntata in sede penale.

L'obbligo di attivare un'indagine *ex officio* sorge a fronte di qualsiasi morte che *prima facie* non appaia riconducibile a cause naturali (e dunque non solo nei casi di morte violenta, rispetto ai quali, peraltro, è indifferente che la stessa sia stata cagionata da agenti dello Stato, da privati o da ignoti)[75].

Come statuito dal giudice europeo a partire dal caso *Hugh Jordan c. Regno Regno Unito*[76] del 2001, peraltro, nelle ipotesi in cui il soggetto deceduto fosse "affidato" alla custodia dello Stato (perché stava effettuando il servizio militare o, come più spesso accade, perché si trovava in ospedale o in carcere), l'onere di provare le cause della morte incombe sullo Stato convenuto[77]. La suddetta inversione dell'*onus probandi* – ricalcata su quella elaborata dal giudice europeo in riferimento all'art. 3 Cedu, a dimostrazione del rapporto di "osmosi" ravvisabile tra le due norme – è motivata essenzialmente da ragioni di *vicinanza della prova*: le autorità dello Stato sono infatti in una posizione migliore per accertare eventuali responsabilità rispetto ai familiari del defunto[78].

Tra le pronunce dell'ultimo triennio, merita menzione la sentenza *Babat e altri c. Turchia*[79], in cui la Corte ha riscontrato la violazione procedurale dell'art. 2 Cedu in relazione all'archiviazione per mancanza di prove del procedimento per l'omicidio di un ragazzo curdo (già sottoposto a diverse indagini e procedimenti penali per aver partecipato a manifestazioni illegali) attinto mortalmente da un colpo di arma da fuoco mentre usciva da un locale, che – secondo la prospettazione dei familiari ricorrenti – era stato ucciso da agenti della polizia turca o, comunque, con la connivenza di questi ultimi.

Nella più volte citata pronuncia *Wasilewska c. Russia*[80], relativa all'uccisione di un uomo che fuggiva a bordo di un'autovettura ad opera dei poliziotti che tentavano di fermarlo, la Corte ha invece ravvisato una violazione procedurale dell'art. 2 Cedu perché la procura aveva archiviato il caso senza aver accertato con la necessaria cura se l'uso delle armi fosse stato, nel caso di specie, proporzionato.

Nella sentenza sul caso *Iorga c. Moldavia*[81] la Corte è pervenuta alle medesime conclusioni in relazione alla morte di un giovane trovato impiccato a un albero durante il

74. Per i precedenti più significativi, cfr. D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit., pp. 41-42.
75. Cfr. sul punto D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit., p. 48.
76. Sent. 4 maggio 2001, *Hugh Jordan c. Regno Unito* (ric. n. 24746/94).
77. Cfr. sul punto D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit., p. 57 e B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights*, cit., p. 768 ss.
78. Cfr. sul punto D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit., p. 57.
79. Sent. 12 gennaio 2010, *Babat e altri c. Turchia* (ric. n. 44936/04).
80. Sent. 23 febbraio 2010, *Wasilewska c. Polonia* (ric. n. 28975/04 e 33406/04).
81. Sent. 23 marzo 2010, *Iorga c. Moldavia* (ric. n. 12219/05).

servizio militare. Le indagini svolte avevano avallato l'ipotesi del suicidio; ipotesi avversata invece dalla madre del giovane, che riteneva fosse stato ucciso, ma che non aveva potuto manifestare i suoi dubbi sulla ricostruzione dei fatti davanti alle autorità procedenti né aveva potuto ricorrere avverso la decisione di chiudere le indagini stesse. Giova peraltro segnalare che nella pronuncia *Anusça c. Moldavia*[82] – resa in relazione a una vicenda del tutto analoga – la Corte ha riscontrato una violazione procedurale dell'art. 2 Cedu perché la partecipazione della ricorrente, madre del militare suicidatosi, si era risolta esclusivamente nel diritto di avere informazioni sullo stato del procedimento in corso.

Similmente, nella sentenza *Seidova e altri c. Bulgaria*[83] – relativa alla morte di un cittadino bulgaro, appartenente alla minoranza rom, durante uno scontro a fuoco con le guardie private di un campo nel quale si era introdotto per rubare alcune cipolle – la Corte ha ravvisato una violazione procedurale dell'art. 2 Cedu in quanto la legge bulgara, in assenza di accuse formali di un reato (come accaduto nel caso di specie, in cui il procedimento era stato archiviato perché le guardie avevano agito in legittima difesa), non obbliga le autorità a coinvolgere nelle indagini i prossimi congiunti della vittima ed esclude altresì la possibilità per questi ultimi di costituirsi parte civile.

Particolarmente rilevante appare, infine, la sentenza *Carabulea c. Romania*[84] del luglio 2010, che costituisce un'applicazione paradigmatica dei principi espressi dalla Corte in tema di obblighi procedurali.

Il fratello del ricorrente, sottoposto a custodia cautelare in carcere, aveva rivelato alla moglie, durante una sua visita, di essere stato malmenato da alcuni funzionari di polizia; era deceduto a distanza di pochi giorni, dopo essere stato ricoverato prima nell'infermeria del penitenziario, poi in un ospedale civile e infine – a seguito della diagnosi di tromboembolia polmonare – in un altro ospedale, meglio attrezzato per tale patologia. Le autorità romene, all'esito delle indagini, avevano deciso di non avviare un procedimento penale nei confronti dei funzionari asseritamente coinvolti, sebbene le perizie di parte avessero fatto emergere lividi sul fianco destro e un'emorragia interna al fegato di origine traumatica.

La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla vicenda, ha ravvisato una violazione sostanziale e procedurale degli artt. 2 e 3 Cedu, in quanto le autorità romene: a) avevano omesso di fornire cure mediche adeguate e tempestive al fratello del ricorrente; b) non erano state in grado di dare una spiegazione soddisfacente per la morte di un uomo perfettamente sano di soli 27 anni, che si trovava in carcere e dunque era "affidato" alla loro custodia; c) avevano condotto indagini superficiali e viziate da gravi incongruenze.

6.1.1 La proporzione tra la pena inflitta e la gravità del fatto di reato

Nell'ambito degli obblighi procedurali derivanti dall'art. 2 Cedu per i casi di violazioni dolose, meritano un approfondimento i principi in tema di *sentencing* espressi dalla Corte in alcune innovative pronunce del triennio 2008-2010, che si inquadrano fra le più rilevanti in assoluto tra quelle rese dal giudice europeo in tale periodo di riferimento.

Nella sentenza *Nikolova e Velichkova c. Bulgaria*[85] la Corte ha ravvisato una violazione sostanziale e procedurale dell'art. 2 Cedu in relazione a una fattispecie di omicidio preterintenzionale: i due poliziotti individuati come autori del reato erano stati infatti condannati, soltanto sette anni dopo l'accaduto, a tre anni di reclusione (ossia alla pena minima prevista dal codice penale bulgaro per il delitto in esame); pena che era stata peraltro sospesa in ragione della tenuità dell'elemento soggettivo e della bassa pericolosità

82. Sent. 18 maggio 2010, *Anusça c. Moldavia* (ric. n. 24034/07).
83. Sent. 18 novembre 2010, *Seidova e altri c. Bulgaria* (ric. n. 310/04).
84. Sent. 13 luglio 2010, *Carabulea c. Romania* (ric. n. 45661/99), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1817.
85. Sent. 20 dicembre 2007, *Nikolova e Velichkova c. Bulgaria* (ric. n. 7888/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 345.

sociale degli imputati (sebbene uno dei due fosse stato incriminato per percosse a danno di un detenuto soltanto pochi mesi prima).

Ad analoghe conclusioni sono pervenuti i giudici di Strasburgo nella sentenza *Ali e Ayşe Duran c. Turchia*[86], relativa alla morte di un detenuto a seguito dei *mistreatments* subiti in carcere da parte delle guardie carcerarie. Anche in questo caso la Corte – pur riaffermando il principio per cui solo le corti nazionali sono competenti a decidere sulla colpevolezza dell'imputato e a commisurare la pena – ha tuttavia rivendicato il potere di valutare la correttezza della decisione in tutti i casi di *manifesta sproporzione tra la sanzione irrogata e la gravità del fatto*: è quanto era accaduto nel caso di specie, in cui la pena era stata quantificata in misura di poco inferiore ai tre anni di reclusione a seguito dell'applicazione di una serie di circostanze attenuanti, per poi venire conseguentemente sospesa.

Infine, nella già menzionata sentenza *Fadime e Turan Karabulut c. Turchia*[87]– relativa all'uccisione ad opera delle forze di polizia di una quattordicenne che non si era fermata all'alt – la Corte ha ritenuto che la condanna dei poliziotti a un anno e otto mesi di reclusione, per di più condizionalmente sospesa, fosse irrisoria, e ha riconosciuto pertanto una violazione procedurale dell'art. 2 Cedu.

Pare opportuno rilevare, peraltro, come nella maggior parte dei casi il giudice europeo compia le suddette valutazioni pronunciandosi sull'eccezione sollevata dal Governo dello Stato convenuto secondo cui il ricorrente non potrebbe più proclamarsi *"vittima"* di una violazione ai sensi dell'art. 34 Cedu (essendo, appunto, intervenuta una pronuncia di condanna in sede penale)[88]: alla luce del principio di sussidiarietà, tale questione è infatti strettamente connessa, da un lato, al compimento di un'indagine effettiva che conduca *all'individuazione e alla punizione dei responsabili* e, dall'altro, alla *entità della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno*.

In relazione a questo secondo profilo, è bene ribadire che, quando vengono in rilievo *violazioni dolose* dell'art. 2 Cedu, la *restituito in integrum* del ricorrente non può risolversi nella corresponsione a quest'ultimo di una somma di denaro a titolo di risarcimento, per quanto cospicua essa possa essere: la congruità del risarcimento è dunque *condizione necessaria, ma non sufficiente*, perché lo Stato convenuto possa affermare di aver reagito in modo adeguato alla violazione della norma convenzionale (con ciò precludendo, in forza del principio di sussidiarietà, l'intervento della Corte europea).

Il principio di proporzione della pena inflitta rispetto alla gravità del fatto e quello della congruità della somma corrisposta a titolo di risarcimento – originariamente enucleati rispetto all'art. 2 Cedu nelle sentenze ora menzionate – sono stati, di recente, trasposti dalla Corte anche in tema di art. 3 Cedu, a riprova del rapporto di reciproca "osmosi" intercorrente tra le due norme.

6.1.2 La necessità dell'accertamento di eventuali "responsabilità di vertice"

Un filone giurisprudenziale sempre più corposo – sul quale pure vale la pena effettuare un breve approfondimento – sottolinea invece la necessità che le indagini svolte consentano di far emergere eventuali *responsabilità "di vertice"*, e che dunque non si arrestino alla condotta del soggetto al quale si imputa la violazione dolosa o colposa della norma incriminatrice posta a tutela della vita.

Così, nella già menzionata sentenza *Giuliani e Gaggio* [89], la Corte ha ravvisato una violazione procedurale dell'art. 2 Cedu in ragione delle evidenti lacune delle indagini

86. Sent. 8 aprile 2008, *Ali e Ayşe Duran c. Turchia* (ric. n. 42942/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 721.
87. Sent. 27 maggio 2010, *Fadime e Turan Karabulut c. Turchia* (ric. n.23872/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1310.
88. Cfr. per tutte la già menzionata sent. 20 dicembre 2007, *Nikolova e Velichkova c. Bulgaria* (ric. n. 7888/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 345.
89. Sent. 25 agosto 2009, *Giuliani e Gaggio c. Italia* (ric. n. 23458/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1949. Neppure tali conclusioni sono state confermate dalla grande camera nella sentenza della grande camera sul medesimo caso, in relazione alla quale mi permetto di rinviare, ancora una volta, al mio breve commento pubblicato su questa *Rivista* in data 24 marzo 2011.

condotte a livello interno, che avevano del tutto obliterato l'accertamento di eventuali *responsabilità dei superiori* dell'agente P. e, più in generale, delle autorità responsabili dell'organizzazione dell'intervento.

Ancora, nella sentenza *Kalender*[90] (relativa, come si ricorderà, a un incidente ferroviario), i giudici di Strasburgo sono pervenuti a conclusioni analoghe poiché l'azione penale era stata esercitata esclusivamente nei confronti del macchinista del treno merci, e non invece nei confronti degli organi di vertice delle ferrovie nazionali turche, sebbene l'errore umano fosse soltanto uno dei fattori che avevano portato alla verificazione del disastro (insieme all'inadeguatezza strutturale della stazione e dell'attività di sorveglianza effettuata dal personale rispetto agli standard minimi di sicurezza).

Pare, dunque, che la Corte valorizzi maggiormente rispetto al passato il requisito della *diligenza delle indagini*, ricollegandovi il duplice significato di *non superficialità* ed *adeguata estensione* delle stesse.

> Nella prospettiva del diritto interno, ciò pone il problema di individuare gli strumenti giuridici che appaiono più idonei a intercettare le condotte colpose dei responsabili: si tratterà, in generale, dell'imputazione a titolo di omicidio colposo, o di concorso colposo nell'omicidio volontario commesso dai propri sottoposti (sempre che non sussistano nel caso di specie gli estremi di una causa di giustificazione comunicabile ai concorrenti).
> Vengono, inoltre, in rilievo le considerazioni esposte *supra* in riferimento alla possibilità di ricavare dall'art. 2 Cedu una specifica posizione di garanzia, idonea a sorreggere un'imputazione a titolo di concorso omissivo[91].

6.1.3 La durata del processo

Un ulteriore sviluppo della giurisprudenza del biennio 2008/2009 in punto di obblighi procedurali derivanti dall'art. 2 Cedu riguarda il profilo della durata del processo, sempre più frequentemente attratto sotto l'angolo visuale di detta norma invece che dell'art. 6 § 1 Cedu.

Significative, in proposito, le sentenze *Gulen c. Turchia*[92], *Trapeznikova c. Romania*[93] e *G.N. e altri c. Italia*[94] (quest'ultima non direttamente riguardante la materia penale) e, più di recente, le sentenze *Railean c. Moldavia*[95] e *Korogodina c. Russia*[96].

La scelta di affrontare l'analisi della vicenda sotto le lenti dell'art. 6 § 1 o dell'art. 2 Cedu dipende in qualche misura dalla prospettazione effettuata dal ricorrente; tuttavia, dato che la Corte ha il potere di esaminare i fatti di causa *anche alla luce di norme che non sono state invocate* da quest'ultimo, una possibile spiegazione – che trova riscontro nelle sentenze poc'anzi menzionate – è che l'art. 6 § 1 venga in rilievo quando il punto di vista è quello dell'imputato, mentre l'art. 2 Cedu quando è quello della vittima della violazione.

6.1.4 L'effettività del ricorso: i rapporti tra l'art. 2 e l'art. 13 Cedu

Quanto, invece, ai rapporti tra l'art. 2 Cedu nella sua dimensione procedurale e l'art. 13 Cedu (che, come noto, sancisce il *diritto a un ricorso effettivo*), una possibile chiave di lettura della copiosa giurisprudenza sul punto[97] – che sempre meno di frequente ravvisa una violazione dell'art. 13 laddove abbia preliminarmente riscontrato una violazione procedurale dell'art. 2 Cedu – è quella per cui, almeno in linea tendenziale, l'art. 13

90. Sent. 15 dicembre 2009, *Kalender c. Turchia* (ric. n. 4314/02).
91. Vedi *supra*, § 5 e 6.
92. Sent. 14 ottobre 2008, *Gulen c. Turchia* (28226/02).
93. Sent. 11 dicembre 2008, *Trapeznikova c. Romania* (ric. n. 21539/02).
94. Sent. 1° dicembre 2009, *G.N. e altri c. Italia* (ric. n. 43134/05).
95. Sent. 5 gennaio 2010, *Railean c. Moldavia* (ric. n. 23401/04).
96. Sent. 30 settembre 2010, *Korogodina c. Russia* (ric. n. 33512/04).
97. Cfr., *ex multis,* sent. 9 ottobre 2008, *Albekov e altri c. Russia* (ric. n. 68216/01); sent. 5 marzo 2009, *Khalitova c. Russia (39166/04)*; sent. 2 dicembre 2008, *Erdal Aslan c. Turchia* (ric. n. 25060/02 e 1705/03).

Cedu stia gradualmente perdendo rilevanza a fronte di *violazioni che concernono il processo penale*, mantenendo invece un ruolo autonomo nei casi in cui vengano in considerazione processi di natura civile o amministrativa.

Una violazione congiunta degli artt. 13 e 2 Cedu potrebbe dunque ravvisarsi soltanto laddove l'ineffettività dell'inchiesta penale condotta a livello interno determini, a cascata, l'ineffettività degli altri rimedi previsti dall'ordinamento (primo fra tutti quello civilistico del risarcimento del danno)[98].

6.2 Gli obblighi procedurali a fronte di violazioni colpose dell'art. 2 Cedu

Se quello delineato al § 2.5 è lo standard richiesto dalla Corte a fronte di *violazioni dolose* dell'art. 2 Cedu, considerazioni parzialmente diverse valgono per le ipotesi in cui vengano in rilievo *violazioni* soltanto *colpose* di detta norma.

In quest'evenienza, infatti, il ricorso allo strumento del processo penale è meramente eventuale: la giurisprudenza consolidata di Strasburgo reputa, infatti, sufficiente che alla vittima della violazione venga riconosciuto il rimedio (civilistico) del *risarcimento del danno*[99]. In altre parole, quando l'evento morte o il pericolo per la vita siano conseguenza di una condotta soltanto colposa, non sussiste alcun obbligo "convenzionalmente imposto", in capo alle autorità giurisdizionali nazionali, di attivare d'ufficio un'indagine penale, né tantomeno di accertare con una pronuncia irrevocabile eventuali responsabilità.

Nella già menzionata sentenza *Budayeva e altri c. Russia*[100] la Corte ha, tuttavia, precisato che l'instaurazione di un processo penale si impone – anche a fronte di responsabilità colpose – in tutti i casi in cui si ravvisi la necessità di svolgere *accertamenti tecnici particolarmente complessi*, poiché la stessa graverebbe le parti di un onere probatorio difficilmente assolvibile. Nel caso di specie l'accertamento riguardava le eventuali responsabilità delle autorità competenti, che non avevano saputo prevedere e conseguentemente evitare una serie di colate di fango che avevano colpito una cittadina attraversata da due affluenti del fiume Baksan, provocando diversi morti e feriti.

Tra le sentenze dell'ultimo triennio rese dalla Corte in relazione a violazioni soltanto colpose dell'art. 2 Cedu, presenta particolari profili di interesse la sentenza *Balci c. Turchia*[101].

Giova delineare brevemente la vicenda in esame. Un bambino decedeva in conseguenza di una caduta da un'altalena in un parco giochi: il direttore dei servizi pubblici del comune e il direttore del parco venivano condannati per omicidio colposo sia in primo che in secondo grado, ma durante il ricorso per cassazione interveniva un provvedimento di amnistia.

I genitori del bimbo presentavano allora ricorso alla Corte, adducendo la violazione procedurale dell'art. 2 Cedu in quanto l'impossibilità di ultimare il processo a causa dell'amnistia aveva impedito che venisse accertata la responsabilità penale per la morte del figlio. I giudici di Strasburgo, tuttavia, hanno rigettato il ricorso proprio in ragione del fatto che si trattava di una fattispecie di omicidio colposo (e non doloso).

Merita menzione anche la sentenza *Eugenia Lazar c. Romania*[102], relativa a un caso di *medical malpractice*, in cui la Corte – dopo aver ritenuto che l'azione civile per il risarcimento dei danni fosse impraticabile nel caso di specie, sulla base del quadro normativo vigente – ha ravvisato una violazione procedurale dell'art. 2 Cedu in riferimento al processo penale intentato nei confronti del medico, dal momento che i giudici interni

98. Così, ad esempio, sent. 24 febbraio 2005, *Khashiyev e Akayeva c. Russia* (ric. n. 57942/00 e 57945/00).
99. Dec. 27 febbraio 2007, *Giuliani c. Italia* (ric. n. 23458/02); sent. 17 gennaio 2002, *Calvelli e Ciglio c. Italia* (ric. n. 32967/96). Sul punto, ancora F. Viganò, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della Cedu*, cit. pp. 97-98, e A. L. Sciacovelli, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta*, cit., pp. 281-282.
100. Sent. 20 marzo 2008, *Budayeva e altri c. Russia* (ric. n. 15339/02; 11673/02;15343/02; 20058/02 e 21166/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 718.
101. Sent. 17 febbraio 2009, *Balci c. Turchia* (ric. n. 31079/02).
102. Sent. 16 febbraio 2010, *Eugenia Lazar c. Romania* (ric. n. 32146/05).

non erano stati in grado di stabilire, nell'arco di più di quattro anni, se la morte del figlio della ricorrente fosse da imputarsi al caso o, appunto, all'errore del sanitario.

Nella già menzionata sentenza *Oyal c. Turchia*[103], relativa a un caso di trasfusione con sangue infetto, la Corte ha riscontrato una violazione procedurale dell'art. 2 Cedu in relazione all'entità del risarcimento riconosciuto ai ricorrenti in sede civile e all'eccessiva durata del procedimento amministrativo nei confronti del Ministero della Sanità, protrattosi per più di nove anni. Coerentemente con la propria consolidata giurisprudenza, invece, la Corte non ha espresso nessuna censura in relazione al fatto che le autorità giurisdizionali interne avessero deciso di non intentare un procedimento penale nei confronti del personale medico e paramedico coinvolto, del direttore della Croce Rossa (la quale aveva fornito il sangue infetto) e di alcuni responsabili del Ministero della Sanità, nei confronti dei quali i ricorrenti avevano sporto denuncia.

Parimenti, nella recentissima sentenza *Stoyanovi c. Bulgaria*[104], la Corte ha escluso la violazione procedurale dell'art. 2 Cedu rilevando come – trattandosi di un'ipotesi di violazione colposa di detta norma – i ricorrenti avrebbero dovuto richiedere in sede civile l'accertamento di eventuali responsabilità e il risarcimento del danno patito per la morte del figlio, un soldato di leva bulgaro rimasto accidentalmente ucciso durante delle esercitazioni di lancio con il paracadute.

7 Le decisioni terapeutiche

Meritano adeguato approfondimento, poi, le pronunce del triennio 2008-2010 in tema di decisioni terapeutiche che la Corte ha affrontato sotto l'angolo visuale dell'art. 2 Cedu, e che riguardano essenzialmente i problemi legati alle decisioni di fine-vita e allo sciopero in carcere dei detenuti.

Si segnala, peraltro, che la questione del trattamento medico eseguito senza il consenso dell'interessato è stata invece affrontata dalla Corte con riferimento agli artt. 3 e 8 della Convenzione.

7.1 Le decisioni di fine-vita

Muovendo da un'ottica "*pro-life*", dall'art. 2 Cedu potrebbe astrattamente derivare l'obbligo, in capo agli Stati membri, di reprimere penalmente l'interruzione di un trattamento di sostegno vitale dal quale derivi la morte del paziente, versandosi in tale ipotesi al di fuori delle "esimenti" previste dall'art. 2 § 2 Cedu.

La Corte di Strasburgo non ha, tuttavia, fatto propria questa impostazione: nella sentenza *Widmer c. Svizzera* del 1993[105] essa ha, infatti, chiarito che tale condotta non costituisce violazione dell'art. 2 Cedu, e che da tale norma non discende l'obbligo di incriminazione della cd. *passive euthanasia*.

Secondo la letteratura prevalente, le decisioni della Corte si muoverebbero piuttosto in un'ottica "*pro-choice*", nella quale assume rilevanza cruciale il consenso dell'interessato: l'art. 2 Cedu imporrebbe la repressione penale della mera *involuntary euthanasia*, anche laddove la stessa sia motivata dalla volontà di porre fine alle sofferenze di una persona affetta da un male incurabile (e dunque nel caso del cd. *mercy killing*)[106].

Anche dalla più recente giurisprudenza di Strasburgo pare invero possibile ricavare alcune linee-guida che sembrano andare nel senso della *tutela assoluta del rifiuto* (della prosecuzione) *delle cure*, quand'anche da esso derivi, come conseguenza inevitabile, la morte di chi ha prestato il rifiuto stesso.

Merita senz'altro di essere menzionata, a questo proposito, la decisione *Ada Rossi e*

103. Sent. 23 marzo 2010, *Oyal c. Turchia*, (ric. n. 4864/05).
104. Sent. 9 novembre 2010, *Stoyanovi c. Bulgaria* (ric. n. 42980/04).
105. Sent. *Widmer c. Svizzera* (ric. n. 20527/92)
106. Cfr. sul punto D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit., pp. 38-39.

altri c. Italia[107], resa sul ricorso proposto da sei persone in stato vegetativo permanente (rappresentate dai loro tutori), da sei associazioni composte da parenti e amici di persone che versavano nella medesima condizione e da un'associazione a difesa dei diritti umani, che lamentavano gli effetti per loro potenzialmente pregiudizievoli della decisione della Corte d'Appello di Milano sul caso *Englaro*.

La Corte ha escluso che i ricorrenti potessero proclamarsi vittime (anche solo potenziali) di una violazione delle garanzie convenzionali, evidenziando in particolar modo come: a) i giudici milanesi non avessero affatto imposto la cessazione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiale, ma si fossero limitati ad *accogliere la richiesta di autorizzazione all'interruzione* presentata dal tutore e dal curatore della giovane donna, peraltro *all'esito dell'esame di un vasto materiale probatorio*, che aveva consentito di raggiungere la prova che tale richiesta fosse espressione della *volontà presunta* della stessa; b) tanto la pronuncia della Corte d'Appello di Milano quanto la sentenza della Cassazione (che l'aveva preceduta) si erano pronunciate *su un caso specifico,* di modo che, qualora un giudice diverso si fosse trovato a decidere sulla prosecuzione del trattamento di sostegno vitale in relazione a uno dei ricorrenti/persone fisiche, egli avrebbe dovuto necessariamente far riferimento alla volontà presunta di quest'ultimo, come espressa dal suo rappresentante legale; c) le pronunce non avevano in alcun modo inciso sull'attività dei ricorrenti/persone giuridiche, che avrebbe potuto essere portata avanti esattamente come in passato.

Riveste particolare importanza, inoltre, l'affermazione incidentale dei giudici di Strasburgo – che si muove in senso diametralmente opposto a quanto sostenuto dai ricorrenti – secondo la quale l'*imposizione di un trattamento medico senza* il *consenso* di un paziente adulto e capace, o senza il consenso del legale rappresentante se questi è incapace, costituisce una *violazione dell'integrità fisica dell'interessato suscettibile di chiamare in causa gli artt. 2 e 3 della Convenzione*.

Pare dunque che, in questa occasione, la Corte abbia superato le posizioni rigide espresse nel precedente *Pretty c. Regno Unito*[108], nel quale essa aveva categoricamente escluso che la questione potesse essere valutata sotto l'angolo visuale dell'art. 2 Cedu, argomentando dall'impossibilità di ricavare da tale norma – posta a tutela del diritto alla vita – uno speculare e diametralmente opposto "diritto a morire"[109].

Non è chiaro, tuttavia, in che modo gli artt. 2 e 3 Cedu possano trovare applicazione.

Per quel che concerne l'art. 2 Cedu, si potrebbe forse ipotizzare che la prosecuzione del trattamento di sostegno vitale contro la volontà espressa dall'interessato non solo non si "giustifichi" alla luce di detta norma, ma possa all'opposto integrare una violazione della stessa, perché la tutela (obiettiva) della vita incontra nel consenso dell'interessato una sorta di limite "intrinseco". Si tratta, tuttavia, di un approccio decisamente problematico.

Meno peregrina, anche alla luce della più recente giurisprudenza sull'art. 3 Cedu in tema di decisioni terapeutiche, è l'ipotesi che, in un futuro più o meno prossimo, la Corte possa affermare che l'imposizione della prosecuzione di un trattamento di sostegno vitale contro la volontà del paziente integri una violazione di detta norma, *sub specie* di trattamento inumano e degradante, secondo quanto sostenuto nel ricorso sul menzionato caso *Pretty*.

La Corte non si è, invece, finora pronunciata sulla compatibilità con la Convenzione della cd. *active euthanasia* (ad oggi ammessa in Belgio e nei Paesi Bassi) e dell'aiuto al suicidio[110]. Nessun ricorso avente ad oggetto la legittimità convenzionale della normati-

107. Dec. 22 dicembre 2008, *Ada Rossi e altri c. Italia*, (ric. nn. 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 58420/08, 58424/08) in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 355-357.

108. Sent. 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito* (ric. n. 2346/02).

109. Cfr. sul punto D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit., p. 39.

110. Esula dal periodo di riferimento di questa Rassegna la sentenza *Haas c. Svizzera* del 20 gennaio 2011 (ric. n. 31322/07), proprio in tema di aiuto al

va belga e olandese, in particolare, è stato ad oggi presentato alla Corte dai familiari dei soggetti deceduti. E' tuttavia verosimile che, quand'anche fosse chiamata ad affrontare tale delicatissima questione, la Corte si limiterebbe a fare applicazione della dottrina del margine di apprezzamento, dando rilievo in particolar modo all'assenza di un'omogeneità di soluzioni nell'area dei Paesi appartenenti al Consiglio d'Europa.

7.2 Lo sciopero della fame dei detenuti

Presenta profili di interesse anche la pronuncia *Horoz c. Turchia*[111], relativa a un'ipotesi di sciopero della fame compiuto da alcuni detenuti per protesta contro le condizioni carcerarie, in esito al quale trovava la morte il figlio della ricorrente. La Corte ha escluso la violazione dell'art. 2 Cedu, dal momento che la decisione di quest'ultimo di non ricevere cibo e successivamente, in esito al peggioramento delle proprie condizioni di salute, di non sottoporsi alle cure proposte dai medici *non avrebbe potuto non essere rispettata*, *anche qualora* – come poi è accaduto – *lo avesse condotto alla morte*.

La suddetta pronuncia pare, dunque, confermare l'adozione, da parte del giudice europeo, di un'ottica "*pro-choice*", che assegna alla volontà dell'interessato un peso determinante per valutare se vi sia stata o meno violazione di detta norma.

8 L'aborto

Anche dalla giurisprudenza europea sul distinto, ma parimenti sensibile, tema dell'aborto pare evincersi il *rifiuto* della Corte *verso qualsiasi radicalizzazione della questione*.

Del triennio 2008-2010 si segnala in primo luogo la sentenza *Woman on Waves e altri c. Portogallo*[112], in cui la Corte – ricalcando la decisione assunta nello storico precedente *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda*[113] *del 1992* – ha ravvisato una violazione dell'art. 10 Cedu, ritenendo la libertà di espressione prevalente rispetto all'esigenza di protezione della vita del feto (ritenuta suscettibile di ricadere, almeno in linea di principio, nell'ambito di applicazione dell'art. 2 Cedu).

Di ben altro respiro è, poi, la recentissima pronuncia della Grande camera nel caso *A, B e C c. Irlanda*[114].

La Corte è stata chiamata a decidere sul ricorso proposto da tre donne residenti in Irlanda che – alla luce della disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza particolarmente restrittiva vigente in quel Paese – si erano recate in Inghilterra per abortire, rispettivamente, per ragioni terapeutiche (prima ricorrente), "*on well-being grounds*" (seconda ricorrente) e per scongiurare un rischio per la propria vita (terza ricorrente). Pur non escludendo a livello teorico che l'art. 2 Cedu possa trovare applicazione in riferimento alle problematiche dell'aborto, la Corte ha ritenuto di analizzare il ricorso sotto l'angolo visuale dell'art. 8 Cedu, interrogandosi:

1. sull'eventuale violazione degli *obblighi negativi* discendenti da detta norma in riferimento alla posizione delle prime due ricorrenti, rispetto alle quali le restrizioni all'interruzione della gravidanza previste dalla legge irlandese rappresentavano una limitazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (diritto sancito, appunto, dall'art. 8 Cedu);

2. sull'eventuale violazione degli *obblighi positivi* dalla stessa promananti rispetto alla terza ricorrente, che lamentava l'inadeguatezza dei meccanismi (giurisdizionali e non) previsti dall'ordinamento interno a garantire una tutela effettiva della vita della

suicidio. Mi si consenta, nondimeno, di rinviare ad A. Colella, *La Corte EDU si interroga sulla possibilità che dall'art. 8 Cedu discenda il "diritto a un suicidio dignitoso"*, commento pubblicato su questa Rivista in data 4 aprile 2011.

111. Sent. 31 marzo 2009, *Horoz c. Turchia* (ric. n. 1639/03).

112. Sent. 3 febbraio 2009, *Women on waves e altri c. Portogallo* (ric. n. 31276/05).

113. Sent. 3 febbraio 2009, *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda* (ric. nn. 14234/88 ; 14235/88).

114. Sent. 16 dicembre 2010, *A, B e C c. Irlanda (ric. n. 25579/05).* Mi si consenta di rinviare, in proposito, ad A. Colella, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, pubblicato in data 10 gennaio 2011su questa *Rivista*.

gestante (in conformità con il dettato dell'art. 40 co. 3 della Costituzione irlandese, che tuttavia non aveva ricevuto attuazione a livello di legge ordinaria).

La grande camera ha adottato una decisione improntata ad un rigoroso *self-restraint*, date le rilevantissime implicazioni politiche della pronuncia[115]; essa non ha, tuttavia, rinunciato ad affermare la necessità che le esigenze di tutela della vita della donna prevalgano su quelle di protezione della morale che stanno alla base della tutela obiettiva del nascituro affermata con particolare forza dalla legislazione irlandese.

Dopo l'importante pronuncia qui rapidamente sintetizzata pare, dunque, corretto sostenere che, allo stato dell'arte, tutte le soluzioni adottate dagli Stati membri in tema di interruzione volontaria della gravidanza siano in sé compatibili con la Convenzione, dovendosi a questi ultimi riconoscere un amplissimo margine di apprezzamento in questa delicatissima materia; a patto che, tuttavia, – ed è questo il profilo innovativo della sentenza – l'ordinamento interno assicuri alla gestante che corra un pericolo per la vita la possibilità, non solo teorica ma concreta ed effettiva, di porre termine a quest'ultima nella piena legalità.

La Corte pare dunque aver segnato un primo punto fermo in merito ai possibili esiti del bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro, negando che quest'ultima possa spingersi, nel sistema convenzionale, fino al punto di comprimere il diritto alla vita della gestante.

115. Sulle quali si rimanda, ancora, ad A. Colella, *Un'importante pronuncia della Corte europea*, cit., § 6.1.

Angela Colella

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)

Sommario

1. Alcune considerazioni introduttive. – 1.1. L'ambito di applicazione dell'art. 3 Cedu. – 1.2. Il criterio della soglia minima di gravità. – 1.3. Le tre categorie di condotte proibite dall'art. 3 Cedu. – 1.4 Lo standard probatorio richiesto dalla Corte e l'inversione dell'onere della prova nel caso in cui il ricorrente fosse *in vinculis*. – 2. Le violazioni dirette dell'art. 3 Cedu. – 2.1. (Segue) Al momento dell'arresto. – 2.2. (Segue) Nel corso di una perquisizione. – 2.3. (Segue) Durante l'interrogatorio o il periodo di sottoposizione a custodia cautelare in carcere. – 3. Le violazioni procedurali. – 3.1. La diligenza delle indagini. – 3.2. I principi espressi dalla Corte in tema di prescrizione e di amnistia, e più in generale rispetto all'incidenza delle cause di estinzione del reato e della pena. – 3.3. La proporzione tra la pena inflitta e la gravità del reato e l'adeguatezza della somma corrisposta a titolo di risarcimento del danno. – 4. Gli obblighi di repressione penale della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti. – 5. Gli obblighi di protezione a fronte del pericolo individuato per l'integrità fisica di persone determinate. – 6. Il divieto delle pene inumane e degradanti discendente dall'art. 3 Cedu. – 6.1. Le condizioni della detenzione. – 6.1.1. Il sovraffollamento carcerario. – 6.1.2. L'inadeguatezza delle condizioni igieniche. – 6.1.3. Il mancato apprestamento di cure mediche adeguate e tempestive. – 6.1.4. Le altre ipotesi di violazione "oggettiva" dell'art. 3 sotto il profilo delle condizioni della detenzione. – 6.1.5. L'incompatibilità della detenzione con le condizioni di salute del ricorrente. – 6.2. I regimi carcerari speciali *ex* art. 41-*bis* ord penit. e cd. E.I.V. – 6.3. L'ergastolo. – 6.4. L'isolamento. – 7. Le decisioni terapeutiche. – 8. Le violazioni indirette dell'art. 3 Cedu. – 8.1. L'espulsione. – 8.2. L'estradizione.

1 Alcune considerazioni introduttive

Prima di passare all'analisi della copiosissima giurisprudenza resa in tema di art. 3 Cedu dalla Corte di Strasburgo nel triennio 2008-2010 è necessario prendere le mosse da alcune considerazioni introduttive, strettamente funzionali all'esposizione dei casi nei paragrafi successivi.

1.1 L'ambito di applicazione dell'art. 3 Cedu

E' in prima battuta opportuno ricordare che l'art. 3 Cedu accorda al diritto di non essere sottoposti a tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti una *protezione assoluta*, sotto un duplice versante: da un lato, la stessa *non è suscettibile di deroga*, neppure in caso di guerra o qualora sussista un pericolo pubblico per la nazione, come si ricava dall'art. 15 Cedu; dall'altro, neppure le più pressanti esigenze di tutela della collettività (quali la lotta al terrorismo o al crimine organizzato) valgono ad autorizzare

il compimento delle condotte da essa vietate[1].

Giova peraltro precisare fin da subito come il diritto di Strasburgo riconosca pacificamente alla norma in parola anche un ambito di applicazione "orizzontale", in relazione a condotte materialmente poste in essere da privati[2]. Non è, dunque, necessario che il trattamento contrario all'art. 3 Cedu sia stato posto in essere da un agente dello Stato, ben potendo l'*ill-treatment* – per condurre lo Stato "sul banco degli imputati" – essere perpetrato da privati (organizzazioni di tipo mafioso, clan rivali, gruppi terroristici, altri detenuti nel medesimo istituto carcerario, ecc.).

Su ciascun Paese membro gravano infatti non soltanto *obblighi negativi* (di astensione), ma anche ben più pervasivi *obblighi positivi* (di intervento)[3], e più precisamente – per quel che qui interessa – veri e propri *obblighi di protezione* a fronte di condotte contrarie all'art. 3 Cedu, tanto nel caso in cui le stesse siano commesse da privati, quanto laddove la vittima delle stesse sia un soggetto "affidato" alla custodia dello Stato nelle sue varie articolazioni (come accade quando la stessa si trova in carcere).

Quanto al ruolo dell'art. 3 Cedu, le più recenti applicazioni di detta norma – in relazione alla sofferenza patita dai familiari dei *desaparecidos* ceceni, in riferimento al trattamento medico effettuato senza consenso per finalità non terapeutiche, ecc. – mostrano come l'articolo in commento sia diventato, all'interno del sistema convenzionale, *la norma cardine per la tutela psico-fisica dell'individuo*. Ed è forse possibile sostenere che il processo di graduale sovrapposizione alla garanzia sancita dall'art. 8 Cedu, sotto questo profilo, non si sia ancora del tutto compiuto.

La Corte tende, invece, ad analizzare sempre più frequentemente le fattispecie in cui la vittima ha corso un *pericolo per la vita* sotto l'angolo visuale dell'art. 2 Cedu (del quale è stata a più riprese affermata l'applicabilità anche a *non-fatal cases*). Alla luce del rapporto di reciproca "osmosi" tra gli artt. 2 e 3 Cedu, tuttavia, ciò non determina, a ben vedere, alcuna ricaduta pratica di rilievo, posto che i principi in tema di obblighi procedurali espressi dalla giurisprudenza di Strasburgo possono ormai dirsi acquisiti per entrambi.

Un'ultima, necessaria, precisazione attiene alla tutela complementare offerta all'art. 3 Cedu dal Comitato di prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti (CPT), istituito sulla base della *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti*, adottata dal Consiglio d'Europa nel 1987.

Un comitato indipendente di esperti – presieduto attualmente dall'italiano Mauro Palma – effettua visite periodiche "a sorpresa" nei luoghi di detenzione (non solo le carceri, ma anche i CIE, le stazioni di polizia, gli ospedali psichiatrici giudiziari, ecc.), segnalando alle autorità competenti le misure da prendere per migliorare le condizioni dei detenuti. Di tali visite viene redatto un rapporto dettagliato, che può essere reso pubblico soltanto a richiesta dello Stato interessato. Qualora le autorità statali non collaborino,

1. Cfr. sul punto la recentissima sentenza della grande camera *Gäfgen c. Germania* (ric. n. 22978/05), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2010, p. 1311. E' stato, tuttavia, sottolineato come la prassi applicativa conosca una serie di *eccezioni riconosciute* all'assolutezza della garanzia di cui all'art. 3 Cedu in questa seconda accezione:

1. se, a determinate condizioni, l'uso della forza con esito letale è consentito, dev'esserlo *a fortiori* quello che conduce al ferimento (anche grave) della persona contro la quale la forza stessa è utilizzata;

2. l'esigenza di prevenire l'evasione o il suicidio può talora giustificare l'adozione di misure contrarie all'art. 3 Cedu;

3. la detenzione in condizioni normali non integra un trattamento degradante ai sensi di detta norma (pur potendo, in astratto, qualificarsi come "degradante");

4. il consenso della vittima può, in determinate circostanze, sottrarre all'ambito di applicazione dell'art. 3 Cedu alcune pratiche mediche.

Cfr. sul punto D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, p. 69-70.

2. Sul punto, a. esposito, *Il diritto penale "flessibile",* cit., pp. 225 ss.

3. Il principio è stato affermato per la prima volta dalla Commissione nel parere reso l'8 luglio 1993 nel caso *Hurtado c. Svizzera* (§. 89). Sugli obblighi positivi, cfr. ancora a. esposito, *Il diritto penale "flessibile",* cit., pp. 222-228 e soprattutto A.R. Mowbray, *The development of positive obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford – Portland Oregon, 2004. Sugli obblighi che derivano in particolare dall'art. 3 Cedu, cfr. altresì B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights and criminal justice*, Londra, 2007, p. 743 ss.

tuttavia il CPT può – come unica sanzione – "*make a public statement on the matter*", rompendo dunque il vincolo di segretezza che in genere caratterizza il suo operato.

Il CPT, dunque, a differenza della Corte non svolge compiti giurisdizionali ma di prevenzione degli *ill-treatments*, contribuendo dunque a rendere il diritto di cui all'art. 3 Cedu non teorico e illusorio ma sempre più concreto ed effettivo.

1.2 Il criterio della soglia minima di gravità

Se, come si è detto poc'anzi, l'art. 3 Cedu costituisce la norma cardine a tutela dell'integrità fisio-psichica dell'individuo, non tutte le condotte lesive dell'integrità fisica integrano automaticamente, tuttavia, una violazione dell'art. 3 Cedu.

La giurisprudenza consolidata della Corte richiede, infatti, il superamento di una *soglia minima di gravità*, individuata caso per caso, in relazione:

a) alle *circostanze oggettive del fatto* (la durata del trattamento e la gravità dello stesso);

b) alle *qualità soggettive della vittima* (l'età, il sesso, le condizioni psicologiche, ecc.)[4].

Il carattere assoluto della proibizione sancita dall'art. 3 Cedu – si è spesso sostenuto, valorizzando la circostanza che la norma appartiene al cd. "nocciolo duro" della Convenzione – imporrebbe all'interprete di ritenerne sussistente la violazione solo a fronte delle forme più gravi di *mistreatments*, onde evitare una "bagatellizzazione" della stessa[5].

La giurisprudenza di Strasburgo, tuttavia, si assesta di frequente su posizioni meno rigorose. Esempio paradigmatico le recenti pronunce in tema di sovraffollamento carcerario[6] e quelle in cui il giudice europeo ha ritenuto che l'effettuazione di una visita ginecologica in presenza di agenti uomini integrasse un *misbehaviour* suscettibile di ricadere entro l'ambito applicativo dell'art. 3 Cedu[7].

Anche nelle pronunce più recenti, tuttavia, non paiono ravvisabili forzature tali da far ritenere attuale il pericolo di una bagatellizzazione dell'art. 3 Cedu[8]: nella sentenza *Sevastyanov c. Russia*[9], ad esempio, la Corte, a fronte della doglianza del ricorrente (che lamentava le condizioni detentive cui era stato sottoposto il giorno dell'udienza d'appello) ha escluso che la permanenza per poche ore in una cella, per quanto piccola e priva di areazione, integrasse un trattamento suscettibile di ricadere entro l'ambito di applicazione della norma in commento; e nella sentenza *Mutlag c. Germania*[10], relativa all'espulsione in Giordania di un "quasi cittadino" tedesco, la Corte ha ritenuto che la soglia minima di gravità non fosse stata raggiunta, riscontrando tuttavia la violazione dell'art. 8 Cedu (che, come si è accennato in precedenza, rappresenta per molti versi una norma sussidiaria e complementare a quella in esame).

Piuttosto, i recenti approdi giurisprudenziali si mostrano del tutto in linea con l'interpretazione evolutiva dell'art. 3 Cedu che la Corte ha dichiaratamente adottato a partire dalla sentenza *Selmouni c. Francia* del 2000, alla stregua della quale "gli standard più elevati richiesti nell'ambito della protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali comportano, corrispondentemente e inevitabilmente, una maggior fermezza

4. Cfr. sul punto B. Emmerson – A. Ashworth – A. Macdonald, *Human rights*, cit., p. 746 ss. Anche quando la Corte fa riferimento alle qualità soggettive della vittima vengono, dunque, in rilievo elementi di carattere obiettivo, quali appunto l'età, la presenza di disturbi psichici, ecc. Di recente, nondimeno, i giudici di Strasburgo hanno preso in considerazione, ai fini della valutazione sul raggiungimento della soglia minima di gravità, condizioni di natura soggettiva, quali l'appartenenza della vittima a un gruppo "svantaggiato e vulnerabile" (cfr. sul punto la sentenza *Oršuš e altri c. Croazia* del 16 marzo 2010) o la sua qualità di richiedente asilo. Vedi più diffusamente, sul punto, L. Beduschi, *Immigrazione e diritto di asilo: un'importante pronuncia della Corte di Strasburgo mette in discussione le politiche dell'Unione Europea*, pubblicato su questa *Rivista* in data 9 maggio 2011.

5. Cfr. in proposito la *dissenting opinion* del giudice Zagrebelsky nella sent. 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia* (ric. n. 22635/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1941-1942.

6. Vedi *infra*, § 6.1.1.

7. Sent. 8 gennaio 2009, *Filiz Uyan c. Turchia* (ric. n. 7496/03); sent. 17 marzo 2009, *Salmanoğlu e Polattaş c. Turchia* (ric. n. 15828/03).

8. Cfr. sul punto D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit. p. 69.

9. Sent. 22 aprile 2010, *Sevastyanov c. Russia* (ric. n. 37024/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1302.

10. Sent. 25 marzo 2010, *Mutlag c. Germania* (ric. n. 40601/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 772.

nel valutare la gravità delle violazioni dei valori essenziali nelle società democratiche"[11] .

1.3 Le tre categorie di condotte proibite dall'art. 3 Cedu

Il criterio della soglia minima di gravità è costantemente utilizzato dalla Corte anche per distinguere fra le tre categorie di condotte messe al bando dalla norma in esame.

A questo proposito giova evidenziare come l'art. 3 Cedu vieti il ricorso alla *tortura* e a pene o trattamenti *inumani* o *degradanti* senza, tuttavia, precisare la portata applicativa di ciascuno dei suddetti *mistreatments*.

L'elaborazione dottrinale distingue fra le tre categorie sottolineando come:

a) nell'ipotesi di pene/trattamenti *degradanti* vengano in rilievo essenzialmente *elementi di natura emotiva* (in particolare, l'umiliazione della vittima);

b) la nozione di pene/trattamenti *inumani* copra le condotte che si caratterizzano per una *sofferenza* fisica o psicologica *di particolare intensità* (che non deve necessariamente essere sorretta dall'intenzione degli autori della stessa)[12];

c) i tratti distintivi della *tortura* siano la *rilevante gravità* (costituendo la stessa una forma particolarmente grave di trattamento inumano) e lo *scopo specifico* di ottenere informazioni, di estorcere una confessione, di infliggere una punizione, di intimidire o di esercitare una pressione su qualcuno (sulla falsariga di quanto richiesto *expressis verbis* dall'art. 1 della Convenzione ONU contro la tortura)[13].

Il diritto vivente di Strasburgo consente, tuttavia, di attribuire ai suddetti criteri una validità solo tendenziale, posto che, da un lato, il *confine fra trattamenti inumani e trattamenti* degradanti si mostra nell'applicazione pratica alquanto *incerto*, e sono assai frequenti le pronunce in cui la Corte utilizza l'espressione "trattamento inumano e degradante" quasi si trattasse di un'endiadi; dall'altro, non sempre i *misbehaviour* che raggiungono la soglia di gravità necessaria per essere qualificati come altrettante ipotesi di *tortura* sono assistiti dallo scopo specifico ora menzionato: l'analisi della giurisprudenza di Strasburgo consente, piuttosto, di evidenziare un *rapporto di proporzionalità inversa fra la gravità della condotta e lo scopo specifico* perseguito dall'agente[14].

La distinzione – la cui rilevanza pratica è senz'altro sdrammatizzata dal fatto che in tutti e tre i casi si è, comunque, di fronte a una violazione dell'art. 3 Cedu – non è del tutto sterile, posto che dalla qualificazione della condotta in termini di "tortura", da un lato, o di "trattamento inumano e degradante", dall'altro, derivano conseguenze pratiche non trascurabili, tra cui:

a) il diverso impatto della pronuncia di condanna sulla "reputazione" dello Stato convenuto;

b) la diversa quantificazione della somma a titolo di equa riparazione *ex* art. 41 Cedu;

c) la possibilità di utilizzare o meno le prove ottenute attraverso il ricorso alla condotta contraria all'art. 3 Cedu (categoricamente negata dalle sentenze sul caso *Gäfgen* per l'ipotesi di tortura e ammessa invece – in modo alquanto problematico, ad avviso di chi scrive – per quella di "meri" trattamenti inumani e degradanti)[15].

Bisogna, peraltro, rilevare come non sempre la Corte distingua tra le diverse categorie di *ill-treatments*, limitandosi talvolta ad accertare genericamente la violazione dell'art. 3 Cedu.

11. Sent. 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia* (ric. n. 25803/94). Cfr. sul punto J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit. p. 70.

12. Cfr. sul punto J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit. p. 75.

13. La distinzione rileva, a livello pratico, esclusivamente ai fini della quantificazione della somma pecuniaria che la Corte può accordare a titolo di equa riparazione ex art. 41 Cedu. Nondimeno, essa assume rilievo anche con riguardo al diverso impatto della sentenza di "condanna" sulla "reputazione" dello Stato convenuto.

14. Sia consentito rinviare sul punto, anche per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali, ad A. Colella, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1817-1818.

15. Vedi *infra*, § 5.3.

E' bene ricordare, inoltre, che l'interpretazione evolutiva cui si è accennato nel paragrafo precedente ispira le pronunce della Corte anche con riferimento alla distinzione fra le tre categorie di condotte messe al bando dall'art. 3 Cedu: trattamenti che in passato sarebbero stati definiti "degradanti" assurgono ora a trattamenti "inumani"; e non di rado quelli che sarebbero stati qualificati come trattamenti "inumani" vengono ritenuti sufficientemente gravi da integrare vere e proprie ipotesi di "tortura".

Tra le pronunce del triennio 2008-2010, la Corte ha ad esempio riconosciuto una violazione dell'art. 3 Cedu *sub specie* di tortura:

- nella sentenza *Akulinin e Babich c. Russia*[16], in cui i ricorrenti erano stati colpiti ripetutamente alla testa e alla schiena perché confessassero il furto di un'auto; nella sentenza *Belousov c. Russia*[17], in cui il ricorrente era stato costretto da un gruppo di poliziotti ubriachi a spogliarsi e a eseguire alcuni esercizi ginnici;

- nella sentenza *Gurgurov c. Moldavia*[18], in cui il ricorrente, sospettato di furto, era stato sospeso su una barra di metallo con le mani legate dietro la schiena, era stato sottoposto a scosse elettriche, era stato costretto a sostenere sulla schiena un peso di 32 kg per una decina di minuti ed era stato costretto a indossare una maschera antigas alla quale periodicamente veniva chiuso il tubo dell'aria;

- nella sentenza *Paduret c. Moldavia*[19], in cui il ricorrente lamentava di essere stato malmenato e seviziato dagli agenti di polizia e appeso per i piedi, con le mani legate, a un tubo metallico;

- nella sentenza *Aleksandr Sokolov c. Russia*[20], in cui il ricorrente, detenuto, veniva malmenato dai poliziotti per due giorni interi, riportando tra l'altro la frattura di quattro costole, e si vedeva bruciare i genitali con un accendino;

- nella sentenza *Carabulea c. Romania*[21], nella quale il fratello del ricorrente, poi deceduto, era stato a più riprese malmenato da funzionari di polizia mentre si trovava in carcere: in questa occasione, la Corte ha fatto espresso riferimento alla nozione di tortura dettata dall'art. 1 Conv. ONU del 1984, rilevando come le sofferenze patite dal fratello del ricorrente fossero gravi al punto che ne avevano determinato la morte e fossero state inflitte intenzionalmente, proprio allo scopo di estorcergli una confessione.

Paradigmatica, invece, la qualificazione come inumano e degradante del trattamento subito dal ricorrente in *Ashot Harutyunyan c. Armenia*[22]: egli lamentava di essere stato tenuto, durante le udienze del giudizio d'appello, in una gabbia metallica; ciò che, da un lato, aveva leso la sua dignità e, dall'altro, aggravato la pena che nei suoi confronti provavano i familiari e gli amici presenti in aula. La Corte ha, in quell'occasione, concluso per la violazione dell'art. 3 Cedu, evidenziando in particolare come l'uso della gabbia risultasse del tutto sproporzionato alla luce della natura non violenta dei reati di cui il ricorrente era accusato (truffa, falsificazione di documenti, evasione fiscale).

Ancora, vale la pena di segnalare come la giurisprudenza della Corte sia ormai costante nel ritenere che ammonti a trattamento inumano e degradante la *sofferenza prolungata patita dai familiari di soggetti scomparsi* dei quali per anni non si è avuta più alcuna notizia: i casi nei quali tale principio viene affermato riguardano pressoché sempre le sparizioni di cittadini ceceni ad opera di militari dell'esercito russo[23]. Perché la sofferenza dei familiari possa essere qualificata come trattamento inumano e degradante, ad ogni modo, è necessario che la stessa abbia carattere permanente e non meramente transeunte: i giudici europei lo hanno ribadito di recente nella sentenza *Udayeva e Yusupova*

16. Sent. 2 ottobre 2008, *Akulinin e Babich c. Russia* (ric. n. 5742/02).
17. Sent. 2 ottobre 2008, *Belousov c. Russia* (ric. n. 1748/02).
18. Sent. 16 giugno 2009, *Gurgurov c. Moldavia* (ric. n. 7045/08).
19. Sent. 5 gennaio 2010, *Paduret c. Moldavia* (ric. n. 33134/03).
20. Sent. 4 novembre 2010, *Aleksandr Sokolov c. Russia* (ric. n. 20364/05).
21. Sent. 13 luglio 2010, *Carabulea c. Romania* (ric. n. 45661/99), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1817.
22. Sent. 15 giugno 2010, *Harutyunyan c. Armenia* (ric. n. 34334/04).
23. Cfr. *ex multis*, ad esempio, la sentenza 2 dicembre 2010, *Dzhabirailova e Dzhabrailova c. Russia* (ric. n. 15563/06).

c. Russia[24] del dicembre 2010, resa in relazione alla morte di due bambini ceceni colpiti e uccisi da un missile sulla strada di ritorno da scuola, in cui coerentemente con le proprie precedenti pronunce hanno escluso la violazione dell'art. 3 Cedu sotto questo profilo.

1.4 Lo standard probatorio richiesto dalla Corte e l'inversione dell'onere della prova nel caso in cui il ricorrente fosse in vinculis

E' principio consolidato nella giurisprudenza europea quello per cui il ricorrente che assuma di essere stato vittima di condotte contrarie all'art. 3 Cedu è tenuto a fornirne la prova *oltre ogni ragionevole dubbio*.

A partire dalle sentenze *Tomasi*[25] e *Selmouni*[26], rese entrambe contro la Francia negli anni '90, la Corte ha parzialmente temperato il rigore di tale impostazione, introducendo una *presunzione di responsabilità dello Stato* convenuto per le violazioni dirette della norma in esame, a condizione che:

a) il ricorrente che si proclama vittima delle stesse si trovasse *in condizioni* lato sensu *di detenzione* (es. fermo di polizia, custodia cautelare, esecuzione di una pena detentiva, ecc.) e fosse, prima di essere privato della libertà personale, *in buone condizioni di salute*;

b) le autorità nazionali non siano in grado di fornire una *spiegazione alternativa* o una *ragione giustificatrice* delle stesse.

Anche laddove si versi in tale ipotesi, tuttavia, il ricorrente sarà tenuto a fornire la *prova* oltre ogni ragionevole dubbio *delle lesioni* asseritamente subite (per lo più attraverso referti medici). La presunzione di responsabilità dello Stato convenuto, infatti, copre solo il secondo segmento della vicenda (quello relativo alla riferibilità delle lesioni all'operato degli agenti di polizia), non il primo (relativo invece all'effettiva sussistenza delle lesioni).

Per quanto l'inversione dell'onere della prova operi solo nelle ipotesi in cui il ricorrente si trovava *in vinculis*, è possibile riscontrare nella giurisprudenza più recente una tendenza espansiva.

A questo proposito è opportuno soffermarsi brevemente sulla pronuncia *Samüt Karabulut c. Turchia*[27]. Il ricorrente, partecipante ad una manifestazione di protesta non autorizzata ma pacifica (e che dunque non poteva essere sciolta per ordine della forza pubblica, pena la violazione dell'art. 11 Cedu), allegava referti medici dai quali emergeva che, in quell'occasione, aveva subito un forte colpo alla testa: la Corte, facendo applicazione del criterio dell'inversione dell'onere della prova, riteneva sussistente la violazione sostanziale dell'art. 3 Cedu perché il Governo non aveva fornito argomenti specifici in merito alla necessità del ricorso alla forza da parte delle forze dell'ordine. Si segnala, tuttavia, la *dissenting opinion* dei giudici Zagrebelsky e Sajò, i quali ritengono che nelle ipotesi, come quella in esame, nelle quali il ricorrente non si trova in stato di detenzione, l'inversione dell'onere della prova appare priva di qualsiasi giustificazione e di fatto impone alle autorità statali il soddisfacimento di una *probatio diabolica*.

Ancora, nella sentenza *Kaboulov c. Ucraina*[28], in materia di *estradizione*, la Corte pare aver fatto applicazione del criterio dell'inversione dell'onere della prova, sia pure non in riferimento allo Stato convenuto (in quell'occasione, l'Ucraina), ma allo Stato verso il quale il ricorrente era diretto (il Kazakistan): essa ha riscontrato infatti una violazione potenziale dell'art. 3 Cedu sulla base dei rapporti di organizzazioni nazionali e internazionali, che il Governo del Paese di destinazione non è riuscito a smentire.

Quanto al rigore, da parte della Corte, nel richiedere che il ricorrente fornisca referti medici idonei a supportare la propria allegazione, presenta particolari profili di interesse

24. Sent. 21 dicembre 2010, *Udayeva e Yusupova c. Russia* (ric. n. 36542/05).
25. Sent. 27 agosto 1992, *Tomasi c. Francia* (ric. n. 12850/87).
26. Sent. 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia* (ric. n. 25803/94).
27. Sent. 27 gennaio 2009, *Samüt Karabulut c. Turchia* (ric. n. 16999/04).
28. Vedi *infra*, § 12.

la sentenza *Volkan Özdemir c. Turchia*[29], dell'ottobre 2009.

Il ricorrente allegava, a supporto delle proprie affermazioni circa i maltrattamenti subiti mentre si trovava in stato di fermo, alcuni referti redatti dai medici dell'istituto penitenziario; referti che, tuttavia, presentavano evidenti lacune e contraddizioni e, più in generale, si ponevano molto al di sotto degli standard dettati dal CPT e dal Protocollo di Istanbul. La Corte riteneva, pertanto, di non poter trarre dagli stessi alcuna conclusione sulla fondatezza o meno delle asserzioni del ricorrente, e invitava il Governo turco a fornire la copia del referto medico redatto dai medici dell'istituto penitenziario due giorni dopo l'ingresso del ricorrente in carcere. Non avendo, tuttavia, ottenuto alcuna risposta dalle autorità governative, essa perveniva comunque alla conclusione che i dati in suo possesso fossero sufficienti per ritenere sussistente oltre ogni ragionevole dubbio la violazione sostanziale dell'art. 3 Cedu.

In quest'occasione, dunque, i giudici di Strasburgo – in assenza di una prova decisiva in senso opposto – hanno valutato la *lacunosità e* la *contraddittorietà dei referti medici* come un *elemento a supporto delle allegazioni del ricorrente*, evitando che questi subisse le conseguenze negative derivanti dalla mancata corrispondenza di questi ultimi agli standard di diligenza richiesti, tra gli altri, dal CPT.

Similmente, nella sentenza *Gokhan Yildirim c. Turchia*[30] del febbraio 2010 la Corte, applicando il criterio dell'inversione dell'onere della prova, ha ritenuto sussistente una violazione dell'art. 3 Cedu in riferimento ai maltrattamenti asseritamente subiti dal ricorrente durante il fermo, pur affermando di considerare inattendibili buona parte delle affermazioni rese da quest'ultimo.

Presenta notevoli profili di interesse anche la *dissenting opinion* del giudice Kaladydjieva nella sentenza *Glinov c. Ucraina*[31]. Dissentendo dalle conclusioni espresse dalla Corte – che aveva ravvisato una violazione dell'art. 8 Cedu sotto il profilo della violazione della corrispondenza del ricorrente, detenuto, e aveva invece rigettato le sue doglianze *sub* artt. 3 e 5 Cedu in ragione dell'insufficienza delle informazioni fornite – il giudice ha evidenziato la contraddittorietà di un simile orientamento: è infatti evidente che la lacunosità delle informazioni è da imputarsi, in tali occasioni, proprio agli accertati interventi di censura.

2 Le violazioni dirette dell'art. 3 Cedu

Esaurite queste necessarie premesse di ordine generale, conviene prendere le mosse dalle pronunce in cui la Corte ha riscontrato la violazione degli obblighi di astensione promananti dall'art. 3 Cedu (che, secondo la terminologia utilizzata nella sentenza *Giuliani e Gaggio c. Italia*[32], in tema di art. 2 Cedu, è forse preferibile indicare come altrettante ipotesi di *violazioni dirette* di detta norma).

La giurisprudenza del triennio 2008-2010 offre un esauriente spaccato dei momenti in cui più frequentemente sono posti in essere, da parte delle forze dell'ordine, trattamenti contrari alla disposizione in esame.

2.1

Nella sentenza *Victor Savitchi c. Moldavia*[33] la Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 Cedu in relazione alla violenza usata *al momento dell'arresto*[34]. Nel caso di specie, il ricorrente veniva bloccato da ben quattro agenti e, mentre cercava di divinco-

29. Cfr. le sentenze 20 ottobre 2009, *Volkan Özdemir c. Turchia* (ric. n. 29105/03); 2 novembre 2010, *Matasaru e Savitchi c. Moldavia* (ric. n. 38281/08) e 4 novembre 2010, *Samardak c. Ucraina* (ric. n. 43109/05).
30. Sent. 23 febbraio 2010, *Gokhan Yildirim c. Turchia* (ric. n. 31950/05).
31. Sent. 19 novembre 2009, *Glinov c. Ucraina* (ric. n. 13693/05).
32. Sent. 25 agosto 2009, *Giuliani e Gaggio c. Italia* (ric. n. 23458/02), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2009, p. 1949.
33. Sen. 17 giugno 2008, *Victor Savitchi c. Moldavia* (ric. n. 81/04), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2008, p. 1292.
34. Sempre in riferimento all'uso della forza al momento dell'arresto, cfr. *ex multis* le pronunce *Galotskin c. Grecia* del 14 gennaio 2010 (ric. n. 2945/07); *Abdurrahim Demir c. Turchia* del 19 gennaio 2010 (ric. n. 41213/02); *Arpat c. Turchia* del 15 giugno 2010 (ric. n. 26730/05).

(Segue) Al momento dell'arresto

larsi, veniva schiaffeggiato e colpito violentemente con calci e pugni da un quinto.

Ad analoghe conclusioni la Corte è pervenuta nella sentenza *Aşici c. Turchia*[35]: il ricorrente, per contestare l'aumento dei costi della mensa di un'università di Istanbul, tentava di entrare insieme ad altre persone all'interno di quest'ultima per distribuire sacchi di pane agli studenti; ma gli agenti di sicurezza privata, seguendo le istruzioni del rettore, tentavano di impedirglielo. Al rifiuto dei manifestanti di fermarsi veniva chiamata la polizia, la quale in seguito a un tafferuglio li bloccava con la forza e li conduceva in commissariato. La Corte ha ritenuto che dai verbali di arresto – che pure facevano riferimento alla resistenza opposta dal ricorrente – non risultassero elementi tali da far ritenere che il ricorso alla forza fosse assolutamente necessario: la violenza usata dalle forze di polizia nei suoi confronti poteva, dunque, avere carattere arbitrario.

Ancora, nella sentenza *Kop c. Turchia*[36] la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu in relazione alla forza usata dagli agenti *per disperdere una manifestazione* di protesta[37]. Nel caso di specie non sussisteva, infatti, alcuna prova di comportamenti aggressivi tenuti durante la manifestazione dal ricorrente, che peraltro non figurava neppure tra le persone inquisite a seguito degli scontri[38].

2.2 (Segue) Nel corso di una perquisizione

Nella sentenza *Rachwalski e Ferenc c. Polonia*[39], invece, i giudici di Strasburgo hanno ravvisato una violazione diretta dell'art. 3 in riferimento alla forza usata da agenti della forza pubblica *nel corso di una perquisizione* (peraltro illegittima). I ricorrenti venivano svegliati in piena notte da due poliziotti che chiedevano loro informazioni su un'auto apparentemente rubata, parcheggiata di fronte alla loro abitazione (in cui dormivano insieme a un'altra dozzina di studenti). A seguito dell'animata discussione sorta con i poliziotti, venivano inizialmente insultati e picchiati con dei manganelli: in riferimento a questo primo frammento della vicenda, la Corte non ha ritenuto sussistente alcuna violazione dell'art. 3 Cedu, posto che i poliziotti avevano fatto uso della forza sentendosi minacciati. Sopraggiungevano, poi, altri dieci poliziotti con cani e manganelli, che – apparentemente in assenza di qualsiasi condotta violenta da parte dei ricorrenti – li picchiavano e li umiliavano in vari modi: la Corte ha pertanto riconosciuto integrata, rispetto al secondo frammento della vicenda, una violazione sostanziale dell'art. 3 Cedu, perché nessun elemento consentiva di affermare che il ricorso alla forza potesse dirsi necessario.

2.3 (Segue) Durante l'interrogatorio o il periodo di sottoposizione a custodia cautelare in carcere

Un cospicuo numero di pronunce attiene, invece, ad ipotesi di sevizie perpetrate *durante l'interrogatorio* [40] *o durante il periodo di sottoposizione a custodia cautelare in carcere* [41].

Tra le più significative, la sentenza *Erdal Aslan c. Turchia*[42], in cui la Corte ha riconosciuto una violazione dell'art. 3 Cedu *sub specie* di tortura. Il ricorrente, militante di un'organizzazione illegale armata, aveva subìto minacce di morte, era stato percosso (in

35. Sent. 16 marzo 2010, *Aşici c. Turchia* (ric. n. 26625/04).
36. Sent. 20 ottobre 2009, *Kop c. Turchia* (ric. n. 12728/05).
37. Cfr. altresì le sentenze *Cemalettin Canli c. Turchia n. 2* (ric. n. 26235/04) e *Emine Yasar c. Turchia* (ric. n. 863/04), entrambe del 9 febbraio 2010, e la sentenza 9 novembre 2010, *Timtik c. Turchia* (ric. n. 12503/06).
38. Sempre in riferimento all'uso della forza al momento dell'arresto, cfr. *ex multis* le pronunce *Galotskin c. Grecia* del 14 gennaio 2010 (ric. n. 2945/07); *Abdurrahim Demir c. Turchia* del 19 gennaio 2010 (ric. n. 41213/02); *Arpat c. Turchia* del 15 giugno 2010 (ric. n. 26730/05). Cfr. altresì, da ultimo, la sentenza 9 dicembre 2010, *Sylenok e Tekhnoservis-Plus c. Ucraina* (20988/02).
39. Sent. 28 luglio 2009, *Rachwalski e Ferenc c. Polonia* (ric. n. 47709/99), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1946.
40. Cfr. *ex multis* le sentenze *Dechko Raykov c. Bulgaria* del 4 febbraio 2010 (ric. n.); *Tigran Ayrapetyan c. Russia* del 16 settembre 2010 (ric. n. 75472/01) e *Dmitrachkov c. Russia* del 16 settembre 2010 (ric. n. 18825/02).
41. Cfr. *ex multis* le sentenze *Güvercin c. Turchia* del 2 febbraio 2010 (ric. n. 28923/02), *Sherstobitov c. Russia* del 10 giugno 2010 (ric. n. 16266/03) e Öner c. Turchia del 14 dicembre 2010 (ric. n. 43504/04).
42. Sent. 2 dicembre 2008, *Erdal Aslan c. Turchia* (ric. n. 25060/02; 1705/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 343.

particolare sotto la pianta dei piedi), immerso nell'acqua e impiccato "alla palestinese" perché fornisse dichiarazioni sull'organizzazione e sui suoi militanti.

In *Akulinin e Babich c. Russia*[43], invece, i ricorrenti erano stati percossi violentemente da alcuni poliziotti che volevano estorcere loro la confessione di numerosi furti d'auto avvenuti nel distretto di Mosca, e avevano riportato lesioni guarite solo dopo diversi mesi e accertate con referto medico. Anche in questo caso la Corte ha ravvisato una violazione sostanziale dell'art. 3 Cedu *sub specie* di tortura.

Ad analoga decisione essa è pervenuta nel caso *Samoylov c. Russia*[44]: il ricorrente, arrestato perché sospettato di furto con scasso, rifiutava di confessare e veniva a più riprese sottoposto dalla polizia a trattamenti brutali (fra cui le scosse elettriche), riportando gravi lesioni.

3 Le violazioni procedurali

Anche laddove manchi la piena prova della violazione sostanziale dell'art. 3 Cedu, tuttavia, è ben possibile che lo Stato convenuto possa essere chiamato a rispondere per la *violazione procedurale* di detta norma.

La giurisprudenza della Corte ha infatti elaborato – dapprima in riferimento al solo art. 3, per poi "esportare" i medesimi principi anche nell'ambito di applicazione dell'art. 2 Cedu – una serie di *obblighi procedurali* che operano "a valle" della violazione e che si compendiano in quello, più generale, di fare piena luce sulle asserite violazioni di tali norme. La *ratio* dell'enucleazione di tali obblighi è evidente: alla luce del carattere solo sussidiario degli strumenti di *law enforcement* che gravitano attorno alla Cedu, è necessario che siano gli stessi giudici nazionali ad accertare in prima battuta le eventuali violazioni dei diritti e delle libertà di matrice convenzionale, pena altrimenti il crollo dell'intero sistema (che non potrebbe, evidentemente, reggere se la Corte dovesse occuparsene in tutti i casi).

Come per l'art. 2 Cedu, l'obbligo di attivare i meccanismi della giustizia penale sorge, anche per l'art. 3 Cedu, *solo a fronte di violazioni dolose di detta norma*, mentre nelle ipotesi – invero piuttosto rare – di *violazioni* soltanto *colpose* della stessa sarà *sufficiente la tutela risarcitoria* (purché la somma corrisposta al ricorrente in sede nazionale non sia di molto inferiore a quella generalmente accordata dalla Corte a titolo di equa riparazione in casi analoghi)[45].

Procedendo schematicamente, è necessario che:

a) l'inchiesta penale sia *prontamente avviata d'ufficio*, anche laddove manchi la querela del ricorrente, e che la stessa non sia subordinata a *condizioni di procedibilità*[46];

b) le *indagini* siano *diligenti*: l'eventuale assoluzione per insufficienza di prove potrà essere censurata dal giudice europeo laddove sia ravvisabile un difetto di diligenza da parte della pubblica accusa;

c) le indagini *non* vengano affidate *a soggetti del corpo di appartenenza* del sospetto autore delle violazioni[47];

d) il processo si svolga *in modo rapido*, e in ogni caso *prima che i reati cadano in prescrizione*;

e) il processo sia *trasparente* e garantisca il *coinvolgimento delle vittime*;

f) la *pena* irrogata sia *congrua e proporzionata al fatto di reato*;

43. Sent. 2 ottobre 2008, *Akulinin e Babich c. Russia* (ric. 5742/02).

44. Sent. 2 ottobre 2008, *Samoylov c. Russia* (ric. n. 64398/01).

45. Cfr. sul punto, emblematicamente, le sentenze 8 gennaio 2009, *Iribarren Pinillos c. Spagna* (ric. n. 36777/03) e 16 dicembre 2010, *Romokhov c. Russia* (ric. n. 4532/04).

46. Pertanto, non potranno soddisfare i requisiti richiesti dal diritto vivente di Strasburgo i procedimenti nei quali l'azione penale non ha potuto essere esercitata in ragione della mancata autorizzazione a procedere contro gli ufficiali di polizia coinvolti nella vicenda; ipotesi, questa, assai frequente in Turchia, come testimoniano alcune recenti pronunce tra cui la sentenza *Çağlayan c. Turchia* del 21 ottobre 2008 (ric. n. 30461/02).

47. Lo ha di recente ribadito l'*Opinion of the Commissioner for Human Rights concerning independent and effective determination of complaints against the police* del 12 marzo 2009, pubblicata sul sito del Consiglio d'Europa, www.coe.int.

g) chi è sottoposto ad indagini sia sospeso dal servizio per tutto il corso del processo e, in caso di condanna, licenziato[48].

3.1 La diligenza delle indagini

Come si è anticipato nel paragrafo precedente, la Corte di Strasburgo richiede che le indagini siano *diligenti*. In riferimento a questo profilo, è bene precisare che, di regola, la Corte non sovrappone la propria valutazione del materiale probatorio a quella effettuata dai giudici nazionali (che sono i primi tutori delle garanzie convenzionali, e che senz'altro si trovano in una posizione migliore per valutare la fondatezza della doglianza del ricorrente).

Tuttavia, può accadere che essa si spinga a censurare gli apprezzamenti delle Corti interne laddove questi si mostrino manifestamente contraddittori o superficiali o si fondino su elementi di prova che appaiano *prima facie* inattendibili.

Nella sentenza *Antipenkov c. Russia*[49], ad esempio, la Corte ha ritenuto inadeguata l'inchiesta interna, in particolare sotto il profilo della valutazione delle prove: le conclusioni del Pubblico ministero, infatti, si erano basate soprattutto sulle testimonianze dei poliziotti coinvolti nella vicenda di maltrattamenti denunciata dai ricorrenti.

Paradigmatico, a questo proposito, anche il caso *Celik c. Turchia n. 1*[50]. Il ricorrente, percosso violentemente mentre si trovava in visita all'interno di un istituto carcerario, lamentava la violazione procedurale della norma in esame per l'ineffettività dell'inchiesta interna: i testimoni oculari dell'accaduto erano stati sentiti per la prima volta solo dopo tre anni, e al direttore del carcere e ai poliziotti era stata accordata l'impunità in applicazione di una legge che prevede la sospensione dei processi a carico dei poliziotti.

3.2 I principi espressi dalla Corte in tema di prescrizione e di amnistia, e più in generale rispetto all'incidenza delle cause di estinzione del reato e della pena

Nella sentenza *Turan Cakir c. Belgio*[51]del marzo 2009, la Corte ha effettuato un'importante precisazione di ordine generale relativa all'incidenza delle cause di estinzione del reato e della pena: i procedimenti penali aventi ad oggetto reati commessi da pubblici agenti, che ricadono entro lo spettro di applicazione dell'art. 3 Cedu, devono necessariamente concludersi con una sentenza che accerti, *nel merito*, le eventuali responsabilità degli stessi, e *non con una sentenza di tipo meramente procedurale* (quali – per limitarsi alle ipotesi più frequenti – la sentenza di assoluzione per intervenuta prescrizione o in applicazione di un provvedimento di amnistia o di indulto).

In quell'occasione, invero, la violazione procedurale dell'art. 3 appariva macroscopica, posto che il giudizio d'appello promosso dal ricorrente avverso il provvedimento di non luogo a procedere non era stato fissato se non a distanza di sei anni dall'impugnazione, quando il termine di prescrizione era ormai maturato.

Numerosissime sono, poi, le sentenze in cui la Corte – a partire dal *leading case Bati e altri c. Turchia*[52] del 2004 – ha ravvisato una violazione procedurale dell'art. 3 Cedu in ragione dell'intervenuta prescrizione del reato[53]. Tra le pronunce dell'ultimo triennio si segnalano le sentenze *Erdal Aslan c. Turchia* [54], *Voiculescu c. Romania* [55]; *Kesere e Kömürkü c. Turchia* [56], *Alkes c. Turchia*[57] e *Aşici c. Turchia*[58], in occasione delle

48. Sent. 14 febbraio 2008, *Kobets c. Ucraina*, (ric. n. 16437/04) e sent. 8 aprile 2008, *Ali e Ayşe Duran c. Turchia* (ric. n. 42942/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 721.
49. Sent. 15 ottobre 2009, *Antipenkov c. Russia* (ric. n. 33470/03).
50. Sent. 20 gennaio 2009, *Celik c. Turchia n. 1*, (ric. n. 39324/02).
51. Sent. 10 marzo 2009, *Turan Cakir c. Belgio* (ric. n. 44256/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 850-851.
52. Sent. 3 giugno 2004, *Bati e altri c. Turchia* (ric. n. 33097/96 e 57834/00).
53. Cfr. sul punto ancora A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., p. 224. e A. L. Sciacovelli, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta*, cit., p. 278 e 279.
54. Sent. 2 dicembre 2008, *Erdal Aslan c. Turchia* (ric. n. 25060/02 e 1705/03).
55. Sent. 3 febbraio 2009, *Voiculescu c. Romania* (ric. n. 5325/03).
56. Sent. 23 giugno 2009, *Keser e Kömürkü c. Turchia* (ric. n. 5981/03).
57. Sent. 16 febbraio 2010, *Alkes c. Turchia* (ric. n. 3044/04).
58. Sent. 16 marzo 2010, *Aşici c. Turchia* (ric. n. 26625/04).

quali i giudici di Strasburgo hanno affermato che "*les exigences procédurales de l'article 3 (…) s'étendent au-delà du stade des investigations préliminaires, lorsque celles-ci ont entraîné l'ouverture de poursuites pénales (…). Ainsi, (…) il n'est pas acceptable non plus que l'aboutissement d'une telle procédure se heurte, entre autres, à la prescription pénale en raison d'atermoiements judiciaires incompatibles avec l'exigence de célérité et de diligence implicite dans ce contexte*".

Alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011[59] – che ha individuato nel nuovo caso di revisione di cui all'art. 630 c.p.p. lo strumento attraverso il quale addivenire «alla riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo» – gli effetti di questa giurisprudenza potrebbero essere dirompenti[60].

In tutti i casi in cui non sia stato possibile accertare le responsabilità per fatti di tortura per via del decorso del termine necessario a prescrivere, infatti, qualora la vittima della violazione abbia tempestivamente proposto ricorso alla Corte di Strasburgo e la stessa (con sentenza definitiva) abbia condannato l'Italia per violazione degli obblighi procedurali discendenti dall'art. 3 Cedu proprio in ragione dell'intervenuta prescrizione, sarà possibile per la vittima medesima instaurare un procedimento di revisione davanti alla competente Corte d'Appello e ottenere, per questa via, la riapertura del processo e una pronuncia nel merito (sia essa di assoluzione o di condanna).

Non si tratta di una questione puramente teorica: basti pensare al fatto che la gran parte dei reati contestati agli imputati dalla pubblica accusa per le note vicende della scuola Diaz e della caserma di Bolzaneto nel corso del G8 genovese del 2001 si sono prescritti[61].

Una simile prospettiva è certamente sconvolgente se si guarda alla questione con le lenti del penalista; assai meno se si inforcano quelle dello studioso di diritto internazionale, posto che la "riapertura del processo" (e la conseguente condanna degli autori di fatti di tortura, di sparizioni forzate e di esecuzioni sommarie) sono ben note all'esperienza dei Paesi del Centro e Sud America, nei quali i giudici nazionali hanno dato esecuzione proprio per questa via alle sentenze della Corte Interamericana dei diritti dell'uomo che avevano, in precedenza, ravvisato la violazione degli artt. 1 § 1, 2, 8 e 25 CADU in ragione del fatto che provvedimenti cd. di autoamnistia avevano impedito l'adempimento degli obblighi di tutela penale gravanti sugli Stati firmatari della Convenzione americana e discendenti dalla qualificazione come crimini di *jus cogens* dei suddetti *core crimes*[62].

Si tratta di problematiche complesse, che non possono essere sviscerate in questa sede. Preme qui sottolineare soltanto che nell'affrontarle bisognerà necessariamente adottare una prospettiva integrata, che tenga conto delle notevolissime implicazioni che il diritto dei diritti umani e il diritto internazionale penale hanno sul diritto penale italiano: non sarà possibile ignorare, ad esempio, il principio – basilare in diritto internazionale – secondo cui nessuno Stato può giustificare l'inadempimento dei propri obblighi sul piano internazionale (obblighi tra i quali certamente figura quello di persecuzione penale dei crimini di *jus cogens*) invocando leggi appartenen-

59. Sulla quale si rimanda all'ampia nota di S. Lonati, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, pubblicata su questa *Rivista* in data 19 maggio 2011. E' bene ribadire, nondimeno, che lo strumento individuato dalla Corte costituzionale italiana per rendere possibile l'esecuzione delle sentenze definitive della Corte EDU ha portata generale, e che dunque non opera solo nei casi in cui i giudici di Strasburgo abbiano rilevato violazioni dell'art. 6 Cedu. Il caso *Scoppola*, d'altra parte, aveva dimostrato la necessità di procedure alla riapertura del processo anche a fronte di violazioni di altre norme convenzionali, come gli artt. 7 Cedu e 3 Prot. n. 1 Cedu.

60. Potrebbe accadere, nondimeno, che un futuro intervento legislativo ridimensioni la portata applicativa del rimedio, o che la giurisprudenza della Cassazione pervenga allo stesso risultato attraverso un'interpretazione restrittiva del *dictum* della Corte costituzionale nella sent. n. 113/2011, subordinandone l'esperibilità al fatto che la Corte EDU, nel ravvisare la violazione dell'art. 3 Cedu, abbia espressamente richiesto la riapertura del processo come misura per porvi rimedio, ai sensi dell'art. 41 Cedu.

61. Vedi *infra*, § 4. Per l'analisi delle complicate vicende non posso che rinviare, ancora una volta, ad A. Colella, *C'è un giudice a Strasburgo, cit.,* pp. 1801 ss., e alla lettura delle sentenze della Corte d'Appello di Genova del 5 marzo 2010 (Bolzaneto) e del 18 maggio 2010 (Diaz), pubblicate su questa *Rivista*, rispettivamente in data 21 aprile e 20 aprile 2011, con una nota introduttiva a cura di A. Colella e F. Viganò.

62. Cfr. sul punto F. Viganò, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, pubblicato negli *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, pp. 2657 ss.

ti all'ordinamento interno (come quelle che regolano l'istituto della prescrizione, o i provvedimenti di amnistia o indulto).

Sulla scia delle pronunce poc'anzi esaminate si colloca anche la più recente *Müdet Kömürcü c. Turchia*[63], in cui la Corte – riprendendo i precedenti *Ali e Ayse Duran*[64] e *Erdogăn Yilmaz*[65], entrambi contro la Turchia – ha affermato che in queste situazioni, in linea di principio, la concessione di un'amnistia o di indulto non dev'essere permessa.

Sempre in riferimento all'amnistia, merita un cenno infine la decisione *Ould Dah c. Francia*[66] del marzo 2009, con cui la Corte ha dichiarato che l'intervenuta amnistia nello Stato in cui si sono verificati gli episodi di tortura non scalfisce la *giurisdizione universale* dello Stato membro della Convenzione nel cui territorio sia presente l'accusato, in ottemperanza agli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia. Nel caso di specie, il ricorrente, un ufficiale dell'esercito mauritano giunto in Francia nel 1998, era stato denunciato per aver commesso episodi di tortura nel Paese d'origine e condannato dalle autorità giurisdizionali francesi, nonostante il fatto che avesse beneficiato, in patria, di un provvedimento di amnistia.

3.3 La proporzione tra la pena inflitta e la gravità del reato e l'adeguatezza della somma corrisposta a titolo di risarcimento del danno

Nel corso del 2010 la Corte ha – in almeno tre occasioni – trasposto in riferimento all'art. 3 Cedu i principi che aveva già in precedenza affermato in relazione all'art. 2 Cedu nelle sentenze *Nikolova e Velichkova c. Bulgaria* [67], *Ali e Ayşe Duran c. Turchia* [68] (in cui, per vero, il ricorrente lamentava la violazione di entrambe le norme) e *Fadime e Turan Karabulut c. Turchia*[69]*:* perché la riparazione ai sensi dell'art. 41 Cedu possa considerarsi adeguata – e conseguentemente sia inibito, in forza del principio di sussidiarietà, un eventuale ricorso a Strasburgo delle vittime di una violazione dell'art. 3 Cedu – è necessaria l'attivazione di un'inchiesta penale che conduca all'*individuazione* e alla *punizione* dei responsabili, come pure la corresponsione alla vittima di una *congrua somma a titolo di risarcimento* del danno.

In merito al primo profilo, la Corte ha precisato che la pena *in concreto* inflitta dev'essere proporzionata alla gravità del fatto di reato, rivelandosi altrimenti priva di qualsiasi effetto deterrente; il che, per definizione, non accade quando la pena venga condizionalmente sospesa[70].

Accade spesso che la Corte effettui tale valutazione – con la quale, si badi, essa si spinge a censurare le scelte in materia di *sentencing* compiute dai giudici nazionali soltanto laddove sia ravvisabile una *manifesta sproporzione tra la pena inflitta e la gravità del fatto* – in via preliminare, al fine di statuire sulla persistenza della qualità di "vittima" *ex* art. 34 Cedu in capo al ricorrente. Se ciò non accade, il profilo della proporzione della pena rispetto al fatto di reato verrà esaminato nel merito, ai fini di accertare un'eventuale violazione procedurale dell'art. 3 Cedu.

Quanto alla corresponsione di una congrua somma di denaro a titolo di risarcimento del danno, essa costituisce – esattamente come per l'art. 2 Cedu – *condizione necessaria, ma non sufficiente* ai fini della *restitutio in integrum* del ricorrente (coerentemente con la natura di *forma minima di tutela* insita nello strumento risarcitorio): laddove – come nella gran parte dei casi accade – la violazione dell'art. 3 Cedu sia *dolosa* e non colposa, le autorità statali dovranno infatti obbligatoriamente fare ricorso ai meccanismi della

63. Sent. 21 luglio 2009, *Müdet Kömürcü c. Turchia n. 2* (ric. n. 40160/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1943.
64. Sent. 8 aprile 2008, *Ali e Ayşe Duran c. Turchia* (ric. n. 42942/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 721.
65. Sent. 14 ottobre 2008, *Erdogan Yilmaz e altri c. Turchia* (ric. n. 19374/03).
66. Dec. 17 marzo 2009, *Ould Dah c. Francia* (ric. n. 13113/03).
67. Sent. 20 dicembre 2007, *Nikolova e Velichkova c. Bulgaria* (ric. n. 7888/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 345.
68. Sent. 8 aprile 2008, *Ali e Ayşe Duran c. Turchia* (ric. n. 42942/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 721.
69. Sent. 27 maggio 2010, *Fadime e Turan Karabulut c. Turchia* (ric. n. 23872/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1310.
70. Sent. 8 aprile 2008, *Ali e Ayşe Duran c. Turchia* (ric. n. 42942/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 721.

giustizia penale, *individuando e punendo* i responsabili della violazione della norma convenzionale.

Passando ora alle pronunce del 2010 nelle quali, come si diceva, la Corte ha per la prima volta trasposto nell'ambito dell'art. 3 Cedu i principi ora espressi, è opportuno prendere le mosse dal celebre caso *Gäfgen c. Germania,* sul quale il 1° giugno 2010 è intervenuta una fondamentale sentenza della grande camera[71] (che si andrà ad esaminare non prima di aver ripercorso le linee fondamentali della pronuncia della quinta sezione sullo stesso caso[72], oggetto di un parziale *overruling*).

Il ricorrente, sospettato del rapimento del giovane figlio di un banchiere tedesco, veniva arrestato dalla polizia dopo aver ottenuto un riscatto dai genitori del ragazzo. Ritenendo fosse ancora possibile liberare quest'ultimo (che in realtà era già stato ucciso), alcuni poliziotti minacciavano il ricorrente di tortura: questi, spaventato, rivelava allora il luogo in cui si trovava il corpo della vittima.

Nel giugno 2008, la quinta sezione, accogliendo l'eccezione del Governo tedesco, aveva escluso che il ricorrente potesse ancora considerarsi "vittima" di una violazione dell'art. 3 Cedu, dal momento che le autorità giurisdizionali interne lo avevano già restituito *in integrum* attraverso:

a) il riconoscimento della contrarietà della condotta posta in essere dagli agenti al divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti;

b) la condanna di questi ultimi;

c) la sanzione processuale dell'inutilizzabilità (nel processo a suo carico) delle dichiarazioni che aveva reso sotto minaccia di tortura.

La grande camera, ribaltando tale valutazione, ha invece riconosciuto al ricorrente lo status di "vittima" *ex* art. 34 Cedu, rilevando come:

a) la condanna degli agenti a pene pecuniarie di modesta entità, peraltro condizionalmente sospese, fosse manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità della violazione di un diritto fondamentale come quella da essi perpetrata, e non si mostrasse idonea ad esplicare un adeguato effetto deterrente;

b) gli agenti non fossero stati sospesi dal servizio, ma solo trasferiti;

c) a oltre tre anni di distanza dall'instaurazione del procedimento amministrativo per ottenere il risarcimento del danno subito, non fosse stata ancora celebrata alcuna udienza.

La Corte non ha, invece, preso posizione sulla questione della inutilizzabilità delle prove estorte sotto minaccia di tortura, non ritenendolo necessario ai fini del giudizio sul caso di specie, in cui la condanna del ricorrente si fondava non sulle prove materiali viziate, ma sulle confessioni rese dall'imputato in dibattimento dopo essere stato informato del diritto a rimanere in silenzio e dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in precedenza (circostanza per cui i giudici di Strasburgo hanno ritenuto insussistente la violazione dell'art. 6 §§ 1 e 3 Cedu, da Gäfgen lamentata unitamente a quella dell'art. 3 Cedu). Pur ribadendo che, in linea di principio, le condizioni necessarie a garantire alla vittima di una violazione dell'art. 3 Cedu un'adeguata riparazione ai sensi dell'art. 41 della Convenzione sono il *compimento di un'indagine effettiva che conduca all'individuazione e alla punizione dei responsabili*, e la *possibilità di chiedere e ottenere una somma a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale subito*, la Corte ha tuttavia ammesso che, in talune circostanze, si possa e debba individuarne una ulteriore, consistente appunto nell'inutilizzabilità delle prove ottenute in violazione dell'art. 3 Cedu (senza però precisare quando ciò può accadere, a parte l'ipotesi in cui le prove siano state estorte sotto tortura)[73].

71. Sent. 1° giugno 2010, *Gäfgen c. Germania* (ric. n. 22978/05), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2010, p. 1311.
72. Sent. 30 giugno 2008, *Gäfgen c. Germania* (ric. n. 22978/05), in questa *Rivista*, 2008, p. 1294.
73. Sul profilo dell'utilizzabilità delle prove estorte attraverso il ricorso alla tortura, cfr. anche la sentenza *Soyhan c. Turchia* del 6 ottobre 2009 (ric. n. 4341/04), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2010, p. 299, in cui la Corte, pur ritenendo il ricorso irricevibile perché tardivo nella parte relativa alla violazione dell'art.

Sulla stessa scia si colloca, ancor più di recente, la sentenza *Darraj c. Francia*[74].

Il ricorrente, portato in caserma per l'identificazione dopo essere risultato sprovvisto di documenti, al rifiuto di essere ammanettato era stato malmenato e insultato dagli agenti, e aveva riportato lividi su tutto il corpo, ferite sul viso e sul collo e una frattura al testicolo destro per cui aveva dovuto essere operato d'urgenza. I poliziotti erano stati condannati in primo grado a quattro e otto mesi di reclusione, condizionalmente sospesa, rideterminata in secondo grado in 800 euro di ammenda: la Corte, chiamata a valutare, anche in questo caso, se il ricorrente potesse ancora proclamarsi "vittima" di una violazione della Convenzione ai sensi dell'art. 34 Cedu, ha ritenuto che la pena ad essa inflitta fosse manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità del fatto e non esplicasse pertanto un adeguato effetto deterrente. Con la precisazione di cui al § 49 – "*même si on la situe dans la pratique de l'Etat défendeur en matière de condamnation*" – il giudice europeo sembra peraltro aver voluto affermare, in tale occasione, il principio per cui la valutazione sulla proporzione della pena inflitta va effettuata senza tener conto della prassi in materia di *sentencing* affermatasi nel singolo Stato convenuto, e dunque in termini assoluti (e non relativi).

Altri elementi sui quali si è fondato il giudizio di inadeguatezza della reazione approntata dallo Stato francese in questa occasione sono stati, da un lato, la *mancata irrogazione di sanzioni disciplinari* agli agenti di polizia coinvolti, e, dall'altro, la corresponsione al ricorrente di una somma a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale pari a un terzo di quelle in genere riconosciute dalla Corte in casi analoghi (5000 euro a fronte dei 15000 in genere liquidati a Strasburgo in situazioni simili).

Da ultimo, nella sentenza *Ciğerhun Öner c. Turchia*[75] del novembre 2010, la Corte ha riscontrato una violazione procedurale dell'art. 3 Cedu in ragione dell'ineffettività della risposta sanzionatoria approntata dalle autorità giurisdizionali interne (valutando dunque il profilo dell'efficacia deterrente della pena inflitta nel corso dell'esame della vicenda nel merito).

Il ricorrente, all'epoca dei fatti dodicenne, veniva fermato da due poliziotti per essere identificato ed, essendosi rifiutato di fornire agli agenti le proprie generalità, veniva condotto in caserma: uno dei poliziotti ordinava all'altro di colpirlo al viso, provocandogli un ematoma sopra lo zigomo destro e un'iperemia all'occhio destro.

Nei confronti degli agenti veniva instaurato un procedimento penale, in esito al quale l'agente che aveva colpito il ricorrente veniva condannato in primo grado alla pena di tre anni di reclusione, condizionalmente sospesa, mentre l'altro veniva assolto. In secondo grado, invece, anche quest'ultimo veniva condannato a una pena di tre anni di reclusione – ridotti per buona condotta processuale a dispetto del fatto che non avesse mai partecipato alle udienze –, anch'essa condizionalmente sospesa.

In tale occasione, i giudici di Strasburgo hanno riscontrato una violazione procedurale dell'art. 3 Cedu perché l'inchiesta penale interna durava da più di otto anni; perché – e questo è il profilo che qui più interessa – la pena inflitta ad uno degli agenti di polizia era stata ridotta per buona condotta processuale, nonostante il fatto che egli non avesse mai partecipato alle udienze, ed era stata altresì condizionalmente sospesa; e, infine, perché nei confronti dei poliziotti non era stata irrogata alcuna sanzione disciplinare.

> Quanto alle ricadute di tali pronunce sull'ordinamento interno, dalla Corte di Strasburgo sembra innanzitutto venire un monito ad evitare qualsiasi automatismo in ordine al riconoscimento della sospensione condizionale della pena o delle circostanze

3 Cedu, ha riscontrato una violazione degli artt. 6 § 1 e 3 Cedu, perché i giudici nazionali non hanno compiuto la valutazione sull'ammissibilità delle suddette prove prima di esaminare il merito della vicenda.

74. Sent. 4 novembre 2010, *Darraj c. Francia* (ric. n. 34588/07).

75. Sent. 23 novembre 2010, *Ciğerhun Öner c. Turquie* (ric. n. 2858/07).

attenuanti generiche[76] (specie quando le stesse sono concesse per la condotta processuale dell'imputato) in tutti i casi di (gravi) violazioni dell'art. 3 Cedu.
Per quel che concerne la commisurazione della pena, invece, in tali occasioni sarebbe probabilmente opportuno partire da una pena base che non si appiattisca "acriticamente" sul minimo edittale, anche in considerazione dell'inadeguatezza della gran parte delle fattispecie previste dal codice penale vigente a prevenire e a reprimere i fatti di tortura.

4 Gli obblighi di repressione penale della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti

Le pronunce che dimostrano l'attenzione della Corte per il profilo dell'*effettività della tutela penale* ci consentono di avvicinare il tema degli *obblighi di repressione penale della tortura* (e, seppure in maniera meno pressante, delle altre categorie di *mistreatments*) che gravano sul legislatore nazionale in forza del diritto di Strasburgo.

L'adeguatezza del quadro normativo rispetto agli standard di protezione dei diritti e delle libertà convenzionali (e in particolare di quelle sancite dagli artt. 2 e 3 Cedu) costituisce, infatti, il presupposto perché la tutela giurisdizionale approntata a livello interno possa dirsi in linea con la Convenzione e superare, pertanto, il vaglio della Corte. E' allora possibile affermare che laddove manchi, nell'ordinamento nazionale, una normativa idonea a "intercettare" le condotte vietate dall'art. 3 Cedu e a sanzionarle in modo adeguato, difficilmente le pronunce rese dai giudici interni potranno portare all'irrogazione di *pene congrue e proporzionate al fatto di reato*, come richiede invece il giudice europeo.

La Corte non ha, per il momento, avuto occasione di affermare a chiare lettere questo principio di diritto, che costituisce invece *ius receptum* non solo per quanto attiene all'art. 2, ma anche in materia di art. 4 Cedu[77] (che sancisce il diritto a non essere sottoposti a schiavitù; diritto rispetto al quale la garanzia dell'art. 3 riveste un'importanza pari, se non addirittura maggiore).

Nella recente sentenza *Valeriu e Nicolae Roşca c. Moldavia*[78], nondimeno, la Corte ha riscontrato una violazione procedurale dell'art. 3 Cedu in ragione del fatto che gli agenti di polizia responsabili dei maltrattamenti subiti in carcere dai ricorrenti erano sì stati condannati dai giudici nazionali, ma *a titolo di abuso di potere e non di tortura*, come pure il diritto interno avrebbe consentito di fare.

La circostanza che fosse stata irrogata la pena minima e che questa fosse stata sospesa ha certamente assunto un peso rilevante nella decisione, dalla quale pare, tuttavia, di poter trarre il principio per cui la fattispecie astratta sotto la quale va sussunta la condotta contraria all'art. 3 Cedu dev'essere *specifica* e *corredata di un apparato sanzionatorio idoneo* a reprimere adeguatamente il fatto di reato.

E', questo, uno dei profili di frizione più evidenti dell'ordinamento italiano in rapporto al diritto di Strasburgo. L'assenza di una norma incriminatrice della tortura conduce inevitabilmente, infatti, all'applicazione di norme (quali i delitti di percosse, di lesioni, di violenza privata o al più di abuso di autorità contro arrestati o detenuti, per limitarci a quelle più frequentemente invocate) del tutto inidonee a intercettare il disvalore delle condotte "in odor di tortura", in quanto:
a) assistite da edittali di pena troppo tenui, spesso indeterminati nel minimo;
b) inevitabilmente destinate a ricadere entro l'ambito applicativo dei più disparati meccanismi di "fuga" dalla sanzione penale (*in primis*, la sospensione condizionale della pena);
c) esposte all'ineluttabile decorso del (breve) termine di prescrizione ad esse correlato, che nella gran parte dei casi – come dimostrano le recenti pronunce rese sulle vicende

76. Del tutto in linea con quanto affermato, in linea generale, dalla sentenza della Corte di Cassazione del 28 ottobre 2010 n. 41365, ric. Straface.
77. Sent. 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia* (ric. n. 73316/01).
78. Sent. 20 ottobre 2009, *Valeriu e Nicolae Roşca c. Moldavia* (ric. n. 41704/02).

della Diaz e di Bolzaneto[79] – finisce per impedire che il processo si concluda con una sentenza definitiva.

5 Gli obblighi di protezione a fronte del pericolo individuato per l'integrità fisica di persone determinate

Esattamente come per l'art. 2 Cedu, la giurisprudenza di Strasburgo ha individuato nell'art. 3 della Convenzione la fonte di obblighi di protezione a fronte del pericolo individuato per l'integrità fisica di persone determinate. E', questo, uno degli ambiti di elezione delle applicazioni orizzontali della suddetta norma convenzionale, posto che si tratta, in genere, di episodi di violenza inter-privati.

Il *leading case* di questo filone giurisprudenziale – invero molto meno corposo di quello, parallelo, in tema di art. 2 Cedu – va individuato nella sentenza *Z e altri c. Regno Unito*[80] del 2001, relativa a un caso di maltrattamenti perpetrati dai genitori nei confronti di quattro bambini in tenera età.

Nel 2010 la Corte ha avuto modo di ribadire i suddetti principi nella pronuncia *Milanović c. Serbia* [81], relativa invece a una vicenda di violenza motivata da intolleranza religiosa.

Il ricorrente, di nazionalità serba, era un membro di spicco della comunità Hare Krishna indù in Serbia. Nel 2000 aveva iniziato a ricevere minacce telefoniche, e nel 2001 aveva informato la polizia dei suoi sospetti nei confronti di un'organizzazione di estrema destra. In seguito, veniva fatto oggetto di ripetute aggressioni fisiche. Due mesi dopo l'ennesima aggressione, la polizia presentava una denuncia penale contro ignoti. Nel 2006, il ricorrente, sostenuto da un'organizzazione per i diritti umani, sporgeva infine querela, sostenendo di essere stato vittima di crimini motivati da odio religioso.

La Corte ha riscontrato, nel caso di specie, la violazione dell'articolo 3 della Convenzione, in quanto le autorità non avevano adottato le misure necessarie per prevenire il ripetersi delle aggressioni nei confronti del ricorrente, nonché dell'articolo 14, letto in combinato disposto con l'articolo 3 Cedu, dal momento che le stesse autorità, pur essendo a conoscenza che gli aggressori probabilmente appartenevano ad una o più organizzazioni di estrema destra, non avevano tenuto conto delle possibili motivazioni delle ripetute aggressioni e non avevano assunto provvedimenti adeguati per individuare e perseguire penalmente i loro presunti autori.

6 Il divieto delle pene inumane e degradanti discendente dall'art. 3 Cedu

Dall'art. 3 Cedu discende, com'è noto, anche il divieto di sottoposizione a *pene* che rivestano carattere inumano e degradante. Il contrasto con la disposizione suddetta può derivare tanto dalle condizioni della detenzione quanto dalla sottoposizione a particolari regimi carcerari (è il caso del regime *ex* art. 41 bis ord. penit. o del cd. E.I.V., ma anche dell'isolamento) o dalla durata della pena (come nel caso dell'ergastolo). Nei paragrafi successivi si procederà, pertanto, ad analizzare in maniera analitica ciascuno dei profili ora menzionati.

6.1 Le condizioni della detenzione

Quello delle condizioni della detenzione[82] è indubbiamente uno dei settori in cui la giurisprudenza di Strasburgo ha registrato, nel triennio 2008/2010, alcuni dei mutamenti più significativi.

Com'è noto, la Cedu non prevede disposizioni espresse sul punto; nondimeno, la

79. Sulle quali sia consentito rinviare, ancora una volta, ad A. Colella, *C'è un giudice a Strasburgo, cit.*, pp. 1801 ss. (e in particolare, per quel che concerne l'eventualità che la Corte, chiamata a occuparsi di tali vicende, possa riscontrare una violazione strutturale dell'art. 3 Cedu, condannando l'Italia ad introdurre nell'ordinamento penale una norma incriminatrice della tortura, pp. 1838 ss.).

80. Sent. 10 maggio 2001, *Z e altri c. Regno Unito* (ric. n. 29392/95).

81. Sent. 14 dicembre 2010, *Milanović c. Serbia* (ric. n. 44614/07).

82. E' appena il caso di precisare che non rientrano in questa categoria le pronunce in cui la Corte ha riscontrato violazioni dell'art. 3 Cedu in relazione ad episodi di maltrattamenti in carcere (che si inquadrano, invece, nella già esaminata categoria delle violazioni dirette).

tecnica di protezione cd. *par ricochet* – sviluppata a partire dal caso *Soering* – consente al giudice europeo di valutare "di riflesso", appunto, la conformità delle condizioni della detenzione alla Convenzione, e in particolare al suo art. 3.

Perché possa riscontrarsi una violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti, tuttavia, è necessario che la sofferenza lamentata dal ricorrente ecceda quella connaturata a qualsiasi forma di privazione della libertà personale, pena il mancato raggiungimento della soglia minima di gravità.

Le pronunce rese dalla Corte in materia possono idealmente suddividersi in due gruppi:

a) quelle in cui i giudici di Strasburgo hanno riscontrato la violazione a fronte di *situazioni di carattere obiettivo* (quali ad es. il sovraffollamento, le precarie condizioni igieniche, la mancanza di areazione, ecc.);

b) quelle in cui, invece, la violazione dell'art. 3 Cedu è stata affermata in ragione della *problematica compatibilità del regime di detenzione "comune" con le condizioni di salute del ricorrente*, affetto da gravi disturbi fisici o psichici.

Conviene precisare, peraltro, come la valutazione in merito all'adeguatezza delle condizioni di detenzione venga effettuata anche in riferimento al trattenimento di stranieri in appositi centri in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione o della definizione del procedimento per la concessione dell'asilo politico. Sotto questo profilo, meritano menzione le sentenze *S.D. c. Grecia*[83], *A.A. c. Grecia*[84] e *Tabesh c. Grecia*[85], l'ultima delle quali resa – a differenza delle altre – in relazione a una vicenda che vedeva protagonista non un richiedente asilo ma un migrante economico, entrato clandestinamente in Grecia.

6.1.1 Il sovraffollamento carcerario

L'ipotesi statisticamente più frequente *sub* a) è senz'altro rappresentata dal sovraffollamento carcerario[86].

L'esiguità dello spazio personale a disposizione di ciascun detenuto veniva, fino a un recente passato, quasi sempre valutata *unitamente ad altri indici di violazione dell'art. 3 Cedu* (quali le precarie condizioni igieniche, il rischio concreto di diffusione di malattie, ecc.), sul presupposto che la stessa non fosse, di per sé, sufficiente a determinare il superamento della soglia minima di gravità. Alcune importanti pronunce rese dalla Corte nel corso del 2009 preludono, tuttavia, al progressivo superamento di tale impostazione: in particolare, nella sentenza *Sulejmanovic c. Italia*[87] i giudici di Strasburgo hanno riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu per il solo fatto che il ricorrente (detenuto nel carcere di Rebibbia) avesse a disposizione uno spazio personale di soli 2,70 metri quadri; e nella successiva sentenza *Buzhinayev c. Russia*[88] sono pervenute alla medesima conclusione rispetto a uno spazio personale pari – nei momenti di maggior sovraffollamento – a 3,4 metri quadri.

La Corte ha, fino a questo momento, evitato di prendere posizione sulla misura precisa dello spazio personale che gli Stati contraenti devono garantire a ciascun detenuto

83. Sent. 11 giugno 2009, *S.D. c. Grecia* (ric. n. 53541/07).
84. Sent. 22 luglio 2010, *A.A. c. Grecia* (ric. n. 12186/08).
85. Sent. 26 novembre 2009, *Tabesh c. Grecia* (ric. n. 8256/07). Esula dal periodo di riferimento della presente *Rassegna* l'importante sentenza della grande camera nel caso *M.S.S. c. Grecia e Belgio* del 21 gennaio 2011 (ric. n. 30696/09), sulla quale si rinvia all'ampio commento di L. Beduschi, *Immigrazione e diritto di asilo: un'importante pronuncia della Corte di Strasburgo mette in discussione le politiche dell'Unione Europea*, pubblicato su questa *Rivista* in data 9 maggio 2011.
86. Cfr. sul punto, oltre a quelle richiamate di seguito, le sentenze 14 febbraio 2008, *Dorokhov c. Russia* (ric. n. 66802/01), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 710; 14 gennaio 2010, *Melnikov c. Russia* (ric. n. 23610/03); 2 febbraio 2010, *Mariana Marinescu c. Romania* (ric. n. 36110/03); 1° giugno 2010, *Răcăreanu c. Romania* (ric. n. 14262/03); *Mukhutdinov c. Russia* del 10 giugno 2010 (ric. n.); 23 settembre, *Aleksandr Leonidovich Ivanov c. Russia* (ric. n. 13173/02); 2 novembre 2010, *Grozavu c. Romania* (ric. n. 24419/04); 4 novembre 2010, *Arefyev c. Russia* (ric. n. 29464/03); 25 novembre 2010, *Roman Karasev c. Russia* (ric. n. 30251/03); 30 novembre 2010, *I. D. c. Moldavia* (ric. n. 47203/06).
87. Sent. 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia* (ric. n. 22635/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1941-1942.
88. Sent. 15 ottobre 2009, *Buzhinayev c. Russia* (ric. n. 17679/03).

pena la violazione dell'art. 3 Cedu. Pare, tuttavia, che – anche alla luce della più recente giurisprudenza di Strasburgo – permanga un divario tra le indicazioni prescrittive fornite sul punto dal CPT (secondo il quale ciascun detenuto dovrebbe godere di uno spazio personale pari almeno a 7 metri quadri) e l'esiguità dello spazio personale idonea a integrare *per sé sola* una violazione dell'art. 3 Cedu[89]: tanto in *Sulejmanovic* quanto in *Buzhinayev*, infatti, lo spazio personale a disposizione del detenuto era *di molto inferiore agli standard del CPT*.

I giudici di Strasburgo escludono senza mezzi termini che difficoltà di carattere finanziario o logistico possano in alcun modo rilevare ai fini dell'esclusione della responsabilità dello Stato.

Laddove, poi, la Corte ritenga che il problema del sovraffollamento carcerario abbia carattere strutturale, essa potrà "condannare" lo Stato contraente all'adozione di misure generali e individuali idonee a porvi rimedio[90] (quali l'introduzione di dispositivi elettronici di sorveglianza, l'avvio di politiche di edilizia carceraria, l'adozione di misure alternative alla detenzione, ecc.). E' quello che è avvenuto nelle recenti pronunce *Orchowski*[91] e *Norbert Sikorski c. Polonia*[92], in cui la Corte – muovendo dalle denunce della Corte costituzionale, dell'Ombudsman e dello stesso Governo, nonché basandosi su dati statistici – è pervenuta al riscontro di una violazione sistemica dell'art. 3 Cedu sotto il profilo del sovraffollamento carcerario (la cui causa principale risiederebbe nell'eccessiva lunghezza della custodia cautelare).

> Alla luce della pronuncia *Sulejmanovic*, poc'anzi richiamata, e del carattere strutturale del problema del sovraffollamento carcerario in Italia, non è irragionevole attendersi nel prossimo futuro una pronuncia di contenuto analogo nei confronti del nostro Paese.
> Secondo le statistiche rese note dal Ministero della Giustizia in data 31 maggio 2011, i detenuti nelle carceri italiane sono infatti 67.174 a fronte di una capienza regolamentare di soli 45.551[93]. Non è certo un caso che Governi di diverso colore politico abbiano adottato, nel giro di quattro anni, ben due provvedimenti deflattivi (l'indulto di cui alla l. n. 241/2006 e la legge cd. "svuota carceri" n. 199/2010[94]): si è trattato, in entrambi i casi, di strumenti certamente inidonei a risolvere il problema endemico del sovraffollamento carcerario, che presentano peraltro profili di problematica compatibilità convenzionale in relazione ai costi che la recidivazione dei soggetti ammessi al beneficio ha imposto e verosimilmente continuerà ad imporre in futuro sulla collettività.
> Sul versante giurisprudenziale si segnala, in riferimento alla problematica in esame, un'importante pronuncia del Tribunale di sorveglianza di Cuneo[95] che – prendendo le mosse dalle statuizioni della Corte europea nel caso *Sulejmanovic*, appunto – ha intimato alla direzione del carcere di Saluzzo di prendere gli opportuni provvedimenti per porre rimedio alla violazione del limite di disponibilità di almeno 7 metri quadri per ciascun detenuto indicato dal CPT (limite, come si è visto, ben più altro di quello che, fino a questo momento, sembra essere ritenuto inderogabile dalla Corte).
> La decisione assume una particolare forza cogente in virtù del principio espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 266 del 2009, che ha attribuito alle disposizioni del magistrato di sorveglianza natura di *ordini a carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria.*

Merita menzione, infine, la sentenza *Jiga c. Romania*[96], in cui la Corte ha evidenziato in modo particolarmente chiaro le conseguenze del sovraffollamento carcerario, che

89. Cfr. sul punto D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit. p. 72.
90. Secondo il modello inaugurato dalla grande camera con la sent. 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia* (ric. n. 31443/96).
91. Sent. 22 ottobre 2009, *Orchowski c. Polonia* (ric. n. 17885/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 303.
92. Sent. 22 ottobre 2009, *Norbert Sikorski c. Polonia* (ric. n. 17599/05).
93. I dati sono consultabili sul sito del Ministero della Giustizia, www.giustizia.it (alla voce Strumenti/Statistiche).
94. Cfr. sul punto l'ampio contributo di S. Turchetti, *Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare? Considerazioni a margine della l. 26 novembre 2010, n. 199*, pubblicato su questa Rivista in data 14 dicembre 2010.
95. Dell'ordinanza dà menzione *Il Corriere della sera*, 5 marzo 2010, p. 28.
96. Sent. 16 marzo 2010, *Jiga c. Romania* (ric. n. 14352/04).

determina una costante mancanza di intimità, il sovraccarico dei servizi igienici e una situazione di continua tensione e violenza tra i detenuti: nel caso di specie, la superficie della cella era di 14 metri quadri per 9 letti, e il ricorrente disponeva di uno spazio vitale di 1, 55 metri quadri senza contare l'ingombro dei mobili, ed era costretto a passare all'interno della cella stessa la maggior parte della giornata.

6.1.2 L'inadeguatezza delle condizioni igieniche

Le sentenze in cui la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu in ragione della precarietà delle condizioni della detenzione sotto il profilo sanitario sono, anch'esse, assai frequenti.

Accanto alle ipotesi di *violazioni macroscopiche* (quali quella riscontrata nella sentenza *Antropov c. Russia*[97], in cui il ricorrente si doleva del fatto che il suo letto fosse perennemente infestato di insetti e roditori), si segnalano quelle in cui il ricorrente-detenuto lamenta di aver contratto in carcere malattie contagiose (quali la TBC, l'epatite, l'HIV)[98].

Merita menzione, tra le numerose pronunce rese sul punto dalla Corte nel triennio 2008/2010, la sentenza *Kouzmin c. Russia*[99], in cui i giudici di Strasburgo hanno ravvisato una violazione dell'art. 3 Cedu in relazione alle condizioni detentive subite dal ricorrente, che aveva trascorso sette mesi in isolamento in una cella angusta, priva di areazione, di acqua e di luce naturale, nella quale era per giunta collocato un gabinetto, senza alcuna separazione dal resto dell'ambiente.

6.1.3 Il mancato apprestamento di cure mediche adeguate e tempestive

Tra le pronunce aventi ad oggetto il mancato apprestamento di cure mediche adeguate e tempestive nei confronti dei detenuti merita menzione innanzitutto l'importantissima sentenza *Xiros c. Grecia* [100] del settembre 2010, con la quale la Corte – sviluppando i principi già espressi dalla Commissione nel suo parere sul caso *Hurtado c. Svizzera* del luglio 1993 – ha provveduto a declinare in modo estremamente analitico gli obblighi di assistenza medica che incombono sugli Stati contraenti nei confronti dei detenuti. Secondo il *dictum* del giudice europeo, sugli Stati membri incombe l'obbligo di assicurare cure mediche ai detenuti in cattive condizioni di salute; obbligo che si specifica, a sua volta:

a) nel dovere di *verificare se la persona era in condizioni di salute tali da poter essere sottoposta a detenzione*;

b) nel *dovere di fornire al detenuto l'assistenza medica necessitata*;

c) nel *dovere di adattare le condizioni della detenzione allo stato di salute della persona*.

Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto – per quattro voti a tre – che ci sia stata una violazione dell'art. 3 Cedu in riferimento al trattamento medico cui il ricorrente è stato sottoposto per i suoi gravissimi problemi di vista.

Secondo la giurisprudenza consolidata di Strasburgo, peraltro, lo standard di adeguatezza delle cure apprestate non è quello "*delle migliori cliniche civili*", bensì quello "*della compatibilità con la dignità umana*". Tale principio è stato di recente ribadito, ad esempio, nelle sentenze *Kozhoar c. Russia*[101] e *Gladkiy c. Russia*[102], entrambe del dicembre 2010.

Tra le sentenze più significative, nelle quali la Corte ha ravvisato una violazione

97. Sent. 29 gennaio 2009, *Antropov c. Russia* (ric. n. 22107/03).
98. Cfr. *ex multis* le sentenze *Pakhomov c. Russia* del 30 settembre 2010 (ric. n. 44917/08), *Porumb c. Romania* del 7 dicembre 2010 (ric. n. 19832/04), *Kozhoar c. Russia* del 16 dicembre 2010 (ric. n. 33099/08).
99. Sent. 18 marzo 2010, *Kouzmin c. Russia* (ric. n. 58939/00), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 769.
100. Sent. 9 settembre 2010, *Xiros c. Grecia* (ric. n. 1033/07).
101. Sent. 16 dicembre 2010, *Kozhoar c. Russia* (ric. n. 33099/08).
102. Sent. 21 dicembre 2010, *Gladkiy c. Russia* (ric. n. 3242/03).

dell'art. 3 Cedu in riferimento a questo specifico profilo, va menzionata la sentenza *Wenerski c. Polonia*[103]: il ricorrente – che aveva subito un intervento di estrazione parziale dell'occhio destro, e si era procurato lesioni alla parte rimanete dell'occhio a seguito della colluttazione con un compagno di cella – necessitava un'operazione d'urgenza; tuttavia, le autorità carcerarie gli avevano negato per mesi il relativo permesso, rendendosi con ciò responsabili del peggioramento delle sue condizioni di salute.

Nella sentenza *Zakharkin c. Russia*[104], invece, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto violato l'art. 3 Cedu sotto il profilo sostanziale sia per le condizioni detentive cui era stato sottoposto il ricorrente, sia perché non aveva ricevuto i trattamenti necessari a curare la poliartrite reumatoide, che lo affliggeva da due anni.

Nella sentenza *V.D. c. Romania*[105], ancora, la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu perché le autorità carcerarie si erano rifiutate di fornire al ricorrente le protesi dentarie di cui questi necessitava ma che non poteva permettersi di acquistare.

Ancora, nella pronuncia *Raffray Taddei c. Francia*[106] la Corte ha ravvisato una violazione dell'art. 3 Cedu in ragione dell'inadeguatezza delle cure mediche apprestate dalle autorità carcerarie per curare la ricorrente, affetta da anoressia, in particolare alla luce della discordanza tra le cure prescritte e quelle effettivamente attuate.

Merita un cenno, infine, la sentenza *Dermanovic c. Serbia*[107].

Il ricorrente, affetto da epatite C, lamentava di non aver ricevuto adeguata assistenza medica durante la propria permanenza in carcere. La Corte, alla luce delle peculiari circostanze del caso di specie, ha tuttavia escluso la violazione dell'art. 3 Cedu, rilevando come, da un lato, il rifiuto di sottoporsi a trattamenti medici opposto dal ricorrente non avesse permesso una diagnosi tempestiva dei danni al fegato, e, dall'altro, che il peggioramento delle sue condizioni di salute andava imputato non al mantenimento in detenzione, ma a una condotta del ricorrente medesimo, che aveva iniziato uno sciopero della fame.

La pronuncia mostra come la Corte rifugga da ogni logica di tipo paternalistico, attribuendo un'importanza determinante al principio di autoderminazione.

6.1.4 Le altre ipotesi di violazione "oggettiva" dell'art. 3 sotto il profilo delle condizioni della detenzione

La Corte ha, inoltre, ravvisato una violazione dell'art. 3 Cedu in ipotesi in cui:

- il ricorrente era stato trattenuto per tre giorni in una cella priva di letti, senza cibo né acqua[108];

- il ricorrente, ricoverato in ospedale per via del peggioramento delle sue condizioni di salute, era stato ammanettato al letto[109];

- la ricorrente aveva dovuto, per un certo periodo, fare la doccia all'aria aperta (sebbene non vi fosse, da parte degli agenti, l'intenzione di umiliarla)[110];

- il ricorrente, recluso in una cella di 55 metri quadri insieme a oltre 110 detenuti, il 90% dei quali fumatori, era stato esposto continuativamente per più di otto mesi al fumo passivo (il che aveva provocato un aggravamento delle sue condizioni di salute, già assai precarie)[111];

- il ricorrente, minore, era stato collocato in una cella per adulti[112];

- il ricorrente, trattenuto in un centro di identificazione in vista dell'espulsione, non

103. Sent. 20 gennaio 2009, *Wenerski c. Polonia* (44369/02).
104. Sent. 10 giugno 2010, *Zakharkin c. Russia* (ric. n. 1555/04).
105. Sent. 16 febbraio 2010, *V.D. c. Romania* (ric. n. 7078/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 761.
106. Sent. 21 dicembre 2010, *Raffray Taddei c. Francia* (ric. n. 36435/07).
107. Sent. 23 febbraio 2010, *Dermanovic c. Serbia* (ric. n. 48497/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, p. 766.
108. Sent. 29 gennaio 2009, *Andreyevskiy c. Russia* (1750/03).
109. Sent. 15 ottobre 2009, *Okhrimenko c. Ucraina* (ric. n. 53896/07).
110. Sent. 2 febbraio 2010, *Mariana Marinescu c. Romania* (ric. n. 36110/03).
111. Sent. 14 settembre 2010, *Florea c. Romania* (ric. n. 37186/03).
112. Sent. 20 gennaio 2009, *Guvec c. Turchia* (ric. n. 70337/01).

aveva potuto camminare e svolgere l'attività fisica necessaria al mantenimento della propria salute perché le strutture del centro non lo consentivano, e inoltre aveva a disposizione poco più di cinque euro al giorno per acquistare il cibo di cui nutrirsi[113];

- il ricorrente aveva trascorso oltre 20 mesi nella cella di una caserma di polizia, in attesa dell'espulsione[114].

6.1.5 L'incompatibilità della detenzione con le condizioni di salute del ricorrente

Tra le pronunce in cui la Corte ha affrontato il diverso profilo della compatibilità della detenzione con le condizioni di salute del ricorrente[115] si segnala, in particolare, la sentenza *Scoppola c. Italia n. 1*[116] del giugno 2008.

Giova ripercorrere brevemente la vicenda che ha dato origine alla pronuncia.

Il Tribunale di sorveglianza di Roma, alla luce dell'incompatibilità dello stato di salute del ricorrente con la detenzione in carcere, aveva accordato al medesimo la detenzione domiciliare, salvo poi revocare la decisione pochi mesi dopo per via dell'inadeguatezza dell'abitazione. La Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu in ragione del fatto che il ricorrente, prima di essere trasferito in un istituto carcerario provvisto di una sezione per disabili, aveva continuato a scontare la pena per oltre un anno nel carcere di *Regina Coeli*, che il Tribunale di sorveglianza aveva originariamente considerato inadeguato alle sue condizioni di salute.

Dalla sentenza sembra dunque discendere l'obbligo, in capo all'autorità giurisdizionale nazionale, di procedere alla *valutazione dell'adeguatezza dell'abitazione* del soggetto che versi in condizioni di salute incompatibili con la detenzione *prima di adottare provvedimenti di concessione della detenzione domiciliare*.

Pare, invece, che la Corte attribuisca un peso decisamente minore alle condizioni di salute del ricorrente laddove questi sia un *soggetto socialmente pericoloso*, e in particolare nelle ipotesi in cui lo stesso sia sottoposto a un regime carcerario più severo di quello ordinario.

Nella sentenza *Enea c. Italia* del settembre 2009, senz'altro una delle più significative sul punto, la Corte non ha riscontrato profili di incompatibilità con l'art. 3 Cedu né rispetto al regime detentivo *ex* art. 41-bis ord. penit. né rispetto a quello previsto per i detenuti "ad elevato indice di vigilanza" (il cd. E.I.V.), nonostante le gravissime condizioni di salute in cui versava il ricorrente, tetraplegico[117].

Nella fattispecie, il ricorrente aveva a più riprese invocato la sospensione della pena per gravi ragioni di salute, ma era stato semplicemente trasferito nel reparto ospedaliero del carcere. Solo a seguito di un grave intervento chirurgico era stato finalmente posto in detenzione domiciliare.

La Corte ha ritenuto che il trattamento sanitario fosse stato adeguato alle condizioni del ricorrente, e che il prolungato regime carcerario speciale cui lo stesso era sottoposto si giustificasse in ragione della sua pericolosità sociale.

Merita menzione anche la recentissima sentenza *Raffray Taddei c. Francia*[118]. La ricorrente era una cittadina francese che stava scontando una lunga pena detentiva. Da

113. Sent. 26 novembre 2010, *Tabesh c. Grecia* (ric. n. 8256/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 310.
114. Sent. 13 aprile 2010, *Charahili c. Turchia* (ric. n. 46605/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1293.
115. Cfr. *ex multis* le sentenze *Andrzej Wierzbicki c. Polonia* del 19 gennaio 2010 (ric. n. 48/03); *Scundeanu c. Romania* del 2 febbraio 2010 (ric. n. 10193/02); *Úmit Işık c. Turchia* del 16 marzo 2010 (ric. n. 10317/03), in cui la Corte non ha riscontrato alcuna violazione dell'art. 3 Cedu, rilevando tra l'altro che il ricorrente era stato liberato subito dopo che il medico competente aveva affermato l'incompatibilità della malattia di cui soffriva il ricorrente con l'ambiente carcerario.
116. Sent. 10 giugno 2008, *Scoppola c. Italia n. 1* (ric. n. 50550/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1290. Si segnala, in proposito, l'approfondita analisi di S. Buzzelli, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 389 ss. Cfr. sul punto anche le sentenze *Paladi c. Moldavia* del 10 marzo 2009 (ric. 39806/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 849) e *Halilovc c. Bosnia* del 24 novembre 2009 (ric. n. 23968/05), in cui la Corte ha escluso la violazione dell'art. 3 sotto il profilo dell'inadeguatezza dell'istituto carcerario rispetto alle condizioni mentali del ricorrente, rilevando come le stesse fossero, addirittura, migliorate durante il periodo di detenzione.
117. Sent. 17 settembre 2009, *Enea c. Italia* (ric. n. 74912/01), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1955.
118. Sent. 21 dicembre 2010, *Raffray Taddei c. Francia* (ric. n. 36435/07).

tempo richiedeva, invano, la sospensione della pena o la liberazione condizionale allegando gravi patologie (tra cui l'asma, l'anoressia, la sindorme di Munchausen).

La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della detenzione con le condizioni di salute della ricorrente, ha negato che la mancata scarcerazione integrasse una violazione dell'art. 3 della Convenzione, sia perché la ricorrente non aveva dimostrato che il suo stato di salute fosse "stabilmente incompatibile con la detenzione"; sia perché non sussistevano le condizioni a tal fine previste dalla legge francese (ossia due perizie mediche concordanti, oppure una soltanto in caso di rischi per la vita).

E' forse possibile ritenere, tuttavia, che il giudizio della Corte sia stato in qualche misura condizionato dall'imponente certificato penale della ricorrente, sul quale figuravano ben venti condanne dal 1994 in avanti (per i reati di malversazione, falsità in assegni, ricettazione e furto).

Sembra, peraltro, opportuno segnalare che nella recente sentenza *Kayankin c. Russia*[119] la Corte non ha ritenuto di dover trasporre i principi sulla compatibilità della detenzione con le condizioni di salute del ricorrente in tema di servizio militare: ad avviso della Corte, gli Stati godono infatti di un certo margine di apprezzamento nell'individuare le condizioni psico-fisiche necessarie per essere ammessi al servizio di leva, così che è precluso al giudice di Strasburgo un sindacato particolarmente pervasivo sul punto.

6.2 I regimi carcerari speciali ex art. 41-bis ord. penit. e cd. E.I.V.

Un capitolo a parte riguarda il profilo della compatibilità con la Convenzione dei sistemi carcerari speciali, e in particolare – per quel che riguarda l'esperienza italiana – del regime *ex* art. 41*bis* ord. penit.[120] e del circuito detentivo "ad elevato indice di vigilanza" (cd. E.I.V.), introdotto più di recente.

La Corte si mostra, in questo settore, assai sensibile alle istanze di difesa sociale, giustificando la sottoposizione di alcune categorie di detenuti a misure così severe sulla base dell'esigenza di mantenere l'ordine pubblico e garantire la sicurezza dello Stato. L'argomentazione spesa dalla Commissione nel *leading case* in materia – il caso *Natoli*[121] del 2001, in cui la stessa ha fissato le linee dell'orientamento giurisprudenziale seguito, poi, anche dalla Corte – è che la sottoposizione al suddetto regime *non raggiunge la soglia di gravità necessaria per configurare una violazione dell'art. 3 Cedu*.

L'orientamento "granitico" dei giudici di Strasburgo è stato di recente espresso dalle pronunce *Asciutto*[122], *Guidi*[123], *De Pace*[124], *Zara*[125], *Dell'Anna*[126], *Stolder*[127].

Tra queste, la sentenza *Dell'Anna* ha affrontato il profilo della compatibilità con l'art. 3 Cedu delle perquisizioni e delle ispezioni corporali previste dalla legge per i detenuti 41*bis*. La Corte non ha ravvisato alcuna violazione dell'art. 3 Cedu, rilevando da un lato che tali misure, pur così invasive, si rendevano necessarie per garantire la sicurezza del carcere, e dall'altro che il ricorrente non aveva fornito elementi tali da far pensare che nel caso di specie fosse stato superato il livello minimo di gravità richiesto dalla giurisprudenza di Strasburgo in tema di art. 3 Cedu.

119. Sent. 11 febbraio 2010, *Kayankin c. Russia* (ric. n. 24427/02).
120. Cfr. sul punto la perspicua analisi di E. Nicosia, *Il 41-bis è una forma di tortura o di trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1240 ss. Quanto alle recenti modifiche al regime 41-bis dal "pacchetto-sicurezza" del 2009, cfr. per tutti A. Della Bella, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41*-bis *ord. penit.*, in S. Corbetta, A. Della Bella, G.L. Gatta (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, pp. 447 ss.
121. Sent. 9 gennaio 2001, *Natoli c. Italia* (ric. n. 26161/95).
122. Sent. 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia* (ric. n. 35795/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 332.
123. Sent. 27 marzo 2008, *Guidi c. Italia* (ric. n. 28320/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 720.
124. Sent. 17 luglio 2008, *De Pace c. Italia* (ric. n. 22728/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1302.
125. Sent. 20 gennaio 2009, *Zara c. Italia* (ric. n. 22424/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 835.
126. Dec. 1° dicembre 2009, *Dell'Anna c. Italia* (ric. n. 16702/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 312.
127. Sent. 1° dicembre 2009, *Stolder c. Italia* (ric. n. 24418/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 314.

Particolare importanza riveste, infine, la già menzionata sentenza *Enea c. Italia*[128] del settembre 2009, in cui la Corte ha "esportato" l'orientamento consolidato in tema di 41-*bis* al regime carcerario speciale previsto per i detenuti ad elevato indice di vigilanza. La sentenza è particolarmente significativa dal momento che, come si è visto, il ricorrente aveva addotto, per sostanziare la fondatezza della propria doglianza in riferimento all'art. 3 Cedu, anche le proprie gravissime condizioni di salute[129]: neppure considerazioni umanitarie sembrano dunque poter scalfire l'indirizzo ormai consolidato in seno alla giurisprudenza di Strasburgo.

6.3 L'ergastolo

E' orientamento consolidato, nella giurisprudenza della Corte, quello per cui la pena dell'ergastolo non contrasta con l'art. 3 Cedu ove siano previsti istituti che consentano la scarcerazione anticipata.

La Corte ha avuto modo di ribadirlo nell'importante pronuncia *Kafkaris c. Cipro*[130], in cui ha negato la violazione dell'art. 3 Cedu perché l'ordinamento cipriota contemplava un'ipotesi di liberazione disposta per volontà del Presidente della Repubblica. Si segnala, tuttavia, la *dissenting opinion* dei giudici Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandström e Spielmann, secondo i quali la liberazione per volontà del Presidente non è sufficiente ad escludere ogni contrasto fra l'ergastolo e l'art. 3 Cedu, essendo rimessa alla totale discrezionalità dello stesso.

In termini la successiva pronuncia *Iorgov c. Bulgaria n. 2*[131]: nel caso di specie, il ricorrente era stato condannato per omicidio alla pena di morte nel 1990; ma dopo l'abolizione della pena capitale, avvenuta nel 1995, la condanna veniva convertita in quella dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata (una pena autonoma, introdotta nel 1998).

La Corte, richiamando i principi espressi, appunto, nella sentenza *Kafkaris*, ha escluso la violazione dell'art. 3 Cedu, perché la condanna al carcere a vita senza possibilità di liberazione anticipata, pur essendo formalmente irriducibile, non è di fatto tale: sussistono, infatti, nell'ordinamento bulgaro meccanismi (quali la grazia e la conversione della sentenza) tali per cui il ricorrente può ancora nutrire la ragionevole speranza di essere rimesso in libertà.

6.4 L'isolamento

Nella sentenza *Onoufriou c. Cipro*[132] la Corte ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 3 Cedu in riferimento alla situazione del ricorrente, tenuto in isolamento per 47 giorni in una cella di poco più di 5 metri quadri, umida e fredda, senza gabinetto e priva di acqua corrente, così che doveva chiedere agli agenti il permesso di andare in bagno e, se questi glielo negavano, urinare e defecare all'interno della cella servendosi di bottigliette di plastica e teli di nylon.

La durata dell'isolamento è stato certamente uno dei fattori che hanno orientato il giudizio della Corte, ma è forse possibile sostenere che le condizioni della detenzione abbiano avuto un peso ancor più determinante.

7

Merita menzione la sentenza *Bogumil c. Portogallo*[133], nella quale la Corte ha affermato che non integra una violazione dell'art. 3 Cedu il trattamento medico effettuato

128. Sent. 17 settembre 2009, *Enea c. Italia* (ric. n. 74912/01), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1955.
129. Vedi *supra*, § 6.1.5.
130. Sent. 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro* (ric. n. 21906/04).
131. Sent. 2 settembre 2010, *Iorgov c. Bulgaria n. 2* (ric. n. 36295/02).
132. Sent. 7 gennaio 2010, *Onoufriou c. Cipro* (ric. n. 24407/04).
133. Sent. 7 ottobre 2008, *Bogoumil c. Portogallo* (ric. n. 35228/03).

senza consenso, laddove lo stesso sia dettato *esclusivamente da esigenze terapeutiche*.

Nel caso di specie il ricorrente era stato fermato all'aeroporto di Lisbona dall'autorità dogale e trovato in possesso di numerosi sacchetti di cocaina. Una volta arrestato, confessava agli agenti di aver ingerito uno dei sacchetti: dato che, a sessantadue ore dall'ingestione, l'uomo non era ancora riuscito a espellere naturalmente il sacchetto, i medici decidevano di estrarlo chirurgicamente *per impedire che la sostanza in esso contenuta fosse assorbita dall'organismo*.

Giova peraltro ricordare che – nella sentenza *Jalloh c. Germania*[134], sostanzialmente in termini – la grande camera aveva enunciato il principio per cui, laddove il trattamento medico arbitrario sia disposto dalle autorità inquirenti non per finalità terapeutiche, ma *per assicurare un elemento di prova*, esso integra invece una violazione della norma in esame.

In un tentativo di sintesi, è dunque possibile affermare che il trattamento medico arbitrario può dar adito a una violazione del solo art. 8 Cedu, e non anche dell'art. 3, nel caso in cui esso sia motivato *soltanto* da esigenze terapeutiche; qualora, invece, alle esigenze terapeutiche si sostituiscano o si aggiungano altre esigenze (*in primis*, quella dell'accertamento dei fatti di reato) potrà invece ritenersi integrata la violazione anche della norma in commento.

8 Le violazioni indirette dell'art. 3 Cedu

Principi analoghi governano la materia dell'espulsione e dell'estradizione, in relazione alle quali può venire in rilievo una responsabilità indiretta dello Stato convenuto, essendo la violazione posta in essere dagli agenti delle forze dell'ordine o da privati cittadini sul territorio di un altro Stato, in genere non appartenente all'area del Consiglio d'Europa. Nella maggior parte dei casi si tratta, dunque, di altrettante applicazioni extraterritoriali della Convenzione.

8.1 L'espulsione

Assai significativa, soprattutto per quel che attiene all'impatto sull'ordinamento nazionale, è la giurisprudenza del triennio 2008-2010 in tema di espulsione[135], che peraltro annovera numerose pronunce nei confronti del nostro Paese.

Tra queste si segnala per importanza la sentenza *Saadi c. Italia*[136] del febbraio 2008.

Il ricorrente, un tunisino residente in Italia con permesso di soggiorno, veniva arrestato con l'accusa di far parte di una cellula terroristica islamica e condannato in primo grado (a seguito di riqualificazione giuridica del fatto) per concorso in associazione per delinquere comune. A fronte del provvedimento di espulsione *ex* art. 3 l. 155/2005, Saadi chiedeva senza successo asilo politico, adducendo che nel Paese di provenienza (dove nel frattempo aveva riportato una condanna definitiva per partecipazione a un'organizzazione terroristica internazionale e per istigazione al terrorismo) sarebbe stato oggetto di trattamenti contrari all'art. 3 Cedu.

Ad avviso della Corte – che ha in questa occasione ribadito con forza posizioni che costituiscono ormai *ius receptum* in seno alla giurisprudenza di Strasburgo – la (pur rilevante) pericolosità sociale del ricorrente non valeva a giustificare un provvedimento di espulsione verso un Paese in cui questi avrebbe corso un rischio apprezzabile di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti: la tutela di ciascun individuo dai trattamenti vietati dall'art. 3 Cedu è un valore *non suscettibile di bilanciamento*, neppure laddove vengano in rilievo interessi di rango elevato, quali la tutela dell'ordine pubblico o la sicurezza nazionale[137].

134. Sent. 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania* (ric. n. 54810/00).
135. Cfr. altresì le sentenze *Y.P. e L.P. c. Francia* del 2 settembre 2010 (ric. n. 32476/06) e *Boutagni c. Francia* del 18 novembre 2010 (ric. n. 42360/08).
136. Sent. 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia* (ric. n. 37201/06).
137. Sent. 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia* (ric. n. 37201/06).

I giudici di Strasburgo hanno, successivamente, reso altre nove pronunce in termini nei confronti dell'Italia, ribadendo l'operatività senza eccezioni del principio di *non refoulement*[138].

Parzialmente diversa, invece, la vicenda affrontata dalla Corte in occasione della pronuncia *Ben Khemais c. Italia*[139]. Nel caso di specie, infatti, il ricorrente era già stato espulso verso la Tunisia, nonostante fosse intervenuta, da parte dei giudici di Strasburgo, una richiesta al Governo italiano di sospendere l'allontanamento di quest'ultimo in attesa di una pronuncia della Corte sull'espulsione.

Accanto a quella dell'art. 3, la Corte ha riscontrato altresì una violazione dell'art. 34 Cedu, perché il mancato rispetto della misura provvisoria ha di fatto impedito al ricorrente l'esercizio effettivo del diritto di ricorso garantito da tale norma.

Del tutto sovrapponibile a quella appena menzionata è la pronuncia *Trabelsi c. Italia*[140] dell'aprile 2010; e ad analoghe conclusioni i giudici di Strasburgo sarebbero, verosimilmente, giunti nel caso *Cherif e altri c. Italia*[141], in cui la Corte ha rigettato il ricorso *sub* art. 3 (accogliendolo, invece, sotto il profilo dell'art. 8 Cedu) esclusivamente per ragioni procedurali[142]. Anche in quest'occasione il decreto di espulsione nei confronti di un cittadino tunisino aveva già trovato esecuzione, e a nulla erano valsi i ricorsi presentati al T.A.R. Lazio da una dei ricorrenti (la moglie del soggetto espulso) al fine di ottenere l'annullamento dello stesso.

> Per quel che concerne le ricadute interne della giurisprudenza della Corte europea in materia di espulsione, sembra opportuno dare atto di alcune recenti pronunce di merito che denotano una maggiore "sensibilità" dei giudici nazionali rispetto all'esigenza di evitare che il soggetto destinatario del provvedimento subisca, nel Paese di destinazione, trattamenti contrari all'art. 3 Cedu.
> Si segnala in particolare, a tal proposito, una recente ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Livorno con la quale il giudice – adìto da un'istanza di revoca della misura di sicurezza dell'espulsione – ha disposto d'ufficio, *ex* artt. 69 e 4 ord. penit., la sostituzione della stessa con la misura della libertà vigilata[143].

Meritano un cenno, infine, la sentenza *Charahili c. Turchia*[144], nella quale la Corte – attribuendo un peso assai rilevante ai rapporti di *Amnesty International* e *Human Rights Watch* sui numerosi episodi di tortura e trattamenti inumani o degradanti praticati nelle carceri tunisine – ha riscontrato una violazione potenziale dell'art. 3 Cedu in relazione all'eventuale espulsione in Tunisia del ricorrente, sospetto terrorista; e la sentenza *N. c. Svezia*[145], in cui la Corte è pervenuta ad analoghe conclusioni in riferimento al rischio che la ricorrente – afghana, ripudiata dalla famiglia perché aveva divorziato dal marito e iniziato in Svezia una nuova relazione – fosse sottoposta in caso di espulsione in Afghanistan al pericolo di persecuzione da parte dell'*ex* marito e della famiglia, basandosi anche in quest'occasione sui rapporti di organizzazioni internazionali sulla

138. Si tratta di *Abdelhedi c. Italia* (ric. n. 2638/07), *Ben Salah c. Italia* (ric. n. 38128/06), *Bouyahia c. Italia* (ric. n. 46792/06), *C.B.Z. c. Italia* (ric. n. 44006/06), *Darraji c. Italia* (ric. n. 11549/05), *Hamraoui c. Italia* (ric. n. 16201/07) e *Soltana c. Italia* (ric. n. 37336/06), tutte del 24 marzo 2008, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 854, e di *Sellem c. Italia* del 5 maggio 2009 (ric. n. 12584/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1426.

139. Sent. 24 febbraio 2009, *Ben Khemais c. Italia* (ric. n. 246/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 843.

140. Sent. 13 aprile 2010, *Trabelsi c. Turchia* (ric. n. 50163/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 1294.

141. Sent. *Cherif e altri c. Italia* (ric. n. 1860/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1417.

142. In relazione al destinatario del decreto di espulsione, primo ricorrente, la Corte ha disposto la cancellazione della causa dal ruolo, rilevando il mancato interesse dello stesso a proseguire il giudizio: egli non aveva mai conferito un mandato scritto all'avvocato italiano che aveva presentato in suo nome il ricorso. Di qui, l'inammissibilità del ricorso sotto il profilo dell'art. 3, dal momento che gli altri ricorrenti (rispettivamente, la moglie e il fratello del soggetto espulso) non potevano ritenersi "vittime" di una violazione di tale norma ai sensi dell'art. 34 Cedu: i trattamenti inumani avevano infatti interessato esclusivamente il primo ricorrente (il solo che, se avesse effettivamente manifestato la volontà di coltivare il giudizio, avrebbe potuto proclamarsi vittima della violazione dell'art. 3 e invocare le relative tutele).

143. Ufficio di sorveglianza del Tribunale di Livorno, ord. 18 maggio 2009, giud. Signorini, in *Corr. Merito*, 2010, p. 548, con nota di L. Beduschi, *Espulsione e divieto di tortura tra tutela della sicurezza e rispetto dei diritti dell'uomo*.

144. Sent. 13 aprile 2010, *Charahili c. Turchia* (ric. n. 46605/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 1293.

145. Sent. 20 luglio 2010, *N. c. Svezia* (ric. n. 23505/09), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 1822.

situazione delle donne in quel Paese.

8.2 L'estradizione

In relazione al distinto (ma collegato) profilo dell'*estradizione*, merita menzione anzitutto la sentenza *Kaboulov c. Ucraina*[146] del novembre 2009. La Corte ha ravvisato una violazione potenziale dell'art. 3 Cedu in relazione alla vicenda del ricorrente, cittadino kazako accusato *in absentia* di omicidio nel Paese d'origine e detenuto in Ucraina ai fini dell'estradizione: sulla base dei *report* di organizzazioni nazionali e internazionali, che il governo kazako non è riuscito a smentire, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto credibile l'allegazione del ricorrente, secondo il quale l'estradizione lo avrebbe inevitabilmente condannato a subire trattamenti inumani e degradanti.

In termini anche la successiva pronuncia *Baysakov e altri c. Ucraina*[147] del febbraio 2010, anch'essa relativa a un caso di estradizione in Kazakistan, e le sentenze *Puzan c. Ucraina*[148] e *Galeyev c. Russia*[149], nelle quali invece i ricorrenti lamentavano il rischio di subire torture connesso alla loro possibile estradizione in Bielorussia (che, com'è noto, figura tra i Paesi europei che ancora non hanno ratificato la Convenzione e nel quale è tuttora praticata la pena di morte).

Alle medesime conclusioni la Corte è pervenuta, ancor più di recente, in *Garajev c. Azerbaijan*[150], in riferimento al rischio di sottoposizione a tortura del ricorrente in caso di estradizione in Uzbekistan, suo Paese d'origine, dove era accusato di aver ucciso sei persone e mutilato i cadaveri: in quell'occasione, in particolare, la Corte ha attribuito un peso determinante alla circostanza che già in passato il ricorrente e i suoi familiari fossero stati oggetto in Uzbekistan di trattamenti inumani e degradanti.

Nella sentenza *S.H. c. Regno Unito*[151], invece, la Corte ha ravvisato una violazione potenziale dell'art. 3 Cedu, ravvisando come l'eventuale estradizione del ricorrente in Buthan lo avrebbe esposto al rischio di essere sottoposto a tortura, valorizzando, in particolare, i rapporti internazionali sui trattamenti inumani e degradanti riservati in Buthan a chi chiede asilo politico all'estero senza ottenerlo o a chi esprime valutazioni negative sulle violazioni dei diritti umani in quel Paese (com'era, appunto, il caso del ricorrente).

Peculiari profili di interesse mostrano, ancora, la sentenza *M.B. e altri c. Turchia*[152], in cui la Corte ha deciso in termini del tutto analoghi in relazione alle condizioni di una famiglia di cittadini iraniani fuggiti in Turchia dopo essersi convertiti al cristianesimo, rilevando appunto il rischio di sottoposizione a trattamenti vietati dall'art. 3 Cedu nel caso in cui fossero effettivamente stati estradati in Iran; e la sentenza *Ahmadpour c. Turchia*[153], del tutto sovrapponibile alla precedente, nella quale, inoltre, alla ricorrente era già stato riconosciuto dall'UNHCR lo status di rifugiata.

Pare, peraltro, opportuno precisare che costituisce orientamento consolidato in seno alla Corte il principio per cui non è sufficiente l'allegazione di una generica situazione di turbolenza o di insicurezza nel Paese di destinazione, dovendosi dimostrare all'opposto un *rischio individuale* per la vita e l'integrità fisica dell'estradando (o dell'espellendo); rischio individuale che i giudici di Strasburgo hanno, ad esempio, ritenuto insussistente nella pronuncia *Kamyshev c. Ucraina*[154], dichiarando pertanto il ricorso irricevibile perché troppo generico e non adeguatamente motivato.

146. Sent. 19 novembre 2009, *Kaboulov c. Ucraina* (ric. n. 41015/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 307.
147. Sent. 18 febbraio 2010, *Baysakov e altri c. Ucraina* (ric. n. 54131/08).
148. Sent. 18 febbraio 2010, *Puzan c. Ucraina* (ric. n. 51243/08).
149. Sent. 3 giugno 2010, *Galeyev c. Russia* (ric. n. 19316/09).
150. Sent. 10 giugno 2010, *Garajev c. Azerbaijan.*
151. Sent. 15 giugno 2010, *S.H. c. Regno Unito* (ric. n. 19956/06).
152. Sent. 15 giugno 2010, *M.B. e altri c. Turchia* (ric. n. 36009/08).
153. Sent. 15 giugno 2010, *Ahmadpour c. Turchia* (ric. n. 12717/08).
154. Sent. 20 maggio 2010, *Kamyshev c. Ucraina* (ric. n. 3990/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p.

Particolare attenzione merita, infine, la sentenza *Iskandarov c. Russia*[155] del settembre 2010, nella quale la Corte ha fornito un'applicazione della sua consolidata giurisprudenza in tema di estradizione in un caso di *extraordinary rendition* [156].

Il ricorrente – uno dei leader dell'opposizione tagika – lamentava di esser stato rapito e trasferito dalla Russia in Tagikistan a dispetto del rischio di essere ivi sottoposto a trattamenti inumani e degradanti in ragione della sua attività politica: aveva, infatti, riportato una condanna *in absentia* in Tagikistan per terrorismo ed altri gravi reati, ma l'estradizione era stata negata dalla magistratura russa perché la richiesta di asilo dal medesimo proposto era ancora in attesa di definizione.

La Corte ha riconosciuto in tale occasione la violazione degli artt. 3 e 5 § 1 Cedu, facendo riferimento anche ai *report* di organizzazioni internazionali sulla situazione in Tagikistan e alle stesse ammissioni del Ministro degli Esteri tagiko, e più in generale ha condannato con parole estremamente severe la pratica delle *extraordinary rendition*s, definita come una gravissima e patente violazione delle suddette norme convenzionali.

> Evidenti le ricadute della pronuncia in relazione alla vicenda italiana del sequestro dell'imam di viale Jenner, Abu Omar, che con quella di Iskandarov presenta diverse similitudini.
> Il processo su di essa instauratosi vede imputati i presunti responsabili della sua *extraordinary rendition* in Egitto, dove lo stesso Abu Omar fu incarcerato e sottoposto a tortura.
> La sentenza di primo grado si è conclusa con la condanna di 25 imputati (cittadini italiani e statunitensi), con la dichiarazione di non doversi procedere in favore di 5 membri del Sismi per l'esistenza di un segreto di Stato sui fatti di causa, e con la dichiarazione di non doversi procedere in favore di 3 funzionari statunitensi in quanto titolari di immunità consolare. Essa è stata impugnata da tutte le parti processuali, ma la Corte d'Appello di Milano ha confermato l'impianto motivazionale e le statuizioni del giudice di prime cure, revocando anzi le attenuanti generiche concesse in primo grado ai 23 cittadini stranieri e conseguentemente inasprendo le pene loro inflitte[157].
> Nell'ipotesi in cui, all'esito della vicenda processuale, le statuizioni del giudice di primo grado fossero confermate, o addirittura fosse esteso l'ambito degli imputati dichiarati non punibili, la Corte europea potrebbe dunque essere chiamata a valutare se l'Italia abbia violato le proprie obbligazioni procedurali, discendenti dalla Convenzione, di individuare e punire i responsabili di una *extraordinary rendition* di una persona poi sottoposta a tortura nel Paese di destinazione.

Pare, peraltro, opportuno rilevare come anche nei casi in cui l'estradando corra il rischio di essere condannato alla pena capitale – tradizionalmente analizzati nella manualistica sotto l'angolo visuale dell'art. 2 Cedu – la Corte si sia finora sempre limitata ad accertare una violazione dell'art. 3 della Convenzione, in relazione alla sofferenza alla stessa connaturata (ritenuta suscettibile di integrare un trattamento inumano e degradante).

155. Sent. 23 settembre 2010, Iskandarov c. Russia (ric. n. 17185/05). Sia consentito rinviare sul punto ad A. Colella, *Dalla Corte di Strasburgo una severa condanna delle "extraordinary renditions"*, pubblicato su questa *Rivista* in data 6 novembre 2010.

156. Sulla pratica delle *extraordinary renditions* la Corte si era peraltro incidentalmente pronunciata nella dec. 6 luglio 2010, *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito* (ric. n. 24027/07, 11949/08 e 36742/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 1815, relativa all'estradizione negli Usa di quattro ricorrenti, tre inglesi e uno egiziano, sospettati di aver compiuto atti preparatori di attentati terroristici contro obiettivi statunitensi.

157. La sentenza d'appello è stata pubblicata su questa *Rivista* in data 13 luglio 2011.

Angela Colella

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di schiavitù e del lavoro forzato (art. 4 CEDU)

Sommario

1. L'ambito di applicazione dell'art. 4 Cedu. –2. Le tre categorie di condotte vietate dall'art. 4 Cedu. – 2.1. La schiavitù. – 2.2. La servitù. – 2.3. Il lavoro forzato. –3. Le moderne forme di schiavitù attratte nell'orbita del divieto di cui all'art. 4 Cedu. – 3.1. La cd. "schiavitù domestica". – 3.2. Il traffico di esseri umani. – 4. Gli obblighi di repressione penale della schiavitù, della servitù e del lavoro forzato (anche nelle forme moderne della cd. schiavitù domestica e del traffico di esseri umani). – 5. Gli obblighi positivi di tutela a fronte del pericolo di sottoposizione a condotte vietate dall'art. 4 Cedu. – 6. Gli obblighi procedurali derivanti dall'art. 4 Cedu.

1 L'ambito di applicazione dell'art. 4 Cedu

Messa a confronto con la giurisprudenza fluviale sulle due norme precedenti, quella in tema di art. 4 Cedu potrebbe essere efficacemente paragonata a un fiume carsico, che rimane a lungo sottotraccia – quasi si fosse prosciugato – per poi riapparire di tanto in tanto in superficie.

Per rendersene conto basta rilevare come le sentenze del triennio 2008-2010 sul divieto della schiavitù, della servitù e del lavoro forzato siano soltanto due, e un'unica decisione dello stesso periodo di riferimento meriti menzione: niente a che vedere, dunque, con le svariate centinaia di pronunce rese ogni anno dalla Corte europea rispetto agli artt. 2 e 3 Cedu.

Questi numeri paiono, tuttavia, destinati a incrementare rapidamente: se gli episodi di sottoposizione a schiavitù o a servitù (intese in senso tradizionale) sono piuttosto rari, non può dirsi altrettanto per i fenomeni – questi sì contemporanei – della cd. "schiavitù domestica" e del traffico di esseri umani, che le sentenze degli ultimi anni hanno appunto ricondotto entro l'ambito di applicazione dell'art. 4 Cedu[1].

D'altra parte, a dispetto di quel che potrebbe desumersi da una mera analisi quantitativa, alcune delle pronunce che la Corte ha reso sulla norma in commento rappresentano delle vere e proprie pietre miliari nella giurisprudenza di Strasburgo: basti pensare alla sentenza *Siliadin* del 2005[2], con cui i giudici europei hanno teorizzato la sussistenza di un vero e proprio obbligo di criminalizzazione delle condotte vietate dall'art. 4 Cedu, quand'anche le stesse si presentino nelle forme più larvate della schiavitù domestica e della tratta di esseri umani.

Prima di soffermarci su questi profili conviene, tuttavia, dedicare alcune brevi considerazioni all'analisi della disposizione in commento, che come gli artt. 2 e 3 appartiene al nucleo rigido delle garanzie inderogabili *ex* art. 15 Cedu: neppure in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, dunque, il divieto di riduzione e mantenimento in schiavitù o in servitù previsto dall'art. 4 § 1 Cedu potrà soffrire eccezioni.

1. D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, pp. 118-119.
2. Sent. 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia* (ric. n. 73316/01).

2 Le tre categorie di condotte vietate dall'art. 4 Cedu

Ai sensi dell'art. 4 § 1 Cedu, "nessuno può essere tenuto in condizione di schiavitù e di servitù".

Il successivo § 2 afferma, invece, che "nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato o obbligatorio", dove per "lavoro forzato o obbligatorio" non può intendersi nessuno dei servizi menzionati al § 3 (che si procederà tra breve ad elencare).

Come quelle proibite dall'art. 3, dunque, anche le tre categorie di condotte vietate dall'art. 4 Cedu si pongono in rapporto scalare, dalla più alla meno grave.

La distinzione – anche in questo caso sdrammatizzata dal fatto che, in ogni caso, si è di fronte a una violazione dell'art. 4 Cedu – conserva una certa importanza, dal momento che:

a) come già si è accennato, solo la proibizione della schiavitù e della servitù, e non anche il divieto del lavoro forzato, appartiene al novero delle norme inderogabili *ex* art. 15 Cedu;

b) la qualificazione di una determinata condotta in termini di "schiavitù" piuttosto che di "servitù" o "lavoro forzato" ha un diverso impatto sulla "reputazione" dello Stato colpito da una pronuncia di condanna per violazione della norma in commento;

c) l'equa riparazione ai sensi dell'art. 41 Cedu non potrà che essere commisurata, *inter alia*, alla gravità della condotta.

2.1 La schiavitù

Nel formulare l'art. 4 § 1 Cedu, i redattori della Convenzione europea dei diritti dell'uomo hanno implicitamente fatto riferimento alla definizione di "schiavitù" dettata dalla Convenzione di Ginevra del 1926, ai sensi della quale essa consiste ne "lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o parte di essi".

La Corte ha ribadito la validità di tale impostazione nella già menzionata sentenza *Siliadin c. Francia* [3] del 2005, giungendo ad escludere che la ricorrente – una ragazza togolese costretta a prestare il proprio lavoro presso un'abitazione domestica senza ricevere alcuna retribuzione e senza beneficiare di giorni di riposo – versasse in condizione di schiavitù, dal momento che il processo di "reificazione" necessario per configurare la prima e più grave categoria di condotte vietate dall'art. 4 Cedu non era stato portato a compimento.

2.2 La servitù

Più problematica la definizione di "servitù", non contemplata dalla già menzionata Convenzione di Ginevra del 1926.

Nella pronuncia *Siliadin* [4], la Corte ha affermato che essa consiste nell'obbligo, imposto con mezzi coercitivi, di fornire a taluno un determinato servizio, cui si accompagnano una notevole restrizione della libertà personale e la sottoposizione a forme penetranti di controllo.

Al di là delle affermazioni di principio, è agevole rilevare come i contorni della figura siano assai sfumati: in particolare, è possibile individuare un parziale ambito di sovrapposizione tra il servizio oggetto dell'obbligo in cui si sostanzia la servitù e quello oggetto del divieto del lavoro forzato (anche se potrebbero ricadere nell'alveo della "servitù" le tipologie di servizi che, ai sensi del § 3, non rientrano nella definizione di "lavoro forzato", primo fra tutti quello militare)[5].

3. Sent. 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia* (ric. n. 73316/01).
4. Sent. 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia* (ric. n. 73316/01).
5. D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit., p. 114.

Non a caso, nella più volte menzionata sentenza *Siliadin* [6] la Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 4 Cedu *sub* specie di servitù o quantomeno di lavoro forzato, evitando così di sciogliere l'alternativa tra l'una e l'altra categoria di condotte.

2.3 Il lavoro forzato

Sempre nel caso *Siliadin* [7] la Corte ha utilizzato la nozione di "lavoro forzato" fatta propria dalla Convenzione dell'OIL sul lavoro forzato del 1930, il cui art. 2 lo definisce come "quel lavoro o servizio che si esige da una persona sotto la minaccia di una punizione, e per il quale la suddetta persona non si è offerta volontariamente".

Il § 3 dell'art. 4 Cedu dispone, tuttavia, che non rientrano nella nozione di "lavoro forzato", e sono dunque ammessi ai sensi della Convenzione:

a) il lavoro richiesto a una persona durante la detenzione o il periodo di liberazione condizionale;

b) il servizio militare o quello sostitutivo (negli Stati in cui è ammessa l'obiezione di coscienza);

c) "qualunque servizio richiesto in caso di crisi o calamità che minaccino la vita o il benessere della comunità"; e

d) "qualunque lavoro o servizio facente parte dei normali doveri civici".

La Corte è tornata a occuparsi, sia pure incidentalmente, dell'art. 4 § 3 Cedu con la sentenza *Baytyan c. Armenia* [8] dell'ottobre 2009, nella quale era chiamata a valutare la sussistenza di una violazione dell'art. 9 Cedu in ragione della condanna a pena detentiva di un cittadino armeno che si era sottratto al servizio di leva.

Dall'art. 4 § 3 Cedu – hanno affermato, in quell'occasione, i giudici di Strasburgo – deriva che la scelta in ordine al riconoscimento dell'obiezione di coscienza rientra nel margine di apprezzamento di ciascuno degli Stati contraenti.

Nonostante l'interpretazione evolutiva della Convenzione imponesse di tenere conto del fatto che la maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa abbia introdotto una disciplina *ad hoc,* e che l'Armenia stessa abbia successivamente provveduto in tal senso, nel caso di specie il riconoscimento di una violazione dell'art. 9 Cedu doveva ritenersi precluso perché la condanna del ricorrente era avvenuta antecedentemente all'entrata in vigore della legge armena sull'obiezione di coscienza (e dunque prima che il legislatore armeno esercitasse la scelta accordatagli dall'art. 4 § 3 Cedu)[9].

Sembra opportuno rilevare, da ultimo, come le tipologie escluse dall'art. 4 § 3 Cedu non rappresentino altrettante eccezioni al generale divieto di cui al § 2 (al pari di quelle contemplate dall'art. 2 § 2 Cedu, per intenderci), ma concorrano semplicemente a integrare la nozione di lavoro forzato, fornendo agli operatori del diritto un importante ausilio per l'applicazione della norma: per questa ragione – a differenza di quanto si è detto a proposito dell'art. 2 § 2 Cedu – esse non sono di stretta interpretazione[10] (né pare precluso il ricorso all'analogia, laddove ovviamente ne ricorrano i presupposti).

Non può peraltro escludersi, come si è già accennato in precedenza, che – alla luce delle circostanze del caso concreto – le condotte non qualificabili alla stregua di "lavoro forzato" *ex* art. 4 § 3 Cedu possano integrare gli estremi della "servitù" (com'è accaduto, in relazione al servizio militare, nel caso *W, X, Y e Z c. Regno Unito*[11] del 1968).

Merita un rapido cenno, a questo proposito, la decisione *Ernewein e altri c. Germania*[12] del maggio 2009, con cui i giudici di Strasburgo hanno dichiarato inammissibile

6. Sent. 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia* (ric. n. 73316/01).
7. Sent. 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia* (ric. n. 73316/01).
8. Sent. 27 ottobre 2009, *Bayatyan c. Armenia* (ric. n. 23459/03), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2010, p. 305.
9. Cfr. però la pronuncia della grande camera del 7 luglio 2011, commentata da P.F. Poli, *Il mancato riconoscimento dell'obiezione di coscienza al servizio militare viola l'art. 9 CEDU,* in questa *Rivista,* in data 11 novembre 2011
10. Cfr. sul punto D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention*, cit., p. 116.
11. Sent. *W, X, Y e Z c. Regno Unito* (ric. nn. 3435/67 e 3438/67).
12. Dec. 12 maggio 2009, *Ernwein e altri c. Germania* (ric. n. 14849/08).

il ricorso proposto, anche rispetto all'art. 4 Cedu, dagli eredi dei cd. "*malgré nous*" (gli abitanti dell'Alsazia e della Lorena che durante la seconda guerra mondiale erano stati costretti ad arruolarsi nell'esercito tedesco), poiché che i fatti di causa erano antecedenti all'entrata in vigore della Convenzione.

La Corte non è entrata nel merito della questione, ma è certamente possibile ritenere che la coscrizione obbligatoria (cui era di frequente accompagnata la vessazione e la presa in ostaggio dei familiari degli stessi "*malgré nous*") fosse in quel caso astrattamente qualificabile in termini per lo meno di servitù, e non semplicemente di lavoro forzato (per quanto, non trattandosi di forze militari dello Stato di appartenenza, non avrebbe potuto trovare applicazione l'art. 4 § 3 lett. *a*).

3 Le moderne forme di schiavitù attratte nell'orbita del divieto di cui all'art. 4 Cedu

La più recente giurisprudenza di Strasburgo ha ricondotto entro l'ambito di applicazione della norma in commento anche forme di schiavitù contemporanea, quali la schiavitù domestica e la tratta di esseri umani, con ciò rivitalizzando la disposizione dell'art. 4 Cedu, che pareva essersi nel corso del tempo "atrofizzata".

3.1 La cd. "schiavitù domestica"

Nella sentenza *Siliadin c. Francia* del 2005 la Corte ha affermato che deve ritenersi vietata dall'art. 4 Cedu – pur non integrando "schiavitù", ma "servitù" e/o "lavoro forzato" – la cd. "schiavitù domestica", ossia quella forma di sottomissione e di limitazione della libertà personale frequentemente posta in essere ai danni di immigrati clandestini, per lo più con la promessa della regolarizzazione ai sensi delle norme in materia di immigrazione o dell'inserimento professionale in una determinata attività[13].

3.2 Il traffico di esseri umani

Ad analoghe conclusioni i giudici di Strasburgo sono approdati in riferimento al traffico di esseri umani, peraltro oggetto – sempre nell'ambito del Consiglio d'Europa – della Convenzione contro il traffico di esseri umani del 2005.

Riveste un'importanza cruciale, a questo proposito, la sentenza *Rantsev c. Cipro e Russia*[14] del gennaio 2010, resa dalla Corte all'esito di una complessa vicenda che si procederà di seguito a sintetizzare.

Il ricorrente era il padre di una ragazza russa, deceduta dopo essersi – all'apparenza – gettata dal sesto piano di un palazzo a Cipro, dove era giunta poche settimane prima con un visto da artista.

Più nel dettaglio, una volta arrivata sull'isola la giovane aveva iniziato a lavorare in un locale di cabaret, per poi abbandonare il proprio posto di lavoro e la propria abitazione soltanto tre giorni più tardi, dopo aver manifestato la volontà di tornare in Russia.

Il suo datore di lavoro l'aveva trovata in una discoteca alcuni giorni dopo, e – verso le quattro del mattino del 28 marzo 2001 – l'aveva condotta dalla polizia per chiedere che fosse accertata l'illegittimità della sua permanenza a Cipro e fosse, di conseguenza, rimpatriata in Russia.

Gli agenti di polizia, dopo un primo sommario esame in cui non avevano riscontrato irregolarità, si erano rifiutati di trattenere la ragazza in caserma e avevano chiesto al titolare del locale di cabaret di portarla via e di ritornare con lei più tardi quella stessa mattina per ulteriori accertamenti.

La giovane veniva quindi condotta dal suo *ex* datore di lavoro nell'appartamento di un altro dipendente del locale, situato al sesto piano di un palazzo.

Verso le 6.30 del mattino il suo cadavere era rinvenuto nella strada sottostante, e una coperta veniva trovata legata a mo' di cappio alla ringhiera del balcone dell'appartamento.

13. Cfr. sul punto E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 279.
14. Sent. 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia* (ric. n. 25965/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 746 ss.

I giudici ciprioti, investiti della vicenda, rilevavano che la ragazza era morta in circostanze anomale, ma che non c'erano i margini per ritenere che qualcuno fosse responsabile della sua morte.

La magistratura russa, sollecitata dal padre della giovane uccisa, chiedeva che venisse effettuato un supplemento di indagine, ma le autorità cipriote ribadivano che il caso doveva considerarsi chiuso.

La Corte, facendo applicazione dei propri principi consolidati, ha anzitutto escluso la sussistenza di una violazione dell'art. 2 Cedu sotto il profilo sostanziale, perché la serie causale sfociata nella morte della figlia del ricorrente non era prevedibile, e sulle autorità cipriote non gravava pertanto l'obbligo positivo di adottare misure idonee a prevenire un rischio per la vita; ha riscontrato, invece, una violazione procedurale di detta norma, perché le indagini condotte dalla magistratura nazionale presentavano molte lacune e zone d'ombra.

Assai più interessanti appaiono, tuttavia, le considerazioni espresse dai giudici di Strasburgo in merito alla presunta violazione dell'art. 4 Cedu, invocato dal ricorrente perché l'*Ombudsman* di Cipro, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa e il Dipartimento di Stato degli USA avevano pubblicato dei rapporti nei quali denunciavano la diffusione a Cipro del traffico di esseri umani a fini di sfruttamento economico e sessuale, e il ruolo rivestito nel suddetto dall'industria dello spettacolo, attraverso il rilascio di visti da "artista": il padre della ragazza si doleva, infatti, che le autorità russe non avessero adottato le misure necessarie a proteggerla dal rischio di cadere vittima di tale sistema, e che non avessero condotto indagini adeguate per accertare se la giovane fosse effettivamente morta nel tentativo di sottrarsi alla condizione di schiavitù in cui versava.

Sebbene il Governo cipriota avesse riconosciuto la violazione degli artt. 2, 3, 4, 5 e 6 della Convenzione, offrendo di risarcire al ricorrente il danno patrimoniale e non patrimoniale e dichiarando di aver incaricato tre esperti indipendenti di far luce sulle circostanze della morte della ragazza e sulle condizioni del suo soggiorno a Cipro, la Corte ha ritenuto di dover procedere comunque all'esame della vicenda, anche in ragione del fatto che la pronuncia sarebbe servita a fare chiarezza sulla questione dell'applicabilità dell'art. 4 Cedu al traffico di esseri umani, poco esplorata nella sua giurisprudenza precedente[15].

Prendendo finalmente una posizione netta sul punto, i giudici di Strasburgo hanno affermato il principio per cui il traffico di esseri umani consiste, come la schiavitù, nell'esercizio di poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà, e pertanto ricade nella proibizione dell'art. 4 Cedu: anche in questo caso, infatti, gli esseri umani – sottoposti a una sorveglianza strettissima, e spesso limitati nella libertà di movimento – vengono trattati come merci da comprare e vendere, e sono sovente oggetto di violenze e vessazioni.

4 Gli obblighi di repressione penale della schiavitù, della servitù e del lavoro forzato (anche nelle forme moderne

La scarsa frequenza dei ricorsi in materia di art. 4 Cedu (specie prima delle sentenze *Siliadin*[16] e *Rantsev* [17], che hanno verosimilmente posto le basi per una maggiore applicazione della norma in commento) non ha impedito alla Corte di ricavare da detta disposizione obblighi positivi del tutto analoghi a quelli enucleati dagli artt. 2 e 3 Cedu.

Nella sentenza *Siliadin* [18], in prima battuta, i giudici di Strasburgo hanno affermato che incombe sugli Stati contraenti l'obbligo di introdurre (sempreché manchino

15. L'unico caso in cui la Corte si era occupata incidentalmente del problema, senza peraltro prendere una posizione netta sul punto, era quello all'origine della più volte menzionata sentenza *Siliadin*.
16. Sent. 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia* (ric. n. 73316/01).
17. Sent. 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia* (ric. n. 25965/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 746 ss.
18. Sent. 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia* (ric. n. 73316/01).

della cd. schiavitù domestica e del traffico di esseri umani)

nell'ordinamento penale interno, ovviamente) norme incriminatrici idonee a reprimere e a punire in maniera adeguata le condotte vietate dall'art. 4 Cedu, di modo tale che i soggetti riconosciuti responsabili possano essere condannati a pene congrue e proporzionate alla gravità del fatto di reato[19].

> Volgendo lo sguardo all'ordinamento interno, il legislatore italiano pare aver "preso sul serio" gli obblighi di tutela penale di fonte sovranazionale (promananti non solo dall'art. 4 Cedu, ma anche e soprattutto – sul fronte del diritto dell'UE – dalla decisione quadro 2002/629/GAI, relativa alla lotta contro la tratta degli esseri umani, di recente sostituita dalla direttiva 2011/36/UE).
> Il codice penale contempla, infatti, agli artt. 600, 601 e 602, i delitti di "riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù", "tratta di persone" e "acquisto o alienazione di schiavi" (puniti con la pena della reclusione da otto a venti anni), cui si aggiunge la fattispecie sussidiaria di "impiego di minori nell'accattonaggio"[20].
> Non perfettamente in linea con la Convenzione si mostra, invece, l'indirizzo giurisprudenziale che – pur nel silenzio del testo legislativo – ritiene che lo sfruttamento economico o sessuale della vittima sia un elemento indefettibile anche della definizione di schiavitù (e non solo di quella di servitù)[21], dal momento che la nozione di schiavitù adottata dall'art. 4 Cedu non lo richiede.

5 Gli obblighi positivi di tutela a fronte del pericolo di sottoposizione a condotte vietate dall'art. 4 Cedu

Sempre sul fronte degli obblighi positivi che rilevano sul versante sostanziale dell'art. 4 Cedu, la Corte ha precisato che gli Stati contraenti sono tenuti a porre in essere tutte le misure idonee a scongiurare il pericolo che gli individui sottoposti alla loro giurisdizione siano ridotti in condizioni di schiavitù o di servitù o costretti al lavoro forzato.

Tale principio di diritto – che poteva implicitamente desumersi dall'importanza che la norma in commento riveste nel panorama delle garanzie convenzionali – è stato affermato a chiare lettere dalla Corte proprio nella sentenza *Rantsev* [22] del gennaio 2010.

In tale occasione, proprio sulla scorta di tale premessa, essa ha riscontrato una violazione, da parte di Cipro, degli obblighi positivi derivanti dall'art. 4 Cedu in ragione del fatto che: a) non vi era un quadro normativo e amministrativo adeguato a combattere il traffico di esseri umani contrastando il fenomeno della concessione di visti da artista; e b) la polizia non aveva adottato misure operative volte a proteggere la figlia del ricorrente dal rischio per la sua libertà, a dispetto del fatto che le circostanze del caso concreto dessero modo di sospettare che la stessa fosse caduta nella rete dei trafficanti di esseri umani.

6 Gli obblighi procedurali derivanti dall'art. 4 Cedu

Sul versante procedurale, infine, la Corte ha avuto modo di affermare – sempre nella sentenza *Rantsev* [23] – che incombe sugli Stati contraenti l'obbligo di condurre indagini diligenti, tali da condurre all'identificazione e alla punizione degli autori della violazione della norma in commento.

Applicando tale principio al caso di specie, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto sussistente una violazione procedurale dell'art. 4 Cedu da parte della Russia, perché le autorità giurisdizionali – che pure si erano prodigate per sollecitare ulteriori indagini sulla morte della ragazza e avevano cooperato con la magistratura cipriota – non avevano fatto chiarezza sulle dinamiche relative al reclutamento della giovane da parte dei trafficanti di esseri umani (che doveva essere avvenuto in territorio russo) e non avevano

19. Sia consentito rinviare sul punto, per l'analisi della pronuncia, ad A. Colella, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1827-1828.
20. Si rimanda per l'analisi delle norme all'approfondita trattazione di A. Valsecchi, *L'incriminazione delle moderne forme di schiavitù*, in F. Viganò (a cura di), *Reati contro la persona*, pp. 213 ss.
21. Cfr. sul punto Cass. Pen., sez. fer., 10 settembre 2004, B.
22. Sent. 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia* (ric. n. 25965/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 746 ss.
23. Sent. 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia* (ric. n. 25965/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 746 ss.

identificato i responsabili della condotta violativa della Convenzione.

Lodovica Beduschi

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)

Sommario

1. L'ambito di applicazione dell'art. 5 § 1 Cedu e dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu. In particolare le nozioni convenzionali di "privazione" e di "restrizione" della libertà personale. – 1.1. Casistica. – 1.2. Le misure di prevenzione *ante delictm*. In particolare i limiti all'applicazione delle misure detentive (art. 5 § 1 Cedu). – 1.3. I limiti all'applicazione delle misure di prevenzione restrittive della libertà di circolazione (art. 2 Prot. n. 4 Cedu). – 2. La legittimità della privazione della libertà personale. In particolare la base legale. – 2.1. Il principio di proporzione. – 3. Deroga al diritto alla libertà personale in situazioni di guerra o di pericolo per la nazione (art. 15 Cedu). – 4. La detenzione a seguito di condanna (art. 5 § 1 lett. *a* Cedu). – 4.1. Le pene detentive. – 4.2. Le misure di sicurezza detentive nei confronti dei soggetti imputabili. I presupposti di legittimità. – 4.2.1. Il principio di proporzione rispetto allo scopo legittimo di controllo e di riduzione della pericolosità. – 5. La privazione della libertà personale al fine di ottenere l'adempimento di un obbligo giuridico (art. 5 § 1 lett. *b* Cedu). – 6. La privazione della libertà personale funzionale alla traduzione dinanzi all'autorità giudiziaria (art. 5 § 1 lett. *c*). – 7. La privazione della libertà personale nei confronti dei minori (art. 5 § 1 lett. *d*). – 8. La privazione della libertà personale in funzione di difesa sociale. In particolare le misure di sicurezza nei confronti dei soggetti non imputabili (art. 5 § 1 lett. *e* Cedu). – 9. Il trattenimento dello straniero nelle more del procedimento di espulsione (art. 5 § 1 lett. *f* Cedu). – 9.1 Il trattenimento dello straniero nelle more del procedimento di asilo.– 10. Gli obblighi di tutela della libertà personale. – 11. Gli obblighi procedurali a fronte della scomparsa di una persona durante la detenzione.

1 L'ambito di applicazione dell'art. 5 § 1 Cedu e dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu. In particolare le nozioni convenzionali di "privazione" e di "restrizione" della libertà personale

L'art. 5 § 1 Cedu accorda al diritto alla libertà personale una *protezione condizionata,* sotto un duplice versante: da un lato, lo stesso art. 5 § 1 Cedu, dalla lett. *a* alla lett. *f*, enumera sei possibili ragioni che possono fondare la *legittima* privazione della libertà personale di un individuo[1]; dall'altro, il diritto alla libertà personale è derogabile in situazioni di guerra o di pericolo per la nazione, come previsto dall'art. 15 Cedu[2].

Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, l'art. 5 § 1 Cedu viene in rilevo innanzitutto nelle ipotesi di privazione della libertà personale da parte delle *autorità statali*, come nel caso di arresto, fermo o detenzione a vario titolo. In alcune recenti pronunce[3], peraltro, la Corte europea ha riconosciuto alla norma in parola anche un ambito di

1. Sulla natura esaustiva di tale elenco, cfr., da ultimo, sent. 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito* (ric. n. 13229/03), § 4, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 351.
2. Sulla deroga al diritto alla libertà personale in situazioni di emergenza di cui all'art. 15 Cedu, vedi *infra* § 3.
3. Cfr., sul punto, sent. 14 ottobre 1999, *Riera Blaume c. Spagna* (ric. n. 37680/97) e, in particolare, sent. 16 giugno 2005, *Storck c. Germania* (ric. n. 61603/00) relativa al ricovero in una clinica psichiatrica, per volere dei genitori, di una ragazza maggiorenne. In quest'occasione, la Corte europea ha ritenuto la Germania responsabile, seppur indirettamente, della detenzione illegittimamente subita dalla ricorrente.

applicazione "*orizzontale*" in relazione a condotte poste in essere da parte di *privati cittadini*: per affermare la responsabilità dello Stato, dunque, non è necessario che la violazione dell'art. 5 § 1 Cedu sia stata posta in essere dalle autorità statali, ben potendo la privazione illegittima della libertà personale essere stata realizzata anche da un privato.

Trasponendo in riferimento all'art. 5 § 1 Cedu un principio che costituisce un orientamento ormai consolidato in tema di artt. 2, 3 e 8 Cedu, i giudici europei hanno, infatti, affermato che dalla norma convenzionale discendono in capo a ciascun Paese membro, non solo *obblighi negativi* di astensione, ma anche *obblighi positivi* di intervento: e in particolare, per quel che qui interessa, l'*obbligo di proteggere* l'individuo da privazioni arbitrarie della libertà personale, tanto nel caso in cui le stesse siano realizzate dalle autorità statali, quanto nell'ipotesi in cui la vittima sia stata "detenuta" da cittadini privati (*private detention*), laddove le autorità competenti *fossero o avrebbero potuto essere a conoscenza di un pericolo effettivo ed immediato per la libertà personale*[4].

Quanto al ruolo dell'art. 5 § 1 Cedu, la nozione di libertà personale fatta propria dalla Corte europea coincide, in via generale, con quella di *libertà fisica*[5]. Tuttavia, non tutte le condotte che incidono sulla libertà individuale integrano una violazione della norma convenzionale: l'art. 5 § 1 Cedu, infatti, fa espresso riferimento alle sole misure che comportano una "*privazione*" della libertà e non riguarda le semplici "*restrizioni*" della libertà di circolazione, che ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu (secondo cui è consentita l'applicazione di misure limitative della libertà purché esse siano conformi alla legge e necessarie ad assicurare la tutela di uno dei controinteressi elencati dalla stessa norma convenzionale, al § 3).

Nella sentenza *Storck c. Germania*[6] del 2005, la Corte europea ha affermato che una *privazione* della libertà personale si concreta, *sotto il profilo oggettivo*, nell'ipotesi di «*confinement in a particular restricted space for a not negligible lenght of time*»[7]; mentre, sotto il *profilo soggettivo*, è necessario che l'internato *non* abbia *acconsentito* alla sua detenzione[8]. A quest'ultimo riguardo, i giudici europei hanno precisato che il diritto alla protezione della libertà personale non viene meno qualora una persona abbia inizialmente accettato di essere reclusa in quanto il consenso alla detenzione è sempre revocabile e che tale eventualità non elimina il dovere degli organi statali di controllare la legittimità della privazione della libertà subita dalla vittima[9].

Sotto il *profilo oggettivo*, invece, la qualificazione di una misura come "privativa della libertà" dipende dalla *situazione concreta* sottoposta all'esame della Corte e non dalla qualificazione giuridica di tale misura nell'ordinamento nazionale. Al fine di assicurare la massima estensione delle garanzie convenzionali ed evitare gli effetti di una possibile "frode delle etichette", infatti, la giurisprudenza europea ha da tempo fatto propria una *nozione autonoma* di "privazione" della libertà.

Nel diritto di Strasburgo *la differenza tra privazione e semplici limitazioni della libertà personale*, è semplicemente «una differenza di grado e d'intensità, non di natura o di contenuto»[10]. I criteri utilizzati dalla Corte europea – a partire dal *leading case Guzzardi*

4. Il principio è stato riconosciuto nel già citato caso *Storck*, § 102, in cui i giudici europei hanno affermato che lo Stato «*is obliged to take measures providing effective protection of vulnerable persons, including reasonable steps to prevent deprivation of liberty of which authorities have or ought to have knowledge*». Sugli obblighi positivi, cfr. A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile"*, Torino, 2008, pp. 222-228 e, soprattutto, A.R. Mowbray, *The development of positive obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland Oregon, 2004. Sugli obblighi che derivano in particolare dall'art. 5 § 1 Cedu, cfr. ancora A.R. Mowbray, *The development of positive obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights,* cit., pp. 68-79 e D.J. Harris-M. O' Boyle-C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, pp. 129 ss.

5. Sulla nozione di libertà personale, cfr. sent. 18 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Passi* (ric. nn. 5100/71).

6. Sent. 16 giugno 2005, *Storck c. Germania* (ric. n. 61603/00).

7. *Ibid*., § 74.

8. *Ibid*., § 74.

9. *Ibid*., § 75.

10. Sent. 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia,* § 93

c. Italia[11] del 1980 – per stabilire se ci si trovi di fronte ad una privazione (e non a una limitazione) della libertà, sono di tipo *quantitativo* e riguardano «il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta».

Una privazione della libertà si realizza senza dubbio ove la libertà fisica venga a mancare del tutto perché si è in presenza di coercizioni sul corpo (come nel caso di arresto, fermo e detenzione a vario titolo). La Corte europea, peraltro, potrebbe giungere a ritenere integrata una privazione della libertà anche nel caso in cui l'interessato fosse sottoposto a vincoli particolarmente incisivi della libertà di circolazione e alla sorveglianza rigorosa delle forze dell'ordine.

Così nel già citato caso *Guzzardi*[12], i giudici europei hanno concluso che le restrizioni imposte alla libertà di circolazione del ricorrente, attraverso la misura di prevenzione della sorveglianza speciale, avessero comportato una privazione della sua libertà personale. Essi hanno rilevato, in particolare, che il ricorrente era stato costretto a soggiornare in un piccolo villaggio dell'Asinara; era stato sottoposto alla vigilanza continua dell'autorità di polizia e aveva potuto avere contatti solo con la propria famiglia e con gli agenti di polizia addetti al servizio di sorveglianza. Al riguardo si sottolinea come i giudici europei, nel riconoscere che la misure di prevenzione applicata nei confronti del ricorrente aveva comportato una privazione della sua libertà, hanno tenuto in considerazione, non solo l'incidenza delle prescrizioni imposte sulla libertà fisica del medesimo, ma anche la condizione di emarginazione in cui questi si era venuto a trovare in seguito alla loro applicazione. In questo senso, si potrebbe osservare che, a mano a mano che la misura imposta risulta meno afflittiva della libertà fisica in senso stretto, la Corte tende a prendere in considerazione anche altri fattori che riguardano la libertà personale in senso lato.

Per contro, nel caso *Raimondo c. Italia*[13] – in cui il ricorrente era stato anch'egli sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, con l'obbligo di non lasciare la propria abitazione prima delle 7 del mattino e di non rincasare più tardi delle 21 e di presentarsi alla polizia in certi giorni – la Corte europea ha ritenuto che le prescrizioni imposte fossero meno afflittive rispetto a quelle applicate nei confronti del ricorrente nel caso *Guzzardi* e, pertanto, ha concluso che la misura in questione avesse comportato una restrizione (e non una privazione della libertà personale).

1.1 Casistica

La giurisprudenza del triennio 2008-2010 offre un quadro interessante d'ipotesi in cui la Corte europea è stata chiamata a valutare se le misure applicate nei confronti dei ricorrenti integrassero una privazione della libertà personale, ai sensi dell'art. 5 § 1 Cedu, oppure una semplice restrizione della libertà, rilevante ai sensi dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu.

Giova, innanzitutto, osservare che la Corte, nei casi in cui l'individuo sia stato sottoposto a coercizioni fisiche e al controllo diretto di terzi sui propri movimenti, è progressivamente giunta, attraverso una giurisprudenza evolutiva dell'art. 5 § 1 Cedu, a considerare non rilevante la durata delle prescrizioni imposte[14].

Sotto questo profilo, presenta profili di interesse la sentenza *Gillan e Quinton c. Regno Unito*[15], in cui la Corte ha qualificato come *privazione* della libertà personale il *fermo di breve durata* (una trentina di minuti) subito dai ricorrenti, che, durante una esposizione di armi a Londra nel settembre 2003, erano stati bloccati e perquisiti sul posto da

11. Ibid., §§ 92-93
12. Sent. 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*.
13. Sent. 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia* (ric. n. 12954/87). Sul punto, v. nota 41.
14. Il principio è stato affermato per la prima volta nella dec. 7 ottobre 1976 (Commissione), *X e Y c. Svezia,* relativa alla detenzione di uno straniero protrattasi per un'ora in vista dell'espulsione.
15. Sent. 12 gennaio 2010, *Gillan e Quinton c. Regno Unito* (ric. n. 4158/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 749. Sull'applicabilità dell'art. 5 § 1 Cedu in caso di fermo di breve durata, v. anche sent. 24 giugno 2008, *Foka c. Turchia* (ric. n. 28940/95).

alcuni agenti di polizia, in forza dei poteri previsti dagli artt. 44 e 45 del *Terrorism Act* del 2000 e dell'autorizzazione precedentemente rilasciata dall'autorità amministrativa, come previsto dall'art. 46 della stessa legge. I giudici di Strasburgo non hanno, infatti, ritenuto condivisibile la decisione della *House of Lords*, che aveva escluso un'interferenza nella libertà personale dei ricorrenti, in virtù della breve durata e della scarsa gravità dell'episodio. E in particolare, nel riconoscere che i ricorrenti avevano subito una privazione della libertà personale, essi hanno escluso che potesse essere attribuita qualsiasi tipo di rilevanza alla circostanza che la privazione della libertà dei ricorrenti si fosse protratta solo per pochi minuti e hanno sottolineato, invece, come un eventuale rifiuto da parte dei ricorrenti di rimanere sul posto e di subire la perquisizione avrebbe integrato un reato, per il quale è previsto l'arresto in flagranza. Peraltro, i giudici di Strasburgo, alla fine, hanno rinviato l´apprezzamento sulla violazione della Convenzione all'esame svolto sotto il profilo dell'art. 8 Cedu, anch'esso ritenuto applicabile[16].

In termini anche la più recente sentenza *Iskandarov c. Russia*[17] del settembre 2010 in materia di *extraordinary renditions*. In quest'occasione, la Corte ha affermato che il *trasporto coattivo* del ricorrente, dalla Russia al Tajikistan, da parte delle forze dell'ordine russe, a bordo di un *velivolo*, aveva comportato una vera e propria *privazione* della libertà personale, a nulla valendo l'obiezione del governo russo secondo cui il ricorrente era rimasto sotto il controllo dei militari russi solo per *poche ore*[18].

Si segnala, poi, la sentenza della grande camera *Medvedyev e altri c. Francia*[19] del marzo 2010, relativa all'*abbordaggio e al successivo dirottamento* verso il porto francese di Brest da parte della marina francese di una *nave cargo*, battente bandiera cambogiana, sospettata di trasportare sostanze stupefacenti. La Corte, riconosciuta in via preliminare la propria competenza *ratione loci*[20], ha qui ritenuto che le condizioni dei membri dell'equipaggio fossero equivalse, di fatto, a una *privazione* della libertà personale, dal momento che essi erano stati sottoposti durante la traversata allo stretto controllo dei militari francesi ed erano stati costretti alla navigazione forzata.

La Corte europea, invece, ha ritenuto integrata una mera *restrizione* della libertà personale in due pronunce rese contro l'Italia in materia di misure di prevenzione e di misure di sicurezza. Nella decisione *Cipriani c. Italia*[21], la Corte ha escluso che l'imposizione nei confronti del ricorrente della misura di prevenzione dell'*obbligo di presentarsi settimanalmente alla polizia giudiziaria e del divieto di allontanarsi dal comune di residenza* avesse comportato una *privazione* della sua libertà personale. A conclusioni simili la Corte è pervenuta nella successiva sentenza *Villa c. Italia*[22], nella quale i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che l'applicazione nei confronti del ricorrente della misura di sicurezza della *libertà vigilata* – comportante il divieto di trasferire la residenza in un comune diverso; l'obbligo di presentarsi al commissariato di polizia una volta al giorno e la sospensione della patente di guida e del passaporto – avesse integrato una semplice *restrizione* della sua libertà di circolazione.

16. Sul punto, cfr. L. Beduschi, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: gli altri diritti di libertà (artt. 8-10 Cedu),* in questa *Rivista,* § 5.2.
17. Sent. 23 settembre 2010, *Iskandarov c. Russia* (ric. n. 17185/05), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2010, p. 1873. Per un esame approfondito della pronuncia, cfr. altresì A. Colella, *Dalla Corte di Strasburgo una severa condanna delle "extraordinary renditions"*, pubblicato su questa *Rivista* in data 6 novembre 2010. Sulla pratica delle *extraordinary renditions*, vedi anche la dec. 6 luglio 2010, *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito* (ric. n. 24027/07, 11949/08 e 36742/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 1815, relativa all'estradizione negli Usa di quattro ricorrenti, tre inglesi e uno egiziano, sospettati di aver compiuto atti preparatori di attentati terroristici contro obiettivi statunitensi.
18. Sent. 23 settembre 2010, *Iskandarov c. Russia* (ric. n. 17185/05), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2010, p. 1873, § 140.
19. Sent. 29 marzo 2010 (grande camera), *Medvedyev e altri c. Francia* (ric. n. 3394/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 774, in cui la grande camera ha ribadito *sostanzialmente* le statuizioni assunte nella precedente sent. 10 luglio 2008, *Medvedyev e altri c. Francia* (ric. n. 3394/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2008, p. 1301.
20. Sul punto, cfr. A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: l'ambito di applicazione dei diritti convenzionali (art. 1 Cedu).*
21. Dec. 30 marzo 2010, *Cipriani c. Italia* (ric. n. 22142/07), § 3.
22. Sent. 20 aprile 2010, *Villa c. Italia* (ric. n. 19675/06), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2010, p. 1297.

1.2

Le misure di prevenzione *ante delictum*. In particolare i limiti all'applicazione delle misure detentive (art. 5 § 1 Cedu)

La distinzione tra misure privative e misure meramente restrittive della libertà personale è *cruciale* quando si tratta di misure di prevenzione *ante delictum*. Com'è noto, infatti, la Convenzione EDU consente la privazione della libertà personale in funzione di difesa sociale solo nei confronti di determinate categorie di soggetti[23]: conseguentemente viola l'art. 5 § 1 Cedu l'imposizione di misure di prevenzione *ante delictum* nei confronti di soggetti diversi da quelli espressamente menzionati dalla norma convenzionale, qualora – in base alle circostanze del caso concreto – si debba ritenere che la misura ordinata comporti una vera e propria privazione della libertà del sottoposto.

Se il divieto di trasferire la residenza in un comune diverso, l'obbligo di presentarsi al commissariato di polizia una volta al giorno e la sospensione della patente di guida e del passaporto nel diritto di Strasburgo vengono pacificamente ritenuti mere restrizioni della libertà di circolazione, il *problema* si pone, invece, con riferimento all'imposizione dell'*obbligo di soggiorno nella propria abitazione*.

Va, peraltro, rilevato come la Corte europea sia ormai costante nel ritenere che integri una *privazione* della libertà personale l'imposizione dell'*obbligo di restare a casa per l'intera giornata*, anche nel caso in cui la polizia non eserciti controlli rigorosi e il soggetto possa in qualsiasi momento allontanarsi impunemente dalla propria abitazione[24].

Problematica risulta, invece, la qualificazione dell'obbligo di soggiornare nella propria abitazione per un periodo *inferiore alle ventiquattro ore* al giorno.

Nella decisione *Trijonis c. Lituania*[25] del marzo 2005 – relativa all'imposizione dell'obbligo di soggiornare nella propria dimora – la Corte ha escluso che le restrizioni imposte al ricorrente integrassero una privazione della libertà personale ai sensi dell'art. 5 § 1 Cedu perché questi era stato obbligato a soggiornare nella propria dimora ed era stato autorizzato ad assentarsi durante i giorni feriali al fine di esercitare un'attività lavorativa.

Nel caso *Trijonis*[26], la Corte europea ha attribuito, ai fini della qualificazione dell'obbligo di soggiornare nella propria abitazione come misura meramente restrittiva della libertà, un peso determinate alla circostanza che all'interessato fosse stata riconosciuta la possibilità di risiedere nella propria abitazione insieme ai propri familiari e di svolgere un'attività lavorativa. Sembra, allora, condivisibile l'osservazione secondo cui dalla citata pronuncia potrebbe trarsi il principio per il quale non si può ritenere integrata una privazione della libertà personale laddove al sottoposto venga concesso di mantenere un normale equilibrio nella propria vita privata e lavorativa[27]. Ci si può chiedere, tuttavia, se una tale conclusione possa essere messa in discussione alla luce della successiva sentenza *Storck c. Germania* del giugno 2005, nella quale, come si ricorderà, la Corte europea ha affermato che si configura una privazione della libertà nell'ipotesi in cui l'individuo venga costretto «*in particular restricted space for a not negligibile lenght of time*»[28]. Si è sostenuto[29], infatti, che laddove si dovesse riconoscere a tale principio validità generale, si dovrebbe concludere nel senso che anche l'imposizione dell'obbligo di restare nella propria abitazione integri una privazione della libertà ai sensi dell'art. 5 § 1 Cedu, anche qualora tale obbligo venga imposto per un periodo inferiore alle 24 ore al giorno. In caso contrario, infatti, si finirebbe con l'attribuire una differenza nella

23. In particolare, la privazione della libertà personale per finalità di difesa sociale è consentita se si tratta di «una persona capace di diffondere una malattia contagiosa, di un pazzo, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo» (art. 5 § 1, lett. *e*); e se si tratta di impedire «a una persona di entrare nel territorio clandestinamente» o se si tratta di una persona «contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione» (art. 5 § 1, lett. *f*).

24. Cfr. sent. 30 marzo 2006, *Pekov c. Bulgaria* (ric. n. 50358/99), § 73, in cui la Corte ha rigettato l'eccezione del Governo bulgaro secondo cui il ricorrente *non* era stato privato della libertà personale in quanto *non* era sottoposto a controlli da parte della polizia e conseguentemente avrebbe potuto allontanarsi impunemente dalla propria abitazione.

25. Dec. 17 marzo 2005, *Trijonis c. Lituania* (ric. n. 2333/02).

26. *Trijonis,* cit.

27. In questo senso, v. anche D.J. Harris-M. O'Boyle- C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 125.

28. Sent. 16 giugno 2005, *Storck c. Germania* (ric. n. 61603/00), § 74.

29. Sul punto, cfr. D.J. Harris- M. O'Boyle- C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 125.

valutazione del contenuto afflittivo della misura ordinata in considerazione del solo fatto che il sottoposto sia stato costretto a soggiornare nella propria abitazione, anziché in un istituto pubblico (nel caso *Storck,* lo ricordiamo, la ricorrente era stata ricoverata in una clinica psichiatrica).

Dalla giurisprudenza sopra esaminata emerge come la questione della natura (privativa o restrittiva della libertà) delle misure che comportano l'obbligo di soggiorno nella propria abitazione sia estremamente controversa: dunque, una pronuncia chiarificatrice della Corte in merito ai criteri di valutazione del contenuto afflittivo delle misure restrittive della libertà finalizzate alla prevenzione dei reati è fortemente auspicabile.

> Quanto alle ripercussioni della giurisprudenza europea in tema di qualificazione di una misura come privativa (oppure restrittiva) della libertà personale sugli ordinamenti interni si segnalano due recenti pronunce della *House of Lords*[30] inglese che affrontano il problema della compatibilità con l'art. 5 § 1 Cedu dei c.d. *non derogating control orders*, delle misure di prevenzione personali applicabili nei confronti di soggetti sospettati di attività terroristica sulla base di prove confidenziali[31]. Nel primo caso[32] i sei ricorrenti, cittadini iracheni, erano stati assoggettati all'obbligo di non allontanarsi dalla propria dimora (un appartamento composto di un'unica stanza fornito dall'autorità locale o dal *National Asylum Support Service*) per *diciotto ore* al giorno. Durante le ore del coprifuoco, era stato vietato loro di recarsi nelle parti comuni dell'edificio in cui si trovavano gli appartamenti nonché di avere visite senza l'autorizzazione del Ministero dell'Interno. Mentre, durante le sei ore (dalle dieci del mattino alle quattro del pomeriggio) in cui potevano lasciare la propria abitazione, essi erano stati obbligati a restare nell'ambito di un perimetro di 72 kmq; ad indossare il braccialetto elettronico e a comunicare alla polizia l'orario di uscita e di ritorno a casa. Infine, avevano ricevuto il divieto di utilizzare qualsiasi apparecchio di telecomunicazione, eccetto un telefono fisso sotto controllo della polizia, e gli era stato concesso di accedere in maniera limitata ai propri conti bancari. L'*House of Lords*, richiamando la pronuncia della Corte europea nel caso *Guzzardi*[33], ha concluso che le suddette restrizioni alla libertà di circolazione cumulate tra di loro nel caso concreto comportassero una vera e propria *privazione* della libertà ai sensi dell'art. 5 § 1 Cedu. Conseguentemente, i giudici inglesi hanno accolto il ricorso affermando che la privazione della libertà dei ricorrenti nel caso di specie non era stata giustificata da nessuno dei casi tassativi previsti dall'art. 5 § 1 Cedu.
>
> Nel secondo caso[34], invece, i ricorrenti erano stati obbligati a restare a casa per un periodo di *quattordici ore* al giorno. La Corte, pertanto, questa volta, ha ritenuto integrata una mera *limitazione* della libertà personale, non valutabile alla stregua dell'art. 5 § 1 Cedu (e nemmeno dell'art. 2, Prot. n. 4 Cedu, che non è stato ratificato dalla Gran Bretagna) e, conseguentemente, ha rigettato il ricorso.
>
> Del resto, il problema della qualificazione delle misure di prevenzione *ante delictum* come misure privative oppure restrittive della libertà personale ai fini dell'art. 5 § 1 Cedu rileva anche per il nostro ordinamento: basti pensare che l'art. 8 del recentemente approvato D.lgs. n. 159/2011 (*Codice delle leggi anti-mafia e delle misure di prevenzione*) prevede che con l'applicazione della sorveglianza speciale il magistrato "in ogni caso prescrive (…) di non rincasare la sera più tardi e di non uscire la mattina più presto di una certa ora e senza comprovata necessità", ma non prescrive rispetto a tale obbligo di soggiorno nella propria abitazione un limite massimo di durata.

30. *House of Lords*, sent. 13 luglio 2007, *Secretary of State for the Home department c. JJ,* UKHL 45, in *www.publications.parliament.uk*. Per un'analisi approfondita della sentenza, cfr. A. Tomkins, *Readings of A v Secretary of State for the Home Department*, in *Public Law*, 2005, p. 259.

31. I c.d. *non derogating control orders* sono stati introdotti dal *Prevention of Terrorism Act 2005*, in sostituzione al regime di detenzione preventiva previsto dal *Crime and Security Act 2001* e dichiarato incompatibile con l'art. 5 Cedu prima dall'*House of Lords* e, successivamente, anche dalla Corte europea nella sent. 19 febbraio 2009, *A. e altri c. Regno Unito* (ric. n. 3455/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 841-842. Sulla disciplina dei *control orders* e sul problema della loro compatibilità con l'art. 5 § 1 Cedu, cfr. L. Zedner, *Preventive justice or pre-punischment? The case of control orders,* in *Current Legal Problems,* 2007.

32. *House of Lords*, sent. 13 luglio 2007, cit., § 20.

33. Sent. 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*.

34. *House of Lords*, sent. 31 ottobre 2007, *Secretary of State for the Home Department c. MB e FB*, UKHL 46.

1.3 I limiti all'applicazione delle misure di prevenzione restrittive della libertà di circolare (art. 2 Prot. n. 4 Cedu)

La garanzia di cui all'art. 5 § 1 Cedu non opera nei confronti delle misure che comportano una mera *restrizione* della libertà personale, la cui legittimità va pertanto vagliata alla stregua dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, posto a tutela della libertà di circolazione.

L'art. 2 Prot. n. 4 Cedu accorda alla libertà di circolazione una *protezione condizionata*, nel senso che consente alle autorità statali di porre in essere talune restrizioni alla libertà stessa purché esse siano «*previste dalla legge*» e «*necessarie*» ad assicurare la tutela dei controinteressi elencati nello stesso art. 2 Prot. n. 4, al § 3 (e cioè: sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, ordine pubblico, prevenzione dei reati, protezione della salute e della morale o protezione dei diritti e libertà altrui).

Quanto al requisito della *legittimità* dell'interferenza, la giurisprudenza di Strasburgo richiede che la legge posta a fondamento di qualsiasi provvedimento restrittivo della libertà personale soddisfi i *requisiti qualitativi* di *accessibilità* e *prevedibilità,* ovvero che la legge definisca chiaramente i presupposti di applicazione delle misure restrittive della libertà in modo che ciascuno possa prevedere con un ragionevole grado di approssimazione le conseguenze delle proprie azioni[35].

Al riguardo, pare opportuno ricordare le pronunce *Landvreugd c. Paesi Bassi*[36] e *Olivieira c. Paesi Bassi*[37] del 2001, in cui i giudici europei hanno escluso una violazione dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu affermando che le norme interne che conferiscono al sindaco di Amsterdam il potere di adottare provvedimenti individuali restrittivi della libertà per prevenire ed eliminare gravi pericoli per la sicurezza urbana sono conformi ai principi convenzionali di accessibilità e prevedibilità della legge. Sul punto, presenta notevoli profili di interesse la *dissentig opinion* dei giudici Gaukur, Jörundsson, Türmen e Marüste, i quali non hanno condiviso la decisione della maggioranza, evidenziando come l'interferenza nella libertà di circolazione del ricorrente non fosse ragionevolmente prevedibile dal momento che la legge nazionale attribuisce al sindaco un ampio potere discrezionale nell'individuazione dei presupposti e del contenuto degli ordini in materia di sicurezza urbana.

> Quanto alle ripercussioni sul nostro ordinamento, tuttavia, le pronunce poc'anzi esaminate sembrano superate dalla recente sentenza n. 115 del 2011, nella quale la Corte costituzionale ha ritenuto costituzionalmente illegittima la norma che, a partire dal 2008, consentiva al sindaco, quale ufficiale del Governo, di adottare ordinanze, anche non contingibili e urgenti, al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli per la sicurezza urbana[38].

L'applicazione di misure restrittive della libertà di circolazione, è soggetta inoltre ai principi di *necessità e proporzione*: una volta riscontrata nel caso concreto un'interferenza con la sfera di tutela dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, la Corte è chiamata ad operare un bilanciamento tra il rispetto del diritto garantito dalla norma in parola, da un lato, e le esigenze della collettività, dall'altro.

Il principio di proporzione assume particolare importanza in relazione alle *misure restrittive della libertà di circolazione finalizzate a prevenire la commissione di reati*: secondo quanto affermato dalla grande camera nella sentenza *Labita c. Italia*[39] del 2000, infatti, l'interferenza nella libertà di circolazione del sottoposto può ritenersi *proporzionata* rispetto all'esigenza di prevenire la commissione di reati solo laddove sussista il *"real risk" che il ricorrente commetta un reato.*

Nel caso di specie, il ricorrente era stato sottoposto alla misura della sorveglianza

35. Cfr. sul principio di legalità sancito dall'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, D.J. Harris – M. O'Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 737 ss.
36. Sent. 4 giugno 2002, *Landvreugd c. Paesi Bassi* (ric. n. 37331/97).
37. Sent. 4 giugno 2002, *Olivieira c. Paesi Bassi* (ric. n. 33129/96).
38. Per un esame approfondito della pronuncia si rinvia, alla nota di G. Leo, pubblicata su questa *Rivista* in data 8 aprile 2011.
39. Sent. 6 aprile 2000 (grande camera), *Labita c. Italia* (ric. n. 26772/95).

speciale con obbligo di soggiorno, prevista dalla l. 1423 del 1956[40], sulla base della circostanza che sua moglie era la sorella di un capo mafia, nel frattempo deceduto, e del fatto che il medesimo non aveva dimostrato di aver cambiato stile di vita e di essersi pentito. Secondo i giudici europei, dunque, la misura in questione – che aveva comportato «*very severe restrictions on [the] freedom of movement, which undoubtedly amounted to an interference with [the] rights guaranteed by article 2 of Protocol No. 4*»[41] – *non* poteva considerarsi *proporzionata* rispetto all'esigenza di prevenire la commissione di reati, in quanto nel caso concreto non sussisteva «*any concrete evidence to show that there was a real risk that he would offend*»[42].

Il principio di *proporzione* viene, inoltre, in gioco con riferimento al diverso profilo della *durata delle restrizioni* imposte: secondo il diritto di Strasburgo, infatti, le autorità nazionali non sono legittimate a mantenere restrizioni sulla libertà di circolazione del ricorrente per un lungo periodo di tempo senza procedere ad accertamenti periodici circa la loro giustificazione[43].

In passato, la Corte europea si è dimostrata, invero, poco rigorosa nella valutazione del rispetto di tale requisito nel caso di misure finalizzate alla prevenzione dei reati oppure a garantire la presenza dell'imputato al processo. Così nella sentenza *Fedorov e Fedorova c. Russia*[44] del 2005 – relativa all'imposizione nei confronti del ricorrente, imputato in un procedimento penale, del divieto di allontanarsi dal comune di residenza per un periodo di sei anni – i giudici europei hanno escluso una violazione della suddetta norma convenzionale affermando che la durata della misura *non* poteva considerarsi *sproporzionata* rispetto allo scopo legittimo di assicurare la presenza dell'imputato al processo. Per contro, nelle sentenze *Luordo c. Italia*[45] e *Bottaro c. Italia*[46] del 2003 – relative al divieto imposto al fallito, per un periodo di tempo di oltre 10 anni, di lasciare il comune di residenza – essa ha riscontrato una violazione dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu sotto il profilo della durata manifestamente *sproprozionata* di tale divieto rispetto all'esigenza di assicurare gli interessi dei creditori.

I recenti approdi giurisprudenziali dimostrano, tuttavia, una maggiore attenzione della Corte europea per il profilo della proporzionalità della durata delle restrizioni imposte alla libertà di circolazione rispetto all'esigenza di assicurare la presenza dell'imputato del processo o di impedire la commissione di reati.

Al riguardo si segnala, anzitutto, la sentenza *Bessenyei c. Ungheria*[47], in cui la Corte europea ha ritenuto che il divieto imposto al ricorrente, imputato per il delitto di contraffazione, di lasciare il paese per tutta la durata del procedimento penale avesse costituito una interferenza ingiustificata e *sproporzionata* nella libertà di circolazione del medesimo in quanto tale divieto veniva mantenuto automaticamente per un periodo di più di due anni, senza procedere ad alcun accertamento successivo circa la sua giustificazione.

Nella successiva sentenza *Rosengren c. Romania*[48] – relativa all'imposizione nei confronti del ricorrente, imputato per bancarotta fraudolenta, per tutta la durata del

40. Tale misura, come è noto, oltre a pesanti limitazioni della libertà individuale (e cioè, ad esempio, l'obbligo di rincasare prima di una certa ora e il divieto di uscire dopo un'altra ora; l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza; l'obbligo di firma, etc.), comporta anche la perdita del diritto di voto (ai sensi dell'art. 2 d. P.R.. 223 del 1967).

41. Sent. 6 aprile 2000 (grande camera), *Labita c. Italia* (ric. n. 26772/95), §193.

42. Sent. 6 aprile 2000 (grande camera), *Labita c. Italia* (ric. n. 26772/95), § 196. Al contrario, nella sentenza Sent. 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia* (ric. n. 12954/87), i giudici europei hanno ritenuto proporzionata l'applicazione della sorveglianza speciale con l'obbligo di restare a casa dalle ventuno alle sette del mattino e con il divieto di lasciare l'abitazione senza avvertire la polizia nei confronti del ricorrente, perché in quel caso sussistevano seri indizi in merito alla sua appartenenza ad un'associazione mafiosa. La Corte ha, peraltro, riscontrato una violazione dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu in relazione alla mancata esecuzione tempestiva del decreto di revoca della suddetta misura.

43. Cfr., sul punto, sent. 21 dicembre 2006, *Bartik c. Russia* (ric. n. 55565/00).

44. Sent. 13 ottobre 2005, *Fedorov e Fedorova c. Russia* (ric. 31008/02).

45. Sent. 17 luglio 2003, *Luordo c. Italia* (ric. n. 32190/96).

46. Sent. 17 luglio 2003, *Bottaro c. Italia* (ric. 56298/00).

47. Sent. 21 ottobre 2008, *Bessenyei c. Ungheria* (ric. N. 37509/06).

48. Sent. 24 aprile 2008, *Rosengren c. Romania* (ric. n. 70786/01).

procedimento penale (protrattosi per sei anni e tre mesi) del divieto di allontanarsi dal comune di residenza – i giudici europei, invece, non hanno ritenuto sufficiente a fondare una violazione della norma in parola il fatto che le autorità nazionali avessero protratto automaticamente la restrizione della libertà di circolazione del ricorrente per un lungo periodo di tempo. Essi, infatti, nel riconoscere una violazione dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, hanno sottolineato come la misura in questione fosse stata revocata con un ritardo di diciotto mesi a seguito del decorso del periodo massimo di durata della stessa (5 anni)[49].

2 La legittimità della privazione della libertà personale. In particolare, la base legale

Secondo il tenore letterale dell'art. 5 § 1 Cedu, nessuno può essere privato della libertà personale salvo che nei «*casi*» contemplati dalla stessa norma convenzionale e nei «*modi*» previsti dalla legge.

Per il diritto di Strasburgo, quindi, la privazione della libertà personale non può essere considerata legittima laddove sia stata disposta in esecuzione di un provvedimento delle autorità nazionali *contrario alle regole sostanziali e processuali dello Stato in cui viene emanato.*

Al riguardo, tra le sentenze del triennio in esame, riveste particolare importanza la già citata pronuncia *Iskandarov c. Russia*[50] del settembre 2010, in relazione ad un caso di *extraordinary rendition*. Come si ricorderà, il ricorrente, un *leader* dell'opposizione tagika, lamentava di essere stato prelevato e condotto in Tagikistan dalle forze dell'ordine russe contro la sua volontà, a dispetto del rischio di essere sottoposto nel Paese di destinazione a trattamenti inumani e degradanti in ragione della sua attività politica. La Corte europea ha riconosciuto in tale occasione una violazione dell'art. 3 Cedu e – per quel che qui interessa – dell'art. 5 § 1 Cedu affermando che la privazione della libertà personale[51] del ricorrente era priva di una base legale nell'ordinamento interno perché non era stato emanato un provvedimento di arresto o di fermo in conformità delle leggi dello Stato e, inoltre, perché la sua detenzione non era stata documentata in nessun registro ufficiale (indicando la data, l'ora e il luogo di inizio della privazione della libertà, i motivi che la giustificavano e i nomi delle persone che ne erano responsabili)[52].

Perché la detenzione possa considerarsi "legittima", tuttavia, non è sufficiente che la privazione della libertà personale abbia una base legale nell'ordinamento interno (o internazionale): dalla espressa menzione da parte dell'art. 5 § 1 Cedu del requisito della *legittimità* della detenzione[53], la giurisprudenza europea ha ricavato, infatti, l'esigenza che tale base legale sia configurata in maniera da proteggere l'individuo da privazioni *arbitrarie* della libertà personale.

A tale proposito, secondo quanto precisato dalla giurisprudenza europea per l'art. 7 Cedu e in generale per tutte le norme convenzionali che menzionano la parola legge, è necessario che la legge intervenuta a disciplinare la vicenda del ricorrente fosse adeguatamente *accessibile* e sufficientemente *precisa*, e che la sua applicazione fosse ragionevolmente *prevedibile* al momento in cui questi ha agito[54].

49. Con riferimento all'imposizione dell'obbligo di soggiorno, cfr. sent. 22 novembre 2005, *Antonenkov e altri c. Ucraina* (ric. n. 14183/02); sent. 7 dicembre 2006, *Invanov c. Ucraina* (ric. n. 15007/02). Con riferimento al divieto di lasciare il territorio nazionale, cfr. sent. 23 maggio 2006, *Riener c. Bulgaria* (ric. 46343/99); sent. 31 ottobre 2006, *Földes e Földesné Hajlik c. Ungaria* (ric. n. 41463/02).

50. Sent. 23 settembre 2010, *Iskandarov c. Russia* (ric. n. 17185/05), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2010, p. 1873.

51. Sulla qualificazione delle restrizioni subite dal ricorrente (che veniva prelevato dalle autorità russe e condotto, contro la sua volontà, a bordo di un velivolo dalla Russia in Tagikistan), vedi *infra* § 1.1. Per le ricadute delle pronuncia in esame sull'ordinamento nazionale, con particolare riferimento al processo per il sequestro dell'imam di viale Jenner, Abu Omar, sia consentito il rinvio alle osservazioni svolte da Angela Colella in *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu)*, in questa *Rivista,* § 8.2.

52. Sent. 23 settembre 2010, *Iskandarov c. Russia* (ric. n. 17185/05), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2010, p. 1873, § 151. Per la violazione dell'obbligo degli Stati membri di documentare adeguatamente l'arresto e la detenzione, vedi *infra* § 10.

53. Secondo il dettato dell'art. 5 § 1 Cedu, condizione necessaria per ritenere la privazione della libertà personale conforme alla Convenzione è che essa sia disposta «nei modi previsti dalla legge» e che essa sia «legittima». I due requisiti coincidono e in alcuni casi la Corte fa riferimento unicamente alla nozione di legittimità della detenzione (*lawfulness of detention*), cfr., sul punto, sent. 19 febbraio 2009 (grande camera), *A e altri* (ric. n. 3455/05), § 164.

54. Sul concetto di qualità della legge in materia di privazione della libertà personale vedi sent. 23 settembre 1998, *Steel c. Gran Bretagna*, (ric. n. 67/1997/851/1058), § 74. Sulla nozione di legalità della privazione della libertà personale, in dottrina, cfr., B. Emmerson-A. Aschworth-A. Macdonald,

Tra le sentenze del triennio 2008 – 2010 in tema di *qualità della legge* posta alla base della privazione della libertà personale, si segnala, innanzitutto, la sentenza *Kolevi c. Bulgaria*[55] relativa al caso di un pubblico ministero che, dopo aver ricevuto l'ordine di dare le dimissioni per aver criticato pubblicamente il Procuratore generale, veniva arrestato e detenuto con l'accusa di traffico di sostanze stupefacenti, nonostante i magistrati godano, secondo la legge bulgara, di una immunità assoluta di diritto sostanziale e processuale, penale ed extra-penale. La Corte ha riscontrato in quest'occasione una violazione dell'art. 5 § 1 Cedu, ritenendo che l'arresto del ricorrente *non* fosse ragionevolmente *prevedibile* perché, né la legge bulgara, né la successiva elaborazione giurisprudenziale, stabilivano *chiaramente* se l'immunità assoluta prevista nei confronti dell'autorità inquirente cessasse automaticamente con l'ordine di rassegnare le proprie dimissioni oppure permanesse in pendenza del ricorso avverso tale ordine[56].

Assai significativa, inoltre, è la già citata sentenza *Medvedyev e altri c. Francia*[57]. Il caso, come accennato, riguarda un'operazione di contrasto al traffico di sostanze stupefacenti condotta al largo delle isole di Capo Verde durante la quale la marina francese – previa autorizzazione da parte del Governo cambogiano con una *nota verbale* – prendeva possesso di una nave cargo, battente bandiera cambogiana, a bordo della quale veniva rinvenuto un ingente quantitativo di droga, e la dirottava presso il porto francese di Brest, tenendo sotto stretta sorveglianza i membri dell'equipaggio. La grande camera, ribadendo sostanzialmente le statuizioni assunte con la precedente sentenza del 2008 a sezioni semplici[58], ha riscontrato una violazione dell'art. 5 § 1 Cedu, rilevando, da un lato, come la condizione dei ricorrenti dopo l'abbordaggio fosse equivalsa di fatto ad una privazione della libertà personale, e, dall'altro, come tale privazione non fosse regolare, per mancanza di una base legale avente i requisiti di *chiarezza* e *prevedibilità* richiesti dal diritto di Strasburgo per soddisfare i principi generali della certezza del diritto.

Pare, peraltro, opportuno soffermarsi brevemente sulle argomentazioni della Corte. I giudici europei, accogliendo sul punto le deduzioni dei ricorrenti, hanno innanzitutto constatato l´inapplicabilità al caso di specie della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare del 10 dicembre 1982 (che all´art. 111 riconosce allo stato costiero il diritto di inseguimento in alto mare di una nave straniera) e della Convenzione di Vienna sugli stupefacenti perché la Cambogia non aveva ratificato tali convenzioni. Inoltre, secondo la Corte, l'intervento francese di intercettazione di una nave cambogiana non poteva nemmeno considerarsi autorizzato sulla base di una consuetudine vigente tra i due Paesi. In assenza di convenzioni internazionali tra i due Paesi, quindi, i giudici europei hanno ritenuto che al caso dovesse applicarsi il principio della giurisdizione esclusiva della legge dello Stato di bandiera. La Corte europea ha rilevato, tuttavia, come la *nota verbale* con cui il governo cambogiano aveva autorizzato le autorità francesi a procedere all´intercettazione della nave suddetta non era sufficientemente precisa riguardo alla sorte dei ricorrenti, poiché non definiva con sufficiente chiarezza il potere delle autorità francesi di procedere al loro arresto. Tantomeno il governo francese era riuscito a dimostrare l´esistenza di una prassi di cooperazione continua con la Cambogia nella lotta al traffico di stupefacenti. Il ricorso a una nota *ad hoc* da parte delle autorità cambogiane confermava, quindi, secondo i giudici europei, il *carattere eccezionale* di tale cooperazione e rendeva *imprevedibile* la privazione della libertà personale da parte dei ricorrenti.

Human rights and criminal justice, Londra, 2007, pp. 237 ss.; D. J. Harris-M. O'Boyle-C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 138 ss.: G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea,* Milano, 2009, pp. 97 ss.

55. Sent. 5 novembre 2009, *Kolevi c. Bulgaria* (ric. n. 11802/02), § 174-180.

56. Alle medesime conclusioni la Corte europea è pervenuta nella Sent. 4 novembre 2010, *Sultanov c. Russia* (ric. n. 15303/09), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 207, relativa alla detenzione di un cittadino uzbeko, che doveva essere estradato verso il paese di origine – la Corte, richiamando le proprie precedenti pronunce contro la Russia, ha rincontrato una violazione dell'art. 5 § 1 Cedu perché nell'ordinamento russo il trattenimento dello straniero nelle more del procedimento di estradizione non è disciplinato in maniera precisa e prevedibile.

57. Sent. 10 luglio 2008, *Medvedyev e altri c. Francia* (ric. n. 3394/03), in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2008, pp. 1301-1302.

58. *Medvedyev,* cit.

A quest´ultimo riguardo la Corte ha sostenuto la necessità di operare una distinzione tra la prevedibilità da parte dei ricorrenti di essere perseguiti per la commissione del reato di traffico di stupefacenti e la prevedibilità da parte dei medesimi della norma legale su cui si è fondato l´intervento dalle autorità francesi. In caso contrario, infatti, «*any activity considered criminal under domestic law would release the States from their obligation to pass laws having the requisite qualities, particularly with regard to Article 5 § 1 of the Convention and, in so doing, deprive that provision of its substance*»[59]. Giova infine sottolineare come la Corte abbia colto l'occasione per invitare gli Stati membri a riconoscere la competenza di ognuno di loro ad intervenire per contrastare il traffico di stupefacenti, in deroga al principio della giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera.

L'esigenza di proteggere l'individuo da privazioni arbitrarie della libertà personale impone, inoltre, alle autorità nazionali di *interpretare restrittivamente le ipotesi di detenzione previste dalla normativa interna*. Al riguardo, nel triennio in esame, si segnala la pronuncia *Jusic c. Svizzera*[60] del dicembre 2010. Il ricorrente, cittadino della Bosnia-Erzegovina, che aveva chiesto senza successo asilo politico in Svizzera, lamentava di essere stato detenuto per ventidue giorni in attesa dell'esecuzione dell'ordine di espulsione. La Corte – muovendo dal presupposto che la legge svizzera consente «*la mettre en détencion lorsque des indices concrets permettent de supposer qu'elle entend se soustraire au refoulement*» – ha riconosciuto in quell'occasione la violazione dell'art. 5 § 1 Cedu perché le autorità svizzere non avevano valutato l'esistenza di un pericolo concreto di fuga e avevano ordinato il trattenimento del ricorrente sulla base dell'asserita volontà di quest'ultimo di non lasciare il territorio svizzero, prescindendo, quindi, da una interpretazione restrittiva del dato normativo nazionale, come imposto dallo scopo fondamentale dell'art. 5 § 1 Cedu.

2.1 Il principio di proporzione

Secondo la giurisprudenza costante della Corte europea, la privazione della libertà personale può considerarsi legittima solo laddove essa sia *proporzionata* rispetto allo scopo legittimo perseguito con la stessa nei casi tassativi di cui all'art. 5 § 1 Cedu[61].

Così una misura che priva della libertà personale una persona, seppure inizialmente giustificata, può diventare *sproporzionata* e violare i diritti di questa se si *prolunga automaticamente oltre un certo periodo*: ciò che può avvenire, ad esempio, allorché le autorità statali ordinino la prosecuzione dell'internamento in un ospedale psichiatrico giudiziario di un soggetto nonostante sia venuto meno il disturbo psichico che ne aveva legittimato inizialmente il ricovero[62]; oppure allorché le autorità, durante la detenzione dello straniero nelle more del procedimento di espulsione, omettano di attivarsi con la doverosa diligenza per creare le condizioni che rendano possibile l'allontanamento[63]. In tali ipotesi, dunque, la detenzione diviene *arbitraria* e deve *cessare immediatamente.*

Perché la privazione della libertà personale possa ritenersi *proporzionata,* è altresì necessario che sussista una *connessione adeguata tra il luogo e le modalità della detenzione e gli scopi della medesima*: tale principio, inizialmente affermato con riferimento alla detenzione degli infermi di mente[64], nella giurisprudenza europea più recente è stato esteso alle altre forme di privazione della libertà personale, e in particolare alla applicazione delle misure di sicurezza nei confronti dei soggetti imputabili[65] e al trat-

59. Sent. 10 luglio 2008, *Medvedyev e altri c. Francia* (ric. n. 3394/03), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, pp. 1301-1302, § 100.
60. Sent. 2 dicembre 2010, *Jusic c. Svizzera* (ric. n. 4691/06).
61. Sul principio di proporzione della privazione della libertà personale rispetto allo scopo legittimo perseguito con la medesima, cfr. B. Emmerson-A. Ashworth- A. Macdonald, *Human rights and criminal justice*, cit., pp. 243-244.
62. Il principio è stato affermato per la prima volta in sent. 24 ottobre 1979, *Winterverp c. Paesi Bassi* (ric. n. 6301/73) .
63. Sul punto, v. *infra* § 9.
64. sent. 24 ottobre 1979, *Winterverp c. Paesi Bassi* (ric. n. 6301/73), § 39
65. Sul punto, v. *infra* § 4.2.

tenimento dello straniero nel corso del procedimento di espulsione e di estradizione[66].

Giova, da ultimo, ricordare che il diritto di Strasburgo richiede *ulteriori e più stringenti requisiti di legittimità*, rispetto a quelli fin'ora esaminati, con riferimento alle ipotesi di detenzione *sub* art. 5 § 1 lett. *b* (detenzione per violazione di un provvedimento legittimamente adottato da un tribunale competente ovvero per garantire l'esecuzione di un obbligo imposto dalla legge), *c* (detenzione nell'ambito di un procedimento penale), *d* (detenzione di un minore per esigenze educative o al fine di tradurlo davanti all'autorità competente) ed *e* (detenzione per prevenire la propagazione di una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane e di un vagabondo) Cedu: in tali ipotesi, infatti, la detenzione deve essere *necessaria* rispetto al pericolo di commissione di reati ovvero rispetto a generali esigenze di difesa sociale, altrimenti viene ritenuta arbitraria.

Per contro, la privazione della libertà personale, non deve essere necessaria qualora essa consegua ad una sentenza di condanna (lett. *a*) oppure qualora essa sia funzionale ad impedire l'ingresso clandestino dello straniero nel territorio dello Stato oppure a facilitare l'espletamento delle procedure di estradizione o di espulsione (lett. *f*).

3 Deroga al diritto alla libertà personale in situazioni di guerra o di pericolo per la nazione (art. 15 Cedu)

Nella sentenza *A. e altri c. Regno Unito*[67] del 2009 la grande camera ha effettuato un'importante precisazione di ordine generale relativamente alla derogabilità del diritto alla libertà personale in situazioni di emergenza: le misure introdotte dai legislatori nazionali, ai sensi dell'art. 15 Cedu[68], devono essere *proporzionate* rispetto alle esigenze di tutela della collettività[69].

Vediamo ora brevemente la vicenda che ha dato origine alla pronuncia. All'indomani dell'11 settembre 2001, sulla base dello stato di grave emergenza pubblica determinato dalla minaccia terroristica, il Regno Unito introduceva[70], in deroga all'art. 5 § 1 Cedu, una forma di *detenzione preventiva* di durata illimitata, applicabile nei confronti degli *stranieri sospettati di attività terroristica*, che non potevano essere espulsi verso il Paese d'origine, dove avrebbero corso il rischio di essere sottoposti a tortura[71]. Tale deroga, tuttavia, veniva ritenuta invalida dalla *House of Lords* che dichiarava la detenzione preventiva di stranieri presunti terroristi incompatibile con i diritti dell'uomo[72]. Conseguentemente, i ricorrenti, adivano la Corte europea lamentando la violazione dell'art. 5 § 1 Cedu per essere stati detenuti in assenza di una valida deroga alla disciplina convenzionale. La grande camera, accogliendo sul punto le argomentazioni dell'*House of Lords,* ha escluso la validità della deroga operata dal governo inglese all'art. 5 § 1 Cedu, ai sensi dell'art. 15 Cedu, affermando che la detenzione preventiva non poteva considerarsi *proporzionata* rispetto allo scopo legittimo di proteggere il Paese dalla minaccia terroristica in quanto comportava un'ingiusta disparità di trattamento tra cittadini e stranieri, essendo applicabile solo nei confronti di questi ultimi. La Corte europea ha, quindi, condannato il Regno Unito per la violazione dell'art. 5 § 1 Cedu, poiché la detenzione preventiva dei ricorrenti non trovava giustificazione in nessuna delle ipotesi tassative di

66. Sul punto, v. *infra* § 9.
67. Sent. 19 febbraio 2009 (grande camera) *A e altri* (ric. n. 3455/05).
68. Come è noto, l'art. 15 Cedu consente la privazione della libertà personale in deroga all'art. 5 § 1 Cedu «in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione (...) nella stretta misura in cui la situazione lo esiga e a condizione che tali misure non siano in contraddizione con le altre obbligazioni derivanti dal diritto internazionale».
69. Cfr. sul punto, B. Emmerson- A. Ashworth- A. Macdonald, *Human rights and criminal justice*, cit., pp. 244 ss.
70. Cfr. *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 2001, § 4.
71. Sul divieto di espulsione discendente dall'art. 3 Cedu nel caso di pericolo che lo straniero venga sottoposto a tortura nel Paese di origine, cfr. A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu)*, in questa *Rivista*.
72. *House of Lords*, *A v Secretary of State for the Home Department* [2005] 2 A. C. 68, § 48, 132-3, 189, 231. Nel 2005, il regime di detenzione preventiva veniva sostituito da un sistema di ordini preventivi (c.d. *control orders*) applicabili nei confronti di soggetti sospettati di attività terroristica, indipendentemente dalla nazionalità.

privazione della libertà previste dalla norma convenzionale[73].

4 La detenzione a seguito di condanna (art. 5 § 1 lett. *a* Cedu). In particolare il rapporto tra il principio di legittimità della detenzione e il principio di legalità della pena

L'art. 5 § 1 lett. *a* Cedu considera come privazione legittima della libertà personale la detenzione legale risultante da una condanna resa da un tribunale competente.

Per *condanna*, nel diritto di Strasburgo, deve intendersi «una pronuncia che contenga una dichiarazione di colpevolezza conseguente all'accertamento legale di un'infrazione e l'inflizione di una pena detentiva o altra misura di privazione della libertà personale»[74]. Quando vi sia un provvedimento definibile come condanna nel senso sopradetto, perde rilevanza la funzione specifica (retributiva o specialpreventiva) della sanzione applicabile: secondo la giurisprudenza europea, infatti, rientrano nell'ambito dell'art. 5 § 1 lett. *a* Cedu non solo le *pene*, ma anche le misure *di sicurezza nei confronti dei soggetti imputabili*, a condizione che tra la condanna e la privazione della libertà sussista un *nesso causale*, non bastando una mera successione cronologica tra la prima e la seconda[75].

Va rilevato, innanzitutto, come la Corte europea nella pronuncia *Stoichkov c. Bulgaria*[76] del 2005 abbia riscontrato una violazione dell'art. 5 § 1 lett. *a* Cedu in relazione all'internamento del ricorrente, il quale veniva mantenuto in stato di detenzione dalle autorità bulgare, nonostante la Corte europea avesse accertato che la condanna nei suoi confronti era stata pronunciata in violazione delle regole del giusto processo, sancite dall'art. 6 Cedu, e avesse riconosciuto il diritto del medesimo ad ottenere la rinnovazione del giudizio. In questo senso, l'esecuzione di una pena detentiva inflitta in esito ad un processo giudicato contrario all'art. 6 Cedu in sede europea diverrebbe illegittima, ai sensi dell´art. 5 § 1 lett. *a* Cedu, con conseguente obbligo per le autorità giudiziarie nazionali di far cessare immediatamente l´esecuzione della pena, in forza dell´art. 5 § 4 Cedu.

Dovrebbe essere esclusa, poi, la possibilità di comprendere nell'ambito dell'art. 5 § 1 lett. *a* Cedu la pena detentiva che sia stata inflitta in violazione dell'art. 7 Cedu, non potendo considerarsi legittima, ai sensi dell'art. 5 § 1 Cedu, la privazione della libertà personale risultante da una condanna contraria al principio di legalità dei reati e delle pene.

Un caso emblematico nel triennio in esame nel quale si pone la questione del rapporto tra il principio di legittimità della detenzione (art. 5 § 1 lett. *a* Cedu) e il principio di legalità della pena (art. 7 Cedu) è la pronuncia *Kafkaris c. Cipro*[77].

Il ricorrente – condannato alla reclusione a vita per triplice omicidio premeditato, conformemente a quanto previsto dal codice penale cipriota – lamentava di non aver potuto usufruire del beneficio della liberazione condizionale, previsto dal regolamento penitenziario vigente al momento del fatto e della successiva condanna, ma dichiarato incostituzionale da una legge successiva che aveva escluso tale beneficio per gli ergastolani, impedendo la liberazione dei detenuti dopo venti anni di reclusione. La grande camera ha riconosciuto una violazione dell'art. 7 § 1 Cedu sotto il profilo del principio della qualità della legge affermando che il diritto cipriota vigente all'epoca dei fatti non permetteva di stabilire con certezza se la pena da espiare in concreto fosse la pena

73. Sent. 19 febbraio 2009 (grande camera) *A e altri* (ric. n. 3455/05), §§ 173-190. Sull'impossibilità di ricondurre la detenzione dei ricorrenti all'art. 5 comma 1 lett. *f* Cedu, che consente la privazione della libertà personale quando è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione, v. *infra* § 10. Sull'incompatibilità rispetto all'art. 5 § 1 Cedu della detenzione per finalità meramente preventive, cfr. sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, §§ 194-196 e sent. 1 luglio 1961, *Lawless c. Irlanda,* §§ 13-14.

74. Cfr. sent. 24 giugno 1982, *Van Droogenbroeck c. Belgio* (ric. n. 7906/77), § 35.

75. Cfr. *Van Droogenbroeck c. Belgio*, cit.. Il principio è stato poi ribadito e precisato in alcune decisioni contro la Gran Bretagna riguardanti la compatibilità con l'art. 5 § 1 Cedu delle *discretionary sentences of life imprisonment*: cfr. sent. 2 marzo 1982, *Weeks c. Regno Unito* (ric. n. 9787/82), § 46-51 e sent. 28 maggio 2002 (grande camera), *Stafford c. Regno Unito* (ric. n. 46295/99), § 68. Cfr., sul punto, B. Emmerson-A. Aschworth-A. Macdonald, *Human Rights,* cit., p. 677; R. Van Zyl Smit-A. Ashworth, *Disproportionate sentences as human rights violations,* in *Modern law review,* 2004, p. 541.

76. Sent. 3 marzo 2005, *Stoichkov c. Bulgaria* (ric. n. 9808/02).

77. Sent. 12 febbraio 2008 (grande camera), *Kafkaris c. Cipro.*

dell'ergastolo oppure la pena di venti anni di reclusione[78]. Tuttavia, da tale conclusione essa non ha tratto alcuna conseguenza sulla legittimità della detenzione. I giudici, infatti, hanno escluso una violazione dell'art. 5 § 1 Cedu, affermando che la privazione della libertà personale del ricorrente fosse *conseguenza* di una condanna all'ergastolo pronunciata in applicazione di una *norma* del codice penale cipriota che per l'omicidio volontario commina proprio tale pena; non rilevando perché potessero dirsi rispettati i requisiti di legittimità fissati dall'art. 5 § 1 lett. *a* Cedu, che, sulla scorta della disciplina regolamentare vigente al momento della condanna, l'autorità penitenziaria avesse indicato al ricorrente la data prevista per il suo rilascio.

Particolarmente interessante, l'opinione dissenziente del giudice Borrego, il quale ha evidenziato la contraddittorietà di un simile orientamento, sostenendo che l'illegittimità della detenzione dovesse essere ritenuta una *logica conseguenza* dell'illegittimità della disciplina sanzionatoria per contrasto con l'art. 7 § 1 Cedu.

Il mancato riconoscimento in *Kafkaris*[79] da parte della maggioranza dei giudici dell'illegittimità della detenzione ai fini dell'art. 5 § 1 Cedu, non sembra, peraltro, poter essere invocato per negare l'esistenza di un stretto rapporto tra la norma in parola e l'art. 7 Cedu: nel caso di specie, infatti, la violazione dell'art. 7 Cedu non era poi così evidente (dal momento che al momento della condanna era "dubbio" che la pena dell'ergastolo dovesse considerarsi come pena di vent'anni di reclusione e non come pena detentiva a vita) e forse, proprio per tale ragione, i giudici di Strasburgo hanno, *eccezionalmente,* ritenuto di escludere la violazione dell'art. 5 § 1 lett. *a* Cedu.

4.1 Le pene detentive. In particolare l'ergastolo e le pene di lunga durata

È orientamento consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo quello per cui l'ergastolo non contrasta con l'art. 5 § 1 lett. *a* Cedu, sotto il profilo del principio di proporzione, ove siano previsti degli istituti che consentano la scarcerazione anticipata del condannato, che abbia già scontato numerosi anni di carcere, qualora sussistano elementi per ritenere le esigenze specialpreventive prevalenti rispetto a quelle retributive[80].

Sul particolare terreno dell'esecuzione delle pene detentive di lunga durata e della disciplina dell'accesso a istituti che consentono la scarcerazione anticipata, si segnala, tra le pronunce del triennio in esame, la sentenza *Clift c. Regno Unito* [81] del luglio 2010, in cui la Corte europea si è pronunciata sulla compatibilità con la Convenzione della previsione nell'ordinamento inglese di *regimi di accesso ai benefici differenziati sulla base della sola durata della pena inflitta.*

La sentenza citata ha riguardato la disciplina inglese del *parole,* un istituto, tipico dell'ordinamento britannico, che consiste nella sospensione condizionale della parte finale dell'esecuzione della pena detentiva per decisione dell'autorità amministrativa. In particolare l'applicazione del *parole* nei confronti dei condannati a pene detentive di lunga durata (superiori a quindici anni), la legge inglese richiedeva il parere favorevole del *Parole Board* (un organo amministrativo composto da esperti) e l'autorizzazione del Segretario di Stato; mentre per i condannati a pene detentive brevi (inferiori a quindici anni) la misura era applicabile per effetto del solo parere favorevole del *Parole Board*[82].

Il ricorrente, condannato a diciotto anni per gravi reati, non veniva ammesso ad

78. *Ibid*., §§ 137-151. Sulla violazione dell'art. 7 comma 1 Cedu, cfr. G. Abbadessa, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu),* in questa *Rivista.*

79. Sent. 12 febbraio 2008 (grande camera), *Kafkaris c. Cipro.*

80. Il principio è stato affermato, per la prima volta, nella sent. 11 aprile 2006, *Léger c. Francia* (ric. n. 19324/02), §§ 68 ss. Nella giurisprudenza europea non sembra, invece, aver fino ad ora trovato riscontri il principio secondo cui l'eccessiva sproporzione della pena detentiva rispetto alla gravità del reato potrebbe renderla illegittima per contrasto con l'art. 5 § 1: cfr., sul punto, E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale,* Torino, 2006, pp. 128 ss.

81. Sent. 13 luglio 2010, *Clift c. Regno Unito* (ric. n. 7205/07), in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2010, p. 1819.

82. Si segnala che, a seguito delle modifiche legislative avvenute nel 2005 e nel 2009, l'istituto del *parole* risulta oggi applicabile in via generale (a prescindere dalla durata della pena inflitta) sulla base del solo parere favorevole del *Parole Board.*

usufruire del *parole*, dopo aver trascorso in carcere otto anni, in ragione del rifiuto opposto dal Segretario di Stato all'applicazione della misura, nonostante il *Parole Board* avesse dato parere favorevole alla concessione della stessa. Si doleva, quindi, della violazione dell'art. 5 § 1 in combinato disposto con l'art. 14 Cedu, per essere stato sottoposto ad una detenzione supplementare arbitraria, in ragione della diversità di trattamento che la disciplina inglese del *parole* prevedeva nei confronti dei condannati a pene detentive di lunga durata, rispetto ai condannati a pene brevi: la legge del tempo, infatti, come abbiamo detto poc'anzi, richiedeva solo nei confronti dei primi l'autorizzazione del Segretario di Stato. La Corte – pur riconoscendo in via generale la possibilità per gli Stati membri di prevedere regimi differenziati per l'esecuzione in forma extramuraria delle condanne a pene detentive – ha accolto il ricorso affermando che il prolungamento della detenzione del ricorrente doveva considerarsi *arbitrario*. Secondo i giudici europei, infatti, la previsione nell'ordinamento inglese di una disciplina differenziata del *parole* sulla sola base della durata della pena inflitta non poteva ritenersi né ragionevole né obiettivamente giustificata, in quanto il rischio per l'incolumità pubblica che può derivare dalla liberazione anticipata è il medesimo sia che si tratti di condannati a pene detentive lunghe oppure brevi.

4.2 Le misure di sicurezza detentive nei confronti dei soggetti imputabili. In particolare i presupposti di legittimità

Nel triennio 2008-2010, la Corte ha avuto occasione di pronunciarsi in almeno tre occasioni sulla compatibilità con la Convenzione di misure detentive di durata indeterminata, rivolte a delinquenti socialmente pericolosi che abbiano riportato una condanna, affrontando le questioni: a) dei presupposti di legittimità di tali misure; b) della proporzionalità della privazione della libertà rispetto allo scopo di controllo e riduzione della pericolosità sociale perseguito attraverso l'internamento.

In merito al primo profilo (cioè i *presupposti di legittimità delle misure di sicurezza*), è orientamento consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo quello per cui l'applicazione di misure di sicurezza *post delictum* nei confronti di soggetti imputabili socialmente pericolosi non contrasta con l'art. 5 § 1 lett. *a* Cedu ad una *duplice condizione*: innanzitutto, è necessario che l'internamento sia "conseguenza" di una condanna legittima, e, in secondo luogo, il giudizio di pericolosità del sottoposto deve essere ragionevole.

Nella sentenza *De Schepperd c. Belgio*[83], la Corte, in linea con la propria precedente giurisprudenza[84], ha riconosciuto la compatibilità con l'art. 5 § 1 lett. *a* Cedu delle *misure di sicurezza applicate dal giudice di cognizione con la sentenza di condanna ed eseguite discrezionalmente dall'autorità amministrativa* al termine della pena principale. Il ricorrente – condannato a sei anni di reclusione per violenza sessuale nei confronti di un minore e "messo a disposizione" del Ministro della Giustizia per un periodo di dieci anni – si doleva di essere stato sottoposto, dopo il suo rilascio, a una privazione della libertà personale in forza di una decisione arbitraria del Ministro, motivata dall'assenza in Belgio di strutture sanitarie specializzate nel trattamento dei pedofili e non dal pericolo di recidiva. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno escluso la violazione dell'art. 5 § 1 lett. *a* Cedu affermando che tra la condanna del ricorrente e il suo internamento sussisteva un *nesso causale adeguato* dal momento che la decisione del Ministro riguardava le modalità di esecuzione della sanzione originariamente inflitta con la sentenza di condanna ed era stata presa nel rispetto dei limiti fissati dalla suddetta sentenza, oltre ad essere stata precisamente motivata in ordine alla pericolosità effettiva del ricorrente.

83. Sent. 13 ottobre 2009, *De Schepperd c. Belgio* (ric. n. 27428), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, pp. 299-300.
84. Cfr., sempre con riferimento proprio il problema della compatibilità con l'art. 5 § 1 Cedu lett. *a* dell'istituto, tipico dell'ordinamento belga, della messa a disposizione del condannato, sent. 24 giugno 1982, *Van Droogenbroeck c. Belgio* (ric. n. 7906/77), § 35.

Nelle pronunce *M. c. Germania*[85] e *Grosskopf c. Germania*[86], invece, la Corte europea si è pronunciata sulla legittimità convenzionale della *Sicherungsverwahrung*[87] (una misura detentiva di durata indeterminata, rivolta ai delinquenti per tendenza, che può considerarsi sostanzialmente equivalente alle misure della colonia agricola e casa di lavoro previste nel nostro ordinamento dagli artt. 216 ss. del c.p.) nella ipotesi in cui essa è applicata *con la sentenza di condanna, congiuntamente alla pena*.

In particolare, nel caso *M. c. Germania,* la Corte ha valutato la conformità rispetto agli artt. 7 e 5 § 1 lett. *a* Cedu dell'*applicazione retroattiva del nuovo e più duro regime di durata* della *Sicherungsverwahrung*. Il ricorrente – ancora internato al momento della pronuncia della Corte europea – era stato condannato nel 1986 a cinque anni di reclusione e alla *Sicherungsverwahrung*, da eseguire una volta scontata la pena. Secondo la legge vigente al momento dei fatti e della successiva condanna, la custodia di sicurezza non poteva avere una durata superiore a dieci anni. Tale limite massimo, tuttavia, era stato abolito con effetto retroattivo da una legge del 1998, che prevedeva la possibilità di protrarre la custodia di sicurezza fino a che permane il pericolo che un soggetto commetta in futuro altri reati. Così allo scadere del decimo anno d'internamento, il giudice aveva ordinato la prosecuzione della misura, avvalendosi del nuovo regime di durata previsto e motivando sulla base della persistente pericolosità del ricorrente.

La Corte europea, in tale occasione, ha riscontrato una violazione degli artt. 7 – considerando la custodia di sicurezza coperta dal principio di irretroattività in quanto vera e propria pena[88] – e 5 § 1 lett. *a* Cedu per le ragioni di seguito esaminate.

E in particolare, i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto la legittimità della custodia di sicurezza nel suo momento genetico, perché essa era conseguenza di una condanna legittima e perché era giustificata dalla pericolosità sociale dell'internato; tuttavia, essi hanno ritenuto illegittima la proroga della privazione della libertà personale subita dal ricorrente oltre il limite massimo di dieci anni previsto dalla legge in vigore al momento del fatto, affermando che *l'applicazione retroattiva della nuova e più severa disciplina temporale aveva comportato la rottura della connessione causale* tra la condanna e la privazione della libertà personale, connessione che, come dicevamo, è richiesta dalla norma convenzionale così come interpretata dalla giurisprudenza di Strasburgo, ai fini della legittimità della privazione della libertà.

La Corte ha avuto, inoltre, cura di precisare come il mantenimento del ricorrente in stato di detenzione, non poteva ritenersi giustificato neanche sotto il profilo dell'art. 5 § 1 lett. *c*, che consente la privazione della libertà personale quando si tratti di prevenire la commissione di un reato specificamente individuato e non un generico rischio di recidiva, e tanto meno sotto il profilo dell'art. 5 § 1 lett. *e* Cedu, che invece autorizza la detenzione solo quando l'interessato sia infermo di mente.

Per quanto riguarda le ripercussioni nell'ordinamento tedesco della sentenza sopra esaminata, nonché delle altre pronunce rese dalla Corte europea in senso conforme nel 2011[89], si segnala che il *Bundesverfassungsgericht* con una sentenza del 4 maggio 2011[90] ha dichiarato, sotto diversi profili, l'illegittimità costituzionale della disciplina

85. Sent. 17 dicembre 2009, *M c. Germania* (ric. n. 9359/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, pp. 326-328.
86. Sent. 21 ottobre 2010, *Grosskopf c. Germania* (ric. 24478/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2011, p. 202.
87. Art. 66, primo comma, StGB.
88. Cfr., sulla violazione dell'art. 7 Cedu, G. Abbadessa, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu), cit*.
89. Per un esame di tali pronunce, che esulano dal periodo di trattazione della presente Rassegna, si rinvia a G. Abbadessa, *Tre sentenze sulla "custodia di sicurezza" (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, nota alle sentenze 13 gennaio 2011, *Kallweit c. Germania* (ric. n. 17792/07); 13 gennaio 2011, *Mautes c. Germania* (ric. n. 20008/07); 13 gennaio 2011, *Schummer c. Germania* (ric. nn. 27360/04 e 42225/07), pubblicato in questa *Rivista* in data 11 marzo 2011.
90. *Bundesverfassungsgericht*, II Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09. Per accedere al testo della sentenza cfr. *http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html.*

della custodia di sicurezza, indicando al legislatore come termine ultimo il 31 maggio 2013 per adeguare la disciplina interna ai principi convenzionali[91].

Nel successivo caso *Grosskopf c. Germania*[92], il ricorrente – anch'esso ancora internato al momento della pronuncia della Corte europea – veniva condannato nel 1995 a sette anni di reclusione e alla custodia di sicurezza. Nel 2002, dopo che erano trascorsi *solo quattro anni di internamento*, il giudice ordinava la continuazione della misura, motivando la decisione sulla base del pericolo attuale che il ricorrente tornasse a delinquere, visto tra l'altro che il medesimo, durante la detenzione, aveva rifiutato di intraprendere qualsiasi tipo di trattamento volto a ridurne la pericolosità e a favorirne il reinserimento nella società. Il ricorrente si doleva, quindi, dell'illegittimità della sua detenzione, sostenendo che l'applicazione della custodia di sicurezza nei suoi confronti non era giustificata da nessuno dei casi di cui all'art. 5 § 1 Cedu. Infatti, tale misura, secondo quanto asserito dal medesimo, non avrebbe potuto considerarsi inflitta a seguito di condanna (ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. *a)* poiché essa ha lo scopo esclusivo di impedire la recidiva e non costituisce la sanzione per la commissione di un reato. Né essa avrebbe potuto essere giustificata dalla necessità di prevenire la commissione specifica di un reato (ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. *c* Cedu), e neppure dal fatto che il sottoposto fosse affetto da una infermità psichica (ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. *e* Cedu).

La Corte europea, richiamando la poc'anzi esaminata sentenza *M. c. Germania* [93], ha escluso, tuttavia, che nel caso di specie vi fosse stata alcuna violazione dell'art. 5 § 1 Cedu. Pur riconoscendo la natura (anche) specialpreventiva della custodia di sicurezza, i giudici europei hanno ritenuto, infatti, che la *privazione* della libertà personale del ricorrente fosse *conseguenza della sentenza di condanna* pronunciata nei suoi confronti perché il giudizio di pericolosità effettuato dalle autorità giurisdizionali competenti non era privo di ragionevolezza e, inoltre, perché non era stato superato il temine massimo di dieci anni previsto dalla legge in vigore all'epoca della condanna (diversamente da quanto era accaduto, appunto, nel caso *M.* in cui, lo ricordiamo, il ricorrente era stato mantenuto in custodia oltre il termine suddetto, conseguentemente all'abolizione, con effetto retroattivo, del limite massimo di durata della misura).

In altre parole, la *Sicherungsverwahrung*, applicata congiuntamente alla pena con la sentenza di condanna, *non* può considerarsi di per sé contraria all'art. 5 § 1 lett. *a* Cedu in quanto, secondo la giurisprudenza europea, *solo* l'applicazione retroattiva del nuovo e più sfavorevole regime di durata di tale misura comporta l'illegittimità convenzionale della privazione della libertà personale del sottoposto.

Secondo quanto recentemente affermato dalla Corte europea, presenta, invece, profili di frizione con l'art. 5 § 1 lett. *a* la disciplina tedesca dell'*ordine postumo di internamento in custodia di sicurezza,* secondo la quale il giudice dell'esecuzione può ordinare la custodia di sicurezza nei casi in cui la pericolosità sia emersa solo dopo la sentenza definitiva di condanna, durante l'esecuzione della pena. In tal caso, infatti, la privazione della libertà personale dell'interessato può in alcun modo ritenersi una conseguenza della sentenza di condanna[94].

91. Sulle logiche di prevenzione della pericolosità sociale nelle scelte di politica criminale del legislatore tedesco e degli altri stati membri ed il problema delle garanzie individuali dinanzi alla Corte europea, si rinvia all'ampio contributo di M. Pelissero, I*l controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, pubblicato in questa *Rivista* in data 26 luglio 2011, il quale riproduce l'intervento al convegno "Pericolosità sociale e giustizia penale" organizzato dall'associazione Franco Bricola (25-26 marzo 2011) e in cui l'A. tiene conto anche della recente sentenza del Bundesverfassungsgericht. Per un'analisi dettagliata della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* e sulle specifiche ripercussioni della giurisprudenza europea sull'ordinamento tedesco, v. in particolare S. Porro, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco*, pubblicata in questa *Rivista* in data 18 novembre 2011.

92. Sent. 21 ottobre 2010, *Grosskopf c. Germania* (ric. 24478/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2011, p. 202.

93. Sent. 17 dicembre 2009, *M c. Germania* (ric. n. 9359/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, pp. 326-328.

94. Cfr., sul punto, sent. 13 gennaio 2011, *Haidn c. Germania* (ric. n. 6587/04), la quale esula dal periodo di trattazione.

Quanto alle ripercussioni sul diritto penale sostanziale italiano, la giurisprudenza europea in materia di misure di sicurezza sopra esaminata appare particolarmente significativa perché evidenzia la possibile incompatibilità con l'art. 5 § 1 lett. *a* Cedu della disciplina di cui al combinato disposto degli articolo 205 comma 2 n. 3 e 109 comma 2 c.p., secondo cui la dichiarazione di abitualità o professionalità nel reato e la conseguente applicazione della misura di sicurezza detentiva può avvenire in ogni tempo, anche dopo l'esecuzione della pena, in deroga al principio generale per il quale le misure di sicurezza si applicano dopo una sentenza di condanna.

4.2.1 Il principio di proporzione rispetto allo scopo legittimo di controllo e di riduzione della pericolosità

Giova, innanzitutto, ricordare come la giurisprudenza di Strasburgo consideri la privazione della libertà personale a seguito di sentenza di condanna in linea di principio ammissibile senza richiedere la dimostrazione della necessità della detenzione. Nondimeno, la privazione della libertà personale, come accennato, deve essere *proporzionata* rispetto allo scopo legittimo perseguito con la stessa. Per quel che concerne le misure di sicurezza detentive, dunque, è necessario che sussista una *ragionevole connessione tra le modalità dell'internamento e lo scopo di controllo e riduzione della pericolosità* del medesimo.

Sotto questo profilo, merita di essere ricordata, innanzitutto, la sentenza *De Schepperd c. Belgio*[95], in cui la Corte europea ha escluso una violazione dell'art. 5 § 1 lett. *a* Cedu sotto il profilo del principio di *proporzione*, affermando che le autorità belghe avevano intrapreso azioni adeguate ad assicurare al ricorrente *un trattamento adatto* al suo stato di delinquente sessuale e *diretto a ridurne la pericolosità*. I giudici europei hanno osservato come nel caso di specie le autorità penitenziarie avessero sottoposto il ricorrente a una pre-terapia psichiatrica in carcere e, inoltre, come esse avessero tentato ripetutamente di farlo ricoverare in una struttura psichiatrica privata, senza che ciò fosse possibile a causa della sua persistente pericolosità.

La sentenza citata presenta, inoltre, profili notevoli di interesse nella parte in cui la Corte – pur avendo escluso, come dicevamo, una violazione diretta dell'art. 5 § 1 Cedu sotto il profilo di una adeguata connessione tra modalità dell'internamento e scopo del medesimo – ha affermato che il Belgio doveva comunque considerarsi obbligato ad assumere nel prossimo futuro tutte le misure necessarie al fine di individuare delle strutture, pubbliche o private, in grado di prendersi carico degli autori di violenze sessuali contro i minori.

Nel caso *M. c. Germania*[96], invece, i giudici europei, nel riconoscere che la custodia di sicurezza deve considerarsi una pena sotto il profilo dell'art. 7 Cedu, hanno affermato, tra l'altro, come il trattamento offerto agli internati in custodia di sicurezza non sia caratterizzato in senso funzionale alla riduzione della pericolosità sociale e come esso non abbia contenuti specifici rispetto alla esecuzione della pena in senso formale[97].

Nella successiva sentenza *Grosskopf c. Germania*[98] – in cui il ricorrente aveva lamentato la violazione dell'art. 5 § 1 lett. *a* Cedu in relazione al principio di *proporzione*, affermando che il trattamento inflittogli non consentiva di distinguere la custodia di sicurezza da una pena in senso formale – la Corte ha, tuttavia escluso una violazione della norma in parola rilevando come la privazione della libertà personale del ricorrente doveva ritenersi *proporzionata* rispetto alle finalità specialpreventive perseguite con la medesima, in quanto il ricorrente stesso aveva sempre rifiutato di essere sottoposto a qualsiasi tipo di terapia durante la detenzione.

Le pronunce sopra esaminate – che dimostrano una certa attenzione della Corte nei confronti del trattamento concretamente offerto ai sottoposti a misure di sicurezza

95. Sent. 13 ottobre 2009, *De Schepperd c. Belgio* (ric. n. 27428), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, pp. 299-300, § 48.
96. Sent. 17 dicembre 2009, *M c. Germania* (ric. n. 9359/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, pp. 326-328.
97. Cfr. G. Abbadessa, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)*, in questa *Rivista.*
98. Sent. 21 ottobre 2010, *Grosskopf c. Germania* (ric. 24478/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2011, p. 202.

detentive – potrebbero andare verso un possibile riconoscimento da parte della giurisprudenza europea della necessità, sotto il profilo dell'art. 5 § 1 Cedu, di una differenziazione sul piano dei contenuti delle misure di sicurezza rispetto alla pena in senso formale, come da tempo sostenuto dalla dottrina italiana[99]. Ciò attraverso una maggiore valorizzazione dell'esigenza di rispettare il principio di proporzione della detenzione assicurando una connessione adeguata tra lo scopo della misura e le modalità di esecuzione della stessa.

5 La privazione della libertà personale al fine di ottenere l'adempimento di un obbligo giuridico (art. 5 § 1 lett. *b* Cedu)

Secondo la giurisprudenza consolidata di Strasburgo[100], il ricorso a strumenti coercitivi al fine di ottenere l'adempimento di determinate prestazioni processuali (ad esempio, l'accompagnamento coattivo di testimoni o periti che omettano di presentarsi senza un legittimo impedimento) è ammesso ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. *b* Cedu, a condizione che (a) si tratti dell'esecuzione di un obbligo giuridico specifico e concreto; (b) la privazione della libertà personale sia necessaria e proporzionata rispetto all'esigenza di assicurare l'esecuzione dell'obbligo in questione.

Nella sentenza *Gatt c. Malta*[101], del luglio 2010, la Corte ha fornito un'applicazione esemplare della sua consolidata giurisprudenza in tema di art. 5 § 1 lett. *b* Cedu in un caso di violazione degli obblighi derivanti dal provvedimento di concessione della *libertà dietro cauzione*. Il ricorrente, imputato in un procedimento per traffico di droga, veniva sottoposto a detenzione per un periodo di cinque anni e sei mesi per non aver pagato la somma di circa 23.000 euro, che gli era stato ordinato di versare a seguito della violazione degli obblighi derivanti dal provvedimento con cui in precedenza gli era stata concessa la libertà dietro cauzione. La Corte in quest'occasione ha riscontrato una violazione dell'art. 5 comma 1 lett. *b* Cedu, osservando come la *durata della detenzione* del ricorrente (5 anni e 6 mesi) fosse *manifestamente sproporzionata* rispetto all'obiettivo di assicurare il rispetto degli obblighi imposti con la liberazione su cauzione. In particolare, essa ha censurato la legge maltese nella parte in cui non distingue tra la violazione degli obblighi funzionali ad assicurare la presenza nel processo dell'imputato e quella degli altri obblighi (come ad es. il pagamento della cauzione), né prevede un limite massimo di durata per la detenzione applicabile nel caso in cui il condannato sia insolvente.

6 La privazione della libertà personale funzionale alla traduzione dinanzi all'autorità giudiziaria (art. 5 § 1 lett. *c*)

L'art. 5 § 1 lett. *c* Cedu consente di arrestare o porre in detenzione un individuo «per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente quando vi sono ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato o ci sono motivi fondati per ritenere necessario di impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso».

Giova, peraltro, rilevare come tale norma non possa giustificare l'adozione di misure di prevenzione detentive: innanzitutto, in tal caso la privazione della libertà personale del proposto non può essere ritenuta funzionale rispetto alla traduzione dell'interessato davanti all'autorità giudiziaria e, in secondo luogo, essa non può considerarsi giustificata dalla sussistenza di ragioni plausibili per sospettare che l'internato abbia commesso un reato né dall'esistenza di motivi fondati per ritenere necessario impedirgli di commettere un reato dal momento che, in entrambi i casi, deve trattarsi, secondo il diritto di Strasburgo, di un reato specificamente individuato, non di un generico rischio di recidiva[102].

99. Sul punto, G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale,* III ed., 2009, pp. 623-624.
100. Cfr. sul punto D.J. Harris- M. O' Boyle- C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 142-144.
101. Sent. 27 luglio 2010, *Gatt c. Malta* (ric. n. 28221/08).
102. Sent. 17 dicembre 2009, *M c. Germania* (ric. n. 9359/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, pp. 326-328, e precedenti ivi citati.

7 La privazione della libertà personale nei confronti dei minori (art. 5 § 1 lett. *d*)

Quanto alla privazione della libertà personale nei confronti dei minori, si segnala la sentenza *Ichin e altri c. Ucraina* [103], relativa alla sottoposizione di alcuni ragazzini, che avevano rubato cibo e stoviglie alla mensa della scuola, alla custodia cautelare in un centro correzionale per minori per un periodo di trenta giorni. La Corte europea, conformemente alla propria giurisprudenza consolidata[104], ha in questa occasione escluso che la privazione della libertà dei ricorrenti potesse rientrare nell'alveo dell'art. 5 § 1 lett. *d* Cedu dal momento che nel centro in parola non veniva svolta alcuna attività educativa.

8 La privazione della libertà personale in funzione di difesa sociale. In particolare le misure di sicurezza nei confronti dei soggetti non imputabili (art. 5 § 1 lett. *e* Cedu)

Nel diritto di Strasburgo[105] l'applicazione di misure di sicurezza detentive nei confronti dei soggetti non imputabili socialmente pericolosi è ammessa, ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. *e* Cedu[106], solo quando essa è *conforme* alla legge dello Stato e quando ricorrono i seguenti *presupposti*: (a) che l'internato sia stato riconosciuto infermo di mentre in base ad una perizia psichica effettiva, salvi i casi di urgenza; (b) che il disturbo psichico abbia natura e grado tali da giustificare e rendere necessaria e proporzionata in concreto la privazione della libertà personale rispetto all'esigenza di tutelare la sicurezza dell'internato e della collettività; (c) che tale disturbo persista per tutta la durata dell'internamento.

Così nella sentenza *Stojanovsky c. Macedonia*[107] la Corte ha affermato che generiche *esigenze di difesa sociale* non possono giustificare l'internamento in un ospedale psichiatrico giudiziario, allorché non sussista un disturbo psichico effettivo[108] (nella specie era stata negata la revoca della misura disposta nei confronti del ricorrente, poiché da alcune informative di polizia risultava che alcuni suoi compaesani avevano manifestato il timore di essere aggrediti durante le sue visite al villaggio, in esecuzione di permessi premio).

Perché l'applicazione di una misura di sicurezza nei confronti di un soggetto non imputabile possa considerarsi *proporzionata*, è altresì necessario che sussista una *connessione adeguata tra il luogo e le modalità dell'internamento* e lo scopo terapeutico del medesimo: con conseguente tendenziale illegittimità dell'esecuzione in un istituto penitenziario della detenzione di un infermo di mente[109]. Peraltro, nella sentenza *Grzegorz Jończyk c. Polonia*[110] la Corte europea ha escluso la violazione dell'art. 5 § 1 lett. *e* Cedu sotto questo profilo affermando che l'esecuzione del provvedimento di trasferimento del ricorrente, sospettato di maltrattamenti in famiglia e affetto da schizofrenia, da un istituto penitenziario ad un ospedale psichiatrico giudiziario, era stata ritardata a causa del procedimento giurisdizionale, instaurato su istanza del ricorrente stesso, e rivolto ad accertare la legittimità del suddetto provvedimento.

9 Il trattenimento dello straniero nelle more del procedimento di espulsione (art. 5 comma 1 lett. *f* Cedu)

All'interno del sistema convenzionale, l'art. 5 § 1 lett. *f* Cedu prevede un'eccezione al diritto alla libertà personale «se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare irregolarmente nel territorio o contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione», assicurando agli Stati membri il diritto di controllare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri nel territorio nazionale.

La giurisprudenza di Strasburgo considera il trattenimento dello straniero nelle more

103. Sent. 21 dicembre 2010, *Ichin e altri c. Ucraina* (ric. n. 28189/04, 28192/04).
104. D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 151.
105. Sui presupposti della detenzione dei c.d. infermi di mente, cfr., per tutti, sent. 24 ottobre 1979, *Winterwerp* c. , Paesi Bassi, § 39 ss.
106. Non è ammessa l'applicazione di misure di sicurezza nei confronti di soggetti prosciolti per difetto di imputabilità ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. *a* Cedu, in assenza del necessario presupposto di una sentenza di condanna.
107. Sent. 2 ottobre 2009, *Stojanovsky c. Macedonia* (ric. n. 1431/03), § 31.
108. Nello stesso senso, cfr. nel triennio in esame, sent. 18 novembre 2010, *Baudoin c. Francia* (ric. n. 35935/03).
109. Il principio è stato affermato per la prima volta nella sent. 28 maggio 1985, *Ashingdane c. Regno Unito* (ric. n. 8225/78).
110. Sent. 3 dicembre 2010, *Grzegorz Jończyk c. Polonia* (ric. n. 19789/08).

del procedimento di espulsione in linea di principio ammissibile sulla base dell'art. 5 § 1 lett. *f* Cedu, senza richiedere la dimostrazione da parte dello Stato della *necessità* della detenzione rispetto ad un effettivo pericolo di fuga ovvero di commissione di reati da parte del medesimo[111].

Da vari precedenti in tema di art. 5 § 1 lett. *f* Cedu[112], tuttavia, si evince che la privazione della libertà dello straniero debba essere *proporzionata* rispetto allo scopo legittimo di eseguire l'espulsione o l'estradizione (oppure di impedire l'ingresso irregolare sul territorio). In questo senso, la giurisprudenza europea richiede che le autorità nazionali agiscano in buona fede; che la detenzione si protragga esclusivamente per il tempo strettamente necessario ad eseguire l'allontanamento e, infine, che sussista una connessione conveniente tra il luogo e le modalità della detenzione e lo scopo della medesima, con la conseguenza che dovrebbe considerarsi illegittima l'esecuzione in un istituto penitenziario di una detenzione finalizzata all'espulsione[113].

Quello del trattenimento degli stranieri è uno dei settori in cui, nel triennio in esame, si sono registrati alcuni importanti mutamenti nella giurisprudenza di Strasburgo.

Nella sentenza *Tabesh c. Grecia*[114] la Corte ha, innanzitutto, precisato che la detenzione dello straniero diviene *sproporzionata* rispetto allo scopo legittimo di eseguire l'allontanamento dello straniero allorché *lo Stato ometta di attivarsi con la doverosa diligenza* per creare le condizioni che rendono possibile l'espulsione.

Il ricorrente, un cittadino afgano, si doleva di essere stato trattenuto in un centro di permanenza temporanea per un periodo di tre mesi, durante i quali le autorità greche non avevano intrapreso alcun tipo di attività per ottenere da quelle afgane il rilascio dei documenti necessari per l'espatrio. La Corte ha riscontrato in quest'occasione una violazione dell'art. 5 § 1 lett. *f* Cedu sotto il profilo del principio di proporzione, affermando che tre mesi di detenzione amministrativa rappresentavano un periodo eccessivo rispetto alle attività che il governo greco avrebbe dovuto intraprendere per accordarsi con il Paese di origine del ricorrente al fine di consentire il rimpatrio.

Secondo quanto affermato dalla grande camera nella già citata sentenza *A e altri c. Regno Unito*[115], poi, la detenzione dello straniero deve considerarsi *sproporzionata* quando *non esiste alcuna prospettiva ragionevole di eseguire l'allontanamento*, per motivi di ordine giuridico o per altre ragioni.

In particolare, i giudici europei hanno escluso che la detenzione dei ricorrenti, cittadini stranieri sospettati di svolgere attività terroristica, potesse essere ricondotta all'ambito di applicazione dell'art. 5 § 1 lett. *f* Cedu, dal momento che essi non potevano essere allontanati dal territorio nazionale in forza del *divieto discendente dall'art. 3 Cedu* di eseguire l'espulsione dello straniero in presenza di un rischio concreto che questi possa essere sottoposto nel paese di destinazione a tortura, o a trattamenti inumani o degradanti[116].

E ancora nella sentenza *Mikolenko c. Estonia*[117], la Corte europea ha riconosciuto una violazione della norma in parola, in relazione al trattenimento del ricorrente nel corso della procedura di espulsione, per un periodo di tempo di quasi quattro anni, alla luce *dell'impossibilità per le autorità nazionali di procurarsi i documenti necessari per*

111. Sull'esclusione della necessità del trattenimento dello straniero rispetto ad un effettivo pericolo di fuga o al pericolo di recidiva, v., tra le molte, sent. 25 ottobre 1996 (grande camera), *Chahal c. Regno Unito* (ric. n. 22414/93), § 112.

112. In riferimento al principio di proporzione della privazione della libertà personale dello straniero nelle more del procedimento di espulsione rispetto allo scopo legittimo di eseguire rapidamente l'allontanamento del medesimo, v., tra le molte, sent. 25 ottobre 1996 (grande camera), *Chahal c. Regno Unito* (ric. n. 22414/93).

113. In questo senso si sono espressi L. Masera-F. Viganò, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2010, p. 567.

114. Sent. 26 novembre 2009, *Tadesch c. Grecia*, (ric. n. 8256/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 310

115. Sent. 19 febbraio 2009 (grande camera), *A e altri* (ric. n. 3455/05).

116. Sui limiti all'esecuzione dell'espulsione derivanti dall'art. 3 Cedu, cfr. A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu),* in questa *Rivista*.

117. Sent. 8 ottobre 2009, *Mikolenko c. Estonia* (ric. n. 10664/05).

eseguire l'allontanamento: infatti, in assenza del consenso dell'interessato, il quale si rifiutava categoricamente di collaborare, le autorità russe non erano autorizzate a rilasciare tali documenti a quelle estoni. Secondo i giudici europei, poi, la privazione della libertà personale del ricorrente doveva considerarsi sproporzionata anche alla luce del fatto che le autorità estoni avrebbero potuto applicare nei confronti del ricorrente delle *misure coercitive meno afflittive* rispetto alla privazione della libertà personale, al fine di assicurare l'adempimento dell'obbligo di lasciare il territorio dello Stato. E in particolare essi hanno osservato come, dopo il suo rilascio nell'ottobre 2007, il ricorrente era stato efficacemente sottoposto all'obbligo di presentarsi ad intervelli di tempo ragionevoli ad un apposito organo di sorveglianza[118].

Con tale precisazione, i giudici europei sembrano aver affermato, in termini peraltro fino ad ora mai così espliciti, il principio per cui il trattenimento dello straniero nel corso della procedura di espulsione possa considerasti legittimo solo quando altre misure mene afflittive della libertà non siano altrettanto efficaci rispetto allo scopo di eseguire rapidamente l'allontanamento. Sotto quest'ultimo profilo, si segnala, tuttavia, la *dissenting opinion* del giudice Maruste, il quale ha ritenuto ammissibile il trattenimento del ricorrente sottolineando tra l'altro come il diritto di Strasburgo consideri legittima la detenzione dello straniero nelle more del procedimento di espulsione, senza richiedere, a differenza di quanto vale nelle altre ipotesi di detenzione legittima contemplate dall'art. 5 § 1 Cedu, la dimostrazione da parte dello Stato membro della necessità della privazione della libertà personale. A tale osservazione pare, comunque, facilmente obiettabile che il trattenimento dello straniero nelle more del procedimento di espulsione debba essere concepito come misura di *ultima ratio* alla luce del principio di proporzione che vale per tutti i casi di privazione della libertà previsti dall'art. 5 § 1 Cedu.

Sempre con riferimento all'impossibilità per le autorità di procurarsi i documenti necessari per eseguire l'espulsione, si segnala la sentenza *Raza c. Bulgaria*[119], in cui la Corte ha effettuato un'importante precisazione in merito alla necessità di operare una distinzione tra i casi in cui il trattenimento dello straniero viene prorogato perché il suo allontanamento risulta impedito dai procedimenti giurisdizionali volti ad accertarne la legittimità[120] e i casi, come quello di specie, in cui l'unico ostacolo all'esecuzione è rappresentato dall'impossibilità di ottenere i documenti per eseguire l'espulsione ove il trattenimento dello straniero deve considerarsi sproporzionato rispetto allo scopo di eseguire l'espulsione e, quindi, illegittimo.

Peraltro, nel riconoscere l'illegittimità del trattenimento del ricorrente, la Corte, in aggiunta alla circostanza che le autorità nazionali non avevano posto in essere tutte le attività necessarie per ottenere dalle autorità pachistane i documenti necessari per l'espulsione, ha sottolineato anche il fatto che esse non avessero preso in considerazione la possibilità di espellere il ricorrente verso un altro paese, disposto ad accoglierlo, né quella di adottare altre misure coercitive meno afflittive del trattenimento ed altrettanto efficaci rispetto allo scopo di eseguire l'espulsione.

> La giurisprudenza europea in materia di tutela della libertà personale dello straniero durante la procedura di rimpatrio ha un'importanza cruciale per il nostro Paese, alla luce del decreto legge n. 89 del 2011 "Disposizioni urgenti per la completa attuazione della Direttiva 2004/38/Ce e per il recepimento della Direttiva 2008/115/CE", promulgato dal Capo dello Stato e quindi pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 23 giugno 2011 ed entra in vigore a decorrere dal 24 giugno 2011, il quale apporta modifiche

118. Ibid., § 67.

119. Sent. 11 febbraio 2010, *Raza c. Bulgaria* (ric. n. 31465/08).

120. Si tratta del caso , sent. 25 ottobre 1996 (grande camera), *Chahal c. Regno Unito* (ric. n. 22414/93), in cui la Corte ha escluso la violazione dell'art. 5 § 1 lett. *f* Cedu in relazione al trattenimento del ricorrente per quasi cinque anni nel corso del procedimento di espulsione perché le autorità nazionali si erano attivate diligentemente per creare le condizioni che rendessero possibile l'esecuzione dell'espulsione, ma questa non era stata possibile stante la necessità di accertare in via giurisdizionale la legittimità del provvedimento di espulsione. Cfr., sul punto, D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 162-163.

significative alla disciplina amministrativa e penale in materia di espulsione degli extracomunitari dal territorio dello Stato, in risposta alla sentenza *El Dridi* resa della Corte di giustizia lo scorso aprile[121]. Tra le principali novità si segnalano, per quel che qui interessa, il prolungamento fino a diciotto mesi del termine massimo di trattenimento degli immigrati nei C.I.E; in secondo luogo e la previsione di misure alternative al trattenimento nel C.I.E. per lo straniero irregolare che non sia pericoloso, quali la consegna del passaporto o altro documento equipollente, l'obbligo di dimora e l'obbligo di presentazione presso gli uffici della forza pubblica. La violazione delle misure viene punita con la multa da 3.000 a 18.000 euro (il reato è attribuito alla competenza del giudice di pace).

Conviene, peraltro, precisare che la valutazione in merito all'*adeguatezza delle condizioni del trattenimento* dello straniero in appositi centri in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione o della definizione del procedimento per la concessione dell'asilo politico viene sempre più spesso effettuata nella giurisprudenza europea con riferimento all'art. 3 Cedu, e non con riferimento all'art. 5 § 1 Cedu[122]. Sotto questo profilo, meritano menzione le sentenze *S.D. c. Grecia*[123], *A.A. c. Grecia*[124] e *Tabesh c. Grecia*[125], l'ultima delle quali resa – a differenza delle altre – in relazione a una vicenda che vedeva protagonista non un richiedente asilo ma un migrante economico, entrato clandestinamente in Grecia.

9.1 Il trattenimento dello straniero nelle more del procedimento di asilo

Nella sentenza *Saadi c. Regno Unito* del 2008[126], la grande camera ha esaminato, per la prima volta, la questione della legittimità della privazione della liberta personale dello straniero nel corso del procedimento di asilo alla luce della prima parte dell'art. 5 § 1 lett. *f* Cedu (che autorizza l'arresto e la detenzione dello straniero per impedire l'ingresso clandestino nel territorio nazionale).

Prima di esaminare le affermazioni di carattere generale rese dalla Corte nella pronuncia in commento, pare opportuno soffermarsi brevemente sulle vicende dalle quali essa è scaturita.

Il ricorrente – fuggito dal Kurdistan iracheno – giunto all'aeroporto londinese di Heathrow, si presentava spontaneamente alla polizia chiedendo asilo politico. Le autorità inglesi gli rilasciavano un permesso di soggiorno temporaneo, che veniva rinnovato per tre giorni consecutivi durante i quali ogni mattina il ricorrente si presentava volontariamente all'aeroporto per trattare la richiesta di asilo. Il terzo giorno, però, al fine di velocizzare il procedimento per il riconoscimento dello *status* di rifugiato politico, egli veniva coattivamente trasferito in un centro di permanenza temporanea, dove restava per sette giorni.

Ad avviso della maggioranza dei giudici, come poc'anzi accennato, il trattenimento del ricorrente doveva considerarsi fondato *sull'esigenza di impedire l'ingresso irregolare del medesimo nel territorio inglese*, dal momento che il richiedente asilo politico – al pari di un immigrato ordinario – risulta in attesa di un'autorizzazione a fare ingresso e a permanere sul territorio dello Stato[127].

Ciò posto, la grande camera – confermando la precedente pronuncia della Corte a

121. Per un analisi approfondita del d.l., cfr. A Natale, *La direttiva 2008/115/CE, il decreto legge di attuazione n. 89/2001, prime riflessioni a caldo,* pubblicato in questa rivista in data 24 giugno 2011.
122. Sul punto, approfonditamente cfr. A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu), cit.*
123. Sent. 11 giugno 2009, *S.D. c. Grecia* (ric. n. 53541/07).
124. Sent. 22 luglio 2010, *A.A. c. Grecia* (ric. n. 12186/08).
125. Sent. 26 novembre 2009, *Tabesh c. Grecia* (ric. n. 8256/07).
126. Sent. 29 gennaio 2008 (grande camera), *Saadi c. Regno Unito* (ric. n. 13229/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 351-352
127. *Saadi*, cit., § 75 in cui si sottolinea come la richiesta di asilo e il permesso temporaneo di soggiorno non siano equiparabili all'autorizzazione dello Stato a entrare sul territorio.

sezioni semplici[128] – ha escluso, per undici voti contro sei, la violazione dell'art. 5 § 1 lett. *f* Cedu. Nella valutazione della legittimità del trattenimento del ricorrente, i giudici hanno fatto riferimento ai principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia di detenzione dello straniero nelle more del procedimento di espulsione: e in particolare, hanno ritenuto che le autorità inglesi avessero agito in buona fede, dato che il trattenimento del ricorrente nel centro di permanenza temporanea era, appunto, finalizzato ad assicurare una rapida trattazione della richiesta di asilo. Inoltre, essi hanno rilevato che le condizioni della detenzione (sotto il profilo ricreativo, religioso, medico e anche dell'assistenza legale) erano adeguate allo *status* di richiedente asilo politico del ricorrente, e, infine, che la durata della detenzione (sette giorni) non era stata irragionevole, tenuto conto delle grandi difficoltà incontrate dal Regno Unito nel fronteggiare il numero elevatissimo di richieste d'asilo.

Presenta, tuttavia, notevoli profili di interesse la *dissenting opinion* dei giudici Rozakis, Tulkens, Kovler, Hayiyev, Spielmann e Hirvelä, i quali hanno obiettato, innanzitutto, che l'equiparazione tra immigrati ordinari e richiedenti asilo politico è contraria al principio fondamentale del diritto internazionale secondo cui la richiesta di asilo comporta immediatamente la legittimità del soggiorno nel territorio[129] e, in secondo luogo, hanno rilevato come la norma convenzionale autorizza esclusivamente la detenzione dello straniero quando è necessaria a prevenire l'ingresso clandestino nel territorio, e non quando essa sia funzionale a mere esigenze amministrative, come quella, perseguita dalle autorità inglesi nel caso di specie, di garantire una procedura più celere per la decisione sulla richiesta di asilo.

La questione della legittimità del trattenimento del richiedente asilo politico resta estremamente *problematica*: se, da un lato, le fonti internazionali sembrano escludere tale possibilità, dall'altro, la Corte europea sembra invece propensa a ritenere consentito il trattamento dello straniero nel corso del procedimento di asilo ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. *f* Cedu[130].

10 Gli obblighi di tutela della libertà personale

La più recente giurisprudenza di Strasburgo ha enucleato in capo agli Stati membri una serie di obblighi positivi di tutela della libertà personale: in generale, si tratta di misure volte a prevenire una violazione sostanziale dell'art. 5 § 1 Cedu, evitando che l'individuo venga illegittimamente privato della libertà[131].

Sulle autorità statali incombe, innanzitutto, l'obbligo di proteggere l'individuo dall'arresto o dalla detenzione illegittime, documentando l'applicazione di qualsiasi provvedimento privativo della libertà con l'indicazione della data, dell'ora e del luogo di inizio della privazione della libertà, dei motivi che la giustificavano e dei nomi delle persone che ne sono responsabili. Si tratta di un orientamento consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo a partire dalla sentenza *Kurt c. Turchia* del 1998[132], dove la Corte europea ha per la prima volta affermato che il mancato riconoscimento da parte delle autorità statali dell'avvenuta detenzione di una persona (*unacknowledged detention*) costituisce una totale negazione e perciò una violazione estremamente grave dell'art. 5 § 1 Cedu.

128. Sent. 11 luglio 2006, *Saadi c. Regno Unito* (ric. n. 13229/03).
129. Si vedano in particolare gli artt. da 31 a 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* dei rifugiati.
130. Sul punto, si segnalano due sentenze del 2011 che esulano dal periodo di riferimento della presente *Rassegna:* e in particolare, nella sentenza *M.S.S. c. Grecia e Belgio* (ric. n. 30696/09), pubblicata in questa *Rivista* in data 9 maggio 2001, con nota di L. Beduschi, *Immigrazione e diritto di asilo: un'importante pronuncia della Corte di Strasburgo mette in discussione le politiche dell'Unione Europea*, la grande camera ha riconosciuto la compatibilità del trattenimento di un richiedente asilo politico afghano con l'art. 5 § 1 Cedu e ha riconosciuto, invece, la violazione dell'art. 3 Cedu sotto il profilo delle condizioni del trattenimento; nella successiva sentenza 7 giugno, *R.U. c. Grecia* (ric. n. 2237/08) la Corte europea ha riconosciuto, invece, la violazione dell'art. 5 § 1 Cedu, affermando che il trattenimento del richiedente asilo politico era contrario alla legislazione internazionale e nazionale.
131. Sul punto, cfr. A. R. Mowbray, *The development of positive obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights,* cit, 68-79.
132. Cfr. sent. 25 maggio 1998, *Kurt c. Turchia* (ric. n. 24276/94).

Nel triennio 2008–2010, la Corte ha riconosciuto una violazione sostanziale dell'art. 5 § 1 Cedu in relazione alla mancata documentazione da parte delle autorità russe dell'arresto e della detenzione del ricorrente nella già citata sentenza *Iskandarov c. Russia*[133] del settembre 2010 in tema di *etraordinary renditions*. Nel caso di specie, come si ricorderà, il ricorrente, un leader dell'opposizione tagika, veniva prelevato e condotto in Tagikistan dalle forze dell'ordine russe, senza che la sua detenzione fosse documentata in alcune registro ufficiale.

Sempre sul terreno degli obblighi di protezione a fronte di privazioni arbitrarie della libertà personale da parte delle autorità statali, si segnalano i numerosi casi di *"sparizioni" di cittadini ceceni*, prelevati di forza dalle loro abitazioni da parte dei militari russi per non farvi ma più ritorno, in cui i ricorrenti, oltre alla violazione dell'art. 5 § 1, lamentavano anche la violazione degli artt. 2 e 3 Cedu. I giudici di Strasburgo in tali occasioni hanno reputato integrata una violazione sostanziale dell'art. 5 § 1 Cedu, ritenendo che lo Stato russo non avesse adottato misure efficaci a prevenire la scomparsa del detenuto durante la custodia cautelare in carcere, tra l'altro documentando adeguatamente l'arresto e la detenzione[134].

La giurisprudenza europea più recente[135] ha elaborato un'ulteriore categoria di obblighi positivi che riguarda la protezione dalla privazione illegittima della libertà personale da parte dei privati cittadini (*private detention*). In tal caso la verifica effettuata dal giudice europeo è se, al momento del fatto, le autorità statali *fossero o avrebbero potuto essere a conoscenza di un pericolo effettivo ed immediato per la libertà personale della vittima*: lo *standard* richiesto, dunque, è quello della semplice colpa.

Delle pronunce dell'ultimo triennio rientra in quest'ultima categoria la sentenza *Rantsev c. Cipro e Russia* [136] del gennaio 2010.

Il ricorrente, un cittadino russo, è il padre di una giovane ragazza deceduta in circostanze misteriose mentre si trovava a Cipro, con un permesso di soggiorno regolare per artisti. La ragazza, pochi giorni dopo la sua assunzione in un *cabaret*, aveva abbandonato il lavoro e annunciato al padre la sua volontà di fare ritorno a casa. Nottetempo, però, il suo datore di lavoro, l'aveva condotta presso una stazione di polizia per denunciare il suo stato di clandestinità e farne ordinare il rimpatrio obbligatorio. La polizia cipriota, rilevata la regolarità del permesso di soggiorno della ragazza, aveva nondimeno deciso di affidarla all'uomo e gli ordinava di ripresentarsi l'indomani per accertamenti più approfonditi. L'uomo conduceva quindi la ragazza presso la sua abitazione, ma poco dopo la giovane donna era stata ritrovata morta sulla strada sottostante l'abitazione in corrispondenza di una finestra dal quale era appeso un lenzuolo.

Preliminarmente, la Corte ha osservato come il trasferimento e il trattenimento della giovane donna presso l'abitazione privata di proprietà dell'uomo fosse equivalsa di fatto ad una privazione (seppur breve) della libertà personale della medesima. Nel valutare la responsabilità delle autorità statali in relazione alla privazione della libertà personale realizzata da un privato, la Corte ha poi rilevato come la polizia avesse di fatto *contribuito* alla detenzione della donna, affidando la stessa al suo datore di lavoro. Ad avviso della Corte, poi, l'affidamento era stato arbitrario (poiché non giustificato da nessuno dei casi tassativi di cui all'art. 5 § 1 Cedu in quanto la donna era maggiorenne e perché essa era perfettamente in grado di provvedere a se stessa) e, comunque, illegittimo (perché privo di base legale nell'ordinamento interno dato che la donna era in possesso di un permesso di soggiorno regolare). Conseguentemente, i giudici europei hanno condannato Cipro per la violazione sostanziale dell'art. 5 § 1 Cedu, affermando che lo Stato era venuto meno all'obbligo positivo di tutela da privazioni arbitrarie della

133. Sent. 23 settembre 2010, *Iskandarov c. Russia* (ric. n. 17185/05), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2010, p. 1873. Sul punto *infra* § 3.
134. Cfr. ad esempio, *ex multis*, sent. 25 settembre 2008, *Akhmadova e Akhamadov c. Russia* (ric. n. 20755/04), § 95-98, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2008, 1701.
135. Cfr. sent. 14 ottobre 1999, *Riera Blaume c. Spagna* (ric. n. 37680/97); sent. 16 giugno 2005, *Storck c. Germania* (ric. n. 61603/00).
136. Sent. 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia* (ric. n. 25965/04), in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2010, p. 746.

libertà personale.

11 Gli obblighi procedurali a fronte della scomparsa di una persona durante la detenzione

Laddove manchi la piena prova di una violazione sostanziale dell'art. 5 § 1 Cedu, è possibile che lo Stato convenuto venga chiamato a rispondere per la *violazione procedurale* di detta norma.

La Corte europea ha, infatti, ricavato dalla norma in parola (in particolare dal diritto alla sicurezza), una serie di obblighi procedurali, che si possono compendiare nell'obbligo di far luce su asserite violazioni dell'art. 5 § 1 Cedu[137].

A ben vedere, si tratta di un'elaborazione giurisprudenziale piuttosto recente che esporta nell'ambito di applicazione dell'art. 5 § 1 Cedu dei principi che costituiscono un orientamento ormai consolidato con riferimento agli artt. 2, 3 e 4 Cedu, senza tuttavia raggiungere il livello di approfondimento che caratterizza la giurisprudenza della Corte in materia di diritto alla vita e di divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti nonché di divieto di schiavitù. E in particolare, accade spesso che la Corte condanni gli Stati membri per la violazione degli obblighi procedurali promananti dall'art. 5 § 1 Cedu laddove abbia previamente ravvisato una violazione procedurale dell'art. 2 Cedu, limitandosi a richiamare *in toto* le argomentazioni sviluppate con riferimento a tale profilo[138].

In caso di *scomparsa di una persona durante la detenzione*, il diritto di Strasburgo impone alle autorità statali l'obbligo di avviare *prontamente* un'inchiesta che deve essere *efficace, indipendente e approfondita*.

Peraltro, tale obbligo sorge solo a seguito di una *denuncia adeguatamente motivata* circa l'arresto di una persona da parte delle autorità statali e la sua successiva scomparsa[139]. In questo senso si è espressa nel triennio in esame anche la grande camera nella sentenza *Varnava e altri c. Turchia*[140]. Nel caso di specie la Corte ha riconosciuto la violazione procedurale dell'art. 5 § 1 Cedu, perché le autorità turche omettevano di attivare un inchiesta sulla scomparsa di nove cittadini ciprioti, arrestati e detenuti dall'esercito turco nell'estate del 1974, durante l'occupazione della parte settentrionale di Cipro da parte della Turchia, a seguito delle *molteplici denunce* presentate dai familiari delle vittime nell'arco di diversi anni.

Tra le numerose sentenze del triennio in esame in cui la Corte europea ha ravvisato una violazione procedurale dell'art. 5 § 1 Cedu, si segnala la pronuncia *Akhmadova e Akhamadov c. Russia*[141], in cui i ricorrenti lamentavano che il loro figlio maggiore era stato arrestato da parte di un commando di soldati russi durante un'operazione di sicurezza in Cecenia e che, da allora, non avevano più avuto sue notizie. In quest'occasione la Corte ha riscontrato, oltre ad una violazione sostanziale dell'art. 5 § 1 Cedu sotto il profilo dell'assenza di una base legale nell'ordinamento interno dell'arresto e della successiva detenzione del giovane, anche una violazione procedurale della norma convenzionale per il difetto di diligenza nelle indagini svolte da parte delle autorità inquirenti a seguito della denuncia da parte dei ricorrenti della scomparsa del figlio, difetto di diligenza che aveva comportato l'archiviazione del procedimento per mancata identificazione dei responsabili dell'arresto.

137. Cfr. A. R. Mowbray, *The development of positive obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights,* cit, pp. 68-79.

138. Tale percorso motivazionale viene, ad esempio, impiegato dalla Corte nei casi di *"sparizioni" di cittadini ceceni*, prelevati di forza dalle proprie abitazioni dai soldati russi per non farvi mai più ritorno, da ultimo cfr.: sent. 1 aprile 2010, *Mutsolgova e altri c. Russia* (ric. n. *2952/06);* sent.8 aprile 2010, *Mudayevy c. Russia* (ric. n. 33105/05).

139. Cfr. sent. 25 maggio 1998, *Kurt c. Turchia* (ric. n. 24276/94), § 124; e sent. 8 luglio 1999, *Çakici c. Turchia,* (ric. n. 23657/94), § 105-107.

140. Sent. 18 settembre 2009 (grande camera), *Varnava e altri c. Turchia* (ric. n. 16064/90), §§ 208–209 in *Riv. it. proc. pen.,* 2009, pp. 1958-1959, che conferma sent. 10 gennaio 2008 (ric. n. 16064/90).

141. Sent. 25 settembre 2008, *Akhmadova e Akhamadov c. Russia* (ric. n. 20755/04), § 95-98, in *Riv. it. proc. pen.*, 2008, pp. 1701-1702.

Giorgio Abbadessa

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 CEDU)

Sommario

1. Premessa. Ambito di applicazione dell'art. 7 Cedu. La nozione convenzionale di materia penale. – 2. Legalità dei reati e delle pene. In particolare, la base legale di diritto internazionale. – 3. La base legale di diritto nazionale: accessibilità e prevedibilità dei reati e delle pene. – 4. L'irretroattività della "legge" penale. In particolare, l'irretroattività della "pena". – 5. La retroattività della "legge penale" più favorevole. – 6. Legalità penale e colpevolezza.

1 Premessa. Ambito di applicazione dell'art. 7 Cedu. La nozione convenzionale di materia penale

La Corte europea da tempo utilizza una nozione sostanziale di materia penale e, dunque, di reato e di pena. I criteri utilizzati dalla Corte per stabilire se ci si trovi di fronte ad un reato o ad una pena ai sensi della Convenzione europea sono alternativi e non rilevano se l'illecito o la misura sanzionatoria sono già considerati "penali" nell'ordinamento dello Stato convenuto: lo scopo della nozione sostanziale di materia penale è, infatti, assicurare la massima estensione delle garanzie convenzionali annullando gli effetti di un'eventuale "frode delle etichette". La giurisprudenza convenzionale alla quale riferirsi per l'elaborazione di tali criteri è quella relativa non tanto all'art. 7, quanto soprattutto all'art. 6 Cedu, che tra l'altro regola le garanzie processuali penali ricollegandole all'esistenza di un'accusa per un *reato*, ciò che rende necessario stabilire quando ci si trovi di fronte ad una simile evenienza.

Pertanto, la natura "sostanzialmente penale" dell'illecito che venga alla volta in rilievo è valutata sulla base della qualificazione giuridica di esso più diffusa a livello europeo, sulla base della struttura del precetto, che deve riguardare la generalità dei consociati e non solo determinati gruppi di persone, sulla base del tipo di disciplina procedurale che del precetto regola l'applicazione e, infine, sulla base della natura della sanzione che assiste l'illecito stesso.

Per quanto concerne la nozione di "pena", particolare importanza assumono il legame della misura nazionale con la condanna per un'infrazione e la natura e lo scopo della misura stessa, che deve essere punitivo (o repressivo) e dissuasivo. Ulteriori criteri sostanziali che intervengono a definire la "pena" ai sensi della Convenzione europea sono, poi, la gravità della misura nazionale e le contestuali procedure di adozione ed esecuzione.

Secondo queste coordinate, restano fuori dalla nozione convenzionale di "pena" le misure (quantomeno ritenute) a scopo special-preventivo – nel gergo della Corte europea, a scopo preventivo *tout court* [1] – e dunque, con riferimento al contesto italiano, le misure di prevenzione, che del resto nemmeno prevedono tra i propri presupposti la

1. Cfr. la sentenza 17 dicembre 2009, *Bouchacourt c. Francia* (ric. n. 5335/06), a proposito dell'inflizione retroattiva della misura nazionale consistente nell'iscrizione del nome del ricorrente nel *fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles et violentes*. La Corte europea non ha ravvisato alcuna violazione dell'art. 7 Cedu, ritenendo che la misura avesse come scopo principale quello di impedire la recidiva.

pronuncia di una condanna, e le misure di sicurezza[2].

Con riguardo a queste ultime, tuttavia, significative aperture della Corte verso l'allargamento della nozione di "pena" possono ravvisarsi nella sentenza *M. c. Germania* [3]. Nel caso veniva in rilievo l'applicazione retroattiva del nuovo e più duro regime di durata della misura personale detentiva della custodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*: v. *infra*, n. 4). I giudici di Strasburgo, ciò nondimeno, sono giunti a considerare tale misura una vera e propria "pena", da un lato rilevando che nel caso di specie la *Sicherungsverwahrung* era stata inflitta a seguito di una condanna e ravvisando nella misura un compresente scopo dissuasivo; dall'altro, verificando il concreto trattamento generalmente offerto agli internati, che non poteva dirsi caratterizzato in senso funzionale alla riduzione della pericolosità sociale e che, dunque, non consentiva di distinguere la misura da una pena in senso formale. La sentenza si segnala per la particolare attenzione riservata dalla Corte europea alla natura afflittiva della misura, che anche da un punto di vista astratto è apparsa alla Corte in tutto simile a una pena, comportando la privazione della libertà personale.

Nella sentenza *Gurguchiani c. Spagna* [4], la misura dell'espulsione ordinata *in sostituzione* della pena detentiva è stata considerata "pena" ai sensi della Convenzione. Nel caso, che concerneva l'applicazione retroattiva del nuovo e più duro regime della misura sostitutiva (v. *infra*, n. 4), la Corte europea si è riferita ancora una volta allo stretto nesso che si è ritenuto sussistere tra l'espulsione e la pena, e dunque la condanna. Ciò, tuttavia, non deve indurre a ritenere pacifica, nella giurisprudenza di Strasburgo, la riconduzione al concetto di "pena" dell'espulsione che interessi il *condannato* straniero. È utile ricordare, a questo proposito, l'opinione concordante del giudice Myjer, che per giustificare il proprio voto sembra puntare sulla tecnica del *distinguishing* richiamando tra le altre una sentenza assai significativa per la materia che ci occupa: la sentenza 5 ottobre 2000, Maaouia c. Francia. In quella pronuncia, la Corte europea aveva escluso che l'espulsione ordinata a titolo di pena *complementare* potesse essere considerata "pena" in senso convenzionale, restando così precluso il sindacato sulla base dell'art. 6 Cedu: il fatto che simile misura fosse stata decisa nel quadro di un processo penale non poteva cambiare, secondo la Corte, il carattere essenzialmente preventivo della misura stessa.

Nel caso *Sud Fondi e altri c. Italia*[5], la Corte, confermando sul punto la decisione di ricevibilità del 30 agosto 2007, ha ritenuto vera e propria "pena" la confisca "urbanistica" prevista dal d.p.r. n. 380/2001 e applicata dai giudici nazionali nonostante l'assoluzione dall'accusa di lottizzazione abusiva per ignoranza inevitabile della legge penale: dall'analisi del contenuto della misura nazionale – che nel caso concreto aveva operato colpendo l'85% dei terreni non costruiti e, quindi, in assenza di un reale pericolo per il paesaggio – era emersa una funzione ibrida della confisca urbanistica, in parte preventiva e in parte repressiva.

Secondo la giurisprudenza della Corte europea, le garanzie dell'art. 7 della Convenzione non riguardano la legge processuale. La nozione di "materia penale", poi, non ricomprende nemmeno l'esecuzione della pena. Così, con la sentenza *Kononov c. Lettonia*[6], la Corte ha avuto modo di ricordare che la disciplina della prescrizione è da considerare legge processuale, e dunque non è coperta dalla legalità penale convenzionale, pur dovendosi comunque ritenere che l'art. 7 Cedu faccia salva la prescrizione già intervenuta. Con la sentenza *Kafkaris c. Cipro* [7], la liberazione condizionale è stata considerata semplice esecuzione della pena.

2. Sul punto, A. Bernardi, sub *Art. 7 CEDU (Nessuna pena senza legge)*, in S. Bartole, B.Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, pp. 249 ss., in particolare 274 s.
3. Sent. 17 dicembre 2009, *M. c. Germania* (ric. n. 19359/04).
4. Sent. 15 dicembre 2009, *Gurguchiani c. Spagna* (ric. n. 16012/06).
5. Sent. 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia* (ric. n. 75909/01).
6. Sent. 24 luglio 2008, *Kononov c. Lettonia* (ric. n. 36376/04).
7. Sent. 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro* (ric. n. 21906/04).

Peraltro, la Corte riconosce che la distinzione tra "pena" e sua esecuzione, e più in generale tra discipline che attengono alla "pena" e discipline che invece non vi attengono, non è sempre netta nella pratica. A questo proposito, di grande interesse è la sentenza *Scoppola c. Italia* [8], con la quale la Corte europea ha ricondotto l'art. 442 c. 2 c.p.p., che stabilisce gli sconti di pena in caso di scelta del rito abbreviato, alla sfera di operatività dell'art. 7 Cedu. Sul punto la Corte europea ha motivato osservando che la disposizione, nonostante sia collocata nel codice di rito nazionale, tuttavia è «consacrata interamente alla severità della pena da infliggere». L'art. 442 c. 2 c.p.p. è dunque "legge penale", una legge cioè che fissa la pena e che quindi ricade nel campo di applicazione dell'ultima parte dell'art. 7 c. 1 Cedu.

2 Legalità dei reati e delle pene. In particolare, la base legale di diritto internazionale

L'art. 7 della Convenzione europea, al primo paragrafo, stabilisce il principio di legalità dei reati e delle pene. Il principio si specifica nell'esigenza che l'*an*, il *quomodo* e il *quantum* della punizione trovino il proprio fondamento in una legge, nazionale oppure internazionale, già in vigore al momento del fatto. Peraltro, al secondo paragrafo dell'articolo in commento si prevede un'eccezione al principio appena esposto, consentendosi la punizione della persona responsabile di un fatto che, al momento in cui è stato commesso, doveva considerarsi criminale secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili. La Corte europea si è avvalsa di tale deroga alla legalità penale in casi concernenti vicende accadute durante il secondo conflitto mondiale o nell'immediato dopoguerra[9].

La giurisprudenza della Corte europea offre una nozione autonoma di legge e, in particolare, di legge penale. "Legge" non è tanto l'atto scritto che risulta da particolari procedimenti di produzione, quanto il "diritto applicato", che è tale – è "diritto" – non per la forma che assume, scritta o non scritta, legislativa regolamentare-amministrativa o giurisprudenziale, ma per alcune qualità che deve possedere. In questo senso, da tempo la Corte europea riconduce la legalità all'esigenza che la regola di giudizio, intervenuta a disciplinare la vicenda del ricorrente, fosse ragionevolmente conoscibile al momento della scelta comportamentale: più precisamente, ai sensi della Convenzione è "legge" la regola di giudizio accessibile e prevedibile[10]. La Corte, poi, ha talvolta coerentemente declinato la prevedibilità come prevedibilità sociale[11].

Per quanto più in particolare riguarda la nozione di legge internazionale, è da ricomprendervi tanto il diritto pattizio, quanto quello consuetudinario[12].

Così, nel caso che ha dato origine alla già segnalata sentenza *Kononov c. Lettonia*, il ricorrente si era visto condannare per crimini di guerra per aver guidato, nel 1944, una spedizione punitiva nel villaggio di Mazie Bati, che tra i propri abitanti ne annoverava alcuni sospettati di collaborazionismo con i tedeschi. La Corte europea ha ravvisato la violazione dell'art. 7 Cedu ritenendo che gli abitanti del villaggio non fossero da considerare "civili" in quanto collaborazionisti. La Corte non si è soffermata puntualmente sull'effettivo recepimento della disciplina concernente i crimini di guerra – in particolare, della Convenzione dell'Aia del 1907 – da parte dell'ordinamento lettone del tempo: infatti tali norme penali, secondo la Corte, dovevano comunque considerarsi vigenti ai sensi dell'art. 7 Cedu in quanto già al momento dei fatti di causa costituivano fondamentali norme consuetudinarie. Sembra inoltre da evidenziare che, nel caso in

8. Sent. 19 settembre 20099, *Scoppola c. Italia* (ric. n. 10249/03).
9. Cfr. D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, *Article 7: freedom from retroactive criminal offences and punishment*, in D. Harris – M. O'Boyle – C. Warbrick (Ed.), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, O.U.P., 2009 (Second edition), p. 339.
10. Per tutti, V. Zagrebelsky, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in Ius17@unibo.it. Studi e materiali di diritto penale, 2009, n. 1, pp. 57 ss.
11. Cfr. la sentenza 24 maggio 1988, *Müller c. Svizzera* (ric. n. 10737/84) e, per la materia penale, la sentenza 22 novembre 1995, *S. W. c. Regno Unito* (ric. n. 20166/92).
12. Cfr. A. Bernardi, sub *Art. 7 CEDU (Nessuna pena senza legge)*, cit., pp. 267 ss.

commento, la Corte europea non ha ritenuto di utilizzare il secondo paragrafo dell'art. 7, nonostante si trattasse di vicende accadute durante la Seconda guerra mondiale[13]. Su tale vicenda, peraltro, è tornata a pronunciarsi la Grande Camera[14], che ha smentito la sentenza di primo grado ritenendo che, anche qualora gli abitanti del villaggio di Mazie Bati rimasti uccisi durante la spedizione punitiva avessero potuto considerarsi non semplici "civili", ma "civili partecipanti alle ostilità" o "combattenti", comunque lo *ius in bello* del tempo avrebbe dovuto accordare loro protezione: la condotta del ricorrente, dunque, sarebbe stata anche in questo caso classificabile tra i crimini di guerra, in quanto contrastante con le leggi e gli usi fondamentali di guerra che già allora proibivano l'uccisione di un nemico messo fuori combattimento.

Con la sentenza *Korbely c. Ungheria*[15], la Corte europea riunita in Grande camera ha esaminato la condanna per crimini contro l'umanità del ricorrente che, durante i c.d. fatti di Ungheria del 1956, aveva in circostanze poco chiare ucciso a colpi di pistola il capo di un gruppo di dimostranti. La Corte ha ritenuto la condanna in violazione dell'art. 7 Cedu. Per sostenere questa soluzione, la Corte europea si è soffermata non tanto sull'esigenza che tali crimini fossero formalmente previsti dall'ordinamento ungherese del tempo e che, quindi, fossero già state recepite le convenzioni internazionali rilevanti al momento degli avvenimenti oggetto del giudizio, quanto sull'effettiva riconducibilità del fatto concreto alla nozione di crimine contro l'umanità secondo il diritto internazionale del tempo, e più in particolare sulla riconducibilità del dimostrante ucciso alla categoria dei "non partecipanti alle ostilità" – le potenziali vittime di un crimine contro l'umanità – secondo le dette convenzioni: i giudici di Strasburgo hanno ravvisato la violazione dell'art. 7 Cedu proprio ritenendo che il capo dei dimostranti non potesse essere considerato un "non combattente". La Corte ha dunque aderito – pur discostandosene nelle conclusioni – all'impostazione seguita dai giudici interni, secondo i quali i crimini contro l'umanità dovevano considerarsi comunque punibili anche se commessi nel 1956, indipendentemente dalla loro previsione da parte dell'ordinamento ungherese del tempo.

3 La base legale di diritto nazionale: accessibilità e prevedibilità dei reati e delle pene

Nel caso che ha dato origine alla sentenza *Kuolelis e altri c. Lituania* [16], i ricorrenti si erano visti infliggere una condanna per propaganda e associazione sovversiva per aver tentato tra il 1990 e il 1991, in qualità di membri del Partito comunista locale, di rovesciare dall'interno il ristabilito Stato lituano che tuttavia, a quel tempo, non era ancora riuscito del tutto a conquistare la propria indipendenza dall'Unione sovietica. Nonostante il contesto di piena transizione politica, la Corte europea ha escluso la violazione dell'art. 7 Cedu, ritenendo che la condanna per "tentata sovversione" dello Stato lituano (non della Repubblica sovietica di Lituania) potesse essere prevedibile al tempo dei fatti[17].

Con la sentenza *Liivik c. Estonia*[18], la Corte ha accertato una violazione del principio di legalità dei reati, sancito dall'art. 7 della Convenzione: i giudici di Strasburgo, infatti, hanno ritenuto che l'applicazione, nel caso di specie, del delitto di abuso d'ufficio – come previsto all'epoca dei fatti di causa dal codice penale estone – non abbia corrisposto ai

13. Cfr. D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, *Article 7: freedom from retroactive criminal offences and punishment*, cit., p. 339.
14. Sent. 17 maggio 2010, *Kononov c. Lettonia* (ric. n. 36376/04).
15. Sent. 19 settembre 2008, *Korbely c. Ungheria* (ric. n. 9174/02).
16. Sent. 19 febbraio 2008, *Kuolelis e altri c. Lituania* (ricc. n. 74357/01, 26764/02 e 27434/02).
17. In particolare, il tentativo di sovversione, datato gennaio 1991, si era verificato sotto il vigore delle leggi promulgate nel novembre 1990 dal governo del nuovo Stato lituano, che tuttavia otteneva il riconoscimento internazionale solo nel settembre 1991. La questione da risolvere era dunque se alle nuove leggi fosse da attribuire forza giuridica al tempo della condotta sovversiva. La Corte europea ha ritenuto che nel novembre 1990 la volontà politica del nuovo governo lituano fosse chiaramente stabilita, che le nuove leggi fossero sufficientemente chiare e accessibili e che le conseguenze delle relative trasgressioni fossero adeguatamente prevedibili, come una questione di senso comune. Sul punto v. *Article 7: freedom from retroactive criminal offences and punishment*, cit., p. 334.
18. Sent. 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia* (ric. n. 12157/05).

criteri qualitativi di chiarezza e prevedibilità della legge penale richiesti dalla Convenzione. Nel caso, il ricorrente si era appunto visto condannare per un abuso d'ufficio che si pretendeva consumato nell'occasione di una procedura di privatizzazione con la concessione all'investitore privato di garanzie supplementari ritenute dai giudici interni sfornite di una base legale. La fattispecie criminosa prevedeva la causazione di un danno materiale e morale allo Stato. Tuttavia, da un lato, il comportamento del ricorrente non aveva prodotto altro che un rischio per la tenuta delle finanze statali; dall'altro, il danno morale era stato ravvisato nella semplice violazione di legge da parte di alto funzionario pubblico, quale era il ricorrente. La Corte europea, in primo luogo, ha avuto modo di notare che la fattispecie di abuso d'ufficio era stata ereditata dall'ordinamento sovietico e, dunque, non poteva che risultare di difficile applicazione nel contesto completamente nuovo, di economia di mercato, che faceva da sfondo alla vicenda di specie. La Corte, poi, quanto al danno materiale ha rilevato come esso non potesse considerarsi effettivamente cagionato dal comportamento del ricorrente, che appunto aveva soltanto prodotto un rischio per l'integrità delle finanze statali; quanto al danno morale, ha ritenuto che i criteri utilizzati dai giudici nazionali per valutarne la sussistenza dovevano considerarsi eccessivamente vaghi.

Con le già segnalate sentenze *Kafkaris c. Cipro* e *Sud Fondi e altri c. Italia*, la Corte europea si è occupata di accessibilità e prevedibilità della pena. Nel primo caso, il ricorrente condannato all'ergastolo non aveva potuto usufruire del beneficio della liberazione condizionale previsto dal regolamento penitenziario generale, vigente al momento della commissione del fatto ma abrogato da una legge successiva che per gli ergastolani escludeva tale beneficio, precludendo la liberazione dei detenuti dopo vent'anni di reclusione. Secondo la Corte europea, il vecchio regolamento penitenziario generale, pur concernendo l'esecuzione della pena, al tempo della commissione del fatto veniva applicato in modo tale da incidere sulla portata della stessa pena astratta. Nell'opinione maggioritaria della Grande camera, la prassi applicativa nazionale e la sua successiva smentita hanno tuttavia finito col dare luogo non all'"inflizione retroattiva" di una pena più severa: infatti, date le chiare disposizioni del codice penale che per il crimine commesso dal ricorrente prevedevano l'ergastolo, i giudici di Strasburgo non hanno potuto riconoscere che la pena da espiare nel caso concreto potesse intendersi *con sicurezza* come una pena a vent'anni di reclusione, ciò che bastava a rendere in qualche misura prevedibile la completa esecuzione dell'ergastolo . La Corte europea ha invece ritenuto che il diritto cipriota difettasse dei necessari requisiti qualitativi: la Corte ha cioè ravvisato nel caso un problema di qualità della "legge".

Nel caso *Sud Fondi c. Italia*, la Corte europea ha considerato imprevedibile l'applicazione della confisca "urbanistica" – da ritenere vera e propria "pena" ai sensi della Convenzione – seguita all'integrazione meramente oggettiva della fattispecie di lottizzazione abusiva (artt. 30 e 44 d.p.r. n. 380/2001). Tale fattispecie criminosa, nella caso concreto, si era infatti atteggiata a precetto inevitabilmente ignorato, con la conseguente attivazione dell'art. 5 c.p., ciò che tuttavia non era stato sufficiente ad inibire la confisca "urbanistica", classificata dai giudici nazionali misura amministrativa e come tale suscettibile di applicazione anche in caso di assoluzione "perché il fatto non costituisce reato". La Corte, riallacciandosi alle conclusioni dei giudici interni circa l'inevitabilità dell'*error iuris*, ha avuto buon gioco a dire che le condizioni di accessibilità e prevedibilità della "legge", nel caso concreto, non erano state soddisfatte: dal momento che la base legale dell'infrazione (la norma-precetto) non rispondeva, al momento della commissione del fatto, ai criteri di chiarezza, accessibilità e prevedibilità, era impossibile per il ricorrente prevedere che una sanzione gli sarebbe stata inflitta[19].

In questa sede si può anche ricordare la decisione *Sommer c. Italia* [20]. Nel caso il

19. Così, quasi testualmente, il punto n. 114 della sentenza in commento.
20. Dec. 23 marzo 2010, *Sommer c. Italia* (ric. n. 36586/08).

ricorrente, riconosciuto dai giudici italiani come corresponsabile del massacro di Sant'Anna di Stazzema compiuto dalle SS durante il secondo conflitto mondiale, si doleva di essere stato condannato ad una pena più pesante di quella di giustizia, per via dell'inquadramento dei fatti commessi sotto l'art. 185 c.p.m.g. – che punisce con l'ergastolo l'omicidio ingiustificato del nemico estraneo alle operazioni di guerra – e non sotto gli artt. 174 e 175 c.p.m.g. – che puniscono con la reclusione non inferiore a dieci anni la strage compiuta con l'utilizzo di mezzi o dispositivi di guerra proibiti dalla legge o dalle convenzioni internazionali. La Corte europea ha rigettato il ricorso per manifesta infondatezza, rilevando come non spetti ad essa conoscere degli errori di fatto o di diritto eventualmente commessi dal giudice interno, né pronunciarsi sulla responsabilità del ricorrente, dovendo invece la Corte limitarsi a verificare se la legge penale in questione fosse, al momento dei fatti, chiara e prevedibile e se i giudici nazionali ne abbiano dato un'interpretazione arbitraria, ciò che nel caso concreto non è avvenuto.

4
L'irretroattività della "legge" penale. In particolare, l'irretroattività della "pena"

Si è detto che, secondo la giurisprudenza della Corte europea, enunciativa del significato della Convenzione, "legge" è la regola di giudizio accessibile e prevedibile. Con ciò già rimane esclusa l'applicazione retroattiva della regola (più severa), per come intesa da un ordinamento continentale.

Così, con le già introdotte pronunce *Gurguchiani c. Spagna* e *M. c. Germania*, la Corte si è occupata di classiche ipotesi di illegittima retroattività della pena più severa, ipotesi dunque considerate incompatibili con l'art. 7 Cedu. Nel primo caso il ricorrente, straniero, si era visto applicare la misura dell'espulsione, con divieto di reingresso per dieci anni, in sostituzione della pena detentiva cui era stato condannato, sulla base di un nuovo regime successivo alla commissione del fatto che prevedeva obbligatoriamente tale sostituzione, al contrario della legge del tempo che invece demandava al giudice se eventualmente disporre – ciò che non era avvenuto nel caso concreto – l'espulsione sostitutiva con un divieto di reingresso, peraltro, dai tre ai dieci anni. Nel secondo caso, al ricorrente era stato applicato retroattivamente il nuovo e più duro regime di durata della «custodia di sicurezza» (*Sicherungsverwahrung*), misura personale a scopo special-preventivo che, in base alla disciplina introdotta successivamente alla commissione del fatto, non appariva più limitata nel massimo a dieci anni.

5
La retroattività della "legge penale" più favorevole

Con la già segnalata sentenza *Scoppola c. Italia*, la Corte europea riunita in Grande Camera ha riconosciuto che l'art. 7 Cedu fa proprio il principio di retroattività della legge penale più favorevole, così superando la risalente decisione della Commissione X c. Germania. Sembra utile riferire il caso concreto.

Il 2 settembre 1999, il ricorrente uccideva la propria moglie e feriva uno dei suoi due figli. A quell'epoca, nel caso la pena applicabile per i reati contestati fosse stata quella dell'ergastolo, risultava esclusa la possibilità di accedere al rito abbreviato e, dunque, di beneficiare di uno sconto di pena. Nel caso specifico, in ragione del concorso di reati, la pena applicabile sarebbe stata quella dell'ergastolo con isolamento diurno. All'udienza preliminare del 18 febbraio 2000, il ricorrente domandava di accedere al rito abbreviato. L'art. 442, co. 2, del c.p.p., nella versione modificata dalla legge n. 479 del 16 dicembre 1999, prevedeva, in caso di rito abbreviato, la sostituzione della pena dell'ergastolo (generico) con la pena della reclusione di trent'anni. Il giudice dell'udienza preliminare accettava di applicare la procedura abbreviata. Il 24 novembre 2000, riconosciuto il ricorrente colpevole e constatato che la pena applicabile sarebbe stata quella dell'ergastolo (con isolamento diurno), il g.u.p. fissava la pena a trent'anni di reclusione. Il 12 gennaio 2001, il procuratore generale presso la Corte di appello di Roma si rivolgeva alla Corte di Cassazione, affermando che il g.u.p., nel pronunciare la sentenza, avrebbe dovuto applicare l'art. 7 del decreto legge n. 341/2000, entrato in vigore proprio il giorno della

pronuncia della sentenza di primo grado e poi convertito. L'art. 7 del decreto legge aveva modificato l'art. 442 c.p.p., da un lato disponendo che l'espressione utilizzata dal secondo comma, "pena dell'ergastolo", doveva essere interpretata nel senso di "pena dell'ergastolo senza isolamento diurno", dall'altro aggiungendo, alla fine del medesimo paragrafo del codice di rito, che "la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati o di reato continuato, è sostituita con quella dell'ergastolo". Secondo il procuratore generale, pertanto, il g.u.p., condannando alla pena di trent'anni di reclusione anziché all'ergastolo, aveva commesso un evidente errore di diritto. Il 5 e il 22 febbraio 2001 il ricorrente proponeva appello, al quale accedeva il ricorso in Cassazione del procuratore generale. Il 10 gennaio 2002, la Corte d'assise d'appello di Roma condannava il ricorrente all'ergastolo, applicando il decreto legge del 2000. Il ricorrente si rivolgeva alla Corte di cassazione senza successo. Decideva quindi di proporre un ricorso straordinario per errore di fatto *ex* art. 625 *bis* c.p.p., lamentando tra l'altro la contrarietà della condanna subita, a seguito delle modifiche introdotte dal decreto legge del 2000, agli artt. 6 e 7 della Convenzione. L'esito era comunque vano. Seguiva il ricorso a Strasburgo.

La Corte europea, al termine di una ricognizione dei più significativi strumenti di diritto internazionale e delle soluzioni proprie dei diversi Stati aderenti alla Convenzione, ha ritenuto che si sia progressivamente formato un certo consenso, appunto a livello internazionale ed europeo, sull'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole: oggi, dunque, l'art. 7 della Convenzione garantisce anche il principio di retroattività della *lex mitior*, da intendersi come quella regola che, nel caso di successione di più leggi penali tra il momento della commissione del fatto e la sentenza definitiva di condanna, obbliga il giudice all'applicazione della legge più favorevole al reo. La Corte si è poi espressa sui fondamenti del retroattività *in mitius*, rinvenendoli da un lato sull'esigenza di chiarezza che riguarda anche la materia della successione di leggi penali, dall'altro sull'opportunità di applicare la successione di leggi penali in favore dell'accusato e di non continuare ad infliggere pene che lo Stato e la collettività considerano ormai eccessive. I giudici di Strasburgo, pertanto, sulla base dell'art. 46 della Convenzione – che obbliga gli Stati aderenti a conformarsi alle sentenze della Corte europea – ha invitato lo Stato convenuto a commutare l'ergastolo illegittimamente inflitto al ricorrente nella pena della reclusione non superiore a trent'anni, pena prevista dalla legge più favorevole che dunque avrebbe dovuto trovare applicazione nel giudizio *a quo* [21].

6 Legalità penale e colpevolezza

Con la più volte richiamata sentenza *Sud Fondi c. Italia*, l'articolo 7 Cedu ha subito un'importante evoluzione semantica. Con questa pronuncia, infatti, la Corte europea ha mostrato di considerare in sede di legalità penale l'esigenza di attribuire necessario rilievo, nella vicenda punitiva, al nesso psicologico tra autore e fatto, cioè al tradizionale contenuto della categoria della colpevolezza.

La Corte ha rilevato: «Per quello che concerne la Convenzione, l'articolo 7 non menziona espressamente il nesso morale tra l'elemento materiale del crimine e la persona che ne è considerata l'autore. Tuttavia, la logica della pena e della punizione così come la nozione di «*guilty*» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «*personne coupable*» (nella versione francese) vanno nel senso di un'interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un nesso di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rivelare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del crimine. In mancanza, la pena non sarebbe giustificata. Sarebbe peraltro incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, d'altra parte, permettere che si consideri una persona «colpevole» e «punirla» quando ella non era in grado di

21. Sull'art. 442, co.2, c.p.p. come "legge penale" ai sensi della Convenzione europea, v. *supra*, n. 7.1.

conoscere la legge penale, in ragione di un errore invincibile che non può essere per nulla imputato a colui o a colei che ne è vittima».

La Corte parla dunque di nesso morale tra l'elemento materiale dell'infrazione e l'autore. Seguendo una prospettiva interna, si potrebbe dire che i giudici di Strasburgo considerino la colpevolezza nel suo profilo – lo si è già anticipato – tradizionale, generalmente indicato con l'attributo "psicologico": la colpevolezza, quindi, come categoria che conferisce rilevanza a un nesso tra autore e fatto ulteriore rispetto a quello meramente oggettivo-causale e che dunque si oppone alla responsabilità oggettiva. Se è così, l'articolo 7 Cedu si propone, assieme all'art. 6 § 2 che sancisce il principio di presunzione di innocenza, come appiglio convenzionale per far valere il principio di colpevolezza in materia penale.

Lodovica Beduschi

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: gli altri diritti di libertà (artt. 8-11 CEDU)

Sommario

1. Considerazioni introduttive. – 1.1. Struttura e ambito di applicazione. – 1.2. Le limitazioni all'esercizio dei diritti. I requisiti di ammissibilità. – 1.3. Le tappe concrete di accertamento di una violazione. – **A) Il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Cedu).** – 2. L'ambito di applicazione dell'art. 8 Cedu. – 3. Le modalità di esecuzione delle pene detentive. – 3.1. I colloqui con i familiari e i c.d. permessi di necessità. – 3.1.1. Le limitazioni ai colloqui con i familiari imposte ai detenuti assoggettai al c.d. regime del 41-*bis*. – 3.2. La libertà di corrispondenza. – 3.3. Il diritto a concepire un figlio. – 4. Espulsione di stranieri che hanno commesso un reato. – 4.1. Espulsione amministrativa per motivi di sicurezza nazionale. – 5. Misure finalizzate alla prevenzione dei reati. – 5.1. La raccolta e la conservazione di dati personali per finalità di indagine e di prevenzione dei reati. – 5.2. Poteri speciali di fermo e di perquisizione sul posto. – 6. La repressione penale dei rapporti omosessuali con minori. – 7. Gli obblighi di tutela dell'onore e della reputazione. – 7.1. Il diritto alla riservatezza e all'onore di uomini politici. – 8. Gli obblighi di protezione contro la violenza domestica. – 9. Le decisioni terapeutiche. – 10. La fecondazione assistita c.d. eterologa. – 11. L'aborto. – **B) La libertà di coscienza e di religione (art. 9 Cedu).** 12. L'ambito di applicazione dell'art. 9 Cedu. – 13. L'obiezione di coscienza. – 14. Il divieto di indossare abiti religiosi in pubblico. – 15. L'obbligo di prevedere regimi alimentari specifici per i detenuti in ossequio delle loro convinzioni religiose. – **C) La libertà di manifestazione del pensiero (art. 10 Cedu).** – 16. L'ambito di applicazione dell'art. 10 Cedu. – 17. Le fattispecie di apologia e propaganda. – 18. Le fattispecie di diffamazione. – 19. La critica politica. – 20. L'aborto. – 21. Gli obblighi di tutela della libertà di espressione. – **D) La libertà di riunione e associazione (art. 11 Cedu).** – 22. L'ambito di applicazione dell'art. 11 Cedu. – 23. Divieto di partecipare a riunioni o manifestazioni pubbliche.

1 Considerazioni introduttive

Prima di passare all'analisi delle pronunce rese in tema di artt. 8, 9, 10 e 11 Cedu dalla Corte di Strasburgo nel triennio 2008-2010, conviene soffermarsi brevemente su alcune considerazioni introduttive, strettamente funzionali all'esposizione dei casi nei paragrafi successivi.

1.1 Struttura e ambito di applicazione

Gli artt. da 8 a 11 della Convenzione presentano elementi comuni sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale.

Quanto al primo profilo, le norme in esame sono accumunate da una *struttura analoga*: al primo capoverso, enunciano l'essenza e il contenuto del diritto, mentre al secondo stabiliscono espressamente che l'esercizio di tale diritto può essere oggetto di restrizioni da parte delle autorità statali con misure di vario tipo (non tassativamente indicate), purché siano «*conformi alla legge*» e «*necessarie in una società democratica*» rispetto allo scopo di tutelare una serie di interessi facenti capo a singoli individui (diritti e libertà, reputazione, vita privata altrui) o alla collettività (sicurezza nazionale,

integrità territoriale o pubblica sicurezza, prevenzione dei reati, salute e morale pubblica, ecc.).

Per quel che concerne il *profilo sostanziale*, invece, gli artt. da 8 a 11 Cedu, riconoscono e proteggono taluni diritti di libertà che possono essere oggetto di ingerenze da parte delle autorità statali: e in particolare, l'art. 8 Cedu tutela il diritto al rispetto della vita privata, della vita familiare, della corrispondenza e del domicilio; l'art. 9 Cedu riconosce il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; l'art. 10 Cedu assicura la libertà di opinione e di ricevere o comunicare informazioni e l'art. 11 Cedu consacra la libertà di riunione e di associazione.

Giova, peraltro, rilevare fin da subito come la Corte di Strasburgo, attraverso una giurisprudenza estensiva ed evolutiva, abbia notevolmente ampliato l'oggetto di tutela di ciascuna delle norme citate, includendo all'interno del loro ambito di applicazione, interessi tra loro molto diversi.

I diritti riconosciuti dagli artt. da 8 a 11 Cedu *non* hanno natura *assoluta*: diversamente da quanto visto precedentemente in relazione agli artt. 2, 3 e 4 Cedu, il loro esercizio può essere legittimamente limitato dalle autorità statali alle condizioni e per i fini enunciati dalle stesse norme convenzionali. La giurisprudenza europea, pertanto, una volta riscontrata un'interferenza con la sfera di tutela dei diritti in parola, è obbligata ad operare un bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco, i cui esiti, come meglio vedremo nel proseguo, non sono sempre *ex ante* facilmente prevedibili.

È d'obbligo, inoltre, precisare che il diritto di Strasburgo riconosce pacificamente agli articoli in esame anche un ambito di applicazione "*orizzontale*", in relazione a condotte materialmente poste in essere da privati cittadini: cosicché, per affermare una responsabilità dello Stato convenuto, non è necessario che l'interferenza con uno dei diritti in questione sia stata realizzata dalle autorità statali, ben potendo essa derivare anche da un comportamento di terzi lesivo dei diritti fondamentali.

Secondo la giurisprudenza europea, sviluppata a partire dagli anni '70 e '80 del secolo scorso, dalle norme in parola discendono infatti, non soltanto *obblighi negativi* (di astensione), ma anche *obblighi postivi* (di intervento) dello stesso genere di quelli promananti dagli artt. 2, 3 e 4 Cedu. In generale, si tratta di obblighi consistenti nel porre in essere tutte le misure (legislative, giudiziarie, amministrative o meramente operative) necessarie ad assicurare la piene ed effettiva tutela dei diritti e delle garanzie riconosciuti dalla Convenzione, tanto nel caso di condotte poste in essere dalle autorità statali, quanto laddove le stesse siano commesse da terzi individui[1]. Tali obblighi di intervento comprendono, lo ricordiamo, *anche* obblighi positivi di tutela *attraverso il diritto penale* ovvero obblighi di incriminazione, investigazione, perseguimento e prevenzione dei comportamenti criminosi di terzi potenzialmente lesivi[2].

La giurisprudenza europea ad oggi non ha elaborato una dottrina generale degli obblighi positivi, il cui contenuto è difficilmente identificabile in astratto. Con riferimento agli artt. da 8 a 11 Cedu, l'elaborazione dottrinale[3] distingue, peraltro, tre categorie di obblighi positivi, in particolare: (a) l'obbligo di adottare misure che rendano effettivo il godimento del diritto; (b) l'obbligo di adottare misure che prevengano interferenze da parte di terzi nel diritto; (c) l'obbligo di adottare misure affinché terzi adottino misure che rendano effettivo il godimento del diritto.

Il diritto vivente di Strasburgo, consente, come poc'anzi accennato, di attribuire

1. Sugli obblighi positivi A.R. Mowbray, *The development of positive obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights,* Oxford – Portland Oregon, 2004. Sugli obblighi che derivano in particolare dall'art. 8 Cedu, cfr. A. Esposito, *Il diritto penale flessibile*, Tornio, 2008, p. 387 ss.; .J. Harris-M. O' Boyle-C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, p. 342 ss; E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale,* Torino, 2006, p. 280 e ss..

2. Questa impostazione è stata accolta dalla Corte europea nella sentenza 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi* (ric. n. 8978/80), relativa ad un caso di molestie sessuali perpetrate nei confronti di una giovane portatrice di handicap, in cui fu riscontrata la violazione dell'art. 8 Cedu in relazione all'assenza di una protezione penale contro le aggressioni perpetrate da terzi.

3. Sul punto, per tutti, cfr. D.J. Harris-M. O' Boyle-C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 342-343.

alla suddetta classificazione una validità solo tendenziale, posto che la definizione del contenuto di un obbligo positivo in concreto dipende notevolmente dal contenuto del singolo diritto che viene in considerazione, nonché dalle circostanze del caso concreto. In via generale, è tuttavia possibile osservare che gli obblighi positivi *non* hanno carattere *assoluto* e che la Corte attribuisce un "margine di apprezzamento" agli Stati membri nell'individuazione delle misure da adottare per assicurare la tutela del diritto in questione (come avviene anche per la valutazione della necessità di un'interferenza nell'esercizio del diritto da parte delle autorità statali). In generale quindi, la giurisprudenza europea tende a verificare se lo Stato abbia adottato o meno misure *ragionevoli* per assicurare il godimento del diritto in questione.

1.2 Le limitazioni all'esercizio dei diritti. I requisiti di ammissibilità

Per essere ammissibile, un'interferenza nell'esercizio di uno dei diritti in esame deve, innanzitutto, essere «*conforme alla legge*»: in questo senso, essa deve essere provvista di *una base legale* nel diritto interno o internazionale[4]. Com'è noto, ai sensi della Convenzione, per «*legge*» s'intende, non solo il diritto scritto, ma anche l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni normative da parte degli organi giurisprudenziali. La giurisprudenza europea, infatti, ha da tempo fatto propria una nozione *sostanziale* di legge, riconducendo il principio di legalità all'esigenza che la regola di giudizio, intervenuta a disciplinare la vicenda del ricorrente, fosse *ragionevolmente prevedibile* al momento in cui questi ha agito. In questo senso, secondo quanto precisato dalla Corte europea per l'art. 7 Cedu e in generale per tutte le norme convenzionali che menzionano la parola legge, è necessario che la legge sia *adeguatamente accessibile* e *sufficientemente precisa*[5]. Conseguentemente, nel caso di attribuzione all'autorità pubblica del *potere discrezionale* di limitare un certo diritto, per ritenere conforme alla legge l'interferenza in quel diritto, non basta la formale esistenza di una norma primaria, dovendo quest'ultima indicare con sufficiente chiarezza i presupposti, le modalità e i limiti di esercizio della discrezionalità della pubblica autorità[6].

Oltre che provvista di una base legale, l'interferenza deve essere necessaria ad assicurare la *tutela dei controinteressi* indicati nelle clausole derogatorie di cui al secondo capoverso degli artt. da 8 a 11 Cedu. Come è stato sottolineato in dottrina si deve, tuttavia, ritenere che tali interessi siano formulati in modo molto ampio, attraverso l'utilizzo di una terminologia generica, cosicché quasi per ogni forma di interferenza potrebbe astrattamente rinvenirsi uno scopo legittimo che la giustifichi[7].

L'esistenza di uno scopo legittimo non è peraltro sufficiente per ritenere ammissibile un'interferenza nell'esercizio del diritto: tale interferenza, infatti, deve altresì essere «*necessaria in una società democratica*». Ciò che si richiede, *non* è l'*indispensabilità* dell'interferenza, *né* la sua *accettabilità*: a partire dalla sentenza *Handyside* [8], resa contro il Regno Unito nel 1976, la Corte europea ha, infatti, escluso interpretazioni eccessivamente rigorose o, all'opposto, eccessivamente larghe della nozione di «necessità»,

4. Nella sentenza 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito* (ric. n. 8691/79) la Corte europea ha, infatti, precisato che le espressioni «conforme alla legge» (art. 8 Cedu) e «stabilite dalla legge» (artt. da 9 a 11 Cedu) hanno il medesimo significato.

5. Per il *leading case* in materia di diritti di libertà, cfr. sent. 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito (n. 1)* (ric. n. 6538/74). Sul principio di legalità con specifico riferimento agli art. da 8 a 11, cfr. D.J. Harris-M. O' Boyle-C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 344-348. Per le pronunce più recenti in tema di legalità della privazione della libertà personale, cfr. L. Beduschi, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 e art. 2 Prot. 4 Cedu)* in questa *Rivista;* per la nozione di legalità penale, cfr. G. Abbadessa, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)*, in questa *Rivista*.

6. Il principio è stato affermato per la prima volta nella sentenza 25 marzo 1983, *Silver e altri c. Regno Unito* (ric. nn. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75). Tra le pronunce rese dalla Corte europea nel triennio in esame, cfr., ad esempio, le sentenze rese contro l'Italia in tema di restrizioni della libertà della corrispondenza previste dalla l. ord. penit. per i detenuti in regime speciale *ex* 41 *bis,* prime della riforma del 2004 (sul punto v. *infra* § 3.2).

7. Sulla formulazione ampia delle clausole di limitazione dei diritti dell'uomo: cfr. E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 178; D.J. Harris-M. O' Boyle-C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 178.

8. Sent. 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito* (ric. n. 5493/72).

affermando che l'interesse legittimo perseguito deve essere *proporzionato* rispetto al diritto sacrificato.

Le autorità statali sono, dunque, chiamate ad operare una *valutazione comparativa* tra gli interessi in gioco, tutti astrattamente meritevoli di tutela, e tale valutazione viene sottoposta, *in via sussidiaria*, al vaglio degli organi di Strasburgo.

Nel sindacato sul bilanciamento operato dalle autorità nazionali tra gli opposti interessi in gioco, la giurisprudenza europea ha spesso fatto ricorso alla c.d. dottrina del "*margine di apprezzamento*"[9], secondo cui le autorità statali godono di un certo margine di *discrezionalità* nella valutazione della necessità di un'interferenza in un diritto fondamentale. In questo senso, ove lo Stato convenuto non abbia oltrepassato tale margine, il giudizio di proporzionalità ha esito positivo.

La giurisprudenza europea che ha fatto applicazione della dottrina del margine di apprezzamento ha individuato una serie di *fattori* che devono essere presi in considerazione ai fini dell'individuazione dell'ampiezza del suddetto margine (con la precisazione che non si tratta di regole cui deve essere riconosciuto singolarmente un peso decisivo ai fini dell'affermazione della proporzionalità dell'interferenza, bensì di principi che devono essere considerati nel loro insieme).

Gli organi di Strasburgo hanno, innanzitutto, riconosciuto importanza all'esistenza, o meno, di un "*consenso europeo*", ovvero di un'uniformità tra le soluzioni adottate dagli Stati membri[10]. L'individuazione di un *consensus* a livello europeo permette, infatti, alla Corte europea di evitare di sostituire la propria discrezionalità a quella statale, soprattutto ove essa sia stata chiamata a pronunciarsi sulla disciplina nazionale di *settori eticamente sensibili*. In particolare, da vari precedenti in materia, sembra potersi rinvenire una relazione di *proporzionalità inversa* tra l'esistenza di un consenso a livello europeo e la sua estensione, da un lato, e l'ampiezza della discrezionalità riconosciuta agli Stati membri, dall'altro. Così il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati si restringe, quando vi è un consenso di opinioni a livello europeo; mentre ove tale consenso manca, il margine di apprezzamento risulta particolarmente ampio (sebbene, come da ultimo affermato dalla Corte europea nella sentenza *S.H. c. Austria*[11] dell'aprile 2010, in tema di fecondazione eterologa, laddove si sia in presenza di discipline nazionali profondamente diverse, la discrezionalità di cui godono le autorità statali, non può comunque considerarsi illimitata).

Con la recente sentenza *A. B. C. c. Irlanda*[12] – resa dalla Grande Camera nel dicembre 2010, in relazione alla compatibilità con la Convenzione delle restrizioni all'aborto previste dalle leggi irlandesi – la Corte europea sembra peraltro aver contraddetto il principio sopraesposto, secondo il quale quando vi è un consenso di opinioni a livello europeo il margine di apprezzamento degli Stati membri si restringe. Con un approccio quanto meno insolito, infatti, i giudici europei hanno riconosciuto in tale occasione l'esistenza di un consenso di opinioni in materia di aborto tra i Paesi membri del Consiglio d'Europea, senza tuttavia trarre da tale consenso alcuna restrizione significativa rispetto al margine di apprezzamento accordato al legislatore irlandese[13].

Come è stato puntualmente osservato[14], una tale affermazione, sicuramente in-

9. Sulla dottrina del margine di apprezzamento e il suo legame con la sussidiarietà del sistema convenzionale, cfr. ancora Sent. 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito* (ric. n. 5493/72). In dottrina, per tutti, cfr. D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 11-14 e, con specifico riferimento agli art. da 8 a 11 Cedu, pp. 349-351.

10. Sul consenso europeo cfr., per tutti, D.J. Harris-M. O' Boyle-C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 352-354.

11. Sent. 1° aprile 2010, *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 58813/00), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 1287.

12. Sent. 16 dicembre 2010 (grande camera), *A. B. C. c. Irlanda* (ric. n. 25579/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2011, p. 219. Sul punto, si rinvia all'ampio commento di A. Colella, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, pubblicato in questa *Rivista* in data 10 gennaio 2011

13. In questo senso, A. Colella, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, cit.

14. Per queste osservazioni, v. ancora A. Colella, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, cit.

fluenzata dal particolare contesto politico irlandese[15], si fonda in punto di diritto esclusivamente sulla considerazione per cui le scelte effettuate dal legislatore irlandese in tema di interruzione volontaria della gravidanza riposano «*on the profound moral views of the Irish people as to the nature of life (…) and as to the consequent protection to be accorded to the right to live of the unborn*» e si pone, pertanto, in contraddizione con quanto affermato nella citata sentenza *S.H. c. Austria* [16] in tema di procreazione medicalmente assistita, nella quale la Corte europea aveva ritenuto che «*concerns based on moral considerations or on social acceptability are not in themselves sufficient reasons for a complete ban on a specific artificial procreation technique such as ova donation*».

Nel valutare se le autorità nazionali abbiano oltrepassato il margine di apprezzamento loro concesso in un determinato settore (e se l'interferenza nel diritto in questione sia, pertanto, espressione di un bilanciamento censurabile tra il diritto individuale, da un lato, e i controinteressi che vengono in considerazione, dall'altro), la giurisprudenza europea, come dicevamo poc'anzi, attribuisce rilevanza anche ad altri fattori, diversi ed ulteriori rispetto all'esistenza di un consenso europeo. Così, in alcune pronunce, la Corte europea ha enfatizzato l'*importanza del diritto protetto*[17] oppure quella dell'*interesse protetto attraverso l'interferenza* (a condizione che si tratti di un interesse oggettivo)[18]. In altre, invece, essa ha fatto riferimento ai principi sostanziali che ispirano una «*società democratica*», e in particolare a valori come la tolleranza, la pluralità di vedute e la laicità dello Stato[19].

Quanto all'*allocazione dell'onere probatorio*, è principio consolidato nella giurisprudenza europea quello per cui lo Stato che assume la necessità dell'interferenza nel diritto in questione è tenuto a fornirne la prova oltre ogni ragionevole dubbio.

In particolare, nel diritto di Strasburgo un'interferenza nel diritto in questione non può sicuramente ritenersi necessaria ove il *divario tra l'interesse leso e quello perseguito sia eccessivo* e, in particolare, ove lo Stato avesse la possibilità di tutelare l'interesse in questione attraverso *alternative meno lesive del diritto*, ovvero quando la suddetta interferenza *non sia idonea a raggiungere lo scopo legittimo perseguito.* Ciò posto il bilanciamento trai vari fattori in gioco risulta nella maggior parte dei casi estremamente difficile e la Corte, in genere, tende a ritenere ammissibile il vaglio di proporzionalità operato dalle autorità nazionali (specie quando tale valutazione è stata già sottoposto al sindacato di legittimità degli organi costituzionali nazionali)[20].

1.3 Le tappe concrete di accertamento di una violazione

Conviene da ultimo spendere alcune parole sulle modalità di accertamento di una violazione dei diritti in esame. Al fine di procedere ad un tale accertamento, la Corte europea dovrà percorrere nell'ordine i seguenti passaggi logici:

Anzitutto, e preliminarmente, dovrà verificare *se l'interesse invocato dal ricorrente è riconducibile all'esercizio di uno dei diritti* riconosciuti dagli artt. da 8 a 11 della Convenzione e, solo in caso affermativo, dovrà procedere agli accertamenti successivi, dovendo

15. Nel giugno 2008, il *referendum* sulla ratifica del Trattato di Lisbona aveva avuto in Irlanda esito negativo e, secondo uno studio indipendente commissionato dal Governo irlandese la bocciatura era tra l'altro il risultato di una serie di «*misperceptions in the area of abortion, corporate taxation and conscription*».

16. Sent. 1° aprile 2010, *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 58813/00), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 1287.

17. Cfr., ad esempio, in materia di art. 8 Cedu, sent. 22 dicembre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito* (ric. n. 7525/76), relativa alla criminalizzazione di comportamenti sessuali consenzienti, in cui la Corte europea ha riconosciuto il rango preminente del diritto alla libertà sessuale; oppure sent. 25 marzo 1982, *Campbell c. Regno Unito* (ric. n. 13590/88) in cui la Corte ha riconosciuto la necessità di assicurare una protezione piena alla libertà di corrispondenza tra il detenuto e il suo difensore.

18. Cfr., ad esempio, in tema di art. 8 Cedu, sent. 28 luglio 2005, *Von Hannover c. Germania* (ric. n. 59320/00), in cui la Corte ha riconosciuto la preminenza del diritto alla vita privata e familiare del ricorrente rispetto alla libertà di informazione del giornalista che aveva diffuso immagini attinenti alla vita familiare e privata della ricorrente, prive di qualsiasi interesse pubblico.

19. Cfr., in particolare, sent. 4 dicembre 2007 (grande camera), *Dickson c. Regno Unito* (ric. n. 44362/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2008, 337. Sul diritto derivante dall'art. 8 Cedu del detenuto di concepire un figlio, v. *infra* § 3.3.

20. In questo senso, cfr. D.J. Harris-M. O' Boyle-C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p 358.

altrimenti dichiarare inammissibile il ricorso.

In *seconda battuta*, dovrà accertare se tale diritto ha subito *una limitazione/interferenza* da parte delle autorità statali oppure da parte di un privato cittadino.

In *terza battuta*, dovrà verificare se la limitazione/interferenza è prevista dalla *legge*. E in particolare, dovrà accertare se tale legge è adeguatamente accessibile e sufficientemente precisa, e se il ricorrente poteva ragionevolmente prevederne l'applicazione nel momento in cui ha agito.

In *quarta battuta*, dovrà accertare se la limitazione/interferenza persegue uno *scopo legittimo.*

In *quinta battuta*, dovrà verificare se la limitazione/interferenza è *necessaria* al raggiungimento di un tale scopo legittimo. A tal fine, la Corte dovrà accertare se lo Stato convenuto ha fornito ragioni rilevanti e sufficienti a sostegno della necessità dell'interferenza suddetta e se tali ragioni possono essere considerate *proporzionate* al sacrificio del diritto stesso (con la precisazione che il fattore principale ai fini del vaglio di proporzionalità dell'interferenza è, come abbiamo visto, il margine di apprezzamento riconosciuto alle autorità nazionali).

Alla luce di tali necessarie premesse, è possibile ora esaminare le più importanti pronunce dell'ultimo triennio in tema di artt. da 8 a 11 Cedu. Sia peraltro consentito ribadire l'importanza dello schema di accertamento sopra evidenziato: come abbiamo accennato, infatti, la giurisprudenza europea in tema di artt. da 8 a 11 Cedu è largamente influenzata dai dati del caso concreto e l'elevato numero dei fattori considerati dai giudici europei nei singoli casi rende le loro decisioni difficilmente prevedibili nonché le indicazioni alle autorità nazionali difficilmente generalizzabili. Spesso, dunque, le linee guida della giurisprudenza di Strasburgo in materia riguardano esclusivamente i passaggi logici che, come abbiamo detto, devono essere necessariamente seguiti nell'accertamento di una violazione delle norme in parola[21].

A)

Il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Cedu)

2

L'ambito di applicazione dell'art. 8 Cedu

L'art. 8 Cedu accorda al diritto al rispetto della vita privata, della vita familiare, del domicilio e della corrispondenza una protezione *condizionata*, nel senso che consente alle autorità statali di porre in essere talune restrizioni al diritto stesso, purché esse siano «*conformi alla legge*» e «*necessarie*» ad assicurare la tutela dei controinteressi elencati nello stesso art. 8 Cedu, al § 2 (ovvero, la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione dei diritti e delle libertà altrui). Ciò obbliga la Corte, una volta riscontrata nel caso concreto un'interferenza con la sfera di tutela dell'art. 8 Cedu, ad operare un bilanciamento tra il rispetto dei diritti garantiti dalla norma convenzionale e le esigenze della collettività che vengono di volta in volta in considerazione.

Il diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 Cedu comprende al suo interno i diritti all'inviolabilità del domicilio e alla libertà e segretezza della corrispondenza, riconosciuti dagli artt. 14 e 15 Cost., nonché il diritto di rifiutare un trattamento medico di cui all'art. 32 co. 2 Cost.; tuttavia esso ha un oggetto di tutela più ampio di quello delle citate norme costituzionali in quanto comprende una serie di interessi che non sono immediatamente riconducibili a nessuna di esse.

21. A proposito, cfr. ancora D.J. Harris-M. O' Boyle-C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 360.

Quanto al diritto al rispetto della "*vita privata*", sebbene gli organi di Strasburgo non abbiano mai ritenuto necessario né opportuno fornirne una nozione esaustiva, dalla giurisprudenza in materia emerge che la garanzia convenzionale copre l'*integrità fisica e morale della* persona, compresa la sua *vita sessuale*[22]*;* il diritto al *libero sviluppo della propria personalità*; il diritto di *stabilire e mantenere relazioni con altre persone e con il mondo esterno*[23]*;* il diritto alla *riservatezza,* inteso come diritto di vivere gli aspetti più intimi della propria esistenza secondo i propri desideri e al riparo dalle interferenze di terzi (con particolare riferimento alla propria identità fisica e sociale) e il diritto all'a*utodeterminazione personale*, con particolare riferimento alle decisioni concernenti la propria salute e al diritto di rifiutare trattamenti medici[24].

Giova inoltre segnalare che la più recente giurisprudenza tende ad individuare nell'art. 8 Cedu, e non più nell'art. 6 Cedu, com'era accaduto, ad esempio, nelle pronunce *Cordova c. Italia* [25] del 2003 e *Ielo c. Italia* [26] del 2005, il referente normativo per la tutela dell'*onore* e della *reputazione*[27].

Per quanto riguarda, invece, il diritto alla *integrità psico-fisica dell'individuo*, che come abbiamo visto la giurisprudenza di Strasburgo riconduce all'ambito di applicazione dell'art. 8 Cedu, le più recenti applicazioni giurisprudenziali – in relazione alla sofferenza patita dai familiari dei *desparecisdos* ceceni, in riferimento al trattamento medico effettuato senza consenso per finalità non terapeutiche, etc. – mostrano un processo di graduale sovrapposizione dell'art. 3 Cedu alla garanzia sancita dalla norma in esame[28].

Meno problematica, la nozione di diritto al rispetto della "*vita familiare*": al riguardo, va ricordato che la giurisprudenza di Strasburgo non distingue tra famiglia legittima e famiglia naturale e attribuisce rilevanza ai legami affettivi che presentino caratteri di stabilità, anche in assenza di coabitazione[29].

Per quel che concerne, infine, il diritto al rispetto del domicilio basti rilevare che l'interpretazione estensiva della nozione di "*domicilio*" operata dagli organi di Strasburgo comprende, non soltanto il luogo di abitazione e le relative pertinenze, bensì anche, i luoghi commerciali, lo studio professionale[30] e perfino il camper[31].

3 Le modalità di esecuzione delle pene detentive

La giurisprudenza europea ha affermato da tempo la piena operatività delle garanzie di cui all'art. 8 Cedu anche nel settore del *trattamento dei detenuti*. Pur muovendo dal presupposto che ogni sanzione penale detentiva interferisce per sua stessa natura con i diritti tutelati dall'art. 8 Cedu e che una generale limitazione dei diritti garantiti dalla suddetta norma convenzionale non viola l'art. 8 Cedu, visto chi i diritti sanciti da tale articolo non hanno natura assoluta; la giurisprudenza di Strasburgo è giunta infatti ad apporre una serie di *limiti* alla possibilità di censurare i diritti e le libertà dei detenuti.

Nel triennio 2008-2010, le pronunce rese dalla Corte europea in materia hanno riguardato il problema "classico" delle limitazioni apposte al diritto dei detenuti di mantenere i contatti con i familiari o alla libertà di corrispondenza; nonché, per la prima volta, la questione della compatibilità con l'art. 8 Cedu del divieto opposto al detenuto di accedere alle pratiche di inseminazione artificiale. Nei paragrafi successivi si procederà pertanto ad analizzare ciascuno dei profili sopra enucleati.

22. Sent. 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi* (ric. n. 8978/80).
23. Sent. 22 febbraio 1994, *Burghartz c. Svizzera*, (ric. n. 16213/90).
24. Sent. 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, (ric. n. 2346/02).
25. Sent. 30 gennaio 2003, *Cordova c. Italia* (ric. n. 40877/98).
26. Sent. 6 dicembre 2005, *Ielo c. Italia* (ric. n. 23053/02).
27. Sugli obblighi di tutela dell'onore e della reputazione promananti dall'art. 8 Cedu, v. *infra* § 6.
28. Sul processo di graduale sovrapposizione dell'art. 3 Cedu alla garanzia sancita dall'art. 8 Cedu, cfr. A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu),* in questa *Rivista*.
29. Sent. 24 aprile 1996, *Boughanemi c. Francia* (ric. n. 22070/93).
30. Sul punto, cfr. sent. 16 dicembre 1992, *Niemietz c. Germania* (ric. n. 13710/88)
31. Sul punto, cfr. sent. 25 settembre 1996, *Buckley c. Regno Unito* (ric. n. 20348/92).

3.1 I colloqui con i familiari e i c.d. permessi di necessità

In passato la giurisprudenza europea ha adottato un atteggiamento "morbido" nei confronti delle limitazioni dei contatti diretti con i familiari, sulla base del presupposto che la separazione tra il detenuto e la sua famiglia costituisce un aspetto inerente alla detenzione[32]; nelle applicazioni giurisprudenziali più recenti, invece, essa si è mostrata più sensibile rispetto alle esigenze connesse al diritto di mantenere i contatti con il mondo esterno.

Particolarmente significative sotto questo profilo le pronunce *Wegera* [33], *Gradek* [34], *Mazgaj* [35] rese contro la Polonia nel 2010, in cui la Corte europea ha ravvisato una *violazione strutturale* dell'art. 8 Cedu con riferimento alla disciplina penitenziaria polacca allora vigente (e dichiarata incostituzionale nel 2009), la quale attribuiva all'autorità giudiziaria il potere discrezionale di imporre pesanti restrizioni al diritto di visita dei detenuti.

Prima di esaminare le statuizioni della Corte europea sul merito di tali ricorsi, tuttavia, giova in via preliminare ricordare che le ingerenze delle pubbliche autorità nell'esercizio del diritto alla vita privata possono essere ritenute ammissibili ai sensi dell'art. 8 Cedu ove esse siano, innanzitutto, "*conformi alla legge*": in questo senso, com'è noto, secondo il diritto di Strasburgo non basta l'esistenza di una norma primaria, dovendo quest'ultima essere conforme ai requisiti qualitativi di *accessibilità* e *precisione*.

Ebbene, ad avviso dei giudici europei, la norma in questione del codice polacco attribuiva all'autorità giudiziaria una *discrezionalità assoluta* nella concessione del diritto di vista al detenuto in quanto era formulata in maniera troppo ampia, limitandosi ad individuare le categorie di detenuti interessati dalle possibili restrizioni e omettendo di stabilire i motivi, la durata e le modalità di attuazione delle restrizioni stesse. Conseguentemente, l'interferenza nel diritto di mantenere i contatti con i propri familiari *non* poteva considerarsi provvista di una *base legale* nell'ordinamento interno.

Per quel che concerne, invece, la possibilità di ottenere un c.d. *permesso di necessità* per recarsi a visitare parenti gravemente malati o per partecipare ai loro funerali, merita di essere ricordata la sentenza *Lind c. Russia*[36] in cui il ricorrente – cittadino olandese, arrestato e detenuto in Russia perché *sospettato* di aver partecipato a delle manifestazioni illegali – lamentava la violazione dell'art. 8 Cedu in relazione al rifiuto oppostogli dalle autorità penitenziarie del permesso di recarsi in Olanda per partecipare al funerale del padre.

Ad avviso della Corte – che ha in quest'occasione ribadito i principi affermati nella sentenza *Ploski c. Polonia* [37] del 2002 – il mero pericolo che il ricorrente, una volta uscito dal carcere, non vi facesse più rientro, non valeva a giustificare il divieto impostogli, alla luce della natura non violenta dei reati di cui era accusato (e non ancora riconosciuto penalmente responsabile) e dell'entità del sacrificio imposto: la mancata concessione del permesso di assistere al funerale di un familiare, infatti, deve essere giustificata da ragioni imperiose e in assenza di qualunque altra alternativa meno lesiva dei diritti dell'individuo[38].

32. Con riferimento al sindacato eccessivamente "largo" degli organi europei con riferimento alle limitazioni imposte ai contatti con i familiari, cfr. E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale,* cit., pp. 138 ss.
33. Sent. 19 gennaio 2010, *Wegera c. Polonia* (ric. n 141/07).
34. Sent. 8 giugno 2010, *Gradek c. Polonia* (ric. n. 39631/06*).*
35. Sent. 21 settembre 2010, *Mazgaj c. Polonia (*ric. n. 41656/02*).*
36. Sent. 6 dicembre 2007, *Lind c. Russia* (ric. n. 25664/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 337.
37. Sent. 12 novembre 2002, *Plosk c. Polonia* (ric. n. 26761/95).
38. *Contra* una delle prime pronunce in materia, dec. 25 novembre 1999, *Marincola e Sestito c. Italia,* in cui la Corte ha negato che il divieto opposto al ricorrente – un detenuto sottoposto al regine speciale di cui all'art. 41-*bis* ordinamento penitenziario – di partecipare alle esequie di un proprio parente stretto potesse essere considerato una ingerenza nella vita familiare ai sensi dell'art. 8 Cedu poiché non era dimostrata una effettiva diminuzione dell'integrità fisica e morale del ricorrente.

3.1.1 Le limitazioni ai colloqui con i familiari imposte ai detenuti assoggettai al c.d. regime del 41-*bis*

Un discorso a parte riguarda la valutazione dell'*adeguatezza* delle restrizioni imposte ai detenuti sottoposti a regimi carcerari speciali e in particolare – per quel che riguarda l'esperienza italiana – al regime *ex* art. 41-*bis* l. 26 luglio 1975, n. 354 (c.d. ordinamento penitenziario)[39].

In questo settore, infatti, la Corte europea mantiene un sindacato "largo" sull'operato delle autorità statale, giustificando la sottoposizione di alcune categorie di detenuti a limitazioni severe dei colloqui familiari sulla base dell'esigenza di mantenere l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato.

Le linee dell'orientamento giurisprudenziale seguito dalla Corte in materia sono state fissate nel *leading case Natoli c. Italia* del 2001, in cui la Commissione ha affermato che le limitazioni ai colloqui (non più di due al mese, senza possibilità di contatto fisico e sotto sorveglianza) imposte ai condannati per mafia assoggettai al c.d. regime del 41-*bis* devono considerarsi opportune e proporzionate rispetto allo scopo legittimo di recidere i legami tra la persona interessata e il suo ambiente criminale di origine, impedendole di mantenere il proprio ruolo nelle organizzazioni criminali attraverso i contatti con i familiari.

L'orientamento granitico dei giudici di Strasburgo è stato espresso, nel triennio in esame, nelle pronunce *Zara*[40], *Enea* [41], *Dell'Anna*[42], *Montani*[43] in cui la Corte, sottolineando la pericolosità dei ricorrenti, ha ritenuto che le limitazioni ai colloqui con i familiari non fossero andate al di là di quanto, ai sensi dell'art. 8 § 2 Cedu, è necessario in una società democratica per garantire la sicurezza pubblica, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati e ha escluso, pertanto, una violazione della suddetta norma convenzionale.

Particolare importanza riveste, inoltre, la decisione *Timpani*[44] del 2008 in cui la Corte europea ha escluso la violazione dell'art. 8 Cedu in relazione al divieto assoluto di ricevere visite dalla figlia di sette anni opposto al ricorrente – che era stato condannato all'ergastolo per omicidio ed era stato sottoposto al regime di trattamento speciale *ex* art. 41-*bis* l. ord. penit. per un periodo complessivo di un anno – rilevando che tale divieto si rendeva necessario per assicurare il *superiore interesse della minore*, che aveva manifestato la volontà di non incontrare il genitore.

3.2 La libertà di corrispondenza

Secondo la giurisprudenza europea, il controllo e la censura della corrispondenza del detenuto possono considerarsi ragionevoli solo qualora ricorrano ipotesi eccezionali, precisamente disciplinate dalla legge, in cui l'interferenza nella libertà di corrispondenza risulta necessaria per il conseguimento di uno degli scopo legittimi di cui al § 2 Cedu: come, ad esempio, nel caso in cui vi siano fondati motivi per ritenere che vi sia il pericolo della commissione di un reato o che sussista una minaccia alla sicurezza dell'istituto. Si tratta di un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo a partire dal *leading case Golder c. Regno Unito*[45] del 1975.

Tra le sentenze che la Corte europea ha pronunciato in materia nel triennio in esame, si segnalano, innanzitutto, le numerose pronunce[46] di condanna rese nei confronti

39. Sulla compatibilità del regime del 41-*bis* l. ord. penit. con l'art. 3 Cedu, cfr. A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu),* cit., § 6.2.
40. Sent. 20 gennaio 2009, *Zara c. Italia* (ric. n. 22424/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 835.
41. Sent. 17 settembre 2009 (grande camera), *Enea c. Italia* (ric. n. 7412/01), in *Riv. it. dir. proc. pen*, 2009, p. 1955.
42. Sent. 1° dicembre 2009, *Dell'Anna c. Italia* (ric. n. 16702/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 312.
43. Sent. 19 gennaio 2010, *Montani c. Italia* (ric. n. 24950/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2011, p. 756.
44. Dec., 18 novembre 2008, *Timpani* c. Italia (ric. n. 7732/02).
45. Sent. 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito.*
46. Giurisprudenza costante: cfr. sent. 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia* (ric. n. 35795/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, p. 333; sent. 4 dicembre 2007, *Papalia c. Italia* (ric. n. 60395/00), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 338; sent. 15 gennaio 2008, *Bagarella c. Italia* (ric. n. 15625/04); in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2008, p. 349; sent. 24 gennaio 2008, *Di Giacomo c. Italia* (ric. n. 25522/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, p. 350; sent. 4 marzo 2008, *Cavallo c. Italia* (ric. n.

dell'Italia in relazione ai controlli sulla corrispondenza dei detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* l. ord. penit., *prima* delle modifiche introdotte con la l. 9 aprile 2004, n. 95.

Ad avviso della Corte europea, tale regime di controllo era *incompatibile* con il diritto alla corrispondenza sancito dall'art. 8 Cedu: in particolare, l'art. 10 della legge n. 354 del 1975 era formulato in maniera troppo ampia, in quanto ometteva di stabilire la durata, i motivi e le modalità di attuazione delle restrizioni alla corrispondenza, sicché le limitazioni inferte al diritto alla corrispondenza non potevano considerarsi "conformi alla legge" ai sensi dell'art. 8 § 2 Cedu[47]. Inoltre, poiché le modifiche introdotte nel 2004 non consentono, secondo i giudici di Strasburgo, di riparare alle violazioni commesse anteriormente alla entrata in vigore della legge di riforma, la Corte ha continuato a riconoscere una violazione dell'art. 8 Cedu, anche successivamente alla modifica legislativa, con riferimento alle interferenze nella libertà di corrispondenza poste in essere precedentemente.

> Quanto alle ripercussioni sull'ordinamento interno, le censure di incompatibilità con l'art. 8 Cedu mosse dalla Corte europea hanno avuto un peso rilevante nella scelta del legislatore italiano di modificare la legge n. 354 del 1975, introducendo con la citata l. n. 95/2004 l'art. 18-*ter*, che ha disciplinato in maniera più precisa i requisiti e le modalità di controllo della corrispondenza dei detenuti soggetti al regime previsto dall'art. 41-*bis*.

Successivamente alla riforma del 2004, la Corte europea, nella sentenza *Montani c. Italia*[48] del dicembre 2010, è stata chiamata a pronunciarsi nuovamente sulla compatibilità dell'art. 8 Cedu della disciplina del controllo sulla corrispondenza dei detenuti sottoposti al regime speciale ai sensi dell'art. 41-*bis* l. ord. penit., previsto dal nuovo art. 18-*ter* della stessa legge.

Nel caso di specie, il ricorrente si doleva della violazione dell'art. 8 Cedu, sia per le restrizioni al suo diritto di ricevere viste dei familiari, sia per i *controlli* esercitati dalle autorità penitenziarie sulla sua *corrispondenza indirizzata alla Corte di Strasburgo*.

Quanto al primo profilo, la Corte ha rigettato la censura, ritenendo, conformemente alla propria consolidata giurisprudenza, che le limitazioni concernenti i colloqui con i familiari non fossero sproporzionate rispetto alle esigenze di tutela dell'ordine pubblico e di prevenzione dei reati. Essa ha riconosciuto tuttavia la violazione dell'art. 8 Cedu in relazione ai controlli sulla corrispondenza del ricorrente, rilevando come siffatti controllo fossero in palese *contrasto con il diritto nazionale* in quanto il nuovo art. 18-*ter* l. ord. penit. vieta espressamente il controllo sulle missive indirizzate al difensore di fiducia e agli organi internazionali competenti in materi a di diritti umani. Pertanto, ad avviso dei giudici europei, l'interferenza nel diritto alla libertà di corrispondenza del ricorrente doveva considerarsi priva di una base legale nell'ordinamento interno.

A conclusioni simili la Corte è pervenuta nelle sentenze *Pacula c. Lettonia*[49], *Petkov*

9786/03), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2008, p. 713; sent. 27 marzo 2008, *Guidi c. Italia* (ric. n. 28320/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2008, p. 720; sent. 17 luglio 2008, *De Pace c. Italia* (22728/03), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2008, p. 1302; sent. 20 gennaio 2009, *Zara c. Italia* (24424/03) in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2009, p. 835*;* sent. 7 luglio 2009, *Annunziata c. Italia* (ric. n. 28592/95), in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, p. 1934; sent. 7 luglio 2009, *Salvatore Piacenti c. Italia* (ric. n. 24425/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2009, p. 1936; sent. 17 settembre 2009 (grande camera), *Enea c. Italia* (ric. n. 7412/01), in *Riv. it. dir. proc. pen*, 2009, p. 1955.

47. Con riferimento all'eccessiva latitudine del potere di controllo della corrispondenza dei detenuti, v. anche sent. 25 marzo 2008, *Vitan c. Romania* (ric. n. 42084/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2008, p. 719., in cui la Corte – richiamando le valutazioni espresse nella sent. 3 giugno 2003, *Cotlet c. Romania* (ric. n. 38565/97) – ha ribadito che la disciplina rumena in materia di controllo della corrispondenza dei detenuti è incompatibile con il diritto alla corrispondenza sancito dall'art. 8 Cedu in quanto non definisce con precisione i presupposti per effettuare i controlli, non prevede un'autorizzazione preventiva del controllo da parte di organi giurisdizionali né la possibilità per l'imputato di impugnare il provvedimento, cosicché le limitazioni inferte al diritto alla libertà di corrispondenza del detenuto *non* possono considerarsi *conformi alla legge.*

48. Sent. 19 gennaio 2010, *Montani c. Italia* (ric. n. 24950/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2011, p. 756.

49. Sent. 15 settembre 2009, *Pacula c. Lettonia* (ric. n. 65014/01), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2009, p. 1954.

c. Bulgaria[50] e *Hinczewski c. Polonia*[51] e in cui i giudici europei hanno riconosciuto una violazione dell'art. 8 Cedu affermando che le restrizioni (blocco e ritardo) alla corrispondenza con gli *organismi europei* adottate nei confronti del ricorrente erano *vietate dalla stessa normativa nazionale*; ma hanno escluso la violazione dell'art. 34 Cedu perché le missive erano comunque *giunte a destinazione* e non vi era stato conseguentemente alcun pregiudizio per l'esercizio effettivo del diritto di ricorso garantito da tale norma.

Particolari profili di interesse presenta, inoltre, la sentenza *Szuluk c. Regno Unito* [52], relativa al controllo della corrispondenza con il proprio *medico curante*.

Il ricorrente – che era stato condannato ad una pena di quattordici anni per reati di droga ed era detenuto in una sezione di massima sicurezza (prigione di categoria A: detenuti ad alto rischio) – in carcere aveva incominciato a soffrire di *disturbi cerebrali*. Si doleva, in particolare, dei controlli esercitati dall'autorità penitenziaria sulla corrispondenza con il proprio medico specialista.

La Corte europea – ritenuto in via preliminare che il controllo sulle missive del ricorrente aveva costituito un'interferenza nel diritto garantito dall'art. 8 Cedu, e che tale interferenza doveva ritenersi legittima in quanto prevista dalla legge nazionale e finalizzata al perseguimento della prevenzione del crimine – ha escluso, tuttavia, che tale interferenza potesse considerarsi *proporzionata* rispetto allo scopo legittimo perseguito, vista la particolare situazione del ricorrente, il quale soffriva di una grave malattia, e il suo diritto di ricevere in carcere cure mediche adeguate. In particolare, in assenza di prove da parte del governo inglese circa il pericolo della commissione di un reato, i giudici europei hanno ritenuto che nel caso di specie non vi fossero ragioni per assicurare alla corrispondenza con il medico minore protezione rispetto a quella che la legge inglese riserva alle missive dirette ai parlamentari o agli avvocati di fiducia.

> Quanto alle ricadute di tale pronuncia sull'ordinamento interno, dalla Corte di Strasburgo sembra venire un monito ad evitare qualsiasi automatismo in ordine alla disposizione del controllo della corrispondenza dei detenuti in regime di applicazione di cui all'art. 41-*bis* l. ord. penit. ai sensi del nuovo dell'art. 18-*ter* della stessa legge, e non il divieto di assoggettare a qualsiasi controllo la corrispondenza tra il detenuto e il proprio medico specialista. Sembra infatti potersi dire che la violazione della norma convenzionale non sarebbe stata ritenuta sussistente ove le autorità competenti avessero adeguatamente motivato le ragioni del controllo esercitato sulla corrispondenza del ricorrente indirizzata al proprio medico curante.
>
> Con riferimento, invece, alle *carenze della disciplina interna* in merito alla durata dei controlli sulla corrispondenza dei detenuti e sui motivi per i quali possono essere disposti, giova da ultimo ricordare la sentenza *Reyhan c. Turchia* [53] – relativa ad una serie di ingerenze (ritardo, apertura, ostruzionismo) nella corrispondenza dei detenuti – in cui la Corte ha stigmatizzato la *mancata accessibilità* della disciplina interna dei controlli sulla corrispondenza dei detenuti, dal momento che tale disciplina non era mai stata resa pubblica, neppure tramite l'affissione all'interno del carcere del relativo regolamento e ha, pertanto, riscontrato una violazione del diritto alla corrispondenza di cui all'art. 8 Cedu.

3.3

La Grande camera con la sentenza *Dickson c. Regno Unito*[54] del 2008 si è pronunciata per la prima volta sul diritto del detenuto di concepire un figlio, ravvisando una violazione dell'art. 8 Cedu nel caso di *rifiuto di accedere alle tecniche d'inseminazione artifi-*

50. Sent. 17 gennaio 2010, *Petkov c. Bulgaria* (ric. n. 32130/03).
51. Sent. 5 ottobre 2010, *Hinczewski c. Polonia* (ric. n. 34907/05).
52. Sent. 2 luglio 2009, *Szuluk c. Regno Unito* (ric. n. 36936/05).
53. Sent. 23 settembre 2008, *Reyhan c. Turchia* (ric. n. 60123/00), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1699.
54. Sent. 4 dicembre 2007 (grande camera), *Dickson c. Regno Unito* (ric. n. 44362/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 337.

Il diritto a concepire un figlio

ciale opposto a un detenuto, condannato all'ergastolo per omicidio, il quale desiderava avere un figlio dalla moglie, conosciuta e sposata durante la detenzione.

Tale rifiuto era stato giustificato dall'autorità inglese sulla base di due considerazioni: da un lato, si era sostenuta la necessità di garantire la pubblica fiducia nel sistema carcerario, che sarebbe stata gravemente compromessa dal riconoscimento del diritto di concepire un figlio ai detenuti condannanti per gravi reati e, dall'altro, si era richiamata la necessità di assicurare il benessere dei figli che sarebbe diminuito alla presenza di un solo genitore.

La Corte europea, tuttavia, non ha ritenuto condivisibili tali valutazioni, affermando che il divieto di procreare imposto al detenuto è espressione di una concezione retributiva della pena ormai superata all'interno del sistema Convenzionale, in cui la pena stessa risulta orientata alla finalità rieducativa, e che la necessità di assicurare il benessere del futuro concepito non può mai giustificare la negazione del diritto di concepire un figlio.

> Si segnala che la Corte di Cassazione italiana ha riconosciuto il diritto del detenuto alla procreazione attraverso la procedura d'inseminazione artificiale proprio sulla base del principio di proporzione tra le esigenze di sicurezza sociale e penitenziale e l'interesse della singola persona[55].

4 Espulsione di stranieri che hanno commesso un reato

Dall'art. 8 Cedu discende – per consolidata giurisprudenza della Corte europea[56] – il divieto di disporre l'espulsione dello straniero (a nulla rilevando la natura di vera e propria pena ovvero di misura di sicurezza o di prevenzione, o di provvedimento amministrativo dell'espulsione medesima) quando questi abbia tutti o la maggior parte, dei propri legami familiari[57] o sociali nel Paese ospitante, *salvo* che la misura sia giustificata dalla necessità di tutela d'interessi pubblici di particolare rilevanza, come quelli legati alla prevenzione dei reati.

Per la valutazione della *necessità* dell'espulsione – secondo quanto affermato dalla Corte europea a partire dal caso *Üner c. Olanda* del 2006[58] – devono venire in considerazione una pluralità di fattori. Tra questi, depongono nel senso che l'espulsione debba essere eseguita: la gravità del reato commesso; l'esistenza di precedenti penali; la lunghezza del periodo trascorso tra la realizzazione del reato e la commissione dell'ultimo reato nonché l'interesse e il benessere dello straniero stesso se si tratta di un minore; mentre tra gli indici in senso contrario, è possibile annoverare la presenza di figli (specie se minori); l'assenza di parenti stretti nel Paese di destinazione e la presenza dei propri familiari nel Paese ospite nonché la scarsa profondità dei legami culturali con il paese di destinazione rispetto ai legami con il Paese ospite.

Va peraltro segnalato come, nelle applicazioni giurisprudenziali successive al caso *Üner,* la Corte europea abbia dato una netta prevalenza al criterio della gravità del reato, finendo con il giustificare in diverse occasioni l'espulsione del ricorrente, *nonostante la presenza di legami familiari o sociali radicati nel Paese ospite*, ove la misura era stata inflitta come *sanzione* per la commissione di reati di natura violenta[59].

In risposta a tale orientamento eccessivamente restrittivo, la grande camera nella sentenza *Maslov c. Austria*[60] del giugno 2008 ha precisato che l'allontanamento dello straniero che abbia commesso reati quando era minorenne (anche qualora si tratti di reati di natura violenta), deve essere disposto solo in *casi eccezionali* e *in via sussidiaria*

55. Cass., sez. I, pen., sent. 30 gennaio 2008, n. 7791, in *Foro it.,* 2008, 5, p. 272.
56. Cfr. per il *leading case* in materia, sent. 7 ottobre 1986, *Berrehab c. Paesi Bassi* (ric. n. 10730/84).
57. Sulla nozione di vita familiare, v. *supra* § 2.
58. Sent. 18 ottobre 2006, *Üner c. Olanda* (ric. n. 46410/99).
59. Cfr. più ampiamente sul punto, E. Nicosia, *Convenzione europea,* cit., p. 161 ss.
60. Sent. 23 giugno 2008 (grande camera), *Maslov c. Austria* (ric. n. 1683/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1293, conferma la sentenza 22 marzo 2007, *Maslov c. Austria,* in cui per quattro voti contro tre la Corte aveva ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 Cedu, rinviando poi la decisione alla grande camera.

(cioè quando nessuna altra misura meno afflittiva sia efficace rispetto alle esigenze di prevenzione dei reati e di tutela dell'ordine pubblico).

Nel caso di specie il ricorrente, un cittadino bulgaro, trasferitosi in Austria all'età di sei anni con la famiglia, veniva condannato dal tribunale minorile per una serie di reati di natura violenta (tra cui furto aggravato, estorsione e violenza privata). Le autorità austriache – ritenendo, sulla base delle precedenti sentenze di condanna, che la permanenza del ricorrente sul territorio austriaco contrastasse con l'interesse pubblico a prevenire la commissione di reati – emettevano nei suoi confronti un provvedimento di espulsione per la durata di dieci anni, che veniva eseguito al compimento del diciottesimo anno di età del ricorrente. La grande camera, pur riconoscendo che le autorità austriache avevano perseguito il giustificato obiettivo di prevenire la commissione di reati sul proprio territorio, ha ritenuto che l'emissione e la conseguente esecuzione del suddetto provvedimento di espulsione avessero determinato un'illegittima interferenza nella vita privata e familiare del ricorrente, considerando al riguardo decisivo che questi fosse minorenne al momento della commissione dei reati, e sottolineando, inoltre, che le autorità nazionali avrebbero potuto adottare misure meno afflittive per prevenire la commissione da parte del medesimo di ulteriori reati.

Particolatamente significativa è la giurisprudenza del triennio 2008-2010 in tema di espulsione.

Tra le pronunce rese dalla Corte in materia, si segnala per rilevanza la sentenza *Bousarra c. Francia*[61] del settembre 2010, in cui i giudici europei hanno fornito un'importante precisazione di ordine generale relativamente al profilo della valutazione della necessità del provvedimento espulsivo di stranieri "*quasi cittadini*", ovvero gli stranieri che abbiano trascorso la maggior parte della loro vita nel paese ospite. Richiamando i principi espressi nelle raccomandazioni Rec (2001) 15 e Rec (2002) 4 del Comitato dei Ministri e dalla stessa legislazione francese (entrata in vigore successivamente ai fatti in causa e pertanto non applicabile al caso di specie), essi hanno sottolineato la necessità di limitare l'espulsione degli stranieri che abbiano trascorso la maggior parte della loro vita nel Paese ospite a casi eccezionali di pericolo per la sicurezza dello Stato.

Vediamo ora brevemente la vicenda che ha dato origine alla pronuncia. Il ricorrente, di nazionalità marocchina, era giunto in Francia con i genitori subito dopo la nascita e aveva risieduto in quel Paese per un periodo di oltre vent'anni, senza mai tornare in Marocco. Nel dicembre 2000, era stato condannato per cessione di stupefacenti e per diversi reati di natura violenta (estorsione, sequestro di persona e porto di armi abusivo), alcuni dei quali commessi prima del raggiungimento della maggiore età. Nell'agosto del 2002 il Ministro degli interni aveva ordinato la sua espulsione verso il Marocco per un periodo di tempo illimitato, in ragione della gravità dei reati da lui commessi e della sua pericolosità sociale.

La Corte europea – ritenuto che il ricorrente, alla luce dei reati commessi, non rappresentava una minaccia grave per l'ordine pubblico interno e tenuto conto che egli si era trasferito in Francia subito dopo la nascita e che aveva sempre vissuto in quel Paese dove manteneva forti legami familiari e sociali (mentre in Marocco non aveva legami affettivi e sociali) – ha concluso che la misura dell'espulsione di durata illimitata disposta nei suoi confronti non era proporzionata rispetto al fine legittimo di prevenzione dei reati perseguito e ha, pertanto, condannato lo Stato francese per la violazione dell'art. 8 Cedu.

A conclusioni simili la Corte è pervenuta nella sentenza *A. W. Khan c. Regno Unito*[62] del gennaio 2010: in quest'occasione, infatti, essa ha ravvisato una potenziale violazione dell'art. 8 Cedu in caso di esecuzione da parte delle autorità inglesi del provvedimento di espulsione di un immigrato pakistano, condannato a sette anni di detenzione per

61. Sent. 23 settembre 2010, *Bousarra c. Belgio* (ric. n. 25672/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 1836.
62. Sent. 12 gennaio 2010, *Khan A. W. c. Regno Unito* (ric. n. 47486/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 750.

aver *tentato di importare eroina*, il quale risiedeva stabilmente dall'età di tre anni nel Regno Unito, dove viveva altresì tutta la sua numerosa famiglia e la figlia appena nata.

Ad avviso dei giudici europei la pur rilevante gravità dei reati commessi dal ricorrente non valeva a giustificare un'eventuale espulsione del ricorrente in considerazione del fatto che questi aveva trascorso la maggior parte della sua vita nel Regno Unito, dove egli manteneva la quasi totalità dei suoi legami familiari, sociali e culturali. Considerato, tra l'altro, che questi non aveva precedentemente commesso gravi reati e che non ne aveva commessi altri dopo il suo rilascio, la Corte ha ritenuto prevalente rispetto alle esigenze di tutela dell'ordine pubblico e di prevenzione dei reati il diritto del ricorrente a mantenere i contatti con i propri familiari e con la figlia appena nata, nonché i legami culturali con il paese ospite, cosa che gli sarebbe stato preclusa laddove fosse stato costretto al rimpatrio.

Accanto alle sentenze sopra esaminate in cui la Corte europea ha riconosciuto una violazione dell'art. 8 Cedu in relazione all'emissione o all'esecuzione di provvedimenti espulsivi nei confronti di stranieri "quasi cittadini", vanno peraltro segnalate le numerose pronunce in cui la stessa ha ritenuto legittimo l'allontanamento dal territorio dello Stato di stranieri che avevano vissuto la maggior parte della loro vita nello Stato ospite sulla base della considerazione che la misura in questione era stata disposta a seguito della condanna penale dello straniero per reati di natura violenta (indipendentemente dal fatto che si trattasse di soggetti incensurati o che avevano commesso reati durante la minore età).

Così, nella sentenza *Mutlag c. Germania* [63] del marzo 2010 essa ha escluso la violazione dell'art. 8 Cedu in relazione all'espulsione del ricorrente, *nato in Germania* da genitori di nazionalità giordana, il quale era stato condannato a quasi tre anni di carcere per diversi reati (e in particolare: percosse e lesioni personali dolose, resistenza a pubblico ufficiale, ingiuria), alcuni dei quali commessi prima del raggiungimento della maggiore età. In questa occasione la Corte ha concluso che la misura dell'espulsione era *proporzionata* rispetto al fine legittimo di prevenire la commissione di reati, vista la *natura violenta dei reati* commessi dal ricorrente. Essa non ha invece attribuito peso alla circostanza che il ricorrente avesse commesso una parte di tali reati quando era minorenne e tantomeno al fatto che il medesimo era nato e cresciuto in Germania, dove viveva tutta la sua famiglia, e che in Giordania non aveva appoggi né prospettive lavorative, dal momento che conosceva la lingua araba in maniera del tutto insufficiente.

Ad analoghe conclusioni i giudici di Strasburgo sono giunti nella sentenze *Joseph Grant c. Regno Unito*[64] e *Onur c. Regno Unito*[65] e nella decisione *Yesufa c. Regno Unito*[66]: anche in queste occasioni il decreto di espulsione era stato eseguito nei confronti di stranieri che avevano *trascorso la maggior parte della loro vita nel Paese ospite*, dove viveva altresì gran parte della loro famiglia. La Corte europea, tuttavia, ha ritenuto *proporzionata* l'interferenza nella vita familiare dei ricorrenti, vista la *gravità dei reati* commessi (in tutti i casi si trattava di rapine e reati previsti dalla legislazione in materia di stupefacenti).

4.1 Espulsione amministrativa per motivi di sicurezza

Nel triennio 2008-2010 la Corte europea – sviluppando i principi espressi nella sentenza *Liu c. Russia*[67] del 2007 – ha più volte avuto modo di censurare quella particolare forma di espulsione amministrativa, disposta dalle autorità nazionali sulla base di informazioni d'*intelligence* riservate per ragioni di contrasto del terrorismo internazionale o

63. Sent. 25 marzo 2010, *Mutlag c. Germania* (ric. n. 40601/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 772.
64. Sent. 8 gennaio 2009, *Josph Grant c. Regno Unito* (ric. n. 10606/07).
65. Sent. 17 febbraio 2009, sent. *Onur c. Regno Unito* (ric. n. 27319/07).
66. Dec. 26 gennaio 2010, *Yesufa c. Regno Unito* (ric. n. 7347/08).
67. Sent. 6 dicembre 2007, *Liu c. Russia* (ric. n. 42086/05).

di sicurezza nazionale, affermando che per ritenere legittimo l'allontanamento dal territorio è necessario che l'autorità giudiziaria nazionale sia messa in grado di verificare la pericolosità effettiva dello straniero.

Sul punto è emblematica la sentenza *C.G. e altri c. Bulgaria*[68] del 2008, alla quale sono seguite le sentenze *Raza c. Bulgaria*[69] *e Kaushal c. Bulgaria* [70], sostanzialmente in termini.

Il ricorrente, di nazionalità turca, viveva da oltre dieci anni in Bulgaria con la moglie e la figlia (tutti di nazionalità bulgara). Nel giugno 2005, gli veniva notificato un provvedimento di espulsione e contestuale divieto di rientro in Bulgaria per dieci anni, emesso dalla competente autorità amministrativa sulla base di *generiche esigenze di sicurezza nazionale*, in forza dell'art. 41 della legge bulgara sull'immigrazione. Il provvedimento, ricorribile esclusivamente per via gerarchica al Ministro dell'Interno, veniva eseguito il giorno stesso. Ormai rimpatriato ed esperito inutilmente il ricorso gerarchico, il ricorrente presentava ricorso giurisdizionale presso la Suprema Corte Amministrativa bulgara, lamentando la violazione dell'art. 8 Cedu, non solo in quanto la legge sull'immigrazione bulgara non prevede nel caso di espulsione per motivi di sicurezza nazionale l'indicazione delle circostanze di fatto poste a fondamento del provvedimento, né l'assoggettabilità di quest'ultimo a ricorso giurisdizionale; ma anche in quanto, a fronte di un'oggettiva interferenza nel suo diritto alla vita familiare, non era stato operato il dovuto bilanciamento tra i diritti individuali in gioco e l'interesse collettivo alla sicurezza nazionale. La Corte, tuttavia, dichiarava legittimo il provvedimento di espulsione, ammettendo tra le prove (senza però portarla a diretta conoscenza del primo ricorrente) la proposta formulata dall'autorità di pubblica sicurezza, che conteneva elementi – *secretati* ed acquisiti nell'ambito di un procedimento di prevenzione – in base ai quali il ricorrente era ritenuto membro di un'organizzazione dedita al narcotraffico. Essa escludeva, inoltre, che la lunga residenza in Bulgaria e gli intervenuti e consolidati vincoli familiari del primo ricorrente fossero ostativi all'espulsione. La sentenza veniva successivamente confermata dalla Suprema Corte bulgara.

La Corte europea ha riavvisato una violazione degli artt. 8 e 13 Cedu ritenendo che l'espulsione del ricorrente – ancorché conforme al diritto nazionale vigente – avesse violato il suo diritto al rispetto della vita familiare in quanto, pur a fronte della «formale possibilità di esperire ricorso giurisdizionale» avverso il provvedimento di espulsione, la legge bulgara non aveva garantito al medesimo «il minimo grado di protezione contro l'arbitrarietà dell'autorità». Secondo i giudici europei, infatti, la mancata allegazione di elementi concreti a sostegno della pericolosità del ricorrente aveva impedito all'autorità giudiziaria di accertare la legittimità sostanziale dell'ordine di espulsione. E in particolare, essi hanno significativamente ritenuto che il concetto di pericolo per la sicurezza nazionale, pur non completamente definibile *a priori*, non può essere dilatato fino a ricomprendervi la mera partecipazione ad un'associazione per delinquere dedita al narcotraffico.

Presenta profili di interesse, inoltre, la sentenza *Gulijev c. Lituania*[71], in cui la Corte europea ha riconosciuto l'illegittimità dell'espulsione di un cittadino dell'Azerbaigian sempre per ragioni di sicurezza nazionale e di ordine pubblico, affermando che in assenza di elementi concreti che provassero la reale pericolosità sociale del ricorrente, doveva essere considerata prevalente la tutela del diritto del ricorrente a mantenere i contatti con la moglie e le due figlie, tutte di nazionalità lituana, sul punto dovendosi escludere che l'unità familiare potesse essere preservata spostando la residenza in Azerbaigian, come asserito dal Governo lituano.

68. Sent. 24 aprile 2008, *C. G. e altri c. Bulgaria* (ric. n. 1365/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 722.
69. Sent. 11 febbraio 2010, *Raza c. Bulgaria* (ric. n. 31465/08).
70. Sent. 2 settembre 2010, *Kaushal c. Bulgraria* (ric. n. 1537/08).
71. Sent. 16 dicembre 2008, *Gulijev c. Lituania* (ric. n. 10425/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2009, p. 349.

Non sono peraltro mancati casi in cui la Corte europea ha ritenuto che l'interferenza realizzata dal provvedimento di espulsione nella vita privata e familiare del ricorrente fosse proporzionata rispetto allo scopo legittimo di prevenzione dei reati. Così nella sentenza *Cherif e altri c. Italia*[72], la Corte ha riconosciuto la legittimità dell'espulsione *ex* art. 3 l. 155/2005 di un cittadino tunisino *sospettato* di partecipazione in attività terroristica, nonostante questi fosse regolarmente residente in Italia e nonostante fosse sposato con una cittadina italiana da cui aveva avuto tre figlie, tenuto conto, da un lato, della gravità della minaccia terroristica e, dall'altro, del passato criminale del ricorrente, già condannato per traffico di stupefacenti, rissa e oltraggio a pubblico ufficiale.

Al riguardo, si segnala, tuttavia, la *dissenting opinion* dei giudici Tulkens, Jočienė e Popović, i quali hanno ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 Cedu sulla base di una duplice considerazione. Essi hanno sottolineato, innanzitutto, che il sospetto coinvolgimento dell'interessato in attività terroristica si fondava esclusivamente sui rapporti che quest'ultimo aveva intrattenuto con persone indagate per tale reato e, in secondo luogo, che i reati per i quali egli era stato effettivamente condannato in passato non erano particolarmente gravi e, soprattutto, non avevano alcun collegamento con l'attività terroristica.

5 Misure finalizzate alla prevenzione dei reati

Dall'art. 8 Cedu discendono una serie di vincoli che concernono, non soltanto la sanzione penale, ma anche le misure finalizzate alla prevenzione e alla repressione dei reati, la cui inflizione ed esecuzione interferisce con i diritti tutelati dalla suddetta norma convenzionale.

Le pronunce rese dalla Corte europea nel triennio in esame hanno riguardato due diverse categorie di misure: a) la raccolta e la conservazione di dati personali per finalità di indagine e di prevenzione dei reati; b) il fermo e la perquisizione personali in assenza di un ragionevole sospetto di reato.

Esamineremo di seguito le pronunce che riguardano ciascuna di queste categorie di misure, ponendo l'accento sulla valutazione della Corte in ordine alla proporzionalità delle suddette misure.

5.1 La raccolta e la conservazione di dati personali per finalità di indagine e di prevenzione dei reati

Nella sentenza *S. e Marper c. Regno Unito*[73], resa dalla Grande Camera nel dicembre del 2008, la Corte europea è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 8 Cedu della *conservazione dei campioni biologici e delle impronte digitali di soggetti non perseguiti penalmente o prosciolti*, prevista dalla legislazione inglese[74].

I ricorrenti, due cittadini inglesi (di cui il primo minorenne), durante le indagini avviate nei loro confronti per la commissione di gravi reati (rispettivamente, tentata rapina e molestie), venivano sottoposti al prelievo di campioni di DNA ed impronte digitali. Il primo ricorrente veniva successivamente prosciolto, mentre il procedimento avviato nei confronti del secondo veniva archiviato. Entrambi chiedevano, pertanto, la distruzione dei campioni biologici e delle impronte digitali, ma l'autorità amministrativa rigettava la richiesta con una decisione che veniva confermata dalla *House of Lords*.

La Grande camera – premesso che la conservazione di dati afferenti alla sfera privata dell'individuo, come le impronte digitali e i campioni di DNA, integra un'interferenza nel diritto al rispetto della vita privata sancito dall'art. 8 Cedu – ha ritenuto che la conservazione di campioni biologici e impronte digitali, pur avendo base legale nel diritto interno e pur essendo finalizzata allo scopo legittimo della repressione del crimine, era regolata da norme eccessivamente generiche e non poteva, quindi, ritenersi conforme

72. Sent. 7 aprile 2009, *Cherif e altri c. Italia* (ric. n. 1860/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1417.
73. Sent. 4 dicembre 2008 (grande camera), *S. e Marper c. Regno Unito* (ric. n. 30562/04; 30566/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 346.
74. Cfr. *Crime Justice and Police Act*, 2001.

alla legge. Inoltre, per quel che concerne la necessità dell'interferenza, essa ha rilevato che l'impiego di tecniche scientifiche di investigazione, pur di grande rilievo, non può rispondere a scopi eccessivamente estesi: la conservazione *senza limiti di tempo* dei dati biologici e delle impronte digitali prelevati da un soggetto *non perseguito penalmente* o *non condannato* costituisce, pertanto, una interferenza *sproporzionata* nel diritto alla vita privata dell'interessato.

> La sentenza in esame è estremamente importante per il nostro Paese, che, con la l. n. 85/2009 ha approvato la legge istitutiva della banca dati del DNA e di regolamentazione dei prelievi coattivi, perché stabilisce limiti precisi all'utilizzo del DNA per fini d'indagine che devono essere rispettati da tutti gli Stati membri pena la violazione dell'art. 8 Cedu[75].

Nella sentenze *Bouchcourt*[76]*, Gardel* [77] *e M.B.* [78]rese contro la Francia nel dicembre 2009, invece, la Corte europea ha valutato la compatibilità con la Convenzione del sistema c.d. FIJAIS, introdotto nell'ordinamento francese dalla l. n. 204 del 2004, che prevede la registrazione automatica e la conservazione per un periodo massimo di trent'anni dei dati relativi all'identità, all'indirizzo e alla residenza di soggetti condannati per reati sessuali. In particolare, a seguito di tale inserimento, l'interessato è tenuto a comunicare annualmente il proprio indirizzo e ad indicare ogni cambiamento di residenza nel termine di cinque giorni dallo stesso.

Precisato che la misura in questione non costituisce una pena a i sensi dell'art. 7 Cedu, ma una misura di prevenzione cui non si applica, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte europea, il principio di irretroattività[79], la Corte europea ha valutato altresì *ex officio* la compatibilità della misura in questione rispetto all'art. 8 Cedu.

Essa ha ribadito che la memorizzazione da parte della pubblica autorità di dati relativi alla vita privata di un individuo costituisce un'ingerenza rilevante ai sensi dell'art. 8 Cedu e che spetta a ciascuno Stato dimostrare che le misure utilizzate siano idonee, non eccessive e temporalmente adeguate in relazione alle finalità da esse perseguite. Nel caso in esame, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la schedatura prevista dalla legislazione francese fosse giustificata in virtù della gravità dei reati in relazione ai quali viene effettuata e che essa presentasse, inoltre, garanzie sufficienti ed adeguate in relazione al rispetto della vita privata, in quanto all'interessato è riconosciuto per legge il diritto ad ottenere la cancellazione dei suoi dati quando la loro conservazione non è ritenuta più necessaria per il tempo trascorso dall'ultimo reato, per l'età della persona e per l'attenuazione della sua pericolosità sociale.

5.2 I poteri speciali di fermo e di perquisizione sul posto

Nella sentenza *Gillan e Quinton c. Regno Unito* [80] dello scorso gennaio, la Corte europea ha condannato il Regno Unito per la violazione dell'art. 8 Cedu in relazione ai poteri speciali di fermo e perquisizione previsti dagli artt. 44 e 45 del *Terrorism Act* del 2000.

Prima di addentrarci nell'analisi dell'itinerario argomentativo seguito dalla grande camera, tuttavia, è opportuno soffermarsi brevemente sulla vicenda dalla quale è

75. Sul punto, cfr. Casasole, *La Conservazione di campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana, alla luce del dibattito europea,* in *Cass. pen.,* 2009, p. 1436 ss. sostiene che la l. n. 85 del 2009 sarebbe incompatibile con tali principi, sotto un duplice profilo. Innanzitutto la suddetta legge non prevede espressamente la cancellazione dei dati estrapolati dai campioni di DNA prelevati coattivamente da individui esterni alle indagini, i quali conseguentemente sembrerebbe possano essere conservati (art. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p.); e, in secondo luogo, tra i casi in cui deve essere disposta la cancellazione dei profili del DNA dell'indagato, la legge non annovera le sentenze di non luogo a procedere, di non doversi a procedere e il provvedimento di archiviazione del procedimento (art. 13 della l. n. 85 del 2009).
76. Sent. 17 dicembre 2009, *Bouchacourt c. Francia* (ric. n. 5335/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 325.
77. Sent. 17 dicembre 2009, *Gardel c. Francia* (ric. n. 16428/05).
78. Sent. 17 dicembre 2009, *M.B. c. Francia* (ric. n. 22115/06).
79. Sul punto, cfr. G. Abbadessa, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu),* in questa *Rivista*.
80. Sent. 12 gennaio 2010, *Gillan e Quinton c. Regno Unito* (ric. n. 4158/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 749.

scaturita la pronuncia e sulla disciplina in materia di fermo e perquisizione prevista dalla legislazione inglese anti-terrorismo.

Il 9 settembre 2003, in occasione di una manifestazione di protesta contro una fiera di armi, i ricorrenti venivano assoggettati a fermo e perquisizione sul posto da parte di agenti di polizia, nell'esercizio dei poteri previsti dagli art. 44 e 45 del *Terrorism Act* del 2000 ed abilitati dall'autorizzazione amministrativa precedentemente rilasciata conformemente all'art. 46 della stessa legge.

In particolare, in forza degli art. da 44 a 47 del *Terrorism Act* del 2000, gli alti funzionari di polizia hanno la facoltà, «qualora lo ritengano opportuno per le prevenzione di atti di terrorismo», di concedere un'autorizzazione affinché qualsiasi agente di polizia possa, entro un'area geografica limitata, sottoporre a fermo e perquisizione pedoni e veicoli con i relativi passeggeri, allo *scopo* di ricercare «oggetti che potrebbero essere utilizzati in connessione con il terrorismo», anche in assenza di validi «motivi per sospettare la presenza di oggetti di tale genere». Tale autorizzazione, peraltro, deve essere convalidata entro le successive 48 ore dal *Secretary of State* e, in caso contrario, cessa di avere qualsiasi effetto. La perquisizione è di tipo *superficiale* (in particolare, l'agente può chiedere alla persona sottoposto a perquisizione di togliersi copricapo, calzature, vestiti e guanti; inoltre, qualora sia necessario, può ispezionare le tasche, l'interno di colletti, calzini, scarpe e la capigliatura) e avviene nel luogo in cui la persona è fermata o nelle sue vicinanze. Inoltre, giova sottolineare che il *rifiuto* di farsi perquisire costituisce un *reato* punito con la pena della reclusione, con una multa o con entrambe.

La Corte europea – non ritenendo condivisibile la decisione della *House of Lords*, adita in ultima istanza, secondo cui una perquisizione di tipo superficiale non potrebbe essere considerata lesiva del diritto alla rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 Cedu – ha deciso di esaminare il ricorso sotto l'angolo visuale della citata norma convenzionale, e non dell'art. 5 § 1 Cedu, anch'esso ritenuto applicabile[81].

In particolare, essa ha rilevato che la disposizioni sopra esaminate dell'*Anti Terrosim Act* del 2000 conferivano all'autorità di polizia un *potere discrezionale eccessivamente ampio* relativamente all'autorizzazione e alla successiva esecuzione dei provvedimenti di fermo e di perquisizione e, pertanto, non fornivano una protezione adeguata contro eventuali atti di ingerenza arbitraria da parte delle autorità.

In particolare, per quel che riguarda la *fase di autorizzazione*, i giudici europei hanno censurato, innanzitutto, il riconoscimento in capo all'autorità di pubblica sicurezza del potere di autorizzare il fermo e la perquisizione *senza* alcuna valutazione in ordine alla *proporzionalità* della misura rispetto allo scopo di prevenire atti di terrorismo. Essa ha inoltre rilevato che nella prassi il *Secretary of State* non aveva mai negato la convalida dei provvedimenti in questione e che il rinnovo delle autorizzazioni avveniva pressoché *automaticamente*. In terzo luogo, la Corte ha sottolineato che le prospettive di impugnare un'autorizzazione erano scarse viste le *difficoltà probatorie* incontrate dai ricorrenti nel dimostrare l'arbitrarietà dell'autorizzazione e della relativa convalida.

Per quel che concerne, invece, l'*esecuzione* dei provvedimenti in questione da parte del singolo agente di polizia, la Corte ha stigmatizzato l'assenza di limiti normativi al potere dell'agente di eseguire il fermo o la perquisizione (fatta eccezione per le norme del codice di comportamento che, tuttavia, disciplinano solo le modalità di esecuzione del fermo e della perquisizione). L'agente che effettua la perquisizione, infatti, non è tenuto a dimostrare la sospetta partecipazione del sottoposto ad attività terroristica in quanto la legge richiede esclusivamente che il fermo e la perquisizione siano effettuati per ricercare oggetti che abbiano una connessione con il terrorismo. Tale categoria, tuttavia, risulta, ad avviso dei giudici europei, eccessivamente ampia, tanto da poter comprendere, in astratto, molti degli oggetti che la gente porta normalmente con sé per strada.

81. Sul punto, cfr. L. Beduschi, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 Cedu e art. 2 Prot. 4),* cit., § 1.1.

6 La repressione penale dei rapporti omosessuali con minori

Dall'art. 8 Cedu discende il divieto di incriminare i comportamenti omosessuali commessi in privato tra adulti consenzienti. Il *leading case* di questo filone giurisprudenziale va individuato nella sentenza *Dudgeon c. Regno Unito*[82]. Tuttavia, la giurisprudenza europea ammette e ritiene necessaria la previsione da parte delle autorità statali di alcune limitazioni in materia di rapporti omosessuali che coinvolgano minori[83]. Peraltro, un trattamento penale diversificato dei rapporti omosessuali con minori consenzienti rispetto a quelli eterosessuali è stato ritenuto dalla Corte europea incompatibile con l'art. 8 Cedu, in relazione all'art. 14 Cedu (che riconosce il divieto di discriminazione)[84].

Nel triennio in esame la Corte europea ha avuto modo di ribadire i suddetti principi nella sentenza *Santos Couto c. Portogallo*[85] del settembre 2010.

Il ricorrente lamentava che la sua condanna per atti sessuali con adolescenti del suo stesso sesso era discriminatoria e, quindi, incompatibile con gli artt. 8 e 14 Cedu, perché basata sul suo orientamento sessuale. In particolare, egli sosteneva che il codice penale portoghese vigente all'epoca dei fatti (e modificato nel 2007 a seguito di una pronuncia della Corte costituzionale), che puniva i rapporti omosessuali tra adulti e minori consenzienti, prevedeva una disparità di trattamento, rispetto agli analoghi rapporti eterosessuali, che erano punibili solo nel caso di abuso della condizione di debolezza psichica del minore.

Dopo aver ricordato che la sua funzione è quella di valutare il caso specifico sottoposto al suo esame, e non di vagliare la compatibilità in astratto della legislazione nazionale con la Convenzione, la Corte europea – pur non ritenendo giustificata la previsione nella legislazione portoghese di presupposti diversi per la repressione degli atti sessuali con minorenni nella legislazione portoghese – ha escluso nel caso di specie la violazione degli artt. 8 e 14 Cedu perché i giudici nazionali, operando una interpretazione convenzionalmente conforme della legislazione nazionale, avevano accertato che il ricorrente aveva approfittato dello stato di debolezza psichica dei minori coinvolti per indurli ad avere rapporti sessuali.

7 Obblighi di tutela della reputazione e dell'onore e libertà di espressione

La giurisprudenza di Strasburgo ha individuato nell'art. 8 della Convenzione la fonte di obblighi di tutela del diritto al rispetto della vita privata; diritto che ricomprende, secondo le più recenti applicazioni giurisprudenziali, non soltanto all'integrità fisica e psicologica o morale dell'individuo, ma anche il diritto alla riservatezza, alla reputazione e all'onore del medesimo[86]. È questo uno degli ambiti di elezione delle applicazioni orizzontali della suddetta norma convenzionale, posto che si tratta, in genere, di episodi che riguardano privati cittadini: in particolare, l'affermazione dell'obbligo positivo di tutelare la reputazione e l'onore di un individuo, di cui all'art. 8 Cedu, comporta necessariamente la limitazione del diritto di libertà di espressione di un altro individuo, riconosciuta dall'art. 10 Cedu.

Per quanto concerne la questione dei confini tra i diritti di cui agli artt. 8 e 10 Cedu il *leading case* va individuato nella sentenza *Von Hannover c. Germania*[87] del 2004 – concernente le aggressioni giornalistiche e fotografiche cui erano stati sottoposti Carolina di Monaco e i suoi figli – in cui la Corte europea ha, per la prima volta, applicato nella risoluzione del conflitto tra il diritto della ricorrente al rispetto della vita privata

82. Sent. 22 dicembre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito* (ric. n. 7525/76).
83. B. Emmerson- A. Ashworth- A. Macdonald, *Human rights and criminal justice,* cit., p. 307.
84. Sul punto, cfr. da ultimo sent. 9 gennaio 2003, *L. e V. c. Austria* (ric. n. 39392/98) e sent. 9 gennaio 2003, *S. L. c. Austria* (ric. n. 45330/99).
85. Sent. 21 settembre 2010, *Santos Couto c. Portogallo* (ric. n. 31874/07).
86. Sul punto, v. *infra* § 2.
87. Sent. 28 luglio 2005, *Von Hannover c. Germania* (ric. n. 59320/00).

e il diritto alla libertà di stampa dei giornalisti coinvolti, il c.d. *criterio della legittima speranza* di protezione, sottoponendolo a bilanciamento con il criterio guida in tema di libertà di stampa dell'*interesse pubblico al dibattito*.

Tra le pronunce rese dalla Corte europea in materia nel triennio in esame, particolare importanza riveste la sentenza *Polanco Torres e Molvilla Polanco c. Spagna*[88] del settembre 2010, in cui la Corte europea ha affrontato un difficile caso di bilanciamento tra i diritti riconosciuti dagli artt. 8 e 10 Cedu.

Il quotidiano *El Mundo* pubblicava nel 1994 un articolo avente ad oggetto il presunto coinvolgimento in affari illeciti della società Intra, di cui facevano parte la moglie del Presidente del Tribunale regionale della Cantabria e le mogli di altri due magistrati. Lo stesso giorno, l'articolo comparso su *El Mundo* veniva riprodotto integralmente sul quotidiano locale *Alerta*, senza specificare la fonte originaria della pubblicazione. Il Presidente del tribunale e sua moglie intentavano giudizio contro la casa editrice del quotidiano *El Mundo*, il direttore responsabile e il giornalista autore dell'articolo, nonché contro la casa editrice del quotidiano *Alerta*. I tre gradi di giudizio si concludevano con la condanna dei convenuti; tuttavia, nel 2006, la Corte costituzionale, adita dai condannati con *recurso de amparo*, annullava la sentenza di condanna pronunciata nei confronti de *El Mundo*.

I ricorrenti lamentavano che la pronuncia della Corte costituzionale aveva leso il loro diritto all'onore e alla reputazione, riconosciuto dall'art. 8 Cedu.

La Corte europea – condividendo pressoché integralmente le argomentazioni della Corte costituzionale spagnola – ha ritenuto che il giornalista autore dell'articolo, al momento della pubblicazione, aveva potuto ragionevolmente confidare nella verità della notizia, in quanto l'autenticità dei documenti contabili della società era stata confermata dal contabile della stessa, il quale poteva considerarsi una fonte attendibile, benché fosse stato licenziato con l'accusa di aver sottratto alcuni documenti dalla società. Essa ha inoltre sottolineato che il medesimo, prima di pubblicare l'articolo, aveva contattato la prima ricorrente per consentirle di contestare la veridicità delle operazioni e aveva inserito accanto al testo dell'articolo la smentita di quest'ultima. Per tali ragioni e in considerazione dell'interesse generale collegato alla notizia, la Corte ha affermato che le autorità nazionali avevano adempiuto all'obbligo positivo di assicurare la tutela del diritto all'onore dei ricorrenti e ha, pertanto, escluso che vi fosse stata nel caso di specie una violazione dell'art. 8 Cedu.

La Corte europea ha, poi, escluso la violazione degli artt. 8 e 14 Cedu in relazione all'accoglimento del *recurso de amparo* proposto da *El Mundo* e il rigetto di quello proposto da *Alerta*, nonostante gli articoli pubblicati sui due quotidiani avessero *contenuto identico*. Secondo i giudici europei – che per la prima volta hanno affermato in termini espliciti la sussistenza di un *autonomo obbligo di verifica della fonte in capo al giornalista che riproduca una notizia già pubblicata e controllata da terzi* – le verifiche sull'attendibilità delle informazioni non erano state effettuate con la stessa diligenza dai giornalisti di *El Mundo* e da quelli di *Alerta*, che si erano limitati a riprodurre il contenuto di una notizia appresa e verificata da terzi.

Nella sentenza *A c. Norvegia*[89], invece, la Corte europea ha censurato il bilanciamento operato dalle autorità nazionali tra il diritto all'onore del ricorrente, da un lato, e libertà di espressione, dall'altro, escludendo che le affermazioni diffamatorie contro il ricorrente potessero essere giustificate dall'interesse pubblico al dibattito.

Nel caso di specie, il ricorrente – che era stato condannato in passato per l'omicidio e il tentato omicidio di due giovani donne – lamentava la pubblicazione su un quotidiano norvegese di due articoli nei quali si sosteneva implicitamente un collegamento tra il ricorrente e il rapimento di due bambine. A seguito dell'arresto dei veri autori del fatto,

88. Sent. 21 settembre 2010, *Polanco Torres e Molvilla Polanco c. Spagna* (ric. n. 34147/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 1833.
89. Sent. 9 aprile 2009, *A. c. Norvegia* (ric. n. 28070/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1419.

il ricorrente aveva presentato una querela per diffamazione nei confronti della testata giornalistica: dopo tre gradi di giudizio, tuttavia, la Corte suprema, pur riconoscendo che il tenore degli articoli fosse tale da indurre il lettore a ritenere che il ricorrente fosse l'assassino delle due bambine, aveva rigettato il ricorso, considerando prevalente, rispetto al diritto alla reputazione del ricorrente, l'interesse pubblico a conoscere la notizia.

La Corte europea – ritenuto che il lettore medio avrebbe potuto essere facilmente indotto a ritenere che il ricorrente fosse responsabile della morte delle due bambine – ha escluso che l'*interesse pubblico* a conoscere gli sviluppi delle indagini sull'accaduto potesse giustificare le affermazioni diffamatorie contro il ricorrente e ha pertanto concluso per la violazione dell'art. 8 Cedu.

Nel bilanciamento tra diritto all'onore e libertà di espressione assume un'importanza cruciale il requisito della *verità* della notizia e, in particolare, la distinzione tra "*alterazione della realtà*", da un lato, e quella "*dose di esagerazione e di provocazione*" che – secondo quanto affermato dalla Grande Camera nella sentenza *Dalban c. Romania*[90] del 1999 – può ritenersi lecita nell'attività giornalistica.

Particolarmente interessante si mostra a questo proposito la sentenza *Petrina c. Romania*[91], relativa alla pubblicazione della notizia, poi rivelatasi falsa, che un uomo politico di spicco della democrazia rumena aveva collaborato con la polizia segreta del regime (c.d. *Securitate*). La Corte ha concluso che l'assoluzione dei due giornalisti dal reato di diffamazione aveva violato l'art. 8 Cedu, perché le informazioni pubblicate erano *prive di qualsiasi fondamento* e rappresentavano, pertanto, una vera e propria *alterazione della realtà*, che non poteva essere considerata ammissibile su una questione sociale e morale assai sensibile all'interno dello specifico contesto storico-politico rumeno.

È bene precisare, da ultimo, che il requisito della *verità* della notizia nel diritto di Strasburgo non viene inteso in senso assoluto, ma *relativo*, e – soprattutto – la sussistenza dello stesso deve essere valutato con riferimento *al momento della diffusione* della notizia medesima, non essendo rilevanti gli accertamenti successivi.

Paradigmatico a questo proposito il caso *Gutiérrez Suárez c. Spagna* [92] del giugno 2010, relativa alla condanna per diffamazione della casa editrice di un quotidiano spagnolo in relazione alla pubblicazione della notizia del sequestro, da parte della polizia spagnola, di una notevole quantità di droga, nascosta in un camion di una società di esportazione di agrumi di proprietà del Re del Marocco.

La Corte di Strasburgo ha riconosciuto in tale occasione la violazione dell'art. 10 Cedu, osservando che le autorità giudiziarie spagnole non avevano considerato che il contenuto della notizia pubblicata corrispondeva alla realtà: la mancata comunicazione dell'arresto dei responsabili dell'attività di esportazione di droga non è rilevante, perché la giornalista non poteva sapere cosa sarebbe successo in futuro e aveva correttamente pubblicato le informazioni di cui era a conoscenza al momento della pubblicazione dell'articolo. Pertanto, se anche la notizia poteva far pensare ad un coinvolgimento della famiglia reale marocchina nella suddetta attività di spaccio, ciò non era sufficiente a far ritenere leso l'onore del re.

7.1 Diritto alla riservatezza e all'onore di uomini politici

La questione dei confini tra il diritto alla riservatezza, all'onore e alla reputazione, da un lato, e la libertà di espressione dei giornalisti, dall'altro, diventa particolarmente problematica quando le informazioni pubblicate o diffuse riguardano *uomini politici*, in quanto essi si espongono consapevolmente ad una maggiore attenzione sulle loro azioni.

Interessante si mostra a questo proposito la sentenza *Standard Verlag GmbH c.*

90. Sent. 28 settembre 1999 (grande camera), *Dalban c. Romania* (ric. n. 28114/95).
91. Sent. 14 ottobre 2008, *Petrina c. Romania* (ric. n. 78060/01), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2009, p. 328.
92. Sent. 1 giugno 2010, *Gutiérrez Suárez c. Spagna* (ric. n. 16023/07) in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 1313.

Austria[93] in cui la Corte europea ha precisato che tra le informazioni che riguardano episodi della vita privata di un soggetto che riveste cariche pubbliche occorre distinguere tra le informazioni che soddisfano un *interesse pubblico,* cioè una esigenza effettiva di informazione pubblica (come, ad esempio, quelle attinenti alle condizioni di salute del medesimo) e quelle che invece accontentano esclusivamente la *curiosità voyerisitica* di certi lettori (come, invece, quelle che riguardano invece la sua situazione coniugale).

Nel caso di specie, la ricorrente, la società proprietaria del quotidiano *Der Standard*, era stata condannata, con sentenza confermata nei tre gradi di giudizio, per diffamazione per aver pubblicato un pezzo, intitolato "Una voce dai quartieri alti" ("*Ein bürgeliches Gerücht*"), nel quale erano state riportate alcune indiscrezioni relative alle relazioni extraconiugali della moglie del presidente della Repubblica austriaca e due personaggi politici di rilievo.

La Corte europea – chiamata a pronunciarsi sulla violazione dell'art. 10 Cedu – ha ritenuto che la condanna della ricorrente aveva costituito un'interferenza nei confronti del diritto alla libertà di espressione della medesima: tuttavia, secondo i giudici europei, tale interferenza doveva considerarsi necessaria per la protezione del diritto alla riservatezza e all'onore delle persone menzionate nell'articolo in quanto *nessun bisogno sociale* giustificava la diffusione di notizie concernenti le presunte *relazioni extraconiugali della moglie del Presidente*.

Corrispondono, invece, ad un'esigenza di informazione pubblica, secondo il diritto di Strasburgo, le informazioni che riguardano le *vicende giudiziarie di un soggetto che ricopre una carica pubblica*, salvo tali informazioni possano comportare un effettivo pregiudizio alle indagini svolte nei confronti del medesimo.

Così nella sentenza *Laranjeira Marques da Silva c. Portogallo* [94] del gennaio 2010 – relativa alla pubblicazione su un quotidiano locale di alcuni articoli riguardanti il coinvolgimento di un assessore comunale in un procedimento di molestie sessuali – la Corte europea ha riconosciuto la violazione dell'art. 10 Cedu in relazione alla condanna dell'editore del quotidiano per i delitti di violazione del segreto istruttorio e di diffamazione, affermando che, in assenza della prova di un effettivo pregiudizio alle indagini svolte nei confronti del ricorrente, l'interesse pubblico a conoscere le vicende giudiziarie di un personaggio politico prevale sull'esigenza di salvaguardare le indagini, nonché su quella di salvaguardare la reputazione del medesimo (visto, appunto, il ruolo pubblico che questi riveste).

Sostanzialmente in termini le sentenze *Kubaszewski c. Polonia*[95], *Antica e Società "R" c. Romania*[96] e *Papaianopol c. Romania*[97] in cui la Corte europea ha riscontrato la violazione dell'art. 10 Cedu in relazione alle condanne per il delitto di diffamazione dei ricorrenti per aver pubblicato articoli relativi alle vicende giudiziarie di alcuni personaggi politici, nonostante si trattasse di informazioni lesive del diritto all'onore e alla reputazione dei medesimi, in considerazione dell'interesse pubblico a conoscere le stesse.

8 Gli obblighi di protezione contro la violenza domestica

Nelle sentenze *A. c. Croazia* [98] e *Hajduova c. Slovacchia* [99] del 2010, la Corte di Strasburgo – trasponendo in riferimento all'art. 8 Cedu i principi che aveva già in precedenza affermato in relazione all'art. 2 Cedu nella sentenza *Opuz c. Turchia* [100] del 2009 – ha ravvisato nell'art. 8 Cedu la fonte di obblighi positivi di protezione dell'integrità fisica

93. Sent. 4 giugno 2009, *Standard Verlag GmbH c. Austria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2009, p. 1432.
94. Sent. 19 gennaio 2010, *Laranjeria Marques da Silva c. Portogallo* (ric. n. 16983/06).
95. Sent. 2 febbraio 2010, *Kubaszewski c. Polinia* (ric. n. 571/04).
96. Sent. 2 marzo 2010, *Antica e Soocietà "R" c. Romania* (ric. n. 26732/03).
97. Sent. 16 marzo 2010, *Papaianopol c. Romania* (ric. n. 17590/02).
98. Sent. 14 ottobre 2010, *A. c. Croazia* (ric. n. 55164/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 195.
99. Sent. 30 novembre 2010, *Hajduova c. Slovacchia* (ric. n. 2660/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010. p. 216
100. Sent. 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia* (ric. n. 33401/02).

e psichica promananti a fronte di situazioni di pericolo, che trovano la loro causa in condotte umane, in particolare nelle violenze domestiche.

In entrambi i casi le ricorrenti lamentavano che le autorità del loro Paese non avevano offerto loro una protezione adeguata in relazione alle violenze subite dai loro *ex* mariti, entrambi affetti da disturbi mentali, nonostante fossero state informate del pericolo che questi ultimi rappresentavano per la loro incolumità fisica e psichica.

La Corte europea – pur riconoscendo espressamente che i casi sottoposti al suo esame potevano essere esaminati anche sotto l'angolo visuale degli artt. 2 e 3 Cedu (previa verifica, in quest'ultima ipotesi, del superamento della soglia minima di gravità) – ha scelto tuttavia di prendere in considerazione l'art. 8 Cedu.

In particolare essa ha ritenuto anzitutto che la tutela delle ricorrenti avrebbe potuto essere meglio soddisfatta se le autorità nazionali avessero affrontato la situazione in modo unitario, anziché intraprendere una pluralità di provvedimenti del tutto sovrapponibili. La Corte ha poi censurato l'insufficienza delle cure psichiatriche offerte ai mariti delle donne; l'assenza di un adeguato programma detentivo individuale finalizzato alla cura dei disturbi psichici di cui entrambi gli uomini soffrivano e la disapplicazione sostanziale delle misure protettive disposte dopo il loro rilascio. Sulla base di tali considerazioni, la Corte ha ritenuto che le autorità nazionali non avevano adottato misure idonee a far fronte alla condizione psichiatrica dei mariti delle ricorrenti, da un lato, e a fornire alle stesse una protezione contro ulteriori atti di violenza, dall'altro, e pertanto ha concluso per una violazione dell'art. 8 Cedu.

9 Le decisioni terapeutiche

Merita menzione la sentenza *Bogumil c. Portogallo*[101], nella quale la Corte europea ha affermato che non integra una violazione dell'art. 8 Cedu il trattamento medico effettuato senza consenso, laddove lo stesso sia dettato *esclusivamente da esigenze terapeutiche.*

Nel caso di specie il ricorrente era stato fermato all'aeroporto di Lisbona dall'autorità dogale e trovato in possesso di numerosi sacchetti di cocaina. Una volta arrestato, aveva confessato agli agenti di aver ingerito uno dei sacchetti: dato che, a sessantadue ore dall'ingestione, l'uomo non era ancora riuscito a espellere naturalmente il sacchetto, i medici decidevano di estrarlo chirurgicamente *per impedire che la sostanza in esso contenuta fosse assorbita dall'organismo.*

La Corte, pur riconoscendo che *qualsiasi trattamento medico* praticato senza il consenso dell'interessato costituisce un'interferenza nel diritto all'integrità fisica e morale della persona, ha ritenuto giustificata tale interferenza perché il trattamento nel caso di specie era stato eseguito al fine esclusivo di tutelare la salute del paziente e nel rispetto delle regole *dell'ars medica,* così da porre nel giusto equilibrio l'interesse pubblico alla tutela della salute, da un lato, e il diritto all'integrità fisica e morale della persona, dall'altro.

10 La fecondazione assistita c.d. eterologa

In tema di diritto alla genitorialità pare opportuno ricordare, anzitutto, la già citata sentenza *Dickson c. Regno Unito*[102] del 2008, in cui la grande camera ha ravvisato una violazione dell'art. 8 Cedu in relazione al *divieto di accedere alle tecniche di fecondazione assistita* (omologa) opposto a un detenuto, condannato all'ergastolo per omicidio, il quale desiderava avere un figlio dalla moglie, conosciuta e sposata durante la detenzione.

Con la sentenza *S. H. e altri c. Austria*[103], dell'aprile 2010, invece, la Corte europea ha affrontato la questione della compatibilità con la Convenzione delle restrizioni alla donazione di gameti previste dalla legislazione austriaca, pronunciandosi sul ricorso

101. Sent. 7 ottobre 2008, *Bogoumil c. Portogallo* (ric. n. 35228/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2009, p. 325.
102. Sent. 4 dicembre 2007 (grande camera), *Dickson c. Regno Unito* (ric. n. 44362/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2008, 337. Sul punto, v. *infra* 3.3.
103. Sent. 1° aprile 2010, *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 58813/00), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 1287.

proposto da due coppie sterili, alle quali, proprio in ragione del divieto vigente in quel paese, era stato precluso l'accesso alle tecniche di *fecondazione eterologa*.

Nel caso di specie i ricorrenti lamentavano la violazione degli artt. 8 e 14 Cedu affermando che il legislatore nazionale non avrebbe avuto alcun margine di apprezzamento nella regolamentazione del ricorso alle tecniche di procreazione assistita.

La Corte di Strasburgo ha ritenuto che il *divieto di donazione di spermatozoi e di oociti* nei termini stabiliti dalla legge austriaca fosse *discriminatorio* per quelle coppie per le quali l'unico modo di concepire un figlio è quello di ricorrere ad un donatore esterno in quanto tale divieto non risulta sorretto da ragioni giustificatrici di carattere obiettivo. In particolare, secondo i giudici europei non valgono a legittimare la proibizione assoluta del ricorso a tecniche di fecondazione eterologa né i costi sociali (quali, ad esempio, il rischio di commercializzazione di materiale genetico, di riproduzione selettiva, di mercificazione della donna, nonché della creazione di rapporti di parentela "atipici") che riguardano in generale tutte le tecniche di fecondazione eterologa; né l'esigenza di preservare la certezza nelle relazioni familiari e tantomeno l'interesse dell'individuo a conoscere i propri genitori. Per tali ragioni, dunque, la Corte ha riconosciuto una violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 Cedu, riconoscendo in favore dei ricorrenti una somma pecuniaria a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale.

Si segnala che la decisione della prima sezione della Corte europea sopra esaminata è stata rimessa alla grande camera, la quale si è pronunciata sulla questione con la recente sentenza del novembre 2011. In tale sentenza, la Corte, ribaltando la pronuncia sopra esaminata, ha ritenuto compatibili compatibili con l'art. 8 della Convenzione le restrizioni alla donazione di gameti previste dalla legislazione austriaca[104].

In particolare – scegliendo di adottare (come già aveva fatto nel dicembre 2010 con la sentenza *A, B e C c. Irlanda* in tema di aborto, per l'esame della quale si rinvia al paragrafo successivo[105]) un approccio *soft* al fine di evitare di urtare le diverse sensibilità nazionali in una materia tanto delicata e complessa – la grande camera ha ritenuto che il divieto di donazione di oociti e quello di donazione di spermatozoi previsti dalla legislazione austriaca non oltrepassassero il margine di apprezzamento concesso allo Stato austriaco in materia di fecondazione eterologa, e che essi fossero, pertanto, espressione di un bilanciamento non censurabile tra il dritto alla genitorialità, da un lato, e l'esigenza di preservare la certezza nelle relazioni familiari – e più in particolare di evitare il possibile conflitto tra madre "biologica" e madre "genetica e il pregiudizio all'interesse dell'individuo a conoscere i propri genitori dall'altro. Nondimeno, i giudici europei hanno sottolineato come la materia della procreazione medicalmente assistita sia soggetta ad uno sviluppo particolarmente dinamico sia dal punto di vista scientifico che del diritto, e che tali fattori devono essere tenuti in considerazione dai legislatori nazionali, rilevando in particolare come le autorità austriache non abbiano fornito elementi per ritenere che il legislatore nazionale stia procedendo in tal senso. Essi hanno dunque lasciato aperto più di uno spiraglio per una diversa soluzione della questione in futuro, sottolineando espressamente come quello reso dalla grande camera sia un giudizio *pro tempore*: "*even if it finds it finds no breach of Article 8 in the present case, the Court considers that this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States*" (§ 118).

Grande importanza rivestono le sentenze sopra commentate per quel che attiene il divieto di fecondazione eterologa previsto nel nostro ordinamento dall'art. 14 comma

104. Sent. 3 novembre 2011 (grande camera*), S.H. c. Austria* (ric. n. 57813/00), per un'analisi della pronuncia che esula dal periodo di trattazione della presente Rassegna, sia consentito il rinvio a L. Beduschi-A.Colella, *La Corte EDU salva (per ora) la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita,* pubblicato in questa *Rivista* in data 7 novembre 2011.

105. Sent. 16 dicembre 2010 (grande camera), *A. B. C. c. Irlanda* (ric. n. 25579/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 219. Sul punto, si rinvia all'ampio commento di A. Colella, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, cit.

3 della l. n. 19 febbraio 2004 n. 240[106]. A seguito della pronuncia della Grande camera del novembre 2011, tuttavia, viene spontaneo chiedersi cosa deciderebbe la Corte europea qualora le venisse sottoposta una questione analoga in merito alla disciplina italiana, che con la disciplina austriaca presenta significativi punti di contatto e che è stata approvata solo nel 2004. Alla luce del fatto che, come poc'anzi accennato, la decisione della grande camera ha assunto le caratteristiche di una valutazione *pro tempore,* sembra tuttavia ragionevole ritenere che la Corte europea potrebbe giungere a conclusioni diverse (sempreché, naturalmente, anche in questa occasione non prevalgano motivazioni *lato sensu* politiche).

11 L'aborto

Nella sentenza *A., B., e C. c. Irlanda*[107] resa dalla Grande Camera nel dicembre 2010, la Corte europea ha valutato la compatibilità con l'art. 8 Cedu delle restrizioni alla interruzione volontaria della gravidanza previste dalle leggi irlandesi, pronunciandosi sul ricorso proposto da tre donne residenti in Irlanda che, in ragione di tali restrizioni, avevano dovuto recarsi in Inghilterra per abortire.

La Corte europea ha in quest'occasione respinto le doglianze fondate sugli artt. 2 e 3 Cedu e ha conseguentemente deciso di analizzare la vicenda sotto il profilo dell'art. 8 della Convenzione, giungendo peraltro a conclusioni differenti riguardo alle prime due ricorrenti, da un lato, e alla terza ricorrente, dall'altro.

Quanto alle prime due ricorrenti, la Grande camera ha preso in esame la norma suddetta nella sua dimensione negativa (come fonte, cioè di obblighi di astensione). In particolare, i giudici europei hanno osservato come la gravidanza non avesse posto in pericolo la vita delle due donne e, pertanto, hanno ritenuto che le restrizioni previste dalle leggi irlandesi in tema di interruzione volontaria della gravidanza fossero compatibili con la Convenzione. Secondo i giudici europei, infatti, la scelta di ammettere l'aborto solo nel caso di pericolo per la vita della gestante (e non di mero pregiudizio per l'integrità psico-fisica della stessa) rientra nel margine di apprezzamento riconosciuto in materia agli Stati membri[108].

Per quanto riguarda la terza ricorrente, la grande camera ha ravvisato, invece, una violazione dell'art. 8 Cedu nella sua dimensione positiva. Nel caso di specie, i giudici europei hanno ritenuto accertato il rischio di aggravamento delle condizioni di salute della ricorrente, la quale soffriva di cancro, a causa della gravidanza. E in particolare, essi hanno motivato la loro decisione sottolineando la mancata attuazione da parte del legislatore nazionale dell'art. 40 della Costituzione irlandese, che riconosce il diritto alla vita della donna e impone che esso venga garantito dalle leggi dello Stato.

Con la pronuncia qui rapidamente sintetizzata la Corte europea ha riconosciuto, invero, un larghissimo margine di apprezzamento agli Stati membri in materia di aborto, rinvenendo (per il momento) come unico limite rispetto alla tutela della vita del nascituro l'esistenza di un pericolo per il diritto alla vita della gestante.

B)
La libertà di coscienza e di religione (art. 9 Cedu)

L'art. 9 Cedu protegge il diritto di ogni persona alla libertà di pensiero, di coscienza

106. A proposito della fecondazione medicalmente assistita, cfr. per tutti, E. Dolcini, *La lunga marcia della fecondazione assistita: la legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte Edu e giudice ordinario*, in *Studi in onore di M. Romano*, Milano, 2011.

107. Sent. 16 dicembre 2010 (grande camera), *A. B. C. c. Irlanda* (ric. n. 25579/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 219. Sul punto, v. ancora A. Colella, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, cit..

108. Sulle valutazioni della Corte in merito al margine di apprezzamento e al consenso europeo in materia di aborto, v. *infra* § 2.1.

e di religione[109].

12 L'ambito di applicazione dell'art. 9 Cedu

L'esercizio di tale libertà, con riferimento al foro interiore, non è soggetto ad alcuna limitazione; viceversa può essere assoggettata a limitazioni la libertà di manifestare all'esterno la propria religione o il proprio credo, a condizione che tali limitazioni siano «*conformi alla legge*» e «*necessarie*» ad assicurare la tutela dei controinteressi elencati nello stesso art. 9 Cedu, al § 2 (ovvero, la protezione dell'ordine pubblico, la salute o la morale pubblica e i diritti e le libertà altrui).

Dalla norma in parola discende, innanzitutto, il divieto assoluto di incriminare e punire chi detenga certe convinzioni o professi una determinata religione; chi si rifiuti di aderirvi o chi decida di mutare il proprio credo. L'inflizione di sanzioni penali nei confronti di chi manifesti esternamente la propria religione, invece, è sottoposta al vaglio della Corte europea che giudica della correttezza del bilanciamento operato dalle autorità nazionali tra tutela della libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo, da un lato, e altri controinteressi, individuali o collettivi, meritevoli di tutela, dall'altro.

Con la sentenza *Jakóbski c. Polonia*[110] del dicembre 2010, inoltre, la Corte europea ha riconosciuto la possibilità – solo implicitamente accennata nella sentenza *Otto-Preminger-Insitut c. Austria* del 1994[111]– di ricavare dall'art. 9 Cedu *obblighi positivi* di tutela del sentimento religioso. In particolare, i giudici europei hanno affermato che gli Stati membri, pur godendo di un certo margine di apprezzamento nel valutare le misure da adottare per garantire il rispetto della norma in parola, sono comunque tenuti ad assicurare un adeguato contemperamento tra gli interessi del singolo e quelli della collettività. Con la citata pronuncia si arricchisce, quindi, il catalogo delle norme della Convenzione dalle quali la giurisprudenza di Strasburgo fa derivare obblighi di intervento attivo da parte dello Stato, volti a tutelare il diritto individuale contro aggressioni provenienti sia dalle autorità statali sia da privati cittadini.

13 L'obiezione di coscienza

Tra le sentenze rese dalla Corte europea nel triennio 2008-2010 in tema di art. 9 Cedu che interferiscono con il diritto penale sostanziale, presenta profili di interesse innanzitutto la sentenza *Bayatyan c. Armenia* [112], in cui la Corte europea si è pronunciata sulla compatibilità con la Convenzione della repressione penale dell'obiezione di coscienza al servizio militare prevista nell'ordinamento armeno.

Il ricorrente, testimone di Geova, veniva arrestato e condannato a due anni e sei mesi di reclusione per essersi sottratto in nome delle proprie convinzioni religiose al servizio militare, prescritto nell'ordinamento armeno senza eccezioni.

La Corte, chiarito che dall'art. 9 Cedu non discende l'obbligo per gli Stati membri di riconoscere il diritto all'obiezione di coscienza, ha escluso che la repressione penale della medesima fosse in contrasto con la Convenzione: secondo i giudici europei, la scelta effettuata dalle autorità nazionali di non ammettere l'obiezione di coscienza in relazione al servizio militare è compatibile con l'art. 9 Cedu poiché essa rientra nell'ampio *margine di apprezzamento* riconosciuto in materia agli Stati membri.

La suddetta pronuncia – che risulta improntata ad un rigoroso *self-restraint* – è stata peraltro ribaltata dalla pronuncia della grande camera del luglio 2011, con cui la Corte europea ha riconosciuto una violazione dell'art. 9 Cedu in relazione alla repressione penale dell'obiezione di coscienza prevista nell'ordinamento armeno, sottolineando tra

109. Per maggiori approfondimenti, D. Harris – M. O'Boyle – C. Warbirick, *Law of the European Convention of Human Rights,* cit., p. 425-443; A. Esposito, *Il diritto penale flessibile,* cit., p. 425-453.
110. Sent. 7 dicembre 2010, *Jakóbski c. Polonia* (ric. n. 18429/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 216.
111. Sent. 20 settembre 1994, *Otto-Preminger-Insitut c. Austria*. Sul punto, cfr. E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale,* cit., p. 209.
112. Sent. 29 ottobre 2009, *Bayatyan c. Armenia* (ric. n. 23459/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 305.

l'altro come la maggior parte dei Paesi europei, in nome del diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione, consente di "obiettare" a coloro che non accettano l'arruolamento nelle forze armate per motivi di coscienza, prevedendo la possibilità di adempiere agli obblighi di leva prestando, in sostituzione del servizio militare, un servizio civile[113].

14
Il divieto di indossare abiti religiosi in pubblico

Sempre sul fronte degli obblighi negativi che discendono dall'art. 9 Cedu, nella sentenza *Ahmet Arslan e altri c. Turchia*[114] del febbraio 2010 la Corte europea ha riscontrato una violazione della suddetta norma Convenzionale in relazione alla condanna penale dei ricorrenti ad una pena detentiva breve (in seguito commutata in pena pecuniaria) per aver indossato abiti religiosi durante una cerimonia religiosa presso la moschea di Kocatepe ad Ankara, perché il governo turco non aveva fornito argomenti specifici in merito alla necessità delle restrizioni imposte nel caso di specie al diritto di indossare vestiti religiosi in un luogo pubblico rispetto all'esigenza di tutelare l'ordine pubblico.

> Sulla scorta dei principi enucleati per la prima volta in questa sentenza, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Thomas Hammarberg, ha dichiarato che eventuali normative nazionali volte a proibire completamente l'uso del velo integrale negli spazi pubblici, a prescindere dalla prova che tali indumenti compromettono la democrazia, la sicurezza pubblica, l'ordine o la morale, potrebbero risultare di dubbia compatibilità con gli artt. 8 e 9 Cedu, e più in generale con i valori europei ispirati ad un dialogo multiculturale[115].

15
L'obbligo di prevedere regimi alimentari specifici per i detenuti in ossequio delle loro convinzioni religiose

Come poc'anzi accennato, la Corte europea nella sentenza *Jakóbski c. Polonia*[116] del dicembre 2010 ha avuto modo di affermare che incombe sugli Stati contraenti l'*obbligo positivo* di apprestare adeguate forme di tutela del sentimento religioso, assicurando un contemperamento adeguato tra gli interessi del singolo e quelli della collettività.

Nel caso di specie il ricorrente, un detenuto di fede buddista, lamentava l'impossibilità di seguire una *dieta vegetariana in ossequio alle proprie convinzioni religiose*.

Pur riconoscendo che la previsione di regimi alimentari specifici per i singoli detenuti può implicare difficoltà di natura tecnica e finanziaria per l'amministrazione penitenziaria e incidere implicitamente sul trattamento degli altri detenuti, la Corte ha sottolineato che le regole penitenziarie europee prevedono espressamente, sebbene non in modo vincolante, che ogni detenuto debba beneficiare di una dieta alimentare che tenga conto delle sue convinzioni religiose. Ciò posto, essa ha concluso per una violazione dell'art. 9 Cedu perché nel caso concreto le autorità nazionali non avevano assicurato un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco, sacrificando il diritto alla libertà di religione del ricorrente.

C)
La libertà di manifestazione del pensiero (art. 10 Cedu)

16
L'ambito di applicazione

L'art. 10 Cedu tutela la libertà di espressione che include la libertà di opinione e la libertà di ricevere e di comunicare informazioni.

Al pari dei diritti garantiti dagli articoli 8 e 9 Cedu, il diritto in questione è un diritto

113. Sul punto, si rinvia alla nota di P. Poli, *Il mancato riconoscimento dell'obiezione di coscienza al servizio militare viola l'art. 9 Cedu*, pubblicato in questa *Rivista*, in data 11 novembre 2011.
114. Sent. 23 febbraio 2010, *Ahmet Arslan e altri c. Turchia* (ric. n. 41135/98), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 764.
115. Cfr. sul punto, *www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/100308_en.asp.*
116. Sent. 7 dicembre 2010, *Jakóbski c. Polonia* (ric. n. 18429/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 216.

dell'art. 10 Cedu

condizionato, nel senso che le interferenze con il diritto medesimo possono essere ritenute legittime se ed in quanto risultino «*conformi alla legge*» e «*necessarie in una società democratica*» ad assicurare la tutela dei controinteressi indicati dello stesso art. 10 al § 2 (sicurezza nazionale, integrità territoriale, ordine pubblico, prevenzione dei disordini e dei reati, protezione della salute e della morale, protezione della reputazione o dei diritti altrui, oppure per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali e per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario). Dunque, anche con riferimento all'art. 10 Cedu, i giudici europei sono obbligati ad effettuare un bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco attraverso una valutazione delle circostanze del singolo caso sottoposto al loro esame.

L'elaborazione giurisprudenziale dell'art. 10 Cedu si inserisce tradizionalmente nel filone giurisprudenziale relativo alla tutela dei diritti dell'uomo dal diritto penale. Secondo il diritto di Strasburgo, infatti, dalla norma convenzionale discendono innanzitutto dei *limiti esterni* alla potestà punitiva statale, consistenti nel divieto di incriminare e di punire delle condotte costituenti esercizio della libertà di espressione, salvo che ciò sia ritenuto necessario e proporzionato rispetto al fine di tutelare uno degli interessi generali sopra elencati[117].

Si segnala, inoltre, fin da subito l'importantissima sent. *Dink c. Turchia*[118] in cui la Corte europea ha individuato nell'art. 10 Cedu – ancora più chiaramente di quanto non avesse già fatto nelle pronunce *Özgür Gündem c. Turchia*[119] e *Fuentes Bobo c. Spagna*[120] – la fonte, non solo di obblighi di mera astensione, ma anche di *obblighi positivi* di intervento da parte degli Stati contraenti, volti a tutelare il diritto alla libertà di manifestazione di pensiero contro aggressioni provenienti da terzi.

17 Le fattispecie di apologia e propaganda

Se la repressione penale delle condotte caratterizzate da espliciti inviti a commettere dei reati o a disobbedire alle leggi è generalmente avallata nella giurisprudenza europea; maggiori problemi sorgono in relazione ai delitti di apologia e propaganda a carattere politico: in particolare, la compatibilità con l'art. 10 Cedu della repressione penale delle suddette condotte viene fatta dipendere dalla loro *concreta pericolosità* ovvero dalla loro *idoneità a provocare la commissione di reati*[121].

Tra le sentenze del triennio 2008-2010 rese dalla Corte europea in materia, giova innanzitutto ricordare la sentenza *Leroy c. Francia*[122].

Il ricorrente, un vignettista satirico, era stato condannato per il reato di *apologia al terrorismo* per aver pubblicato due giorni dopo l'attentato terroristico al *World Trade Center*, su un quotidiano Basco, una vignetta raffigurante l'attentato stesso, accompagnata dalla didascalia: «Tutti noi lo sognavamo… Hamas l'ha fatto».

La Corte europea ha, in quest'occasione, escluso la violazione dell'art. 10 Cedu, ritenendo prevalente, rispetto al diritto di critica politica del ricorrente, l'interesse dello Stato francese a condurre un'effettiva lotta al terrorismo. Pare peraltro significativo rilevare come i giudici europei abbiano ritenuto opportuno precisare che la vignetta in questione aveva rappresentato *un'istigazione alla violenza* alla luce del *particolare momento storico* (due giorni dopo l'attentato alle Torri gemelle) e del *luogo* (la Regione basca francese) in cui era stata pubblicata.

Al contrario, nella sentenza *Aktan c. Turchia*[123] la Corte ha ritenuto in contrasto

117. Sull'ambito di applicazione dell'art. 10 Cedu, cfr. A. Esposito, *Il diritto penale flessibile*, cit., p. 453 ss.; E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale,* cit., p. 209 ss.
118. Sent. 14 settembre 2010, *Dink c. Turchia* (ric. n. 2668/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 1828.
119. Sent. 16 marzo 2000 *Özgür Gündem c. Turchia* (ric. n. 23144/93).
120. Sent. 29 febbraio 2000, *Fuentes Bobo c. Spagna* (ric. n. 39293/98).
121. Cfr. sul punto, E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale,* cit., p. 209.
122. Sent. 2 ottobre 2008, *Leroy c. Francia* (ric. n. 36109/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 324.
123. Sent. 23 settembre 2008, *Aktan c. Turchia* (ric. n. 20863/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2008, p. 1697.

con l'art. 10 Cedu la persecuzione penale subita dalla ricorrente per aver pubblicato un'intervista al Presidente dell'associazione dei giornalisti curdi, in cui quest'ultimo denunciava le continue pressioni esercitate dalle autorità turche nei confronti della stampa curda in quanto l'articolo in questione, pur tracciando un quadro negativo dello Stato turco, non conteneva *nessun incitamento all'uso della violenza o alla resistenza armate*.

Il caso – che s'inserisce nel corposo filone giurisprudenziale relativo alla legislazione emanata in Turchia per contrastare il fenomeno del terrorismo curdo e utilizzata, in molti casi per perseguire penalmente coloro che si pronunciano in senso sfavorevole alla politica del Governo sulla questione curda[124] – si segnala, tuttavia, nella parte in cui la Corte ha *escluso* che la recente *sentenza di proscioglimento* pronunciata nei confronti della ricorrente fosse valsa a *privarla dello status di vittima* poiché, da un lato, la pronuncia non era ancora definitiva e, dall'altro, la giornalista aveva vissuto sotto la minaccia della detenzione per un periodo complessivo di tre anni, con evidenti effetti dissuasivi sulla sua libertà di stampa.

Merita di essere ricordata, da ultimo, la sentenza *Orban e altri c. Francia*[125] in cui la Corte europea ha riconosciuto la violazione dell'art. 10 Cedu come conseguenza della condanna per il delitto di *apologia di crimini di guerra* degli editori di un libro-verità sulla guerra in Algeria in cui, secondo i giudici nazionali, l'autore affermava implicitamente la legittimità del ricorso alla tortura e alle esecuzioni sommarie per contrastare le azioni terroristiche delle fazioni di liberazione algerine. In particolare, i giudici europei hanno ritenuto che la condanna dei ricorrenti *non* poteva ritenersi *necessaria* in una società democratica, tenuto conto della *importanza delle suddette informazioni per il dibattito politico*, prescindendo dalla valutazione della loro concreta idoneità a provocare la commissione di delitti.

18 Le fattispecie di diffamazione

Un cospicuo numero di pronunce rese dalla Corte europea nel triennio in esame in tema di art. 10 Cedu riguarda la condanna dei ricorrenti per la pubblicazione di articoli asseritamente diffamatori.

Tra le più significative, le sentenze in cui la Corte ha affrontato il problema del rapporto tra libertà di espressione di cui all'art. 10 Cedu, da un lato, e diritto alla riservatezza e all'onore, di cui all'art. 8 Cedu, dall'altro, per le quali si rinvia alle considerazioni svolte *sub* art. 8 Cedu[126].

Per quanto riguarda, invece, la distinzione – presente nella consolidata giurisprudenza di Strasburgo – tra giudizi di valore e attribuzione di fatti e la necessità di allegare solo a supporto dei secondi specifici elementi di prova, si segnalano, tra le molte, le sentenze *Fedchenko c. Russia (n. 1)*[127] e *Fedchenko c. Russia (n. 2)* [128], entrambe del febbraio 2010, relative a dei procedimenti intentati in sede civile per fatti di diffamazione nei confronti di personaggi politici locali, in esito ai quali il ricorrente aveva riportato una duplice condanna al pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno.

Tali sentenze presentano profili di interesse perché i principi in tema di diritto di critica e di cronaca in essa ribaditi dalla Corte europea sono del tutto analoghi a quelli che vigono in materia penale.

In particolare, la Corte ha riconosciuto in entrambe le pronunce una violazione dell'art. 10 Cedu, rilevando, innanzitutto, che le pubblicazioni in questione avevano ad oggetto un argomento di interesse pubblico e che le affermazioni relative a fatti

124. Per un quadro dei precedenti giurisprudenziali, cfr. E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale,* cit., p. 216-218.
125. Sent. 15 gennaio 2009, *Orban e altri c. Francia* (ric. n. 20985/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2009, p. 832.
126. Sul rapporto tra tutela penale dell'onore e libertà di espressione, vedi *infra* § 7.
127. Sent. 11 febbraio 2010, *Fedchenko c. Russia (n.1)* (ric. n. 33333/04).
128. Sent. 11 febbraio 2010, *Fedchenko c. Russia (n.2)* (ric. n. 48195/06).

determinati non erano state contestate dai soggetti chiamati in causa e, in secondo luogo, che la condanna dei ricorrenti al risarcimento del danno era stata motivata sulla base della sola impossibilità di provare i giudizi di valore espressi nelle suddette pubblicazioni.

Infine, meritano menzione le sentenze *Tuomela* [129], *Flinkkilä e altri* [130] e *Saaristo e altri* [131], tutte contro la Finlandia, relative alla condanna a pena detentiva dei ricorrenti per fatti di diffamazione, in cui la Corte europea ha ribadito, secondo la propria costante giurisprudenza, la necessità di abolire la pena detentiva per il reato di diffamazione, conformemente alle indicazioni del Consiglio d'Europa.

19
La critica politica

Particolarmente delicata è l'individuazione dei limiti alla libertà di espressione, e in particolare del diritto di critica, nell'ambito di un dibattito politico.

Tra le pronunce del triennio in esame, presenta particolari profili di interesse la sentenza *Vajnai c. Ungheria*[132] riguardante il *divieto* previsto dal codice penale ungherese di *utilizzare in pubblico simboli totalitaristici*.

Il ricorrente, all'epoca dei fatti vicepresidente del Partito dei Lavoratori, era stato condannato per aver indossato durante un comizio politico la stella rossa a cinque punte, simbolo del movimento internazionale dei lavoratori. Lamentava la violazione dell'art. 10 Cedu, ritenendo la condanna subita una ingerenza sproporzionata nel suo diritto alla libertà di espressione.

La Corte – chiarito che la garanzia dell'art. 10 Cedu, secondo il diritto di Strasburgo, copre anche la libertà di esibire in pubblico particolari simboli o capi di vestiario – ha accolto il ricorso, discostandosi dalla pronuncia *Rekvényi c. Ungheria* del 1999[133] in cui la grande camera aveva escluso la violazione dell'art. 10 Cedu in relazione alla condanna di un ufficiale di polizia (e non di un politico) proprio per aver indossato la stella rossa a cinque punte in un luogo pubblico.

Particolare importanza ai fini del riconoscimento della violazione della norma in parola è stata attribuita nel caso in esame alla circostanza che le limitazioni della libertà di espressione nell'agone politico possono essere giustificate solo da specifiche esigenze di tutela dell'ordine pubblico. La Corte europea ha poi rilevato, da un lato, che sono trascorsi due decenni dalla transizione dell'Ungheria a regime democratico e, dall'altro, che la stella a cinque punte è un simbolo polisenso, il quale fa riferimento anche a valori di equità sociale. In conclusione, secondo i giudici europei, la condanna del ricorrente non poteva ritenersi giustificata rispetto alla necessità di prevenire la propaganda di ideologie totalitarie e di evitare sentimenti di disagio e di indignazione nei parenti delle vittime della dittatura comunista.

Quanto al profilo specifico delle restrizioni alla libertà di stampa in relazione a temi politici, presente particolari profili di interesse la sentenza *Féret c. Belgio*[134], in cui la Corte europea ha escluso una violazione dell'art. 10 Cedu in relazione alla condanna a 10 mesi di reclusione, con pena sospesa, e a 250 ore di lavoro per la comunità da svolgersi nel settore dell'immigrazione, del Presidente del partito politico "*Front National-Naational Front",* nonché editore delle pubblicazioni del partito, per aver pubblicato nel corso della campagna elettorale del 1999-2001 dei volantini elettorali con contenuto *razzista* e *xenofobo*.

Pur riconoscendo che i volantini suddetti *non* contenevano *un invito esplicito alla*

129. Sent. 6 aprile 2010, *Tuomela e altri c. Finalndia* (ric. n. 25711/04).
130. Sent. 6 aprile 2010, *Flinkkilä e altri c. Finlandia* (ric. n. 25576/04).
131. Sent. 12 ottobre 2010, Saaristo e altri c. Finlandia (ric. n. 184/06).
132. Sent. 8 luglio 2008, *Vajnai c. Ungheria* (ric. n. 33629/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2008, p. 1299.
133. Sent. 20 maggio 1999 (grande camera), *Rekvényi c. Ungheria* (ric. n. 25390/94).
134. Sent. 16 luglio 2009, *Féret c. Belgio* (ric. n. 15615/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2009, p. 1939.

violenza nei confronti di una minoranza della popolazione, la Corte ha tuttavia ritenuto che la condanna del ricorrente aveva costituito un'ingerenza legittima nella sua libertà di espressione in quanto prevista dalla legge e necessaria rispetto al fine legittimo di prevenire la commissione di reati: secondo il diritto di Strasburgo, infatti, i discorsi politici fondati sull'odio razziale, religioso e culturale, costituiscono *una minaccia per l'ordine pubblico* interno anche quando, come nel caso in esame, contengono *attacchi ingiuriosi, ridicolizzanti o diffamatori*.

Nella più recente sentenza *Fatullayev c. Azerbaigian*[135], invece, la Corte ha ritenuto ingiustificate le limitazioni alla libertà di stampa subite dal ricorrente, redattore-capo di un quotidiano, noto per una linea editoriale critica nei confronti del governo, il quale aveva subito due condanne penali in relazione alla propria attività giornalistica. In particolare, nel primo processo il ricorrente era stato condannato per il delitto di diffamazione per aver pubblicato alcuni articoli circa la guerra civile in Azerbaigian in cui aveva riportato alcuni fatti in una versione completamente diversa da quella ufficiale; mentre nel secondo era stato condannato per i delitti d'istigazione al terrorismo e incitazione all'odio etnico in relazione alla pubblicazione di alcuni articoli fortemente critici verso la politica internazionale del governo.

Circa la prima delle due vicende, la Corte, pur riconoscendo che il ricorrente non aveva correttamente verificato le fonti, ha ritenuto che il medesimo non avesse diffamato alcuna persona specifica e che, pertanto, la sua condotta fosse in concreto inoffensiva. Per tali ragioni, secondo i giudici europei, la condanna del ricorrente doveva ritenersi sproporzionata e, conseguentemente, la Corte ha concluso per la violazione dell'art. 10 Cedu. La Corte è pervenuta alle medesime conclusioni anche in riferimento alla seconda condanna. In particolare, in quest'occasione, i giudici europei hanno sottolineato che la pubblicazione in questione si inseriva all'interno di un accesso dibattito in seno all'opinione pubblica in merito alla situazione politica interna ed era volta a suscitare una riflessione accurata sui possibili sviluppi della stessa.

Anche nella sentenza *Haguenauer c. Francia*[136] dell'aprile 2010, la Corte ha attribuito un'importanza fondamentale ai fini del bilanciamento tra diritto all'onore e alla reputazione, da un lato, e diritto di critica, dall'altro, al dibattito all'interno del quale si inserivano le affermazioni asseritamente diffamatorie pronunciate dalla ricorrente.

In particolare, la ricorrente, assessore comunale a Lione, in occasione della consegna di un titolo onorifico al rettore dell'università *Lyon III,* ritenuto compiacente con le tesi negazioniste sostenute da alcuni professori dell'Università, si era rivolta ad alcuni professori gridando: "Siete la vergogna della comunità". A seguito della pubblicazione di questo scambio di battute sulla stampa locale, la ricorrente era stata chiamata in giudizio con l'accusa di oltraggio a pubblico ufficiale e condannata al risarcimento dei danni alla parte civile, mentre il reato era stato dichiarato estinto per amnistia.

Nel riconoscere la violazione dell'art. 10 Cedu, la Corte ha sottolineato come la frase in questione si inseriva all'interno del dibattito sulla lotta al razzismo e al negazionismo – tema ritenuto dai giudici europei di interesse generale e di estrema importanza – e l'atteggiamento tenuto in proposito dai vertici dell'università. Sulla base della relazione di una commissione istituita *ad hoc* dal Ministro dell'educazione francese per indagare sulla situazione del negazionismo in seno all'università *Lyon III*, i giudici europei hanno affermato che tale dibattito costituiva un problema pubblico. Inoltre, a loro avviso, la libertà di espressione della ricorrente, richiedeva un livello particolarmente elevato di protezione, non solo per l'estrema importanza del dibattito pubblico in cui si inseriva la frase incriminata, ma anche perché la medesima si era espressa in qualità di rappresentante eletta: secondo il diritto di Strasburgo, infatti, i limiti della critica ammissibile rispetto ai funzionari pubblici nell'esercizio delle loro funzioni sono più ampi di quelli

135. Sent. 22 aprile 2010, *Fatullayev c. Azerbaigian,* (ric. n. 40984), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 1299.
136. Sent. 22 aprile 2010, *Haguenauer c. Francia* (ric. n. 34959/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 1300.

della critica nei confronti di privati cittadini.

20 L'aborto

Nella sentenza *Woman on Waves e altri c. Portogallo*[137] la Corte europea – confermando la decisione assunta nella precedente pronuncia *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda*[138] del 1992 – ha ravvisato una violazione dell'art. 10 Cedu, in relazione alla decisione delle autorità portoghesi di impedire l'ingresso nelle acque nazionali di una nave a bordo della quale si trovavano alcuni attivisti impegnati in un'attività di promozione della decriminalizzazione dell'aborto: la libertà di espressione, infatti, deve essere ritenuta prevalente rispetto all'esigenza di protezione della vita del feto, suscettibile di ricadere in linea di principio nell'ambito di applicazione dell'art. 2 Cedu.

21 Gli obblighi di tutela della libertà di espressione

Particolari profili di interesse presenta la recente sentenza *Dink c. Turchia*[139] del settembre 2010 – che si inserisce nel filone giurisprudenziale inaugurato dalla Corte con le citate sentenze *Özgür Gündem c. Turchia* [140] e *Fuentes Bobo c. Spagna* [141] del 2000, in cui la Corte ha ravvisato per la prima volta nell'art. 10 Cedu la fonte di obblighi positivi di tutela: in particolare, dell'obbligo per le autorità statali di creare un clima favorevole alla partecipazione e al dibattito pubblico, permettendo a ciascuno di esprimere le proprie idee anche qualora queste siano in contrasto con l'opinione della maggioranza o ne suscitino l'indignazione.

Nel caso di specie, il ricorrente, un giornalista turco di origini armene, era stato condannato a pena detentiva per aver denigrato l'identità turca e successivamente a tale condanna era stato ucciso, presumibilmente ad opera di appartenenti a gruppi ultranazionalisti.

La Corte europea ha riscontrato innanzitutto una violazione dell'art. 2 Cedu in relazione al mancato apprestamento da parte delle forze dell'ordine di misure idonee a proteggere il ricorrente a fronte di un rischio reale ed imminente per la vita del medesimo: dalle indagini, infatti, era emerso che le autorità statali erano state avvertite della probabilità di un suo assassinio e persino dell'identità dei presunti istigatori[142].

I giudici di Strasburgo hanno poi riconosciuto – ed questo è il profilo che qui più interessa – la violazione degli obblighi positivi promananti dall'art. 10 Cedu in relazione al mancato apprestamento da parte delle autorità statali di misure di protezione volte a consentire al ricorrente di manifestare liberamente le proprie idee.

Sul punto si segnala la *concording opinion* dei giudici Sajo e Tsotsoria, ad avviso dei quali l'omessa predisposizione di *preventive measures* a tutela della vita del ricorrente avrebbe potuto essere valutata dalla Corte facendo leva soltanto sulla propria consolidata giurisprudenza in tema di obblighi positivi discendenti dall'art. 2 Cedu, poiché dall'art. 10 Cedu non sorgono obblighi positivi in capo agli Stati membri. La decisione della Corte di valutare il ricorso del ricorrente anche sotto l'angolo visuale dell'art. 10 Cedu, tuttavia, sembra trovare spiegazione nel fatto che il ricorrente – come sostenuto dai suoi familiari – era divenuto un "bersaglio" agli occhi dei gruppi ultranazionalisti, ai quali appartenevano i presunti responsabili della sua morte, dopo la condanna pronunciata nei suoi confronti dalla magistratura turca in relazione alle affermazioni contenute negli articoli che questi aveva scritto[143].

137. Sent. 3 febbraio 2009, *Women on Waves e altri c. Portogallo* (ric. n. 31276/05).
138. Sent. 29 ottobre 1992, *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda* (ric. n. 14234/88 ; 14235/88).
139. Sent. 14 settembre 2010, *Dink c. Turchia* (ric. n.), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2010, p. 1828.
140. Sent. 16 marzo 2000 *Özgür Gündem c. Turchia* (ric. n. 23144/93).
141. Sent. 29 febbraio 2000, *Fuentes Bobo c. Spagna* (ric. n. 39293/98).
142. Sul punto, cfr. A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla vita (art. 2 Cedu)*, in questa *Rivista*, § 5.1.
143. In questo senso, v. A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla vita (art. 2 Cedu)*, cit., § 5.1.

D)

La libertà di riunione e di associazione (art. 11 Cedu)

22

L'ambito di applicazione dell'art. 11 Cedu

L'esercizio della libertà di riunione pacifica e di associazione, riconosciuto dall'art. 11 Cedu, può essere sottoposto a limitazioni da parte delle autorità statali: anche in questo caso, tali restrizioni devono essere «*conformi alla legge*» e «*necessarie in una società democratica*» rispetto alla tutela di uno dei controinteressi indicati al § 2 della norma in parola (ovvero, la sicurezza nazionale, la sicurezza pubblica, la difesa dell'ordine pubblico e la prevenzione dei delitti, la protezione della salute o della morale e la protezione dei diritti e delle libertà altrui).

In particolare, per quanto riguarda la *libertà di riunione*, giova precisare che la norma convenzionale richiede espressamente come presupposto imprescindibile per l'operatività della garanzia che la riunione abbia carattere *pacifico*. La giurisprudenza di Strasburgo ha peraltro precisato che il carattere pacifico della riunione deve emergere chiaramente dalle *intenzioni* degli organizzatori e dei partecipanti, non rilevando l'eventuale successivo intervento di estremisti violenti.

Tanto meno, possono ritenersi escluse dall'ambito di protezione della norma convenzionale le riunioni non autorizzate. Sul punto, tuttavia, va ribadito che l'art. 11 § 2 Cedu consente alle autorità statali di negare l'autorizzazione ad una manifestazione pubblica o ad altra riunione pacifica qualora ciò sia necessario alla tutela degli interessi pubblici sopramenzionati. Dalla giurisprudenza europea in materia emerge il principio secondo cui uno Stato può assoggettare la libertà di riunione a restrizioni solo in base alla ragionevole probabilità dell'uso della violenza da parte dei dimostranti, senza alcun riguardo ai contenuti delle idee propagandate prima e durante la riunione stessa dagli organizzatori e dai partecipanti.

23

Divieto di partecipare a riunioni o manifestazioni pubbliche

Le pronunce rese dalla Corte europea nel triennio in esame in tema di art. 11 Cedu, le quali hanno rilievo per il diritto penale sostanziale, hanno riguardato principalmente il divieto opposto dalle autorità statali di partecipazione a manifestazioni pubbliche.

Assai significativa pare innanzitutto la sentenza *Barraco c. Francia*[144] relativa ad una protesta organizzata dalle associazioni sindacali rappresentanti gli autotrasportatori francesi e realizzata mediante il *rallentamento del traffico autostradale*. In particolare, il ricorrente e gli altri manifestanti avevano percorso un tratto di autostrada a bassissima velocità. La manifestazione era stata, quindi, bloccata dalla polizia e i partecipanti erano stati arrestati e condannati per aver ostacolato la libera circolazione.

La Corte europea ha rigettato il ricorso del ricorrente, ritenendo infondata la violazione dell'art. 11 Cedu: sebbene i manifestanti *non* avessero fatto ricorso alla violenza sulle persone intesa come aggressione fisica, l'azione delle forze dell'ordine, secondo i giudici europei, era stata *proporzionata* rispetto all'esigenza di *salvaguardare la sicurezza pubblica,* che era stata messa in grave pericolo dalla condotta dei medesimi. In questo senso, la Corte europea sembra aver abbracciato una *nozione ampia di violenza* volta a comprendere qualsiasi condotta idonea a porre in pericolo la sicurezza e l'incolumità pubblica.

Comunque, nella giurisprudenza recente è possibile riscontrare in generale la tendenza a sindacare in modo più incisivo rispetto al passato le restrizioni imposte dalle autorità statali alla libertà di riunione e manifestazione.

144. Sent. 5 marzo 2009, *Barraco c. Francia,* (ric. n. 31684/05).

Ad esempio, nella sentenza *Hyde Park e altri c. Moldovia* (n. 1, 2, 3 e 4)[145] la Corte europea ha riconosciuto una violazione dell'art. 11 Cedu in ragione dei divieti di riunione opposti dalle autorità Moldove per ragioni di ordine pubblico ad una organizzazione non governativa finalizzata alla tutela dei diritti umani, visto il carattere pacifico della stesse.

E ancora, più recentemente, nelle sent. *Hyde Park e altri c. Moldovia (n. 5 e 6)*[146] del settembre 2010, essa ha ritenuto che l'arresto e la condanna dei ricorrenti al pagamento di un'ingente pena pecuniaria per la loro partecipazione alle suddette manifestazioni di protesta (non autorizzate) avessero costituito una misura sproporzionata in ragione del carattere pacifico delle stesse e costituissero, pertanto, violazione dell'art. 11 Cedu.

Numerose sono poi le pronunce rese dalla Corte nei confronti della Turchia. Così nelle sentenze *Kaya* e *Seyhan* [147] e *Saime Ozcan* [148] essa ha riscontrato una violazione dell'art. 11 Cedu in relazione alla condanna dei ricorrenti a pene detentive per aver partecipato ad uno sciopero, in base alla considerazione che la manifestazione si era svolta senza l'uso di violenza da parte dei ricorrenti. Similmente, nelle sentenze *Nisbet Özdemir*[149]*, Karatepe e altri*[150] e *Turan Bicer* [151] del 2010, la Corte ha ritenuto violato l'art. 11 Cedu in relazione all'arresto e alla successiva condanna ad una pena detentiva dei ricorrenti per aver partecipato ad alcune manifestazioni di protesta non autorizzate. In entrambe le pronunce, la Corte ha attribuito peso all'assenza di elementi significativi per ritenere che i ricorrenti avessero commesso azioni violente o che avessero costituito un pericolo per l'ordine pubblico. In particolare, nel caso *Turan Bicer* la Corte non ha ritenuto rilevante il fatto che la ricorrente fosse stata liberata dopo aver scontato solo due anni di reclusione per effetto dell'entrata in vigore di una legge generale di amnistia.

145. Sent. 31 marzo 2003, *Hyde Park e altri c. Moldovia n. 1* (ric. n. 33482/06); Sent. 31 marzo 2003, *Hyde Park e altri c. Moldovia n. 2* (ric. n. 45094/06); Sent. 31 marzo 2003, *Hyde Park e altri c. Moldovia n. 3* (ric. n. 45095/06); Sent. 31 marzo 2003, *Hyde Park e altri c. Moldovia n. 4* (ric. n. 18491/07).
146. Sent. 14 settembre marzo 2010, *Hyde Park e altri c. Moldovia* (ric. n. 6991/08 ; 15084/08).
147. Sent. 15 settembre 2009, *Kaya e Seyhan c. Turchia* (ric. n. 30946/04).
148. Sent. 15 settembre 2009, *Saime Ozcan c. Turchia* (ric. n. 22943/04).
149. Sent. 19 gennaio 2010, *Nisbet Özdemir c. Turchia* (ric. n. 23143/04).
150. Sent. 12 ottobre 2010, *Karatepe e altri c. Turchia* (ric. n. 20502/05).
151. Sent. 30 novembre 2010, *Turan Bicer c. Turchia* (ric. n. 3224/03).

Giorgio Abbadessa e Francesco Mazzacuva

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU)

Sommario

1. Rilievi introduttivi sulla tutela del diritto di proprietà nella giurisprudenza della Corte europea - 2. La legalità della confisca e del sequestro in alcune recenti pronunce di accoglimento - 3. Il requisito della proporzione.[1]

1 Rilievi introduttivi sulla tutela del diritto di proprietà nella giurisprudenza della Corte europea

L'art. 1 del Protocollo addizionale alla Cedu n. 1 consacra la proprietà privata come diritto fondamentale, superando così i contrasti che ne avevano fondato l'esclusione dal catalogo previsto nella Convenzione. La disposizione si presta a tutelare i diritti patrimoniali degli individui sui beni materiali ma anche, data l'interpretazione evolutiva a cui ha assistito il concetto di *possession*, un'ampia gamma di interessi economici purché concreti e per lo meno determinabili[2]. Oltre ad un fondamentale divieto di privazione della proprietà, peraltro, il contenuto della garanzia è stato sviluppato nella giurisprudenza della Corte europea in modo da comprendere il diritto al pacifico godimento e finanche contemplare obblighi positivi di tutela in capo allo Stato rispetto alle aggressioni perpetrate dai privati[3].

Rispetto all'articolata formulazione testuale della disposizione, peraltro, si assiste nelle pronunce di Strasburgo ad una sua sostanziale "riscrittura"[4], nella quale vengono enucleate tre regole collegate in sequenza. Accanto alla generale enunciazione del diritto, infatti, la Corte riconosce costantemente la possibilità che questo possa incontrare delle limitazioni, le quali sono subordinate ai requisiti di legalità, interesse pubblico e proporzione nel perseguimento di tale interesse (a prescindere dal fatto che tali limitazioni consistano in una privazione o in una regolamentazione dell'uso dei beni, con una certa sovrapposizione dei §§ 1 e 2 della disposizione)[5]. In definitiva, anche rispetto alle ingerenze nel diritto di proprietà emergono le stesse condizioni elaborate nelle pronunce sugli artt. 8 e ss. della Convenzione europea e, come avviene in queste ultime, sono soprattutto i requisiti della legalità e della proporzione ad individuare, rispettivamente sui piani formale e sostanziale, i limiti delle ingerenze statali, rispetto alle quali non

1. È a cura di Giorgio Abbadessa il § 3; sono a cura di Francesco Mazzacuva i §§ 1 e 2
2. Sulla nozione "autonoma" di bene, cfr. le ampie considerazioni svolte in D. Harris-M. O'Boyle-C. Warbrick, a cura di, *Law of the Euopean Convention on Human Rights*, 2° ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, 657 ss., e P. van Dijk-F. van Hoof-A. van Rijn-L. Zwaak, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4° ed., Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2006, 867 ss.. Sul punto, cfr. anche F. Crisafulli, *La tutela del diritto di proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con particolare riguardo alle ipotesi di confisca di beni*, in G. Tucci, a cura di, *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo*, Cacucci, Bari, 2009, 38 ss..
3. Cfr. D. Harris-M. O'Boyle-C. Warbrick, a cura di, *Law of the European Convention*, cit., 662 ss.. in particolare sul concetto di "*peaceful enjoyment*", v. la giurisprudenza segnalata in P. van Dijk-F. van Hoof-A. van Rijn-L. Zwaak, *Theory and practice*, cit., 872 ss..
4. In questi termini, a commento di un orientamento che viene fatto risalire alla sentenza 23 settembre 1982, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia* (ricc. nn. 7151/75 e 7152/75), cfr. J.P. Marguénaud, *Le droit de propriété*, in *Les grand arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 5° ed., Presses universitaires de France, Paris, 2009, 703.
5. Sul punto, cfr. anche D. Harris-M. O'Boyle-C. Warbrick, a cura di, *Law of the European Convention*, cit., 666 s..

viene invece solitamente disconosciuta la sussistenza di un interesse pubblico[6].

Tale considerazione vale anche allorché si volge lo sguardo alla giurisprudenza sul diritto di proprietà più significativa in materia penale, nella quale sono i canoni della previsione legale e della proporzione ad orientare il giudizio di legittimità dell'imposizione della confisca, che per evidenti ragioni è l'istituto penalistico che più frequentemente é oggetto del sindacato della Corte *ex* art. 1 Protocollo n. 1, assieme al suo "risvolto processuale", ossia il sequestro.

2 La legalità della confisca e del sequestro in alcune recenti pronunce di accoglimento

Anzitutto, in tema di legalità, occorre soffermarsi sulle pronunce nelle quali l'imposizione della confisca è stata dichiarata illegittima poiché applicata al di fuori di un quadro normativo "accessibile" e "prevedibile", a prescindere da una riqualificazione della stessa come misura "penale" che, come noto, può condurre al riconoscimento della violazione dell'art. 7 Cedu. D'altra parte, in determinate ipotesi le due valutazioni tendono inevitabilmente a sovrapporsi, come si può osservare, ad esempio, nella sentenza *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, nella quale i rilievi sulla violazione del principio di legalità (penale) conducono la Corte europea al contestuale riconoscimento, in un certo senso "riflesso", dell'illegittimità dell'ingerenza nel diritto di proprietà[7]. Rispetto ad altre ipotesi di confisca con evidenti funzioni punitive, tuttavia, i giudici di Strasburgo hanno preferito inquadrare le carenze di *law provision* esclusivamente sul terreno dell'art. 1 Protocollo n. 1.

Ciò è avvenuto, ad esempio, nella sentenza *Sun c. Russia*, relativa ad un ricorso di un cittadino che era stato sorpreso dall'autorità doganale con diverse somme di denaro non dichiarate che venivano dapprima sequestrate e, a seguito della condanna per il reato di contrabbando di valuta estera, infine confiscate (anche se tale provvedimento veniva qualificato come "acquisizione statale", non essendo la confisca espressamente prevista dalla fattispecie incriminatrice). La Corte, superando le questioni inerenti la qualificazione formale del provvedimento ablativo e con un'argomentazione volta anche a discutere nel merito l'effettiva responsabilità del ricorrente per il reato di contrabbando – rispetto al quale, in effetti, in alcuni precedenti giurisprudenziali era stata comunque ammessa l'applicabilità dell'ipotesi generale di confisca degli strumenti e dell'oggetto del reato – ha riconosciuto l'imprevedibilità dell'applicazione della confisca delle somme di denaro per come sostanzialmente fondata, piuttosto, sull'omessa dichiarazione delle stesse all'autorità doganale[8]. Tuttavia, i giudici di Strasburgo, si sono limitati a dichiarare la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1, ancorché nel ricorso fosse lamentata anche la contestuale violazione dell'art. 7 Cedu. Nella pronuncia si assiste, in effetti, ad uno spostamento sul piano della legalità di argomenti che già caratterizzavano (in punto di proporzione) la sentenza *Ismayilov c. Russia*, nella quale la confisca delle somme contrabbandate era stata ritenuta invece prevedibile proprio in virtù di quei precedenti interni che l'avevano ricondotta all'ipotesi generale di apprensione dell'oggetto di cui all'art. 81 del codice penale russo[9].

Per certi versi analoga la vicenda da cui trae origine la sentenza *Adzhigovich c. Russia*, nella quale il ricorrente vedeva riconosciuta dalle stesse giurisdizioni interne la propria pretesa alla restituzione delle somme dichiarate all'autorità doganale e che erano state confiscate (insieme a quelle non dichiarate) come oggetto del reato di con-

6. Segnalano, infatti, P. van Dijk-F. van Hoof-A. van Rijn-L. Zwaak, *Theory and practice*, cit., 879 ss., come la Corte non abbia mai storicamente disconosciuto l'esistenza di un interesse pubblico nel sindacato sull'art. 1.

7. Sent. 20 gennaio 2009, *Sud Fondi srl e a. c. Italia* (ric. n. 75909/01), con cui la Corte si è espressa sull'interminabile vicenda della confisca urbanistica dei terreni abusivamente lottizzati in località Punta Perotti, nei pressi di Bari. Per un approfondimento sugli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la pronuncia, si rinvia alle considerazioni svolte nel monitoraggio sull'art. 7 Cedu in questa medesima rassegna giurisprudenziale.

8. Sent. 5 febbraio 2009, *Sun c. Russia* (ric. n. 31004/02)..

9. Sent. 6 novembre 2008, *Ismayilov c. Russia* (ric. n. 30352/03), sulla quale occorrerà tornare per ciò che concerne il problema della proporzione della misura.

trabbando, senza tuttavia riuscire a conseguirle effettivamente poiché queste erano nel frattempo scomparse dal deposito giudiziario. La Corte da un lato ha osservato che dai termini dell'ultima decisione interna sul caso appare essere esclusa *tout court* la riconducibilità delle somme contrabbandate (ossia anche quelle non dichiarate) ai concetti di "strumento" o "oggetto" del reato (anche in questo caso rivedendo la propria posizione rispetto alle conclusioni della sentenza *Ismayilov*, soluzione criticata dal giudice Kovler nella sua opinione dissenziente) e, dall'altro, trova evidentemente illegittima la mancata esecuzione del provvedimento di restituzione di quelle dichiarate ed erroneamente confiscate. Per entrambe le ragioni, viene riconosciuta l'assenza di una base legale sufficientemente prevedibile[10].

Come segnalato precedentemente, anche il provvedimento di sequestro strumentale alla confisca è sottoposto alle medesime condizioni di legalità e proporzione. Quanto al primo profilo, anzitutto, si può segnalare la sentenza *Khuzhin e a. c. Russia*, originata dal sequestro durato circa tre anni di un veicolo di proprietà di uno dei ricorrenti, tutti accusati di concorso in rapimento e tortura, a seguito di un provvedimento in cui mancava ogni indicazione espressa dei presupposti della misura. La Corte, considerando che i delitti di rapimento e tortura non prevedevano la confisca come pena accessoria e l'assenza di parti civili nel procedimento (la cui pretesa risarcitoria avrebbe potuto giustificare un sequestro preventivo), ha riconosciuto la misura priva di ogni base legale per l'intero periodo in cui è stata disposta[11]. Nella sentenza *Borzhonov c. Russia*, invece, il sequestro di un bus di proprietà di un soggetto accusato di diversi reati economici e fiscali era effettivamente strumentale ad un'ipotesi di confisca prevista per tali reati, la cui disciplina veniva tuttavia riformata in senso favorevole durante il procedimento, evento a cui seguiva solo dopo tre anni un provvedimento di restituzione, peraltro mai eseguito perché le autorità non erano state in grado di ritrovare il bene. La Corte, pertanto, oltre ad un difetto di proporzione rispetto al ritardo con cui le giurisdizioni russe dopo la modifica legislativa hanno deciso le sorti del bene sequestrato, ha rilevato un vizio di base legale relativamente alla persistente violazione del diritto di proprietà dovuta alla mancata esecuzione del provvedimento di restituzione[12]. Infine, si può segnalare la sentenza *Plakhteyev e Plakhteyeva c. Ucraina*, concernente il sequestro strumentale ad una confisca amministrativa di una camionetta e di diversi prodotti agricoli di proprietà dei due ricorrenti; in particolare, essi lamentavano il ritardo e lo stato di degrado con cui i beni erano stati restituiti a seguito della revoca della condanna per gli illeciti contestati. La Corte, pur non potendo esprimersi sullo stato dei beni, ha rilevato l'assenza di ogni base legale per il mantenimento del sequestro nel periodo intercorso tra il provvedimento di revoca e l'effettiva restituzione[13].

3 Il requisito della proporzione

Per quel che concerne il requisito della proporzione, da valutarsi in rapporto al perseguimento di un interesse generale e che generalmente si specifica nella lotta contro il riciclaggio ed il traffico di stupefacenti, la Corte europea ha considerato illegittima la confisca del denaro non dichiarato all'autorità doganale se applicata congiuntamente alla pena inflitta per l'illecito di omessa denuncia. In questo senso si orientano la sentenza *Ismayilov c. Russia*, laddove si trattava di pena detentiva e di una confisca la cui funzione meramente sanzionatoria è stata esplicitamente riconosciuta dalla Corte[14], e le sentenze *Grifhorst c. Francia* e *Moon c. Francia*, laddove invece si trattava di pena

10. Sent. 8 ottobre 2009, *Adzhigovich c. Russia* (ric. n. 23202/05).
11. Sent. 23 ottobre 2008, *Khuzhin e a. c. Russia* (ric. n. 13470/02).
12. Sent. 22 gennaio 2009, *Borzhonov c. Russia* (ric. n. 18274/04).
13. Sent. 12 marzo 2009, *Plakhteyev e Plakhteyeva c. Ucraina* (ric. n. 20347/03).
14. Sent. 6 novembre 2008, *Ismayilov c. Russia* (ric. n. 30352/03).

pecuniaria[15].

Da segnalare, poi, la sentenza *Grayson e Barnham c. Regno Unito*, originata da un caso di confisca di una somma di denaro pari ai proventi – ritenuti dal giudice – dell'attività di traffico di stupefacenti esercitata dall'interessato, al quale secondo la legge inglese è comunque lasciata la possibilità di provare ricavi di ammontare inferiore. Il fatto che tale confisca fosse da considerare compatibile con l'art. 6 Cedu ha consentito alla Corte di ritenere tale misura proporzionata[16].

Ancora, occorre dare conto della sentenza *Klaus e Iouri Kiladze c. Georgia*, riguardante una richiesta di riparazione, tra l'altro, dei danni materiali – in particolare, la confisca dell'abitazione – subiti in conseguenza delle persecuzioni politiche di cui era stata vittima la famiglia dei ricorrenti, richiesta basata su una legge che però lo Stato convenuto aveva omesso di attuare. La Corte ha ritenuto che l'inerzia dello Stato abbia comportato un'interferenza nel godimento del diritto di proprietà dei ricorrenti non proporzionata. Nella sentenza, dunque, è possibile ravvisare l'enunciazione di un obbligo positivo di tutela del diritto di proprietà[17].

Infine, pare utile segnalare che nel già citato caso *Sud Fondi*, la Corte ha precisato in un *obiter dictum* che a prescindere dal difetto di base legale, l'imposizione della confisca al di fuori di un giudizio di colpevolezza sui titolari dei beni, aveva comportato in ogni caso una rottura del giusto equilibrio tra diritti dei singoli ed interesse generale[18]. Tale affermazione, evidentemente, può avere dirette ricadute sul problema, noto anche all'ordinamento italiano, dell'efficacia della misura ablativa rispetto ai terzi in buona fede. In questo senso, si può ricordare la sentenza *Bowler International Unit c. Francia*, concernente la confisca delle merci del committente–proprietario utilizzate dal trasportatore per nascondere un carico di droga. Nel caso, il difetto di proporzione della confisca è dipeso dal fatto che, secondo la legge dello Stato convenuto, l'unico rimedio a disposizione del proprietario in buona fede era quello di rifarsi nei confronti dell'autore dell'illecito, con il rischio dell'insolvenza di quest'ultimo[19]. Sotto il medesimo profilo è da segnalare anche la sentenza *Denisova e Moiseyeva c. Russia*: con questa pronuncia la Corte europea ha ritenuto illegittima la confisca che aveva colpito beni di proprietà della moglie e della figlia del condannato, che non avevano avuto l'effettiva possibilità di far valere il proprio diritto davanti ai giudici interni, né in sede penale né in sede civile[20].

Quanto al profilo concernente la proporzione del sequestro, infine, dalla recente giurisprudenza della Corte emerge una casistica essenzialmente relativa all'eccessiva durata del periodo compreso tra l'adozione del provvedimento cautelare e la decisione finale sul merito[21].

15. Sent. 26 maggio 2009, *Grifhorst c. Francia* (ric. n. 28336/02); sent. 9 luglio 2009, *Moon c. Francia* (ric. n. 39973/03).
16. Sent. 23 dicembre 2008, *Grayson e Barnham c. Regno Unito* (ricc. n. 19955/05 e 15085/06).
17. Sent. 2 maggio 2010, *Klaus e Iouri Kiladze c. Georgia* (ric. n. 7975/06).
18. Sent. 20 gennaio 2009, *Sud Fondi srl e a. c. Italia* (ric. n. 75909/01).
19. Sent. 23 ottobre 2009, *Bowler International Unit c. Francia* (ric. n. 1946/06).
20. Sent. 4 aprile 2010, *Denisova e Moiseyeva c. Russia* (ric. n. 16903/03).
21. Sent. 9 ottobre 2008, *Forminster Enterprises Limited c. Repubblica Ceca* (ric. n. 38238/04); sent. 8 gennaio 2008, *Jucys c. Lituania* (ric. n. 5457/03).

Lodovica Beduschi e Angela Colella

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto a libere elezioni (art. 3 Prot. 1)

Sommario

1. L'ambito di applicazione dell'art. 3 Prot. n. 1 Cedu – 2. Le limitazioni del diritto di voto a seguito di sentenza di condanna a pena detentiva – 3. Il contrasto degli artt. 20, 28 co. 1 n. 1) e 29 c.p. italiano con l'art. 3 Prot. n. 1 Cedu[1]

1 L'ambito di applicazione dell'art. 3 Prot. n. 1 Cedu

Ai sensi dell'art. 3 Prot. n. 1 Cedu, "le Alte Parti contraenti si impegnano ad organizzare, ad intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo": la norma non sembra dunque far riferimento a specifici diritti, ma semplicemente porre in capo agli Stati membri l'obbligo di tenere libere elezioni che soddisfino i requisiti in essa stabiliti.

La Corte di Strasburgo, tuttavia, è ferma nel ritenere che l'art. 3 Prot. n. 1 Cedu garantisca *diritti individuali*: lo dimostrerebbero, in particolare, i lavori preparatori, dai quali si evince che la formulazione della norma è stata pensata per rendere più solenne l'impegno assunto dagli Stati firmatari e per sottolineare come in questo campo essi non dovessero semplicemente astenersi da qualsiasi violazione della norma, ma fossero tenuti ad adottare azioni positive per rendere effettivo il diritto da essa sancito[2]. D'altra parte, la stessa rubrica della norma parla di "*diritto* a libere elezioni", con ciò evidentemente suffragando la suddetta lettura.

Più nel dettaglio, l'art. 3 Prot. n. 1 Cedu sancisce tanto il diritto di elettorato attivo (ossia il diritto di eleggere i propri rappresentanti) quanto il diritto di elettorato passivo (ossia il diritto di essere eletti). Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte europea, quest'ultimo gode nondimeno di una protezione meno intensa rispetto al diritto di voto, in relazione al quale vi è una maggior uniformità di disciplina delle varie legislazioni e – correlativamente – un margine di apprezzamento meno esteso in capo agli Stati firmatari[3].

Per quanto l'articolo in commento non preveda – a differenza degli art. 8-11 Cedu – limiti *espressi* ai suddetti diritti, essi non si configurano come assoluti, ma sono soggetti a limitazioni *implicite*: nella sua giurisprudenza, la Corte europea ha anzi avuto modo di precisare che i fini che possono legittimamente giustificare una restrizione al diritto di elettorato attivo e passivo possono essere individuati *anche al di fuori della "lista" comune agli artt. 8-11*, e che la valutazione circa la compatibilità delle misure restrittive con l'art. 3 Prot. n. 1 Cedu va effettuata *secondo criteri meno stringenti* rispetto a quelli richiesti dalle norme ora menzionate[4].

1. E' a cura di Lodovica Beduschi il § 2; sono a cura di Angela Colella i §§ 1 e 3.
2. Cfr. per tutti D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, p. 712.
3. Cfr. per tutti D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., . 715.
4. Cfr. per tutti D.J. Harris – M. O' Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 713-714.

2

Le limitazioni del diritto di voto a seguito di sentenza di condanna a pena detentiva

Il problema della compatibilità con l'art. 3 Prot. n. 1 Cedu della limitazione del diritto di voto dei soggetti condannati a pena detentiva è stato affrontato per la prima volta dalla Corte europea con la sentenza *Hirst c. Regno Unito (n. 2),* resa dalla Grande Camera nel 2005[5].

Il ricorrente, condannato all'ergastolo per omicidio, era stato escluso dal registro elettorale, sulla base dell'art. 3 del *Representation of the People Act* del 1983, il quale prevede l'automatica privazione del diritto di voto per i soggetti condannati ad una pena detentiva, indipendentemente dalla durata della stessa e dalla gravità del crimine commesso.

Nella loro decisione, i giudici europei hanno innanzitutto rilevato che, secondo la giurisprudenza di Strasburgo[6], i diritti di votare e di candidarsi a libere elezioni – che pure rappresentano uno dei fondamenti della democrazia – sono suscettibili di limitazioni ad opera del legislatore nazionale. Nondimeno, quest'ultimo non gode in materia di un margine di apprezzamento assoluto: il compito della Corte, infatti, è quello di valutare se la soluzione adottata a livello nazionale sia conforme all'art. 3 Prot. n. 1 Cedu, ovvero se le restrizioni imposte dagli Stati membri siano previste dalla legge e proporzionate rispetto ad uno scopo legittimo.

Quanto al diritto di voto dei detenuti, i giudici europei – muovendo dall'assunto secondo il quale i detenuti continuano ad essere titolari di tutti i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione, ad eccezione del diritto alla libertà personale – hanno osservato che la privazione del diritto di voto può considerarsi legittima solo laddove sussista una nesso apprezzabile tra tale privazione e la condotta, da un lato, e le condizioni personali dell'autore, dall'altro. Alla luce di tale principio, le finalità perseguite dal legislatore – di prevenzione generale, di rafforzamento del senso civico dei detenuti e del rispetto da parte di questi ultimi dello Stato di diritto – non possono ritenersi di per sé in contrasto con la Convenzione. Ciononostante, l'automatica e indiscriminata esclusione dal diritto di voto imposta dalla legge elettorale inglese *a tutti i soggetti detenuti* non costituisce, secondo i giudici europei, una misura proporzionata agli interessi pubblici perseguiti e deve, pertanto, ritenersi incompatibile con la garanzia convenzionale. Per tali ragioni, essi hanno dunque riconosciuto nel caso di specie una violazione dell'art. 3 Prot. n. 1 Cedu, condannando lo Stato convenuto al pagamento di una somma nei confronti dei ricorrenti a titolo di equa riparazione.

Nel triennio 2008-2010, la normativa inglese sul divieto assoluto di voto per i detenuti (a prescindere, lo ribadiamo, dalla durata della pena detentiva e dalla gravità del reato), censurata nel poc'anzi esaminato caso *Hirst,* è stata nuovamente portata all'attenzione della Corte europea nella sentenza *Greens e M.T. c. Regno Unito* del novembre 2010[7], sulla quale giova soffermarsi brevemente.

Ai ricorrenti, entrambi condannati alla pena dell'ergastolo, era stata negata l'iscrizione nel registro elettorale con decisione confermata a seguito dei ricorsi presentati dai medesimi presso l'Ufficio elettorale e davanti alle giurisdizioni competenti, nei quali i ricorrenti medesimi – alla luce di quanto affermato dalla Corte europea nella citata sentenza *Hirst* – avevano inutilmente chiesto la disapplicazione della normativa nazionale nella parte in cui prevede la limitazione automatica del diritto di voto per i condannati ad una pena detentiva. Conseguentemente, essi avevano presentato ricorso alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione dell'art. 3 Prot. n. 1 Cedu, per non aver potuto partecipare alle elezioni europee del 4 giugno 2009 né a quelle nazionali del 6 maggio 2010 e per la prospettiva di non partecipare alle elezioni del Parlamento scozzese del 2011.

5. Sent. 6 ottobre 2005 (grande camera), *Hirst c. Regno Unito (n. 2)* (ric. n. 74025/01).
6. A questo proposito, la Corte ha richiamato in particolare: sent. 18 febbraio 1999 (grande camera), *Matthews c. Reno Unito* (ric. n. 24833/94); sent. 6 aprile 200 (grande camera), *Labita c. Italia* (ric. n. 26772/95).
7. Sent. 23 novembre 2010, *Greens e M.T. c. Regno Unito* (ric. nn. 60041/08 ; 60054/08).

La Corte europea – in linea con quanto precedentemente affermato nel caso *Hirst* [8] – ha rilevato una violazione dell'art. 3 Prot. n. 1 Cedu (peraltro riconosciuta dallo stesso Governo convenuto, il quale si era limitato ad eccepire inammissibilità del ricorso per il mancato esaurimento dei ricorsi interni) poiché, nonostante la privazione del diritto di voto in capo a determinate categorie di condannati non sia in quanto tale incompatibile con la Convenzione, deve tuttavia ritenersi che l'esclusione assoluta e automatica del diritto di voto rispetto a tutti i detenuti costituisca una misura sproporzionata rispetto agli interessi pubblici perseguiti.

Constatato il ritardo nell'esecuzione della citata sentenza *Hirst* del 2005 e l'elevato numero di ricorsi pendenti analoghi a quello in esame, la Corte ha deciso, inoltre, di attivare l'art. 46 Cedu e assistere così lo Stato convenuto nell'esecuzione della sentenza, chiedendo in particolare al governo britannico di formulare, entro sei mesi, una proposta di riforma della disciplina del diritto di voto per i soggetti condannati a pena detentiva e di sottoporla al Comitato dei Ministri, per la valutazione dei relativi tempi di adozione[9]. In particolare, essa si è avvalsa della procedura della "sentenza pilota": tale procedura – individuata a partire dalla sentenza *Broniowski c. Polonia*[10], resa dalla grande camera nel 2004 – viene attiva in presenza di un numero rilevante di ricorsi aventi il medesimo oggetto e consiste nel selezionare uno (o più) di essi, assegnandoli ad una trattazione prioritaria. In particolare, lo scopo perseguito dalla Corte nell'esame del merito del ricorso selezionato è quello di individuare una soluzione che si estenda al di là del caso particolare e di coadiuvare le autorità nazionali nell'eliminazione del problema strutturale alla base della riscontrata violazione della Convenzione.

Per quel che concerne gli altri ricorsi pervenuti e connessi alla sentenza in esame, invece, i giudici europei si sono avvalsi della facoltà di sospendere l'esame dei medesimi sulla base della natura meramente declaratoria della pronuncia, nonché della prospettiva di una loro cancellazione dal ruolo in caso di adeguamento della legislazione inglese.

Particolare importanza riveste infine la sentenza *Frodl c. Austria* del 2010[11], in cui la Corte europea ha fornito alcune importanti precisazioni in merito alla valutazione della proporzionalità delle restrizioni imposte al diritto di voto dei detenuti.

Nel caso di specie, il ricorrente, condannato all'ergastolo per omicidio, lamentava la violazione dell'art. 3 Prot. n. 1 Cedu, per essere stato escluso dal registro elettorale senza valide giustificazioni: l'art. 22 della legge elettorale austriaca prevede, infatti, la privazione automatica del diritto di voto per chi stia scontando una condanna a più di un anno di reclusione per un delitto doloso. Prima di esaminare le statuizioni rese dalla Corte europea sul merito del ricorso, giova peraltro rilevare che la Corte costituzionale austriaca – chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del menzionato art. 22 su ricorso di altri detenuti – aveva ritenuto che il legislatore nazionale non avesse oltrepassato il proprio margine di apprezzamento, in quanto la disciplina nazionale non prevede gli automatismi che caratterizzano la disciplina inglese che, come abbiamo visto, era stata ritenuta incompatibile con la Convenzione nel *leading case Hirst*[12].

La Corte europea, pur riconoscendo che le restrizioni al diritto di voto previste dalla normativa austriaca erano più circoscritte rispetto a quelle della disciplina inglese censurata nel caso *Hirst*[13], ha ritenuto tuttavia che esse non fossero conformi al requisito di proporzione, enucleato dalla Corte europea in tale pronuncia. Più precisamente, i giudici europei, in linea con quanto affermato nella già citata sentenza *Hirst,* hanno

8. Sent. 6 ottobre 2005 (grande camera), *Hirst c. Regno Unito (n. 2)* (ric. n. 74025/01).
9. Tale proposta è stata effettivamente presentata nel settembre 2011, cfr. Ministry of Justice, *Responding to human rights judgments, Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's response to human rights judgments 2010-11,* in *http://www.justice.gov.uk/downloads/publications/policy/moj/responding-to-human-rights-judgments.pdf.*
10. Sent. 28 settembre 2004 (grande camera), *Broniowski c. Polonia* (ric. n. 31443/96).
11. Sent. 8 aprile 2010, *Frodl c. Austria* (ric. n. 20201/04), in Riv. it. dir. proc. pen., 2010, p. 1291.
12. Sent. 6 ottobre 2005 (grande camera), *Hirst c. Regno Unito (n. 2)* (ric. n. 74025/01)t.
13. Sent. 6 ottobre 2005 (grande camera), *Hirst c. Regno Unito (n. 2)* (ric. n. 74025/01).

affermato che la privazione del diritto di voto deve essere una *misura eccezionale* anche quando essa sia disposta nei confronti dei detenuti e che, pertanto, essa *deve essere accompagnata da una motivazione adeguata in ordine alle ragioni per le quali la stessa si è resa necessaria*, alla luce delle specifiche circostanze del caso concreto. Nel caso di specie, invece, mancava un nesso apprezzabile tra la sanzione in esame e la condotta e le condizioni personali del detenuto: pertanto, la Corte ha concluso per la violazione dell'art. 3 Prot. n. 1 Cedu, senza tuttavia riconoscere al ricorrente alcuna somma a titolo di equa riparazione.

Sembra di poter dire, dunque, che le censure della Corte europea non si appuntino sulle restrizioni del diritto di elettorato passivo, ma solo di quello attivo.

Inoltre – ed è questo il profilo che pare più significativo – dalla giurisprudenza della Corte non può ricavarsi alcun principio generale per cui i condannati a pena detentiva devono rimanere titolari del diritto di voto (e se ne sono stati privati devono essere messi in condizioni di esercitarlo nuovamente). I giudici di Strasburgo riconoscono, infatti, che la previsione da parte della legge di restrizioni all'esercizio del diritto di voto per coloro che hanno riportato condanne penali non è, di per sé, in contrasto con il dettato convenzionale, poiché essa riposa – come si legge nella sentenza *Hirst c. Regno Unito (n. 2)*[14] – sulle esigenze legittime di prevenzione generale, del rafforzamento del senso civico dei detenuti e del rispetto, da parte di questi ultimi, delle regole dello Stato di diritto.

Quel che la Corte europea censura è, piuttosto, il fatto che la privazione del diritto di voto consegua *automaticamente* alla condanna a pena detentiva, *senza che vi sia stato un accertamento giurisdizionale* – che trovi eco in motivazione – *circa la proporzione della misura* in rapporto alla condotta dell'autore del reato, alle sue condizioni personali e alle circostanze fattuali del caso di specie.

3 Il contrasto degli artt. 20, 28 co. 1 n. 1) e 29 c.p. italiano con l'art. 3 Prot. n. 1 Cedu

Alla luce delle pronunce fin qui esaminate, era dunque da attendersi che fosse prima o poi portata all'attenzione della Corte la questione della compatibilità con l'art. 3 Prot. 1 Cedu della normativa italiana sull'interdizione dai pubblici uffici, da cui discende in modo automatico anche la privazione del diritto di voto.

Prima di analizzare più da vicino la sentenza *Scoppola c. Italia (n. 3)* [15], con la quale i giudici di Strasburgo si sono pronunciati per la prima volta nel merito su tale questione, conviene tuttavia fotografare il complesso sistema di norme che regola la materia[16]. Com'è noto, l'interdizione dai pubblici uffici è annoverata dall'art. 19 c.p. tra le pene accessorie, che come tali conseguono direttamente alla condanna, rientrando – secondo il dettato dell'art. 20 c.p. – tra gli effetti penali della medesima. Può essere perpetua o temporanea: è perpetua a fronte di una condanna all'ergastolo o alla reclusione non inferiore a cinque anni; temporanea a fronte di una condanna alla reclusione non inferiore a tre anni (nel qual caso ha durata quinquennale) o alla condanna per un delitto realizzato con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio (nel qual caso ha una durata pari a quella della pena principale, ai sensi dell'art. 37 c.p.).

L'art. 28 co. 1 n. 1) c.p. ricollega all'interdizione dai pubblici uffici la *privazione del diritto di elettorato attivo e passivo in tutti i comizi elettorali*, che a sua volta potrà essere definitiva o temporanea a seconda della durata della pena detentiva inflitta.

Alla luce del quadro normativo che abbiamo qui rapidamente ricostruito, è dunque sufficiente che un taluno riporti una condanna a pena detentiva di durata non inferiore a cinque anni perché egli possa essere *definitivamente* privato del diritto di voto; e ciò *indipendentemente dal tipo di reato commesso*, e *senza che il giudice abbia il potere di compiere alcun tipo di valutazione in relazione alla necessità e alla proporzione* della

14. Sent. 6 ottobre 2005 (grande camera), *Hirst c. Regno Unito (n. 2)* (ric. n. 74025/01).
15. Sent. 18 gennaio 2011, *Scoppola c. Italia (n. 3)*, (ric. n. 126/05).
16. Cfr. per tutti G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, p. 542 ss.

misura. Di più: *nella sentenza di condanna non vi è traccia di tale effetto penale*, che non viene neppure menzionato nel dispositivo tra le statuizioni penali.

Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, il ricorrente era stato condannato per omicidio volontario e per una serie di altri gravi reati alla pena di trent'anni di reclusione[17].

La sentenza in commento è stata resa dalla Corte a seguito del secondo dei tre ricorsi del ricorrente a Strasburgo, concernente appunto la violazione dell'art. 3 Prot. 1 Cedu. Dopo il rigetto del ricorso presentato alla commissione elettorale circondariale, alla Corte d'appello di Roma e alla Corte di Cassazione, Scoppola si rivolgeva infatti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando che la condanna all'ergastolo e alla conseguente interdizione perpetua dai pubblici uffici avevano di fatto conculcato il suo diritto di voto, in contrasto con la suddetta norma convenzionale. Egli richiamava, in particolare, i principi affermati dalla grande camera nella menzionata sentenza *Hirst c. Regno Unito (n. 2)*[18], evidenziando come anche nell'ordinamento italiano, come in quello inglese, la privazione del diritto di voto conseguisse automaticamente alla condanna penale e venisse inflitta in assenza di qualsiasi motivazione in ordine alle ragioni che la rendevano necessaria alla luce delle circostanze specifiche del caso concreto.

La Corte ha accolto il ricorso, rigettando le argomentazioni sostenute dal Governo italiano (secondo il quale la privazione del diritto di voto non conseguiva in modo automatico e generalizzato a qualsiasi condanna, ma solo a quelle per i reati più gravi, come tali puniti più severamente).

Pur muovendo dall'affermazione per cui il diritto di voto è suscettibile di limitazioni ad opera del legislatore nazionale, che gode di un ampio margine di apprezzamento in proposito, la Corte ha rivendicato il proprio sindacato sulla compatibilità convenzionale delle scelte operate dai parlamenti nazionali; sindacato volto a verificare se la soluzione adottata a livello nazionale sia rispettosa del dettato dell'art. 3 Prot. n. 1 Cedu, e in particolare se la limitazione al principio del suffragio universale riposi su giustificazioni legittime e se sia proporzionata.

I giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la restrizione del diritto sancito dalla suddetta norma sia provvista di una base legale e persegua un fine legittimo (quello della prevenzione del crimine e del rispetto dello stato di diritto). Nondimeno, essi hanno reputato insussistente il requisito della proporzione, riscontrando anche a proposito della normativa italiana quel carattere di automatismo che già era stato censurato nella sentenza *Hirst* e nelle successive pronunce sul punto; automatismo evidenziato – osserva la Corte – dalla circostanza che della condanna all'interdizione dai pubblici uffici (e, conseguentemente, della privazione del diritto di voto) non venga neppure fatta esplicita menzione nella sentenza di condanna.

Nella sentenza *Frodl c. Austria*[19], già esaminata in precedenza, la Corte aveva inoltre affermato cui la privazione del diritto di voto non può considerarsi legittima laddove manchi un apprezzabile nesso tra la misura, da un lato, e la condotta e le condizioni personali dell'autore del reato, dall'altro; sicché la sua applicazione dev'essere accompagnata da adeguata motivazione in ordine alle ragioni per le quali, alla luce delle circostanze specifiche del caso concreto, la stessa si è resa necessaria. Alla luce dell'autorità di cosa giudicata interpretata delle sentenze della Corte europea, che "preformando" la regola di decisione che verrà utilizzata in futuro per casi analoghi esplicano effetti "indiretti" nei confronti di tutti gli Stati membri, non solo di quello di volta in volta convenuto[20] , il

17. Per l'analisi della complessa vicenda si rimanda alla sintesi della sentenza *Scoppola c. Italia (n. 2)*, pubblicata su *Riv. it. dir. proc. pen*., 2009, p. 1956, nonché a G. Abbadessa, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 CEDU)*, in questa *Rivista*, § 1.

18. Sent. 6 ottobre 2005 (grande camera), *Hirst c. Regno Unito (n. 2)* (ric. n. 74025/01).

19. Sent. 8 aprile 2010, *Frodl c. Austria* (ric. n. 20201/04), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2010, p. 1291.

20. Cfr. sul punto A. Gardino Carli, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005, p. 129 nonché, *funditus*, p. 139. Sent. 6 ottobre 2005 (grande camera), *Hirst c. Regno Unito (n. 2)* (ric. n. 74025/01).

riferito passaggio motivazionale della sentenza *Frodl* [21] consente di illuminare anche la decisione qui in commento, esplicitando le ragioni per cui l'automatismo della privazione del diritto di voto contrasta con l'art. 3 Prot. 1 Cedu.

La seconda sezione ha sottolineato, ancora, che la fattispecie in esame si differenziava profondamente da quella oggetto della decisione *M.D.U. c. Italia* del 28 gennaio 2003[22], in cui la Corte aveva dichiarato manifestamente infondato il ricorso sollevato dal ricorrente, che lamentava la violazione dell'art. 3 Prot. n. 1 Cedu in relazione all'interdizione del diritto di voto conseguente a condanna penale: in quel caso, infatti, la privazione del diritto di voto aveva avuto una durata limitata (pari a soli due anni) e, di fatto, aveva interessato solo le elezioni regionali dell'aprile 2000, perché al ricorrente era stata in seguito concessa la sospensione condizionale della pena (che ai sensi dell'art. 166 c.p. si estende anche alle pene accessorie)[23] .

Quanto all'equa soddisfazione *ex* art. 41 CEDU, la Corte ha ritenuto che l'accertamento della violazione della citata norma convenzionale costituisse di per sé adeguata riparazione, e non ha pertanto riconosciuto al ricorrente alcuna somma di denaro.

> I giudici di Strasburgo non hanno, per vero, evidenziato il carattere sistemico della violazione dell'art. 3 Prot. 1 Cedu; ma poiché la sentenza in commento è soltanto la prima pronuncia in cui la Corte ha riscontrato il contrasto della pertinente normativa italiana con la citata norma convenzionale, è assai probabile che ciò avvenga in futuro, quando le sentenze in materia si moltiplicheranno (esattamente come è accaduto per il Regno Unito con la sentenza *Greens e M.T.*).
>
> Ciò impone allora di interrogarsi sulle iniziative che le autorità italiane dovranno prendere per "conformarsi" alla sentenza *Scoppola (n. 3)* non appena essa diverrà definitiva, ai sensi dell'art. 46 CEDU[24] , sia per riparare, se possibile, alla violazione già verificatasi, sia – e soprattutto – per evitare che in futuro se ne verifichino altre analoghe.
>
> Dal momento che l'automatismo censurato dalla Corte dipende direttamente dal dato normativo italiano, e segnatamente dagli articoli 20, 28 e 29 c.p., è evidente che il rimedio 'naturale' ai profili di illegittimità convenzionale denunciati dalla Corte dovrebbe essere costituito da una riforma legislativa di quelle disposizioni codicistiche, volte a conferire al giudice un potere di apprezzamento caso per caso sulla effettiva proporzione della misura, secondo i principi fissati in sede europea.
>
> Nell'ipotesi tuttavia di una – più che prevedibile – inerzia legislativa anche su questo fronte, occorrerà ancora una volta interrogarsi sui possibili rimedi giurisdizionali alla accertata situazione di illegittimità convenzionale del nostro sistema normativo; con riferimento al triplice problema *a)* di assicurare un rimedio nel singolo caso di specie nel quale la Corte EDU ha accertato una violazione, *b)* di garantire analogo rimedio a tutti coloro che si trovino in condizioni sovrapponibili o comunque simili, e *c)* di prevenire il formarsi di giudicati in contrasto con il diritto di Strasburgo.
>
> Sotto i primi due profili, va fortunatamente registrato l'importantissimo intervento della Corte costituzionale, che con la sentenza n. 113/2011 ha di fatto introdotto all'art. 630 c.p.p. un *nuovo caso di revisione* per garantire la riapertura del processo laddove ciò si mostri necessario, ai sensi dell'art. 46 Cedu, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU. Poiché lo strumento che la Corte costituzionale ha individuato ha carattere generale, esso potrà essere utilizzato per rimuovere gli

21. Sent. 8 aprile 2010, *Frodl c. Austria* (ric. n. 20201/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1291.

22. dec. 28 gennaio 2003, *M.D.U. c. Italia* (ric. n. 58540/00).

23. La vicenda, che riguardava l'allora parlamentare europeo Marcello Dell'Utri, condannato con sentenza definitiva a due anni e tre mesi di reclusione e 6.000.000 di lire d'ammenda per reati fiscali commessi tra il 1988 e il 1994, presentava per vero altri profili differenziali rispetto alla pronuncia in commento. Il ricorrente si doleva, infatti, anche della mancanza di imparzialità dei giudici che lo avevano condannato alla pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici, i quali si sarebbero inoltre discostati dall'orientamento giurisprudenziale consolidato in tema di concessione della sospensione condizionale della pena. Nella medesima decisione, tuttavia, la Corte aveva dichiarato anche tale doglianza manifestamente infondata, sottolineando peraltro come l'interpretazione e l'applicazione del diritto interno spettino esclusivamente ai giudici nazionali.

24. Il 20 giugno 2011 la questione è stata riferita alla grande camera, che nei prossimi mesi dovrà pertanto pronunciarsi sul punto: fino ad allora, non essendo la sentenza definitiva, il problema dell'esecuzione della stessa non si porrà. E' tuttavia estremamente probabile che la grande camera ribadisca le conclusioni cui è giunta la seconda sezione, dato che esse si inseriscono in un filone giurisprudenziale ormai consolidato, nel quale figura peraltro anche una sentenza resa dal *plenum* (la già menzionata *Hirst c. Regno Unito*).

effetti del giudicato in contrasto con la CEDU a fronte della violazione di *qualsiasi norma convenzionale*, e dunque anche dell'art. 3 Prot. n. 1.

Se i problemi sul fronte processuale paiono essersi risolti a seguito dell'intervento della Corte costituzionale, non altrettanto può dirsi invece – rispetto alla specifica questione qui affrontata – per quel che concerne il fronte sostanziale.

La valutazione sulla necessità della privazione del diritto di voto in rapporto alla condotta dell'autore del reato, alle sue condizioni personali e alle circostanze fattuali del caso di specie – richiesta dalla Corte EDU nelle più recenti pronunce in tema di art. 3 Prot. n. 1 – è, infatti, radicalmente preclusa dal dettato degli artt. 20, 28 e 29 c.p., ai sensi dei quali l'interdizione dai pubblici uffici e la conseguente privazione del diritto di voto discendono automaticamente dalla condanna a una pena detentiva di durata pari almeno a tre anni, ed acquistano il carattere della definitività qualora la pena detentiva superi i cinque anni.

Alla luce del tenore inequivoco delle suddette disposizioni del codice penale – che non possono essere interpretate in senso conforme alla CEDU, poiché tale interpretazione si porrebbe irrimediabilmente *contra legem* – sarebbe dunque necessario investire della questione la Corte costituzionale.

Rispetto poi al problema *sub c)*, e dunque alla necessità di prevenire, nei processi in corso e nei processi futuri, la formazione di giudicati in contrasto con l'art. 3 Prot. 1 CEDU, non potrà che pervenirsi – parimenti – alla conclusione della necessità di rimettere alla Corte la questione di costituzionalità delle citate norme del codice penale, nell'impossibilità di praticare un'interpretazione convenzionalmente orientata degli artt. 20, 28 e 29 c.p., rimanendo allo stato preclusa anche al giudice di merito la possibilità di praticare la valutazione sulla necessità della limitazione dell'esercizio del diritto di voto rispetto al fatto di reato commesso dall'imputato e alle circostanze del caso di specie che è imposta dal diritto di Strasburgo.

Tanto in un caso quanto nell'altro, dunque, l'attore istituzionale chiamato a comporre il contrasto tra la normativa codicistica in tema di interdizione dai pubblici uffici e la CEDU dovrà essere la Corte costituzionale, secondo l'itinerario già ampiamente battuto dalle sentenze nn. 348 e 349/2007, nn. 311 e 319/2009, n. 93/2010.

Perché ciò sia possibile, i giudici *a quibus* dovranno sollevare questione di legittimità costituzionale degli artt. 20, 28 co. 1 n. 1) e 29 c.p. per contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost., letto alla luce dell'art. 3 Prot. 1 CEDU nell'interpretazione fornitane dalla Corte europea nelle sentenze *Hirst c. Regno Unito* [25], *Frodl c. Austria* [26], *Greens e M.T. c. Regno Unito* [27] e, da ultimo, *Scoppola c. Italia (n. 3)* [28].

25. Sent. 6 ottobre 2005 (grande camera), *Hirst c. Regno Unito (n. 2)* (ric. n. 74025/01).
26. Sent. 8 aprile 2010, *Frodl c. Austria* (ric. n. 20201/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1291.
27. Sent. 23 novembre 2010, *Greens e M.T. c. Regno Unito* (ric. nn. 60041/08 ; 60054/08).
28. Sent. 18 gennaio 2011, *Scoppola c. Italia (n. 3)*, (ric. n. 126/05).

Diritto Penale Contemporaneo

www.penalecontemporaneo.it