Quaderni de L'altro diritto

EUROPA UMANA

SCRITTI IN ONORE DI PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

a cura di
Davide Galliani, Emilio Santoro

Pacini Giuridica

ISSN 2421-5880

Quaderni de L'altro diritto

EUROPA UMANA
Scritti in onore di Paulo Pinto de Albuquerque

a cura di Davide Galliani, Emilio Santoro

Pacini Giuridica

Il presente volume è stato finanziato con i fondi per le attività base di ricerca del MIUR (FFABR 2017), responsabile scientifico prof. Davide Galliani, i fondi del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze e un contributo del Centro Studi per la Storia del pensiero giuridico moderno.

In copertina: *Ponte dorato* (Da Nang, Vietnam).

Collana
Quaderni de L'altro diritto

Direttore
Emilio Santoro

Comitato scientifico
Alberto di Martino
Chiara Favilli
Realino Marra
Luigi Pannarale
Aldo Schiavello
Danilo Zolo

ISBN 978-88-3379-291-0

ISSN 2421-5880

© Copyright 2020 by Pacini Editore Srl

Pacini Editore

Via A. Gherardesca
56121 Pisa
www.pacinieditore.it
info@pacinieditore.it

Rapporti con l'Università
Lisa Lorusso

Responsabile di redazione
Gloria Giacomelli

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

INDICE

Il mestiere di giudice convenzionale. Breve profilo biografico di Paulo Pinto de Albuquerque ..... pag. 17
di Davide Galliani

Paulo e lo spirito della convenzione: il "pidocchio" (lo sfinimento argomentativo) nella criniera della Corte ..... » 33
di Emilio Santoro

La Corte europea, l'ergastolo e il "diritto alla speranza" ..... » 45
di Antonio Balsamo e Luisa Trizzino

1. La "riscoperta" dell'art. 3 CEDU e il nuovo indirizzo della Corte di Strasburgo in tema di detenzione perpetua ..... » 45
2. Le indicazioni comparatistiche ..... » 56
3. Le possibili implicazioni per l'ordinamento italiano..... » 64

Crisi nella democrazia rappresentativa, populismo e istanze di rafforzamento della democrazia diretta..... » 69
di Paola Bilancia

1. Crisi della democrazia e sfiducia nella rappresentanza politica ..... » 69
2. Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa-deliberativa » 72
3. Le nuove proposte di democrazia partecipativa ..... » 74
4. Conclusioni..... » 79

Sanzioni Consob e Banca d'Italia: il punto dopo gli interventi del Consiglio di Stato, la riforma del regolamento Consob e le nuove norme dettate dal legislatore italiano..... » 81
di Elena Bindi

1. Premessa..... » 81
2. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di sanzioni amministrative aventi carattere afflittivo..... » 84
3. Le prescrizioni della sentenza *Grande Stevens* della Corte EDU.... » 86
4. Le ricadute della sentenza *Grande Stevens* sulla giurisprudenza interna..... » 88
5. Le modifiche al regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob..... » 92

6. Il decreto legislativo «Recante recepimento della direttiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulle imprese di investimento». ..... » 94
7. Profili problematici della disciplina dettata dal decreto legislativo 12 maggio 2015 n. 72, in relazione all'art. 76 Costituzione. ..... » 97
8. I criteri di maggior favore nella valutazione della entità della sanzione introdotti dal decreto legislativo 12 maggio 2015 n. 72..... » 101
9. Conclusioni..... » 102

Fiato alla speranza: l'ergastolo ostativo e la Costituzione..... » 105
di Marcello Bortolato
1. L'ergastolo ieri e oggi..... » 105
2. Ergastolo e compatibilità con la Costituzione repubblicana..... » 106
3. L'ergastolo "ostativo". ..... » 108
4. La *quaestio* di costituzionalità. ..... » 109

Rieducazione e nonviolenza. Un binomio indissolubile ..... » 111
di Silvia Buzzelli
1. La costruzione del discorso: i termini-chiave del linguaggio penitenziario. ..... » 111
2. La linea di confine tra violenza e nonviolenza: la scelta del luogo migliore. ..... » 113
3. L'inconfondibile riferimento all'animalità nel processo e nell'ambiente penitenziario. ..... » 115
4. L'emergere di due contraddizioni notevoli: la violenza del cammino rieducativo e il tempo sprecato..... » 117
5. Dalla conquista delle parole alle buone prassi. ..... » 120

La corte di Strasburgo tra misure discriminatorie e politiche urbane per i territori eccezionali. Il caso *Garib v. The Netherlands*.....» 125
di Anna Silvia Bruno e Luisa Cassetti
1. La sentenza della Grande Camera nel caso Garib v. The Netherlands » 125
2. La scelta individuale del luogo di residenza e il (consistente) margine di apprezzamento statale in tema di politiche abitative: la debolezza – individuale e sociale – della ricorrente resta completamente nell'ombra. ..... » 128
3. Le origini dell'Urban Areas Act nella città di Rotterdam e le politiche di esclusione. ..... » 133

4. Procedure di screening dell'*Urban Areas Act*: prove di collaborazione tra livello nazionale e locale per azioni di riqualificazione urbana ..... » 138
5. I "territori eccezionali" nelle politiche pubbliche olandesi..... » 142

L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali e il dialogo tra le Corti..... » 147
di Giovanni Canzio

Le misure di prevenzione personali tra principio di legalità, garanzie giurisdizionali ed esigenza di determinatezza delle fattispecie di pericolosità generica ..... » 155
di Daniela Cardamone

1. Il sistema della prevenzione personale sul banco di prova della Corte di Strasburgo: l'opinione parzialmente dissenziente del giudice Paulo Pinto de Albuquerque.....» 155
2. La incompatibilità *ratione materiae* con l'art. 5 della Convenzione in continuità con la giurisprudenza costante della Corte EDU..... » 160
3. Esame della legittimità delle misure di prevenzione da un punto di vista sostanziale: violazione dell'articolo 2 del protocollo 4 della Convenzione per la mancanza di un'adeguata "base legale" dell'ingerenza nel diritto alla libertà di movimento..... » 162
4. Il principio di proporzionalità nelle misure di prevenzione: l'opinione concorrente dei Giudici Raimondi, Villiger, Šikuta, Keller e Kjølbro. ..... » 164
5. Il principio di legalità quale presupposto di legittimazione delle misure di prevenzione: il difficile equilibrio tra legalità preventiva e legalità repressiva..... » 167
6. Il difficile equilibrio tra diritto penale della libertà e irrinunciabilità della prevenzione ..... » 171

Il principio di legalità e la centralità dei diritti fondamentali ..... » 173
di Roberto Chenal

Introduzione..... » 173
1. La prospettiva nazionale: dalle fonti del diritto ai diritti fondamentali.» 174
2. La prospettiva convenzionale: dalla centralità dei diritti fondamentali a una nuova nozione di principio di legalità..... » 178
   2.1. La *ratio* del principio di legalità convenzionale..... » 180
   2.2. La trasversalità del principio di legalità convenzionale ..... » 182
   2.3. I soggetti vincolati dal principio di legalità..... » 184

2.4. Il contenuto della legalità europea ..... » 184
2.4.1. L'oggetto della base legale ..... » 185
2.4.2. La qualità della legge e in particolare la nozione di prevedibilità. Il ruolo della giurisprudenza ..... » 188
2.5. La conformità dell'ingerenza al diritto interno ..... » 197

Dal caso Bolzaneto alla nuova legge. Definire la tortura per non vederla più ..... » 199
di Mario Chiavario

Sul Boss Provenzano giusta severità sì ma disumanità mai ..... » 201
di Mario Chiavario

Diritti migranti. Il *judicial borrowing* come strumento di protezione dei diritti a livello transnazionale ..... » 203
di Sofia Ciuffoletti

1. Introduzione ..... » 203
2. *Mal nommer les choses…* ..... » 204
3. Un caso di studio. Il diritto di voto dei detenuti da Israele a Hong Kong ..... » 205
4. Conclusione. Dialogo, prestito, migrazione ..... » 211
Bibliografia ..... » 214

La radice *umanitaria* dei diritti fondamentali e le scelte politiche come limite "valicabile" dal giudice nazionale. La lezione, ancora attuale, della vicenda legata al bombardamento NATO sulla Radiotelevisione serba dell'aprile 1999 ..... » 215
di Roberto Giovanni Conti

1. Premesse ..... » 215
2. La vicenda del ponte di Varvarin e le decisioni del giudice tedesco » 218
3. Corte dir. uomo, 14 dicembre 2006, GC, *Markovic c. Italia.* ..... » 219
4. Qual è lezione del caso *Markovic.* ..... » 223
5. Qualche breve conclusione ..... » 234

L'orologio della società e la clessidra del carcere. Riflessioni sul tempo della pena ..... » 237
di Riccardo De Vito

1. Tempo ed esecuzione penale ..... » 237
2. Tempo della Costituzione e giudice del tempo ..... » 238
3. Il tempo alle origini della prigione ..... » 240

4. Il tempo dentro il carcere. ..... » 242
5. Nuovo tempo per un nuovo carcere. E per una nuova sanzione... » 246
6. *Post scriptum*. Breve e (forse) fuori tema, ma necessario..... » 249

Equo processo ed obbligo di motivazione del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice di ultima istanza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo ..... » 251
di Angela Di Stasi

1. Brevi cenni sul diritto all'equo processo ai sensi dell'art. 6 della CEDU. L'assenza di riferimento all'obbligo di motivazione della sentenza nel testo convenzionale..... » 252
2. L'emersione di un obbligo generale di motivazione della sentenza quale fattore di equità del processo nella giurisprudenza "creativa" della Corte europea dei diritti dell'uomo. ..... » 256
3. (*segue*) In particolare: la rilevanza della motivazione in caso di diniego di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice di ultima istanza..... » 263
4. Motivazione del mancato rinvio pregiudiziale a garanzia di un processo equo: il giudice nazionale nel "dialogo indiretto" tra sistema CEDU e ordinamento UE. ..... » 269

Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena[*] ..... » 273
di Emilio Dolcini

1. Ergastolo ostativo, Costituzione e CEDU: da Corte costituzionale n. 135/2003 a Corte Edu 2019 Viola c. Italia. ..... » 273
2. Umanità della pena, rieducazione del condannato, dignità dell'uomo ..... » 275
3. Il dialogo fra le Corti: il carattere inumano dell'ergastolo ostativo » 277
4. Le possibili ricadute della sentenza Viola c. Italia sul diritto interno» 280

La giustizia e il perdono ..... » 285
di Elvio Fassone

Discrezionalità giudiziale (e suoi limiti) nella "giurisdizione rieducativa"..... » 291
di Fabio Fiorentin

1. Premessa. La fine della legalità "legicentrica" e l'avvento di un mondo entropicamente disconnesso. ..... » 291
   1.1. La "giurisdizione rieducativa" come paradigma della funzione

"giuscreativa" di matrice giurisprudenziale. ..... » 294
2. L'"accessibilità" alla giurisprudenza della magistratura di sorveglianza..... » 297
3. La "prevedibilità" delle decisioni della magistratura di sorveglianza..... » 299
3.1. La "prevedibilità" dal punto di vista europeo e il "doppio binario penitenziario"..... » 307
3.2. Il profilo soggettivo della "prevedibilità"..... » 309
4. "Oltre ogni ragionevole dubbio"? ..... » 311
5. La corrispondenza tra il "chiesto" e il "pronunciato". ..... » 314
6. La discrezionalità nel momento esecutivo delle misure alternative» 315
7. Giuscreatività e vincolo costituzionale. ..... » 316
8. Alcune considerazioni in chiusura..... » 322
Bibliografia..... » 325

Il percorso europeo verso la pari dignità sociale. Da Auschwitz alla Carta di Nizza attraverso la Costituzione..... » 327
di Giovanni Maria Flick

Esiste un diritto che non sia umano? A proposito della possibilità della Corte di Strasburgo di accordare il risarcimento anche quando non è stato chiesto..... » 339
di Davide Galliani

La pena nell'era della 'crimmigration': tra Europa e Stati Uniti..... » 347
di Gian Luigi Gatta
1. 'Crimmigration'. Ovvero, la criminalizzazione del diritto dell'immigrazione: tre strategie..... » 347
2. Prima strategia: conseguenze penalistiche per violazioni del diritto dell'immigrazione. ..... » 349
2.1. In Europa. ..... » 350
2.2. Negli Stati Uniti. ..... » 351
3. Seconda strategia: conseguenze di diritto dell'immigrazione connesse a condanne penali. ..... » 353
3.1. In Europa..... » 353
3.2. Negli Stati Uniti ..... » 355
4. Terza strategia: ricorso a misure e procedure di tipo penalistico nell'ambito del diritto dell'immigrazione. ..... » 361
4.1. In Europa..... » 362

4.2. Negli S*tati Uniti* ..... » 366
5. Conclusione: un problema di garanzie e di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, ai confini del diritto penale. Ovvero, del divieto di importare dal diritto penale tecniche e strumenti di tutela dei beni giuridici senza equivalenti garanzie sostanziali e procedurali..... » 373

Tra gusci di noce e tende di cielo: un percorso per la tutela dei diritti dei detenuti..... » 383
di Fabio Gianfilippi
1. Il primo passo. ..... » 383
2. Uno sguardo all'interno. ..... » 383
3. Un'analisi degli strumenti. ..... » 387
4. Fuori le mura..... » 391

La riforma della riforma penitenziaria: un nuovo approccio ai problemi di sempre ..... » 393
di Glauco Giostra
1. Il quarantennale dell'ordinamento penitenziario: vischiosi retaggi e fermenti di riforma. ..... » 393
2. Il significato politico del disegno di legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario. ..... » 395
3. L'inedita iniziativa degli "Stati generali dell'esecuzione penale". ... » 397
4. Un importante risultato politico-culturale. ..... » 398
5. Abbassare i ponti levatoi psicologici tra società extramuraria e società intramuraria. ..... » 399

La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana ..... » 401
di Tania Groppi
1. Una sentenza storica. ..... » 401
2. *"Volli, e volli sempre, fortissimamente volli"*. ..... » 401
3. Una storia di tempi lunghi. ..... » 405

Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali » 409
di Roberto E. Kostoris
1. Premessa ..... » 409
2. Quattro prospettive da cui esaminare i diritti fondamentali nell'o.e.i. ..... » 410
3. Il richiamo al rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 6 TUE» 411

4. I diritti fondamentali nella cornice del rapporto tra lex fori e lex loci ..... » 413
5. Tutela dei diritti e motivi di rifiuto. ..... » 416
6. L'o.e.i. richiesto dalla difesa. ..... » 417
7. Il diritto di reclamo dell'o.e.i. ..... » 418
8. Giusto processo e regole di valutazione della prova. ..... » 419
9. Diritti fondamentali e vaglio di proporzionalità. ..... » 420
10. L'o.e.i. come strumento paradigmatico del diritto europeo. ..... » 423

Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata ..... » 425
di Elisabetta Lamarque
1. Codesto solo oggi possiamo dirti: ciò che non siamo, ciò che non vogliamo. ..... » 425
2. Una coordinata costituzionale in più per una navigazione sicura. » 427
3. Navigare a vista tenendo la rotta. ..... » 429

Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale. Le misure di prevenzione a metà del guado? ..... » 433
di Raffaello Magi
1. I dubbi sulla nozione di pericolosità sociale e sulla sua traduzione normativa ..... » 433
2. Alcune ragioni per il suo mantenimento nel sistema integrato. ..... » 435
3. Le tendenze normative in tema di prevenzione. ..... » 436
4. In particolare la confisca disgiunta e le sue forme di realizzazione. 439
5. La risposta della giurisprudenza ai nuovi temi ed alcune proposte per l'adeguamento ai principi costituzionali e convenzionali. ... » 440
6. Conclusioni. ..... » 444

The relationship between the constitutional courts and the supreme courts. In particular, the italian experience ..... » 447
Giovanni Mammone
1. Introduction. ..... » 447
2. Constitution and constitutionalism in the social-historic evolution of Europe. ..... » 448
3. Supreme Courts and Constitutional Courts. ..... » 451
4. The Supreme Courts and the multi-level legal system. ..... » 452
5. The dialogue among the Courts. ..... » 453
6. Constitutional Courts and European Courts: the driving role of the Supreme Courts. ..... » 454

7. The Constitution as a written rule? ... » 455
8. The Systems of constitutional Justice ... » 455
9. The Italian Constitutional Court ... » 456
10. The systems of constitutional justice in Europe: centralised review and interlocutory access. The role of the Supreme Courts. ... » 458
11. The systems of constitutional justice in Europe ... » 458
12. The interpretation of the law as the meeting point of the constitutional and ordinary jurisdictions? ... » 458
13. Conclusions. ... » 460

Aiuto a morire, dignità del malato, limiti dell'intervento penale ... » 461
di Vittorio Manes

Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale". Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani) ... » 479
di Giuseppe Martinico

Introduzione ... » 479
1. Oltre la 49/2915: uno sguardo al diritto comparato ... » 479
2. La disobbedienza funzionale dei giudici nazionali: definizione, esempi e "tecniche" ... » 482
3. L'America latina ... » 496
4. Conclusioni (aperte) ... » 499

La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sui diritti dei detenuti tra istanze garantiste e compromessi politici ... » 503
di Anna Maria Maugeri

1. Premessa ... » 503
2. La violazione dell'art. 2 ... » 506
3. La violazione dell'art. 5 ... » 507
4. L'art. 3 CEDU: divieto di tortura e di trattamento o pena disumano o degradante come principio fondamentale e assoluto. La tutela della dignità umana ... » 508
4.1. Ambito di applicazione ... » 511
4.2. Obblighi negativi e positivi derivanti dal divieto di tortura e trattamento disumano o degradante ... » 511
5. Obblighi negativi. La distinzione tra tortura e trattamenti disumani e degradanti; il criterio della gravità ... » 512

5.1. Misure che incidono sulla libertà residua del condannato: i regimi speciali e il sovraffollamento carcerario ..... » 516
5.2. La violazione del diritto alla salute come trattamento disumano e degradante ..... » 519
5.3. Il divieto di estradizione e il rifiuto di esecuzione del mandato di arresto europeo connesso al rischio di violazione dell'art. 3 CEDU..... » 520
6. Obblighi positivi: tutela effettiva, indagine effettiva e giusto processo» 523
6.1. Onere della prova..... » 525
7. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sull'ergastolo ostativo..... » 527
7.1. La *contraddittoria* giurisprudenza della Corte Edu dopo *Vinter* » 532
8. La violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare)..... » 534
9. Conclusioni..... » 535

Operare giustizia negli ambiti della restrizione della libertà personale .» 539
di Mauro Palma
1. A partire dalla giustizia..... » 539
2. Il confine labile tra restrizione e privazione della libertà..... » 544
3. Il paradosso della privazione della libertà in vari contesti..... » 549

Gli effetti della sentenza De Tommaso sulla disciplina delle misure di prevenzione dopo le recenti posizioni della Corte costituzionale» 555
di Marco Pelissero
1. Il consolidamento delle misure di prevenzione..... » 555
2. Lo sviluppo giurisprudenziale tra riscoperta delle misure di prevenzione e argini di garanzia ..... » 558
3. La natura non punitiva delle misure di prevenzione: la tassatività debole e il carattere ripristinatorio della confisca di prevenzione.....» 560
4. La fattispecie a pericolosità generica salvata dalla sent. n. 24 del 2019..» 563
5. Il limite della proporzione nel sequestro e nella confisca ..... » 565
6. La fattispecie a pericolosità generica incostituzionale..... » 567
7. L'incostituzionalità delle prescrizioni generiche della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza ..... » 568
8. Osservazioni conclusive..... » 571

L'efficacia conformativa della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla tutela nazionale del diritto alla *privacy* ..... » 575
di Francesco Perrone

1. Il caso *López Ribalda* dinanzi alla giurisdizione nazionale ..... » 575
2. Profili di incompatibilità con l'art. 8 Cedu: il principio di proporzione nel giudizio di bilanciamento ..... » 577
3. La tutela della *privacy* del lavoratore in luogo pubblico ..... » 579
4. Il giudizio di bilanciamento dell'art. 8, par. 2 Cedu e l'adempimento da parte dello Stato dell'obbligo conformativo: spunti comparatistici ..... » 580
5. Il ruolo del *soft law* nell'adempimento dell'obbligo conformativo da parte dello Stato. In particolare il valore giuridico delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali ..... » 583
6. La sentenza *Libert c. Francia*: il giudizio di bilanciamento in un caso di accesso a *files* "personali". In particolare, il ruolo della *policy* aziendale ..... » 587
7. L'adempimento dell'obbligo conformativo da parte dello Stato italiano: l'art. 4, comma 3 dello Statuto dei Lavoratori ..... » 590
8. Profili di incompatibilità con l'art. 6 Cedu: l'utilizzazione in giudizio dei dati personali ..... » 592

L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale ..... » 595
di Oreste Pollicino

La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici ..... » 611
di Andrea Pugiotto

1. Promossi? ..... » 611
2. Anomia normativa ..... » 613
3. Tono costituzionale ..... » 618
4. Fallacia normativistica ..... » 624
5. Nulla è falso ma tutto è finto ..... » 626
6. Tabù demagogico ..... » 630
7. Deludente giurisprudenza ..... » 632

Le autorità amministrative indipendenti e la corte europea dei diritti dell'uomo ..... » 637
di Guido Raimondi

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di reclusione perpetua reale: verso la costruzione di un autonomo diritto al reinserimento sociale ..... » 649
di Daniela Ranalli

Introduzione ..... » 649

1. La giurisprudenza *Kafkaris*: il divieto di pene *incomprimibili* (*de jure e de facto*) inteso come astratta speranza di scarcerazione » 650
2. Il salto di qualità della giurisprudenza *Vinter:* obbligo di riesame della pena e concreta possibilità di liberazione ..... » 651
3. Un passo avanti verso la concreta "prospettiva di liberazione": i casi Öcalan *c. Turchia* e *Trabelsi c. Belgio* ..... » 654
4. Un passo avanti (*Murray c. Paesi Bassi*) e uno indietro (*Hutchinson c. Regno Unito*) ..... » 656
5. Considerazioni conclusive ..... » 660

Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti: novità in tema di *accessibilità* del giudizio costituzionale dopo le 'sentenze gemelle' (e la sentenza n. 49 del 2015). Commento a *Parrillo c. Italia*, GC, sentenza 27 agosto 2015 ..... » 663
di Barbara Randazzo

1. Premessa ..... » 663
2. L'eccezione del Governo italiano sul mancato previo esaurimento dei rimedi interni ..... » 664
3. Il ragionamento della Grande Camera: una posizione interlocutoria? ..... » 665
4. L'apertura di una minoranza del collegio: l'opinione concordante comune dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Dedov ..... » 666
5. Sul rinvio della discussione sulla questione di costituzionalità pendente in attesa della decisione della Grande Camera: uno strumento di coordinamento dei sistemi di tutela non coerente col principio di sussidiarietà ..... » 667
6. Da Strasburgo a Roma: qualche suggerimento ..... » 669

Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo ..... » 671
di Giorgio Repetto

La "federalizzazione" dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto ..... » 685
di Antonio Ruggeri

1. Alla ricerca della ottimale salvaguardia dei diritti fondamentali attraverso il concorso e il giusto dosaggio di etica, scienza e diritto..... » 685
2. Il rischio della deriva soggettivistica in ordine alla ricognizione dei diritti fondamentali e il modo più adeguato a pararlo, facendo riferimento a *consuetudini culturali* di riconoscimento invalse nel corpo sociale e delle quali si rendano quindi interpreti e garanti gli operatori (in ispecie, i giudici) ..... » 691
3. La salvaguardia dei diritti attraverso la cooperazione di legislatori e giudici: agli uni spettando la posizione della disciplina iniziale, di principio, e agli altri la produzione delle regole idonee a svolgerli in relazione alle peculiari esigenze dei casi, tutti comunque dovendo fare i conti con lo sviluppo scientifico e tecnologico ed attingendo alle illuminanti indicazioni offerte dall'etica ..... » 695
4. La "federalizzazione" dei diritti, testimoniata dalle "catene" di atti giurisdizionali che vengono a formazione a più livelli ordinamentali e istituzionali, all'insegna del principio della massimizzazione della tutela, quale si mette a fuoco e realizza nelle singole esperienze processuali, ricevendo luce ed orientamento sia dalla scienza che dall'etica ..... » 699
5. La lezione che viene da Corte cost. n. 84 del 2016 e i tre insegnamenti che la stessa ci somministra..... » 702
6. Riassumendo e concludendo: le conferme che vengono al modello "federale" di salvaguardia dei diritti dal presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata e dallo sviluppo impetuoso della scienza e della tecnica, pur sempre bisognoso tuttavia di alimentarsi e rigenerarsi costantemente dall'etica ..... » 703

I fondamenti del costituzionalismo alla prova del caso Diciotti: il sindacato sulle decisioni parlamentari e il punto di equilibrio fra poteri..... » 707
di Emilio Santoro

L'"interpretazione conforme" tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione..... » 719
di Vincenzo Sciarabba

Personal computer e controlli "tecnologici" del datore di lavoro .... » 745
di Andrea Sitzia

1. Il contesto fattuale: le potenzialità del controllo nell'era tecnologica ..... » 745
2. La Corte europea dei diritti dell'uomo e la sentenza Barbulescu vs. Romania..... » 748
3. Il monitoraggio e l'art. 8 l. n. 300 del 1970..... » 753

Les « zones d'ombre » entre le licite et l'illicite et la légalité des délits et des peines aux termes de l'article 7 de la Convention européenne des Droits de l'Homme – un bref aperçu de jurisprudence ..... » 757
di Andrea Tamietti

Diritto sostanziale e processo ..... » 765
di Michele Taruffo

Equità e proporzionalità *versus* legalità processuale: eterogenesi dei fini? ..... » 771
di Giulio Ubertis

1. L'ispirazione originaria ..... » 771
2. La sua deformazione ..... » 773
3. Il suo necessario rispetto ..... » 774

L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo *vademecum* per giudici e avvocati penalisti ..... » 777
di Francesco Viganò

1. Una premessa metodologica ..... » 777
2. Istruzioni per l'uso: una 'checklist' per il giudice ..... » 778
3. Un'operazione preliminare: l'interpretazione della norma europea ..... » 779
4. Prima verifica: la norma europea è direttamente applicabile? A) Le norme della CEDU e dei protocolli addizionali ..... » 781
5. *(Segue)*: B) le norme dell'Unione europea ..... » 784
6. Seconda verifica: la norma interna è suscettibile di interpretazione conforme? ..... » 786
7. Il ruolo di ultima istanza della Corte costituzionale ..... » 789
8. Un dubbio, e un auspicio conclusivo ..... » 790

Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione ..... » 791
di Vladimiro Zagrebelsky

Fonti ..... » 803

Gli autori ..... » 807

IL MESTIERE DI GIUDICE CONVENZIONALE. BREVE PROFILO BIOGRAFICO DI PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

di Davide Galliani

1. Paulo Pinto de Albuquerque è nato il 5 ottobre 1966 a Beira, in Mozambico, ancora colonia portoghese. La famiglia fu costretta a lasciare la madrepatria, nella quale la dittatura di António de Oliveira Salazar non lasciava scampo agli oppositori politici, tra i quali il fratello del padre di Paulo, imprigionato per essersi schierato contro lo sfruttamento delle classi meno abbienti. La lunghissima dittatura fascista, il famigerato *Estado Novo*, la più longeva in Europa, terminerà solo nel 1974, ma già l'anno precedente la famiglia di Paulo riuscì a tornare in patria, ad eccezione del padre.

Paulo aveva sette anni. Davanti, l'inizio di un nuovo corso. Nonostante le ferite non rimarginabili provocate dalle atrocità compiute dal regime, specialmente in Mozambico, che otterrà l'indipendenza nel 1975, presto la Rivoluzione dei garofani – senza spargimento di sangue – riuscirà a prendere il sopravvento: era come se ciascuno sentisse il dovere di impegnarsi per la causa democratica. In questa atmosfera, Paulo si dedicò subito alle attività della Caritas e maturò rapidamente la convinzione di iscriversi alla Facoltà di Legge dell'Università Statale di Lisbona. Ottenuta la laurea (*Licenciatura*) nel 1989 – anno della sua iscrizione alla sezione portoghese di *Amnesty International*, della quale un decennio dopo divenne vice-presidente – optò per l'avvocatura, con modalità originali: più che assistere le persone in aula, si cimentò nello scrivere pareri legali *pro veritate*. Una passione per la scrittura, tecnica e comprensibile, che non lo abbandonerà mai.

Non passò però molto tempo. Troppo forte l'attrazione per il mestiere di giudice. Svolti due anni come uditore, dal 1992 inizia a girare il territorio portoghese, al pari di un giudice itinerante, occupandosi praticamente di ogni singolo ramo del diritto. Di là del penale, che diventerà il suo *negòcio principal*, Paulo ricorda con entusiasmo gli insegnamenti appresi ad esempio dal diritto della famiglia, influenzato dalle trasformazioni socio-economiche, dagli sconvolgimenti dell'urbanizzazione e dalle condizioni di vita. Un diritto che si stava costruendo, assorbendo tutte le tribolazioni delle persone.

E la tempra era già solidissima. Ripercorrendo questa prima esperienza, ci siamo spesso soffermati su alcuni complicati processi. Ne cito uno. Doveva giudicare delle accuse di evasione fiscale elevate nei confronti del presidente di una delle squadre di calcio portoghesi più famose e blasonate. Non premevano solo i classici poteri forti economici. Quella volta era diverso. Gli sembrava di avere contro tutto il paese, quanto meno l'immensa marea

di tifosi di quella squadra, pronti a prendere le difese del loro presidente. Dopo l'hockey su pista, orgoglio lusitano, il calcio è la passione nazionale in Portogallo. Giudicò quel caso come aveva fatto in precedenza e come ha sempre fatto dopo, con imparzialità e indipendenza, cercando di non lasciarsi influenzare da nulla.

Sarebbe stata la motivazione della sentenza la sua arma più importante, nella quale riversare equilibrio, ragionevolezza, persuasione, ma anche puntiglio, precisione, dedizione. D'altro canto, un giudice democratico è quel giudice che utilizza al meglio ciò che la democrazia fa entrare nel processo, appunto la motivazione delle sentenze. In ogni caso, assieme ad una spiccata attenzione per le fasce più deboli, ai margini, per gli ultimi tra gli ultimi, proprio l'eguaglianza dinanzi alla legge per Paulo deve ricevere la massima considerazione, al fine di tutelare parità di trattamento, indipendentemente dalle condizioni economiche e sociali.

Non solo. Irresistibile cresce la propensione allo studio e all'insegnamento. Per tre anni, dal 1997 al 1999, è magistrato di riferimento per la formazione dei giovani giudici dei neonati Stati che ottennero l'indipendenza negli stessi anni del suo Mozambico, come Angola e Capo Verde. E durante gli anni nel giudiziario portoghese (1992-2004) non abbandona mai l'Università: nel 1994 ottiene (con qualche sofferenza) il Master in Legge (*Mestrado*) alla Cattolica di Lisbona, dove, nel 2003, consegue il Dottorato di ricerca (*Doutoramento*). Nemmeno da sottolineare l'importanza di questi momenti: proprio la magistratura, nel passaggio dalla dittatura alla democrazia, è chiamata ad assumersi compiti di straordinaria rilevanza, irrealizzabili senza un adeguato percorso formativo. Non si tratta di epurare o immaginare repentini stravolgimenti. Quello che serve è cambiare la mentalità, aprirsi alla democrazia, intendere la legalità (anche) in termini sostanziali e quindi costituzionali, mettendo al centro dell'universo giuridico la persona umana[1].

A questo punto, la seconda svolta. La prima, dall'avvocatura alla magistratura. Ora, la seconda, dalla magistratura all'Università. Dal 2004 al 2008 è Ricercatore universitario, dal 2008 al 2010 è Professore associato e, nel 2011, ottiene l'abilitazione (*Agregacão*) presso la Facoltà di Legge della Cattolica di Lisbona, ove nel 2015 è chiamato in qualità di Professore ordinario

[1] Formarsi come giudice e contribuire alla formazione di altri giudici: questo ha fatto Paulo in quel periodo. Rispetto al rapporto con l'Università, mi piace sottolineare una significativa circostanza. Per ottenere la laurea non era obbligatorio discutere una tesi, prevista invece per il Master. Le cose andarono in questo modo. Da un punto di vista formale, il relatore della tesi presentata per il Master era Manuel Cavaleiro de Ferreira, noto giurista portoghese, già Ministro della giustizia sotto Salazar, con il quale però i rapporti erano complicati. Cavaleiro de Ferreira morì nel 1992 e Paulo, che aveva iniziato a fare il giudice nel nord del paese, si trovò da solo a preparare la tesi finale del Master, il cui tema era la colpa nel diritto penale. Di giorno giudice, di notte studioso, insomma. Non sarà la prima volta che dedicherà le ore notturne alla ricerca.

(*Profesor Catedrático*). Sono vivissimi in Paulo i ricordi di quel concorso del 2011, a dir poco impegnativo. Per due giorni i candidati erano esaminati pubblicamente da una commissione formata da otto professori ordinari in materie giuridiche, cinque dei quali esterni. Discussione delle pubblicazioni, presentazione di un progetto di insegnamento, *lectio magistralis*. Una specie di maratona scientifica, forse più faticosa di quelle su strada.

Basta scorrere alcuni titoli della sua già ricchissima bibliografia per capire verso quali lidi era approdata la sua attività di ricerca. Limitandosi ai libri: nel 1994 sulla colpa nel diritto penale, nel 2003 sulla riforma della giustizia penale in Portogallo e in Europa e nel 2006 sul diritto penitenziario portoghese ed europeo (quest'ultimo bellissimo, nel metodo e nel merito). Senza considerare tre monumentali commentari: del Codice di procedura penale (I ed., 2007, IV ed., 2011), del Codice penale (I ed., 2008, III ed., 2015) e del Codice delle sanzioni amministrative (2011). Ciò che colpisce non sono le pagine: 1.712 il primo, 1.660 il secondo, 627 il terzo. Questi tre commentari colpiscono per i titoli: ogni singolo Codice commentato "alla luce della Costituzione e della Convenzione europea dei diritti umani". Il lido di approdo era segnato: Europa[2].

Prima di aprire questo capitolo, utile ricordare anche le attività di consulenza. Inizialmente, alcune esperienze presso il Ministero degli interni portoghese (1989-1990) e il Ministero della giustizia tedesco (1999-2000). Dopo, è la volta di numerose *task force* in diversi ambiti del penale. Collabora, in Portogallo, con il Ministero della giustizia (2005-2007) e il Parlamento (2009-2010). In Europa, con la Commissione europea (2006-2009) e il GRECO (2009-2010), il *Group of States against Corruption* del Consiglio d'Europa. Il tema Europa vive, esce dai libri per entrare nelle tormentate ma entusiasmanti attività di consulenza. E i temi sono provanti: giustizia riparativa, mediazione, corruzione e altri.

---

[2] I titoli per esteso. Le monografie: Paulo Pinto de Albuquerque, *Introdução à Actual Discussão sobre o Problema da Culpa em Direito Penal*, Almedina Editora, Coimbra, 1994, 118 pp., Id., *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*, Almedina Editora, Coimbra, 2003, 1176 pp., Id., *Direito Prisional Português e Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 434 pp. I commentari: Id., *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, III ed., UCE, Lisboa, 2015, 1712 pp., Id., *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, IV ed., UCE, Lisboa, 2011, 1660 pp. e Id., *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, UCE, Lisboa, 2011, 627 pp. Aggiungo poi (almeno) altri cinque libri curati: *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Paulo Pinto de Albuquerque and José Branco (eds), UCE, Lisboa, vol. I, 2010, 902 pp., vol. II, 2011, 780 pp., *O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional*, Paulo Pinto de Albuquerque and João Miguel (eds.), UCE, Lisboa, 2006, 342 pp. e *Direito Processual Penal. Projectos Legislativos*, Almedina, Coimbra, vol. I, 2005, 539 pp., vol. II, 2006, 755 pp.

2. Siamo dunque alla seconda vita di Paulo, alla terza svolta, che lo ha visto giudice presso la Corte europea dei diritti umani, alla quale è stato eletto il 25 gennaio 2011. Qualche dettaglio sull'elezione. Il Ministero della giustizia formò una commissione indipendente di quattro membri, nominati dai giudici (civili, penali, amministrativi, contabili), dai procuratori e dagli avvocati. Il compito non era semplice: selezionare, tra tutte le candidature, i nomi dei tre che meglio corrispondevano al profilo (abbastanza elastico) richiesto dalla Convenzione per essere eletto giudice della Corte[3]. Diede esiti positivi l'ampia diffusione della *call*, visto che presentarono candidatura trentuno persone. La commissione propose i tre nomi al Ministero, che li accettò tutti senza riserva. Il passo successivo spettava all'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, che, al primo turno, con la maggioranza assoluta, scelse Paulo come nuovo giudice eletto per il Portogallo.

Nove anni non sono pochi, ma nemmeno moltissimi. Dipenderà pur sempre dalla corte nella quale si è chiamati ad operare. Più forti potrebbero essere le pressioni, più lungo dovrebbe essere il mandato. E mi sembra che i giudici della Corte di Strasburgo, quanto a potenziali pressioni, non abbiano rivali: si è esposti nei confronti non di un parlamento, di un governo, di un popolo, ma di quarantasette parlamenti, governi, popoli. Sicuramente, in questa sede, non si tratta di fare bilanci. Sarà Paulo – se lo vorrà – a scrivere della sua esperienza alla Corte. Perché no, del resto. Qui vorrei fermare solo tre momenti salienti, tra i molti che si potrebbero mettere in risalto.

3. Il primo, dentro la Corte. Il giudice Pinto de Albuquerque si è subito contraddistinto per la sua vocazione all'approfondimento. Probabilmente, uno dei più importanti risultati è stato il *Gruppo di esperti in materia penale*, una sorta di circolo interno alla Corte, al quale partecipano giudici e giuristi che si trovano a discutere le più rilevanti tematiche riguardanti il diritto penale europeo. Fondato da Paulo nel 2014, che ne è diventato subito il presidente, le attività del Gruppo sono ricordate dai partecipanti come momenti di intenso e sincero scambio di opinioni. Incontri memorabili e schietti, questo il commento di molti.

Se anche nei singoli Stati, dentro le corti, non mancano riunioni informali di discussione, non dobbiamo dimenticare la peculiarità di una Corte come quella di Strasburgo, ove i rapporti tra giudici, tra giudici e i giuristi

---

[3] Il § 1 dell'art. 21 prevede una condizione generale e due specifiche, queste seconde in alternativa. In termini generali, i giudici devono essere persone dotate di un "*high moral character*" (in francese, devono godere "*de la plus haute considération morale*"). Insieme a questo, devono possedere le condizioni richieste per l'esercizio delle più alte funzioni giudiziarie oppure essere *jurisconsults* (in francese *jurisconsultes*) di riconosciuta competenza. Che bello ritrovare in una disposizione normativa il termine giuristi, alla faccia di chi rimprovera alla Convenzione e quindi alla Corte di non avere forti tradizioni (giuridiche). René Cassin, Giorgio Balladore Pallieri, Eduardo Garcìa de Enterrìa sono giuristi la cui autorevolezza non mi pare proprio possa essere messa in discussione.

e tra giuristi sono più che mai da coltivare, anche nell'ottica di mettere insieme patrimoni giuridici a volte non poco distanti. Fosse anche un primo approccio di conoscenza, tra persone che, con buona probabilità, mai si sono incontrate prima dell'attività alla Corte. Quanto al tema, nessun dubbio: il penale è diventato negli ultimi anni l'ambito più frequentato a Strasburgo[4].

4. Il secondo momento da mettere in risalto attiene alla proiezione esterna della Corte. Il giudice Pinto de Albuquerque è diventato presto il punto di riferimento del *Network di Corti al di fuori dell'Europa*. Accanto al più noto SCN (*Superior Courts Network*) – che a breve arriverà a contare cento membri, tra corti costituzionali e supreme di una quarantina di Stati parti della Convenzione – la Corte di Strasburgo ha costituito anche il *Network di Corti al di fuori dell'Europa*, al quale partecipano le più importanti corti internazionali e le più rilevanti corti costituzionali e supreme di paesi non europei. In questo ambito, Paulo ha allacciato relazioni (letteralmente) con corti di mezzo mondo: dalla Corte africana dei diritti umani alla Corte costituzionale del Sud Africa, dalla Corte Suprema dell'Angola a quella del Brasile, e poi India, Israele, Giappone, Giordania e, immancabile, il suo Mozambico[5].

---

[4] I dati statistici a proposito non lasciano dubbi. Gli Stati non sono più in grado di gestire quella deriva panpenalistica che è sotto gli occhi di tutti, nella piccola e nella grande Europa, ma anche nel mondo intero. E se è vero che non mancano prese di posizione nella stessa direzione anche da parte delle istituzioni europee, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo comprese, resta il fatto che specie questa seconda ha svolto e si spera continuerà a svolgere un severo controllo a tale proposito, in riferimento alla cornice normativa irrinunciabile entro la quale ci si può muovere, garantendo prima di ogni altra casa la dignità umana, quindi il divieto di pene e trattamenti inumani e degradanti. Capita spesso che le corti costituzionali statali lascino il campo ai legislatori e, a sua volta, la Corte di Strasburgo si rifugi dietro il margine di apprezzamento. In questo modo, il risultato è ancor più sconvolgente di quando è invece la Corte a pressare affinché gli Stati utilizzino la clava penale o magari rinuncino ad utilizzare gli istituti della clemenza. Insomma, i problemi di certo non mancano, ma guai ad immaginare il futuro del diritto penale senza i giudici convenzionali, che da tempo si occupano più che di lunghezza dei processi appunto di penale e di penitenziario, ed il lavoro è solo iniziato.

[5] Distrutto socialmente ed economicamente da quasi mezzo secolo di dittatura, il Mozambico è ancora oggi uno degli Stati più poveri del mondo. E nel 2019 è stato travolto dal ciclone Idai, un evento catastrofico che ha messo in ginocchio la popolazione, venticinque milioni di abitanti in un territorio doppio di quello italiano. Non mancano forti e incoraggianti segnali di speranza, questo è vero. Tuttavia, la comunità internazionale svolge e svolgerà sempre di più un ruolo fondamentale per il progresso del paese, che non deve essere più considerato ai margini o diventare importante ogni tanto. Sicuramente, tra i settori nevralgici da sviluppare vi è il sistema giudiziario ed è per questo che la sensibilità delle corti internazionali è da salutare molto positivamente. Si pensi a quanto ha fatto e sta facendo la Corte rispetto ai paesi dell'ex Jugoslavia. Nulla vieta di immaginare un potenziamento del suo ruolo anche rispetto alla nuova stagione democratica di altri paesi non europei.

5. Vi è poi un terzo momento dell'attività del giudice Pinto de Albuquerque sul quale soffermarsi. Un momento che riguarda il dentro, ma anche il fuori della Corte. Essendo noto, utilizzerò qualche sfumatura personale di analisi.

Paulo non ha mai smesso di amare e allo stesso tempo di criticare la Corte, utilizzando al massimo le potenzialità offerte dalle opinioni separate, concorrenti e dissenzienti. Mi pare impossibile negarlo. In nove anni ha scritto 153 opinioni separate, delle quali 43 in Grande Camera e 110 in Camera. Per quale motivo, domandiamoci, molte di queste sono state tradotte in diversi libri e in differenti lingue? Sono apparse in italiano, tedesco, spagnolo, portoghese, russo, ucraino, turco. Essendo state (pensate e) scritte in inglese o in francese (più in inglese), è stato un grande gesto di riconoscenza che giuristi di ogni parte del mondo hanno voluto dedicare a Paulo, se si considera anche le opportunità della lingua portoghese per lo sviluppo del suo pensiero in Brasile[6]. Ma, ancora, perché?

Il motivo è che Paulo ha sempre difeso la Corte con tutte le sue forze. A fronte di critiche preconcette, poco o niente fondate su argomentazioni, gli si leggeva in faccia sofferenza. Come se gli attacchi alla Corte fossero da lui sentiti come attacchi ad ogni suo giudice. Il suo attaccamento all'istituzione è sbalorditivo, non trovo altra parola. Eppure, stiamo parlando di uno dei più forti critici della giurisprudenza della Corte, mai tiratosi indietro quando riteneva che fosse giusto criticarla, anche in modo radicale.

Sta tutto qui il grande rispetto che Paulo ha saputo conquistarsi, dentro e fuori la Corte. Di sicuro, questo è avvenuto grazie alle opinioni separate, ma il loro fondamentale significato non sta nell'approfondimento (immancabile), nell'uso della comparazione (profonda) e nemmeno nella loro lunghezza (ne parleremo). Le sue opinioni hanno fatto breccia semplicemente perché sono sincere. Sono scritte da una persona che ama la giustizia convenzionale e proprio per questo adotta nei suoi confronti un atteggiamento critico. Lo può fare un giudice che a quella Corte appartiene? Certo. Non girare intorno ai problemi significa tenere a cuore i problemi. In poche parole, questo è il motivo per il quale Paulo, dentro e fuori la Corte, è così conosciuto. E la conoscenza è diventata riconoscenza. Ti prende la mano, ti fa entrare nei meccanismi e nei ragionamenti della maggioranza, ti invita a guardare più in là. Non gli interessa solo dimostrare di avere buone ragioni, gli interessa argomentare per il futuro della giurisprudenza convenzionale. Il suo dare conto, il suo motivare rispetto alla conclusione del caso di specie è straordinario,

---

[6] E ci tengo a ribadire. Tutte le opinioni separate di Paulo sono state pensate in inglese o in francese e poi scritte in inglese o in francese. Quelle apparse nella sua lingua di origine, il portoghese, sono state tradotte al pari di quelle in italiano, russo e via dicendo. Indubbio che con il Brasile il rapporto di Paulo è stretto, come dimostra il suo ultimo libro *Convenção Europeia dos Direitos Humanos - Seleção de opiniões*, edito nel 2019 dalla *Revista dos Tribunais* di San Paolo (448 pp.), con prefazione scritta dal Presidente della Corte Suprema Federale brasiliana, José Dias Toffoli.

ma è sempre presente lo sguardo rivolto al futuro del sistema convenzionale.

Troppo lunghe alcune opinioni separate? Potevano essere più corte? E perché mai! Non ha senso parametrare una argomentazione contando le pagine che riempie, note comprese. Vogliamo davvero ridurci a contabili delle cose che per un giudice hanno una rilevanza inestimabile, vale a dire le parole impiegate nelle motivazioni? Quelle argomentazioni erano lui, e nessun altro. Perché mai si dovrebbe standardizzare un modo di essere, un modo di scrivere, uno stile di una opinione? Tra l'altro, attorno a quale mitico valore massimo di pagine, di parole, di caratteri? Ogni giudice è prima di tutto una persona, e nel suo essere giudice impiega il suo essere persona. E Paulo non lascia nulla al caso, nulla significa nulla. La sua cautela e la sua accortezza fanno (a volte) impazzire. Ma questo è, perché mai si dovrebbe uniformare il modo di essere di un giudice? Che tristezza deve essere per un giudice non poter mettere nero su bianco i motivi per i quali non ha votato con la maggioranza. E che pena immaginare un prototipo ideale di sentenza o di opinione separata: sarebbe come pensare all'esistenza di un prototipo di uomo e di donna, che ovviamente nascerebbero strizzando l'occhio alla sinteticità, semplificazione, concisione. Salvo poi doversi modificare dopo l'ascesa ai collegi supremi tra i supremi, potendo a quel punto scatenare l'inferno. Pazzesco: la dittatura quantitativa ci sta dando alla testa, se Pier Paolo Pasolini fosse ancora vivo parlerebbe probabilmente di nuova omologazione culturale. E come ha insegnato Umberto Eco, non si tratta né di essere integrati né di fare gli apocalittici: basterebbe e sarebbe moltissimo rendersene conto.

In ogni caso, un giudice è prima di tutto una persona e da lì deriva il modo con il quale svolge il suo mestiere. Se non lo si vuole vedere come parte dello stato apparato, altro non rimane che lo stato comunità, entro la quale ogni giudice non è una persona artificiale, immaginaria, astratta. Formata ed in formazione continua quanto si vuole, ma questo nulla toglie al fatto che rimane prima di tutto una persona. Del tipo: quando Paulo arriva a Milano, la prima cosa che mi dice è il programma esatto da seguire per poter ripartire in tempo. Appena atterra, si preoccupa immediatamente di ogni minimo dettaglio per poter riprendere in tempo l'aereo. Non è solo perché deve ripartire senza possibilità di perdere il volo. No, anche se dovesse andare in vacanza farebbe esattamente lo stesso[7]. Altro esempio. In tanti lo possono confermare: non ho mai sentito Paulo ordinare al ristorante un piatto scelto da lui, mai. Mentre sembra leggere ogni riga del menu, sente tutti cosa ordinano, poi guarda qualcuno, gli richiede cosa ha preso, ed ecco "anche io questo". Preciso come una calcolatrice: tanto vale ordinare direttamente per due.

---

[7] A maggior ragione, potrebbe pensare qualcuno. Ad ogni modo, nella apprensione di Paulo intravedo una singolare somiglianza con Leonardo Sciascia, che arrivava alla stazione dei treni due ore prima della partenza.

Sono piccole cose, per alcuni magari insignificanti. Invece non lo sono. Avete presente quante volte Paulo rilegge una sua opinione separata? Una volta, per scrivere una riga (una riga) di una nota (una nota) ha impiegato una serata intera. Roba da svenire. Una accortezza, una cautela, una precisione di questo tipo non hanno eguali. Eppure, stiamo parlando di un giudice che quando scrive non ci gira attorno. Tutto ciò che il lettore trova in una opinione separata di Paulo è messo lì al posto dove deve stare. Sono tante piccole pennellate che tutte insieme compongono il quadro, da valutare nel suo insieme, per quello che trasmette e per come lo trasmette.

Altro che uniformità e standardizzazione. Provate a domandare a Paulo se, in alcuni casi, non era meglio abbreviare una opinione separata. Sono sicuro della risposta: "avrei voluto fare di più". I lavori preparatori di un trattato internazionale, i commenti della dottrina di quel paese, la giurisprudenza di quella corte internazionale e molto altro. Ha scritto Goethe nella sua autobiografia che "quando non possiamo amare incondizionatamente, l'amore già è messo male". Potrà suonare strano, ma per Paulo scrivere una opinione separata, concorrente e ancor di più dissenziente, è il più grande contributo di dedizione, di affetto e di stima nei confronti della Corte, che difende come istituzione, ma anche come insieme di persone, in particolare di giudici, verso i quali nutre un fortissimo rispetto intellettuale che riversa tutto nelle opinioni separate. Non è difficile, quasi è matematico: più rispetti una persona più gli dedichi tempo, attenzione, profondità. E se non ci litighi non la ami, ti è indifferente.

Una volta mi ha confessato (spero di non svelare segreti) che, per due motivi, è sempre stato restio ad accettare cariche istituzionali dentro la Corte, come ad esempio la vice-presidenza o la presidenza di sezione. Cariche che seguono anche una certa anzianità di servizio. Non vi è niente di anomalo. Il Presidente di una Sezione è meglio sia un giudice con anni di esperienza piuttosto che un giudice da poco alla Corte. Non vi è alcuna progressione automatica, questo è evidente, tuttavia, per alcune posizioni, più esperienza significa maggiore conoscenza degli ingranaggi di funzionamento di un sistema come quello della Corte niente affatto semplice da gestire.

In ogni caso, intanto, gli sembrava che, in un certo senso, quelle cariche, ma direi qualsiasi carica istituzionale, potessero, non dico minare l'indipendenza del mestiere, ma esporlo a diverse pressioni dentro la Corte. Ci sono delle scelte che spettano alle cariche apicali. E sono scelte che inevitabilmente espongono. Sembra cosa da niente scegliere (a rotazione) il relatore? È solo un esempio tra i tanti. Dato che qualcuno queste scelte le deve prendere (e non posso qui soffermarmi sulle mitologiche bontà del sorteggio), è ovvio che si tratta di esporsi, di scendere a compromessi, insomma di governare il procedimento. Tutto questo, per Paulo, poteva mettere a repentaglio la sua indipendenza. Da qui il suo scetticismo, che è suo, e basta. Ma è uno scetticismo che non vuole in nessun caso tutelare più la persona dell'isti-

tuzione, semmai il contrario: alcuni penseranno di mettere a disposizione dell'istituzione la loro esperienza, amandola e servendola in questo modo; altri, invece, preferiscono rinunciare, ed è una rinuncia sempre motivata dalla dedizione alla stessa istituzione[8].

Di là di questo, la ritrosia di Paulo verso le cariche istituzionali è dipesa soprattutto dal non voler distogliere lo sguardo dai casi. Me lo ha detto mille volte: e come faccio poi a fare il mestiere di giudice come io interpreto il mestiere di giudice? Aveva quasi paura di non avere più tempo per dedicarsi giorno e notte allo studio dei casi, al mettere insieme tutte le pennellate utili per comporre il quadro. Ancora una volta, il puntiglio, l'accortezza e la dedizione all'approfondimento. Guido Raimondi, che è stato uno dei suoi Presidenti alla Corte, ha descritto le opinioni separate di Paulo come *legendary*, e lo ha fatto con il sorriso, certamente riferito anche alla loro scrupolosità.

Non si dimentichi un altro aspetto. Alla Corte, quando un giudice in camera di consiglio non riesce a convincere la maggioranza, e quindi vota diversamente, ha una sorta di obbligo consuetudinario di stendere la sua bella opinione dissenziente. Non può limitarsi a dire "no". Se lo fa ha poi un obbligo non scritto di mettere nero su bianco i motivi del dissenso (e parlo di Camera e Grande Camera)[9]. Alcuni giudici scrivono opinioni separate di una, due, tre, quattro pagine, già dieci sono un numero considerevole[10]. Per Paulo

---

[8] I casi nei quali il Presidente di una Sezione non è Presidente anche della Camera sono essenzialmente due, ed in entrambi è sostituito dal Vice-Presidente. Quando il caso riguarda lo Stato per il quale il Presidente è stato eletto e quando il Presidente ricorre alla *Rule 28* delle *Rules* (impedimento, astensione, dispensa). Sul sorteggio del relatore, al posto della scelta discrezionale del Presidente (della Sezione), che ha come limite solo la rotazione, mi pare evidente che sarebbero più gli svantaggi dei vantaggi, questi secondi tutti da dimostrare. Quanto al Presidente della Corte, i suoi compiti sono ancora più delicati. Di là della nomina del relatore in Grande Camera, basti considerare la sua proposta alla Plenaria sulla composizione delle Sezioni, che deve avvenire tenendo conto della provenienza geografica dei giudici, dell'equilibrio di genere e dei diversi sistemi giuridici di appartenenza degli stessi giudici.

[9] Questo è un aspetto che potrebbe contribuire a vincere le resistenze di coloro che ancora nutrono dubbi sulle opinioni separate. A parte che non è per niente vero che si correrebbe il rischio di minare la collegialità, dato che prima si discute e si ascolta e dopo si decide come muoversi (il *dissent* è l'ultima scelta, non la prima!), resta il fatto che l'obbligo non scritto di redigere apposita opinione separata, se si vota "no", spesso funge da deterrente, una sorta di indiretta spinta a votare con la maggioranza. A meno che un giudice scriva una riga di motivazione del suo dissenso, dicendo che concorda in toto con l'opinione dissenziente di Tizio (la qual cosa non mi pare proprio il massimo). Vero che esistono opinioni dissenzienti firmate da più giudici, ma, di là di qualche rarissima eccezione, devo dire che il comportamento utilizzato da Paulo alla Corte è sempre stato dei più apprezzabili. Più che firmare altrui opinioni separate, sono state le sue opinioni ad essere firmate da altre giudici, e che fossero "sue" lo si può tranquillamente e facilmente comprendere, basta leggerle!

[10] Ripeto: le opinioni separate sono strettamente legate alla persona giudice, quindi fare medie è alquanto desolante. Come che sia, di frequente accade che la lunghezza di una opinione separata di un giudice della Corte corrisponda a quella di una sentenza della Cassazione italiana, specie delle sezioni penali. Cinque, sei, sette pagine. Non che da qui si possano fare

spesso dieci è il punto di partenza. Per quale motivo? Il motivo è solo uno: quello è il *suo* modo di amare la Corte, la *sua* dedizione per la giustizia convenzionale, per la quale arretrare di un centimetro può significare perdere anni di faticose conquiste, se non dare l'impressione (tremenda) di valutare diversamente un caso dall'altro in base allo Stato ricorrente.

Non me la sento di fare esempi. Non ritengo esista una opinione separata che meriti più di un'altra di essere menzionata. Anche se ha scritto alcune delle più lunghe opinioni separate nella storia della Corte, nello spirito le sue opinioni sono tutte identiche, esprimono l'impegno e la dedizione di Paulo verso la Corte. Da qui nasce l'eco internazionale che hanno ricevuto, tanto da essere non solo lette, ma anche tradotte in molte lingue. Comunicano, prima di una determinata tesi, prima di uno specifico argomento, il senso di attaccamento e di rispetto verso l'istituzione Corte. Alcune traduzioni delle sue opinioni sono state (relativamente) semplici. Altre un vero e proprio parto, quasi come se Paulo avesse voluto scrivere ogni singola parola utilizzata nella camera di consiglio, ovviamente da tradurre in modo scrupoloso. Che rispetto incredibile verso i propri colleghi, che dedizione verso la Corte[11]!

Magari non interessa, ma la traduzione in italiano di una trentina di sue opinioni è andata in questo modo. Consegnavo a Paulo la traduzione. La leggeva e correggeva. A quel punto, correggevo a mia volta la sua correzione. Solo quando potevamo dirci entrambi soddisfatti, allora si poteva salvare in versione definitiva. Che formidabile palestra, che momenti straordinari e quanta fatica con tutta questa sua accortezza: ma solo in questo modo ho potuto veramente comprendere il senso del suo dissenso, mai fine a se stesso, piuttosto sbocco naturale della sua congenita sincerità e della sua innata meticolosità.

6. Il rapporto di Paulo con l'Italia merita un paragrafo a parte. Non essendo un grande amante della buona cucina (mangia l'indispensabile, mai visto abbondare, e del resto ordina quasi sempre quello che un altro ha ordinato…), non è certo questo che lo lega al nostro paese. Dico subito che Italia, Brasile, Giappone, Russia poco cambia. Chi ha avuto modo di conoscerlo, anche solo di aver scambiato una mail, è perfettamente a conoscenza di come si concludono le conversazioni e i messaggi: ti aspetto alla Corte, vieni e sarai mio ospite, ospite della Corte, con i tuoi studenti, i tuoi colleghi. Da un certo punto di vista, il suo rapporto con l'Italia non è diverso da quello con gli sva-

---

molte congetture, se non il fatto che l'esigenza di una qualche propensione alla sinteticità (termine alquanto sospetto) appare avere oggi un respiro anche europeo.

[11] Ha curato, come sempre con passione, due importanti volumi dedicati a suoi colleghi alla Corte. *New Developments in Constitutional Law, Essays in honour of Andras Sajo*, by Iulia Motoc, Paulo Pinto de Albuquerque and Krystof Wojtyczek (eds.), Eleven, The Hague, 2018, 548 pp. e *Judicial Power in a Globalized World - Liber Amicorum Vincent De Gaetano*, by Paulo Pinto de Albuquerque and Krystof Wojtyczek (eds.), Springer, Cham (Switzerland), 2019, 685 pp.

riati paesi e le più diverse persone con le quali ha intrattenuto rapporti. Ed è giusto che sia così: nonostante abbia più di mezzo secolo di vita, la Corte di Strasburgo deve essere ancora pienamente conosciuta, incominciando dal visitarne l'edificio, passando per assistere alle udienze pubbliche di Grande Camera, fino alla biblioteca e alle sale dedicate alle conferenze, all'apertura dell'anno giudiziario e via dicendo[12].

Una volta eravamo alla fine di un convegno. Presenti circa 350 studenti, forse qualche decina in più. Ero contento, i temi trattati erano stati tutti analizzati con molta attenzione dai diversi relatori, dando agli studenti la possibilità di ascoltare diverse campane. Mancavano solo i saluti, ed allora dico questa cosa: ho un sogno, mi piacerebbe la prossima volta portarvi tutti a Strasburgo, a casa del giudice Pinto, il nostro è quindi un arrivederci. Non lo avessi mai detto. Eravamo di fretta, il convegno era durato molto (tre ore, studenti del primo anno!), fuori premevano in centinaia per la lezione successiva. Ma ecco che Paulo riaccende il microfono e, quasi interrompendomi, dice: lo possiamo fare, ci stiamo, i posti ci sono. La mia era una mezza battuta, un modo per finire col sorriso. Il suo invece era uno *Yes we can*, ma non di facciata, non formale. Niente affatto. Intendeva proprio dire che, se fossimo andati ad occupare la sala delle udienze della Grande Camera e la sala per le audio-video conferenze, quella massa di studenti ci sarebbe stata comodamente. Io avevo abbozzato l'idea, lui aveva già risolto il problema logistico dei posti disponibili. Tu parli a Paulo di una idea allo stadio di mero abbozzo, ma forse neanche. Lui la sta già organizzando nella sua testa. Immaginate quando, al posto dei problemi logistici, discute di *jus cogens*, di principi universali di giustizia, di giurisprudenza convenzionale a macchia di leopardo e di altro. Direi che il libro dei nove anni di Paulo alla Corte (sempre lo voglia scrivere) potrebbe tranquillamente intitolarsi: *Why not!*

Come che sia, con il nostro paese esiste indubbiamente una relazione speciale. Da almeno due punti di vista. Al pari della Germania, come il suo Portogallo, come altri Stati, ad esempio quelli nati dall'ex Jugoslavia, anche l'Italia ha

---

[12] La collocazione della Corte tra *Allées des Droits de l'Homme*, *Allée René Cassin* e *Avenue de l'Europe* lascia presagire quello che si respira, vale a dire la sensazione di essere nel cuore delle istituzioni della Grande Europa. Ed anche lo stesso *Human Rights Building* merita di essere visitato. Un edificio originale, che mantiene intatta tutta la sua proiezione verso il futuro. Lo stesso si dica per l'aula delle udienze pubbliche, unica nel suo genere, che forse meriterebbe di essere ampliata per far fronte alle numerose richieste di presenza, che provengono da tutta Europa. Con un sorriso, devo anche dire che pure la mensa *self service* della Corte ha un suo fascino, non dal punto di vista architettonico. Quando un giudice ha invitato degli studenti, dei colleghi o dei professori ad assistere ad un'udienza, almeno questo accade con il giudice Pinto, se le tempistiche lo permettono, è normale occupare una grande tavolata, riuniti gli ospiti e il giudice a discutere della Corte, della giustizia sovranazionale, della Convenzione. Con pochi euro si soddisfa lo stomaco e la conoscenza di molti aspetti del sistema convenzionale, altrimenti impalpabili.

sperimentato il passaggio dalla dittatura alla democrazia. Questo passaggio, almeno sotto alcuni punti di vista, e riferendosi al nostro paese, è ancora in corso, soprattutto nella materia penale. Non abbiamo ancora abbandonato istituti tipici del ventennio, tipicamente espressione di una mentalità non incline al primato della persona, al pluralismo, alla laicità, insomma alla democrazia. In questo scenario, in questo contesto, una persona come Paulo, un giurista come Paulo, un giudice come Paulo trova il suo *habitat* naturale, scopre un vero e proprio *humus*, una terra fertile. Il nostro paese gli calza a pennello. Il suo ragionare per principi lo porta sempre e comunque a cercare la soluzione più giusta, quella universalmente accettabile. Che vento di freschezza si respira in alcune affermazioni contenute nelle sue opinioni separate. Esattamente quello di cui abbiamo bisogno, vale a dire di un giurista che tutti i giorni ci ricordi, con precisione e attenzione, autenticità e sincerità, quale deve essere la direzione che dobbiamo prendere o anche fosse solo che indietro non dobbiamo tornare. Ama molto anche la Germania, ed è stato molto influenzato dalla cultura giuridica tedesca, dal modo con il quale considera la dignità umana. Il suo modo di pensare in termini assoluti è molto tedesco. Ma, per Paulo, l'Italia è l'Italia.

Non penso di esagerare. Poche persone al mondo sono membri di così tante associazioni e società di studiosi. La lista è lunghissima, quasi tutte le associazioni di studiosi di diritto internazionale sparse in Europa. Lo stesso per quelle dei penalisti. Non sono affiliazioni che Paulo ha ricercato per farsene vanto nel curriculum[13]. In molti casi, sono state le associazioni e le società a chiedere a Paulo di diventarne membro e, ne sono testimone, per quanto riguarda alcune associazioni, la sua adesione è stata salutata proprio riferendosi a quell'alito di freschezza del suo pensiero al quale prima mi riferivo. La sua adesione è stata salutata esattamente in questo modo, il benvenuto è stato dato ad un giurista "che la pensa come tutti noi", che porta avanti in sede europea "le battaglie di principio che sono patrimonio comune di ogni giurista". Il respiro internazionalista di Paulo trasuda in ogni sua opinione, sembra avverarsi quello che Pierre Bourdieu descriveva essere il senso degli intellettuali, descritti al pari di cospiratori dell'universale. Ma di certo per l'Italia e le sue complicazioni l'attrazione è fortissima: è come si sentisse a casa sua.

Esiste anche un altro motivo. Quanto a cultura giuridica, insieme al Portogallo, e in parallelo alla Germania, l'Italia è la sua scuola di formazione. Conosce a perfezione i grandi maestri del diritto penale (e devo dire anche di quello costituzionale) che hanno contribuito a formare e plasmare la nostra cultura giuridica. I manuali di penale sui quali si è formato erano scritti in portoghese, in tedesco e in italiano. Discute di Franco Bricola come farebbe

[13] A proposito. Attualmente si compone di 79 pagine, con due liste (pubblicazioni e convegni) espressamente indicate come non esaustive. Non penso che Paulo abbia proprio niente in contrario: se qualcuno intendesse scorrere il CV in dettaglio, basta inviargli una mail e nel giro di qualche minuto sono sicuro avrà nel suo pc il CV di Paulo.

qualsiasi giurista italiano. Ricostruisce immediatamente tutto l'albero genealogico della migliore dottrina penalistica italiana, dai maestri dei maestri di Bricola fino ai più affermati penalisti di oggi, dei quali legge, praticamente in diretta, ogni contributo. Spesso mi manda una mail e mi chiede se ho letto un determinato contributo…*on line* da meno di un'ora.

Non sono mai riuscito a fargli fare una lezione agli studenti in italiano. Davanti agli studenti italiani, con lui ospite, ho sempre parlato in italiano perché la sua capacità di lettura e di comprensione dell'italiano è sbalorditiva. Ci provavo ogni volta, e ogni volta lui diceva al pubblico, studenti o giuristi: il mio italiano parlato non è di un livello tale per poter affrontare una lezione universitaria. Non è forse una dichiarazione d'amore verso il nostro paese? Durante il discorso, quando si deve far intendere rispetto ad un istituto o ad un concetto difficilmente traducibile, la parola in italiano non manca. Ne sono sicuro, ha tutte le carte in regola per fare una lezione dall'inizio alla fine in italiano. È che lo rispetta troppo, non vuole in alcun modo rischiare qualche errore. Sarebbe imperdonabile, dal suo punto di vista.

Sarà capitato di notare una cosa. In alcune sue opinioni separate si riportano interi stralci di sentenze italiane, di leggi italiane, anche di pensieri di giuristi italiani. Fateci caso: a volte scappa qualche errore perché, dopo aver letto l'italiano, al momento di inserirlo nella opinione tale e quale, senza tradurlo in inglese o in francese, non ha mai fatto copia e incolla. Paulo lo ha sempre riportato di proprio pugno e quindi in alcuni casi trovate dentro una parola italiana portoghesizzata. Pazienza, anche questo significa amare il nostro paese e la sua stupenda lingua.

Infine, sempre rispetto alla sua speciale relazione con il nostro paese. A cadenza praticamente settimanale, negli ultimi cinque anni, Paulo mi invia una mail di questo tenore: l'elenco dei miei amici italiani si è allungato, eccolo in allegato, aggiornato. Di volta in volta mi mette al corrente che ha stretto amicizia (via mail o per conoscenza personale durante i suoi moltissimi convegni italiani) con tizio, caio e sempronio. Nel tempo, la mail ha finito con il contenere un allegato che è una sorta di specchio della personalità di Paulo: tutti i suoi amici, suddivisi per Stati e per qualifica professionale. Incredibile, non ho altre parole. Nemmeno a dirlo, l'elenco in assoluto più numeroso è quello degli amici italiani, con i quali condivide del resto una singolare coincidenza: i due paesi, Italia e Portogallo, festeggiano la Liberazione esattamente lo stesso giorno, il 25 aprile.

Poco da dire, del resto, rispetto alla sua incredibile disponibilità ad andare ovunque per parlare di qualsiasi cosa riguardi i diritti, l'Europa, la Corte. A questo serve del resto il passaporto diplomatico dei giudici convenzionali. In questi anni ha girato praticamente ogni continente e, quando organizzavamo qualcosa in Italia, era sempre la stessa storia: la mattina a Palermo, il pomeriggio a Firenze, la mattina dopo a Milano e poi via di corsa il ritorno a Strasburgo. Perché non prendere un normalissimo aereo e venire a Milano, magari girare per i Navigli, visitare il Duomo, camminare attorno al Castello

Sforzesco? Neanche a parlarne, bisognava approfittarne: combiniamo insieme tre o quattro convegni, così è meglio. Peccato, però, che i giorni e le ore a disposizione erano sempre quelli. Tu pensi di organizzare un normalissimo convegno, in un attimo ti trovi a doverti coordinare con almeno altre due o tre Università…e la burocrazia universitaria è il massimo esistente per spingerti alla rinuncia di ogni cosa.

Era sempre un *tour de force*, fino al limite di quel giorno quando mi chiama alle quattro di mattina. Avevamo organizzato a Milano un convegno per le due di pomeriggio. Gli accordi prevedevano che sarei andato a prenderlo a Malpensa. Mi telefona e mi dice, alle quattro di mattina: hanno cancellato il volo, ora sai che faccio? Sono all'aeroporto di Strasburgo. Torno alla stazione dei treni (un'ora). Prendo un treno per Parigi (due ore). Poi da Parigi capisco se riesco a prendere uno per Milano (due ore). E lascia stare di venirmi a prendere, non mi avevi detto che in treno da Malpensa al centro di Milano ci vuole solo mezz'ora? Non ho nemmeno tentato di dire faremo la prossima volta. Alla fine siamo riusciti. E non finisce qui. Dopo Milano è ripartito subito per Palermo, ove la mattina del giorno seguente aveva una relazione. Nel pomeriggio da Palermo è volato a Firenze. Altro convengo e, verso sera, è ritornato a Strasburgo. Stiamo parlando di meno di due giorni in tutto. Per Paulo era normale una cosa del genere, e una volta ha rischiato pure di essere chiuso dentro la Corte di Cassazione[14].

7. Qualche ulteriore particolarità. Lo rende orgoglioso, in questo girovagare, prima portoghese ora europeo, il fatto che molti paesi lo chiamino come membro di commissioni finali di valutazione per il conseguimento del Dottorato di ricerca. Questi sono gli incarichi ai quali tiene tantissimo: Fiesole, Perpigan, Ghent, Budapest, Montpellier, Bordeaux, Aix-en-Provence, Londra. In quanti, nel proprio curriculum, alla voce *Academic Experience at International Level*, fanno espressa menzione di tutti i nomi e cognomi dei candidati valutati al fine di ottenere il Dottorato di ricerca? Mai visto, se non nel curriculum di Paulo, ove si possono leggere anche i titoli delle tesi di Dottorato discusse dai singoli candidati. E che dire della passione che mette quando presiede il *Premio Rene Cassin*, organizzato dall'Istituto *Rene Cassin* di Strasburgo. Dal 2014 ha letto la tesi di ciascuno studente esattamente

[14] Eravamo stati invitati da Antonio Balsamo al convegno "Giustizia penale ed economia. Ricordando Giovanni Falcone con Francesca Morvillo e Paolo Borsellino". Era da poco uscita la *De Tommaso*. Ad un certo punto, mentre scendevamo le scale per arrivare all'uscita (non quella di Piazza Cavour, ma quella opposta), ci siamo girati e abbiamo capito che eravamo gli ultimi di tutto il Palazzo. Messo in fretta il primo piede fuori, siamo andati avanti a parlare per un'altra ora con Antonio e altri relatori, ma eravamo salvi, sui gradini al di fuori del Palazzo. Saranno molti altri gli incontri in Cassazione ai quali Paulo parteciperà, non di meno quel giorno è stato davvero indimenticabile, insieme a Paulo e grazie ad Antonio abbiamo conosciuto molte straordinarie persone impegnate da sempre a combattere la criminalità organizzata e a testimoniare la memoria dei loro cari e del loro impegno.

come ha letto ogni fascicolo che si trovava a dover affrontare alla Corte.

Ho detto che Paulo non ama le cariche, anzi gira alla larga. Ma quando si tratta di un Premio internazionale, quando serve far parte di una commissione di valutazione di un dottorato, non si tira indietro. Sempre in questa ottica si deve leggere la sua elezione a Presidente del Comitato sulle Regole di procedura della Corte. In pochi sanno della sua esistenza, e questo dimostra benissimo quanto sto dicendo. Per Paulo, la procedura è sostanza, e anche se sono sicuro che avrebbe voluto fare di più, non ho il minimo dubbio sul fatto che è stata la persona giusta al posto giusto[15].

Non vi è poi dubbio che a Paulo ricevere taluni riconoscimenti ha riempito il cuore di gioia, una gioia sincera, anche considerando i proponenti. Se vi sono due paesi rispetto ai quali la Corte nel tempo ha avuto rapporti di alti e bassi, momenti di distensione e di forte criticità, a me pare indubbio che siano il Regno Unito e la Russia. Inutile qui fermarsi sui dettagli, chiunque in buona fede ammetterà che inglesi e russi hanno fatto e fanno tribolare non poco la Corte. E Paulo ha sempre denunciato in modo molto chiaro la situazione, spesso alzando i toni proprio per la gravità dei problemi. Ebbene, possiamo solo immaginare cosa ha provato quando, il 7 dicembre 2019, la Edge Hill University gli ha conferito il prestigiosissimo *Award of Honorary Doctor of Law*, attribuito anche ad una persona come Brenda Hale, la prima donna *Law Lord* e la prima donna a presiedere la *UK Supreme Court*. E la Russia? Oltre ai numerosi inviti presso istituzioni e accademie, ho idea della soddisfazione di Paulo quando è stata pubblicata in russo una importante selezione delle sue opinioni separate, il cui sottotitolo recita "alla ricerca della verità"[16].

Ultima la medaglia d'onore che il consiglio generale dell'ordine degli avvocati portoghesi ha deciso di assegnarli il 18 ottobre 2019, in particolare per la sua attività in difesa della separazione dei poteri, dell'indipendenza del giudiziario, del ruolo degli avvocati e delle donne. Il 9 gennaio 2020, quando la medaglia d'onore gli è stata conferita, è stata una delle più significative gratificazioni per il lavoro di Paulo, che da sempre sottolinea l'importanza di essere stato prima avvocato e poi giudice[17].

---

[15] L'elezione a Presidente del Comitato risale all'ottobre 2018, ed è praticamente coincisa con l'elezione a Vice-Presidente della IV sezione, avvenuta il mese prima. Siamo in entrambi i casi comunque nella parte finale dei nove anni del mandato. Alcuni altri incarichi che meritano di essere menzionati. Giudice *ad hoc* per la Lituania dal 2016 e soprattutto membro per due tornate del *panel* di cinque giudici della Grande Camera incaricato di valutare le richieste di *referral* (giugno-dicembre 2012 e giugno-dicembre 2016).

[16] *Особое мнение. В поисках истины, Пауло Пинто де Альбукерке; с предисловием и при участии Д. И. Дедова*; Dissenting opinion. *In search of truth*, with a foreword of the Russian Judge at the ECHR Professor Doctor Dmitry Dedov, *Развитие правовых систем*, Development of Legal Systems Publishing House, Moscov, 2018, 496 pp.

[17] L'ordine degli avvocati, in Portogallo, nato nel 1926, è un'istituzione molto rispettata. A conferma della riconoscenza dell'intera avvocatura portoghese nei confronti del lavoro di

8. Per concludere. In Portogallo, da giudice, Paulo si è occupato di moltissimi ambiti. Lo stesso all'Università, dove ha insegnato diritto penale, procedura penale, diritto penitenziario, diritto pubblico internazionale, diritto internazionale dei diritti umani, introduzione al diritto, filosofia del diritto. Primo in tutto il Portogallo, ha messo in piedi due insegnamenti: diritto penale internazionale e diritto europeo dei diritti umani. Non solo per questo, ma anche per questo sono davvero precise le parole con le quali il Presidente della Repubblica, Marcelo Rebelo de Sousa, ha ringraziato di recente Paulo "que nos habituou desde sempre a uma criatividade praticamente ilimitada"[18].

Se ci spostiamo ai nove anni alla Corte, non vi è articolo della Convenzione sul quale Paulo non abbia scritto una opinione separata. Ha preso posizione sulle problematiche interne alla Corte, ad esempio sulla delicata questione della (assente) motivazione sulla inammissibilità e sulle opinioni separate in formazione di tre giudici. Ha scritto memorabili opinioni sui rapporti esterni della Corte, se solo si considera, anche qui, solo per fare qualche esempio, il difficilissimo confronto con il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (che, bypassando gli Stati, vorrebbe bypassare anche la Corte) e il felicissimo parallelo con la Corte interamericana dei diritti umani (sorella distinta ma non distante)[19]. E poi le opinioni su praticamente ogni articolo della Convenzione: dall'art. 1 all'art. 19, dall'art. 41 all'art. 46, dall'art. 52 all'art. 58, prestando la massima attenzione anche al Preambolo e a tutti i Protocolli, nessun escluso.

Ha quindi svolto il suo mestiere di giudice convenzionale non tirandosi mai indietro. Ha toccato moltissimi temi e lo ha fatto sempre scendendo in profondità. Un insegnamento incredibilmente importante nel metodo, fortissimo nel merito. Per questo *Europa* (il metodo) *Umana* (il merito) è per te, caro Paulo.

Paulo ricordo anche una delle sue più recenti pubblicazioni (Paulo Pinto de Albuquerque, *Em Defesa dos Direitos Fundamentais*, UCE, Lisboa, 2019, 342 pp.), la cui prefazione è stata scritta dal Presidente dell'ordine (Guilherme Figueiredo).

[18] Si veda Marcelo Rebelo de Sousa, *Discurso de Sua Excelência o Presidente da República na sessão de encerramento do Congresso*, in Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, p. V. Il commentario alla Convenzione è finalmente giunto alla sua pubblicazione; un'opera maestosa di Paulo, il cui vol. I si compone di 876 pagine e il vol. II di 1121 pagine, al quale hanno contribuito la bellezza di 86 autori. A me sembra molto significativo: dopo aver commentato il codice penale e quello di procedura alla luce della Convenzione, ora è la volta del commento alla Convenzione, ad ogni suo articolo e protocollo. Chissà quali saranno i prossimi progetti, le prossime sfide, le più stimolanti attività di ricerca: quello che è certo è che le idee non mancheranno, e più originali saranno più Paulo si impegnerà per poterle a compimento.

[19] Del resto, è fresco di stampa un monumentale commentario alla Convenzione interamericana dei diritti umani, curato da Paulo e da Joao Otavio de Noronha, Presidente del Superior Tribunal de Justica: *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, Organizadores Joao Otavio de Noronha, Paulo Pinto de Albuquerque, Tirant, Sao Paulo, 2020, 1810 pp.

PAULO E LO SPIRITO DELLA CONVENZIONE: IL "PIDOCCHIO" (LO SFINIMENTO ARGOMENTATIVO) NELLA CRINIERA DELLA CORTE*

di Emilio Santoro

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO Grande Camera Ilnseher c. Germania, ricorsi nn. 10211/12 e 27505/14, Sentenza del 4 dicembre 2018 PARERE SEPARATO DEL GIUDICE PINTO DE ALBUQUERQUE, CUI ADERISCE IL GIUDICE DEDOV	F. De André, "Smisurata pregheria", in Id. Anime Salve, 1996
70. Nonostante il grave travisamento del significato e delle finalità della sentenza M. e il rischio sistemico che il ragionamento della Corte costituzionale cela, *la maggioranza* nella presente sentenza segue l'esempio, allineando l'interpretazione della nozione di "pena" di cui all'articolo 7 agli "standard minimi" dei tribunali nazionali. Gli Stati stanno restringendo il campo di applicazione del principio di legalità, e la Corte si presta al gioco estromettendo dalla propria competenza, come sanzioni diverse non contemplate dall'articolo 7, la confisca amministrativa in Italia e la custodia di sicurezza in Germania. 104. In sintesi, *la maggioranza* abbandona il significato autonomo della parola "pena" come riportata nell'articolo 7 della Convenzione e, anzi, in realtà abbandona il principio dell'interpretazione autonoma della Convenzione, che ha la finalità di permettere che la Corte non rimanga intrappolata nelle sottigliezze del diritto interno. […] 127. […] Ponendo la sua indiscussa autorità morale dietro la scelta politica fatta dal legislatore nella "Legge sul trattamento e la detenzione dei trasgressori violenti affetti da disturbi mentali", la Corte costituzionale ha agito come facilitatore della *maggioranza politica*, e non come garante dei diritti enucleati nella Legge fondamentale, letta attraverso il prisma del diritto internazionale pubblico.	Alta sui naufragi dai belvedere delle torri china e distante sugli elementi del disastro dalle cose che accadono al disopra delle parole celebrative del nulla lungo un facile vento di sazietà di impunità Sullo scandalo metallico di armi in uso e in disuso a guidare la colonna di dolore e di fumo che lascia le infinite battaglie al calar della sera la maggioranza sta la maggioranza sta recitando un rosario di ambizioni meschine di millenarie paure di inesauribili astuzie Coltivando tranquilla l'orribile varietà delle proprie superbie la maggioranza sta come una malattia come una sfortuna come un'anestesia come un'abitudine per chi viaggia in direzione ostinata e contraria col suo marchio speciale di speciale disperazione e tra il vomito dei respinti muove gli ultimi passi per consegnare alla morte una goccia di splendore di umanità di verità

* Ringrazio Filippo Ruschi, Gianmarco Gori, Katia Poneti e Daniela Ranalli, per aver letto e commentato, nel contenuto e nei dettagli stilistici, questo testo.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo è un testo che risale al dopoguerra, che risente della retorica della guerra fredda e, come molti testi internazionali che fissano principi generali, è caratterizzata da formulazioni generiche. Queste caratteristiche hanno favorito l'attivismo della Corte EDU e l'interpretazione evolutiva del testo convenzionale. Nei nove anni del suo mandato alla Corte, Paulo Pinto de Albuquerque è stato, a un tempo, incarnazione e pungolo di questo attivismo. Questo suo spirito è il motivo per cui, con gratitudine, abbiamo pensato a questo volume.

L'attivismo della Corte trova il suo fondamento nel preambolo della Convenzione, che esprime la volontà degli Stati sottoscrittori sia di promuovere lo "sviluppo" dei diritti dell'uomo, sia di "prendere le prime misure atte ad assicurarne la garanzia collettiva". Entrambi gli obiettivi appaiono indicare che alla Corte è affidata un'attività *in progress* di adeguamento del significato della Convenzione alla evoluzione della società europea. Già negli anni Settanta del secolo scorso (*Irlanda c. Regno Unito*, 17 gennaio 1978, n. 5310/71 § 154), la Corte ha potuto affermare che l'impegno degli Stati di riconoscere i diritti previsti dal Titolo primo della Convenzione è, in effetti, l'impegno a riconoscere quei diritti in base a come la Corte "chiarisce" (*elucidates*) e "sviluppa" (*develops*) le disposizioni del Titolo primo della Convenzione.

In particolare, con l'introduzione del ricorso individuale e il venir meno del filtro dei casi operato dalla Commissione, la Convenzione ha mostrato tutti i suoi limiti storici. I ricorsi individuali e le rapide trasformazioni dello spazio sociale e politico dell'Europa hanno imposto, e continuano ad imporre, alla Corte (pena il condannarsi all'irrilevanza) di dare alle diverse disposizioni un significato attuale, accettabile nelle società europee al momento della loro applicazione. Spinta dai casi che le vengono proposti, la Corte si trova costretta a chiarire i concetti e le nozioni che la Convenzione contiene. Le norme generiche e di ampio respiro del Trattato vengono trasformate in diritti dall'interpretazione giudiziaria, che riempie la Convenzione di contenuti nuovi, allineandola a mano a mano ai mutamenti sociali dell'Europa.

Questa linea ha portato alla progressiva affermazione, sempre più chiara e forte, che l'enunciazione dei diritti convenzionali scaturisce dall'interpretazione giudiziale: alla tesi che la Convenzione obbliga gli Stati così come interpretata dalla Corte. L'interpretazione evolutiva e dinamica dei diritti convenzionali, attenta a valorizzare i mutamenti sociali, culturali e legali che avvengono nello spazio giuridico europeo, ha consentito alla Corte di rendere la Convenzione uno strumento *redatto al presente*, da applicare *alla luce delle condizioni attuali* (*Tyrer c. Regno Unito*, 25 aprile 1978, n. 5856, § 31; *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, n. 6833/74, § 41), che consente agli individui di esercitare i propri diritti *in modo concreto ed effettivo* (*Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979, n. 6289/73, § 24).

Come evidenzia l'intenso profilo biografico tracciato da Davide Galliani, Paulo si è proposto alla carica di giudice della Corte nella piena consapevolezza di questo ruolo e con il premeditato intento (gli si può imputare il dolo

specifico) di portare avanti con ferma determinazione questo compito. Forse non immaginando che nel corso del suo mandato questa determinazione si sarebbe scontrata, come mostrano i passi, riportati in esergo, tratti dalla sua opinione dissenziente nel caso *Ilnseher c. Germania*, che può essere considerata un po' il suo testamento ideale[1], con il nuovo spirito dei tempi.

Quando Paulo è entrato a far parte della Corte era già pacificamente riconosciuto che il processo di applicazione della Convenzione da parte degli Stati membri consiste nell'adeguamento dei loro ordinamenti alla giurisprudenza della Corte EDU[2]. L'integrazione del parametro convenzionale con la giurisprudenza della Corte era già considerata un dato consolidato con cui gli Stati nazionali dovevano fare i conti. Al di là del dato letterale dell'art. 32 della Convenzione, l'obbligo di adeguarsi all'interpretazione che la Corte dà della Convenzione discende dal fatto che l'allontanarsi da essa, da parte dei giudici nazionali, ha conseguenze gravose per gli Stati membri. Esauriti i rimedi interni, il ricorrente ha, infatti, il diritto di adire la Corte per ottenere una sentenza di condanna: più la giurisprudenza interna si allontana da quella della Corte più è probabile il successo del ricorso[3]. Il rischio della sentenza di condanna può essere eliminato solo conformandosi alla giurisprudenza europea sulla singola questione. Quanto più i giudici nazionali si dimostrano restii ed insensibili all'evoluzione giurisprudenziale di Strasburgo, tanto più il loro Paese andrà incontro a conseguenze sul piano internazionale. Così come l'introduzione delle Costituzioni rigide ha imposto lo sviluppo, da parte dei giudici di merito e legittimità, di una giurisprudenza *costituzionalmente* orientata, cioè basata sulla giurisprudenza delle Corti Costituzionali, il meccanismo convenzionale, fondato sulla sussidiarietà, presuppone che i giudici nazionali sviluppino un'interpretazione del diritto interno *convenzionalmente* orientata, cioè fondato sulla giurisprudenza della Corte EDU. Come

---

[1] La sera della pubblicazione della sentenza ero a cena con Paulo e non posso scordare la sua rabbia preoccupata per la sentenza, rabbia che si traduceva in un incessante invito a scrivere per criticare la sentenza, in modo da invertire la rotta intrapresa dalla Corte.

[2] Nel nostro Paese questo riconoscimento è stato sancito sul piano legislativo nel 2014 con l'introduzione dall'art. 35-*ter* dell'Ordinamento penitenziario, che rappresenta la prima disposizione dell'ordinamento giuridico italiano che prevede esplicitamente una fonte del diritto giurisprudenziale statuendo, al primo comma, che può fare ricorso per vedersi risarcito il danno, chi è stato detenuto in condizioni tali da violare "l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, *come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*".

[3] È questo meccanismo che ha spinto il Regno Unito a procedere alla vera e propria rivoluzione dell'adozione dello *Human Rights Act* del 1998 che, non a caso, all'art. 2, rubricato "Interpretation of Convention rights", recita che "(1) A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any (a) *judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights*".

scrive Paulo, nella ricordata opinione dissenziente, chiamando direttamente in causa la Corte costituzionale tedesca,

> 67. Contrariamente a quanto assunto dalla Corte costituzionale, la sua considerazione del valore delle sentenze della Corte "in un'ottica di risultato" non può ritenersi sufficiente. Deve esistere una teoria dei diritti fondamentali convenzionalmente orientata, che è un qualcosa di differente e più esigente. Le pronunce della Corte non svolgono una mera "funzione *de facto* di orientamento e guida per l'interpretazione della Convenzione" (*faktische Orientierungs-und Leitfunktion*), come asserisce la Corte costituzionale. Tutte le sentenze della Corte hanno il medesimo valore legale, natura vincolante e autorità interpretativa, il cui valore, natura ed autorevolezza sono gli stessi per tutti gli Stati parti della Convenzione. Il fatto che la Convenzione permetta a questi ultimi di decidere la modalità attraverso cui adempiere all'obbligo di osservare le disposizioni della Convenzione non conferisce loro il potere di annullare o di eludere gli effetti delle sentenze della Corte. Il contenuto delle sentenze della Corte non deve essere "ripensato" (*umgedacht*) nell'ambito del sistema costituzionale di recepimento in modo tale da privarle del loro significato e della loro finalità.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo si articola in un vero sistema che organizza l'uso della forza, incentrato su una Corte che ha il potere di rilevare e sanzionare le violazioni dei diritti. La loro effettività non è rimessa, come per i diritti naturali, alla volontà politica dello Stato-nazione, ma è giuridicamente garantita da un apparato burocratico, la Corte e il Comitato dei Ministri, che sorveglia sull'esecuzione delle sue sentenze. Il sistema della Convenzione non crea un sovrano, non realizza il weberiano monopolio della forza a danno degli Stati membri; non cancella formalmente la sovranità degli Stati che l'hanno sottoscritta, ma, attraverso il principio di sussidiarietà, la funzionalizza. Gli Stati diventano attori insostituibili del nuovo ordine: devono seguire la concretizzazione che dei diritti della Convenzione fa la Corte e garantirne in prima persona l'effettività. Si crea dunque una rete di vincoli e di interdipendenze: gli Stati sono sovrani, ma, aderendo alla Convenzione, hanno abdicato il loro potere di rifiutarsi di riconoscere i diritti previsti dalla Convenzione e, finché saranno membri del Consiglio d'Europa, saranno condannati, se non li rispettano, a risarcire il soggetto i cui diritti sono stati violati, a prescindere dalla sua nazionalità. Inoltre, in conseguenza della condanna, saranno tenuti a eliminare la causa che ha portato alla violazione del diritto, che non di rado è una legge approvata dal Parlamento rappresentante del popolo sovrano (se non addirittura, come sta succedendo nel caso della Russia, una parte della Costituzione dichiarata non soggetta a revisione). Sempre nell'opinione dissenziente in *Ilnseher c. Germania*, Paulo sottolinea:

> 68. Se l'interpretazione dei diritti fondamentali sanciti dalla Legge fondamentale in modo conforme alla giurisprudenza della Corte non può comportarne una limitazione di protezione, la stessa Legge fondamentale non

> può essere abusivamente utilizzata per diminuire il livello di tutela garantito dalla Convenzione al ricorrente. Nei loro ordinamenti interni, le Parti Contraenti possono spingersi oltre il livello di tutela di diritti umani accordata dalla Corte al ricorrente, ma non possono, ai sensi dell'articolo 53 della Convenzione, operare al di sotto di tale livello [minimo] di protezione.

Questa costruzione era inevitabilmente destinata a diventare conflittuale in un momento storico in cui in molti paesi europei si è affermata un'onda sovranista che ha portato a rivendicare l'illegittimità di ogni limitazione della sovranità statale, *rectius* del potere della maggioranza politica esistente, anche quando le limitazioni, in linea con la tradizione costituzionale, nascono dai diritti fondamentali degli individui. L'attività della Corte, il progressivo estendersi, anche sotto il pungolo di Paulo, del suo ambito di intervento, ha, in altre parole, riproposto la centralità di quello che Pietro Costa (2005) ha definito "un vero rompicapo per i teorici del diritto". La sovranità del popolo è una sovranità hobbesiana-rousseauviana: «se il sovrano va incontro a qualcosa che lo limita, è questo qualcosa il vero sovrano. La sovranità è per definizione illimitata, ma altrettanto indisponibili e assoluti vogliono essere i diritti fondamentali degli individui». Ma in un ambiente costituzionale i diritti soggettivi hanno una funzione "anti-maggioritaria", resa chiara dall'avvento delle costituzioni rigide dopo gli orrori degli Stati totalitari, spesso nati dalle scelte della maggioranza degli elettori, e, successivamente, dal diffondersi dell'idea che le parti delle Costituzioni che enunciano i diritti non sono eliminabili neppure con le procedure di revisione costituzionale.

Il lavoro di questi anni di Paulo, le sue opinioni dissenzienti e quelle concorrenti insieme al suo incessante impegno per diffonderle in tutta l'area della Grande Europa, ai suoi continui interventi non meramente a difesa del ruolo della Corte, ma miranti alla sua valorizzazione e, non ultimo, al grande lavoro svolto per creare una rete tra la Corte EDU, la Corte Interamericana e le Corti costituzionali, rappresentano la chiara indicazione della meta di un *Judicial Bill of Rights* tendenzialmente capace di essere a un tempo universale e attento alle differenze. Gli scritti e gli interventi di Paulo delineano il quadro di un nuovo costituzionalismo senza Stato, un costituzionalismo sovra-nazionale incentrato sulla tutela giurisdizionale dei diritti delle persone.

La connotazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo come *living instrument*, mi ha sempre richiamato alla mente la suggestiva analogia tra la costruzione giurisprudenziale di uno spazio costituzionale europeo, portato avanti dalla Corte EDU con calma e decisione, e la vicenda secolare della costruzione della Costituzione non scritta del Regno Unito così come ricostruita da Albert Venn Dicey nel suo celebre testo *The Law of the Constitution*, che rappresenta la prima sistematizzazione del diritto costituzionale

inglese[4]. Anzi, si può dire che questo testo ha inventato il *diritto* costituzionale inglese: esso chiarì che discutere della costituzione del Regno Unito significava discutere di *diritto*, affermando una cosa che, all'epoca, era tutt'altro che scontata.

Il primo dato che rende questa comparazione capace di indicare un suggestivo percorso da proseguire è che, secondo la ricostruzione di Dicey, quella del Regno Unito è una costituzione costruita non da un potere sovrano, da un potere costituente, ma dal potere giudiziario, a partire da basi consuetudinarie. Sintomatico è che essa abbia il suo perno nel *rule of law*. Questa nozione è normalmente considerata equivalente e quasi sinonima a quella di "Stato di diritto". Però, si differenzia da essa per il, non trascurabile, dato che non fa riferimento allo Stato e alla sovranità che esso incarna, ma semplicemente al "governo del diritto" e cioè, secondo Dicey, alla tutela giurisdizionale dei diritti. In ossequio alla concezione austiniana, che dominava il diritto inglese di fine Ottocento, Dicey, infatti, non considera "diritto costituzionale" tutte le disposizioni che regolano i poteri statali e i loro rapporti, che normalmente fanno parte delle costituzioni scritte: relega le disposizioni che si occupano dei cosiddetti "assetti costituzionali" al ruolo di "convenzioni costituzionali". La cosa non sorprende dato che, per Austin (1885, tr. it., 83, 179, 188, 268-269), l'intero "diritto costituzionale", in effetti, non è "diritto" ma "moralità positiva". Dicey distingue, dalle convenzioni costituzionali, la tutela dei diritti fondamentali ("dell'inglese nato libero", per usare la retorica tradizionale dell'epoca) che, essendo opera delle Corti giudiziarie, considera diritto in senso stretto. Sostiene che la creazione giurisprudenziale dei diritti dà un senso alla strana, tradizionale, idea che in Gran Bretagna "the constitution had not been made but has grown", vale a dire che essa è un "living instrument".

Quello che ha angustiato Paulo nell'ultimo scorcio del suo mandato è che questo strumento vivente, questo progetto di *Judicial Bill of Rights* in continua evoluzione, è oggi in balia delle onde e costretto a stare sulla difensiva, abbandonato di tanto in tanto anche dalle Corti Costituzionali nazionali. L'emergere dei sovranismi si è inserito, infatti, in un percorso che dura ormai da almeno un paio di decenni che ha trasformato radicalmente la retorica della cittadinanza. A partire dall'inizio dell'Ottocento, i paesi dell'Europa, soprattutto quelli dell'Europa dell'Ovest, hanno vissuto quasi due secoli caratterizzati dalla progressiva inclusione sociale e politica delle classi più povere. Quelle che ancora nel Settecento erano considerate le classi pericolose sono diventate lentamente, attraverso l'estensione del suffragio, parte integrante del *demos* che

---

[4] Immagino che questo parallelo non piaccia troppo a Paulo. Anche nell'opinione dissenziente di *Ilnseher* (§§ 90-1) esprime la sua diffidenza di giurista continentale per la concezione di *common law* del principio di legalità e abbiamo più volte discusso sul fatto se veramente la decisione del caso Hutchinson rappresenta, come ribadisce ancora una volta in questa opinione, un passo indietro nella tutela dei diritti degli ergastolani.

esercita la sovranità politica e, piano piano nel corso del Novecento, attraverso le politiche del *Welfare state* diventano titolari di un paniere di diritti sempre più vasto. La potenza dello Stato era legata alla capacità di sviluppare politiche di cittadinanza inclusiva, fondate sulla progressiva espansione delle fasce della popolazione ammesse a godere dei diritti e dei servizi sociali. Ma dopo due secoli nel corso dei quali si è percepito il ruolo della politica come quello di gestire un gioco in cui tutti i giocatori alla fine della partita sarebbero stati felici e contenti grazie al progresso economico, scientifico e sociale, a partire dalla seconda metà degli anni '70 del secolo scorso, si è cominciata a diffondere la percezione che i beni da dividersi sono in progressiva inarrestabile riduzione. Per la prima volta dall'inizio della modernità, nel mondo nord-occidentale per le nuove generazioni è venuta meno la prospettiva di condurre una vita migliore dei loro genitori e dei loro nonni. Oggi danno anzi per scontato che la loro vita sarà peggiore e più difficile. In questa situazione si è sviluppata la sensazione di vivere in un gioco a somma zero, se non addirittura ad esito negativo: ognuno vive come se le risorse destinate a qualcun altro fossero sottratte a lui stesso e non come un investimento che alla fine farà stare meglio tutti. Si vive con la convinzione di dover assolutamente ridurre i danni che subiremo nella nostra vita, anziché gestire i vantaggi che avremo.

Il welfare state aveva fatto sì che nelle democrazie opulente, i ricchi, gli abbienti, i benestanti, che sono sempre esistiti, ma che in passato erano minoranza, diventassero maggioranza. Questo dato, come ha sostenuto John Kennet Galbraith (1992), aveva trasformato a poco a poco le liberal-democrazie nord-occidentali in "dittature di una classe soddisfatta" che, non più costretta a difendere i propri privilegi favorendo il ricambio sociale, poteva permettersi l'immobilismo e rifiutarsi di dividere le risorse con i nuovi poveri. Con l'avvento della globalizzazione e la conseguente diffusione della percezione che il proprio benessere è a rischio, dalla dittatura di una classe soddisfatta si è passati alla *dittatura di una classe spaventata* che sta completando, a tappe forzate, la trasformazione delle società democratiche da società caratterizzate dalla progressiva "estensione del potere economico e sociale a chi non lo ha" (Du Bois 1924, tr. it. 251) a società caratterizzate dalla progressiva esclusione sociale e politica di larghe fasce di individui, in primo luogo dei migranti. Alle politiche di inclusione sociale si sono sostituite quelle che fanno perno sulla marginalizzazione di fette rilevanti della popolazione. Il governo delle società europee si basa dalla fine del secolo scorso sulla creazione di una sottoclasse, più o meno estesa, spesso connotata anche in termini etnici, cui è negato l'accesso legittimo alle risorse economiche e sociali disponibili e che viene rappresentata come pericolosa, percepita come una minaccia per la sicurezza sociale e, *in conseguenza della sua esclusione*, per la sicurezza fisica e patrimoniale dei cittadini.

In questo contesto la Corte è progressivamente emersa come una minaccia per il nuovo stile di governo. Ci si è resi conto che essa era stata il perno di un capovolgimento epocale, mai esplicitamente tematizzato, del criterio di attribuzione dei diritti nel continente europeo.

Il diritto internazionale ha sempre dato per pacifico che nella sovranità di ogni Stato rientra il potere di decidere i criteri di ammissione alla sua comunità: come scrive Seyla Benhabib (2004), su questo, nelle democrazie, decidono gli inclusi, i cittadini, e gli esclusi, gli stranieri, non hanno voce in capitolo. A partire dall'introduzione del ricorso individuale alla metà degli anni novanta del secolo scorso, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è chiamata pronunciarsi sempre più spesso sul mancato riconoscimento di diritti a cittadini stranieri, a individui, cioè, che non sono cittadini degli Stati che hanno firmato la convenzione, e a cittadini che, come nel caso dei detenuti, gli Stati, ritenendoli non meritevoli, hanno deciso di escludere da molti dei diritti di cittadinanza (a partire da quelli sociali per arrivare sino al diritto di voto, come dimostra la lunga *querelle* tra la Corte e il Regno Unito, la cui estensione era stato il simbolo dell'era della democrazia includente).

Le pronunce della Corte evidenziano che la ratifica della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ha aperto una crepa nella triade diritti-nazione-Stato, perno indiscusso della cittadinanza moderna e quindi del criterio di attribuzione dei diritti agli individui.

In effetti il titolo stesso della Convenzione è un ossimoro apparentemente indice di megalomania. L'ossimoro nasce dal fatto che la Convenzione è Europea, è stata aperta alla ratifica dei soli Stati europei, ma garantisce i "Diritti dell'Uomo". Tutto bene se questa indicazione dei diritti tutelati fosse meramente tipologica: la Convenzione, tra tutti i diritti esistenti, tutela solo quelli che considera "Diritti dell'Uomo", che elenca. Ma non è così. L'indicazione non è solo tipologica, ma definisce anche l'ambito di competenza: la Convenzione, e la Corte che le dà concretezza, intendono sì garantire i "Diritti dell'Uomo", come sono denominati quelli riportati nella Convenzione stessa, ma mirano anche a garantire i "Diritti dell'Uomo" nel senso che hanno l'obbiettivo di garantirli a ogni essere umano e non solo ai cittadini dei paesi che l'hanno sottoscritta. Di qui l'ossimoro e la megalomania: una convenzione europea, quindi con la vigenza in un ambito geografico molto limitato, pretende di garantire i diritti in modo universale.

Questo ossimoro megalomane (che sospetto sia inconsciamente piaciuto tanto a Paulo) non conferisce il potere a chiunque, in qualsiasi parte del mondo, consideri violato un suo diritto previsto dalla Convenzione di proporre ricorso davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Una soluzione di questo genere non rispetterebbe l'ambito "europeo" di validità della Convenzione; ammesso pure, per assurdo, che la Corte possa far fronte a tutti i ricorsi che le arriverebbero, gli Stati non appartenenti al Consiglio d'Europa non avrebbero alcun dovere di rispettare le sue decisioni.

L'ossimoro e la megalomania si compongono nell'art. 34 della Convenzione, rubricato *Ricorsi individuali*, che recita:

> La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga

> d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto.

La Corte quindi non ha competenza universale: i diritti riportati dalla Convenzione non sono sempre azionabili da tutti gli esseri umani, pur essendo attribuiti a tutti gli esseri umani. L'astratta attribuzione diviene possibilità di proporre ricorso, quindi la tutela del diritto diviene effettiva, solo quando a violare il diritto sia uno degli Stati che hanno sottoscritto la Convenzione, ovunque avvenga la violazione e qualsiasi essere umano sia il soggetto vittima della violazione. Nella misura in cui il diritto è una situazione giuridica, una pretesa o una immunità (Hohfeld 1953, Ross 1958, 149-159) per tutelare la quale l'ordinamento giuridico attribuisce la possibilità di rivolgersi a un giudice, i diritti previsti dalla Convenzione esistono, cioè sono azionabili, solo quando a violarli siano i funzionari di uno Stato firmatario della Convenzione stessa.

È evidente il capovolgimento nella logica del riconoscimento dei diritti: questi non sono attribuiti in base all'appartenenza a una nazione, concretizzatasi in uno Stato: la possibilità di azionarli non dipende dal potere conferito da uno Stato a un soggetto individuale appartenente alla comunità politica che esso rappresenta, a un suo cittadino. Il diritto si concretizza, conferisce il potere di agire in giudizio, quando l'essere umano, suo titolare, a prescindere dalla propria nazionalità, è vittima dell'esercizio di un potere da parte di uno degli Stati firmatari della Convenzione. Per la prima volta al carattere universale dei diritti corrisponde la possibilità concreta e sistematica della loro giurisdizionalizzazione a prescindere dallo Stato di appartenenza e dalla sua volontà di inclusione, purché la violazione venga compiuta a opera di uno degli Stati che hanno aderito alla Convenzione: paradossalmente è l'azione di escludere da un diritto che lo rende effettivo.

Nel nuovo orizzonte, determinato dall'attività della Corte, la configurazione del soggetto e del suo rapporto con l'ordine politico-giuridico non è più netta e univoca, in quanto definita dalla sua appartenenza allo Stato-nazione, ma diventa, si potrebbe dire, situazionale, cambia a seconda di chi viola i suoi diritti previsti dalla Convenzione. Fino a oggi era lo Stato che conferiva il carattere universale, spesso dando concretezza alle previsioni della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, fatta dall'ONU nel 1948, a alcuni dei diritti che estendeva anche ai non cittadini. Il carattere rivoluzionario del mutamento operato dalla Convezione è stato celato dal fatto che la sua sottoscrizione è formalmente un atto di questo genere: un atto con cui lo Stato conferisce valenza universale ad alcuni dei diritti che riconosce. Quindi con la ratifica della Convenzione sul piano formale non è successo nulla di nuovo, nulla di dirompente. Ma in effetti si è capovolta la prospettiva. La Convenzione non prende proprio in considerazione il criterio della cittadinanza di appartenenza per attribuire i diritti: questi sono attribuiti sulla base

della nazionalità di chi li viola, o dovrebbe impedire la loro violazione, e non su quella della nazionalità dei titolari. Questo dato ha messo in moto un meccanismo che, da un lato, ha sottratto agli Stati il controllo dei diritti che la Convenzione *effettivamente* riconosce: è infatti la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, come ricordato, definisce il contenuto normativo del testo e quindi i diritti che da esso sono attribuiti. Dall'altro, ha anche privato gli Stati del controllo dei soggetti ai quali questi diritti sono riconosciuti, perché il loro effettivo riconoscimento è completamente slegato dalla volontà dello Stato di includere, spesso, anzi, dipende dall'esercizio del potere esercitato per escludere. Gli Stati si sono spogliati del potere di stabilire se uno specifico diritto spetta o meno a un determinato soggetto: se la Corte riconoscerà quel diritto a un determinato soggetto "marginalizzato", in un determinato momento, dipende dalla circostanza che uno Stato aderente al Consiglio abbia negato a qualcuno quello stesso diritto, derivante dalla Convenzione.

In questo quadro, per citare per l'ultima volta l'opinione dissenziente in *Ilnseher*,

> 130. Non sorprende che i politici si muovano agli estremi margini del rispetto della Convenzione, o addirittura oltre questo limite, e si oppongono ai valori della Convenzione e alle sentenze della Corte in modo polemico, se non apertamente demagogico, per ottenere un sostegno politico da questo o quell'elettorato. Se i diritti umani hanno uno scopo principale, esso è proprio quello di servire come "carte vincenti" che proteggono i diritti fondamentali degli individui dalle azioni oppressive di maggioranze poco avvedute. Ciò è particolarmente vero nel caso di minoranze facilmente manovrabili, come prigionieri o migranti. I politici che emergono da queste maggioranze dovrebbero rispettare i diritti umani internazionali in generale e la Convenzione in particolare, poiché ogni funzionario dello Stato è vincolato dalle norme sui diritti umani e la Convenzione contribuisce a promuovere uno "sviluppo europeo congiunto dei diritti fondamentali".

L'ondata dei sovranismi ha cercato, e tutt'ora cerca, di mettere in discussione che i diritti fondamentali, per dirla con Dworkin (1977, 319), rispondono a una logica anti-utilitaristica per cui «se qualcuno ha diritto a qualche cosa, allora è sbagliato da parte dello Stato negargliela anche se nell'interesse generale sarebbe più utile agire così». La Corte EDU e il sistema imperniato su di essa rappresentano invece lo strumento istituzionale costruito per impedire che uno Stato della grande Europa possa scordarsi di questo cardine del costituzionalismo[5].

---

[5] È proprio per la centralità di questo punto teorico che ho scelto di inserire in questo volume il saggio in cui sostengo che è in contrasto con il sistema convenzionale la scelta del Parlamento italiano, fortunatamente non ripetuta per i successivi episodi analoghi, di negare l'autorizzazione a procedere contro il ministro degli interni per il sequestro di persona dei migranti sulla nave militare Diciotti. Si tratta di un chiaro caso di esercizio della

Grazie a questo strumento si è creata una forbice tra i diritti effettivamente riconosciuti ai soggetti marginalizzati e i diritti che, è possibile ipotizzare, dovrebbero essere loro attribuiti secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Questa situazione ci riporta per molti versi alle origini del pensiero liberale, alla Rivoluzione francese, quando il discorso dei diritti nasceva da una distinzione di piani: il piano del fondamento e il piano della realizzazione. Allora il fondamento dei diritti era offerto dalla legge di natura, e si voleva che lo Stato, la nazione, assolvesse il compito di renderli effettivi. L'attività della Corte EDU rende questo dualismo non più, come allora, un dualismo schmittiano tra piano morale universale e piano giuridico, del concreto ordinamento statale. Il fondamento dei diritti non rinvia, infatti, alla legge di natura, ma all'interpretazione che la Corte è stata chiamata a dare di un documento giuridico positivo, una convenzione sottoscritta da quarantasette Stati europei. Questo iato apre lo spazio giuridico per una "lotta per i diritti", per riformulare e smitizzare la famosa espressione di Rudolf von Jhering. I diritti non si configurano, come quelli attribuiti dallo Stato ai cittadini, come l'articolazione di un ordine esistente, ma come strumenti, pretese giuridiche, per soddisfare esigenze che l'ordine statale, anche di una pluralità di Stati, vigente è incapace di soddisfare.

A differenza della situazione odierna, il conflitto, iniziato tra fine Settecento e inizio Ottocento, ma poi proseguito fino al conferimento del suffragio universale e alla creazione di un *welfare state* quasi universalistico (per i cittadini), era una lotta politica condotta con metodi normalmente non formalizzati e non di rado violenti. Oggi il fondamento giuridico dei diritti rivendicati, le norme della Convenzione, e l'esistenza della Corte fanno sì che almeno una parte del conflitto sia proceduralizzato e avvenga secondo regole giuridiche.

Il riconoscimento dei diritti operato dalla Convenzione non ha certo risolto il problema della mancanza dei diritti dei soggetti marginalizzati: ha semplicemente aperto una strada perché essi possano proceduralizzare le loro rivendicazioni. Percorrere questa strada non è cosa semplice: la strada è lunga e tortuosa, le regole stabilite per seguirla spesso si rivelano impraticabili e quindi molti soggetti marginalizzati non si vedranno mai riconosciuti i propri diritti. A questo si deve aggiungere che la possibilità di proceduralizzazione del conflitto rappresentata dalla *chance* di portare davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo uno Stato per la supposta violazione dei propri diritti non può certo ovviare all'estrema debolezza della soggettività politica e sociale delle persone marginalizzate. Essa sarà anzi resa impervia in primo luogo da fattori come sfruttamento, violenza, mancanza di capitale culturale e sociale ecc. Il canale che si è aperto non è certo la panacea per ogni for-

---

sovranità statale, della volontà della maggioranza, in violazione dei diritti fondamentali delle persone (per di più non cittadini).

ma di ingiustizia, ma semplicemente un modo nuovo per poter combattere attraverso il diritto alcuni conflitti e una fonte di risorse a cui attingere per vincere questi conflitti.

Paulo ha dedicato la sua vita, e sono sicuro che continuerà a farlo, a tracciare questa strada e a stimolare, con insistenza che sicuramente a volte è stata considerata eccessiva, tutti a percorrerla. Questo libro, oltre che un ringraziamento per averlo fatto, è un invito a proseguire la sua opera, naturalmente insieme a lui qualsiasi sia il ruolo che assumerà.

Bibliografia

Austin J., 1885, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, a cura di R. Campbell, London, Murray, tr. it Bologna, il Mulino, 1995.

Benhabib S., 2004, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, Cambridge U.P., tr. it. Milano, Cortina, 2006.

Costa P., 2005, *La cittadinanza: un 'geschichtlicher Grundbegriff'?*, in S. Chignola, G. Duso (a cura di), *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, Milano, FrancoAngeli, pp. 251-62.

Du Bois W.E.B., 1924, *The Gift of Black Folk: The Negroes in the Making of America*, Boston (Mass.), tr. it. solo cap. 4 in W.E.B. Du Bois, *Sulla linea del colore. Razza e democrazia negli Stati Uniti*, Bologna, 2010.

Dworkin R., 1977, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, tr. it. Bologna, il Mulino, 1982.

Galbraith J.K., 1992, *The Culture of Contentment*, Harmondsworth, Penguin Books.

Hohfeld W.N., 1923, *Fundamental Legal Conceptions as applied in judicial reasoning*, New Haven, Yale University Press.

Ross A., 1958, *On Law and Justice*, London, Steven & Sons, tr. it. Torino, Einaudi, 1990.

LA CORTE EUROPEA, L'ERGASTOLO E IL "DIRITTO ALLA SPERANZA"

di Antonio Balsamo e Luisa Trizzino

Il nuovo orientamento, più garantistico, espresso sul tema dell'ergastolo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza Vinter contro Regno Unito, che richiede di rendere effettiva la possibilità della liberazione condizionale con la predisposizione di un periodico meccanismo di revisione per verificare se la detenzione appaia ancora giustificata tenendo conto degli eventuali progressi compiuti dal condannato nel suo percorso di reintegrazione, lascia aperta la questione relativa alla compatibilità con l'art. 3 CEDU del c. d. ergastolo ostativo, previsto dall'ordinamento italiano per i più gravi reati commessi per finalità di criminalità organizzata e di terrorismo.

The principle established by the European Court of Human Rights (Vinter v. UK), according to which a mechanism is to be provided in case of life imprisonment as to the actual need to maintain deprivation of liberty in order to avoid violation of article 3 of the Convention, leaves open the question if the Italian legal system provided for by the law in terrorism and organized crime cases is not consistent with the Convention.

Sommario: 1. La "riscoperta" dell'art. 3 CEDU e il nuovo indirizzo della Corte di Strasburgo in tema di detenzione perpetua. – 2. Le indicazioni comparatistiche. – 3. Le possibili implicazioni per l'ordinamento italiano.

1. La "riscoperta" dell'art. 3 cedu e il nuovo indirizzo della corte di Strasburgo in tema di detenzione perpetua

In dottrina si è efficacemente osservato che la "rivoluzione della dignità" – vista come una sintesi della libertà e dell'uguaglianza rafforzate nel loro essere fondamento della democrazia – costituisce il vero lascito del costituzionalismo del dopoguerra, con un cammino che è continuato fino alla Carta di Nizza, la quale si apre proprio all'insegna della dignità. Ma la scelta di individuare nella dignità il segno forte della prima dichiarazione dei diritti del nuovo millennio non voleva esprimere soltanto la rinnovata consapevolezza di rischi mai del tutto tramontati, la necessità di costruire una memoria dalla quale la coscienza europea non potrà mai separarsi, secondo la logica sostanzialmente "reattiva" posta all'origine della Costituzione tedesca. Si è inteso operare non solo una riaffermazione di ordine generale della dignità, ma la sua considerazione come un vincolo per la politica e le istituzioni: «dal

rispetto alla tutela, dal monito proveniente dal passato all'indicazione per il futuro, dalla statica alla dinamica. Una dignità non più soltanto oppositiva, ma fondativa»[1].

A questa logica sembra rispondere anche la recente "riscoperta", sul piano applicativo, dell'art.3 CEDU, che, nel sancire il divieto della tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti, trova – secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo – la sua *ratio* nell'esigenza di proteggere la dignità di ogni essere umano e tutela uno dei valori fondamentali delle società democratiche (sent.18 dicembre 1996, Aksoy c. Turchia).

Il collegamento del predetto divieto con il valore fondante della dignità umana è reso ancora più evidente dalla collocazione sistematica dell'art.4 della Carta di Nizza, che ha contenuto e portata identici alla previsione convenzionale, ed è significativamente inserito nel capo I, intitolato – come si è anticipato – alla dignità umana.

L'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che qualifica tale bene come "inviolabile" ed oggetto necessario di rispetto e tutela, è modellato sull'art. 1 della Legge fondamentale della Repubblica Federale di Germania, che, in aperta polemica contro ogni totalitarismo, sancisce: «la dignità umana è inviolabile. Rispettarla e tutelarla è compito di ogni potere dello Stato».

Nel contesto tedesco, la riflessione scientifica e la prassi giudiziaria hanno tratto precise implicazioni dalla tutela giuridica della dignità umana nei più diversi settori del diritto penale, sia sostanziale che processuale.

Un'analoga valorizzazione per via interpretativa sta adesso verificandosi con riguardo al connesso divieto delle pene e dei trattamenti inumani o degradanti, contenuto nell'art. 3 CEDU, nell'art. 4 della Carta di Nizza e in numerosi altri strumenti internazionali[2].

Sulla carta l'art. 3 CEDU nulla sembra aggiungere a quanto previsto dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. È tuttavia l'interpretazio-

---

[1] Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, p. 184-186.

[2] In particolare, l'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art.7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, l'art.5 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo, l'art. 5 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, la Convenzione dell'ONU contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Le disposizioni dei predetti atti riguardanti il divieto *de quo* sono oggi considerate come riproduttive di una norma di diritto internazionale consuetudinario. L'idea che si tratti di una norma di *jus cogens* trova riscontro in alcune importanti pronunce della giurisprudenza internazionale (ad es. Tribunale Penale Internazionale per l'*ex*-Jugoslavia, sent.10 dicembre 1998, Furundzija). La Corte europea dei diritti dell'uomo ha però ritenuto che essa non prevalga sulla norma consuetudinaria internazionale relativa all'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione di altri paesi (sent. 21 novembre 2001, Al-Adsani c. Regno Unito).

ne data alla norma dai giudici di Strasburgo a presentare aspetti di grande interesse per il penalista, segnatamente sotto il profilo della compatibilità dei sistemi sanzionatori con gli obblighi discendenti dalla Convenzione[3].

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – oltre a chiarire che il divieto, avendo carattere assoluto ed inderogabile, non è soggetto a bilanciamento con altri valori, come quelli riguardanti la prevenzione dei reati, la lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata – ha utilizzato, in mancanza di specifiche indicazioni normative sulle nozioni di tortura e trattamenti e pene inumani o degradanti, il metodo dell'interpretazione evolutiva, sulla base del presupposto che l'innalzamento del livello generale di protezione dei diritti umani richiede una maggiore fermezza nell'accertamento della violazione dei valori fondamentali delle società democratiche e quindi anche del divieto posto dall'art. 3 (sent. 28 luglio 1999, Selmouni c. Francia).

Dalla giurisprudenza della Corte europea emerge una valutazione descrittiva della gravità del comportamento lesivo effettuata secondo una progressione discendente, che va dalla tortura ai trattamenti inumani ed a quelli degradanti. Si è infatti ritenuto che i trattamenti inumani e degradanti consistono nella inflizione di sofferenze le quali non presentano l'intensità che caratterizza la tortura (dec. 18 gennaio 1978, Repubblica d'Irlanda c. Regno Unito).

Vi è, poi, un ulteriore criterio di distinzione che attiene all'elemento soggettivo.

Nel procedere alla definizione del concetto di tortura, la Corte di Strasburgo ha fatto riferimento alla nozione delineata dall'art.1 della Convenzione dell'ONU contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, firmata il 10 dicembre 1984[4]. Si è quindi ritenuto indispensabile l'accertamento dell'intenzione di torturare e delle finalità perseguite attraverso la tortura (sent.1° giugno 2010, Gäfgen c. Germania), pur precisando che le stesse possono essere implicitamente desunte dai trattamenti lesivi cui è sottoposta alla vittima (sent. Aksoy, cit.).

Al contrario, l'intenzione dell'autore e le finalità da lui perseguite non sono ritenute elementi costitutivi della fattispecie dei trattamenti inumani o degradanti, che possono derivare anche da cause oggettive o circostanze non create deliberatamente.

---

[3] Viganò, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 42.

[4] Si tratta, precisamente, di «qualsiasi atto con il quale sono inflitti ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito».

Nel definire la nozione di pena o trattamento inumano e degradante, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha precisato che, sul piano oggettivo, deve trattarsi di comportamenti idonei a provocare una sofferenza e un'umiliazione che eccedano le conseguenze naturali che derivano dalla sottoposizione di un individuo a una pena o a un trattamento legittimi (sent. 17 giugno 2008, Savitchi c. Moldavia).

Sul piano soggettivo, occorre poi verificare se la pena o il trattamento incidano sulla posizione della vittima in misura incompatibile con l'art. 3 della Convenzione. In proposito si è attribuita rilevanza sia al metodo prescelto in astratto, sia alle modalità concrete di applicazione di una pena legittima, i cui effetti complessivi non devono pregiudicare la dignità umana del destinatario (sent. 26 ottobre 2000, Kudla c. Polonia). Sono stati pertanto presi in considerazione aspetti come il carattere pubblico o privato della punizione, le condizioni specifiche di detenzione, l'età e le condizioni di salute del condannato, la durata della pena, la percezione soggettiva del carattere umiliante di essa[5].

Dal divieto sancito dall'art. 3 della Convenzione la giurisprudenza della

---

[5] La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha inoltre chiarito che, per rientrare nell'ambito di applicazione del divieto stabilito dall'art. 3 della Convenzione, i comportamenti posti in essere devono presentare un livello minimo di gravità, da determinare in concreto sulla base della durata del trattamento, delle sue conseguenze fisiche e mentali, dell'età, del sesso e dello stato di salute della vittima (dec.18 gennaio 1978, Repubblica d'Irlanda c. Regno Unito).
Nel relativo accertamento sono stati valorizzati fattori come la natura particolarmente violenta degli atti compiuti, la sistematicità dei trattamenti inflitti nel corso di un determinato periodo, il significativo ritardo nel trasporto del soggetto presso strutture sanitarie adeguate, la particolare vulnerabilità della vittima e il carattere arbitrario del comportamento.
La distinzione tra i due tipi di trattamento non sempre è apparsa netta nell'interpretazione giurisprudenziale. Si è comunque qualificato come inumano un trattamento premeditato, applicato per ore e produttivo di lesioni corporali o sofferenze interne sotto il profilo fisico o mentale, mentre si è ritenuto degradante un trattamento tale da creare nella vittima un senso di paura, angoscia ed inferiorità tale da umiliarla o piegare la sua resistenza fisica o morale così da indurla ad agire contro la sua volontà o coscienza (sent. 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania).
È emersa anche la tendenza a considerare la tortura come una forma aggravata di trattamento inumano o degradante. Si è precisato poi che la minaccia di sottoporre un individuo a tortura, quando appaia sufficientemente concreta e immediata, costituisce di per sé un trattamento inumano (sent. Gäfgen, cit., con riferimento al comportamento tenuto dal personale di polizia nel corso di un interrogatorio al fine di ottenere informazioni sul luogo di segregazione di un bambino sequestrato).
Su tutta la tematica in esame, v. A. Esposito, *Commento all'art. 3*, in *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole-Conforti-Raimondi, Cedam, 2001; Manes, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in AA. VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes-Zagrebelky, Giuffrè, 2011, p. 2; Pustorino, *Commento all'art. 3*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole-De Sena-Zagrebelky, Cedam, 2012.

Corte europea dei diritti dell'uomo ha fatto discendere molteplici implicazioni, che coinvolgono un'ampia gamma di profili del sistema penale: si va dai limiti dell'uso della forza in occasione dell'arresto (sent. 5 aprile 2011, Sarigiannis c. Italia) all'ammissibilità di misure sanitarie coattive finalizzate a procedere al prelievo di campioni biologici (sent. Jalloh, cit.), ai confini della discrezionalità delle autorità statali in materia di espulsione, estradizione e ogni altra forma di allontanamento di stranieri verso altri paesi (comprese le ipotesi di "respingimento indiretto": sent. 23 febbraio 2012, Hirsi Jamaa c. Italia), fino agli obblighi positivi di protezione di soggetti vulnerabili contro le violazioni della norma convenzionale commesse da privati nelle relazioni interindividuali[6].

Quello delle condizioni della detenzione è senza dubbio uno dei settori in cui negli ultimi anni si sono registrati alcuni degli interventi più significativi: basti pensare alle pronunce rese in tema di tutela della salute dei detenuti[7] e di sovraffollamento carcerario[8].

---

[6] Sotto questo profilo, le principali fattispecie prese in considerazione dalla Corte europea dei diritti dell'uomo attengono ai maltrattamenti nell'ambito familiare e agli atti di aggressione da parte di terzi. In proposito, si è posto a carico degli Stati l'obbligo di prendere tutte le misure necessarie a prevenire le violazioni, l'obbligo di condurre un'indagine rapida e approfondita per accertare i fatti, nonché un ulteriore obbligo positivo di assistenza degli individui in stato di particolare vulnerabilità, a partire dal momento in cui essi sono sottoposti al controllo delle autorità nazionali (momento che coincide di regola con l'intervento degli organi di polizia), al fine di proteggerli ed evitare l'aggravamento delle loro condizioni di salute (sent.17 dicembre 2009, Denis Vasilyev c. Russia). Si è inoltre affermato che lo Stato deve prevedere norme penali specifiche relative al divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti da parte di privati e verificare l'effettivo rispetto di tali disposizioni (sent.25 giugno 2009, Beganoviç c. Croazia). Più in generale, sullo Stato grava l'obbligo positivo di predisporre un quadro normativo idoneo a consentire alle autorità nazionali di perseguire i responsabili delle violazioni gravi dell'art. 3 della Convenzione, senza che la relativa azione giudiziaria resti subordinata all'istanza della vittima (sent. 9 giugno 2009, Opuz c. Turchia, che – in un caso in cui non era stata protetta una donna che si era rivolta a più riprese all'autorità giudiziaria ed era stata, infine, uccisa nell'ambito di una lunga vicenda di violenza domestica – ha ritenuto che, in considerazione della gravità degli illeciti, il pubblico ministero «avrebbe dovuto proseguire nella sua attività nonostante la rimessione della querela da parte della vittima»).

[7] Pur rimarcando che l'art.3 non pone un obbligo generale di rilasciare i detenuti per ragioni di salute, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che la norma impegna gli Stati a proteggere il benessere fisico delle persone private della libertà, assicurando loro l'assistenza medica necessaria (sent. 26 ottobre 2000, Kudl/a c. Polonia) e garantendo, se necessario, il ricorso a visite specialistiche e una supervisione sanitaria costante (sent. 3 febbraio 2009, Kaprykowski c. Polonia). Sono state quindi riscontrate violazioni del divieto di trattamenti inumani o degradanti nelle ipotesi in cui la detenzione si svolga in condizioni che creino nocumento alla salute o in strutture in cui non vengano garantite le cure mediche adeguate al caso concreto. Inoltre, si è evidenziato che, in casi eccezionali in cui lo stato di salute del soggetto risulti assolutamente incompatibile con lo stato di detenzione, la norma convenzionale può richiedere che lo Stato proceda alla sua liberazione (sent. 7 luglio 2009, Grori c. Albania; dec. 5 aprile 2001, Priebke c. Italia).

[8] Muovendo dall'esigenza di garantire il rispetto della dignità personale dei detenuti, la

Muovendo dall'idea che ravvisa una lesione della dignità dell'uomo nell'essere considerato "un oggetto nelle mani dell'autorità" (sent. 25 aprile 1978, Tyrer c. Regno Unito), la giurisprudenza europea ha sottolineato che la CEDU obbliga gli Stati a garantire ai detenuti condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana (sent. 15 giugno 2010, Ciupercescu c. Romania), ed ha quindi assunto quest'ultimo valore come parametro per verificare la presenza o meno di un trattamento inumano o degradante.

Di recente, la Corte di Strasburgo ha anche emesso sentenze-pilota con le quali si richiede ad alcuni Stati, nei quali il sovraffollamento carcerario costituisce un problema strutturale, di adottare entro determinati termini le misure interne, di natura preventiva e compensativa, idonee ad assicurare il rispetto dell'art. 3 della Convenzione (sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia[9]; sent. 10 gennaio 2012, Ananyev e altri c. Russia).

Infine, nel trend giurisprudenziale volto ad assicurare una sempre più accentuata, effettiva e diretta protezione dei diritti individuali nelle fasi di irrogazione ed esecuzione della pena, è venuto all'attenzione della Corte europea un tema "classico" ma attualissimo: quello della ammissibilità, o meno, di sanzioni detentive perpetue.

Si tratta di una questione che ha assunto un ruolo centrale nella riflessione penalistica sin dal grande movimento di riforma avviato dal pensiero illuministico per ottenere l'abolizione della pena di morte e degli altri "supplizi"[10]: non è un caso che proprio Cesare Beccaria proponesse di sostituire alla pena capitale quella dell'ergastolo, considerata più giusta, più efficace sul piano preventivo, e meno crudele della prima[11].

Corte di Strasburgo ha sottoposto ad un attento esame le caratteristiche strutturali e l'organizzazione interna degli istituti penitenziari, al fine di verificare se le modalità di esecuzione delle sanzioni detentive superino la soglia minima di afflittività propria di ogni trattamento punitivo, ed integrino, invece, gli estremi di un trattamento inumano o degradante.

Nell'affrontare il problema del sovraffollamento carcerario la Corte europea dei diritti dell'uomo ha seguito la prassi del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o pene inumani o degradanti, secondo cui ogni detenuto ha diritto, nella propria cella, a uno spazio non inferiore a 7 m2. Alla luce di questo criterio si è precisato che è riscontrabile in modo sostanzialmente automatico una violazione dell'art. 3 nei casi in cui il detenuto disponga di uno spazio inferiore a 3 m2 (sent. 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia), mentre negli altri casi occorre esaminare il complesso delle condizioni di detenzione. Sul tema v. Lattanzi, *Una situazione carceraria intollerabile*, in *questa rivista*, 2011, p. 3290.

9 In *questa rivista*, 2013, p. 1203.

10 Cfr. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, 2009, p. 79 ss.

11 Di grande forza argomentativa sono i seguenti passaggi del § XXVIII del *Dei delitti e delle pene*: «Perché una pena sia giusta non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti; ora non vi è alcuno che, riflettendovi, scieglier possa la totale e perpetua perdita della propria libertà per quanto avvantaggioso possa essere un delitto: dunque l'intensione della pena di schiavitù perpetua sostituita alla pena

Sulla stessa linea si poneva successivamente, nell'ambito della Scuola Classica, Francesco Carrara, che propugnava l'abolizione della pena capitale ritenendo preferibile ad essa la sanzione detentiva perpetua, per la sua maggiore efficacia deterrente e la possibilità di riparare ad eventuali errori giudiziari.

L'argomentare razionale, ispirato a forte passione civile, ma lontano da ogni astratto furore ideologico, tipico dell'approccio di questi grandi giuristi italiani del '700 e dell'800, trova riscontro nel modo in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha recentemente affrontato la tematica dell'ergastolo.

Alla comprensione delle ragioni che stanno alla base della previsione della sanzione detentiva perpetua, sono venute ad affiancarsi nuove istanze garantistiche ispirate dalla cultura giuridica del '900, con la sua insistenza sulle prospettive della individualizzazione della pena[12], della promozione della dignità umana, della considerazione dei diritti di tutti i soggetti direttamente o indirettamente coinvolti nel processo penale.

La Corte di Strasburgo si è resa così protagonista di una interpretazione evolutiva capace di innalzare progressivamente gli standard di tutela dei diritti fondamentali del condannato, mediante un processo ermeneutico "circolare" che valorizza i più significativi apporti della giurisprudenza costituzionale formatasi in Germania e in Italia.

Il risultato che ne scaturisce è una valutazione articolata in cui il ricorso alla pena detentiva perpetua è ammesso in funzione della tutela della collettività contro reati particolarmente gravi, ma viene, al contempo, circondato da una serie di garanzie che trovano la loro ispirazione ideale nelle profonde parole con cui il giudice Ann Power Forde ha espresso la propria opinione concorrente,

---

di morte ha ciò che basta per rimuovere qualunque animo determinato; aggiungo che ha di più: moltissimi risguardano la morte con viso tranquillo e fermo, chi per fanatismo, chi per vanità, che quasi sempre accompagna l'uomo al di là dalla tomba, chi per un ultimo e disperato tentativo o di non vivere o di sortir di miseria; ma né il fanatismo né la vanità stanno fra i ceppi o le catene, sotto il bastone, sotto il giogo, in una gabbia di ferro, e il disperato non finisce i suoi mali, ma gli comincia. L'animo nostro resiste più alla violenza ed agli estremi ma passeggieri dolori che al tempo ed all'incessante noia; perché egli può per dir così condensar tutto se stesso per un momento per respinger i primi, ma la vigorosa di lui elasticità non basta a resistere alla lunga e ripetuta azione dei secondi.(…) Chi dicesse che la schiavitù perpetua è dolorosa quanto la morte, e perciò egualmente crudele, io risponderò che sommando tutti i momenti infelici della schiavitù lo sarà forse anche di più, ma questi sono stesi sopra tutta la vita, e quella esercita tutta la sua forza in un momento; ed è questo il vantaggio della pena di schiavitù, che spaventa più chi la vede che chi la soffre; perché il primo considera tutta la somma dei momenti infelici, ed il secondo è dall'infelicità del momento presente distratto dalla futura. Tutti i mali s'ingrandiscono nell'immaginazione, e chi soffre trova delle risorse e delle consolazioni non conosciute e non credute dagli spettatori, che sostituiscono la propria sensibilità all'animo incallito dell'infelice».

[12] Fondamentale, al riguardo, rimane l'opera di Saleilles, *L'individualisation de la peine* (pubblicata nel 1898 e riveduta nel 1908).

spiegando come l'art. 3 possa spingersi fino ad includere il "diritto alla speranza", e come la sentenza Vinter della Grande Camera riconosca implicitamente «che la speranza è un aspetto importante e costitutivo della persona umana».

Le frasi contenute nella predetta opinione concorrente («Gli autori degli atti più odiosi ed estremi che infliggono ad altri sofferenze indescrivibili conservano comunque la loro umanità fondamentale e hanno la capacità intrinseca di cambiare. Per quanto lunghe e meritate siano le pene detentive inflitte loro, essi conservano la speranza che, un giorno, potranno riscattarsi per gli errori commessi. Non dovrebbero essere interamente privati di una tale speranza. Impedire loro di nutrire tale speranza significherebbe negare un aspetto fondamentale della loro umanità e, pertanto, sarebbe degradante») sembrano rispecchiare con particolare convinzione la visione illuministica secondo cui «nel peggiore degli assassini, una cosa almeno deve essere rispettata quando si punisce: la sua "umanità"»[13].

Tale istanza di fondo viene tradotta dalla sentenza Vinter della Grande Camera in un duplice precipitato tecnico, incidente sul diritto sostanziale e su quello processuale. Per la compatibilità dell'ergastolo si richiede, da un lato, la possibilità della liberazione anticipata o condizionale, e, dall'altro, la predisposizione di un apposito meccanismo di revisione (di natura amministrativa o giurisdizionale), del quale la Corte europea individua i connotati essenziali, precisando che: *a)* i suoi presupposti e le sue cadenze temporali devono essere conoscibili per il detenuto al momento dell'irrogazione della sanzione; *b)* il momento iniziale della sua operatività, in linea generale, deve collocarsi non oltre il termine di 25 anni dalla condanna; *c)* ad esso devono fare seguito periodiche revisioni ulteriori; *d)* il suo oggetto deve essere costituito dalla verifica relativa alla persistenza, o meno, di motivi legittimi inerenti alla pena (quali la repressione, la dissuasione, la tutela della collettività e il reinserimento sociale) che valgano a giustificare la permanenza in stato di detenzione del condannato, alla luce degli eventuali progressi da lui compiuti nel percorso riabilitativo.

Alla base del nuovo indirizzo interpretativo vi sono sia l'esigenza di conservare all'ergastolo il carattere di «sanzione giusta e proporzionata» anche a seguito dei mutamenti indotti nella personalità del reo dal trascorrere del tempo e dal suo impegno di riscatto, sia l'imperativo costituzionale – proprio di qualsiasi sistema giuridico fondato sulla dignità umana – di agire per il reinserimento di tutti detenuti (compresi i condannati all'ergastolo, quale che sia la natura dei delitti commessi) offrendo loro «la possibilità di correggersi e la prospettiva di essere liberati se vi riescono».

La sentenza emessa il 9 luglio 2013 nel caso Vinter segna un evidente progresso rispetto alle conclusioni raggiunte nella pronuncia adottata dalla

---

[13] Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 80.

stessa Grande Camera il 12 febbraio 2008 nel caso Kafkaris c. Cipro, che aveva escluso la violazione dell'art. 3 CEDU sulla base del rilievo che la disciplina penitenziaria vigente al tempo della condanna prevedeva per il condannato all'ergastolo la possibilità di beneficiare di un provvedimento di grazia da parte del Presidente della Repubblica.

In quell'occasione, il principio della necessaria "riducibilità" dell'ergastolo venne enunciato in termini "assai sfuggenti"[14], affermando che «benché la Convenzione non attribuisca, in generale, un diritto alla liberazione condizionale né a una revisione della pena mirante alla sua possibile remissione o estinzione per effetto di un provvedimento di un'autorità nazionale, giudiziaria o amministrativa, risulta chiaro dalla giurisprudenza rilevante che l'esistenza di un sistema che consente di prendere in considerazione la possibilità di un rilascio anticipato è un fattore che deve essere tenuto in conto al fine di valutare nel singolo caso la compatibilità della pena dell'ergastolo con l'art. 3».

Non mancarono le *dissenting opinions* volte a sottolineare il carattere arbitrario della grazia e la sua scarsa applicazione nell'ordinamento cipriota, elementi che inducevano a dubitare delle concrete possibilità per il reo di ottenere una liberazione anticipata.

I principi espressi nel caso Kafkaris trovarono ulteriore applicazione nelle successive sentenze del 17 gennaio 2012 (Harkins e Edwards c. Regno Unito) e del 10 aprile 2012 (Babar Ahmad e altri c. Regno Unito).

Nel caso Harkins e Edwards la Corte – questa volta all'unanimità – rigettò il ricorso di due detenuti (uno cittadino britannico, l'altro statunitense) contro la decisione del governo inglese di estradarli negli Stati Uniti, ove sarebbero stati esposti al rischio di subire una condanna all'ergastolo senza possibilità di un rilascio anticipato.

Lo schema di giudizio adottato dalla Corte si snodava attraverso due passaggi fondamentali. Si trattava in primo luogo di verificare se l'inflizione di tale pena potesse considerarsi "gravemente e manifestamente sproporzionata" rispetto alla gravità dei fatti contestati. Qualora siffatta operazione avesse avuto esito negativo, una violazione dell'art. 3 sarebbe potuta sorgere soltanto nel momento successivo in cui il condannato, dopo aver già scontato un primo periodo di detenzione, fosse in grado di dimostrare *a)* che l'ulteriore protrazione della detenzione non fosse più funzionale al perseguimento di alcuno degli scopi legittimi della pena (identificati nella retribuzione, nella deterrenza, nella protezione della collettività e nella risocializzazione), e *b)* che, ciononostante, non vi fosse alcuna possibilità, *de iure* o *de facto*, di essere ammesso a una liberazione anticipata.

---

[14] Viganò, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 luglio 2012.

Nel caso di specie, il primo ricorrente era accusato di *felony murder*, ovvero di omicidio involontario commesso durante l'esecuzione di un altro delitto (una rapina a mano armata), punibile – secondo il diritto penale vigente in Florida – con la pena obbligatoria dell'ergastolo *without parole*. Il secondo era invece imputato di omicidio volontario, commesso all'età di diciannove anni: reato per il quale l'ordinamento del Maryland prevede obbligatoriamente la pena dell'ergastolo con facoltà per il giudice di escludere ogni possibilità di *parole*.

Esclusa una sproporzione macroscopica della pena – venendo in rilievo fatti di elevata gravità – i giudici di Strasburgo negavano la sussistenza di un rischio concreto di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, osservando come non fosse affatto certo che in futuro l'esecuzione delle rispettive sanzioni non avrebbe risposto più ad alcuno dei plurimi scopi della pena, né che, qualora tale situazione si fosse verificata, non si sarebbe fatto uso, da parte dei governatori della Florida e del Maryland, dei poteri discrezionali di grazia idonei a legittimare la liberazione anticipata dei condannati all'ergastolo[15].

Nella pronuncia relativa al caso Harkins e Edwards veniva ribadito il carattere assoluto della tutela delineata dall'art. 3 CEDU, osservando che ogni individuo ha diritto a non essere estradato o espulso in uno Stato ove sarebbe esposto a "rischio reale" di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti e tale diritto non è bilanciabile con alcun interesse eventualmente confliggente, come la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini.

Avvertiva tuttavia la Corte europea che la valutazione del livello minimo di gravità del trattamento cui il soggetto rischiava di essere sottoposto nello Stato di destinazione non poteva essere effettuata con il medesimo rigoroso standard utilizzato per giudicare le condotte direttamente imputabili allo Stato parte della Convenzione.

Si inaugurava così un "*test*" differenziato a seconda che si trattasse di giudicare condotte riconducibili ad uno Stato membro o a Stati terzi: la Convenzione non poteva essere interpretata come uno strumento per imporre a Stati terzi gli stessi standard previsti per gli Stati parte nel trattamento dei detenuti, le cui concrete modalità dipendono anche dalla complessiva disponibilità di risorse economiche da parte dello Stato stesso. Se ne traeva la conseguenza che un trattamento penitenziario che la Corte giudicherebbe contrario all'art. 3 CEDU in quanto "degradante" se compiuto da uno Stato parte, potrebbe invece non raggiungere, se compiuto da uno Stato terzo, il livello di gravità necessario per precludere l'estradizione di un detenuto verso quello Stato.

Analogo il percorso motivazionale seguito dai giudici nella successiva sentenza Babar Ahmad e altri. I ricorrenti, accusati di reati di terrorismo ne-

---

[15] Sul punto v. Viganò, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale*, cit.

gli Stati Uniti, sostenevano che la concessione dell'estradizione da parte del Regno Unito avrebbe integrato una violazione dell'art. 3 CEDU in quanto li avrebbe esposti a trattamenti inumani e degradanti, tanto sotto il profilo delle condizioni di detenzione osservate nel carcere di massima sicurezza (ADX) di Florence, in Colorado, cui essi erano destinati, quanto sotto il profilo della tipologia di pena, poiché ad essi sarebbe stato applicato l'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata[16].

Sulla base del duplice accertamento sopra descritto, i giudici esclusero il contrasto con la Convenzione: in primo luogo il *life imprisonment without parole* non venne considerato manifestamente sproporzionato rispetto al reato di terrorismo, crimine particolarmente odioso per la collettività; in secondo luogo, si osservò che nessuno dei ricorrenti era stato in grado di dimostrare che la propria detenzione non fosse più sorretta da alcuna ragione giustificativa, né di carattere punivo, né di carattere preventivo.

La dottrina ha sottolineato i vistosi inconvenienti connessi all'enunciazione del criterio secondo cui spetterebbe al ricorrente dimostrare che la protrazione dell'ergastolo non risulti più funzionale ad alcuno dei legittimi scopi della pena. Seguendo questa impostazione, il venir meno delle ragioni di prevenzione speciale, e il positivo compimento del percorso di risocializzazione, non basterebbero ad attribuire al condannato un diritto a beneficiare della liberazione anticipata e/o condizionata, allorché l'esecuzione della pena si lasciasse comunque giustificare in nome dell'esigenza di dissuadere altri dal commettere reati, nonché in nome del principio retributivo. L'imposizione al ricorrente di un simile onere probatorio inoltre apparirebbe «del tutto irrealistica, sin quasi a sfiorare il ridicolo» in una procedura estradizionale, nella quale l'esecuzione della pena normalmente non è ancora iniziata; in questa ipotesi sarebbe quindi possibile soltanto una valutazione prognostica, imperniata sull'apprezzamento del "serio rischio" che, una volta verificatasi una situazione di (sopravvenuta) inutilità della pena, il condannato si veda preclusa ogni realistica possibilità di ottenere la liberazione anticipata. Ma ove una tale violazione dell'art. 3 dovesse poi concretizzarsi in futuro, il condannato ormai estradato in un paese terzo non vincolato dalla Convenzione non avrebbe più alcun rimedio per ottenere tutela del proprio diritto, a questo punto irrimediabilmente violato[17].

Prescindendo da questi specifici profili inerenti al procedimento estradizionale, i suindicati problemi di natura più generale erano riscontrabili anche nella sentenza emessa il 17 gennaio 2012 dalla IV sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Vinter, che subordinava l'incompatibi-

---

[16] Cfr. Parodi, *Ergastolo senza possibilità di libe- dard garantistici richiesti in caso di estradizione*, in *razione anticipata e art.3 CEDU: meno rigidi gli stan- Diritto penale contemporaneo*, 14 maggio 2012.

[17] Viganò, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale*, cit. (19)

lità della condanna obbligatoria all'ergastolo, senza possibilità di liberazione anticipata, con l'art. 3 CEDU, alla duplice dimostrazione *a)* che il mantenimento dell'interessato in stato di detenzione non fosse più giustificato da alcun motivo legittimo inerente alla pena; e *b)*che la pena non fosse riducibile di fatto e di diritto. Inoltre, si esplicitava che, al di fuori dei rarissimi casi di "sproporzione manifesta", una siffatta valutazione di incompatibilità avrebbe potuto collocarsi solo nella fase dell'esecuzione della pena, e non in quella della sentenza di condanna.

La Corte di Strasburgo si assesta così «sul *minimum standard* nell'ambito delle tradizioni costituzionali comuni, livellandosi sugli Stati del Consiglio d'Europa che meno garantiscono i diritti dell'individuo di fronte all'esercizio dello *ius puniendi*» e precludendosi «*a priori* ogni possibilità di stimolare, attraverso la propria giurisprudenza, un innalzamento degli standard di tutela»[18].

La sentenza emessa il 9 luglio 2013 dalla Grande Camera nel caso Vinter pone rimedio alle critiche cui era andato incontro il precedente orientamento espresso con le suddette pronunce del 2012[19]. L'attenzione viene focalizzata essenzialmente sul concreto funzionamento del finalismo rieducativo della pena, tanto che l'oggetto del meccanismo di revisione deve incentrarsi essenzialmente sul riscontro, o meno, di progressi compiuti dal condannato nel percorso di reintegrazione, tali da lasciar ritenere che la sua permanenza in stato di detenzione non sia più giustificata da motivi legittimi inerenti alla pena. Inoltre, l'incompatibilità con l'art. 3 può configurarsi non solo nella fase di esecuzione della pena, ma anche in quella di pronuncia della condanna, qualora manchi, sin dall'inizio, una regolamentazione che disciplini il meccanismo del riesame della pena detentiva perpetua rendendone conoscibili i tempi e le condizioni per l'interessato.

Quest'ultimo requisito sembra logicamente applicabile anche in relazione al procedimento di estradizione, che pure non formava oggetto del giudizio della Corte.

2. Le indicazioni comparatistiche

L'importanza del metodo comparato nel processo di evoluzione della scienza penalistica è ben nota: la nozione stessa di pena, le funzioni politico-criminali da essa perseguite, la struttura del sistema correzionale in un dato ordinamento sono il frutto di una attività di ricerca il cui valore di orienta-

---

[18] Viganò, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale*, cit.

[19] Sul tema v. le puntuali osservazioni di Scarcella, *La Grande Camera cambia idea: il "fine pena mai" è trattamento inumano e degradante*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 11 luglio 2013.

mento trascende le caratteristiche giuspolitiche e culturali dei singoli sistemi giuridici[20].

Si è efficacemente sottolineato che «l'interesse per le esperienze di oltre confine trae alimento dall'insoddisfazione per gli ordinamenti nazionali in vigore, dalla consapevolezza delle loro carenze»[21]. In questa prospettiva, lo studio delle legislazioni straniere si rivela particolarmente utile quale momento propedeutico alla progettazione di soluzioni normative più evolute e rispettose degli obblighi convenzionali.

La stessa costruzione in via pretoria di uno statuto convenzionale della responsabilità penale e della pena «non avrebbe mai potuto compiersi senza una profonda conoscenza dei sistemi penali di riferimento e senza l'uso diretto dell'analisi comparata per la messa a fuoco dei principi della Carta e per la definizione dei parametri di tutela minima»[22].

Di particolare interesse appaiono, sotto questo profilo, le soluzioni accolte negli ordinamenti giuridici dell'Inghilterra, della Spagna e della Germania.

Nel sistema britannico, l'espressione *life imprisonment* non indica – come lascerebbe intendere il *nomen* della pena – la reclusione a vita, bensì la detenzione per un tempo indeterminato, irrogabile solo a soggetti adulti, la cui durata è rimessa al giudizio discrezionale dell'*Home Secretary*, membro del Governo con funzioni simili a quelle del Ministro degli Interni e del Ministro della giustizia nell'ordinamento italiano[23].

La detenzione perpetua (art. 225 del *Criminal Justice Act* 2003) è dunque la più grave pena che l'ordinamento inglese prevede nei confronti di soggetti che abbiano compiuto diciotto anni di età: essa può essere obbligatoria per legge (*mandatory*) o rimessa alla discrezionalità del giudice (*discretionary*).

La sentenza di condanna si articola in due fasi: nella prima viene stabilito un termine minimo di pena (*tariff period*) che deve essere interamente scontato senza possibilità di *early release*; soltanto trascorso tale periodo, previa valutazione della pericolosità sociale, il condannato potrà beneficiare di un rilascio anticipato[24].

Nella prassi consolidatasi a partire dal *Murder* (*Abolition of Dealth Penalty*) *Act* 1965 – che, abrogata la pena di morte, ha introdotto per i *murder* la pena dell'ergastolo – il giudice pronunciando la condanna si limitava a formulare una raccomandazione al Segretario di Stato, affinché questi fissasse un *minimum term*, spirato il quale il condannato avrebbe potuto ac-

---

[20] Mannozzi, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il* Just Desert Model *e la riforma del* sentencing *nordamericano*, Cedam, 1996, p. 34.

[21] Pedrazzi, *Apporto della comparazione alle discipline penalistiche*, in AA. VV., *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, a cura di Sacco, Giuffrè, 1980, p. 174.

[22] Palazzo-Papa, *Lezioni di diritto penale comparato*, Cedam, 2013, p. 29.

[23] Cfr. Menghini, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in Fornasari-Menghini, *Percorsi europei di diritto penale*, Cedam, 2005, p. 119.

[24] Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2005, p. 116.

cedere alla liberazione anticipata, ovvero stabilisse, in ragione della gravità del crimine commesso, che questi non avrebbe mai potuto beneficiare della procedure di parole. Anche in quest'ultima ipotesi era assicurata, trascorsi venticinque anni, la possibilità di una revisione in considerazione di un *exceptional progress in prison* compiuto dal detenuto.

Nel 1999, tuttavia, con la sentenza *V. and T. vs United Kingdom*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ammonito l'Inghilterra che il potere di determinare il periodo minimo di detenzione attribuito all'*Home secretary*, si poneva in contrasto con l'art. 6 CEDU, che come è noto, scolpisce il diritto di ogni individuo ad essere giudicato da un *independent and impartial tribunal*, e non certo da un organo politico quale è un *member of the executive*.

Il sistema venne quindi reputato incompatibile con la Convenzione dall'*House of Lords* nel 2002 con la pronuncia *R. v. Secretary of State for the Home Department*, e riformato dal *Criminal Justice Act* 2003 che ha giurisdizionalizzato integralmente la procedura.

La legislazione attuale attribuisce al giudice il potere di stabilire la durata della pena effettivamente da scontare, riservando al *Parole Board* – organo indipendente dal potere esecutivo – il compito di valutare la sussistenza dei requisiti per accedere alla liberazione anticipata[25].

La commisurazione della pena ha una struttura bifasica: nella prima fase, ispirata alla finalità retributiva, il giudice individuerà il *quantum* di pena proporzionato alla gravità del reato, valutando il fatto nella sua componente oggettiva e in quella psichica, nonché i rapporti tra colpevole e offeso. Successivamente, in un'ottica specialpreventiva, verranno presi in considerazione fattori esterni alla gravità del reato, quali la pericolosità del delitto in relazione all'ambiente ove è stato posto in essere e la personalità del reo, al fine di stabilire se sussistano ragioni di *deterrence* che giustifichino l'aumento di pena oltre il *quantum* proporzionato alla gravità del crimine. Questa fase del *tariff process* è caratterizzata altresì dalla ricerca di *mitigating factors*, relativi al carattere, alla vita anteatta del reo e a qualunque altra circostanza che abbia influito sulla commissione del reato, come i motivi a delinquere. Se valutare a favore del soggetto tali fattori, quali di essi valorizzare, ed in quale misura, è rimesso nella più ampia libertà della corte[26].

La discrezionalità dei giudici nella determinazione del *minimum term in relation to mandatory life sentence* è attualmente mitigata dalla *section* 269 del *Criminal Justice Act* 2003, il quale rinvia alla *Schedule* 21.

Sono previsti *three starting points: a whole life order per exceptionally serious cases* (omicidio premeditato di due o più persone, uccisione di minore

---

[25] In applicazione della disciplina transitoria prevista dal *Criminal Justice Act* i detenuti il cui termine minimo era stato deciso dal Segretario di Stato potevano ricorrere alla *High Court* per domandarne la revisione.

[26] Cfr. Vinciguerra, *Diritto penale inglese comparato*, Cedam, 2002, p. 513 ss.

con sequestro della vittima, ovvero con abuso sessuale, omicidio per scopi politici o religiosi); trent'anni per *particularly serious cases* (omicidio di un agente di polizia in servizio, omicidio perpetrato con armi da fuoco, omicidio aggravato da motivi razziali, da convinzioni religiose, o da orientamento sessuale); quindici anni nelle ipotesi in cui l'omicidio non rientri in una delle categorie precedenti[27].

Nei casi più gravi indicati tassativamente dalla legge il giudice può dunque ordinare che la pena dell'ergastolo sia effettivamente scontata per tutta la durata della vita del condannato, salva la possibilità di una liberazione anticipata rimessa alla decisione del Segretario di Stato in presenza di circostanze eccezionali (ovvero *when the prisoner is terminally ill or seriously incapacitated*).

La previsione di tale eventualità ha consentito alla *Court of Appeal* inglese, con la pronuncia emessa nel 2009 nel caso R. v. Bieber, di affermare, secondo i principi statuiti nella sentenza Kafkaris della Corte di Strasburgo, che nell'ordinamento inglese la pena dell'ergastolo è *de iure* e *de facto* commutabile, con conseguente esclusione di ogni conflitto con l'art. 3 CEDU[28].

La questione – a ben vedere – non è stata oggetto di scrutinio da parte della quarta Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza emessa il 17 gennaio 2012, nel caso Vinter e altri c. Regno Unito[29].

Escluso che la pena dell'ergastolo corredata da un *whole life order* fosse macroscopicamente sproporzionata rispetto ai gravissimi omicidi di cui i ricorrenti erano stati giudicati responsabili, la Corte – a maggioranza di quattro giudici su sette – si è limitata a sottolineare come nel caso di specie non fosse stato dimostrato il venir meno delle necessità punitive e preventive da soddisfare con la pena, con la conseguenza che «non essendo stata dunque comprovata la sussistenza della prima delle declinate condizioni "applicative" della pena "perpetua" – ovvero che la protrazione della detenzione non sia più funzionale ad alcuno degli scopi legittimi della pena – la violazione dell'art.3 CEDU deve essere esclusa, senza che appaia necessario esaminare l'ulteriore profilo se l'ordinamento inglese offra davvero ai condannati all'ergastolo con un "*whole life order*" una opportunità, almeno *de facto*, di vedersi parzialmente condonata la pena»[30].

La compatibilità dell'ordinamento inglese con l'art. 3 CEDU, vagliata con esito positivo dalla quarta sezione della Corte, è stata definitivamente esclusa dalla Grande Camera con la sentenza in commento.

La mera possibilità per il Segretario di Stato di ordinare la liberazione anticipata per "motivi umanitari" non è stata ritenuta sufficiente a garantire

---

[27] Ashworth, *op. cit.*, p. 117.
[28] R. v. Bieber, 2009, 1 WLR 223.
[29] Sent. 17 gennaio 2012, Vinter e a. c. Regno Unito (ric. n. 66069; 130/10; 3896/10).
[30] Così Viganò, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale*, cit.

il rispetto delle garanzie convenzionali; una simile conclusione sarebbe infatti contraria sia al principio della certezza del diritto sia ai *general principles on victim status*: il condannato all'ergastolo ha dunque il diritto di conoscere, sin dall'inizio, le condizioni e i requisiti per accedere al rilascio anticipato.

Secondo la Grande Camera, un ordinamento che non preveda alcun meccanismo di revisione della condanna si pone irrimediabilmente in contrasto con l'art. 3 e tale violazione sorge già al momento *of the imposition of the whole life sentence* e non nella fase successiva della carcerazione. Precisa inoltre la Corte che – in considerazione del margine di discrezionalità che deve essere assicurato agli Stati in materia di giustizia penale – non è suo compito stabilire né se la revisione debba essere affidata all'autorità giurisdizionale o al potere esecutivo, né indicare il termine minimo, trascorso il quale essa debba essere effettuata, ferma restando, sulla base delle indicazioni provenienti dai *comparative and international law materials*, la misura tendenziale di venticinque anni.

In Spagna l'idea rieducativa è il perno attorno a cui ruota l'intero sistema sanzionatorio. La *Constitution* del 1978 dopo aver solennemente sancito all'art. 15 che «tutti hanno diritto alla vita e alla integrità fisica e morale, senza poter essere in alcun caso sottoposti a torture né a pene o trattamenti inumani o degradanti», impone, all'art. 25, comma 2, che le pene detentive siano orientate alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato.

Il catalogo delle pene è contenuto nell'art. 33 c. p., il quale le classifica, in ragione della loro natura e della loro durata in gravi, meno gravi e lievi. Pene privative della libertà personale sono la reclusione, la localizzazione permanente, la responsabilità sussidiaria per il mancato pagamento della pena pecuniaria. La pena dell'ergastolo non è prevista più da lungo tempo e, a differenza di quanto è avvenuto in altri paesi europei, non è stata utilizzata neppure per sostituire la pena di morte quando questa è stata abolita[31].

Chiara la scelta di fondo compiuta dal legislatore spagnolo del 1995 verso la decarcerizzazione e il superamento della pena detentiva: si pensi alla previsione di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi; all'introduzione della misura sanzionatoria (oggi abrogata) dell'arresto di fine settimana consistente nella privazione della libertà personale per trentasei ore durante il *week-end*, volta a ridurre le conseguente desocializzanti e traumatiche ontologicamente connaturate all'esperienza carceraria; alla fissazione di nuovi limiti edittali della reclusione – la quale nella formulazione originaria dell'art. 36 del codice penale – poteva oscillare da un minimo di sei mesi ad un massimo di venti anni, salvo l'innalzamento a trent'anni in ipotesi eccezionali, come nel caso di reati pluriaggravati o concorso di reati.

---

[31] Menghini, *Sistemi sanzionatori*, cit., p. 119.

Giova tuttavia rilevare che, anche in Spagna, l'ideologia rieducativa ha registrato una certa frizione con gli indirizzi più recenti della politica criminale, volti – sull'onda dell'emergenza terroristica – ad assicurare la "certezza della pena", e attuare lo slogan della tolleranza zero, inasprendo significativamente le sanzioni per i recidivi.

Basti pensare alle profonde riforme attuate con le leggi del 2003 (la *Ley Organica* 7/2003 del 30 giugno; la *Ley Organica* 11/2003 del 29 settembre; la *Ley Organica* 15/2003 del 23 novembre) e da ultimo con la *Ley Organica* 5/2010 del 22 giugno le quali – valorizzando istanze di prevenzione generale e prevenzione speciale negativa – da un lato, hanno cercato di comprimere la flessibilità della pena in sede esecutiva (limitando l'accesso ai benefici penitenziari ed aumentando il "periodo di sicurezza" da scontare prima di essere ammessi all'esterno del carcere), e dall'altro lato hanno elevato a quarant'anni il limite massimo della pena detentiva con una decisa inversione di tendenza rispetto all'opzione effettuata dal *Codigo penal* che escludeva le pene di lunghissima durata[32].

Per comprendere appieno la nuova tendenza rigorista può essere utile tratteggiare brevemente le linee fondamentali dell'architettura penitenziaria.

La *Ley Organica General Penitenciaria*, dopo aver individuato nell'obiettivo rieducativo il fine primario dell'istituzione penitenziaria, fissa una serie di principi relativi al rispetto della personalità e dei diritti del condannato durante l'esecuzione. Viene previsto un trattamento differenziato in quattro gradi, ai quali simmetricamente corrispondono diverse possibilità di accesso ai benefici penitenziari: il primo grado consiste nel regime chiuso, il secondo nel regime ordinario, il terzo nel regime aperto ed il quarto nel periodo di libertà condizionale. L'assegnazione iniziale ad uno di essi, così come i successivi avanzamenti o regressi, dipendono dalla necessità di trattamento che presenta il condannato. Ogni grado presuppone l'esecuzione in uno stabilimento o in una sezione corrispondente; di regola il condannato accede al regime ordinario, eccezionalmente a quello chiuso, caratterizzato da una maggior limitazione delle attività in comune dei reclusi e da un più penetrante sistema di controllo e vigilanza su di essi; il regime aperto è solitamente una progressione della situazione del recluso e permette di accedere al lavoro esterno[33].

Il sistema penitenziario è stato profondamente innovato dalla *LeyOrganica* 7/2003, la quale ha inciso sia sulla classificazione dei detenuti, sia sui requisiti di accesso alla liberazione condizionale e ai benefici penitenziari.

A titolo esemplificativo, per gli autori dei crimini più gravi, puniti con la reclusione superiore a cinque anni, l'accesso al terzo grado del regime peniten-

---

[32] Palazzo-Papa, *Lezioni*, cit., p. 176.

[33] Fornasari, *Lineamenti del sistema sanzionatorio spagnolo*, relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dalla IX Commissione tirocinio e formazione professionale del C. S. M. sul tema: *La fase esecutiva del processo penale in Europa*, Frascati, 25-27 settembre 2000.

ziario viene subordinato alla decorrenza di un *periodo de seguridad*, pari alla metà della pena irrogata[34]. Per coloro che abbiano commesso delitti di terrorismo o altri reati perpetrati *en el seno de organizaciones criminales* il passaggio al *tercer grado penitenziario* è reso ancora più stringente dalla previsione di due ulteriori requisiti: adempimento della responsabilità civile e pentimento del reo[35]. Ne consegue quale logico corollario che, senza la contemporanea presenza di tutti i requisiti, tali soggetti rischiano di rimanere nel regime di carcere duro per tutta la durata della pena inflitta, ovvero quarant'anni.

Significative anche le modifiche apportate alla liberazione condizionale (art. 90 c.p.): ne potranno beneficiare i soggetti che si trovino al *tercer grad*o, che abbiano scontato tre quarti della pena inflitta e abbiano tenuto una buona condotta; si richiede inoltre una prognosi favorevole di reinserimento sociale. Per i delitti di terrorismo o di criminalità organizzata – in ossequio al descritto "doppio binario" – si esige altresì il risarcimento del danno e lo scioglimento di ogni legame con l'associazione criminale.

Si tratta di scelte che hanno sollevato numerose critiche: l'innalzamento dei limiti massimi di reclusione unitamente alla previsione di possibilità ridotte e differite nel tempo di ottenere la libertà hanno indotto taluni autori a concludere per una surrettizia reintroduzione dell'ergastolo nel sistema penitenziario spagnolo[36].

---

[34] L'art. 36 c. p. spagnolo prevede tuttavia la possibilità per il giudice di sorveglianza di ammettere il condannato al regime generale di esecuzione prima del suddetto termine qualora vi sia una prognosi favorevole circa le possibilità di reinserimento sociale, tenuto conto anche delle circostanze personali del reo e dell'evoluzione del trattamento rieducativo. Tale potere viene meno nel caso in cui il soggetto sia stato condannato per reati di terrorismo o commessi nel seno di organizzazioni criminali.

[35] Il comma 6 dell'art. 72 L. O. G. P. recita: *Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades*.

[36] Corn, *Il silenzioso ritorno dell'ergastolo in Spagna: la risposta sanzionatoria alla criminalità organizzata offerta dalla Ley Orgánica 7/2003*, in *Modelli sanzionatori per il*

La severità e la rigidità delle nuove previsioni normative, invero, rischiano di pregiudicare i diritti dei detenuti in modo più incisivo rispetto a quanto accade negli altri ordinamenti che pure prevedono formalmente la pena dell'ergastolo, con il conseguente rischio di un "aggiramento" delle garanzie della CEDU.

In Germania, dopo che la pena di morte è stata abolita in virtù dell'art. 102 della Legge Fondamentale, la pena detentiva a vita (§ 38 I StGB) è la più grave sanzione del diritto penale vigente. In alcuni casi essa deve essere obbligatoriamente irrogata, in altri casi la sua inflizione è solo discrezionale: reati sanzionati con la sola pena dell'ergastolo sono l'assassinio ed il genocidio, unitamente ad ipotesi particolarmente gravi di omicidio; la "reclusione perpetua", invece, è posta in alternativa alla pena detentiva temporanea nelle ipotesi della preparazione ad una guerra offensiva o dell'incendio aggravato[37].

La legittimità costituzionale dell'ergastolo, a lungo controversa, è stata definitivamente affermata dalla Corte costituzionale nel 1977[38], nella misura in cui al condannato sia assicurata una possibilità concreta e realisticamente accessibile di riottenere la libertà dopo un certo tempo passato in carcere. Soltanto a queste condizioni può essere rispettato il "supremo valore costituzionale" dell'intangibilità della dignità umana, solennemente proclamato dall'art. 1 della Carta Fondamentale.

Ogni residua perplessità giuridica è stata successivamente superata grazie all'introduzione nel 1981 del nuovo § 57a StGB, il quale prevede il beneficio della liberazione condizionale[39] in presenza delle seguenti condizioni: devono essere già stati scontati quindici anni di detenzione, non vi deve essere un grado di colpevolezza tale da imporre l'ulteriore esecuzione, vi deve essere una prognosi sociale favorevole, dovendo potersi presumere che il condannato si asterrà dalla commissione di ulteriori reati, ed, infine, è richiesto il suo consenso[40].

La previsione del termine minimo di durata pari a quindici anni, nonché la possibilità della revisione della necessità dell'esecuzione della pena, consentono allo stato di esprimere un giudizio positivo sulla compatibilità dell'ordinamento tedesco con l'art. 3 CEDU, alla luce della lettura offerta dalla giurisprudenza di Strasburgo.

---

contrasto alla criminalità organizzata: un'analisi di diritto comparato, Università degli studi di Trento, 2007, p. 13.

37 Fornasari, *I principi del diritto penale tedesco*, Cedam, 1993, p. 485.

38 BVerfGE 45, 187.

39 Molinari, *Le sanzioni penali in Germania*, relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dalla IX Commissione tirocinio e formazione professionale del C. S. M. sul tema: *La fase esecutiva del processo penale in Europa*, Frascati, 25-27 settembre 2000.

40 Fornasari, *I principi*, cit., p. 486.

3. Le possibili implicazioni per l'ordinamento italiano

Nell'ordinamento italiano la compatibilità dell'ergastolo con i principi costituzionali, più volte ribadita dal Giudice delle leggi[41], è stata recentemente riaffermata dalla Suprema Corte, la quale ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 c. p. in riferimento all'art. 27 Cost. nonché all'art. 5 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e all'art. 6 CEDU, sottolineando che «L'ergastolo, nella concreta realtà, a seguito della l. 25 novembre 1962, n. 1634 e dell'entrata in vigore dell'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354, con succ. mod.), ha cessato di essere una pena perpetua e, pertanto, non può dirsi contraria al senso di umanità od ostativa alla rieducazione del condannato; e ciò non solo per la possibilità della grazia, ma altresì per la possibilità di un reinserimento incondizionato del condannato nella società libera, in virtù degli istituti del vigente diritto penitenziario»[42].

In proposito, può assumere un qualche rilievo l'opportunità di fruire dei permessi premio e del lavoro all'esterno del carcere, trascorsi dieci anni, nonché della semilibertà, dopo venti anni di esecuzione. Il carattere perpetuo della sanzione, tuttavia, è essenzialmente temperato dalla possibilità di accedere alla liberazione condizionale: è questo infatti il principale istituto che rende l'ergastolo non contrastante con il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena.

Il condannato vi può accedere quando abbia scontato ventisei anni di pena detentiva[43] e abbia tenuto, durante il tempo dell'esecuzione, un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento. Il decorso di un tempo minimo esprime il momento sanzionatorio della liberazione condizionale; il ravvedimento realizza invece la finalità di prevenzione speciale dell'istituto, che lungi dal costituire un "premio" per la buona condotta del detenuto, rileva come strumento di effettivo recupero sociale, in esito ad un giudizio prognostico sulle concrete possibilità di reinserimento del reo[44].

Il comportamento da valutare ai fini del giudizio sul ravvedimento deve consistere nell'insieme degli atteggiamenti concretamente tenuti ed esteriormente manifestati dal soggetto, che consentano la formulazione di una seria ed affidabile prognosi di pragmatica conformità della sua futura condotta di vita al quadro di riferimento normativo-ordinamentale con cui egli entrò

---

[41] V. C. cost., sent. 27 giugno 1974, n. 204; 7 novembre 1974, n. 264; 14 luglio 1976, n. 192; 21 settembre 1983, n. 274; 4 giugno 1997, n. 161.

[42] Sez. I, 22 agosto 2012, n. 33018.

[43] Tale termine può essere ulteriormente ridotto grazie alla liberazione anticipata, che consente la detrazione di quarantacinque giorni per ogni semestre di pena scontata nel quale il detenuto abbia dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione.

[44] Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, Zanichelli, 2010, p. 814.

in conflitto all'atto della commissione dell'illecito per il quale ebbe a subire la sanzione penale. Estranei e non funzionali alla natura ed ai limiti di tale giudizio prognostico devono ritenersi, pertanto, il sindacato sul grado di intima accettazione della condanna o della pena ed ogni investigazione circa l'interiore adesione ai valori espressi dall'assetto normativo-istituzionale o l'effettiva condivisione morale dei modelli comportamentali a quell'assetto sottesi, così come ogni pretesa di formale abiura o ripulsa delle pregresse condotte devianti[45].

La concessione del beneficio è poi subordinata all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato: l'interessato deve fornire la prova dell'avvenuto risarcimento del danno o, in difetto, dell'impossibilità di adempiere tale obbligazione[46].

Accertata la sussistenza di tali requisiti il giudice ha l'obbligo, e non la facoltà, di concedere la liberazione condizionale.

Ed invero la Corte costituzionale ha riconosciuto che il condannato che si trovi nelle condizioni stabilite dall'art. 176 c. p. ha un vero e proprio diritto a che il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale[47].

In termini generali, dunque, la disciplina italiana della pena detentiva di massima durata sembra conforme agli standard adesso fissati dalla Corte europea[48].

Tutt'al più, un problema di conformità all'art. 3 CEDU potrebbe sorgere dalla prassi applicativa che ha indotto alcuni osservatori a sostenere che l'ammissione o meno al beneficio della liberazione condizionale e agli altri benefici previsti dalla legge Gozzini sia tutt'altro che automatica, fondandosi su criteri sensibilmente discrezionali[49]. L'esistenza di irrisolti contrasti giurisprudenziali in questo settore rischierebbe, infatti, di vanificare l'esigenza che il condannato all'ergastolo sia posto in condizione di conoscere sin dall'inizio i tempi e le modalità per accedere alla liberazione condizionale.

Rimane aperta, tuttavia, la questione relativa alla compatibilità con l'art. 3 CEDU del c. d. ergastolo ostativo. Si tratta della speciale regolamentazione dettata, per alcune categorie di reati (rientranti principalmente nell'ambito del terrorismo e della criminalità organizzata), dall'art. 4-*bis* dell'ordinamen-

---

[45] Sez. I, 11 marzo 1997, n. 1965.

[46] Filippi-Spangher, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, 2011, p. 153.

[47] C. cost., 4 luglio 1974, n. 204 e 25 maggio 1989 n. 282.

[48] In questo senso Scarcella, *op. cit*.

[49] Sartarelli, *Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo: una* contradictio in terminis *ancora irrisolta (in particolare, riflessioni sulla sentenza n. 161/97)*, in *questa rivista*, 2001, p. 1356.

to penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354), che esclude l'applicabilità di una serie di benefici quali l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione (con eccezione della liberazione anticipata), a meno che sia prestata una collaborazione con la giustizia ovvero che tale collaborazione risulti impossibile. Tale divieto è poi esteso alla liberazione condizionale dall'art. 2 del d. l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203, con l'effetto di privare di ogni rilevanza concreta la (solo teorica) applicabilità della liberazione anticipata.

Su tale disciplina si sono appuntate forti critiche da parte della dottrina, che ha affermato il suo contrasto con il principio del finalismo rieducativo della pena e la inammissibilità della trasformazione del diritto di non collaborare – rigorosamente garantito in sede processuale come espressione del principio *nemo tenetur se detegere*, così che la collaborazione rileva esclusivamente come scelta spontanea del soggetto interessato, con effetti premiali – in un onere da assumere in modo tutt'altro che spontaneo nella fase esecutiva per poter usufruire del normale regime di rilevanza della proficua partecipazione al trattamento[50].

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate sono state però respinte dalla Consulta, la quale ha ritenuto che la disciplina che subordina l'ammissione alla liberazione condizionale alla collaborazione con la giustizia, rimessa alla scelta del condannato, non precluda in modo assoluto e definitivo l'accesso al beneficio, e non si ponga, quindi, in contrasto con il principio rieducativo enunciato dall'art. 27, comma 3, Cost.[51].

La tematica potrebbe però adesso riaprirsi sotto il profilo di un eventuale contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione al "parametro interposto" costituito dall'art. 3 CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

Ci si potrebbe interrogare, infatti, sulla idoneità del meccanismo di revisione predisposto dalla disciplina interna a consentire una adeguata verifica dei progressi compiuti dal condannato nel percorso di reintegrazione, per stabilire se la sua permanenza in stato di detenzione sia ancora giustificata da motivi legittimi inerenti alla pena.

Una simile questione sembra più agevolmente prospettabile nell'ambito del procedimento di sorveglianza che nel giudizio di cognizione, trattandosi di vagliare non l'esistenza di una regolamentazione legislativa che fissi termini e condizioni pienamente conoscibili dagli interessati, ma l'adeguatezza di tale normativa interna rispetto agli standard internazionali di tutela dei diritti fondamentali nella fase di esecuzione della pena.

---

[50] Eusebi, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4*-bis*, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *questa rivista*, 2012, p. 1220 ss.; Filippi-Spangher, *Manuale di diritto penitenziario*, cit.

[51] Così C. cost., 24 aprile 2003, n. 135.

A sostegno di una eventuale questione di costituzionalità potrebbe addursi il consolidato orientamento della giurisprudenza europea secondo cui il divieto di trattamenti inumani e degradanti, avendo carattere assoluto ed inderogabile, non è soggetto a bilanciamento con altri valori, come quelli riguardanti la lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata.

Occorrerebbe però verificare se le esigenze connesse al contrasto di simili fenomeni criminali con accentuata dimensione collettiva non possano influire sulla conformazione del percorso di reinserimento del condannato, differenziandolo rispetto alle situazioni ordinarie, nelle quali vengono in rilievo condotte delittuose di natura essenzialmente individuale.

Del resto, la Corte di Strasburgo, pur sottolineando lo stretto collegamento del "diritto al silenzio" con i principi del "processo equo" e della "presunzione di innocenza", ha avuto modo di chiarire che tale diritto non è assoluto, e che la Convenzione non impedisce di trarre deduzioni sfavorevoli per l'accusato dall'esercizio dello *ius tacendi* in presenza di apposite garanzie (sent. 8 febbraio 1996, John Murray c. Regno Unito)[52].

Proprio sulla tematica della compatibilità dell'ergastolo ostativo con l'art. 3 CEDU potrebbe essere sperimentato in un prossimo futuro, con effetti di particolare utilità, il nuovo strumento previsto dal Protocollo n.16 predisposto dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 10 luglio 2013, il quale delinea un meccanismo di interpello preventivo della Corte di Strasburgo da parte delle Corti supreme nazionali, finalizzato ad ottenere un parere consultivo sull'interpretazione di una norma convenzionale rilevante per la decisione di una controversia, nella prospettiva di un "dialogo rafforzato" tra le diverse giurisdizioni.

---

[52] Recentemente la Corte europea ha delineato i parametri da utilizzare per verificare la configurabilità, o meno, di una violazione dall'art. 6 della Convenzione in presenza di misure idonee ad incidere sul diritto di non contribuire alla propria incriminazione, segnalando l'esistenza di prendere in considerazione: *a)* la natura e il grado della coercizione usata per ottenere la prova; *b)* l'esistenza di adeguate garanzie procedurali inerenti alle modalità di acquisizione degli elementi autoindizianti; *c)* la utilizzazione in giudizio del materiale così ottenuto (sent. 11 giugno 2006, Jalloh c. Germania).

CRISI NELLA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA, POPULISMO E ISTANZE DI RAFFORZAMENTO DELLA DEMOCRAZIA DIRETTA

di Paola Bilancia

Sommario: 1. Crisi della democrazia e sfiducia nella rappresentanza politica. – 2. Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa-deliberativa. – 3. Le nuove proposte di democrazia partecipativa. – 4. Conclusioni.

1. Crisi della democrazia e sfiducia nella rappresentanza politica

Lo scollamento del Paese dalla politica, la scarsa fiducia del corpo elettorale nei confronti dei suoi rappresentanti e dunque, in generale, i fenomeni che sono stati definiti dalla dottrina come "crisi della democrazia rappresentativa"[1], hanno portato in questa decade all'emergere nei Paesi occidentali di movimenti politici che si appellano a nuovi canali per la rappresentazione politica della volontà dei cittadini, a volte autodefinendosi "non partiti", a volte abbracciando le istanze comunemente riunite sotto l'egida del cosiddetto "sovranismo", "nazionalismo" o "populismo"[2].

Si pone a questo punto per la dottrina il dovere di affrontare, anche dal punto di vista costituzionalistico, una riflessione sulle opportunità e sulle possibili criticità di manifestazioni di volontà per il rafforzamento della democrazia, nella considerazione che Democrazia è un concetto politico che può essere tradotto in una serie di strumenti e procedure giuridiche in un dato contesto storico. Non esiste infatti una definizione giuridica di democrazia, e si può tranquillamente sostenere che democrazia è un concetto politico che si concretizza in strumenti giuridici, e dunque in procedure e in istituzioni politiche connesse all'esercizio della sovranità da parte del popolo.

---

[1] Sul tema si vedano, per tutti: A. D'Atena, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018; A. Spadaro, *Su alcuni rischi, forse mortali, della democrazia costitu-zionale contemporanea. Prime considerazioni*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017; G. Serges, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2017; M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon – F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001. Sia inoltre consentito il rinvio ai contributi ora raccolti in P. Bilancia (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2018.

[2] Per un recente studio sul tema si vedano G. Allegri – A. Sterpa – N. Viceconte (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

Nella Costituzione italiana, ad esempio, il principio democratico non si esaurisce nella forma di governo, legittimata e costituita tramite la rappresentanza politica, ma comprende sostanzialmente il principio personalista, la garanzia dei diritti inviolabili della persona, il principio lavorista (che vede nel lavoro il fattore fondante della organizzazione economico-sociale), il principio pluralista e, d'altra parte, detti principi ne costituiscono l'irreversibile sviluppo[3]. Non può esistere democrazia senza diritti di libertà, senza diritti di eguaglianza, senza diritti politici, senza diritti sociali.

L'attribuzione dell'esercizio del potere sovrano al popolo secondo modalità e strumenti previsti dall'ordinamento è principio supremo, sottratto a qualsiasi possibile revisione costituzionale. Del resto, tutte le forme di Stato moderno occidentale si configurano, in ultima analisi, come democrazie rappresentative fondate sull'esercizio del diritto di voto per l'elezione dei rappresentanti politici, anche se il voto non esaurisce l'esercizio del potere sovrano che, infatti, si dirama in una serie di istituti e attività ulteriori[4]. Alla base dell'ordinamento democratico vi sono le libertà di pensiero, di riunione, di associazione in partiti politici, ed anzi, proprio questi ultimi rappresentano il reale strumento per la canalizzazione della domanda politica nel circuito istituzionale. Inoltre, la previsione di alcuni istituti di democrazia diretta di portata maggiore, quali referendum e iniziativa legislativa popolare, o minore, quali la petizione, completa il sistema, per lo più con finalità integrativa-correttiva[5]. Il nostro ordinamento costituzionale, come è noto, restringe la portata del referendum: a quello *abrogativo*, che peraltro non è esperibile su una serie di leggi[6]; a quello *eventuale* su una riforma costituzionale o su una legge costituzionale approvata dalle Camere a maggioranza assoluta[7]; a

---

[3] C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975, I, pp. 146 ss.

[4] Si veda V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (Note preliminari)*, in Id., *Stato, popolo, governo: Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 122. Si veda, in particolare, A. Morelli, *Introduzione. Rappresentare, partecipare, governare: quale futuro per il modello democratico?*, in Id. (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*. Milano, Giuffrè ed., 2015, pp. 2 e ss.

[5] Sulla portata correttiva o oppositiva si rinvia *ex multis* a: M. Luciani, *Il referendum abrogativo. Commento all'art. 75*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 2005; E. De Marco, *Democrazia in trasformazione: i nuovi orizzonti della democrazia diretta*, in questo *e-book*.

[6] Si ricordi come l'art. 75 cost. ponga il limite ai referendum su leggi per le leggi tributarie e di bilancio [*cfr. art. 81*], di amnistia e di indulto [*cfr. art. 79*], di autorizzazione a ratificare trattati internazionali (e, secondo la Corte Costituzionale, anche di esecuzione dei trattati internazionali). Sul tema si veda, per tutti, E. De Marco, *Contributo allo studio del Referendum nel diritto pubblico italiano*, Padova, cedam, 1974.

[7] Sul tema si vedano: G. Ferri, *Il referendum nella revisione costituzionale*, Padova, cedam, 2001; A. Baldassarre, *Il "referendum" costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 1994; G. Cavaggion, *L'articolo 138 Cost. in Assemblea costituente. Procedimento ordinario di revisione costituzionale e partecipazione delle minoranze*, in *Nomos*, n. 2, 2017.

referendum territoriali quali il referendum che, in caso di voto favorevole, costituisce il presupposto di una legge costituzionale per le fusioni di più Regioni o per la costituzione di una nuova Regione (articolo 132 comma 1); al referendum che, in caso di voto favorevole, costituisce il presupposto di una *legge ordinaria* che consente a una Provincia o a un Comune di staccarsi da una Regione e aggregarsi a un'altra (articolo 132 comma 2). Ciò non esclude che le Regioni nel proprio statuto prevedano altre tipologie di referendum territoriale o che i Comuni, del pari, li prevedano per finalità consultive, propositive o di indirizzo.

Una democrazia rappresentativa, integrata da istituti di democrazia diretta (a carattere correttivo e integrativo), dovrebbe tendere a far coincidere la volontà dei governati con quella dei governati ed a consentire che l'esercizio delle funzioni politiche derivi dalla partecipazione popolare (diretta o indiretta): la volontà popolare (del corpo elettorale, che coincide con quello decidente negli istituti di democrazia diretta) è tanto più sentita quanto più è ristretta la comunità sottostante, quanto più sono validi i canali di trasmissione della domanda politica – costituiti dai partiti e movimenti –, quanto più validi sono i sistemi elettorali. Sembra quindi imprescindibile nella forma di Stato contemporaneo la compenetrazione tra rappresentanza e democrazia.

Una democrazia moderna necessita conseguentemente di una seria ponderazione della forma di governo per la costruzione di un equilibrio tra rappresentatività e governabilità, governo della maggioranza e tutela e rispetto delle minoranze, valorizzazione delle scelte politiche elettorali alla base della formazione dell'indirizzo politico. Un sistema democratico fondato su libere elezioni e sul principio di maggioranza che guida la configurazione del governo ed i processi decisionali politici veniva considerata dallo stesso Kelsen come il minore dei mali[8]. Del resto, rappresentanza e governabilità sono entrambe funzionali ad un sistema realmente democratico, pur nella considerazione che un sistema iper-rappresentativo rende difficile la governabilità di un Paese.

La democrazia rappresentativa versa attualmente, come si è anticipato, in uno stato di crisi, dovuto alle criticità del rapporto tra governanti e governati, alla debolezza della politica nell'affrontare grandi temi quali gli effetti della globalizzazione, il massiccio ed incontrollato flusso migratorio,

---

[8] Del resto, come saggiamente rilevato da L. Violante, *Democrazie senza memoria*, Torino, Einaudi, 2017, pp. 115 ss., "Il conflitto è ineliminabile nelle democrazie. La democrazia non sui considera perfetta e quindi i regimi democratici sono messi continuamente in discussione proprio attraverso il conflitto politico… Un vivere civile che rinuncia al conflitto si condanna alla decadenza ... Il conflitto democratico non è certamente facile, perché ha bisogno di attori politici maturi, sicuri della propria identità, in grado di autolimitarsi, consapevoli della loro responsabilità nei confronti dell'intera nazione".

nonché le ricadute della grave crisi finanziaria, economica e di conseguenza sociale che si è abbattuta sul mondo occidentale a partire dal 2007 e con sensibili ed evidenti difficoltà per i cittadini e imprese, in particolare dal 2009 ad oggi.

I cittadini addebitano alla classe politica l'incapacità o l'inadeguatezza ad affrontare i grandi problemi economico-sociali che hanno prodotto l'impoverimento non solo delle classi deboli ma, soprattutto, dei ceti medi. L'allontanamento dalla politica, la disillusione nei confronti della politica dei partiti, a cui ha contribuito anche il frequente "cambio di casacca" da parte dei parlamentari, la difficoltà di trovare una legge elettorale che consenta il raggiungimento della maggioranza dei voti nelle due Camere, hanno prodotto da una parte una progressiva, costante crescita dell'astensionismo nei procedimenti elettorali e, dall'altra, l'emergere di movimenti politici populisti, spesso calderoni di voti di protesta provenienti da origini politiche finanche tradizionalmente contrapposte[9]. Se è vero che pare che una parte del corpo elettorale voglia avere più voce nei processi decisionali attinenti alle scelte politiche, è altrettanto vero che l'uso più diffuso di strumenti tecnologici – anche se, come si cercherà di argomentare, di difficile controllabilità – rende possibile una maggiore informazione e partecipazione al dibattito politico di una parte, sia pure ristretta, della popolazione, che porta all'elaborazione di proposte da affidare ad una parte politica.

2. Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa-deliberativa

È estremamente difficile incamminarsi nel percorso definitorio della democrazia partecipativa-deliberativa quale *tertium genus* rispetto alla democrazia rappresentativa ed a quella diretta realizzata, ad esempio, mediante i tradizionali strumenti referendari, anche se strumenti per una maggiore partecipazione popolare non sono certamente incompatibili, in astratto, con il sistema rappresentativo.

Ci si può rifare a forme di valorizzazione di autonomia partecipativa[10]

---

[9] Come saggiamente rileva M. Salvati, *La democrazia è in crisi. Che cosa c'è di nuovo?*, in *La rivista Il Mulino*, n. 6/2016, la crisi è "nelle difficoltà dei partiti tradizionali a fronte delle reazioni di tipo populistico indotte dal regime economico-politico internazionale oggi dominante, oltre che da diverse (e solitamente più rimediabili) cause nazionali".

[10] Cfr. S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, Mondadori, 2017, pp. 99 ss., in cui l'A. riconosce forme di malessere nelle democrazie occidentali che provocano la ricerca di rimedi, surrogati, alternative, dai referendum modello appello al popolo di stampo gollista a forme di democrazia "deliberativa" con il ricorso alla rete. Si veda L. Bobbio, *La democrazia deliberativa nella pratica,* in *Stato e mercato*, n. 1/2005. Sulla democrazia partecipativa, *genus* che non si contrappone alla democrazia deliberativa ma che sembra ricomprenderla, si vedano le acute osservazioni di M. Luciani, *Democrazia rappresentati-*

che coinvolgano i cittadini in un dibattito che esprima posizioni differenti, supportate da argomentazioni più o meno logiche. Il dibattito concernente una data scelta politica (o amministrativa) presupporrebbe, peraltro, una condizione di parità degli interventori (il richiamo alla *isegoria* dell'assemblea di Pericle è praticamente necessario) sulla base di argomenti imparziali e l'apertura ad altre possibili interazioni. Non, quindi, mediazioni (tipiche delle decisioni politiche parlamentari), né raggiungimento di compromessi, ma procedimento dialogico che porti ad una scelta da proporre. In realtà, poi, i politologi distinguono tra democrazia partecipativa e democrazia deliberativa[11]. Nella seconda si sottolinea l'importanza del dibattito e delle argomentazioni delle posizioni (basandosi sul temine *deliberate* nella traduzione dall'inglese, ossia nel significato *prendere in considerazione*) tra i portatori di interesse (pubblici e privati) mentre la democrazia partecipativa (di origine sudamericana) sembra più indefinita proceduralmente e consisterebbe sostanzialmente nel coinvolgimento di chiunque lo desideri nel dibattito, in genere per contrastare o arginare una decisione pubblica.

Di solito si parla di democrazia deliberativa nelle esperienze nordamericane, facendo riferimento alle *Town Halls*, assemblee aperte nelle quali si discute di questioni legate ad un territorio determinato e che possono riguardare finanche, al limite, la necessità di rimuovere un semaforo, oltre che essere luogo per i politici nazionali per dialogare con i propri *Constituents* anche su progetti normativi o regolatori[12].

Diversa, ma egualmente significativa, l'esperienza francese del *Débat Public*, introdotta in Francia dalla legge Barnier del 1995[13], che si rivela una procedura di democrazia partecipativa di grande importanza soprattutto per realizzare il consenso, specie con riferimento alla protezione ambientale, su grandi opere quali, ad esempio, tratti ferroviari per l'alta velocità, linee ad alta tensione, costruzione di porti e aeroporti, gestione dei rifiuti nucleari. Il *débat* rappresenta una fonte di informazione per la cittadinanza ed uno strumento (*modus operandi*) per una raggiungibile condivisione del proget-

---

va e democrazia partecipativa e deliberativa, in L. Carlassare (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, Cedam, 2004, pp. 180 ss.; più recente il saggio di R. Bifulco, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, Firenze University Press, 2010, pp. 65 ss.; U. Allegretti, *Democrazia partecipativa, un contributo alla democratizzazione della democrazia*, *ibidem*, pp. 6 ss.

[11] L. Mazzuca, *Democrazia partecipativa e democrazia deliberativa: alcune riflessioni sul modello di Fung e Wright, XXIV Convegno SISP*, Venezia, Università IUAV, 16-18 settembre 2010*, paper*.

[12] F.M. Bryan, *Real Democracy: The New England Town Meeting and How It Works*, Chicago, University of Chicago Press, 2003.

[13] Legge n. 95-101 del 2 febbraio 1995, *"Relative au renforcement de la protection de l'environnement*.

to attraverso la valutazione degli interessi coinvolti e la considerazione dei vantaggi o degli svantaggi che queste opere potrebbero apportare. A tal fine è stata istituita una *Commission Nationale du débat public*, con sede nel ministero che ha competenze sull'ambiente, in grado di organizzare il dibattito anche attraverso l'istituzione, a sua volta, di Commissioni ulteriori per ciascuna opera da progettare.

Tale forma di partecipazione è stata importata anche nel nostro ordinamento[14] nel nuovo Codice degli appalti, nel quale viene anche prevista per la prima volta la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di svolgere "consultazioni di mercato", prima dell'avvio di una procedura di appalto[15]. In realtà è preoccupazione dello Stato contemporaneo coinvolgere nei processi decisionali (o, meglio, partecipativi) i cittadini[16], essendo la partecipazione perfettamente compatibile con le forme istituzionali politiche, proprio per evitare una frattura tra decisori politico-istituzionali e cittadinanza. La partecipazione rende informati e consapevoli i soggetti sui quali le decisioni pubbliche avranno poi il loro impatto e riesce, talvolta, a far cambiare le posizioni iniziali dei proponenti dimostrando la reale entità delle esigenze sociali da soddisfare, oltre a rendere i partecipanti maggiormente in grado di valutare l'operato dei rappresentanti politici.

3. Le nuove proposte di democrazia partecipativa

Nelle democrazie occidentali contemporanee il tema della crisi della democrazia rappresentativa è ampiamente dibattuto: in realtà non è la democrazia di per sé che viene messa in discussione ma è la portata della rappresentanza mediante la quale il popolo affida ai rappresentanti le decisioni che regolano la vita dei cittadini, la determinazione dei diritti e dei doveri,

---

[14] Il decreto legislativo 50/2016 recepisce le tre direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e che ha dato vita al nuovo Codice degli Appalti e delle Concessioni (Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (Nuovo Codice Appalti). Novità qualificante del Codice è rappresentata dall'art. 22 che, all'interno dell'elenco dei lavori da predisporre biennalmente dalle stazioni appaltanti *ex* art. 21 dello stesso Codice, indica la "obbligatorietà" della procedura di "dibattito pubblico". Sul punto, si veda M. Vittori, *Dibattito pubblico anche in Italia: la svolta per una politica abituata a non decidere*, in *Amministrazione in cammino*, rivista telematica, 2016.

[15] Art. 66 del D.Lgs. 50/2016.

[16] Sulla differenza tra democrazia partecipativa e democrazia deliberativa si veda B. Gbikpi, *Dalla Democrazia partecipativa a quella deliberativa: quali possibili continuità*, in *Stato e mercato*, n. 1/2005, pp. 96 ss.

aspettando la scadenza dei mandati parlamentari per una nuova decisione sulla loro riconferma o meno. Considerato che gli istituti della democrazia sono sorti per il controllo del governo della cosa pubblica e che il passaggio dall'oligarchia alla democrazia è avvenuto tramite l'istituto della rappresentanza politica, necessaria per il controllo e l'indirizzo delle istituzioni politiche di governo, va considerato come con un ulteriore passaggio la partecipazione nell'ordinamento italiano si stia progressivamente realizzando tramite strumenti atti alla democratizzazione della società[17]. Lo sviluppo completo della democrazia in un ordinamento statale non si basa, infatti, solo sulla rappresentanza politica o sull'attuazione degli istituti tradizionali di democrazia diretta, ma anche attraverso la partecipazione dei cittadini alle decisioni che li riguardano e negli spazi in cui possono esercitare questi diritti: nelle scuole, nelle fabbriche e nelle diverse formazioni sociali.

Al di fuori degli istituti di democrazia diretta quali il referendum – presente in quasi tutti gli ordinamenti occidentali, sia pure con un diverso ambito e finalità di applicazione – che riveste, peraltro, come già rilevato, una funzione correttiva, integrativa delle decisioni del legislatore, vengono alla ribalta nuove proposte di strumenti di democrazia partecipativa. Interessante sembra la proposta di una forma di democrazia "continua" che costruisca uno spazio di intervento dei cittadini nel dibattito politico, spazio ora limitato solo al momento dell'elezione dei rappresentanti, ovvero una sorta di costante presenza dei cittadini, al di fuori delle elezioni, senza, peraltro, "inficiare" lo spazio della rappresentanza politica.

Dominique Rousseau afferma, in proposito[18], che, nel sistema politico francese, sembra opportuna una rivisitazione del sistema politico rappresentativo, riconoscendo ai cittadini il diritto di richiedere la riunione di "Convenzioni", i cui componenti dovrebbero essere estratti a sorte per deliberare o, meglio, esprimere le proprie posizioni nel dibattito su proposte in materie sociali, economiche, ecologiche prima della loro iscrizione all'ordine del giorno del Parlamento (*Assemblée Nationale*). Tale proposta certamente richiama alla mente la composizione delle giurie popolari che affiancano il giudice penale in molti ordinamenti ed avrebbe, probabilmente, l'effetto dell'assunzione di responsabilità, da parte di cittadini, su scelte da proporre al rappresentante su argomenti sui quali i parlamentari hanno maggiore difficoltà nel portare

---

[17] Cfr. N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, in particolare pp. 15 ss.

[18] Le procedure della *Democratie continue* sono esplicitate da D. Rousseau, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*", Seuil, 2015. L'A., richiamandosi all'art. 6 della *Déclaration des droits de lò homme et du citoyen* parla di un obbligo dei parlamentari di riunire delle *assemblées primaires* di cittadini nella loro circoscrizione per discutere progetti di legge e proposte e raccogliere pareri prima essi che siano presentati all'Assemblea nazionale: "*La démocratie n'est pas une somme aritmétique de suffrages et les citoyens ne sont pas des intermittens de la vie politique. La démocratie est l'expérience vivante des citoyens inventant en contenu les formes de leur vie*".

avanti una soluzione politica. Si pensi alle difficoltà politiche incontrate dal nostro Parlamento su proposte di legge concernenti le unioni civili, lo *jus soli*, le condizioni dell'immigrazione, che costituiscono temi sensibili per la società sui quali si sono svolti dibattiti parlamentari divisivi che non rispecchiavano, o non rispecchiano, spesso, la volontà della maggioranza dei cittadini. La soluzione prospettata pertanto si prefigge di reinventare il sistema rappresentativo affiancandolo con Convenzioni popolari che dibattano quelle proposte normative che abbiano un significativo impatto sulla vita della società.

È evidente come tale proposta si inserisca in un quadro di sfiducia nei confronti del sistema dei partiti, in una visione insoddisfatta della rappresentanza politica, ritenuta non più sufficiente a garantire la "sovranità del popolo"[19], in cui spesso il voto è espressione di negazione o di contrasto e non di una scelta razionale. Si è parlato in questo senso di un'oscillazione di un ideale "pendolo" della democrazia, che discostandosi dalle forme della democrazia rappresentativa si avvicina gradualmente a forme di democrazia diretta[20].

Ma, addentrandoci in un percorso complesso, arato significativamente dai politologi e filosofi della politica[21] e forse, in misura quantitativamente più ridotta dai giuristi[22] si pone anche il problema dell'individuazione di altre, nuove forme di sviluppo del dialogo per una partecipazione-deliberazione che sia il più possibile inclusiva, realizzata in condizioni di libertà di accesso e di isegoria.

---

[19] Del resto la dottrina costituzionalista aveva previsto la possibilità di integrare la rappresentanza politica con strumenti di partecipazione. Si veda C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pp. 146 ss.; V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., pp. 1214 ss.

[20] Si veda E. De Marco, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nei progetti di riforma del "Governo del cambiamento"*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2018.

[21] Sulla democrazia dialogica-deliberativa e partecipativa si veda J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad.it, Napoli, Guerini e Associati, 1996; per una bibliografia politologica sul tema si veda. *The National Coalition for Dialogue & Deliberation (NCDD) http://www.thataway.org/ e Citizen Science Toolbox http://www.coastal.crc.org.au/toolbox/biblio.html*.

[22] . Di grande spessore il saggio di S. Rodotà, *Dieci tesi sulla democrazia continua*, in D. De Kerchkhove – A. Tursi (a cura di), *Dopo la democrazia. Il potere e la sfera pubblica nell'epoca delle reti*, Milano, Apogeo, 2006. Sulla differenza tra democrazia deliberativa e democrazia partecipativa, sottolineando come la democrazia deliberativa richieda la lunghezza e la complessità di un dibattito che può svolgersi solo in un ambiente attentamente regolato si veda R. Bin, *Contro la Governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, in Atti del Convegno "Il federalismo come metodo di governo. Le regole della democrazia deliberativa. 25-26 novembre 2016, Trento, in *Forum di Quaderni costituzionali*, in http://www.forumcostituzionale.it/ wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/ paper/0270_bin.pdf democrazia deliberativa"; sul rilievo costituzionale della partecipazione e la portata normativa della "democrazia partecipativa" si veda A. Valastro, *Partecipazione, Politiche pubbliche, Diritti* in Id. (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa, Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 10 ss.

Ci si domanda quale agorà possa essere individuata per una partecipazione nel mondo contemporaneo dove presentare progetti, idee, instaurare un dialogo costruttivo, dibattere liberamente ed arrivare a soluzioni condivise, ma soprattutto le cui conclusioni vengano effettivamente assorbite dalle istituzioni. Si potrebbe paventare il rischio della creazione di circoli chiusi, o ristretti solo ai portatori di interesse, che inficerebbe senza dubbio la portata di una legittimazione del *demos*.

In definitiva sarebbe necessario individuare uno spazio sociale funzionale ad uno spazio pubblico istituzionale, in grado di veicolare e indirizzare il lavoro delle istituzioni pubbliche: uno spazio in cui le voci e le domande della cittadinanza emergano direttamente, in un dibattito in contrapposizione, ma basandosi su un'informazione aggiornata e corretta. Sarebbe così possibile, secondo i fautori di una democrazia partecipativa, colmare il distacco tra cittadini e istituzioni, dal momento che evidentemente il canale partitico - che dovrebbe fungere da vettore delle domande sociali – appare allo stato inadeguato.

Salvatore Veca ha ben evidenziato come, a proposito dello scollamento tra Istituzioni e società, non si debba fare riferimento alla crisi *della* democrazia, ma alla crisi *nella* democrazia[23]: Pur nella considerazione che costituzione e ordinamento in genere hanno definito istituzioni, procedure per la selezione dei governanti e procedimenti per le scelte pubbliche atte a definire un regime democratico pluralistico, il quadro appare ancora incompleto. Manca infatti uno spazio pubblico sociale di confronto tra cittadini, "lo spazio delle voci della cittadinanza", il luogo sociale – e non istituzionale – del pluralismo, in grado di intercettare ed esprimere le metamorfosi sociali che le istituzioni non sono in grado di metabolizzare: interessi, ideali, bisogni e pretese la cui conformazione cambia rapidamente in un mondo globalizzato.

Diversa appare l'impostazione della *e-democracy* e delle relative proposte, per cui lo spazio sociale è rappresentato da una piazza telematica quale reale centro della vita sociale le cui posizioni vengono poi, di fatto, sintetizzate da un leader. Lo spazio sociale, nella sua realizzazione concreta, è quindi rappresentato da una piattaforma, una piazza telematica. In proposito, però, altri problemi si presentano e appaiono difficilmente risolvibili, a partire dal *digital divide* che nel Paese rende non accessibile a tutti il dialogo telematico. Infatti, secondo stime ufficiali, il 47% della popolazione italiana ha competenze digitali di base (mentre la media europea è al 59%). Poco meno del 30% ha invece conoscenze superiori alle minime. Il 37% degli italiani non usa Internet in maniera regolare e sono comunque in pochi a svolgere attività complesse *online*[24].

Non tutti gli italiani sono, quindi, in condizioni di partecipare al "dibattito" politico anche per mancanza di cultura digitale: fattori quali età, condizio-

---

[23] S. Veca, *Spazio pubblico per le idee*, in *Il Sole 24 ore*, 28 agosto 2016.

[24] Per i dati si veda http://www.socialcomitalia.com/digital-divide-lasituazione in Italia.

ni culturali ed economiche emarginano gran parte dei cittadini da qualsiasi dibattito in rete, con ciò non permettendo una sostanziale eguaglianza nella partecipazione. Soggetti deboli ed emarginati quindi, invero proprio quelli che maggiormente necessitano di tutela per esercitare i loro diritti, non vengono presi in considerazione dalla *e-democracy*.

Altre considerazioni vanno aggiunte sul tema: ad esempio, dell'accesso alla piazza telematica di un movimento politico, il Movimento 5 stelle, che rivendica strumenti di democrazia partecipativa; infatti, per accedere a detta piazza, bisogna iscriversi al suddetto movimento politico ed offrire quindi, nel tempo, il proprio profilo telematico ad una piattaforma (Rousseau) gestita da un soggetto privato, che peraltro non consente di avere alcun controllo sui dati (neanche sulla verificabilità dei voti espressi su proposte messe in rete) e sul suo operato in genere. In realtà, poi, nella piazza telematica non si svolge un vero dibattito tra gli iscritti[25], utile per la formazione delle opinioni, ma solo la presentazione di proposte alla quali fare riferimento per il voto. Il blog di riferimento appare poi, più che uno spazio sociale costruttivo, come uno spazio destinato alla libera espressione di proteste, lamentele, ansie, preoccupazioni, malumori.

Appare evidente che la democrazia in Rete esiga qualcosa di più. Per assumere una posizione è fondamentale partecipare al dibattito, esprimere le proprie idee, criticare le altrui posizioni, proporre emendamenti[26]: un processo "deliberativo", infatti, necessita di un incontro tra argomentazioni che giustifichino una decisione finale. Per valutare le ragioni della accettazione e del rifiuto della proposta in condizioni di parità (isegoria) e pervenire ad una deliberazione, è necessario seguire un percorso logico che porti alla condivisione o meno di un obiettivo. Ciò presume una fase di ascolto, di valutazione e di critica: i presupposti per tale procedimento devono pertanto essere la massima inclusività e la parità delle parti in dibattito. Un percorso orizzontale, come quello che si svolge in qualsiasi agorà, e non invece guidato da vertici.

---

[25] Secondo J. Habermas, *The Theory of Communicative Action*, voll. 1-2, Oxford, Polity Press, 1991, "Dialogo vuol dire mettere insieme molte voci, molte storie, molte prospettive, molte esperienze con l'obiettivo di aumentare la comprensione degli altri e di noi stessi. È una discussione facilitata, sicura e onesta, orientata a fornire l'occasione di raccontare la propria storia, di ascoltare gli altri e di costruire un'intesa.

[26] Nella convinzione che il dialogo sia fondamentale nella partecipazione, si veda G. Regonini, *I paradossi della democrazia partecipativa*, in http://www.pubblica.org/files/Paradossi della democrazia deliberativa. pdf. Sulla democrazia (a proposito dei sondaggi d'opinione, in particolare, sull'orientamento di voto degli elettori, e del rilievo assunto da questi processi a partire dagli anni novanta nella vita politica italiana), si veda G. Zagrebelsky, *Una riflessione sulla democrazia*, in AA.VV., *Costituzione, democrazia, antifascismo*, Torino, CELID, 1994. Sul punto si vedano le osservazioni di A. Di Giovine, *Democrazia elettronica. Alcune riflessioni*, in *Diritto e società*, 1995, pp. 55 ss., ora in A. Di Giovine, *Democrazia diretta e sistema politico*, Padova, Cedam, 2001.

4. Conclusioni

Come si è cercato di evidenziare ai paragrafi precedenti nella congiuntura politica e sociale attuale sembrano assumere sempre più forza le posizioni che, pur non sostenendo in modo esplicito una "sostituzione" della democrazia rappresentativa con la democrazia diretta, postulano quantomeno una inversione dei loro rapporti nell'ordinamento costituzionale, e dunque un rafforzamento della democrazia diretta e un indebolimento (conseguente, anche se spesso negato) della democrazia rappresentativa. Il caso della cosiddetta "democrazia in rete", nell'ambito della quale il cittadino si esprime per via digitale su ogni proposta di legge o di emendamento con un semplice click, è uno degli esempi principali. Ma gli esempi sono molti, e si pensi alle recenti questioni relative al mandato operativo[27], alla figura del parlamentare quale mero "esecutore" della volontà degli iscritti, e dunque di una volontà esterna al circuito della rappresentanza strettamente inteso, se non addirittura di una volontà formatasi, come si è detto, attraverso processi contraddistinti da una scarsa trasparenza e da falle strutturali che rischiano di degenerare in una sostanziale deriva plebiscitaria. Così, la democrazia sarebbe solo formalmente rappresentativa: uno schermo dietro cui si celerebbe l'intervento diretto del cittadino-elettore.

Se pertanto è vero, in una prospettiva giuspubblicistica, che la democrazia diretta non può mai prendere il posto della democrazia rappresentativa, e dunque non può essere letta, salvo in casi patologici, come in contrapposizione con quest'ultima, è altrettanto vero che la crisi della democrazia rappresentativa sta portando ad una distorsione nei modi e nei tempi con cui si fa ricorso alla democrazia diretta, portando, come si è cercato di argomentare, a risultati a volte inaspettati, a volte finanche dannosi.

In questo scenario si stanno facendo strada nuove concezioni di democrazia, egualmente volte a rispondere ai limiti che la democrazia rappresentativa ha evidenziato nella sua evoluzione. Ed ecco dunque che nel dibattito costituzionalistico si sentono sempre più frequentemente termini quali "democrazia deliberativa" o "democrazia partecipativa", senza che peraltro, in alcuni casi, vi sia chiarezza circa la loro effettiva portata definitoria. Anche queste nuove "forme" di democrazia, peraltro, non sembrano portare ai risultati sperati: emblematico è il caso del *Grand Débat National* indetto da Macron ai fini di contenere le tensioni sfociate nelle vere e proprie rivolte dei cosiddetti "*Gilets Jaunes*", operazione che ha assunto le forme di un enorme *débat public* su scala nazionale (anche con mezzi telematici), ma che è stata duramente contestata e non sembra essere stata in grado di far scemare l'intensità del malcontento.

---

[27] Si veda sul tema, per tutti, F. Scuto, *I pericoli derivanti da uno svuotamento dell'art. 67 Cost. unito ad un "irrigidimento" dell'art. 49 Cost.*, in *Federalismi.it*, n. 13, 2018.

Va del resto osservato che se il problema che si imputa alla democrazia rappresentativa è quello della perdita (o, con espressione in uso presso la dottrina in tempi recenti, l' "erosione") della sovranità (vuoi in favore delle istituzioni sovranazionali, vuoi per via del potere oggettivo di istituzioni economiche e finanziare[28]), il rafforzamento nei termini prefigurati della democrazia diretta o di altre forme di democrazia rischia di divenire, nella sostanza, un ulteriore strumento per svuotare di significato il Parlamento e gli istituti della democrazia rappresentativa, e dunque, in ultima analisi, accentuare anziché mitigare i problemi che ci si prefigge di affrontare.

In conclusione, il presupposto da cui appare necessario, ancora oggi, muovere, è pertanto la consapevolezza che la risposta alla crisi della democrazia rappresentativa non può e non deve essere un suo superamento o, peggio, un suo accantonamento, ma deve essere al contrario ricercata nella sua rivitalizzazione, nel ripensamento di alcuni aspetti certamente fondamentali, ripensamento che non può però spingersi sino a mettere in dubbio le fondamenta dello Stato democratico per come lo intendiamo oggi. La rivitalizzazione non può tuttavia avvenire attraverso strumenti che, per loro natura, si prestano a minare i principi stessi dello Stato democratico e liberale per come conosciuti al costituzionalismo contemporaneo.

---

[28] Sul tema si veda G. Di Plinio, *Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keynesiano*, in *Federalismi.it*, [in corso di pubblicazione].

SANZIONI CONSOB E BANCA D'ITALIA: IL PUNTO DOPO GLI INTERVENTI DEL CONSIGLIO DI STATO, LA RIFORMA DEL REGOLAMENTO CONSOB E LE NUOVE NORME DETTATE DAL LEGISLATORE ITALIANO

di Elena Bindi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di sanzioni amministrative aventi carattere afflittivo. – 3. Le prescrizioni della sentenza *Grande Stevens* della Corte EDU. – 4. Le ricadute della sentenza *Grande Stevens* sulla giurisprudenza interna. – 5. Le modifiche al regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob. – 6. Il decreto legislativo «Recante recepimento della direttiva 2013\36\UE del Parlamento Europeo sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulle imprese di investimento». – 7. Profili problematici della disciplina dettata dal decreto legislativo 12 maggio 2015 n. 72, in relazione all'art. 76 Costituzione. – 8. I criteri di maggior favore nella valutazione della entità della sanzione introdotti dal decreto legislativo 12 maggio 2015 n. 72. – 9. Conclusioni.

1. Premessa

Come noto si è ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale, sia a livello interno sia a livello sovranazionale, secondo il quale la qualificazione giuridica della sanzione come amministrativa da parte del diritto nazionale non è sufficiente a sottrarre il destinatario della sanzione alle garanzie del giusto processo, previste dall'art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

L'indirizzo rigoroso elaborato dai giudici di Strasburgo, già a partire dagli anni settanta con la sentenza *Engel* [1], col riconoscere la natura sostanzialmente penale delle sanzioni irrogate (non solo da autorità amministrative italiane, ma anche, ad esempio, da autorità amministrative francesi competenti in diritto economico e finanziario[2]), ha cercato di porre un confine tra la sanzione amministrativa in senso proprio e le sanzioni amministrative che hanno natura afflittiva nei confronti della persona e che possono essere assimilate, nonostante la diversa qualificazione formale, alle sanzioni penali.

Questo percorso ha avuto un punto di arrivo importante con la sentenza *Grande Stevens* con la quale è stata riconosciuta la natura "penale" delle sanzioni Consob, è stato applicato a tali sanzioni l'art. 6 CEDU, è stata condan-

---

[1] V. la fondamentale Corte EDU 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, in *Foro it.*, 1977, IV, 97, con nota di richiami.

[2] V. *infra* nota 10.

nata l'Italia per violazione del principio della pubblica udienza nel giudizio di impugnazione della sanzione[3].

Tale decisione sta progressivamente modificando il modello delle tutele avverso tali sanzioni amministrative in Italia. Come vedremo, infatti, a seguito di tale sentenza va formandosi un orientamento, ad oggi specialmente da parte dei giudici amministrativi, che sostiene la necessità della pienezza del contraddittorio anche nel procedimento amministrativo di irrogazione delle sanzioni. Inoltre, mentre alcune questioni pendono in Corte costituzionale sul rito di opposizione alle sanzioni, il legislatore italiano è intervenuto, in attuazione di una direttiva europea, con un decreto legislativo che introduce principi più garantistici sulle sanzioni ed un nuovo rito per la loro impugnazione.

Il succedersi, in breve tempo, di decisioni giurisdizionali che delineano nuovi orientamenti, di interventi del legislatore europeo e italiano che modificano i punti cardine della materia, rendono utile cercare di individuare alcuni punti fermi sul tema dei procedimenti sanzionatori di Consob e di Banca d'Italia, in particolare in relazione alle nuove tutele previste per gli interessati, alle garanzie del contraddittorio in sede procedimentale, ai concetti di "*full jurisdiction*" in sede di impugnazione delle sanzioni.

Può tuttavia apparire curioso ricordare, preliminarmente che il problema nei suoi termini generali non solo non è nuovo, ma è molto risalente nel tempo. Già Piero Calamandrei nel 1938 in una lettera scritta all'amico Mario Bracci rilevava la tendenza sempre più presente nelle leggi italiane «(per es. nella legge sugli Istituti di credito) a trasformare i procedimenti giudiziari in procedimenti amministrativi e ad assorbire la giustizia nell'amministrazione»[4]. Coglieva, proprio con riferimento alla legge bancaria del 1936[5], i pericoli insiti nell'allargare l'area del procedimento amministrativo a scapito del procedimento giurisdizionale, con un surrettizio aggiramento delle garanzie poste a presidio della tutela giurisdizionale. Calamandrei auspicava che la caduta del regime fascista avrebbe spazzato via questa tendenza, riducendosi a diventare oggetto di studio per lo storico.

La speranza di Calamandrei, tuttavia, non si è realizzata. Per contrastare questa tendenza, come si ricordava poc'anzi, si è dovuto, infatti, attendere le sollecitazioni derivanti dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uo-

---

[3] V. Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, ric. n. 18640/10 e a., *Grande Stevens e a.c. Italia*. Sulla quale cfr. M. Allena, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 1053 ss.; nonché volendo E. Bindi, *L'incidenza delle pronunce della Corte EDU sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2014, 3007 ss., e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

[4] Lettera di Calamandrei a Bracci; Firenze, 16 novembre 1938, in P. Calamandrei, *Lettere 1915-1956*, 2 voll., a cura di G. Agosti e A. Galante Garrone, Firenze 1968, vol. I, 259.

[5] V. legge 7 marzo 1938 n. 141, che convertiva il R.D.L. 12 marzo 1936 n. 375 contenente *Disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia*.

mo (Corte EDU), la quale ha riportato la materia delle sanzioni afflittive sotto la copertura dell'art. 6 CEDU e ha posto sotto i riflettori dei giudici nazionali e del legislatore un tema – quello della tutela avverso le sanzioni emanate a persone dalle autorità indipendenti – che rimaneva confinato negli studi di dottrina.

Che questa questione non potesse rimanere sotto traccia in un moderno Stato di diritto era tuttavia abbastanza evidente.

Le sanzioni, che le autorità di regolazione dei mercati finanziari (Consob e Banca d'Italia) sono in grado emanare, possono essere di elevatissima entità (in alcuni casi sino a 5 milioni di euro), vengono pubblicate, possono comportare interdizioni all'esercizio di attività economiche, in generale producono un gravissimo danno reputazionale al soggetto al quale vengono irrogate. A fronte di questi effetti colui il quale è sottoposto al potere sanzionatorio ha ben pochi poteri di difesa: molti atti sui quali si basa la sanzione non sono neppure accessibili all'interessato, la separazione procedimentale tra attività istruttoria e attività decisoria è assai modesta, il procedimento di impugnazione si svolgeva in Corte di appello ed in camera di Consiglio con rito camerale, la istruzione probatoria non solo non era garantita da un rito ma neppure nella prassi mai concessa, così come molto raramente consulenze tecniche volte ad accertare la ricostruzione effettuata dall'autorità che la sanzione irrogava. Quest'ultima, di fatto, assumeva così le vesti di un vero e proprio *peritus peritorum*, le cui affermazioni tecniche, su materie finanziarie estremamente complesse, non potevano certo essere confutate da un giudice tendenzialmente con conoscenze generaliste.

Tale modello invero appariva ancor più illogico se confrontato con i meccanismi ordinari di impugnazione delle sanzioni amministrative diverse da quelle emanate da Consob e Banca d'Italia, le quali, pur essendo assai meno rilevanti in termini di afflittività, seguono invece il rito del lavoro, con tre gradi di giudizio e cognizione piena[6].

---

[6] Come è noto nel tentativo di dare un trattamento uniforme, e razionale, alle sanzioni emanate dalle autorità amministrative, la legge di delegazione per la stesura del nuovo codice del processo amministrativo stabilì di attribuire al giudice amministrativo anche la giurisdizione in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob. La Corte costituzionale, tuttavia, prima con la sent. n. 162 del 2012 (in *Giur. cost.*, 2012, 2204 ss., con osservazione di G. Serges, *La difficile determinazione dei confini della giurisdizione esclusiva mediante rinvio ai principi desumibili dalla giurisprudenza*; 2218 ss.; su tale sentenza v. anche il commento di M. Clarich – A. Pisaneschi, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2012, fasc. 6, 1166 ss.), in relazione alle norme sulla giurisdizione previste per la Consob, poi con la sent. n. 94 del 2014 (in *Giur. cost.*, 2014, 1681 ss., con osservazione di G. Serges, *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia tra principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*, 1692 ss.), in relazione alle norme per le sanzioni della Banca d'Italia, ha rilevato un eccesso di delega del decreto legislativo e conseguentemente, ha dichiarato illegittima la norma che attribuiva la giurisdizione, per le sanzioni della Consob

In passato, per vero, il tema non aveva assunto l'importanza di oggi perché le autorità utilizzavano tale potere in maniera abbastanza marginale, sia in termini quantitativi che in termini di entità delle sanzioni. Con l'esplodere della crisi economica e la grande attenzione anche sociale e mediatica che si è riversata sugli intermediari finanziari e sui loro controllori, la sanzione è divenuta strumento utile per punire. Essa è divenuta pertanto gravemente afflittiva, sia in termini quantitativi che in termini di disvalore sociale, e non è quindi un caso che i meccanismi di tutela di un tempo siano considerati non più adeguati alle diverse necessità dell'oggi.

2. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di sanzioni amministrative aventi carattere afflittivo

La Corte EDU, dunque, applica con costanza l'art 6 CEDU alle sanzioni amministrative aventi carattere afflittivo e ha individuato criteri per determinare quando una sanzione è qualificabile come afflittiva[7]. Questa giurisprudenza della Corte europea, che riconosce la natura penale delle sanzioni Consob, è ormai consolidata non solo in relazione all'Italia, ma anche in relazione ad altri stati Europei[8]. L'art. 6 CEDU, infatti, è stato applicato anche ad alcune autorità amministrative francesi competenti in diritto economico e finanziario, dotate di potere sanzionatorio[9]. Orientamento quest'ultimo, del

---

e della Banca d'Italia, al giudice amministrativo. Ne è derivata pertanto una riespansione delle precedenti giurisdizioni delle Corti di appello, con le loro "atipiche" difformità di rito.

7 Ci riferiamo ai tre criteri, elaborati già nel 1976 nel famoso caso *Engel* dell'8 giugno 1976, cit., che sono peraltro alternativi e non cumulativi (è quindi sufficiente che ve ne sia uno dei tre perché la sanzione possa essere qualificata come penale): 1) la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, 2) la natura stessa di quest'ultima, 3) il grado di severità della sanzione. In particolare «il carattere penale di un procedimento è subordinato al grado di gravità della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata […] e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta». Su questa base la Corte ha poi riconosciuto alle sanzioni Consob la natura penale e quindi l'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione al procedimento per la loro irrogazione.

8 V. oltre alla sentenza *Engel*, cit., cfr., *ex multis*, anche Corte EDU 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 894, con nota di Paliero, *«Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» a una svolta radicale*; e. Corte EDU 20 gennaio 2009, *Soc. Sud Fondi e altri c. Italia*, in *Foro it.*, 2010, IV, 1, con nota di E. Nicosia, *Sulla natura penale della confisca in materia di lottizzazione abusiva*.

9 Così ad esempio con riferimento al "Consiglio dei mercati finanziari" (Corte EDU, 27 agosto 2002, *Didier c. Francia*), al "Consiglio della concorrenza" (Corte EDU, 3 dicembre 2002, ric. n. 53992/00, *Lilly France S.A. c. Francia)*, e all'Autorità dei mercati finanziari (Corte EDU, 19 maggio 2009, ric. n. 2504/07, *Messier c. Francia*), e della "Commissione bancaria" (*Dubus S.A.*, cit, par. 38).

resto, in linea con quello accolto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con riguardo alle sanzioni irrogate dalla Commissione europea nell'ambito dei procedimenti *antitrust* finalizzati ad assicurare la concorrenza nel mercato[10].

Anche la Corte costituzionale italiana ha sviluppato una costante giurisprudenza secondo la quale le sanzioni amministrative qualificate come penali dalla Corte Europea, ai fini dell'applicazione dell'art. 6 della Convenzione, debbono considerarsi come penali anche per l'ordinamento interno. A partire dalla sent. n. 56 del 1999[11], e soprattutto dalla sent. n. 196 del 2010, la Corte ha fatto propria una nozione "europea" di sanzione avente carattere afflittivo, preoccupata che la qualificazione giuridico-formale attribuita ad una sanzione nel diritto nazionale potesse determinare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli articoli 6 e 7 riservano alla materia penale[12]. La successiva sentenza della Corte costituzionale n. 104 del 2014 ha confermato, sempre a proposito della interpretazione dell'art. 6 della CEDU data dalla Corte di Strasburgo, «il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto» ai fini, in questo caso, della applicazione delle garanzie dell'art. 25 della Costituzione[13].

La costanza di tale applicazione, risalente nel tempo, che riguarda Stati diversi e che ha condotto la stessa Corte costituzionale ad allinearsi agli orientamenti della Corte EDU, consente facilmente di ritenere che i giudici interni debbano essere vincolati alle interpretazioni date dalla Corte, anche alla luce della più restrittiva sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015[14]. È evidente, infatti, che in questo caso si è davanti ad ipotesi di "diritto vivente" che non lascia margine di interpretazione ai giudici nazionali che debbono adeguarsi ai criteri interpretativi dettati da tali decisioni[15].

---

[10] Sul punto v. J. Schwarze, *Judicial Review of European Administrative Procedure*, in *Law and Contemporary Problems*, 2004, 85 ss.

[11] Corte cost., sent. n. 56 del 1999, in *Giur. cost.*, 2000, 697 ss.

[12] Corte cost., sent. n. 196 del 2010 in *Giur. cost.*, 2010, 2320 ss., con osservazione d A. Travi, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, 2323 ss.

[13] Corte cost., sent. 104 del 2014, par. 7.2 del *Considerato in diritto*, in *Giur. cost.*, 2014, 807 ss.

[14] Corte cost., sent. 49 del 2015. al riguardo v. le osservazioni di V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC*, *Osservatorio costituzionale*, maggio 2015, 5.

[15] Esprime perplessità sulla correttezza del ragionamento seguito dalla Corte nella sent. 49 del 2015, cit., V. Zagrebelsky, *op. cit.*, stante la difficoltà di «identificare una giurisprudenza consolidata e distinguerla da quella che consolidta non sarebbe, ai fini della attribuzione di una speciale forza vincolante».

Detto che la sentenza *Grande Stevens* non lascia alcun dubbio in ordine al fatto che le sanzioni della Consob (ed evidentemente per le medesime ragioni le sanzioni della Banca d'Italia) sono da considerarsi come afflittive e che a fronte di tali sanzioni debbano applicarsi le garanzie dell'art. 6 CEDU, alcuni dubbi rimangono circa l'estensione della copertura dell'art. 6 – anche al procedimento di irrogazione o solo al processo avverso tali sanzioni – e anche circa il concetto di *full jurisdiction* che deve necessariamente informare il giudizio di impugnazione avverso tali sanzioni.

Tali dubbi, nondimeno, sembrano ora essere fugati, sia pure attraverso percorsi diversi, dalla giurisprudenza interna e dalla nuova normativa in materia.

3. Le prescrizioni della sentenza *Grande Stevens* della Corte EDU

Anche se la questione è ormai conosciutissima è bene ricordare che la sentenza *Grande Stevens* ha condannato l'Italia per la mancanza di una udienza pubblica nel giudizio di impugnazione ma allo stesso tempo ha fortemente censurato il procedimento di irrogazione della sanzione, privo dei caratteri di imparzialità, trasparenza e di garanzia del contraddittorio. Anche se la condanna dello Stato italiano è avvenuta per la sola violazione della pubblica udienza, appare chiaro, leggendo la sentenza, che il procedimento di irrogazione della sanzione, per come era disciplinato nella normativa Consob, appariva considerato contrario all'art. 6 CEDU[16].

Innanzitutto, le norme procedurali: a) *non garantiscono la parità delle armi tra accusa e difesa*, nella misura in cui non permettono alla parte di conoscere la Relazione finale che conclude la fase istruttoria e non le permettono di contraddire alle conclusioni formulate dall'Ufficio sanzioni amministrative (USA) nella Relazione trasmessa alla Commissione per la decisione finale; b) *non consentono alla parte di interrogare o far interrogare le persone eventualmente sentite dalla Divisione* competente per l'accertamento dei fatti; c) infine, *non prevedono lo svolgimento di una pubblica udienza*, che permetta un confronto orale tra le parti. Oltre a ciò, la Corte Europea ha altresì rilevato che, nel procedimento sanzionatorio Consob, *non è garantita la posizione di terzietà e d'imparzialità dell'Autorità sanzionante*, poiché non vi è reale autonomia tra gli organi cui è affidata la funzione istruttoria e l'organo che è chiamato a decidere sull'applicazione della sanzione.

---

[16] Cfr. M. Allena, *Interessi procedimentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela?*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 67 ss.; L. Torchia, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionali*, in *www.astridonline.it*.

Nonostante tali affermazioni dopo questa sentenza era rimasta aperta una questione centrale[17]. Pur applicando l'art. 6 CEDU anche al procedimento, la Corte europea sembrava seguire ancora la tradizionale impostazione che si basava sulla considerazione secondo la quale eventuali carenze della fase di assunzione della decisione amministrativa possono essere compensate nella fase di controllo giurisdizionale della decisione stessa. Tale assunto derivava non solo dalla condanna avvenuta per la carenza di una udienza pubblica nella fase giurisdizionale e non per le rilevate violazioni nell'iter procedimentale, ma anche in relazione all'opinione dissenziente espressa nella sentenza[18].

---

[17] Del resto, F. Cintioli, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antritrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 527 s. rileva come non sia «casuale, dunque, che la questione sia presto giunta nelle aule di giustizia nazionale, sulla base di una pretesa volta ad ottenere una declaratoria di illegittimità del regolamento Consob per il fatto che esso ha disciplinato un procedimento che non rispetta l'art. 6, par. 1, CEDU».

[18] Cfr. le opinioni parzialmente dissenzienti espresse dal Presidente Karakaş e dal giudice Pinto de Albuquerque nella sentenza *Grande Stevens e a. c. Italia* che richiamano l'attenzione sul fatto che, diversamente dall'opinione della maggioranza, il contrasto con l'art. 6 CEDU non si sostanzia soltanto nel difetto di pubblicità del procedimento giurisdizionale di opposizione alle sanzioni irrogate dalla Consob, quanto piuttosto nel carattere decisamente 'iniquo' del procedimento amministrativo, dove non è previsto alcun esame in contraddittorio delle prove testimoniali di fronte a un organo giudicante imparziale, con violazione dell'art. 6 alla quale la successiva fase giurisdizionale non aveva potuto ovviare. Da ciò ne deriva come conseguenza una illegittimità delle sanzioni pecuniarie irrogate, che determinano una illegittima interferenza con il diritto di proprietà di cui all'art. 1 Prot. 1 CEDU. Ne deriva come conclusione che i ricorrenti siano stati trattati ingiustamente dalla Consob e dai giudici nazionali e che la Corte abbia reso loro giustizia solo a metà. Per tale ragione i giudici dissenzienti sottoscrivono solo in parte il ragionamento della maggioranza, auspicando altresì che la sentenza pronunciata costituisca l'occasione per i giudici nazionali di rendere piena giustizia ai ricorrenti e che la medesima induca il legislatore italiano a porre rimedio alle mancanze strutturali del procedimento amministrativo e del procedimento giudiziario di applicazione e di controllo delle sanzioni amministrative della Consob. Se il legislatore raccoglierà tale sfida, ciò potrà rappresentare un esempio ed una fonte di ispirazione per gli altri legislatori che debbano affrontare un analogo problema sistemico (cfr. l'*Opinione in parte concordante e in parte dissenziente dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque*, spec. par. 33). Tali giudici sottolineano, inoltre, che la Corte EDU, pur consapevole del dilemma di fronte al quale si trovano gli Stati europei (assicurare l'integrità dei mercati europei e rilanciare la fiducia degli investitori nei mercati), non può che censurare il ricorso a sanzioni qualificate dall'ordinamento interne come amministrative, ma per la loro severità equiparabili alle sanzioni penali, inflitte da autorità amministrative indipendenti «nell'ambito di procedure inquisitorie, non egualitarie e sbrigative» (così par. 32): al riguardo sia consentito rinviare a E. Bindi, *L'incidenza delle pronunce*, cit., 3020 ss. Cfr. anche M. Allena, *Il caso Grande Stevens*, cit., 1061. Ritiene condivisibili le osservazioni della relazione di minoranza dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque W. Troise Mangoni, (*Procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob e garanzia del contraddittorio: profili evolutivi anche alla luce della recente giurisprudenza interna e sovranazionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2015, 637, nota 57 e 638, nota 6). Secondo G. M. Flick – V. Napoleoni, *A un anno di distanza dall'Affaire* Grande

Questa lettura tradizionale, nondimeno, appariva poco convincente. La previsione di una tutela a posteriori, attraverso il procedimento giudiziario, non può essere ritenuta sufficiente allorquando si tratti di sanzioni – come quelle Consob – non solo molto gravi sotto il profilo economico, ma anche sotto un profilo professionale (la pubblicazione sul bollettino) e, in certi casi anche interdittive. La sola emanazione della sanzione, in effetti, è in grado di ledere definitivamente la reputazione di una persona che tale sanzione subisce. Inoltre se tali sanzioni hanno natura penale, è difficile sostenere che la sanzione possa essere inflitta senza tutela del contraddittorio e sulla base di una molto relativa trasparenza degli atti istruttori[19], tanto più stante la sua immediata esecutività[20].

Inoltre, la stessa Corte di Strasburgo sembra distinguere, per quanto concerne la possibilità di compensazione a posteriori, tra le sanzioni che producono le c.d. *minor offences* e le diverse sanzioni fortemente afflittive come quelle in questione che possono incidere sull'onore e anche sulla libertà dell'individuo (misure interdittive). Solo per le prime potrebbe invocarsi il principio di "compensazione a posteriori", mentre non lo si potrebbe per le seconde[21].

4. Le ricadute della sentenza *Grande Stevens* sulla giurisprudenza interna

Questa decisione ha provocato vari riflessi nell'ambito del diritto interno, in primo luogo da un punto di vista giurisprudenziale.

In particolare, alcune Corti di appello hanno sollevato questione di legittimità costituzionale sul rito camerale per difetto di pubblica udienza. In effetti,

---

Stevens: *dal* bis in idem *all'*e pluribus unum*?,* in *Rivista AIC* luglio 2015, 6-7, invece, con riguardo «alle evocate *dissenting opinions*, se è vero che i giudici dissenzienti hanno effettivamente voluto "rimpolpare" il "rimprovero" di violazione dell'art. 6 CEDU», lo hanno fatto pur sempre «in relazione a supposte "mende" connesse al concreto svolgimento del procedimento giurisdizionale davanti alla corte d'appello (mancato esame in contraddittorio delle testimonianze contestate, assunte in segreto nella fase amministrativa; omessa audizione dei ricorrenti davanti al giudice)». E non quindi per censurare il regolamento Consob. In tale prospettiva, dunque, «l'esigenza di revisione del procedimento considerato […] è comunque di matrice esclusivamente interna e non già convenzionale» (7).

[19] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, ord. 9 luglio 2014, nn. 3496, 3497, 3498 e 3499.

[20] Secondo G. M. Flick – V. Napoleoni, *A un anno di distanza dall'Affaire* Grande Steven, cit., 8, il solo profilo problematico è «quello legato alla immediata esecutività delle sanzioni amministrative, malgrado l'opposizione prevista in via generale dall'art. 22, comma 7, l. 689/1981 e, con specifico riguardo alle sanzioni inflitte dalla Consob, dagli artt. 187-*septies*, comma 5, e 195, comma 5, T.U.F».

[21] Cfr. Corte EDU 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, cit.; secondo un orientamento ormai consolidatosi: v., ad es., Corte EDU, 10 luglio 2014, *Marcan c. Croatia*, par. 34.

la mancanza della pubblica udienza nel rito camerale in Corte di appello avverso le sanzioni Consob viola l'art. 6 CEDU, così come interpretato costantemente dalla Corte europea, e dunque, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, produce la violazione indiretta dell'art. 117, comma 1, Cost.

È evidente, peraltro, che attraverso la questione della pubblica udienza si investe la Corte di un problema ben più ampio di un semplice elemento formale (la porta deve essere aperta o chiusa).

La questione della pubblica udienza investe invero il carattere del rito camerale come dotato o non dotato di *full jurisdiction*. È abbastanza evidente, infatti, che il rito camerale, privo di scansioni processuali non è finalizzato a realizzare una completa istruttoria sul fatto. Ciò del resto è ampiamente dimostrato dalla prassi che, come ben noto, non vede mai l'ingresso in questo rito di una attività istruttoria. Nella sostanza, infatti, il rito camerale è giustificato dall'assunto che i dati tecnici ricostruiti dall'autorità procedente sono espressione di discrezionalità tecnica, e quindi sostanzialmente inconfutabili. Sennonché tale assunto è contrastante con il principio che, in tema di sanzioni gravemente afflittive, il giudice deve avere piena giurisdizione e quindi deve essere in grado di valutare e ricostruire pienamente atti espressione di discrezionalità tecnica. Ne consegue che il rito camerale, che non ha le caratteristiche per raggiungere tale scopo, non pare a sua volta coerente con il principio della *full jurisdiction*.

In secondo luogo vi sono state molte pronunce di giudici amministrativi (TAR del Lazio e Consiglio di Stato), sia in sede cautelare che in sede di merito, che hanno dato interpretazioni diverse alla sentenza *Grande Stevens*.

Il Tar Lazio (26 novembre 2014, nn. 11886 e 11887), continuando la lettura tradizionale dei rapporti tra procedimento e processo, ha infatti sostenuto che l'art. 6 della CEDU sarebbe violato soltanto allorquando le garanzie dell'equo processo non fossero osservate né nel procedimento né nel processo di opposizione alle sanzioni (tesi della continuità tra procedimento e processo). Ma poiché il giudice amministrativo è dotato di giurisdizione piena, non sarebbe rilevante che il regolamento Consob 2005, disciplinante il procedimento sanzionatorio, contrasti con il principio del giusto processo *ex* art. 6 CEDU in quanto carente di garanzie di partecipazione e di contraddittorio. Tale carenza sarebbe, infatti, sanata a valle dal giudizio impugnatorio, capace di rivalutare pienamente il fatto con cognizione piena.

Nell'affermare ciò, ha comunque ritenuto, *incidenter tantum*, che il cumulo dell'esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno alla stessa autorità non possa essere considerato conforme alle esigenze di imparzialità previste dalla Convenzione, ribadendo pertanto l'urgenza di una «radicale revisione dell'attuale assetto legislativo dell'organizzazione della Consob»[22].

---

[22] In particolare, il Tar Lazio, in linea con la posizione espressa dal Consiglio di Stato in sede di appello cautelare, sostiene che lo Stato italiano debba ritenersi vincolato anche alle

Il Consiglio di Stato invece, adito in via cautelare sulla stessa questione aveva dapprima pronunciato varie ordinanze cautelari di sospensione del procedimento sanzionatorio, nelle quali ordinava del pari la modifica del regolamento, rilevando la sua immediata lesività laddove applicato a procedimenti *lato sensu* penali come quello in questione[23]. A tali ordinanze ha fatto seguito una sentenza particolarmente importante per la ricostruzione dogmatica sui rapporti tra procedimento e processo e sul problema delle garanzie che debbono informare il primo[24].

Tale organo, infatti, ha riaffermato la non conformità del modello procedimentale sanzionatorio disciplinato nel regolamento Consob ai «principi del contraddittorio, della piena conoscenza degli atti, e della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie», sanciti esplicitamente dalla legge (artt. 187-*septies* e 195 TUF e art. 24 legge n. 262/2005) e non invece in conseguenza della applicazione al procedimento dell'art. 6 CEDU[25].

Non sarebbe, infatti, legittimo il cumulo dell'esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno ad una stessa istituzione: «l'Ufficio competente, l'Ufficio sanzioni e la Commissione non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso Presidente; […] ed in materia penale tale cumulo non è compatibile con le esigenze di imparzialità richieste dall'articolo 6, § 1, della Convenzione». Ne discende che «il contraddittorio che si svolge nell'ambito del procedimento sanzionatorio rimane, quindi, un contraddittorio di tipo verticale, in

---

premesse logiche delle decisioni della Corte EDU: sul punto v. per ulteriori osservazioni E. Bindi, *Il Consiglio di Stato e i regolamenti sanzionatori della Consob: il primo caso di applicazione della sentenza della Corte EDU nel caso Grande Stevens c. Italia*, in G*iustamm.it.,* 5 novembre 2014.

[23] Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2014, nn. 4491 e 4492. Come è noto il Tar Lazio aveva invece respinto la domanda cautelare, non ritenendo sussistere un pregiudizio grave e irreparabile (v. Tar Lazio, 3-4 settembre 2014, n. 4009 e n. 4013): al riguardo sia consentito rinviare ancora a E. Bindi, *Il Consiglio di Stato e i regolamenti sanzionatori della Consob*, cit. Il Consiglio ha riaffermato questa impostazione sospendendo, con decreto monocratico del 2 dicembre 2014, nn. 5465 e 5466, le sentenze con le quali il Tar Lazio, (26 novembre 2014, nn. 11886 e 11887, cit.), aveva rigettato i ricorsi.

[24] Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, cit. Su tale sentenza v. B. Raganelli, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 511 ss.

[25] Nella specie, il Consiglio di Stato ha riaffermato la non conformità del modello procedimentale sanzionatorio disciplinato nel regolamento Consob ai «principi del contraddittorio, della piena conoscenza degli atti, e della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie», sanciti esplicitamente dalle leggi (artt. 187 *septies* e 195 TUF e art. 24 legge n. 262/2005). In sostanza ha, quindi, ritenuto l'impianto sanzionatorio del regolamento Consob (nella specie, il regolamento Consob n. 15086 del 2005 all'epoca vigente) illegittimo per "violazione di legge" e non per contrasto con l'art. 6 CEDU; ha cioè rilevato un contrasto tra normativa secondaria e legge ordinaria e non tra disciplina legislativa interna e norme CEDU. Sul punto v. W. Troise Mangoni, *Procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob e garanzia del contraddittorio*, cit., 597 ss.

cui il privato si confronta con un soggetto che non si colloca in posizione di parità, ma ha un ruolo di superiorità, essendo lo stesso soggetto titolare del potere di irrogare la sanzione»[26].

Questo modello procedimentale viola, dunque, «il principio del contraddittorio che è legislativamente previsto: non vi è alcun dubbio difatti che «la fase del procedimento sanzionatorio che si svolge davanti alla Consob presenti numerose criticità (che neanche il successivo regolamento del 2013 riesce a superare), sul piano del rispetto del c.d. *fair trial*»[27]. E questo perché *alla limitata partecipazione iniziale, segue il procedimento sanzionatorio in totale assenza di contraddittorio*.

Nella fase istruttoria, infatti, dopo la contestazione dell'addebito agli interessati non viene garantito «un vero e proprio diritto di difesa, con contraddittorio pieno» instaurandosi il contraddittorio «unicamente tra costoro e la Divisione competente che ha compiuto gli accertamenti sfociati nella contestazione»[28].

Indubbiamente «anche questo Ufficio, nel formulare la proposta per la Commissione, terrà conto delle medesime deduzioni difensive e di quelle ulteriori che gli siano nel frattempo pervenute. Non è previsto, però, che la proposta dell'Ufficio sanzioni amministrative sia comunicata alle controparti e che su di essa si instauri quindi alcuna forma di contraddittorio sia con l'Ufficio sanzioni prima dell'invio della relazione conclusiva, sia davanti alla Commissione». «Manca, quindi, qualunque interlocuzione tra l'ufficio titolare del potere di decisione finale e il soggetto che quella decisione subirà»[29].

In definitiva «questo *iter* procedimentale, così come disegnato dal regolamento impugnato, determina allora una violazione del contraddittorio voluto dal legislatore, dal momento che in un procedimento ispirato a tale principio il contraddittorio dovrebbe esplicarsi in ogni fase del procedimento, prima, durante e dopo il compimento dell'attività istruttoria preordinata alla decisione finale»[30]. In particolare, prosegue il Consiglio di Stato, «la prevista possibilità di presentare deduzioni davanti all'Ufficio sanzioni, così come la possibilità che l'interessato chieda di essere sentito dall'Ufficio sanzioni, non risulta sotto tale profilo sufficiente, risultando comunque dirimente, al fine di riscontrare la violazione del principio del contraddittorio, la circostanza che l'atto certamente più importante della fase istruttoria (ovvero la relazione conclusiva redatta dall'Ufficio sanzioni e inviata alla Commissione) non è

---

[26] Così Cons. di Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, cit., 23.
[27] Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, cit., 32.
[28] Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, cit., 32.
[29] Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, cit., 32.
[30] Cons. di Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, cit., 33.

oggetto di comunicazione (o di altre forme di conoscenza) e rispetto ad esso non vi è alcuna possibilità di controdeduzione»[31].

Questa posizione del Consiglio di Stato, ancorché non direttamente derivante dall'art. 6 della Convenzione e dalla sentenza *Grande Stevens*, è però evidentemente influenzata dal diritto sovranazionale. Essa ribalta, infatti, l'orientamento consolidato interno circa il fatto che il contraddittorio garantito dal regolamento Consob sarebbe invece sufficiente a rispettare i principi di cui all'art. 187-*septies* e 195 TUF[32]. Tale ribaltamento deriva proprio dalla consapevolezza, da parte dell'organo di giustizia amministrativa, sulla afflittività di sanzioni di questo tipo, sulla natura, sostanzialmente penalistica di tali sanzioni, sulla insufficienza del contraddittorio garantito dai regolamenti Consob in questa materia.

Il fatto poi che l'obbligo di garanzia sia conseguenza di una norma legislativa italiana e non dell'art. 6 CEDU, deriva probabilmente da una esigenza dogmatica – tenere distinto il procedimento dal processo – che è fortemente radicata in Italia. È vero infatti che l'applicazione dell'art. 6 CEDU alla fase procedimentale rischia di confondere le due categorie, ed è vero che proprio su tale distinzione anche in passato si era pronunciata più volte la Corte di Cassazione, pure con riferimento al caso *Grande Stevens*[33]. Se nella visione fortemente sostanzialistica della Corte EDU, che deve confrontarsi con paesi che tali differenziazioni hanno meno sviluppate, la distinzione tra le due categorie può apparire più sfumata, il Consiglio di Stato ne ha invece preferito ribadirne l'essenza.

Inoltre, la ricostruzione del Consiglio di Stato deriva anche dalla presumibile esigenza di recuperare un certo controllo interno sull'entità del contraddittorio in questi procedimenti, collegandoli a principi stabiliti dalla legge nazionale e non alla clausola generale dell'art. 6 della CEDU. Ma i presupposti logici (sanzioni gravemente afflittive, necessità delle garanzie del contraddittorio anche in fase di irrogazione della sanzione) sono i medesimi che hanno spinto la Corte EDU ad usare per questi procedimenti il proprio armamentario dell'art. 6 della CEDU.

5. Le modifiche al regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob

A seguito della sentenza del Consiglio di Stato, e delle sollecitazioni dello stesso TAR del Lazio, la Consob ha modificato il procedimento san-

---

[31] Così ancora Cons. di Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, cit., 34.
[32] Cfr. Cass., Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20935.
[33] Cfr. Cass., Sez. Un., 30 settembre 2009, cit.

zionatorio[34] attuando i principi in essa espressi, estendendo le garanzie di partecipazione e del contraddittorio, pur mantenendo alcune restrizioni al diritto di difesa giustificate – a giudizio della Consob stessa – da esigenze di efficienza, efficacia e buon andamento dell'azione amministrativa[35].

In generale, la nuova normativa tende ad aumentare la trasparenza ed il contraddittorio, mentre poco modifica da un punto di vista della separazione tra attività istruttoria e attività decisoria.

In primo luogo, con la nuova normativa si rendono accessibili ai diretti interessati (con determinati presupposti) le valutazioni conclusive dell'USA redatte al termine della fase istruttoria e sinora sottoposte alla sola Commissione; allo stesso tempo si conferisce ai destinatari delle contestazioni la facoltà di presentare direttamente alla Commissione controdeduzioni finali in forma scritta.

Tale modifica appariva oggettivamente necessitata. La segretezza delle valutazioni conclusive dell'USA (non accessibili per prassi della stessa Consob neppure a seguito di richiesta di accesso) erano difficilmente giustificabili non solo alla luce della qualificazione come penali delle sanzioni amministrative e, quindi, del più elevato grado di contraddittorio necessario, ma nemmeno sulla base della legge sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso.

Ne consegue un rafforzamento del contradditorio nella fase decisoria dinanzi alla Commissione, fase che è particolarmente importante perché costituisce il primo momento nel quale i fatti e la proposta di sanzione pervengono davanti all'organo che dovrà decidere sulla sussistenza dei fatti e sulla corretta entità della sanzione.

Un ulteriore modifica, inserita a seguito delle osservazioni formulate nella fase di consultazione, concerne la scelta di trasmettere la relazione finale USA nella sua interezza (*comprensiva* dunque *della proposta di quantificazione della sanzione*), nel rispetto del principio della conoscenza degli atti istruttori sancito dall'art. 187-*septies* comma 2 del TUF e sottolineato dalla sentenza del Consiglio di Stato. Nondimeno «il contraddittorio nell'ambito del procedimento sanzionatorio, secondo Consob, "*resta incentrato sul fatto, individuato in tutte le sue circostanze concrete che valgano a caratterizzarlo*" e non sul *quantum* della sanzione»[36]. Bisognerà pertanto comprendere se la nuova formulazione consentirà un contraddittorio esteso anche al quan-

---

[34] Il 29 maggio 2015 la Consob ha, infatti, nuovamente modificato il procedimento sanzionatorio regolato nel 2013.

[35] Cfr. CONSOB, *Modifiche al Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob. Esiti della consultazione*, 29 maggio 2015, in www.consob.it., 6.

[36] Cfr., per tutte, Cass., Sez. Un. 30 settembre 2009, n. 20935; vedi anche Cass. 12 dicembre 2012, n. 22871. Sul punto CONSOB, *Modifiche al Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob. Esiti della consultazione*, cit., 5.

tum, come auspicabile, o continuerà a prevalere la risalente giurisprudenza che tale possibilità aveva sempre escluso.

Il *quantum* della sanzione, infatti, non costituisce né deve costituire esercizio di un potere discrezionale insindacabile da parte dell'Autorità, ma deve essere correlato ai fatti, al grado di partecipazione del soggetto sanzionando al fatto in questione, ai precedenti su casi analoghi della stessa Autorità. Trattandosi di sanzioni il cui *quantum* non è automatico, ma anzi spazia in una forbice ampissima, appare illogico – e non giustificato da norme né dalla necessità di tutelare altri diritti – confinare il contraddittorio al mero accertamento del fatto e non invece al nesso fatto-entità della sanzione.

Il principio di separazione tra attività istruttoria e attività decisoria è invece solo parzialmente attuato. Ovviamente il nuovo regolamento non modifica il modello organizzativo complessivo della Consob. L'USA costituisce un'articolazione interna dell'Autorità e dunque non c'è una netta separazione tra l'organo che svolge l'istruttoria e l'organo che procede alla irrogazione della sanzione. V'è da dire però che una modifica di tale genere – in linea con la riforma francese – avrebbe necessitato di un intervento legislativo e di un cambiamento completo del modello organizzativo dell'autorità.

Effettuata la scelta di non modificare in radice il modello dell'Autorità, non si sono però volute utilizzare tutte le possibilità per accentuare, quanto più possibile la separazione tra attività istruttoria e decisoria[37]. Ad esempio non è stata modificata la previsione della sottoscrizione della lettera di contestazione da parte del Direttore Generale, che partecipa anche alla fase decisoria, assistendo alle riunioni della Commissione sia pure "senza diritto di voto"[38].

6. Il decreto legislativo «Recante recepimento della direttiva 2013\36\ UE del Parlamento Europeo sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulle imprese di investimento»

Mentre tale giurisprudenza si consolidava, e anteriormente alle ultime delibere di modifica del regolamento Consob, è stata approvata la direttiva 2013/36 UE del 26 giugno 2013 «*Sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulle imprese di investimento*».

Come dice l'art. 1, la direttiva ha per oggetto l'accesso all'attività degli enti creditizi e delle imprese di investimento, i poteri e gli strumenti di vigilanza da parte delle autorità competenti, la vigilanza prudenziale degli enti

---

[37] Cfr. ancora, ad esempio, quanto affermato da Corte EDU, sent. *Grande Stevens*, cit., parr. 135-136, nonché Cons. di Stato, 26 marzo 1596, cit., 33.

[38] Cfr. CONSOB, *Modifiche al Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob. Esiti della consultazione,* 3.

da parte delle autorità competenti, gli obblighi di pubblicazione per le autorità competenti.

Nell'ambito dei poteri e strumenti di vigilanza, la direttiva detta alcuni principi sulle sanzioni amministrative che le Autorità preposte possono emanare (art. 70); tali principi riguardano la colpevolezza dell'autore ed altri parametri che l'Autorità deve verificare prima di emanare la sanzione. La direttiva, infatti, stabilisce che nell'irrogare le sanzioni le autorità competenti debbono tenere conto della gravità e durata della violazione, del grado di responsabilità della persona responsabile della violazione, della capacità finanziaria della persona (facendo riferimento al reddito annuo della medesima), l'importanza dei profitti realizzati e delle perdite subite, il livello di cooperazione con l'autorità competente, l'esistenza di precedenti violazioni da parte della persona fisica o giuridica, le potenziali conseguenze sistemiche della violazione. Si tratta, come ben si vede, di criteri in gran parte di tipo soggettivo, tesi ad accertare in concreto il grado di colpevolezza del sanzionato, l'impatto della sanzione sulla sua persona, ed anche la esistenza di alcune circostanze attenuanti, come la inesistenza di precedenti violazioni o il livello di cooperazione con l'autorità competente.

Già dalla lettura di questa norma si comprende come l'indirizzo assunto dalla Corte EDU e dal Consiglio di Stato sia assolutamente coerente. Per accertare la sussistenza di questi elementi sia di fatto (ad esempio la situazione finanziaria personale del sanzionato) sia soggettivi (il grado di colpevolezza o la esistenza di circostanze attenuanti) occorre che si realizzi un contraddittorio pieno davanti all'organo che è chiamato ad assumere la decisione. Ed emerge anche come la tesi Consob, circa il fatto che il contraddittorio è finalizzato all'accertamento dei fatti e non può incidere sull'entità della sanzione, non è giustificabile proprio in relazione alla normativa, dato che l'autorità deve apprezzare, proprio per determinare il *quantum* della sanzione, determinate situazioni di fatto e di diritto che sono fornite dal sanzionato.

Come si tornerà a dire tra un momento, inoltre, l'utilizzazione di criteri di natura penalistica per la determinazione delle sanzioni amministrative (tra i quali il criterio della colpevolezza, da accertarsi in concreto) va ad impattare su di una giurisprudenza interna in tema di responsabilità degli amministratori che si basava invece su criteri diversi. È noto, infatti, che sia la Corte di appello che la Corte di Cassazione, nella difficoltà di accertare in concreto (anche a causa di un rito non idoneo) le singole responsabilità dei sanzionati, avevano sviluppato da tempo una giurisprudenza che ricostruiva la responsabilità degli amministratori come una sorta di responsabilità "di posizione". Tali criteri non sono a questo punto più coerenti, con la natura penale della sanzione, con le previsioni normative che impongono una valutazione in concreto del grado di colpevolezza del sanzionato, con i criteri della *full jurisdiction* che all'accertamento di tali presupposti sono finalizzati.

Con legge 7 ottobre 2014 n. 154, intitolata «*Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione eu-*

ropea – Legge di delegazione europea 2013 – secondo semestre» il Governo è stato delegato ad attuare varie direttive, tra le quali la sopra citata direttiva 2013\36 UE. In particolare, sulla base di tale legge il Governo è stato delegato a rivedere, in coerenza con la direttiva sopra citata, la disciplina delle sanzioni pecuniarie sia di Consob che di Banca d'Italia. Al riguardo la legge di delegazione stabilisce alcuni principi e criteri direttivi in ordine alla determinazione dell'entità della sanzione, mentre, pur riferendosi genericamente alla procedura sanzionatoria, non detta alcun principio e criterio direttivo con riguardo al giudizio di opposizione alle sanzioni.

Anche in relazione a questa normativa vi sono, peraltro, chiari segnali di un processo di progressiva estensione dei principi penalistici a queste tipologie di sanzioni amministrative. Il punto 1 della lettera m dell'art. 3 della legge prevede, infatti, espressamente di «valutare l'estensione del principio del *favor rei* ai casi di modifica della disciplina vigente al momento in cui è stata commessa la violazione». Si tratta cioè del principio della retroattività delle misure favorevoli, ben noto principio legato al diritto penale.

Con decreto legislativo del 12 maggio 2015, n. 72, «*Recante recepimento della direttiva 2013\36\UE del Parlamento Europeo*» (di pochi giorni antecedente l'ultima modifica del regolamento Consob), il Governo ha recepito puntualmente, sia per le sanzioni di Banca d'Italia, che per le sanzioni emanate dalla Consob, le disposizioni previste dalla direttiva in ordine ai criteri per la determinazione delle sanzioni, modificando, per conseguenza, le rispettive norme del TUF e del TUB. Dal punto di vista del procedimento il decreto ribadisce che «Il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie».

Il decreto inoltre, pur senza esservi stato delegato (e su questo aspetto torneremo nel punto successivo) ridisciplina compiutamente il rito applicabile al giudizio di opposizione alle sanzioni sia di Banca di Italia che di Consob; stabilisce inoltre che tale giudizio non si applica ai giudizi pendenti alla entrata in vigore del decreto legislativo (art. 2 comma 5); crea un ulteriore rito per questi ultimi, poiché per i giudizi di opposizione pendenti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, le udienze sono pubbliche ma il rito rimane camerale (art. 2 comma 5).

Per quanto concerne il *rito applicabile al giudizio di opposizione* alle sanzioni della Banca di Italia, l'art. 1 comma 53, lettere e, f, g, h, i, l), ha modificato l'art. 145 del decreto legislativo 1° settembre 1993, dai commi 4 e seguenti (la tutela giurisdizionale). In particolare, «il Presidente della Corte di appello designa il giudice relatore e fissa con decreto l'udienza pubblica per la discussione dell'opposizione. Il decreto è notificato alle parti a cura della cancelleria almeno sessanta giorni prima dell'udienza. La Banca d'Italia deposita memorie e documenti nel termine di dieci giorni prima dell'udienza […]» (art.1, punto 53, lett. *g*). Dopodiché «all'udienza, la Corte di appello dispone, anche d'ufficio, i mezzi di prova che ritiene necessari, nonché l'au-

dizione personale delle parti che ne abbiano fatto richiesta. Successivamente le parti procedono alla discussione orale della causa. La sentenza è depositata in cancelleria entro sessanta giorni […]» (art. 1, punto 53, lett. *h*). Anche il procedimento di opposizione alle sanzioni Consob è regolato in maniera analoga, con la unica differenza che, come noto, non vi è la competenza funzionale esclusiva della Corte di appello di Roma.

In definitiva si tratta, sia per le sanzioni Consob che per le sanzioni della Banca di Italia, di un rito non camerale, parzialmente formalizzato e con regime di preclusioni. Esso consente tuttavia espressamente l'esercizio di una attività istruttoria, cosa assai rilevante per rispettare i principi della "giurisdizione piena" di cui all'art. 6 della CEDU. Per poter essere legittimo, infatti, tale rito non solo necessita di una pubblica udienza, ma che il giudice abbia una cognizione piena sugli elementi di fatto e di diritto (inoltre la sussistenza di tale cognizione deve essere valutata in concreto)[39].

La norma transitoria, nondimeno, lascia aperti vari dubbi. Per i giudizi pendenti, infatti, il rito è ancora un rito camerale solo con pubblica udienza. Il che, oltre ad essere una contraddizione in termini, non pare garantire quella piena giurisdizione che deriva dalla esistenza di un rito formalizzato e con espressa previsione di una istruzione probatoria.

7. Profili problematici della disciplina dettata dal decreto legislativo 12 maggio 2015 n. 72, in relazione all'art. 76 Costituzione

Questo nuovo sistema processuale, che, volendo prescindere dal regime transitorio, appare maggiormente conforme del precedente all'art. 6 della CEDU e ai principi del giusto processo presenta però alcuni non irrilevanti profili di incostituzionalità. Esso, si è detto, è stato introdotto attraverso un decreto legislativo attuativo di una legge di delega, a sua volta attuativa di una direttiva comunitaria. La direttiva comunitaria, tuttavia, non si occupa in alcun modo del processo di opposizione alle sanzioni[40], e conseguentemente, non se ne occupa neppure la legge di delegazione. Oggettivamente nella legge di delegazione l'oggetto riforma del processo non è prevista (e non

---

[39] Sul punto F. Goisis, *La* full jurisdiction *nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2015, 546 ss., spec. 579 ss. e 583 ss.

[40] Non siamo dunque in presenza dell'utilizzo, assai frequente negli ultimi anni, della delegazione legislativa per assicurare l'adeguamento del diritto interno al diritto comunitario. In questi casi, molto spesso la legge delega determina infatti i principi e i criteri direttivi *per relationem*, rinviando cioè ai principi e criteri ricavabili dalla direttiva comunitaria: v. sent. n. 132 del 1996 (in *Giur. cost.*, 1983, 1165 ss.; nonché sent. n. 285 del 1983 (*ivi*, 1983, 1814 ss.), che sottolinea come ad integrare la direttiva concorre anche una sentenza interpretativa della Corte di Giustizia.

poteva essere prevista perché la legge attua una direttiva che si occupa di altro), quindi non vi sono neppure criteri o principi direttivi su questa materia.

Da qui il problema se, in relazione alla giurisprudenza della Corte costituzionale sui vizi di eccesso di delega e/o di carenza di delega, tale decreto legislativo possa essere ritenuto in contrasto con l'art. 76 della Costituzione.

All'interno della giurisprudenza costituzionale, assai ondivaga in tema di vizi di eccesso di delega, si possono comunque trarre alcune linee direttrici di fondo[41].

In primo luogo, ed in via generale, si osserva una sempre maggior attenzione della Corte costituzionale al tema del rispetto, da parte del Governo, dei principi e criteri direttivi posti nella legge di delegazione[42]. Questa linea di tendenza si ricollega, a sua volta, alla maggior attenzione da parte della Corte costituzionale al rispetto da parte del Governo, dei requisiti sostanziali e formali delle fonti primarie di sua competenza. Basti pensare, al proposito, alla giurisprudenza della Corte sui requisiti di necessità e di urgenza dei decreti legge, sulla sua reiterazione, sul problema degli emendamenti extravaganti rispetto al testo. Questa giurisprudenza, divenuta nel corso degli ultimi anni assai rigorosa, sarebbe invero contradditoria con una giurisprudenza troppo indulgente sul rispetto da parte dei decreti legislativi della legge di delegazione. In fin dei conti il decreto legge subisce a valle un controllo parlamentare, mentre il decreto legislativo, come noto, non ha controlli successivi. Dunque sarebbe incoerente, da parte della Corte, controllare in maniera

---

[41] Sul tema v., *ex multis*, E. Malfatti, *Corte costituzionale e delegazione legislativa, tra nuovo "volto procedurale" e sottoposizione al canone dell'interpretazione conforme,* in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, vol. III, p. 2117 ss.

[42] È vero che tra norma delegante e norma delegata si stabilisce un «naturale rapporto di riempimento» che fa sì che il silenzio della legge di delegazione non impedisca al governo di emanare «un coerente sviluppo e completamento della scelta espressa dal legislatore delegante e delle ragioni ad essa sottese», «dovendosi escludere che la funzione del legislatore delegato sia limitata ad una mera scansione linguistica di previsioni stabilite dal primo»: sent. n. 229 del 2014 (in *Giur. cost.*, 2014, 3739 ss., con osservazione di D. Nocilla, *Sui rapporti tra definizione dell'oggetto della delega legislativa e formulazione dei principi e criteri direttivi*, 3755 ss.) nonché *ex plurimis*, più di recente, la sent. n. 98 del 2015. Ma è indubbio che, per quanta ampiezza possa riconoscersi al cosiddetto "potere di riempimento del legislatore delegato", «il libero apprezzamento del legislatore delegato non può mai assurgere a principio od a criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, la legislazione su delega»: sent. n. 68 del 1991 (*ivi*, 1991, p. 487 ss.). Soprattutto a partire dagli anni '90, la Corte ha difatti esercitato un controllo più rigoroso rispetto agli anni precedenti, sebbene anche in passato non fossero mancati interventi di censura degli eccessi di delega da parte del Governo: *ex plurimis*, sentenze n. 129 del 1963 (*ivi*, 1963, 1435 ss., con osservazione di L. Paladin, *Nuovi orientamenti della Corte in tema di* erga omnes); n. 56 del 1965 (*ivi*, 1965, 710 ss.), n. 8 del 1966 (*ivi*, 1966, 98 ss.), n.12 e n. 161 del 1969 (*ivi*, 1969, risp. 74 ss. e 2402 ss.), n. 127 del 1970 (*ivi*, 1970, 1574 ss.) e n. 258 del 1974 (*ivi*, 1991, 2881 ss.). Analogamente sent. n. 340 del 2007 (*ivi*, 2007, 3411 ss.).

stringente un decreto legge (anche attraverso la legge di conversione) e allo stesso tempo consentire al Governo di non rispettare in maniera stringente principi e criteri direttivi attraverso un atto, come il decreto legislativo, che tali controlli a posteriori non subisce.

Detto questo in linea generale, è opportuno infatti ricordare, in secondo luogo, che nell'ultimo decennio la Corte è stata assai incisiva sulla verifica del rispetto dei principi e criteri direttivi. Si pensi alla sentenza n. 17 del 2008 in materia di riforma del processo societario, dove la Corte ha ritenuto illegittimi per eccesso di delega quei procedimenti che il legislatore aveva qualificato come "connessi" perché non rientranti nell'oggetto della delega. Oppure, ancora più recentemente alla sentenza n 272 del 2012 relativa alla mediazione obbligatoria, dichiarata ancora illegittima per eccesso di delega perché nella delegazione non ne era prevista, come principio o criterio direttivo, l'obbligatorietà, talché la Corte ha potuto rilevare che «il vizio di eccesso non può essere superato ritenendo la normativa coerente sviluppo e completamento delle scelte espresse dal delegante». Oppure, proprio in materia di opposizione a sanzioni Consob, alla sentenza n. 162 del 2012, con la quale la Corte ha dichiarato la illegittimità della giurisdizione del TAR del Lazio per inosservanza di principi e criteri direttivi[43].

Si pensi infine a quella giurisprudenza (sentenza n. 251 del 2001) con la quale la Corte ha affermato che in presenza di criteri e principi molto vaghi o addirittura mancanti, la discrezionalità del governo si ridimensiona invece di accrescersi e questo perché, quando vi sono scelte di politica legislativa, esse competono al Parlamento attraverso la legge di delegazione e non al Governo attraverso il decreto legislativo, confermando un orientamento risalente nel tempo[44].

Certo, la giurisprudenza della Corte sul tema è molto ampia e alle volte, come noto, non sempre coerente. Tuttavia da quanto sopra ricordato sembra che si possano trarre alcune conclusioni.

La giurisprudenza costituzionale sul rispetto dei principi e criteri direttivi è assai stringente quando si tratti di riforme del processo (vedi la decisione sul processo societario, sulla mediazione obbligatoria, sulle stesse sanzioni Consob). Questa giurisprudenza viene da lontano, essendosi alla fine formatasi già negli anni della riforma del processo penale[45].

In questi casi il controllo della Corte sul rispetto dei principi e criteri direttivi è penetrante, ed è logico che lo sia. La stessa Corte costituzionale ha

---

[43] Corte cost., sentenza n. 162 del 2012, cit.

[44] Corte cost., sentenza n. 40 del 1989, in *Giur. cost.* 1989, 212 ss.

[45] *Ex plurimis*, Corte cost., sentenze n. 68 del 1991, cit., e n. 176 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1456 ss. Proprio con riguardo alla delega in materia di nuovo processo penale è stata infatti pronunciata la sent. n. 68 del 1991, ritenuta il momento di svolta in senso restrittivo della giurisprudenza costituzionale in tema di vizio di eccesso di delega.

più volte qualificato il diritto alla tutela giurisdizionale come un diritto fondamentale, facente parte di quel nucleo superiore della Costituzione considerabile come intangibile (vedi in ultimo le sentenze sull'autodichia[46] e sulle consuetudini internazionali[47]). È evidente che quando si vada a incidere su tali garanzie attraverso atti con forza di legge del Governo, la Corte richieda un attento rispetto da parte del Governo delle scelte del Parlamento. Si va, infatti, a lambire il modo di esercizio di un diritto fondamentale "supremo", e il sistema dei controlli e bilanciamenti degli organi costituzionali, che si rispecchiano nei procedimenti di formazione delle fonti, debbono essere attentamente rispettati.

Inoltre il processo può essere disciplinato in vari modi, e la scelta di uno dei modi altro non costituisce se non una scelta di politica legislativa. Tale scelta, tuttavia, non può che essere riservata al Parlamento, e non è accettabile che il Governo vi si sostituisca senza alcun controllo da parte dell'organo rappresentativo della sovranità popolare.

È dunque difficile, e per tornare al caso di specie, sostenere che la riforma del giudizio di opposizione, sostanzialmente non delegata al Governo, possa reggere ad uno scrutinio di costituzionalità *ex* art. 76 della Costituzione. Né può pensarsi che, a coprire la carenza di delegazione, possano supplire i principi della direttiva comunitaria, o addirittura la CEDU, come alle volte la Corte costituzionale ha sostenuto[48]. Infatti, una cosa è il principio della pubblicità della udienza (che può essere considerato anche attuazione di un principio superiore), altra cosa invece è la riforma integrale di un giudizio e quindi di un intero rito processuale. Il Governo, infatti, ha modificato il rito da camerale a non camerale, ha formalizzato certe attività in determinate udienze a pena di decadenza, ha stabilito il regime complessivo delle decadenze processuali, ha previsto che per certe opposizioni si applica invece un ulteriore rito ancora diverso (camerale con pubblica udienza) e via dicendo. In sostanza ha riformato un intero sistema processuale (che costituisce una scelta politica) senza che la legge di delegazione prevedesse questo oggetto e senza che questo fosse indicato nella direttiva.

Del resto, la stessa Corte costituzionale ha addirittura affermato che quando il potere di riempimento conferito al Governo per l'attuazione di una direttiva comunitaria non rientra nell'ambito di operatività né della direttiva comunitaria né della legge delega, il decreto legislativo va dichiarato incostituzionale, in quanto emanato «in assenza di delega»[49].

Vale anche la pena di aggiungere che forse, una riforma così rilevante di un rito processuale, poteva meritare un approfondimento maggiore. Ad

---

[46] Corte cost., sent. n. 120 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, 2078 ss.
[47] Corte cost., sent. n. 238 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, 3853 ss.
[48] Cfr. sent. n. 305 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, 2530 ss.
[49] Cfr. sent. n. 44 del 2008, in *Giur. cost.*, 2008, 669 ss.

esempio questa poteva essere l'occasione per eliminare il residuato storico della giurisdizione della Corte di appello, e si poteva uniformare il sistema di impugnazione delle sanzioni Consob e Banca d'Italia con il sistema di impugnazione delle altre sanzioni amministrative.

In ogni caso sembra costituire una notevole alterazione della forma di Governo che in nessun ramo del Parlamento sia stato presentato un disegno di legge di riforma dell'intero sistema processuale e che il Governo abbia deciso tale riforma in assenza di attribuzione di competenza e di indirizzi da parte del potere legislativo.

8. I criteri di maggior favore nella valutazione della entità della sanzione introdotti dal decreto legislativo 12 maggio 2015 n. 72

Vale la pena a questo punto tornare alla questione dei nuovi criteri introdotti dalla normativa interna, ed in particolare sul criterio della colpevolezza.

La previsione normativa introdotta dal decreto legislativo di modifica del TUF e del TUB, circa il fatto che nella irrogazione della sanzione amministrativa deve valutarsi il grado di responsabilità, costituisce l'estrinsecazione di un principio oramai consolidato nella giurisprudenza della Corte EDU e nella giurisprudenza costituzionale italiana, secondo la quale possono essere destinatari di sanzioni afflittive solo coloro dei quali sia stata accertata la colpevolezza, intesa come coscienza e volontà dell'atto o della omissione; vi sarebbe altrimenti violazione dell'art. 7 della CEDU.

Con la recente sentenza n. 49 del 2015, la Corte costituzionale si è pronunciata proprio sul rapporto tra sanzioni amministrative ed accertamento della responsabilità del destinatario della sanzione[50], richiamando quanto stabilito dalla Corte Edu nel caso *Varvara*[51]. Secondo la Corte costituzionale, i giudici di Strasburgo hanno sottolineato come l'art. 7 della CEDU esiga una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato, poiché non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità personale. Non è in definitiva concepibile un sistema che punisca coloro che non sono responsabili, in quanto non dichiarati tali con una sentenza di colpevolezza.

La Corte precisa altresì che «simili espressioni, linguisticamente aperte ad un'interpretazione che non costringa l'accertamento di responsabilità nelle sole forme della condanna penale, ben si accordano sul piano logico con la funzione, propria della Corte EDU, di percepire la lesione del diritto umano

---

[50] Cfr. in questo senso la recente sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015, cit. (e la dottrina indicata sopra alle note 15 e 16).

[51] V. Corte EDU, 29 ottobre 2009, *Varvara c. Italia*, in particolare i paragrafi n. 66, 67, 69, 71.

nella sua dimensione concreta, quale che sia stata la formula astratta con cui il legislatore nazionale ha qualificato i fatti»[52].

Nella sostanza, quando si tratta di sanzioni amministrative aventi carattere afflittivo, la valutazione circa i requisiti della colpevolezza deve seguire, secondo la Corte EDU, gli stessi canoni rigorosi della colpevolezza nell'ambito penalistico.

9. Conclusioni

Da questo insieme di rilevanti mutamenti si possono trarre alcune conclusioni che attengono da una parte all'accertamento di alcuni punti fermi, e dall'altra di alcuni profili che invece non sembrano ancora definiti.

Sembra ormai essere un punto fermo che il procedimento sanzionatorio debba garantire pienamente il contraddittorio in ogni fase[53], il diritto di accesso a tutti gli atti, una ragionevole separazione funzionale – anche se non completa da un punto di vista strutturale – tra attività istruttoria e attività decisoria. Se si guarda al piano dell'afflittività delle sanzioni amministrative irrogate da Consob e da Banca d'Italia non vi è alcun dubbio che siano altamente afflittive[54] tanto più a causa della pubblicazione della decisione sui bollettini ufficiali o persino sui quotidiani nazionali (art. 195, comma 3, TUF), misura quest'ultima che costituisce decisamente un *quid pluris* in confronto all'afflittività della sanzione penale[55]. Altrimenti si finisce per accogliere una «concezione del potere sanzionatorio ormai superata» anche da parte della dottrina amministrativistica, che ha progressivamente acquisito consapevolezza del carattere punitivo e afflittivo della sanzione[56].

Del resto, anche il Consiglio di Stato ha affermato che per le sanzioni di natura penale il principio del contraddittorio deve essere inteso in senso pieno. Pur ritenendo procedimento e processo due categorie dogmaticamente

---

[52] Corte cost., sent. n. 49 del 2015, cit., par. 6.2 del *Considerato in diritto*.

[53] Sulle diversità del contraddittorio nel procedimento davanti alle autorità indipendenti, che ha come finalità «il ristabilimento o la fissazione di una regola procedurale, quella della parità delle armi in un contraddittorio semplice o litisconsortile» rispetto al contraddittorio nei procedimenti amministrativi tradizionali, ove si realizza «la partecipazione del cittadino ad una pubblica funzione attraverso la comparazione fra il suo interesse e quello che la P.A. deve perseguire» v. F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, 28 e 83.

[54] Sia per l'assai elevato importo che per le conseguenze sulla reputazione e per l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nelle società quotate, aspetti questi che non possono in alcun modo essere sottovalutati.

[55] Cfr. M. Allena, *Interessi procedimentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela?*, cit., p. 70.

[56] Così L. Torchia, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionali*, cit., p. 4.

diverse[57], nondimeno quando il procedimento è finalizzato ad irrogare sanzioni di natura gravemente afflittiva il principio del contraddittorio, previsto dalla legge italiana, non può essere attenuato[58].

Anche partendo da questo assunto deriva comunque, implicitamente, che non è più sostenibile la tesi sino ad oggi avvalorata dagli organi giudiziari, circa il fatto che gli eventuali vizi del procedimento sotto il profilo della carenza del contraddittorio sono sanati attraverso la cognizione piena del giudice dell'impugnazione. La violazione del procedimento comporta a tutti gli effetti la illegittimità della sanzione. Altrimenti a nulla varrebbe l'aver stabilito con legge regole garantistiche che il procedimento deve osservare, se esse possono essere non rispettate dall'autorità amministrativa. Ne risulterebbe comunque violato il principio di legalità e il diritto "al giusto procedimento". Ne risulterebbe violato anche, come rilevato in dottrina[59], l'art. 113, comma 2, della Costituzione, che prevede sempre la tutela contro gli atti illegittimi della pubblica amministrazione, con l'espressa previsione che la «tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti».

Il secondo punto fermo, relativo al processo, riguarda il principio della "piena giurisdizione". Il giudice dell'impugnazione di una sanzione amministrativa avente carattere "penale" deve essere dotato, non solo in teoria ma in concreto, di tutti gli strumenti necessari per rivalutare compiutamente il fatto, il grado di colpevolezza dell'agente, la congruità della pena rispetto al fatto e al grado di colpevolezza. La questione della discrezionalità tecnica, che come noto ha prodotto la teorizzazione da parte degli organi di giustizia amministrativa di un sindacato "debole" sugli atti delle autorità indipendenti, non è utilizzabile allorquando si tratti di sanzioni gravemente afflittive che assumono natura "penale". In tale caso il diverso principio della *full jurisdiction* importa un controllo del giudice esteso anche alle valutazioni di natura

---

[57] Ciò non toglie che vi sia una stretta relazione fra procedimento e processo, derivante dall'essere ambedue "procedure" attraverso le quali i pubblici poteri esercitano l'autorità, e di conseguenza in entrambe dovranno essere assicurate le garanzie di difesa per garantire il cittadino nei confronti dell'esercizio del potere, amministrativo e giurisdizionale: sotto questi profili sono sempre attuali e basilari le riflessioni di F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1950, 1 ss.; nonché di G. Pastori, *Introduzione generale*, in Id. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 5 ss.

[58] Tanto più che l'art. 29 della legge n. 241 del 1990, come modificato con legge n. 69 del 2009, ha precisato che alcune garanzie procedimentali «attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *m*) della Costituzione»: sul punto, v., almeno, G. Morbidelli, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in G*iustamm.it,* 2009.

[59] F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti della sanzione amministrativa tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014, 73 ss.; Id., *La* full jurisdiction *nel contesto della giustizia amministrativa*, cit., 551 ss. e sentenze ivi citate.

tecnica, e tale controllo deve essere effettivo e svolto in concreto. Questo non solo, a ben vedere in relazione all'art. 6 della CEDU, ma anche in relazione all'art. 111 della Costituzione che disciplina il giusto processo.

Del resto, anche a voler «conservare la tradizione di un sindacato giurisdizionale sul potere amministrativo di carattere più o meno esterno-di legittimità», bisognerebbe comunque procedere ad «un significativo accrescimento delle garanzie nel procedimento amministrativo, così che le tutele dell'art. 6 cit. si realizzino fin da subito, nel procedimento»[60].

Il terzo punto fermo riguarda, al proposito, l'ormai compiuta assimilazione di queste sanzioni a quelle penali, non solo in astratto ma in relazione ai criteri che l'Autorità erogante la sanzione e poi il giudice devono valutare. Il decreto legislativo del maggio 2015, di recezione della direttiva comunitaria «*Sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulle imprese di investimento*»[61], ha introdotto nel TUF e nel TUB criteri di responsabilità che richiamano i principi penalistici sulla coscienza e volontà del reato. L'applicazione di tali principi implica la valutazione da parte dell'autorità amministrativa prima, e da parte del giudice dell'impugnazione poi, della colpa in concreto da parte dell'autore della violazione.

Non costituisce, invece, un punto sicuramente stabile la riforma del processo effettuato con il decreto legislativo in questione. A parte la questione della normativa transitoria e della illogicità di un rito camerale con udienza pubblica, rimane il fatto che l'introduzione di questa riforma del processo in assenza di delega sembra presentare profili di illegittimità costituzionale. Nella lunga – e in questi ultimi anni continua – modifica delle giurisdizioni e dei riti per la impugnazione delle sanzioni Consob e Banca d'Italia, non è detto che la riforma effettuata con il decreto legislativo del 12 maggio 2015[62] costituisca pertanto il punto di arrivo.

---

[60] F. Goisis, *La* full jurisdiction *nel contesto della giustizia amministrativa,* cit., 595.

[61] Direttiva 2013/36 UE del 26 giugno 2013, cit.

[62] V. il decreto legislativo del 12 maggio 2015, n. 72, «*Recante recepimento della direttiva 2013\36\UE del Parlamento Europeo*», cit.

FIATO ALLA SPERANZA: L'ERGASTOLO OSTATIVO E LA COSTITUZIONE*

di Marcello Bortolato

Sommario: 1. L'ergastolo ieri e oggi. – 2. Ergastolo e compatibilità con la Costituzione repubblicana. – 3. L'ergastolo "ostativo". – 4. La *quaestio* di costituzionalità.

1. L'ergastolo ieri e oggi

La prima volta in cui mi imbattei nell'ergastolo fu quando venni chiamato, allora diciottenne, alle urne per il referendum abrogativo del 1981: non ebbi alcun dubbio, fui tra quei 7.114.719 favorevoli alla sua abolizione (cioè il 22,6% dei votanti), contro quei 24.330.954 (il 77,4%), che si erano espressi in senso contrario all'abolizione. La proposta venne bocciata, eppure nei contestuali referendum sull'abolizione delle norme sulla concessione del porto d'armi e sull'interruzione volontaria della gravidanza la risposta negativa, cioè il no all'abolizione, aveva raggiunto percentuali ben maggiori, che si attestavano tra l'85 e l'89%: ciò significa che circa il 10% di quelle stesse persone che si erano espresse in senso contrario all'abrogazione della legge Cossiga, concepita per affrontare l'emergenza terrorismo in Italia degli anni '70, si era espresso nello stesso giorno in senso favorevole all'abolizione dell'ergastolo.

La seconda volta fu quando – molto più tardi – assunsi le funzioni di magistrato di sorveglianza: a quel punto il problema non fu più l'ergastolo ma il suo ulteriore aggravamento, quella sofferenza aggiuntiva, quell'inasprimento sanzionatorio – perché di questo si tratta – che va sotto il nome di "ergastolo ostativo": la pena senza speranza, un passato che schiaccia il presente e toglie ogni speranza al futuro.

L'ergastolano "ostativo" ha la quotidiana sensazione di avere ben poche speranze di accorciare quel fine pena, la sensazione di morire giorno per giorno tanto da voler a volte desiderare che la condanna sia tramutata in pena di morte.

Il primo argomento da sfatare è che l'ergastolo sia una condanna simbolica che, si dice, di fatto non sconta più nessuno. Alcuni dati: 1700 circa oggi gli ergastolani di cui oltre 1200 "ostativi": dal 2004 al 2014 vi è stato un incremento degli ergastoli del 38%, eppure da un anno all'altro diminuiscono gli omicidi (dal 2017 al 2018 il 16,3% in meno e quelli di criminalità organiz-

---

* Testo dell'intervento al Convegno "Eppur si muove. Carcere, costituzione, speranza", Reggio Calabria – 4 ottobre 2019.

zata da 48 a 30 dal 2016 al 2017; gli omicidi volontari in Italia nel 2018 sono stati 319 dei quali 134 in ambito familiare/affettivo e dunque al di fuori di un contesto di criminalità organizzata). L'incidenza percentuale degli ergastolani sul totale dei condannati definitivi tra il 1998 e il 2008 è passata dal 2,5% al 5,29%: una pena dunque tutt'altro che desueta.

2. Ergastolo e compatibilità con la Costituzione repubblicana

Il più grave problema che si pone per l'ergastolo è quello della sua compatibilità con il principio della finalizzazione rieducativa della pena scolpito nell'art. 27 Cost.: se infatti per rieducazione non si può non intendere che reintegrazione, seppur tendenziale, dell'individuo nel contesto sociale, una misura come l'ergastolo, destinata ad escluderlo definitivamente, non può che risultare incompatibile con tale principio.

La Corte costituzionale, riaffermando invece la costituzionalità di tale sanzione, ha dovuto fare riferimento al fatto che l'ergastolo non è effettivamente tale – e cioè una pena perpetua – in quanto ammette il rientro nella società attraverso la liberazione condizionale (beneficio previsto non dall'ordinamento penitenziario ma dal codice penale all'art. 176 c.p.), incorrendo così in un evidente paradosso: quello di riaffermare la costituzionalità di un istituto in quanto lo stesso non sia effettivamente tale, quando avrebbe invece dovuto pronunciarsi sulla fondatezza e compatibilità dei principi, non sulla loro occasionale (e del tutto aleatoria) disapplicazione. Del resto si consideri che in termini percentuali gli accoglimenti dell'istanza di liberazione condizionale (per tutte le pene, anche temporanee) si aggirano intorno al 3% circa delle istanze, spiegabile proprio perché la liberazione condizionale è un beneficio che dal 1992 è soggetto alle stesse condizioni di ammissibilità dettate nell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario per le misure alternative, prima fra tutte il requisito della "collaborazione" la cui mancanza di fatto rende ostativa la pena perpetua.

Con la sentenza n. 264 del 22 novembre 1974 l'ergastolo viene dichiarato conforme alla Costituzione con il rilievo che la funzione rieducativa non è l'unica funzione cui la pena deve assolvere, affiancandosi a tale funzione anche quella dissuasiva, preventiva e di difesa sociale (è la teoria "polifunzionale" della pena).

Si è così arrivati in Italia all'ergastolo moderno, pena mantenuta nella sua perpetuità ma temperata dalla concessione di molti benefici penitenziari[1]. Si è assistito ad un'opera di progressiva spoliazione dell'istituto che

[1] La legge Gozzini del 1986 ha abbassato il tetto di ammissione alla liberazione condizionale da 28 a 26 anni: dopo cinque anni di libertà vigilata, la pena si estingue e l'ergastolano diviene persona del tutto libera; la stessa legge stabilisce che la pena dell'ergastolo debba

non si è voluto fin qui eliminare nel tentativo di renderlo compatibile con la finalità rieducativa della pena: ma il limite dell'ergastolo ostativo (che costituisce la stragrande maggioranza degli ergastoli) nondimeno – da 27 anni – è ancora lì.

Oggi la questione, dopo la condanna in sede europea (CEDU: sentenza Viola c. Italia del 13 giugno 2019), è tornata nuovamente all'esame della Corte costituzionale (sulle due questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* sollevate dalla prima Sezione della Corte di cassazione e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia nei casi, rispettivamente, Cannizzaro e Pavone, la discussione è fissata il prossimo 22 ottobre) proprio perché il requisito della collaborazione rende di fatto inapplicabili tutti i benefici penitenziari. Non si è mai dunque spenta in Italia l'inquietudine, nonostante le passate stagioni terroristiche, la ferocia della criminalità organizzata e l'efferatezza di alcuni delitti, circa la compatibilità dell'ergastolo con le acquisizioni di civiltà maturate e, in particolare, sul nesso problematico che intercorre fra pena perpetua e diritti fondamentali, la prima irrimediabilmente intrecciata ad un retaggio millenario di vendetta sociale, del cui classico emblema (la pena di morte) essa ha preso ambiguamente il posto nei nostri tempi, i secondi proiettati invece verso il futuro e di fronte al quale l'alternativa ormai è tra la coscienza lacerata (i casi italiano e tedesco in cui l'istituto è mantenuto ma progressivamente sgretolato)[2][2] ovvero l'abolizione, secondo la strada imboccata da Spagna e Portogallo che, usciti da sanguinose dittature, hanno radicalmente rinnovato i propri ordinamenti cancellando nel sistema delle pene ogni residuo dei lasciti ancestrali. Il caso italiano, in particolare, tradisce ancora una volta il disagio a contemperare la pena massima con l'impianto della Carta: l'ergastolo si giustifica tanto quanto risulti abolito nei fatti, circostanza quest'ultima che, almeno per i 1255 ergastolani "ostativi", non si verifica. Questa situazione non può durare a lungo risolvendosi in un'ipocrisia prolungata e per di più annidata in un istituto fortemente simbolico: non dimentichiamo che l'ergastolo infatti nasce (da Beccaria) come alternativa

essere espiata negli stessi istituti in cui si espiano le pene detentive a tempo e prevede la possibilità per l'ergastolano di essere ammesso all'esperienza dei permessi-premio e al lavoro all'esterno dopo 10 anni; prevede la concedibilità della misura alternativa della semilibertà dopo l'espiazione di almeno vent'anni di pena ed infine la concedibilità della liberazione anticipata, intesa come sconto di pena di giorni 45 per ogni semestre, anche all'ergastolano, stabilendo che detto beneficio sia computabile nella misura della pena che occorre avere espiato perché questi sia ammesso ai benefici dei permessi-premio, della semilibertà e della liberazione condizionale.

[2] Nel caso italiano, nell'ipotesi di integrale concessione della riduzione di pena per liberazione anticipata, l'ergastolano (purché non ostativo) può aspirare alla concessione del suo primo permesso-premio dopo 8 anni di pena, della semilibertà dopo 16 anni di pena e della liberazione condizionale dopo 21 anni di pena.

alla pena capitale, confermata dal fatto che esso è tuttora sconosciuto negli Stati in cui per i delitti più gravi è ancora in vigore la pena di morte.

3. L'ergastolo "ostativo"

L'ergastolo ostativo, l'ergastolo degli "uomini ombra", dei "senza speranza", crea disagio, prima di tutto nel magistrato di sorveglianza. Perché?

Perché difronte all'ostatività (che discende dalla mancata collaborazione) appare del tutto irrilevante il percorso rieducativo del condannato: il giudice è impotente, nonostante l'approccio delle teorie della cd "nuova prevenzione" tenda a riproporre ampio spazio al riconoscimento della concretezza e della specificità delle situazioni in cui un reato avviene, delle caratteristiche e delle motivazioni dell'autore, della sua evoluzione personale; è sempre necessario avere il coraggio di guardare a fondo nella realtà dei fatti e delle persone coinvolte anche nei crimini più efferati e devastanti, evitando di rimuovere l'orrore con la durezza della sanzione che allontana e definitivamente seppellisce. Il giudice di fronte all'ergastolo ostativo è espropriato del potere di decidere se accordare un qualche riconoscimento ai progressi del reo, progressi che possono non avere nulla a che vedere con la sua volontà di collaborare con la giustizia.

Vanno ricordate poi le enormi difficoltà dell'accertamento della collaborazione cd "impossibile" o "inesigibile" (alternativa alla collaborazione effettiva, essa consiste nell'impossibilità, riconosciuta dalla legge, di offrire una reale collaborazione poiché su quella vicenda penale ormai è stata fatta piena luce): si tratta di un accertamento rimesso a fattori esterni su cui il condannato non ha alcun dominio e che dipende perlopiù dai pareri delle Procure che hanno svolto le indagini.

Il magistrato di sorveglianza di fronte all'ergastolo ostativo è inoltre consapevole dell''anima nera' della preclusione dell'art. 4-*bis*: quel *surplus* di pena, quell'inasprimento sanzionatorio che rende la pena perpetua una pena senza speranza ed ha le mani legate perché non può nemmeno valutare le ragioni del silenzio di chi non vuole collaborare con la giustizia. Sia chiaro, la collaborazione è strumento strategico della lotta alla criminalità organizzata, insostituibile mezzo di repressione e prevenzione dei reati, e dove è "effettiva" consente ai condannati l'accesso anticipato alle misure alternative (a differenza di quella cd "impossibile") ma le ragioni di una mancata collaborazione possono essere anche nobili o comunque comprensibili (la scelta morale di non voler barattare la propria libertà con quella degli altri, la paura di esporre i propri familiari a ritorsioni e vendette) eppure non sono valutabili dalla magistratura di sorveglianza che deve limitarsi a prenderne atto anche difronte alla dimostrazione, del tutto disgiunta dall'assenza di collaborazione, di una cessata pericolosità, magari dopo moltissimi anni dal reato.

Il problema è allora anche quello della libertà di autodeterminazione, che ha a che fare con la "dignità", divenuto parametro costituzionale *tout court*: la preclusione derivante dalla mancata collaborazione non è solo irrazionale, è "violenta" perché coarta la libertà morale e rende l'uomo da fine a mezzo, il che significa usare gli strumenti della rieducazione per scopi che sono altri (assicurare alla giustizia ulteriori colpevoli) cioè negare in radice la funzione del magistrato di sorveglianza.

Dobbiamo inoltre chiederci se la mancata collaborazione sia effettivamente sempre e comunque sintomo di dissociazione dalle organizzazioni criminali di appartenenza. Non sono sconosciute da un lato collaborazioni del tutto strumentali ed anche "false" e, dall'altro, l'esistenza di più sicuri indici di rescissione dei legami. Si pensi che il "ravvedimento" (pieno riconoscimento della propria responsabilità ed assunzione di impegni riparatori, traduzione laica del concetto di "emenda") è sufficiente per ottenere la liberazione condizionale (l'unico beneficio che può cancellare l'ergastolo) ma non basta per poter accedere ai benefici anche minori a chi non abbia collaborato pur ammettendo le proprie responsabilità. Con il ravvedimento il reo dimostra di aver raggiunto un grado di rieducazione tale da meritare il massimo beneficio ma se non fa i nomi dei correi non può accedervi: c'è qualcosa di fortemente irrazionale prima che ingiusto in questo meccanismo.

4. La *quaestio* di costituzionalità

Ci sono degli evidenti limiti nel *petitum* delle due questioni di costituzionalità sollevate e che verranno discusse il prossimo 22 ottobre: esse colpiscono infatti l'ostatività del solo permesso-premio, il primo beneficio che l'ergastolano può ottenere. Se esso costituisce lo "snodo" cruciale del trattamento, tuttavia la progressione trattamentale è l'"in sé" della rieducazione. Tutti i benefici – nell'ottica della preclusione – sono uguali, non si possono distinguere: se cadrà la preclusione tutti i benefici e le misure alternative saranno, senza distinzioni, ammissibili. È dunque necessario colpire la preclusione in sé, la sua irrazionalità intrinseca.

Spesso facendo il giudice mi chiedo: ma cattivi si diventa? Anch'io ne sarei capace?

Vi sono studi criminologici che hanno passato in rassegna il genocidio in Ruanda, i suicidi e gli assassini di massa dei membri di diverse sette religiose, gli orrori dei campi di concentramento nazisti, la tortura praticata dalla polizia militare e civile e la violenza sessuale perpetrata su parrocchiani da sacerdoti cattolici. Si ricorda spesso il cd. "esperimento carcerario di Stanford": nel 1971 sono stati reclutati con un annuncio su un giornale alcuni studenti "sani, intelligenti, di classe media, psicologicamente normali e senza alcun precedente violento". L'esperimento doveva durare due settimane e coinvolgere i soggetti, suddivisi casualmente tra un gruppo di guardie ed uno di de-

tenuti, in una simulazione di vita carceraria, allo scopo di mettere a fuoco le reazioni dei detenuti. Dopo soli cinque giorni, i lavori furono però interrotti: gli studenti che rivestivano il ruolo delle guardie si erano inaspettatamente trasformati in spietati aguzzini. È l'"effetto Lucifero": la possibilità, cioè, che alcune particolari situazioni siano in grado di indurre persone ordinarie a compiere i peggiori crimini.

Il ricordo di quell'esperimento deve farci riflettere che certamente emergono situazioni difficili e per molti aspetti inquietanti, che esistono delitti assai efferati rispetto ai quali non sembra esservi alcuna pena idonea a compensare il male che hanno provocato, ma che, nel contempo, ogni situazione va sempre restituita alla sua complessità, alle sue caratteristiche reali e, soprattutto, alla sua effettiva possibilità di evoluzione. Ogni uomo va trattato come uomo: si tratta di una strada difficile, da praticare e svelare di caso in caso anche se questo è meno appagante della punizione esemplare.

15 ottobre 2019

RIEDUCAZIONE E NONVIOLENZA. UN BINOMIO INDISSOLUBILE

di Silvia Buzzelli

Ogni parola significa qualcosa.
Tutto sta nello scoprire cosa.
F. Cordero, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*[1]

Sommario: 1. La costruzione del discorso: i termini-chiave del linguaggio penitenziario. – 2. La linea di confine tra violenza e nonviolenza: la scelta del luogo migliore. – 3. L'inconfondibile riferimento all'animalità nel processo e nell'ambiente penitenziario. – 4. L'emergere di due contraddizioni notevoli: la violenza del cammino rieducativo e il tempo sprecato. – 5. Dalla conquista delle parole alle buone prassi.

1. La costruzione del discorso: i termini-chiave del linguaggio penitenziario

Molto spesso, appena si tenta di avviare un discorso sul carcere[2], puntando immediatamente al cuore delle questioni, si è colti da un forte senso di spaesamento.

È abbastanza facile, infatti, perdere la direzione a causa dei vizi presenti nelle parole di base[3] che, essendo fondamentali e frequenti, condizionano ogni argomento successivo: sono per lo più vocaboli composti e pieni di enfasi, oppure ambigui.

Un esempio della prima categoria è "ri-educazione"[4]: di certo, ha ragione Francesco Zacchè quando scrive – in questo capitolo – che il nostro testo co-

---

1 F. Cordero, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Giuffrè, 1967, p. 131.

2 Nella R (2012) 5 sul codice etico europeo per il personale penitenziario, varata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 12 aprile 2012, il carcere è definito come complesso di «istituti destinati alle persone poste in custodia cautelare su ordine dell'autorità giudiziaria o private della libertà a seguito di condanna».

3 Un quadro d'insieme si ricava da V. Grevi – F. Della Casa – G. Giostra, sub *art. 1*, in F. Della Giostra – G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, 2015, p. 3 ss.; Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2017*, in *www.garantenazionaleprivatiliberta.it*.; A. Margara, *La giustizia e il senso di umanità. Antologia di scritti su carcere, opg, droghe e magistratura di sorveglianza*, a cura di F. Corleone, Fondazione Michelucci Press, 2015.
Per un approccio sociologico, v. A.P. Lacatena – G. Lamarca, *Reclusi. Il carcere raccontato alle donne e agli uomini liberi,* Carocci, 2017.

4 E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, 1980, p. 288.

stituzionale (art. 27 comma 3 Cost.) non aiuta a comprendere i confini della nozione di "rieducazione del condannato". Non resta allora che affidarsi alla decennale giurisprudenza della Corte costituzionale[5], consapevoli del fatto che combinare carcere e rieducazione rimane pur sempre un'impresa non semplice[6], dovendo inoltre partire dall'idea, impegnativa, di educazione.

Un esempio, invece, inquadrabile nella seconda categoria (dominata dall'ambiguità linguistica) è "trattamento", termine riferibile, in base al contesto specifico e all'aggettivo che vi si aggiunge, alle condizioni di vita, come pure all'offerta di interventi finalizzata alla risocializzazione del condannato[7]. In sintesi estrema: mentre il trattamento *penitenziario* deve essere garantito a ogni soggetto in stato di detenzione, quello *rieducativo* si rivolge alla persona condannata in via definitiva.

Ci sono poi alcune espressioni che restringono eccessivamente i contorni di un tema dirompente; è il caso del parametro costituzionale indicato sempre dall'art. 27 comma 3 Cost. (e ripreso nell'art. 1 ord. penit.): «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità», un senso – se preso alla lettera – in grado di alimentare riduttive visioni speciste[8]. Forse non basta rendere la pena compatibile con il rispetto che si dovrebbe, si deve, alla persona umana, andando ormai ampliata la prospettiva oltre il dualismo umano/disumano, come si vedrà in seguito.

Ancora una veloce nota sul versante lessicale. È scarsa la corrispondenza tra il vocabolario italiano e le parole più usate per fissare gli *standard* europei: non segregazione, individualizzazione, normalizzazione, responsabilizzazione, sono formule dotate di concretezza e si possono leggere nelle cosiddette Regole penitenziarie europee che tendono ad avvicinare il più possibile la vita penitenziaria non solo e banalmente a quella esterna, ma a una vita dignitosa, responsabile ed esente dal crimine (art. 102 e 107)[9].

---

[5] I giudici costituzionali hanno sempre «patrocinato, a far data dalla fondamentale sentenza 313/1990 l'idea che la funzione rieducativa debba presidiare ogni momento della vita della pena» (R. De Vito, *L'orologio della società e la clessidra del carcere. Riflessioni sul tempo della pena*, in *Questione giustizia*, 2017, n. 1, p. 46).

[6] E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, cit., p. 93.

[7] Cfr., ad es., il tenore degli art. 27 comma 3 Cost. e art. 3 Conv. eur. dir. uomo, art. 13 e 15 ord. penit.

[8] Sul tema, v. P.P. de Albuquerque, *Corte europea dei diritti dell'uomo – Grande Camera,* Herrmann v. Germania, *ricorso n. 9300/07, sentenza del 26 giugno 2012*, in *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, a cura e con un saggio di D. Galliani, Giappichelli, 2016, p. 69 ss.: a suo parere, il caso (obiezione di coscienza alla caccia come forma di trattamento inumano degli animali da parte di un piccolo proprietario terriero) mette alla prova lo «specismo qualificato» della Convenzione che si basa su un «antropocentrismo responsabile» (p. 74).Volendo, S. Buzzelli, *Il carcere normale*, in S. Buzzelli (a cura di), *I giorni scontati. Appunti sul carcere*, Teti, 2012, p. 36 ss. V. *infra*, § 3.

[9] R (2006) 2 sulle regole penitenziarie europee adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006: cfr., per la traduzione italiana dal testo ufficiale francese,

Magari dalla perdita di orientamento, segnalata all'inizio, trae vantaggio chi si permette di far circolare a vuoto, e di mano in mano, i sostantivi come se fossero monete troppo usate[10]. Così l'ordinamento penitenziario – inteso in senso ampio, comprensivo delle varie disposizioni in tema di esecuzione delle pene privative della libertà personale contenute nelle leggi, nei regolamenti, nelle circolari e nei codici – diventa illeggibile, smarrisce l'identità che lo differenzia dal passato. I termini, pronunciati al pari di un ipocrita mantra, coprono inefficienze, lungaggini, opzioni fallimentari, fenomeni attualmente ben visibili e conosciuti dagli specialisti (e non) che seguono con preoccupazione le vicende quotidiane[11].

Per aggirare gli effetti prodotti dal disorientamento bisognerebbe compiere, con molto puntiglio, una serie di operazioni impossibili da esaurire in questo volume: ridefinire i vocaboli, riannodare i legami, attenuare il fenomeno delle ambiguità linguistiche.

Prima di ogni altra cosa, però, andrebbe disegnata la linea dell'orizzonte[12], dimenticando la sua estrema mutevolezza che varia da luogo a luogo.

2. La linea di confine tra violenza e nonviolenza: la scelta del luogo migliore

È opportuno, quindi, privilegiare un luogo, effettuando una scelta per niente neutra.

Un luogo e non uno spazio, merita ribadirlo, specie in questo periodo successivo alla sentenza dei giudici di Strasburgo che, a gennaio 2013, hanno condannato l'Italia (nel caso Torreggiani) per violazione dell'art. 3 Conv. eur. dir. uomo a causa del sovraffollamento cronico delle nostre carceri[13]: oggi prevalgono i criteri di misurazione per calcolare il minimo intramurario, scomputando dalla superficie lorda della cella (anzi, camera di pernottamento)[14] l'area occupata dagli arredi[15].

L. Cesaris, in F. Della Casa – G. Giostra (a cura di) *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 1357 ss.

[10] M. Bloch, *La società feudale*, Einaudi, 1953, p. 19.

[11] V., per un costante aggiornamento, la rassegna giornaliera in *www.ristretti.it*.

[12] Cfr. pure i contributi di F. Zacchè – T. Franza in *questo volume*.

[13] Cfr. A. Colella, sub *art. 3*, in G. Ubertis – F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, p. 72 ss.

[14] Dap, *Circolare* n. 112426, *Ridenominazioni corrette di talune figure professionali ed altro in ambito penitenziario*, 31 marzo 2017; in proposito, cfr. C. Musumeci, *Non ci sto: continuerò a chiamarla cella*, in *www.infoaut.org*, 14 aprile 2017. V. *infra*, § 5.

[15] V., di recente, Trib. di Sorveglianza Venezia, ord. 27 giugno 2017, consultabile al sito *www.conams.it*.

Il luogo, a differenza dello spazio, è unico e irripetibile, una superficie senza equivalenti; considerazione che vale, a maggior ragione, per un'isola (è sintomatico che, quando si andavano ancora perfezionando gli atlanti, gli isolari proponessero un'immagine del mondo suddiviso per l'appunto in isole).

È Gorgona l'isola prescelta come osservatorio perché ospita un penitenziario che, per un lasso di tempo in realtà troppo breve, è stato un incredibile laboratorio caratterizzato – lo afferma l'ex direttore Carlo Mazzerbo – dall'estensione dei diritti a tutti quegli esseri "dotati di senso" ai quali l'Unione europea ha attribuito protezione d'alto rango in molteplici fonti legislative[16]. Una simile precisazione serve per evitare equivoci e fraintendimenti, ed emerge del resto dalle riflessioni di chi, a vario titolo, ha lavorato (oltre a Mazzerbo, Marco Verdone, Silvio Ciappi, Francesco Presti)[17] o ne ha difeso il modello, al momento accantonato, di originale e armonica vita comune tra umani e animali, e continua a difenderlo, non per tediosa insistenza, ma per convinzione profonda[18].

Dall'isola, il confine tra violenza e nonviolenza (scritta rigorosamente senza trattino come anticipato già nella Prefazione)[19] è risultato ben nitido, e risulta tuttora davvero chiarissimo anche se le buone prassi avviate (che sono al centro di gran parte dei capitoli successivi) sembrano oramai essere solo un ricordo da tener vivo e da riproporre con testardaggine nell'attesa che qualcuno colga la forza innovativa dell'esperienza lasciata incompiuta.

È bene avvertire che la citata coppia di opposti non è da reputarsi generica, e nemmeno ancorata alle classificazioni proprie della sfera psicologica e psichiatrica[20], altrimenti si finirebbe fuori dall'ambito della giustizia, del processo e dell'esecuzione penale.

Inoltre, la nonviolenza assume contorni che superano, e di molto, la mera pratica di resistenza passiva, diventando un autentico metodo penitenziario rieducativo. Al metodo va restituito il significato classico legato alla metafora della via che pone un punto di partenza e una meta; può darsi «che

---

[16] Cfr. P.P. de Albuquerque, *Corte europea dei diritti dell'uomo – Grande Camera*, Herrmann v. Germania, *ricorso n. 9300/07, sentenza del 26 giugno 2012*, in *I diritti umani in una prospettiva europea*, cit., p. 72; cfr. C. Campanaro, *infra* in *questo volume*.

[17] Cfr. *infra* in *questo volume*.

[18] Cfr. volendo, S. Buzzelli, *Il disinteresse per le buone pratiche penitenziarie (riflessioni sul "caso Gorgona")*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 luglio 2016.

[19] Cfr. L. Guadagnucci, *I detenuti, la nonviolenza e il "modello Gorgona"*, in *Altraeconomia*, 2016, n. 184, p. 40; T. Franza *supra* in *questo volume*.

[20] V., per la delimitazione dei concetti di aggressività, violenza, comportamento criminale, C. Papagno, *Aspetti biologici del comportamento criminale*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1960 ss. Cfr. *infra* S. Ciappi e A. Manzoni in *questo volume*.

due punti... non siano congiunti da una sola via, ma da due o più» e si debba «riflettere se... convenga percorrere l'una o l'altra»[21].

Dentro questo schema in composizione, la violenza è lontana dall'intensità con cui si manifesta un fenomeno atmosferico o naturale: in una dimensione del genere, violenza e vita sono all'incirca sinonimi, stando al poeta e drammaturgo Jean Genet, la cui esistenza è stata profondamente segnata dalla segregazione penitenziaria avendo egli conosciuto la durezza del carcere in prima persona. Non interessa soffermarsi sugli esempi del pulcino che rompe il guscio e del vulcano che erutta lava[22]. Si ha in mente piuttosto l'azione aggressiva esercitabile, ed esercitata, «sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà», punita – sia che si estrinsechi in forma fisica, sia morale – dall'art. 13 Cost. e dall'art. 3 Conv. eur. dir. uomo. Un'azione da non confondere con la disciplina dell'uso della forza (art. 41 ord. penit.) il cui ricorso implica quella proporzione che la violenza, in quanto tale, disconosce e calpesta.

Ecco, allora, squadernato il proposito: mettere in fila i segmenti per ottenere, alla fine, l'orizzonte che separa la violenza dalla nonviolenza e farlo da un'isola-carcere nota nel mondo per le sue peculiarità concretizzatesi nel riconoscimento agli animali di una *vita degna*, senza morte violenta.

Introdurre una simile prospettiva, in un ragionamento comunque dedicato alla detenzione umana, non è un'interferenza inaccettabile, financo irriverente: in effetti, più si cancella l'animale, più la sua sagoma ricompare identificabile con assoluta certezza, presentandosi riferimento costante nei discorsi a sfondo carcerario ed eterno paragone.

3. L'inconfondibile riferimento all'animalità nel processo e nell'ambiente penitenziario

Dall'antichità si ricorre alla metafora della caccia per raffigurare l'essenza del processo penale. In fondo, la persona accusata non è altro che una specie cacciabile: caccia e potere giudiziario sono andati di pari passo nella storia occidentale[23].

L'intero rito penale è sempre stato pervaso da un lessico di tipo venatorio: nel sistema giudiziario greco, per definire i personaggi principali del giudizio, si adottavano formule ricavate dal gergo concernente la caccia: non

---

[21] B. Snell, *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*, Einaudi, 1973, p. 339.

[22] J. Genet, *Violence et brutalité*: l'articolo pubblicato il 2 settembre 1977 su *Le Monde* fu interpretato come un'esaltazione del terrorismo della RAF (Rote Armee Fraktion); forse, le sue parole si rivolgevano alla sinistra post-sessantotto disattenta nei confronti della brutalità che si nasconde nel processo penale e dentro le prigioni.

[23] Sulla violenza costitutiva della caccia e gli "uomini cacciabili" si rinvia a G. Chamayou, *Caccie all'uomo. Storia e filosofia del potere cinegetico*, Manifestolibri, 2011.

a caso, l'accusatore era detto «colui che insegue»[24] e l'accusato «colui che fugge»[25].

Il bracco che fiuta le tracce della preda, a distanza di molti secoli, sarà elevato a simbolo di conoscenza e metodo da parte dei novatori napoletani che nel seicento si riunirono nell'Accademia degli Investiganti[26].

L'accostamento dello scenario processuale a una sequenza di caccia persiste pure in epoche recenti: «la caccia vale più della preda» scriverà, in un famoso studio degli anni sessanta, Franco Cordero[27]. Non è uno *slogan* suggestivo, da ripetere passivamente per rendere doveroso omaggio a un grande giurista, ma una forte sottolineatura che si prefigge di estirpare un pregiudizio, e insegna che il risultato non deve mai avere il sopravvento sulla salvaguardia dei diritti.

Per raggiungere uno scopo, quindi, non ci si può discostare con disinvoltura dalle regole, applicando strumenti non convenzionali, capaci di trasformare il terreno della giustizia penale in un campo perfetto, sotto ogni profilo, per le scorribande degne dei peggiori bracconieri. Peraltro è capitato proprio nel continente occidentale, addirittura nei primi anni del nuovo millennio, quando alcuni Stati europei - compreso il nostro - hanno tollerato e coperto il programma statunitense di consegne straordinarie (*extraordinary renditions*)[28]: sparizione forzata, detenzione a tempo indeterminato, trasferimento clandestino nei cosiddetti luoghi neri (prigioni segrete), assenza di qualsiasi notizia ai familiari, uso della tortura durante gli interrogatori. Queste le condotte illecite riservate a presunti terroristi.

Nel passare dai cerimoniali giudiziari alle generiche condizioni detentive, l'abbinamento è evidente: il detenuto è un *camoscio* e i suoi custodi vengono chiamati *girachiavi*[29]. In «ogni luogo dipendente» dalla giurisdizione statale «nel quale vi siano persone private di libertà da un'Autorità pubblica»[30], negli *hot spot* che vedono rinchiusi a vario titolo migranti, profughi, richiedenti asilo, minori stranieri non accompagnati, la detenzione degradante è qualificata

---

[24] Aristofane, *Acarnesi* (699-700) e *Vespe* (1206-1207).

[25] Iperide, *Contro Atenogene. Prima orazione*, 36.

[26] F.A. Cappelletti, *I "nuovi filosofanti" di Napoli e il diritto. Natura e storia nella cultura degli "investiganti" (1649-1698)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica,* 1992, p. 302 ss.

[27] F. Cordero, *Diatribe sul processo accusatorio* (1964), in *Ideologie del processo accusatorio*, Giuffrè, 1966, p. 220.

[28] Cfr. A. Colella – F. Cassibba, sub *art. 3*, in G. Ubertis – F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 83 ss.; v., eventualmente, S. Buzzelli, *Diritto alla verità contro segreto di Stato. Il caso Abu Omar a distanza di dieci anni*, in *Jus*, 2014, n. 1, p. 147 ss.

[29] C.G. De Vito, *Camosci e girachiavi. Storia del carcere in Italia*, Einaudi, 2009.

[30] Art. 2 Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (per la ratifica e la relativa esecuzione da parte dell'Italia, v. la l. n. 7 del 1989).

"bestiale"[31]: ad appellarla così sono gli stessi individui ristretti che si sentono più simili «ad un animale in cattività che ad un essere umano»[32].

E "bestia" (insieme ai suoi derivati) è un termine odioso, indizio di un «ineliminato residuo della tradizione antropocentrica» e di una presunta superiorità umana[33]: lo chiarisce, in maniera puntuale, Tullio De Mauro nell'iniziare il censimento delle parole per ferire (*hate words*) che procurano lesioni persino a doppio taglio; e infatti l'offesa investe il singolo e un'intera categoria[34].

Quelle esposte finora sono semplici e modeste constatazioni. Adesso conviene concludere ponendo in risalto un paradosso che, dopo quanto rilevato, si mostra sorprendente: una delle alternative al contenimento chimico diffuso negli istituti penitenziari, all'imbottirsi di psicofarmaci[35], è la *pet therapy* (di cui avrà modo di parlare Stefania Mussio)[36]. Dal disprezzo totale per gli animali si transita – in maniera spudorata ed egoistica – alla ricerca del loro aiuto.

4. L'emergere di due contraddizioni notevoli: la violenza del cammino rieducativo e il tempo sprecato

Non si può evitare – pertanto – il richiamo all'animalità[37], un paragone che ha solide basi storiche e notevole successo attuale.

C'è un'altra circostanza di rilievo. Quando si cerca una parola per spiegare un doloroso, infernale, sistema per gli esseri umani sembrano non esserci

---

[31] G.A. Stella, *Migranti. Ammucchiati al gelo come bestie mentre altri ci guadagnano*, in *Corriere della Sera*, 4 gennaio 2017.

[32] T. Romeo, *La giornata del detenuto è composta principalmente di privazioni*, in *Ristretti Orizzonti*, 2017, n. 2, p. 30; cfr., l'allora Capo del Dap, G. Tamburino *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 13.

[33] ... quella stessa che Bertrand Russell (*If animal Coul Talk*, 1932) ha messo in discussione come rammenta nell'opinione (parzialmente concorrente e parzialmente dissenziente) il giudice europeo P.P. de Albuquerque, *Corte europea dei diritti dell'uomo – Grande Camera,* Herrmann v. Germania, *ricorso n. 9300/07, sentenza del 26 giugno 2012*, in *I diritti umani in una prospettiva europea*, cit., p. 76 e *ivi* nota 33.

[34] T. De Mauro, *Le parole per ferire*, in *www.internazionale.it*, 27 settembre 2016.

[35] A. Papalia, *Le mie giornate in carcere, senza sorprese, senza fantasia, senza vita vera*, in *Ristretti Orizzonti*, 2017, n. 2, p. 32.

[36] Per le Linee guida nazionali sugli IAA, v. *infra* Cap. 5.
V., tra le tante notizie, C. Brunetto, *Palermo: teatro, cucina e pet therapy, così i detenuti sono meno soli*, in *La Repubblica*, 16 giugno 2017; P. Svab, *Stati Uniti: i cani cambiano la vita ai detenuti*, in *Epoch Times*, 28 maggio 2017.

[37] «Caddi per terra. Mi picchiarono come belve... Nonostante cercassi di dimenarmi come una sardina, riuscirono con facilità a legarmi i polsi e le caviglie»: questo il racconto di C. Musumeci, *La nuova Legge* azzeccagarbugli *sul reato di tortura*, in *www.carmelomusumeci.it*, luglio 2017.

esitazioni: quel vocabolo è "macello", simbolo per antonomasia della violenza, accostabile nel suo insieme alle dinamiche eliminazioniste del campo di sterminio.

Ciò sembra discendere indirettamente dalla lettera che Primo Levi spedisce (settembre 1979) a Sante Notarnicola[38] per ringraziarlo del libro di poesie ricevuto, ma pure per esprimere il suo disaccordo con l'introduzione e la premessa del volume:

> *non posso accettare l'equiparazione del carcere coi Lager. So bene... quanto sia duro essere privati della libertà, ma in Lager questa era l'ultima delle sofferenze, percepibile solo nelle poche ore di tregua: prima venivano la fame, il freddo, la fatica, l'isolamento, la morte intorno. In Lager, solo ad Auschwitz, morivano 10.000 persone al giorno, e queste non avevano commesso altra colpa se non quella di esistere. Il Lager non era punizione; non c'era traccia di giustizia.*

Se nel testo della lettera si sostituisce, non per un macabro gioco ma per una rigorosa verifica, Lager con macello e persone con animali, si ottiene un'inquietante conferma: la descrizione del luogo di sterminio degli umani coincide con il mattatoio animale.

E poi, proseguendo il catalogo dell'orrore, torna spesso l'espressione "macelleria messicana". Nel commento alla sentenza del 22 giugno 2017, Bartesaghi Gallo e altri, con la quale i giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per le violenze poliziesche – avvenute durante l'irruzione nelle scuole Diaz e Pertini (Genova, luglio 2001) – cui non ha fatto seguito un procedimento effettivo per punire i responsabili delle torture, viene riportata una frase. È della Cassazione: già nel 2012 aveva messo in luce per alcuni imputati, alti funzionari di polizia, una partecipazione attiva alle fasi operative, unita alla «consapevolezza circa l'uso spropositato che era stato fatto della violenza nell'occasione, per l'evidenza di quella che era stata percepita come macelleria messicana»[39].

Paiono esserci tutti o quasi gli elementi principali per avanzare seri dubbi, alcuni di ordine costituzionale.

Tentare un cammino di potenziale rieducazione attraverso un lavoro inserito in una catena di smontaggio, come quella che si realizza in un macello, è una stridente contraddizione[40]. Nell'ottica costituzionale, la «rieducazione d'autorità» è un «ossimoro», ribadisce il documento finale degli Stati generali

---

[38] Cfr., per conoscere il personaggio e le sue opere, *www.santenotarnicola.it*.

[39] F. Buffa, *La Cedu e la Diaz 2.0*, consultabile al sito *www.questionegiustizia.it*, 28 giugno 2017; cfr. M. Preve, *Genova: rientro in polizia per i condannati della "macelleria messicana" del G8*, in *La Repubblica*, 18 luglio 2017.

[40] Cfr. F. Zacchè in *questo volume*; v., inoltre, M. Verdone, *L'isola delle bestie*, Marotta & Cafiero, 2015, p. 26.

sull'esecuzione penale (redatto dal Comitato di esperti il 18 aprile 2016)[41]. E un ossimoro peggiore appare la rieducazione perseguita combinando, come in un meccanismo di scatole cinesi, due luoghi opachi di ordinaria brutalità; i «fattori ambientali multipli»[42] hanno un ruolo e determinano un innalzamento, pericoloso e inaccettabile, del tasso complessivo di violenza.

Non è conforme al processo educativo nei confronti di bambini molto piccoli, di tre anni circa, l'impiego sistematico della violenza: così la Corte di cassazione ha condannato un insegnante di scuola materna per atti di sopraffazione[43]. Del resto, le punizioni corporali sono bandite dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[44].

Non si educa, insomma, un minorenne con metodi violenti; men che meno si ri-educa un adulto continuando la macellazione a Gorgona[45], o favorendola altrove negli istituti penitenziari di Perugia[46], di Roma-Rebibbia tanto per fare alcuni esempi. C'è una saldatura scopi/mezzi che deve essere rispettata e integra «un obbligo tassativo per il legislatore di tenere presenti non solo le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle» (si possono prendere in prestito, a distanza di anni, le parole della sentenza costituzionale n. 204 del 1974).

Gli argomenti, giunti a questo punto, sono pronti per essere estesi al piano temporale[47] (meglio, alla relatività temporale); vengono in aiuto, immancabilmente, gli antichi che sapevano separare il *khrónos*[48] dal *kairós*, traducibile quest'ultimo con numerose perifrasi, dall'*occasio* ciceroniana[49], ai nostri "momento decisivo", "occasione propizia", e "tempo debito"[50]: la più

---

[41] () Cfr. la parte I, § 3 del documento che, insieme alle Relazioni finali dei diciotto Tavoli tematici, è consultabile al sito del Ministero della Giustizia (*www.giustizia.it*); v., per una migliore comprensione della fase preparatoria, *Carceri: materiali per la riforma. Working Paper*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 giugno 2015. Cfr. G. Giostra, *La riforma della riforma penitenziaria: un nuovo approccio ai problemi di sempre*, in *www.costituzionalismo.it*, 2015, n. 2.

[42] C. Papagno, *Aspetti biologici del comportamento criminale*, cit., p. 1964.

[43] Cass., sent. n. 11956/17, depositata il 13 marzo 2017 e Trib. Trento, sent. 18 aprile 2017, n. 174, in *Sole24 ore*, 17 agosto 2017.

[44] C. eur. dir. uomo, 25 aprile 1978, Tyrer c. Regno Unito, § 33; la Corte qualifica la punizione giudiziaria corporale come "violenza istituzionalizzata".

[45] L. Guadagnucci, *I detenuti, la nonviolenza e il "modello Gorgona"* cit., p. 40.

[46] Cfr. *Perugia: polli a "piede libero" da Capanne a Todi*, in *www.iltamtam.it*, 14 novembre 2016; v. quanto riferisce C. Mazzerbo, *infra* in *questo volume*, a proposito dei cinghiali a Porto Azzurro. Cfr. *Cinghiali Elba Doc, un mattatoio in carcere*, in *www.quinewselba.it*, 7 agosto 2017.

[47] Cfr. F. Zacchè – M. Verdone, rispettivamente *supra* e *infra* in *questo volume*.

[48] H. Weinrich, *Il tempo stringe. Arte ed economia della vita a termine*, Il Mulino, 2006, p. 113 ss.

[49] Cicerone, *De inventione*, I, 27.

[50] Cfr. L. Breggia, *I tempi della giustizia e il tempo dei diritti*, in *Questione giustizia*, 2013,

calzante sembra essere "giusto tempo". È un peccato che il linguaggio moderno, al quale rimane ignoto un simile distinguo, costringa a viziose circonlocuzioni non appaganti, perché le conseguenze della distinzione nel settore penitenziario sono sostanziose.

Il tempo «vuoto non proficuamente impiegabile»[51], il «tempo artificiale»[52] è sprecato, non si addice agli scopi rieducativi che, probabilmente, corrono paralleli a una concezione qualitativa del tempo (dottrina del *kairós*)[53].

E infine una domanda retorica: e il tempo trascorso in un lavoro, direttamente o indirettamente cruento, che tipo di tempo è?

5. Dalla conquista delle parole alle buone prassi

Indugiare sulle parole non è una forma maniacale che assale i teorici affascinati dalle astrazioni svincolate da qualsiasi aggancio con la realtà quotidiana: è quasi un dovere di chi va cercando idee per organizzare tempi, luoghi e spazi di una nuova vita detentiva.

C'è una traccia nella Relazione del Tavolo n. 2 degli Stati generali sull'esecuzione penale che offre uno spunto. Proprio il capitolo sulla "responsabilizzazione" si apre con la proposta esplicita di eliminare i termini «infantilizzanti», accompagnata dall'avvertimento che il linguaggio in «ogni comunità svolge un ruolo fondamentale»[54].

Pertanto, la circolare *ad hoc*, emanata dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria[55] nella primavera di quest'anno, non va né sottostimata, né derisa[56], semmai difesa, perché intende sconfiggere gli eccessi del lessico penitenziario che non ha ancora dismesso un gergo di vezzeggiativi fuori

---

n. 4, p. 23; considerando 7 decisione quadro 2009/299/GAI, in G.U.U.E 27 marzo 2009, L 81, p. 25.

[51] R. De Vito, *L'orologio della società e la clessidra del carcere. Riflessioni sul tempo della pena*, cit., p. 44; «oggi siamo fermi a parametri spaziali», mentre «non è detto che domani i parametri possano finalmente slittare sul piano temporale» auspica lo stesso A. (*Lo scandalo dell'ergastolo,* in *www.questionegiustizia.it*, 20 maggio 2017, p. 6).

[52] F. Maisto, *Custodia e carcere*, in *Servitium*, III 232, 2017, p. 94, cui si rinvia per ulteriori, e suggestivi, approfondimenti.

[53] N. Picardi – R. Martino, *Termini* I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, 1994, p. 17, rammentano che «nel pensiero greco accanto ed in opposizione ad una concezione *quantitativa* del tempo, si fece strada progressivamente una concezione *qualitativa,* c.d. dottrina del *kairós.* Tale concetto» avvertono «maturato, successivamente, in ambienti giuridici distanti dal nostro, nel tempo… e nello spazio… è entrato, ormai, a far parte del nostro ordinamento attraverso l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in una accezione… non necessariamente identica a quella originaria».

[54] Cfr. *supra* nota 41.

[55] Dap, *Circolare* n. 112426, *Ridenominazioni corrette di talune figure professionali ed altro in ambito penitenziario*, 31 marzo 2017.

[56] Cfr. il quotidiano *La Repubblica*, 7 aprile 2017.

luogo. Lo sostiene coerentemente Marcello Bortolato in una lettera inviata a un quotidiano dopo che la diffusione della circolare stessa aveva innescato polemiche effimere:

> *[s]ono un magistrato di sorveglianza e mi occupo di carcere da molto tempo. A proposito della Circolare dell'Amministrazione penitenziaria in tema di linguaggio sono d'accordo con Michele Serra su un punto: la vita concreta dei detenuti non cambierà, ma il linguaggio, anche se non è tutto, non è poco perché quasi sempre rappresenta ciò che pensiamo realmente. Se continuassimo a chiamare "scopini" e "spesini" i detenuti che lavorano in carcere per conto dello Stato, continueremmo a trattarli come bambini ma non insegneremmo le parole corrette che tutti vorremmo utilizzassero una volta usciti.*

Talune parole infantili (domandina, scrivano, scopino, spesino) affiancano le orpellature della lingua ufficiale.

La burocrazia, nel redigere gli atti non disdegna, infatti, gli arzigogoli settecenteschi[57]: capita di imbattersi nell'«avvento della stagione estiva»; trascurando la valenza assunta nella liturgia cristiana, si opta (ancora a fine giugno 2017) per un lemma con accento enfatico e dai toni predestinatori[58], lontano dallo stile di solito sobrio delle fonti europee (siano esse normative che giurisprudenziali).

Per quel che ci riguarda da vicino, preferire un nuovo ordine di sostantivi, unendo due concetti – rieducazione e nonviolenza – per poi considerarli inseparabili, è un modo per rispondere alla crisi di comunicazione linguistica, attribuendo alle parole il ruolo di presìdi democratici. Il passaggio è qualitativo: si supera l'affermazione ricorrente, ampiamente condivisa, per cui i nodi dell'esecuzione penale si risolvono sul piano culturale[59]. Occorre, per fare ciò, recuperare dalla soffitta – in cui si trova insieme a molti polverosi

---

[57] Cfr. A. Cirillo, *Parole in comune. Il linguaggio della pubblica amministrazione tra conservazione e innovazione*, Franco Angeli, 2017.

[58] Dap, *Circolare* n. 0214828, *Avvento della stagione estiva. Tutela della salute e della vita delle persone detenute o internate*, 29 giugno 2017.

[59] V. il documento finale degli Stati Generali sull'esecuzione penale, spec. p. 6-7 e 15; cfr. l'intera parte ottava (una nuova cultura della pena). Cfr., ad es., M. Bortolato, *Una diversa cultura sociale della pena. I lavori conclusivi degli Stati Generali dell'esecuzione penale*, in *www.questionegiustizia.it*, 2016; M. Ruotolo, *Gli Stati Generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, consultabile in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 marzo 2016. Volendo, S. Buzzelli, *Dare un seguito al lavoro degli Stati generali sull'esecuzione penale*, scheda a Mag. sorv. Bologna, 23 marzo 2016, est. Napolitano, consultabile in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 maggio 2016. Cosa sia la cultura lo chiarisce, in una breve ma profonda intervista, H.-G. Gadamer, *Cent'anni senza solitudine*, in *Corriere della Sera*, 7 luglio 2000. Cfr., in ambito strettamente giuridico, G. Ubertis, *Multiculturalismo e processo penale* (2010), in Id., *Argomenti di procedura penale. III*, Giuffrè, 2011, spec. p. 301.

pensieri del "secolo breve" – l'idea di "egemonia" culturale o intellettuale[60] e porre, nel contempo, la questione dell'animalità[61] al centro del dibattito sul carcere. Il solco è in parte segnato e dimostra di conoscerlo piuttosto bene un giudice della Corte di europea dei diritti dell'uomo[62]:

> *Una dignitosa tradizione filosofica propugna un cambiamento nel modo in cui gli uomini si rapportano agli animali, basata sulla premessa di una natura condivisa tra gli uomini e gli esseri animali non-umani. I nomi di Montagne, Rousseau, Voltaire... possono essere annoverati tra i tanti che hanno sostenuto questa tradizione, penetrata del resto in diverse scuole di pensiero.*

Detto altrimenti e in maniera operativa: il programma rivoluzionario, in quanto rispettoso di ogni senziente, che fu avviato sull'isola di Gorgona andrebbe ripreso e sviluppato per molti motivi pratici, elementari, importanti; insomma, per vivere meglio tutti, come spiega Carlo Mazzerbo nell'intervista[63], abolendo così tristi gare penitenziarie tra chi è trattato peggio e meno peggio[64]. Questi confronti rispecchiano talune equiparazioni più generali, discutibili perché rinnovano un orientamento parziale, quindi specista[65].

Il progetto si inserirebbe, per giunta, in un contesto di riduzione consapevole e mirata del carcere[66], che rimane «uno dei luoghi di frontiera più drammatici della nostra società»[67], medicina populistica per ogni problema sociale[68].

---

[60] Le virgolette – doppie e alte – sono di rigore, non per moda (parlando capita di fare con le mani un gesto rappresentativo), e neppure per un vezzo stilistico: si intende evocare il concetto di "egemonia" elaborato nel 1930 da un detenuto sardo. Nello scrivere *Il primo quaderno dal carcere*, Antonio Gramsci (questo il nome del detenuto) utilizzò le virgolette quasi a decretare il destino della parola, il cui significato rimarrà stabile nel corso degli studi successivi che sfociarono nella redazione di ulteriori *Quaderni* (G. Cospito, *Egemonia, Materiali di lavoro per il seminario sul* Lessico gramsciano *[Seconda stesura]*, p. 3, consultabile al sito *www.gramscitalia.it*).

[61] V. *supra* Prefazione.

[62] P.P. de Albuquerque, *Corte europea dei diritti dell'uomo – Grande Camera*, Herrmann v. Germania, *ricorso n. 9300/07, sentenza del 26 giugno 2012*, in *I diritti umani in una prospettiva europea*, cit., p. 76.

[63] V. *infra* in *questo volume*.

[64] M. Gasperetti, *Gorgona, agenti in sciopero della fame: «trattati peggio dei detenuti»*, in *Corriere della Sera*, 22 luglio 2017.

[65] L. Caffo, *Gli animali vanno trattati come l'uomo*, in *Il Messaggero*, 13 febbraio 2017.

[66] L. Manconi – S. Anastasia – V. Calderone – V. Resta, *Una ragionevole proposta per la sicurezza dei cittadini. Abolire il carcere*, Chiarelettere, 2015; cfr. la notizia *Stati Uniti. "Il carcere non funziona, andrebbe abolito"*, in *www.tpi.it*, 19 giugno 2017, in cui vengono riportate le tesi del giurista americano Peter Salib.

[67] C.M. Martini, *Lettera* a Ernesto Olivero, 22 giugno 1984 (conservata presso l'Archivio della Fondazione Carlo Maria Martini di Milano e consultabile al sito *www.fondazionecarlomariamartini.it*).

[68] Cfr. Papa Francesco I, *L'ergastolo è una pena di morte nascosta*, *Introduzione*, lett. *b*, *Populismo penale*, in *L'Osservatore Romano*, 24 ottobre 2014.

L'operazione esige il contemporaneo potenziamento – rispettando la R (2010) 1 in materia di *probation*[69] – dell'area dell'esecuzione penale esterna «in cui le misure alternative devono rappresentare non già una fuga dalla certezza della pena, un semplice strumento premiale o indulgenziale o di deflazione carceraria, bensì un efficace strumento di penalità»[70].

Le relazioni degli Stati generali, più volte ricordate, gli interventi in vista della riforma[71] che si sta affacciando all'orizzonte, indicano che il lavoro penitenziario è da reinventare[72], mentre da anni l'art. 4 R (2006) 2 sulle regole penitenziarie europee consiglia agli Stati membri di adeguare la «vita in carcere... il più possibile agli aspetti positivi della vita all'esterno del carcere». Cosa c'è di più positivo di una filiera lavorativa nonviolenta, senza crudeltà e rispettosa di altre forme viventi?

Nel frattempo, però, le notizie che giungono dall'isola non sono affatto buone e tranquillizzanti[73]: per i detenuti, per la polizia penitenziaria, per gli animali; manca, nel complesso, la volontà di riattivare il modello abbandonato[74].

In particolare, non c'è alcuna intenzione di stabilizzare la *tregua*, che continua a essere interrotta dal *comando dell'alba*, temuto, ma non inatteso.

Inutile spiegare queste parole in modo maldestro: molto meglio leggere direttamente la pagina (finale) del libro che le contiene[75]. E dopo non restare indifferenti.

---

[69] Adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 20 gennaio 2010.

[70] Conams (Coordinamento nazionale Magistrati di sorveglianza), *Nota al Ministro della Giustizia*, 20 marzo 2017, consultabile sul sito *www.conams.it*; D. Ronco, *Tipologie e funzioni delle misure alternative*, in *Torna il carcere*, *XIII rapporto sulle condizioni di detenzione*, in *www.associazioneantigone.it*.

[71] Cfr. *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, a cura di G. Giostra e P. Bronzo, in *www.penalecontemporaneo.it*.

[72] V. l'intervista rilasciata da Pasquale Bronzo a T. Valiani, *Carcere, lavoro da reinventare. Ecco le proposte per chi si impegna nel sociale*, in *Redattore Sociale*, 27 luglio 2017.

[73] L. Loreti, *Livorno: detenuti raddoppiati a Gorgona, ma gli agenti sono metà*, in *Il Tirreno*, 24 febbraio 2017. Cfr. i comunicati *Livorno: l'Osservatorio Carcere Ucpi e la Camera Penale sui gravi fatti di Gorgona*, e *Livorno: visita dell'osservatorio Carcere Ucpi alla Sezione Distaccata della Gorgona*, in *www.camerepenali.it*, rispettivamente 25 luglio e 11 agosto 2017.

[74] Cfr. Dap, Circolare n. 0301612, *Interpello per l'assegnazione alle colonie agricole della regione Sardegna e alla Casa di Reclusione di Gorgona*, 16 settembre 2016.

[75] P. Levi, *La tregua*, Einaudi, 1965.

LA CORTE DI STRASBURGO TRA MISURE DISCRIMINATORIE E POLITICHE URBANE PER I TERRITORI ECCEZIONALI. IL CASO *GARIB V. THE NETHERLANDS*

*di Anna Silvia Bruno e Luisa Cassetti**

SOMMARIO: 1. La sentenza della Grande Camera nel caso *Garib v. The Netherlands*. – 2. La scelta individuale del luogo di residenza e il (consistente) margine di apprezzamento statale in tema di politiche abitative: la debolezza – individuale e sociale – della ricorrente resta completamente nell'ombra. – 3. Le origini dell'*Urban Areas Act* nella città di Rotterdam e le politiche di esclusione. 4. Procedure di screening dell'*Urban Areas Act*: prove di collaborazione tra livello nazionale e locale per azioni di riqualificazione urbana. – 5. I "territori eccezionali" nelle politiche pubbliche olandesi.

1. La sentenza della Grande Camera nel caso Garib v. The Netherlands

Il 6 novembre 2017 la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata sul caso *Garib v. The Netherlands* con una decisione presa a maggioranza (12 a 5) che ha escluso la violazione della libertà di circolazione e di scelta della propria residenza garantita dall'art. 2 del Protocollo n. 4 Cedu[1].

In particolare, nel caso oggetto di studio, la signora Garib, una madre single nativa olandese residente a Vlaardingen, si era trasferita nel quartiere Tarwewijk di Rotterdam nel 2005 dopo aver vissuto per anni al di fuori della città metropolitana: quando nel 2007 il proprietario le aveva chiesto di trasferirsi in un'altra abitazione nello stesso quartiere, soprattutto in considerazione delle caratteristiche della nuova casa (più ampia della prima e con giardino) e delle esigenze dei due figli, la signora Garib aveva accettato la proposta. Secondo la legge vigente, la ricorrente aveva dunque presentato la richiesta di un permesso di alloggio affinché il Comune le concedesse la residenza nella nuova struttura. Tale richiesta, poi rigettata, era stata inoltrata quando era già intervenuta la modifica (risalente al 2006) dell'art. 8 dell'*Urban Areas Act*, con cui i consigli comunali avrebbero potuto gestire quelle aree che soddisfacevano le condizioni generali di "special need for transfor-

---

* Il par. 1 è stato scritto da entrambe le autrici; il par. 2 è di L. Cassetti; i parr. 3 , 4 e 5 sono stati scritti da A.S. Bruno.

1 Corte Edu, G.C., G*arib v. The Netherlands*, (Application n. 43494/09), su *http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177406*. Il ricorso alla Grande Camera è stato presentato dalla ricorrente ai sensi dell'art. 43 Cedu avverso la decisione della Camera (composta di sette giudici) della III Sezione della Corte che in data 23.02.2016 aveva rigettato il ricorso escludendo, a maggioranza (5 voti contro 2), la sussistenza della violazione della libertà di circolazione e di scelta della propria residenza di cui all'art. 2, Prot. n. 4.

mation due to local socio-economic problems". L'art. 8, in particolare, disciplina le ipotesi di esclusione in base al reddito e alla durata della residenza, per cui, coloro che desiderano trasferirsi in una specifica area, devono essere titolari di redditi da lavoro (intendendo con ciò anche il finanziamento per studenti o la pensione) e aver vissuto nella regione metropolitana per un periodo continuativo di almeno di sei anni a partire dal momento della richiesta di un permesso di alloggio. Una eccezione al requisito del reddito da lavoro è ammessa soltanto per coloro che abbiano vissuto per più di sei anni nella Regione metropolitana e che, pertanto, potrebbero essere autorizzati a trasferirsi nell'area richiesta.

Il successivo art. 9 dispone in merito alle preferenze di natura socioeconomica come la composizione familiare, l'età, il livello di istruzione e di occupazione.

L'art. 10, infine, riguarda le ipotesi di esclusione per motivi legati ai dati presenti nel casellario giudiziale o al comportamento: in questo senso, al fine di ridurre i livelli di *disturbo* e gli *atti criminali* in particolari quartieri, le città possono negare l'alloggio a coloro il cui comportamento possa provocare un danno agli altri o possa rappresentare un rischio per la sicurezza (come il rumore eccessivo e l'emissione di sostanze nocive per l'ambiente come fumo o fuliggine, reati legati alla droga, atti di vandalismo, linguaggio offensivo o discriminatorio o intimidazione dei residenti, atti di violenza contro i vicini, ubriachezza pubblica, incendio doloso e "atti radicalizzanti, estremisti o terroristici")[2].

Nell'utilizzo della legge per la riqualificazione delle aree più bisognose, i Comuni sono particolarmente incoraggiati dal Ministero dell'interno e delle relazioni con il Regno (BZK) a utilizzare il "Leefbaarometer" o indice di vivibilità prodotto dal governo nazionale. Si tratta, in particolare, di un indice che combina due differenti parametri utili a valutare la qualità del quartiere: dapprima si stima il valore degli immobili presenti nell'area e successivamente si utilizzano una serie di indicatori per avviare indagini sul quartiere che tengano in considerazione i punti di vista e le esigenze dei residenti. A seguito della combinazione dei due parametri, sono state introdotte 49 variabili nel *Livability Index*, incluse le misure di quota degli immigrati non occidentali come vicini di quartiere, i costi abitativi, la quota di alloggi sociali e i tassi di disoccupazione.

In virtù del fatto che la ricorrente non aveva, al momento degli eventi denunciati, né redditi da lavoro e non aveva neppure maturato il requisito

---

[2] Inoltre, nell'ambito dell'art. 10, è possibile distinguere due sezioni: la prima comprende un elenco di documenti relativi agli atti associati ai reati di molestie e disordine pubblico; mentre la seconda prevede espressamente la possibilità per il sindaco della città di prendere in esame la richiesta di alloggio sulla base della documentazione fornita dalla polizia (per i dati di rilievo locale) o dal governo centrale (in caso di estremismo).

dei sei anni di residenza nella regione metropolitana di Rotterdam, la Grande Camera ha stabilito che la libertà di circolazione di cui all'art. 2 del prot. n. 4 Cedu poteva essere legittimamente limitata qualora quelle restrizioni individuali fossero state necessarie per recuperare la fase di declino di alcune aree urbane del centro e con l'obiettivo di fornire spazi vivibili per la quotidianità e strumenti di tutela dell'ordine pubblico nel caso in cui si fossero raggiunti certi "limiti nella capacità di assorbimento", in conformità con un approccio *integrato,* utile a gestire i problemi dell'area urbana.

La motivazione della decisione in questione è in realtà completamente incentrata sulla dimostrazione dell'ampio margine di apprezzamento riservato agli Stati in materia di politiche economico-sociali, tra le quali rientrano a pieno titolo le pianificazioni urbanistiche e abitative, nell'ambito delle quali possono essere disposte misure di limitazione alla libertà circolazione e di residenza qualora sia ritenuto preminente un interesse pubblico concorrente quale è quello della gestione delle criticità (in termini di sicurezza e vivibilità) delle grandi città. La motivazione della decisione sembra puntare esclusivamente sulla contrapposizione tra le scelte individuali della ricorrente in tema di scelta del luogo ove risiedere (dopo il rigetto del permesso di risiedere a Tarwewijk e dopo due gradi di giudizio che avevano confermato la legittimità del suddetto provvedimento di diniego la ricorrente nel 2010 si trasferiva a Vlaardingen)[3] e il perseguimento di obiettivi di politica abitativa nelle aree metropolitane da parte dei pubblici poteri olandesi.

Questo commento si propone di evidenziare in primo luogo il profilo – che non è stato preso in considerazione neppure dalla Grande Camera – relativo alla "peculiare" situazione e ai bisogni della signora Garib che, in qualità di madre *single* con due figli a carico e titolare di benefit sociali, avrebbe meritato ben altra attenzione e ponderazione.

Inoltre, visto che per i giudici di Strasburgo i vincoli imposti alla ricorrente sono espressione della piena discrezionalità di cui godono le autorità olandesi nella scelta delle politiche urbane, è utile approfondire l'origine storica e culturale nonché l'evoluzione della legge olandese sulle aree urbane al fine di evidenziare le criticità che la rendono un provvedimento legislativo

---

[3] Dopo che le autorità competenti avevano rigettato la richiesta di permesso di residenza la signora Garib aveva impugnato il provvedimento presso le autorità amministrative giurisdizionali ma sia in primo grado che in appello i suoi ricorsi erano stati rigettati: nell'aprile del 2008, i giudici amministrativi della *Regional Court* di Rotterdam avevano giustificato le misure restrittive temporanee adottate dal legislatore in vista del legittimo obiettivo di promuovere un "cambiamento sociale" in alcune aree in cui si registrava una elevata concentrazione di persone svantaggiate (bisognose di benefit sociali) e al contempo si percepiva una generalizzata insoddisfazione e intolleranza tra la popolazione residente nei confronti di comportamenti inappropriati, episodi criminosi (Corte Edu, G.C., *Garib v. The Netherlands*, cit. par.16 della motivazione in punto di fatto). Anche in appello, il ricorso è stato rigettato (2009) e nel 2010 la ricorrente si trasferiva a Vlaardingen.

decisamente distante dalla filosofia (di inclusione e coesione economico-sociale) che sostiene le politiche *place based* della Commissione europea.

2. La scelta individuale del luogo di residenza e il (consistente) margine di apprezzamento statale in tema di politiche abitative: la debolezza – individuale e sociale – della ricorrente resta completamente nell'ombra

Come abbiamo già anticipato, la motivazione della decisione in commento ruota esclusivamente attorno alle questioni relative alla conformità a Convenzione della misura "eccezionale" adottata dalla legge olandese e alla proporzionalità della restrizione imposta alla libertà di circolazione della ricorrente in presenza di un preminente interesse pubblico rappresentato dall'obiettivo di invertire il declino e l'impoverimento in atto in alcune aree dei centri cittadini e migliorare così la qualità della vita.

Nel momento in cui si approfondisce la posizione individuale della ricorrente i giudici esaminano le scelte effettivamente compiute dalla stessa e gli effetti che ne sono conseguiti in termini di applicazione dei presupposti introdotti dalla legge sulle misure eccezionali per avviare un processo di progressiva trasformazione del tessuto sociale urbano e ampliare così il *social mix* in determinate aree considerate problematiche (per sottosviluppo economico, per l'abbassamento dei livelli di sicurezza, per l'eventuale stato complessivo di degrado o di stagnazione delle attività economiche nella zona).

Trattandosi di persona con un comportamento virtuoso e rispettoso delle leggi, l'attenzione della Corte si sposta sulle scelte personali che avrebbero condotto la ricorrente a spostarsi in altro quartiere pochi mesi prima di maturare il requisito (sei anni di residenza nella zona metropolitana di Rotterdam) prescritto dalla legge (art.8 *Urban Areas Act*). Del resto, come abbiamo già ricordato, la sussistenza di questo requisito temporale avrebbe potuto sopperire al fatto che la ricorrente non aveva il requisito relativo al reddito richiesto dalla stessa norma in quanto la sig.ra Garib, essendo madre *single* di due figli, percepiva un assegno erogato dalle istituzioni di assistenza sociale.

In realtà, l'analisi delle condizioni personali della ricorrente si concentra esclusivamente sulla contrapposizione tra la decisione individuale (di spostarsi in altra zona pochi mesi prima di maturare il requisito del termine di permanenza minima previsto dalla legge) e l'interesse generale perseguito dalle autorità pubbliche olandesi. In definitiva si fa gravare sulla ricorrente l'onere di dover addurre giustificazioni apprezzabili in ordine alla scelta "individuale" di trasferirsi in altra zona prima della maturazione del requisito temporale (residenza protratta per almeno sei anni) prescritto dalla legge olandese sulle misure speciali. Dunque, secondo i giudici di Strasburgo la sig.ra Garib non avrebbe chiarito e dimostrato in modo sufficientemente convincente che quella scelta era stata "davvero" obbligata nel senso che

costituiva l'unica soluzione praticabile per ovviare alle precarie condizioni dell'appartamento in cui aveva vissuto a partire dal 2005. Per dimostrare ciò la Corte ricorda che la ricorrente nel momento in cui ha deciso di trasferirsi in altra strada del quartiere di Tarwewijk non ha mai concretamente invocato o palesato la circostanza relativa alle condizioni dell'alloggio in cui viveva dal 2005 né aveva dimostrato che lo stesso esponesse la stessa e i suoi figli a effettivi rischi per la salute (parr. 134-135).

Colpisce in verità la puntuale disamina delle circostanze relative alla scelta "individuale" di lasciare l'appartamento occupato nel 2005 a fronte dalla assoluta mancanza di riferimento alcuno alle reali condizioni di vita di una madre che cresce due figli da sola ed era in condizioni di povertà tali da avere bisogno dell'assistenza pubblica.

Rispetto a questa impostazione è determinante la scelta della Grande Camera di assumere quale unico parametro convenzionale per la risoluzione del caso in questione la libertà di circolazione e di residenza protetta dal Protocollo n. 4. Il diritto di scegliere il proprio luogo di residenza può essere limitato in alcune zone (geografiche) determinate per ragioni di "interesse pubblico in una società democratica" (art. 2, par. 4 Prot. n. 4). La formula estremamente ampia della nozione di "interesse pubblico" consente in effetti di riconoscere agli Stati un margine di manovra altrettanto esteso in ordine alla possibilità di limitare la libertà del singolo di scegliere una determinata area come luogo di residenza e non si può neppure escludere la facoltà di apporre limiti per motivi economici[4].

La Corte è in realtà consapevole della stretta relazione tra la scelta del luogo di residenza e la protezione della vita privata e familiare (art. 8 Cedu) puntualmente invocata dalla difesa della ricorrente, ma è altresì evidente la preoccupazione dei giudici di Strasburgo di non allargare lo spettro del parametro e di lasciare così "isolato" il precedente (*Noack and Others v.Germany*) in cui un ricorso presentato per violazione del prot.4 è stato esaminato alla luce dell'eventuale violazione dell'art. 8 Cedu[5]. Le ragioni di questa operazione interpretativa sono probabilmente legate al fatto che nel caso *Noack* , come anche in altri casi di provvedimenti restrittivi adottati da autorità statali in nome di esigenze di pianificazione industriale e/o produttiva ovvero in nome di esigenze di sicurezza sociale o riqualificazione urbana, il test sulla ragionevolezza e la proporzionalità delle limitazioni del diritto alla vita privata e familiare è stato condotto con riferimento a "gruppi" sociali identificati come "vulnerabili" e non a singoli individui in condizioni di disagio economico-sociale.

---

[4] Sul punto v. Art. 2, Prot. n. 4, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole – P. De Sena – W. Zagrebelsky, Padova, 2012, 863.

[5] Come precisato ai parr. 140 e 141 della sentenza in commento.

Nel caso *Noack* , infatti, i giudici hanno ritenuto le suddette limitazioni legittime in quanto hanno giudicato equo il bilanciamento tra il rispetto dei diritti sociali (all'abitazione) e culturali (rispetto delle proprie tradizioni linguistiche e religiose) della minoranza soraba, costretta a trasferirsi in un villaggio poco vicino a quello dell'originario insediamento (Horno), e la scelta politica delle autorità regionali tedesche di sviluppare l'estrazione della lignite nel distretto di Horno, scelta giustificata dall'obiettivo legittimo di garantire il benessere economico attraverso la garanzia dell'approvvigionamento energetico a lungo termine a basso costo e la creazione di nuovi posti di lavoro[6]. In questo caso è evidente la correlazione tra lo stile di vita della minoranza da tutelare e l'accezione della protezione della vita familiare intesa come "private life and homes".

L'attenzione per i diritti culturali delle minoranze si inserisce in effetti in un percorso giurisprudenziale che vede la Corte europea dei diritti dell'uomo misurarsi con le specifiche necessità di alcuni gruppi sociali ai quali associa la nozione di vulnerabilità o fragilità sociale (minoranze, donne e bambini Rom) ovvero specifiche categorie di persone (disabili, affetti da HIV): a fronte di questo tipo di «debolezza» i giudici di Strasburgo aprono alla prospettiva di ponderare con rigore gli obblighi positivi che gravano sullo Stato al fine di rimediare a questo tipo di situazioni "limite"[7].

In particolare, in questo filone giurisprudenziale la valutazione delle specifiche condizioni di fragilità in cui versano, per diverse ragioni, alcuni gruppi sociali ovvero determinate categorie di persone ha spinto la Corte Edu a svolgere in maniera decisamente più precisa e mirata il test sulla proporzionalità della misura statale oggetto di contestazione. Non vi sono solo le situazioni di vulnerabilità di alcune minoranze etniche (in particolare i Rom), ma è interessante notare che la vulnerabilità è stata invocata come *status* attinente a categorie di persone che, per effetto di discriminazioni figlie di "pregiudizi storici" fortemente radicati nella società, sono state definite come "gruppi sociali specialmente vulnerabili". È questo il caso delle persone con disabilità mentale: in presenza di queste specifiche condizioni di fragilità personale e sociale diventano massimi l'attenzione e il rigore con i quali i giudici di Strasburgo impostano e svolgono il test sulla proporzionalità della misura statale che limita un loro diritto fondamentale. Ne deriva che per poter giustificare simili restrizioni devono essere addotte dallo Stato convenuto in giudizio ragioni molto serie e circostanziate.

In particolare, la valutazione della esclusione dal godimento del diritto di voto introdotta dal legislatore ungherese a carico delle persone con disabilità mentale (nella fattispecie la ricorrente, in quanto affetta da turbe

---

[6] Corte Edu, sez. IV, *Noack and Others v. Germany*, sent. 25.05.2000, par. 2 del Diritto.

[7] Come rilevano L. Peroni – A. Timmer, *Vulnerable Groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law*, in *I-CON* (2013), vol.11, n.4, 1056 ss.

maniaco-depressive, era sottoposta a misure di vigilanza sanitaria)[8] non solo contiene interessanti considerazioni in merito al significato e alla portata prescrittiva degli obblighi internazionali gravanti sugli Stati per effetto della a Convenzione ONU sui diritti dei disabili, ma conduce a stigmatizzare le scelte del legislatore come colpevolmente stereotipate: il divieto in questione avrebbe di fatto avallato storici pregiudizi circa l'incapacità dei disabili (mentali) finendo per aggravare la loro marginalizzazione ed esclusione sociale.

In casi del genere, dunque, l'onere di provare la adeguatezza delle misure di restrizione di un diritto fondamentale grava tutto sullo Stato e si restringono i confini del margine di apprezzamento e della discrezionalità delle autorità statali[9].

Su questa stessa linea argomentativa si pone la decisione con la quale la Corte ha condannato la Russia per aver rifiutato il permesso di soggiorno a persona straniera (cittadino uzbeko coniugato con una cittadina russa) affetta da HIV per effetto della violazione congiunta del divieto di discriminazione (art. 14 Cedu) e del diritto alla vita familiare (art. 8) Anche in questo caso la fragilità della persona ha indotto la Corte a impostare in modo rigoroso il test sulla proporzionalità della misura legislativa nazionale colpevole di aver riproposto lo stereotipo della necessità di proteggersi da persone che in quanto affette da HIV sarebbero portatrici di comportamenti insani e potenzialmente pericolosi per la collettività, generalizzazione totalmente inaccettabile che non teneva in alcun conto la condizione e la individualità del ricorrente[10].

Nel giudizio di proporzionalità svolto nel caso *Garib* non troviamo alcun riferimento alle reali condizioni personali e sociali della ricorrente giacché non viene minimamente esaminato il profilo delle specifiche e peculiari "debolezze" riscontrabili nelle condizioni personali e sociali della ricorrente.

Dal punto di vista formale, la Corte ricorda che la difesa della ricorrente ha invocato la violazione del divieto di discriminazione (art. 14), in combinato disposto con la violazione del diritto alla scelta della residenza di cui all'art.2 del Prot. n.4, per la prima volta solo nel ricorso dinanzi alla Grande Camera, e non già nella causa decisa dalla Camera nel 2016: in virtù di una giurisprudenza consolidata la Grande Camera ha quindi ritenuto di non potersi occupare di questo profilo[11].

In realtà, la mancata invocazione del divieto di discriminazione non costituiva un ostacolo insormontabile giacché la Corte avrebbe potuto impostare diversamente il senso e il significato della scelta della ricorrente rispetto al

---

[8] Corte Edu, sent. 20.05.2010, *Alajos Kiss v.Hungary*, § 42.

[9] Così G. Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, 16.

[10] Corte Edu, sent. 2011, *Kiyutin v. Russia*.

[11] Così Corte Edu, G.C., *Garib v. The Netherlands*, cit., parr. 95-101.

luogo dover vivere e far crescere i propri figli ed arrivare, come è accaduto per la restrizione del diritto al voto dei disabili, a valutare in modo meno formalistico e meccanico l'effettivo margine di discrezionalità riservato alle autorità nazionali olandesi.

È infatti noto che tanto in materia di diritto di voto (art.3, prot. n. 1) quanto in materia di pianificazione urbanistica e/o politiche ambientali la Corte Edu tende a dilatare il margine di apprezzamento degli Stati[12]: il punto decisivo che marca la differenza nel trattamento del primo caso e induce i giudici a svolgere nel caso del diritto di voto uno *strict scrutiny* è dato dalla valutazione della vulnerabilità della "categoria sociale" ovvero del "gruppo".

In realtà, al di là delle insidie e delle incongruenze che l'approccio alla valutazione dei diritti e delle discriminazioni riferibili alla "debolezza di gruppo" può nascondere[13], è lecito ritenere che analoga vulnerabilità fosse riscontrabile nel caso della sig.ra Garib.

È difficile negare che, come nel caso dei disabili, esiste un Trattato che protegge le donne da ogni forma di discriminazione: in particolare, l'art. 11 della Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazioni nei confronti della donna (1979) impegna gli Stati parte ad attivarsi affinché sia garantita alle donne l'effettività del diritto al lavoro. Tale protezione internazionale poteva essere invocata se solo si fosse voluto considerare l'oggettiva difficoltà di una donna con due figli a carico a trovare un posto di lavoro, anziché limitarsi a ricostruire soltanto la "scelta" della ricorrente di spostarsi dall'appartamento occupato dal 2005 nel quartiere di Tarwewijk.

La situazione di povertà e di dipendenza da sussidi pubblici della ricorrente è stata decisiva nel caso in esame giacché la legge olandese, come abbiamo più volte ricordato, prescriveva come condizione per ottenere il permesso abitativo la percezione di un certo livello di reddito correlato ad un'occupazione. Il disagio socio-economico della ricorrente si inserisce nel quadro di un trattamento legislativo decisamente stereotipato in quanto fondato sull'assunto dell'automatismo tra povertà, indigenza, difficoltà economiche e diffusione di comportamenti pericolosi se non addirittura criminosi.

---

[12] Lo ricorda G. Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento*, cit. 16 ss.; la sentenza *Garib* del 2017 richiama del resto il *leading case Chapman v. U.K.* (G.C.) del 2001 dove il principio in questione è stato chiaramente formulato con riferimento alle decisioni in merito alla pianificazione urbanistico-ambientale rispetto alla quale le autorità nazionali sono considerate quelle che meglio sono in grado di valutare e ponderare le esigenze personali e finanziarie dei singoli individui con l'interesse della collettività (par. 161).

[13] Sui rischi di un discutibile, rischioso e talora controproducente paternalismo da parte dei giudici di Strasburgo nel momento in cui identificano le ragioni e i termini della vulnerabilità di volta in volta riconducibile al "gruppo" ovvero alla specifica debolezza di una distinta categoria sociale, si rinvia alle osservazioni critiche di L. Peroni – A. Timmer, *Vulnerable Groups*, cit, 1070 ss.

Purtroppo, del discutibile e stereotipato collegamento tra condizioni economiche dei residenti e diffusione di comportamenti inappropriati e criminosi che sostiene la *ratio* della legge olandese sulle misure speciali e dei riflessi di questa impostazione sulla situazione giuridica individuale della ricorrente non hanno voluto tener conto i giudici di Strasburgo[14].

3. Le origini dell'Urban Areas Act nella città di Rotterdam e le politiche di esclusione

L'analisi delle questioni sottese alla decisione della Corte richiede un inquadramento temporale delle vicende legislative in materia di politiche abitative a far data dal 2006, quando la città di Rotterdam decise di implementare l'*Urban Areas Special Measures Act*.

Le politiche abitative olandesi, per la maggior parte del XX secolo, sono state segnate da una serie di interventi statali idonei a incentivare un mercato di alloggi "sociali" che, a partire dai primi anni Duemila, ha subìto una inversione di tendenza quando l'obiettivo è diventato quello di avviare strategie per la riqualificazione delle abitazioni a prezzi accessibili da vendere a famiglie con un reddito più elevato rispetto a quello minimo[15]. Gran parte degli interventi in questo senso sono stati operati nell'area a sud del fiume Maas, in un periodo in cui la città di Rotterdam, a causa dei continui flussi migratori e di una forte fase di deindustrializzazione, insieme ad un crescente aumento dei livelli di criminalità, ha rappresentato terreno fertile per la nascita dei movimenti di estrema destra, mossi da sentimenti di islamofobia ed antisemitismo, insieme ad esigenze di una maggiore sicurezza. Il 2002 ha rappresentato l'anno della svolta in cui il partito politico di destra Leefbaar Rotterdam, sotto la guida di P. Fortuyn, ottenne 17 dei 45 seggi a disposizione nel consiglio comunale, complice il crollo del Partito operaio (socialdemocratico) e la mobilitazione della bassa borghesia olandese (autoctona), pronta a ribaltare le politiche nazionali in tema di immigrazione e tolleranza[16].

---

[14] Sulla discriminazione collegata alle precarie condizioni economiche v. l'ampia argomentazione che sostiene il *dissent* dei giudici Pinto de Albuquerque e Vehabović, parr. 22-30.

[15] Interessanti i contributi di R. van Kempen – G. Bolt, *Social cohesion, social mix, and urban policies in the Netherlands*, in *Journal of Housing and the Built Environment*, 2009, 24 ss.; R. van Kempen – H. Priemus, *Revolution in Social Housing in the Netherlands: Possible Effects of New Housing Policies*, in 39 *Urban Studies*, 2009, 237; H. Priemus, *A new housing policy for the Netherlands (2000-2010): A mixed bag*, in 16 *Journal of Housing and the Built Environment*, 2001, 319.

[16] Nei Paesi Bassi, la principale assemblea locale eletta è il consiglio comunale. Le posizioni di sindaco e vice-sindaco che costituiscono il ramo esecutivo, competenti per l'attuazione delle politiche non sono posizioni elettive. Il sindaco è nominato dal governo nazionale per un periodo di sei anni, mentre i vice-sindaci sono nominati dal consiglio comunale e di solito riflettono la composizione del partito della coalizione di maggioranza nel

A questo proposito, un rapporto della Open Society Foundation riporta chiaramente il mutamento del clima politico del periodo, soprattutto a seguito delle iniziative radicali di P. Fortuyn che avevano legittimato il diritto di esprimere le proprie opinioni, indipendentemente dal carattere offensivo delle dichiarazioni e contribuendo ad incrinare il bilanciato equilibrio tra parità di trattamento e libertà di parola, ben lontano da ogni forma di tutela antidiscriminatoria (Open Society Foundation 2010)[17].

L'impatto ideologico della politica di P. Fortuyn favorì cambiamenti determinanti nelle scelte pubbliche, orientate a prendere le distanze dai paradigmi del multiculturalismo, dell'integrazione, della coesione (nella sua triplice declinazione economica, sociale e territoriale) per introdurre e rafforzare, nei campi dell'istruzione e dell'occupazione, elementi di "assimilazione" in grado di ridurre al minimo le dimensioni di sviluppo e di mobilità delle identità etniche straniere, per contenere le minacce culturali provenienti (più in particolare) dall'Islam[18]. Non stupisce, infatti, che recentemente siano stati pubblicati una serie di report sui cambiamenti demografici nei distretti di Rotterdam da cui si è potuto evincere il crollo della percentuale di nativi olandesi (le stime parlano di un passaggio dal 50% al 15% nel solo distretto di Charlois) a favore delle minoranze etniche[19].

Certamente, negli ultimi trent'anni, la città di Rotterdam ha affrontato gravi problemi relativi alla criminalità e ai comportamenti "antisociali" nelle zone residenziali; problemi che hanno provocato un vero e proprio terremoto politico locale. Ecco perché, nel 2002, il partito di Leefbaar Rotterdam è diventato il più forte della città, una posizione detenuta dal partito laburista di sinistra per decenni, incapace di affrontare i problemi di disordine sociale.

---

consiglio. Di conseguenza, le elezioni del consiglio comunale sono generalmente molto contestate e sono la strada principale per l'espressione della politica locale, R. Jordan, *The Dutch Urban Areas Act: A Black Liberation Perspective on the Policy of Exclusion*, Tesi per il Master in City Planning at the Massachusetts Institute of Technology, 2018, 15. Durante il periodo della campagna elettorale, «Pim Fortuyn did his best to assure people that the whole system was in crisis and that the Dutch society was on the brink of collapse. For instance, the aftermaths of September 2001 and the mass immigration of people from Muslim countries were actually part of a growing concern about multiculturalism and social cohesion …», C.P. Ghillebaert, *Miscasting Politicians in the Netherlands: What remains of the fellowship of Pim Fortuyn after a brief ruling time?*, ECPR Joint Sessions, Uppsala, Sweden, 2004, 5.

[17] Open Society Foundation, *Muslims in Rotterdam,* in *https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/a-muslims-rotterdam-reporten-20101119.pdf*, 2010.

[18] A questo proposito, il sito *Pim-fortuyn.nl* era dominato da messaggi contrari alle politiche di immigrazione e di integrazione dei popoli islamici; si rinvia al contributo di P. Fortuyn, *De re-islamisering in de nieuwe tijd* ("Re-Islamisation in the new age"). Interessante, a proposito del ragionamento per somiglianze, il saggio di M. Rosenfeld, *L'identità del soggetto costituzionale*, trad. it., Lecce-Cavallino, Pensa, 2004.

[19] U. Justus – C. Hochstenbach – W. Van Gent, *Statistical Politics of Exceptional Territories*, in *Political Geography*, 2017, 60 ss.

Dopo le elezioni, P. Fortuyn fu assassinato da un avversario politico ma ciononostante il suo partito riuscì a formare una coalizione con le parti liberali e democristiane locali, con l'obiettivo di salvaguardare le esigenze dei cittadini e di avanzare al Parlamento la richiesta di una legislazione utile a regolare l'entrata di persone "svantaggiate" e bisognose in determinate aree urbane[20].

Dopo l'assassinio di P. Fortuyn, il Partito Leefbaaar riconobbe in M. Pastor il suo erede politico, oggi promotore del Programma nazionale Rotterdam Sud (NPRZ), un programma del governo centrale di *place based*, avviato in materia di educazione, occupazione e alloggio, e in cui per la prima volta, nei Paesi Bassi, hanno collaborato il livello federale e quello locale. Il programma si è fatto portatore di un accordo tra il Leefbaar ed il partito laburista nella reciproca convinzione di dover circoscrivere la mobilità migratoria nell'area di Rotterdam Sud; è stato avviato un processo in via sperimentale articolato su precisi criteri e meccanismi politici finalizzati ad escludere parte della popolazione[21]. Il programma è partito nel 2003 quando il governo della città ha reso noto uno studio intitolato "Rotterdam Zet Door: Op weeg naar een stad in balans" (*lett. Rotterdam continua: la strada verso una città equilibrata*) contenente misure relative all'immigrazione, alla integrazione e agli alloggi; uno studio in cui già si denunciava il cambiamento demografico e la necessità di misure per limitare l'entrata di famiglie e gruppi svantaggiati nelle aree depresse[22]. A questo scopo, il governo centrale decise di emendare il *Dutch Housing Act* del 1993 con l'obiettivo di reintrodurre un sistema di permesso abitativo che potesse coprire sia il settore sociale che il mercato degli affitti. Un primo tentativo in questa direzione fu avviato nel 2003 quando si consentì al Comune di Rotterdam di impedire a individui con un reddito inferiore al 120% di spostarsi in determinati quartieri della città[23]. Tale meccanismo di regolamentazione della composizione del vicinato mediante la selezione del reddito si è evoluto fino a diventare l'art. 8 nella "Legge sulle aree urbane" approvata dalla legislatura nazionale nel 2006[24]. Di conseguenza, nel gennaio 2006 il governo centrale introdusse, nell'art. 8 del *Dutch Urban Areas Act*, il nuovo criterio selettivo con l'obiettivo di modificare la legge olandese del 1993 in tema di abitazioni e di predisporre un sistema di permessi che consentisse di disciplinare e di tenere sotto controllo il

---

[20] J. Ostaaijen, *Local Politics, Populism and Pim Fortuyn in Rotterdam*, in P. Scholten – M. Crul – P. van de Laar (Ed.), *Coming to Terms with Superdiversity: The Case of Rotterdam*, Springer, Cham, 2018, 87 ss.

[21] J. Ostaaijen, *op.cit.,* 97.

[22] La versione aggiornata del Programma al 2017 è disponibile su *https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/conferences/cities_forum_2017/housing_cities.pdf*. Gemeente Rotterdam, *Actieprogramma Rotterdam Zet Door*, 2003. Si v. M. Maussen, *Ruimte voor de islam?: stedelijk beleid, voorzieningen, organisaties*, Antwerpen, Het Spinhuis, 2006.

[23] J. Ostaaijen, *ibidem*.

[24] R. Jordan, *op. cit.*, 9.

settore sociale e il mercato degli affitti. L'esperimento legislativo dell'ottobre del 2004 copriva inizialmente quattro quartieri divenuti poi cinque nel 2010 (più precisamente, Carnisse, Old-Charlois, Hillesluis, Tarwewijk e Bloemhof) oltre ad una serie di strade della parte occidentale della città, nota come Delfshaven[25].

Di fatto, la "Legge sulle misure speciali per le aree urbane" è entrata in vigore nel 2005 al fine di far fronte alle grandi concentrazioni di gruppi di persone colpevoli di comportamenti perseguibili dal governo, in una prospettiva di miglioramento della qualità della vita dei residenti. A seguito di una valutazione dell'Università di Amsterdam nel 2015, si è potuto concludere che la legge era risultata efficace nell'escludere alcune richieste che non soddisfacessero i requisiti previsti, motivo per il quale, la composizione sociale dei quartieri designati stava lentamente cambiando in virtù dei filtri normativi concernenti i redditi da lavoro: un dato sufficiente per richiedere l'estensione della legge per ulteriori quattro anni[26].

Benché l'atto sia nato come strumento politico della città di Rotterdam (noto, per questo, come la "Legge di Rotterdam"), è stato utilizzato anche altrove, laddove si riteneva che i problemi fossero della stessa natura[27]: i futuri inquilini avrebbero dovuto ottenere un permesso *ad hoc* per richiedere un alloggio nelle aree designate dal Ministro, destinatarie di misure speciali utili a combattere i problemi locali. Con un "memorandum legislativo" del 2005, proposto dalla Camera dei Rappresentanti, furono illustrate le gravi condizioni in cui versava la città di Rotterdam e le consequenziali necessità di intervenire per far fronte ai problemi di "grandi dimensioni" (*large in size*) che una popolazione economicamente debole non sarebbe stata "in grado di assorbire" (*absorptive capacity*). L'obiettivo era quello di formulare un dettato normativo sufficientemente flessibile, da adeguare alle differenti realtà locali presenti sul territorio, tutte accomunate da una concentrazione della povertà in certi luoghi piuttosto che in altri e dunque causa di elevati tassi di criminalità, problemi comportamentali e azioni di disturbo. A questo scopo, era intervenuto anche il Consiglio di Stato, un organo di controllo costituzionalmente previsto, chiamato a pronunciarsi ogniqualvolta si fosse elaborata una nuova legge[28].

La nota legislativa, in particolare, sottolineava l'importanza della legge anche quale strumento per incentivare le politiche di "buon vicinato" al fine di sostenere le "funzioni sociali, educative ed economiche del quartiere" per uno sviluppo stabile della società urbana[29]. In questa prospettiva, la legge

---

[25] R. Jordan, *op. cit.*, 22.
[26] R. Jordan, *op. cit.*, 25; J. Uitermark – C. Hochstenbach – W. van Gent, *op.cit.*, 60 ss.
[27] R. Jordan, *op. cit.*, 27.
[28] R. Jorda, *op. cit.*, 29.
[29] J. Uitermark – C. Hochstenbach – W. van Gent, *op.cit.*, 64 ss.; degli stessi autori, *Exclusion*

creava "spazi di respiro" per i quartieri in difficoltà cercando di soddisfare quattro requisiti, ossia lo scopo legittimo, l'appropriatezza, la sussidiarietà e la proporzionalità[30]. Il primo di tali obiettivi sarebbe stato realizzato attraverso la riduzione "temporanea" (e perciò legittima) dell'afflusso delle famiglie socio-economicamente più deboli al fine di contenere il disagio dei residenti nelle aree sottoposte a pressione; l'appropriatezza" di tale atto sarebbe stata garantita dai filtri apposti dal legislatore che lo avrebbero messo al riparo da eventuali accuse di arbitrarietà o "leggerezza" e inopportunità. La legge sarebbe stata in linea con il principio di sussidiarietà perché ad essa si sarebbe fatto ricorso soltanto qualora fossero risultate inefficaci le altre misure a disposizione e perché si sarebbe trattato, comunque, di un approccio a breve termine (quattro anni) che, nel lungo periodo avrebbe integrato la "politica delle grandi città"[31]. Il requisito della proporzionalità, infine, sarebbe stato soddisfatto in considerazione delle opportunità abitative a disposizione delle famiglie escluse dal trasferimento in determinati quartieri. La nota legislativa chiariva per di più che tale legge sarebbe stata conforme al diritto europeo, con particolare riferimento all'art. 2 del Protocollo della Convenzione europea sui diritti umani che garantisce a tutti coloro che risiedono legalmente all'interno dei Paesi che aderiscono alla Convenzione «il diritto alla libertà di movimento e alla libertà di scegliere la propria residenza»; la Convenzione infatti consentirebbe la limitazione di tali diritti soltanto al fine di tutelare la sicurezza nazionale o la sicurezza pubblica per il mantenimento dell'ordine pubblico, per la prevenzione della criminalità, la protezione della salute, della morale o per la tutela dei diritti e delle libertà altrui.

Nel quadriennio 2006-2010 la legge risultò, dunque, efficace nella selezione dei residenti nei quartieri di Rotterdam Sud che cambiò la propria

---

as Urban Policy: The Dutch Act on Extraordinary Measures for Urban Problems, in *Urban Studies*, disponibile su *https://doi.org/10.1177/0042098017717214*.

[30] Così specificato dalla Corte europea dei diritti umani nel 2017, "a temporary restriction of the influx of socioeconomically (more) deprived groups" per creare "a sort of breathing space…so that the measures generally already ongoing to provide durable improvement of the situation in those areas or districts can actually produce their effects" (Grand Chamber, *Garib v. The Netherlands*, Application n.43494/09, 6 November 2017).

[31] Nel 1994, il nuovo governo olandese decise di introdurre un nuovo ambito politico per la gestione dei problemi concernenti alcune "grandi città"; i rappresentanti di Amsterdam, Rotterdam, Utrecht e L'Aia predisposero un memorandum in cui delineavano i problemi più frequenti insieme ad un "rescue plan", inaugurando un periodo politico segnato, appunto, dalla Big city policy. L'obiettivo principale era quello di rendere le città coinvolte "complete", intendendo con ciò città con una forte struttura economica, fisica e sociale, per questo motivo, i campi di intervento erano quelli della sicurezza, dell'integrazione, dell'organizzazione, dell'impiego, degli investimenti, tanto in una direzione amministrativa, quanto finanziaria. Sul punto, H. Priemus – P. Boelhouwer – H. Kruythoff, *Dutch urban policy: a promising perspective for the big cities*, in *International Journal of Urban and Regional Research*, 1997, 677 ss.

composizione sociale garantendo l'attribuzione di alloggi ad immigrati provvisti di redditi da lavoro e giustificando l'estensione dell'*Urban Areas Act* per ulteriori quattro anni[32].

4. Procedure di screening dell'*Urban Areas Act*: prove di collaborazione tra livello nazionale e locale per azioni di riqualificazione urbana

Con l'introduzione dell'*Urban Areas Act*, in circa quindici Comuni olandesi, l'autorità locale, le associazioni di edilizia abitativa e la polizia hanno stipulato "policy agreements" per poter procedere alla selezione dei richiedenti alloggi in affitto. A questo scopo, il ruolo della *Social housing association* è stato quello di sollecitare l'autorità locale e la polizia al fine di procedere con i controlli dei potenziali inquilini per prevenire comportamenti "antisociali" nelle aree residenziali; il sindaco e il capo della polizia hanno disposto l'analisi dei file per valutare eventuali segnalazioni relative a comportamenti a rischio (tendenti, ad esempio, al disturbo acustico, a forme di intimidazione, a favorire il contrabbando della cannabis) e sulla base di tale screening, l'ente locale ha consigliato l'associazione circa la possibilità di offrire o meno l'alloggio al richiedente. In una prima fase, la procedura di screening sarebbe efficace in via preventiva, perché le organizzazioni di *social housing* renderebbero pubblici i requisiti necessari alla valutazione; tuttavia, il governo olandese è intervenuto per contestare tale prassi. Infatti, sebbene l'articolo 16.1 del *Dutch policy data Act* consenta alle forze dell'ordine di comunicare i dati al sindaco se ciò è necessario al mantenimento della sicurezza pubblica, al contrario non consente di renderli noti al solo scopo di prevenire comportamenti "antisociali" nella ripartizione delle abitazioni.

La "Legge sulle misure speciali per le aree urbane" ha ricevuto nel tempo una notevole attenzione critica da parte dei media e degli accademici, ma anche dell'Istituto olandese per i diritti umani che ha riconosciuto come un grave comportamento "antisociale" possa senza dubbio avere un impatto negativo sui diritti umani di coloro che sono obbligati a subirlo e, allo stesso modo, attraverso i filtri contenuti nel testo normativo, determinerebbe l'esclusione sociale di alcuni gruppi, legittimando una prassi in aperto contrasto con l'idea stessa di diritti umani[33].

---

[32] In linea con quanto stabilito dalla Corte Edu nel 2017, "the restriction in issue [*freedom of movements*] remains subject to temporal as well as geographical limitation, the designation of particular areas being valid for no more than four years at a time" (G.C., *Garib v. The Netherlands*, cit.).

[33] R. Jordan, *op. cit.*, 69 ss. "The law should provide a sufficiently clear and well-defined legal basis for the restriction. It is uncertain whether police records about an individual or anti-social behaviour provide such a sufficiently clear legal basis … Moreover, the amended law only affects cheap rental housing and will therefore especially affect

Ciononostante, l'*Urban Areas Act* ha trovato applicazione in differenti città, da Tilburg a Zaanstad, da Schiedan ad Hertogenbosch riuscendo ad adattarsi alle esigenze locali attraverso l'applicazione mirata e diversificata delle sue tre disposizioni fondamentali, con l'obiettivo di incidere sui problemi concreti e specifici identificati dalla città stessa. Ad esempio, se prendiamo in considerazione l'esperienza della nota città universitaria di Tilburg, la legge in esame ha rappresentato uno strumento utile a distruggere una rete criminale insediatasi nel quartiere di Groenewoud e dedita alla produzione e al contrabbando di marijuana. La decisione di ricorrere all'*Urban Areas Act* non è stata immediata, né, tanto meno, è stata una scelta verticistica ma, al contrario, è nata dalle esigenze della comunità locale[34], decisa a trasferirsi in altre zone della città e mettendo il legislatore nella condizione di procedere ad una serrata attività di monitoraggio e di analisi statistica degli interventi di polizia. A conclusione dell'indagine svolta tra i residenti, il governo locale ha contattato il Ministero per richiedere l'applicazione degli artt. 8 e 10 dell'*Urban Areas Act* al fine di garantire l'occupazione degli alloggi vacanti da parte di cittadini incensurati (art. 10) e di limitare la libertà di circolazione per coloro che, a causa della bassa posizione socio-economica, avrebbero potuto cedere al richiamo da parte della rete criminale. Il ricorso all'art. 9, suggerito dal Ministero, avrebbe rappresentato un ulteriore filtro, consentendo soltanto ad alcuni soggetti (impiegati o con un livello minimo di istruzione) di trasferirsi nel quartiere. In questo modo, dal 2017, Tilburg è risultato il primo Comune non appartenente all'area metropolitana di Rotterdam ad aver fatto ricorso all'*Urban Areas Act*[35].

La "Legge sulle aree urbane" è diventata così un meccanismo istituzionalizzato per disciplinare fenomeni di "disordine" nei quartieri: questo ha determinato una varietà di approcci a livello locale in funzione degli obiettivi, del numero di unità da coprire, dell'area geografica e della combinazione degli articoli utilizzati per regolamentare i dati demografici. Sebbene dalle ricerche informali sul campo sia emersa una certa premura nel far fronte a situazioni particolarmente complesse[36], allo stesso modo sono state mosse critiche nei

---

persons with low-income", Netherlands Institute for Human Rights, *Written Submission*, December 2016, 18

[34] R. Jordan, *op. cit.*, 31.

[35] R. Jordan, *ibidem*.

[36] Prima di utilizzare la legge olandese sulle aree urbane, la città aveva già sviluppato, dopo una rivolta nel 2002, una pratica di screening dei residenti per unità abitative sociali in determinati quartieri, richiedendo un reddito da lavoro e un "certificato di buona condotta" da parte della polizia. Tali controlli sono stati avviati in due quartieri (Hinthamerpoort-Zuid e Hambaken, Città di De Bosch) a seguito di un accordo informale a livello locale, tra il comune, l'organizzazione degli alloggi sociali e la polizia per respingere i "candidati" da particolari quartieri. Il governo centrale era a conoscenza di tali accordi sprovvisti di una base legale e, nonostante avesse manifestato il proprio disappunto in materia di

confronti di una legge che avrebbe di fatto stigmatizzato persone, comunità e città[37]. In questo senso, ad esempio, gli artt. 8 e 10 sono stati ritenuti le cause principali delle possibili forme di discriminazione e di esclusione nei quartieri, nonché le basi normative per giustificare l'estensione dell'uso dei dati presenti nei casellari giudiziali ben al di là dei limiti stabiliti dalla legge stessa, in contrasto più o meno evidente con i diritti umani, non da ultimo quello alla privacy, a causa della mancata trasparenza nella scelta dei criteri di screening consentiti dall'art. 10; il tema della violazione del diritto di circolazione (nella scelta della residenza), invece, era già stato discusso dalla Corte europea sui diritti umani nel 2017, allorquando aveva ritenuto che "gli interessi pubblici della comunità locale" avrebbero potuto rappresentare motivo sufficiente per legittimare le restrizioni previste dalla normativa (…)[38].

Ulteriori dubbi sulla efficacia della legge, con particolare riferimento all'art. 10, riguardavano i costi di transazione ad esso associati che, se già sussistevano per il semplice processo di coordinamento delle singole attività – si pensi alla richiesta inoltrata alla società di edilizia da parte del richiedente alloggio, alla richiesta, avanzata dalla medesima società nei confronti del Comune di riferimento, di procedere con i controlli previsti, alla richiesta da parte del Comune alla polizia dei dati contenuto negli appositi registri, alla fornitura di detti registri al governo municipale e all'ufficio del sindaco il quale avrebbe poi esercitato la discrezionalità di approvare (anche con l'apposizione di ulteriori "clausole di comportamento") o respingere la richiesta – tale meccanismo si sarebbe aggravato notevolmente nel caso in cui il sin-

---

diritto alla privacy e con riguardo alla condivisione dei dati, tuttavia aveva ritenuto necessaria tale prassi in quanto utile nella gestione di un consistente stock di alloggi sociali. Successivamente agli accordi informali, la città di Den Bosch ha presentato domanda per l'*Urban Areas Act* olandese nel 2017: così evidenziato nel lavoro di R. Jordan, *op. cit.*, 40. Si v. sul punto, A. Ouwehand – D. Wenda Doff, *Who Is Afraid of a Changing Population? Reflections on Housing Policy in Rotterdam,* in *Geography Research Forum*, 2013, 111 ss.

[37] L. Lavrysen, *Strasbourg Court Fails to Acknowledge Discrimination and Stigmatization of Persons Living in Poverty*, Marzo 2016, su *http://strasbourgobservers.com/2016/03/10/strasbourg-court-fails-to-acknowledge-discrimination-and-stigmatization-of-persons-living-in-poverty/*; I. Nifosi-Sutton, *The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law*, Oxon-NewYork, Routledge, 2017.

[38] The arrangement set out in section 2.6(2) of the 2003 Housing By-law [The Dutch Urban Areas Act] constitutes a restriction on Garib's free choice of a place of residence. It is not disputed that this restriction is provided for by law and is inspired by the interest that society has in [ensuring] the quality of life in districts of major cities. The Administrative Jurisdiction Division finds that, considering that the area in issue is one designated under section 5 of the Inner City Problems (Special Measures) Act, the Burgomaster and Aldermen were entitled to take the view that the restriction [on freedom to choose one's residence] is justified in the general interest in a democratic society within the meaning of Article 12 § 3 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights. The area in issue is a so-called 'hotspot', where, as has not been disputed, the quality of life is under threat.

daco, sulla base dei dati pervenuti, avesse deciso di respingere la richiesta avanzata. Infatti, in tale ipotesi, il richiedente avrebbe presentato una richiesta d'appello, la cui durata massima prevista sarebbe stata fino a tre mesi. Per di più, durante tutta la procedura di ricorso, in base alle disposizioni di legge, la società di edilizia sociale avrebbe tenuto l'unità richiesta al di fuori del mercato, comportando, ciò, un mancato guadagno ed una minaccia per la sostenibilità fiscale dell'organizzazione. Ma l'art. 10 ha sollevato non poche perplessità anche in merito all'ambiguità del testo nel riportare i comportamenti lesivi della sicurezza nel quartiere tra cui sarebbero rientrate alcune delle più comuni denunce, rilevanti sotto il profilo del diritto privato, come quella del disturbo della quiete pubblica per rumore eccessivo. Una opacità, quella dell'art. 10, che si riscontra anche laddove si occupa di aspetti particolarmente delicati come gli atti violenti legati a fenomeni di "radicalizzazione, estremismo o terrorismo", senza addurre alcuna distinzione in merito[39].

Nonostante i molteplici dubbi sulla portata della legge e le valutazioni di merito effettuate dall'Università di Amsterdam che ne ha evidenziato una portata efficace soltanto relativamente alla diversificazione della composizione demografica ma non al miglioramento della sicurezza nei quartieri per i quali era stata prevista, ad essa si fa ancora ricorso. A questo proposito, è stato evidenziato l'impatto simbolico che la legge ha certamente avuto sulla città di Rotterdam dove, a fronte della esigenza di intervenire con urgenza e fermezza, si è avvertito il bisogno di una risposta forte del governo locale, anche in considerazione del fatto che la città rappresenta uno dei pochi spazi politici in cui il processo decisionale e, più in particolare, l'intervento dell'esecutivo, può esercitare un controllo diretto ed una valutazione costante dell'attuazione dell'agenda politica. Ciononostante, al di là del messaggio che il governo locale di Rotterdam ha voluto dare ai cittadini, non è stato ancora chiarito come e quando sarebbe stato soddisfatto il requisito di "adeguatezza" normativa (rispetto al risultato da raggiungere) che giustificherebbe l'interferenza della legge con la libertà di movimento per la promozione dell'ordine pubblico collettivo. Sebbene l'*Urban Areas Act* sia stato immaginato come uno strumento al quale ricorrere in via eccezionale, quando tutti gli altri mezzi esperiti siano risultati del tutto inefficaci, di fatto la legge risulta "standardizzata" dal governo centrale, a maggior ragione dopo essere stata convalidata dalla Corte europea dei diritti umani. È diventato uno strumento politico al quale molte altre città olandesi – e non solo Rotterdam con i suoi problemi "eccezionali" e di "vasta portata" – hanno deciso di ricorrere, ben al di là dell'opacità del testo che certamente non specificava i criteri secondo i quali circoscrivere l'ambito geografico di applicazione, riservando però l'interpretazione di questo aspetto all'ampia discrezionalità del governo locale[40].

---

[39] R. Jordan, *op. cit.*, 46.

[40] R. Jordan, *op. cit.*, 51. Del resto, questo è quello che il governo locale di altre città ha fatto

5. I "territori eccezionali" nelle politiche pubbliche olandesi

A seguito della pronuncia della Corte europea, lo strumento legislativo, pensato per regolare situazioni eccezionali di degrado e utile a programmare interventi di breve periodo, si è ben presto trasformato in un atto politico a maglie larghe la cui "applicazione efficace" è diventata parametro sufficiente per il rinnovo quadriennale. I tre articoli chiave operano da filtro di politiche di esclusione travestite da obiettivi di integrazione, coesione e riqualificazione urbana: lo spazio pubblico risulta, pertanto, manipolato in funzione di gruppi di persone selezionate in base a determinate caratteristiche – reddito, livello di istruzione, posizione lavorativa, condizione penale – per cui le problematiche urbane per le quali è richiesto l'intervento della legge sarebbero disciplinate attraverso una piattaforma di esclusione. Non a caso, parte della dottrina ha evidenziato come la legge sembrerebbe riproporre politiche razziali attraverso cui esercitare controlli statali sulla geografia urbana[41]; una politica, in altri termini, che crea o rafforza le categorie e le gerarchie "razzializzate" puntando su un gruppo selezionato attraverso un processo di "razzializzazione" che si declina intorno ad elementi culturali, religiosi, fisici (come il colore della pelle)[42]. L'esempio degli afroamericani nell'esperienza statunitense facilita la comprensione del concetto di "gruppo razzializzato" rispetto a quello dei bianchi[43]. Alcuni criteri del *Dutch Urban Areas Act* sembrano utilizzare la stessa *ratio* presente in certe leggi razziali statunitensi sul controllo demografico dei quartieri e delle aree metropolitane; non a caso, alcuni studiosi hanno evidenziato come, leggendo al contrario gli effetti del *Leefbarometer*, si potrebbe dedurre che i quartieri migliori sono quelli con "alti tassi di proprietà della casa, alti prezzi delle case, bassi tassi di disoccu-

---

prima di procedere all'applicazione della "Legge sulle misure speciali". In particolare, città come Zaanstad, Tilburg, Schiedam nella sezione dedicata alla "valutazione" della efficacia della legge includono, come indicatore di successo, il cambiamento demografico: in questo senso, è stato percepito un aumento del numero di persone con reddito (Schiedam 2017), una diminuzione della quota di persone con benefici sociali (Zaanstad 2017, Tilburg 2017), e una diminuzione del numero di persone con precedenti penali (Zaanstad 2017).

[41] Ancora R. Jordan che propone una comparazione con le politiche razziali negli Stati Uniti e in Sud Africa, *op. cit.*, 75.

[42] Sul processo di "razzializzazione", F. Dalal, *Race, Colour and the Processes of Racialization, New Perspectives from Group Analysis, Psychoanalysis and Sociology*, London, Routledge, 2013; A. Giddens, *Fondamenti di sociologia*, in part. Cap. VIII, 2014; M. Banton, *Ethnic and Racial Consciousness*, London, Routledge, 1997; J.F. Inwood – R.A. Yarbrough, *Racialized places, racialized bodies: the impact of racialization on individual and place identities*, in 75 *GeoJournal*, 2010, 299 ss.

[43] Sul tema, J.F. Perea, *The Black/White Binary Paradigm of Race: The Normal Science of American Racial Thought*, in 5 *California Law Review*, 1997, 127 ss.; O. Michael – H. Winant, *Racial Formation in the United States: From the 1960s to the 1990s*, New York, Routledge, 1986.

pazione, alti livelli di reddito e una bassa presenza di minoranze etniche"[44]. Nel contesto olandese, gli immigrati, le minoranze etniche e i musulmani sono tutti gruppi costruiti attraverso il processo di razzializzazione e di etnicizzazione che circoscrive l'identità di un gruppo, stigmatizzandolo come proveniente da "altrove", in opposizione ai nativi bianchi olandesi.

Le questioni della disuguaglianza urbana e della distribuzione non equa di servizi per la mobilità sono da sempre presenti nella sociologia urbana, a partire dalle opere classiche della scuola di Chicago fino agli studi in tema di *gentrification* e di segregazione etnica e razziale nei contesti urbani. Se risaliamo indietro nel tempo, intorno alla fine degli anni Sessanta, quest'ultimo campo di studi ha iniziato a sovrapporsi a quello sulla giustizia ambientale per evidenziare come i quartieri a basso reddito urbano subissero, negli anni, un'esposizione, superiore alla media, al rumore, all'inquinamento e ai pericoli ambientali e si distinguessero per le scarse opportunità di mobilità offerte ai residenti[45]. Le politiche di *place based*, come quelle della legge olandese in esame, sono state introdotte, in teoria, con l'obiettivo di coinvolgere attivamente il contesto di riferimento, il luogo in cui sviluppare quelle condizioni (locali) in grado di determinare un'attrattiva internazionale per la tipologia di abitazioni, l'innovazione, l'accesso alle informazioni e alla conoscenza interna (locale e nazionale) e globale, la tassazione e i meccanismi di *governance* efficaci, solo per richiamare alcuni aspetti.

D'accordo con quanto sostenuto dalla Commissione europea, il *place based approach*, infatti, avrebbe consentito di "promuovere lo sviluppo di approcci locali e subregionali, in particolare attraverso lo sviluppo locale guidato dalla comunità" (*Community-led local development*, CLLD), quale strumento utilizzato nella dimensione locale per coinvolgere i cittadini nell'analisi e nella valutazione delle sfide economiche, sociali, ambientali del contesto di appartenenza[46]. Valutazioni effettivamente avvenute nel *Dutch Urban*

---

[44] J. Uitermark – C. Hochstenbach – W. van Gent, *Statistical Politics of Exceptional Territories*, in *Political Geography*, 2017, 60 ss.

[45] R. Park – E.W. Burgess – R. Duncan McKenzie, *The City*, Chicago, The University of Chicago press, 1925; M. Danyluk – D. Ley, *Modalities of the new middle class: ideology and behavior in the journey-to-work from gentrified neighborhoods*, in *Urban Studies*, 2195, 2007. L. Wirth, *The Ghetto*, Chicago, The University of Chicago press, 1928; D.S. Massey – N.A. Denton, *American Apartheid: Segregation and the Making of the Underclass*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1993. J. Whitelegg, *Critical Mass: Transport, Environment and Society in the Twenty-first Century*, London-Chicago, Pluto press, 1997; E. Alcantara Vasconcellos, *Urban Transport, Environment, and Equity*, Earthscan, New York, 2001.

[46] F. Barca Report, *An Agenda for a Reformed Cohesion Policy: A Place-based Approach to Meeting European Union Challenges and Expectations*, 2009, disponibile su *http://www.interact-eu.net/news/barca_report/7/2647*; F. Barca – P. McCann – A. Rodríguez-Pose, *The Case for Regional Development Intervention: Place-Based Versus Place-Neutral Approaches*, in *Journal of Regional Science*, 2012. Mi sia consentito rinviare, sul punto, al volume A.S. Bruno, *Tra territorio e spazio: la città metropolitana come politica urbana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

Areas Act ma tutt'altro che in linea con la *ratio* originaria del *Community-led local development* quale strumento potenzialmente ideato per attrarre investimenti finanziari utili alle comunità locali per adottare misure concrete, calibrate su un ambito circoscritto di intervento (e dunque funzionali ad elaborare politiche territoriali abitative, politiche territoriali dei trasporti, politiche territoriali ambientali, …) che potessero renderlo più inclusivo e sostenibile, in armonia con le direttive di Strategia 2020. In una prospettiva modulata secondo un approccio *place based*, in cui si voglia realizzare una *spatial equity distribution* (volta a ridurre le disparità esistenti in Europa tra gli Stati membri), il *Community-led local development* permetterebbe di intervenire in uno specifico contesto locale (aree rurali, di pesca, zone costiere, città e aree urbane, …), nelle aree sub regionali (art. 28.1.a, approccio territoriale locale) promuovendo politiche di coesione con il supporto di metodi, proposte e strumenti innovativi (art. 28.1.d)[47].

Anche il concetto di mobilità – un diritto la cui tutela, nel caso Garib, sarebbe comunque fatta salva a parere della Corte – si sarebbe dovuto conciliare con quello di continuità territoriale nelle politiche europee che lo hanno elaborato per garantire, sul piano pratico, quell'unità nazionale che a livello geografico risulta interrotta dalla presenza di aree territoriali geograficamente ed economicamente separate. In questo senso, la omogeneità sarebbe stata possibile solo nel caso in cui si fossero determinate alcune condizioni territoriali di promozione della coesione, intervenendo a sanare eventuali fratture con le aree isolate, depresse, svantaggiate. L'Unione europea aveva già inserito, seppure in forma "velata", l'art. 16 nel TCE proprio con l'obiettivo di superare ogni forma di perifericità; l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha ampliato l'allargamento degli obiettivi di coesione economica e sociale a quelli di tipo territoriale al fine di poter intervenire sugli squilibri esistenti e promuovere la cooperazione tra le regioni. Allo stesso modo, l'idea del *social housing* è nata nelle politiche della CE per la creazione di un servizio che fornisse una rete di sicurezza essenziale per i cittadini, utile a promuovere la coesione sociale (Commissione europea, 2011) e l'accesso ai servizi di interesse economico generale. Un impianto, questo, teoricamente conforme a quel costituzionalismo "sociale" di cui parlava G. Teubner quando muoveva dall'idea che i problemi costituzionali non fossero inquadrabili in termini semplicemente di strutture e funzioni, ma fossero invece "situazioni" determinate dalla interazione di soggetti all'interno di spazi di convivenza e decisione, diversificati rispetto al territorio dello Stato. In questo senso, nell'analisi di G. Teubner, la "frammentazione" tra norme, funzioni, spazi di

---

[47] N. Cattan, *Cities and networks in Europe. A critical approach of polycentrism*, Esher, Hors collection John Libbey, 2007; J. Tomaney, *Place-Based Approaches to Regional Development: Global Trends and Australian Implications*, A report for the Australian Business Foundation, Sydney, OECD, 2010.

esercizio dei diritti e di riconoscimento della loro effettività non opera soltanto o esclusivamente "verso l'alto", ovvero nello spazio globale a-statale, ma ricade in tutte le dimensioni micro di convivenza, delineando per l'appunto "situazioni costituzionali" che sfuggono, al pari della dimensione globale, ai ritagli territoriali di strutture e funzioni[48].

Nel caso della legge olandese, si ricorda che i ricercatori dell'Università di Amsterdam che hanno avviato il processo di c.d. *reverse black boxing* per decostruire le variabili utilizzate dal *Leefbarometer*, hanno scoperto che l'indice più influente attraverso cui valutare la vivibilità era quello che misurava la vicinanza tra i nativi olandesi e le minoranze etniche. In altri termini, il *Leefbarometer* ha usato la componente razziale di un quartiere per analizzare la qualità della vita e la tipologia di vicinato, operando come parametro utile a determinare le geografie urbane da sottoporre alla "Legge sulle aree urbane" cioè, di fatto, ad una politica razziale esercitata attraverso forme di esclusione razziale; ha individuato i problemi sociali a livello di quartiere e consentito la traduzione di realtà locali in un'unica misura universale, per una classificazione dei quartieri e delle priorità politiche[49]. Una classificazione ed una semplificazione tali da ridurre la complessità delle situazioni all'uso più o meno graduale di due colori: la maggiore intensità del rosso avrebbe indicato le condizioni di vivibilità più svantaggiate, mentre la tonalità del verde i quartieri con un livello più elevato di qualità della vita. Eppure, lo strumento del *local approach* promosso dalle politiche europee è stato pensato per contenere il degrado urbano e per avviare processi di riqualificazione urbana all'insegna della coesione socio-economica-territoriale, mentre, nell'esperienza olandese, nelle aree circoscritte di alcune città e per alcuni gruppi di persone, avrebbero prevalso esigenze di "spazi di respiro" in nome delle quali formulare "regole diverse" per limitare la libertà di movimento e l'accesso a determinate aree. Si è poi detto che tali regole avrebbero rappresentato la natura "eccezionale" della legge, alla quale ricorrere per una circoscritta durata temporale, a determinate condizioni ed in situazioni di *incapacità di assorbimento*, da parte della città o del quartiere, di alcune gravi criticità. In realtà, proprio gli elementi di eccezionalità della legge in esame, determinando una sospensione spazio-temporale dei diritti umani, l'hanno resa "un'espressione razziale del potere statale per il ruolo in cui controlla e regola lo spazio", cioè una "politica spaziale di esclusione razziale"[50].

3 giugno 2019

---

[48] M. Dogliani, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, su *www.costituzionalismo.it*, 2009.

[49] J. Uitermark – C. Hochstenbach – W. van Gent, *op. cit.*

[50] R. Jordan, *op. cit.*, 69.

L'APPLICAZIONE DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E IL DIALOGO TRA LE CORTI[1]

Giovanni Canzio

1. Nel corso dell'ultimo decennio, eventi che si potrebbero definire epocali hanno sconvolto l'Europa: la crisi finanziaria, seguita da una grave crisi economica e dalla crisi dell'eurozona; il movimento di grandi masse di popolazione dall'Asia e dall'Africa; l'esplosione della minaccia terroristica; l'esito del referendum britannico a favore di *Brexit*; l'adozione unilaterale da parte di alcuni Stati membri di politiche restrittive in materia di sicurezza, che, però, pongono seri interrogativi di compatibilità con le libertà e i diritti individuali e collettivi.

L'incapacità dell'Europa di dare una risposta comune e condivisa a questi fenomeni, e talvolta le stesse risposte che l'Europa è stata in grado di produrre sia in materia economica che in tema di gestione dei flussi migratori, non hanno soddisfatto le aspettative dei cittadini, alimentando un diffuso sentimento di paura e d'insicurezza che ha favorito l'insorgere di movimenti di opinione fortemente nazionalistici.

---

[1] Il testo della relazione, svolta a conclusione del convegno organizzato presso la Corte di cassazione il 15-16 marzo 2018 dalla SSM e dall'ISGI-CNR su "*L'applicazione giudiziale della Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano*", nell'ambito del progetto dell'UE "*Judging the Charter*", è stato rielaborato in onore di Antonio Tizzano, tenendo anche conto dell'indirizzo di saluto pronunciato in occasione della presentazione del *Liber Amicorum* – Napoli 29 giugno 2018 –. Tizzano, nella duplice qualità di Professore di Diritto dell'Unione Europea e di Avvocato Generale – Giudice – Vice Presidente della Corte di Lussemburgo, ha sapientemente guidato, accompagnato (e saputo appassionare) per molti decenni giudici, avvocati e giuristi italiani nel lungo percorso di conoscenza e applicazione del diritto e della giustizia europea. Come non ricordare di Tizzano il magistero dei commenti e delle note di richiami, all'interno delle pagine di colore verde della rivista *Il Foro Italiano* che – a partire dagli anni '70 del secolo scorso – ospitavano prevalentemente sentenze e provvedimenti di organi sovranazionali? Si trattava di contributi scientifici di prim'ordine, che sono rimasti memorabili per l'analisi puntuale, chiara, sintetica, talora fulminante, dei temi in esame, per i nuovi scenari che aprivano agli studiosi, per la curiosità scientifica e per l'interesse all'approfondimento, alla ricerca e al confronto fra i diversi ordinamenti che suscitavano soprattutto nei giovani lettori. Di Tizzano merita infine di essere rimarcato, negli ultimi anni, il ruolo svolto nella veste di protagonista indiscusso della portentosa accelerazione delle forme di dialogo *in action*, aperto e leale, fra i giudici della Corte di giustizia dell'Unione Europea e i giudici degli organi di vertice delle giurisdizioni nazionali, in particolare la Suprema Corte di cassazione. A Tizzano si deve la promozione di nuovi e inediti modelli procedimentali di confronto fra le Corti, che si vanno sviluppando concretamente e fruttuosamente intorno a questioni di comune interesse e di straordinario rilievo, in funzione della tutela dei diritti fondamentali della persona, e che vengono specificamente illustrati nella presente relazione.

Il progetto europeo, che vide la luce circa sessant'anni fa, fondato sui valori della pace, della tolleranza, della libertà, dell'apertura verso il mondo e dello Stato di diritto, va perdendo il suo fascino e molte persone non si riconoscono in esso.

Tuttavia chi – come i promotori del progetto dell'Unione Europea "*Judging the Charter"* e del conseguente incontro di studi organizzato dalla SSM e dall'ISGI-CNF presso la Corte di cassazione il 15-16 marzo 2018 sul tema cruciale dell'efficacia ed effettività nella concreta applicazione della Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano – crede davvero nello spirito iniziale dell'Unione, nella validità e bontà di un ideale e di un programma che hanno assicurato pace e benessere ai cittadini europei (circostanza di cui forse ci si dimentica oggi troppo facilmente) non si rassegna al fatto che tutto ciò debba svanire e intende perciò ribadire che l'Europa non è il problema, ma la soluzione dei problemi, pur avvertendosi diffusamente la necessità di un serio processo di ricostruzione del modello originario.

2. Uno dei tratti distintivi dello scenario giurisprudenziale dell'ultimo decennio è rappresentato dal fenomeno della "*internazionalizzazione dei diritti umani*", nel senso che, parallelamente all'avvento di una crescente valorizzazione dei valori della dignità e dei diritti fondamentali della persona nel contesto della *judicial globalization*, ha assunto una dimensione straordinaria il *multilevel costitutionalism*.

S'intende fare riferimento a un sistema plurale e integrato di rimedi giurisdizionali a tutela dei diritti fondamentali, ispirato al bilanciamento dei valori e ai criteri di uguaglianza, ragionevolezza, proporzionalità, sviluppatosi a un triplice livello: internazionale, con la Corte europea dei diritti dell'uomo; sovranazionale, con la Corte di giustizia dell'Unione Europea, tramite i richiami della Carta dei diritti fondamentali; nazionale, con le Corti costituzionali e i giudici ordinari e amministrativi, e fra questi, in modo peculiare, la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato, organi di vertice della giurisdizione.

E, poiché il non facile compito di ricondurre il sistema a unità mediante l'attività ermeneutica è affidato al giudice, il panorama giurisprudenziale europeo degli ultimi anni è essenzialmente incentrato sulla rete di relazioni fra le Corti nazionali e sovranazionali, il cui "dialogo" non si è affatto tradotto in un confronto muscolare né ha prodotto un corto circuito applicativo, bensì si è rivelato, seppure faticosamente e progressivamente, foriero di una virtuosa circolazione di più alti e solidi standard di tutela dei diritti che, nel loro nucleo centrale, sono divenuti il reale fulcro dell'integrazione fra i diversi ordinamenti.

Nel confronto dialettico fra le Corti è sinergicamente inserito il giudice di legittimità, nel ruolo di interprete privilegiato e coerenziatore del diritto nazionale, attraverso la formazione di "precedenti" autorevoli in casi paradigmatici e la conseguente costruzione del "diritto vivente", nel solco delle direttrici proprie della c.d. interpretazione conforme.

3. L'utilizzazione in chiave ellittica del sintagma "*interpretazione conforme*" induce ad una precisazione sul peculiare atteggiarsi delle diverse ipotesi di interpretazione conforme, peculiari dell'ordinamento integrato. E cioè, interpretazione conforme: alla Costituzione e alle sentenze della Corte costituzionale; alla Carta dei diritti fondamentali e al diritto dell'Unione europea, oltre che alla giurisprudenza della Corte di giustizia; alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che presentano, ciascuna, una propria autonomia concettuale a fronte dell'esigenza di unità, coerenza e completezza del medesimo ordinamento. Di talché sembra lecito interrogarsi sulla soluzione da dare alle eventuali antinomie che possano insorgere fra esse e se debba prevalere l'una sull'altra.

L'interpretazione della legge è affidata ai giudici in piena indipendenza ed autonomia ai sensi dell'art. 101, comma 2, della Costituzione. Alla Corte costituzionale, quale giudice delle leggi, spetta il potere di accertare e dichiarare *erga omnes* e in termini vincolanti il significato delle norme costituzionali e realizzare il corretto bilanciamento tra le regole, i principi e i valori che quelle formule esprimono. Ma alla stessa è infine riservata la verifica di compatibilità/conformità costituzionale delle interpretazioni offerte dai giudici, soprattutto da quelli di legittimità in sede di formazione nomofilattica del "diritto vivente".

In un sistema giuridico che è quello interno, in quanto tuttavia compatibile con l'ordinamento europeo, il giudice comune è chiamato a confrontarsi con la sovraordinata legislazione e giurisprudenza comunitaria, che è tenuto a conoscere e ad applicare.

Il primato del diritto comunitario, oggetto di una parziale rinunzia degli Stati alla propria sovranità, era stato già sottolineato con chiarezza nelle sentenze della Corte di Lussemburgo nelle cause *Costa/Enel* e *Van Gend en Loos*, cui ha fatto seguito la sentenza 9 marzo 1978 nella causa *Simmenthal*, pietra miliare nella configurazione del ruolo dei giudici nazionali, secondo la quale l'effetto diretto postula la supremazia del diritto comunitario, con il conseguente obbligo di disapplicazione della norma interna incompatibile. Nel senso che "*…qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore che successiva alla norma comunitaria*".

E però, con il progressivo emergere dell'insufficienza delle originarie formule della primazia e della disapplicazione, laddove le relazioni fra le diverse discipline si presentano più complesse ed implicano la necessità di un coordinamento onde evitare conflitti, s'impone un più ampio sforzo ermeneutico in capo all'interprete, per pervenire a soluzioni che, nel tutelare i diritti dei singoli, contemperino le diverse interpretazioni possibili del diritto interno e di quello sovranazionale.

La più recente giurisprudenza della Corte di giustizia evidenzia, infatti, come intorno ai principi fondamentali dell'ordinamento comunitario i pun-

ti di attrito si stiano riducendo, in una prospettiva sovranazionale, in virtù dell'impegno dei giudici comuni verso l'interpretazione adeguatrice o mediante l'attivazione del rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di giustizia *ex* art. 267 TFUE.

L'effetto diretto postula la supremazia del diritto comunitario, mentre la funzione di armonizzazione perseguita con l'obbligo di interpretazione conforme ha assunto nel tempo, per effetto di alcuni arresti della Corte di giustizia e dell'attività nomofilattica della Corte di cassazione, un rilievo sorprendente. A sua volta, il meccanismo sinergico del rinvio pregiudiziale si è rivelato fondamentale per il successo del processo di integrazione complessivamente considerato.

Ogni qualvolta non sia possibile procedere *tout court* ad una interpretazione della norma interna compatibile con il diritto dell'Unione Europea, la prima dovrà essere disapplicata o si dovrà far ricorso allo straordinario strumento del rinvio pregiudiziale per uscire dall'*impasse*. Le giurisdizioni nazionali, se di merito, sono abilitate a formulare quesiti pregiudiziali alla Corte di Lussemburgo; ma, se di ultima istanza, sono obbligate a sottoporre la questione alla Corte ove la soluzione di essa appaia necessaria per risolvere la controversia innanzi ad esse pendente. Appare emblematica in tal senso la recente vicenda *Abercrombie & Fitch* in tema di contratto di lavoro intermittente, conclusasi con la sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2017, all'esito di un complesso e contraddittorio percorso ermeneutico, che ha visto coinvolti sia i giudici di merito che quello di legittimità nell'altalenante utilizzo delle varie tecniche della disapplicazione, dell'interpretazione conforme e del rinvio pregiudiziale.

4. Va rimarcato che, pure nel silenzio dei Trattati sul tessuto dei diritti fondamentali della persona, l'opera di interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione Europea e dei giudici nazionali è stata determinante per la formulazione dell'art. 6 del Trattato di Lisbona approvato il 1° dicembre 2009, secondo cui "*L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati*".

Sicché ben può dirsi che la Carta rappresenta oggi la cartina di tornasole circa lo stato di salute dei diritti fondamentali negli ordinamenti interni in ogni area che in qualche misura presenti un punto di contatto con il diritto dell'Unione.

È possibile, inoltre, che la violazione di un diritto fondamentale "*infranga allo stesso tempo la Costituzione italiana e la Carta dell'Unione*". Ne risulta investito in tal caso il delicato ruolo del giudice nei rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento costituzionale, con le conseguenti problematiche del "*concorso di rimedi giurisdizionali*" e del riparto del sindacato di compatibilità, rispetto ai parametri interni ed europei di "*massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico*", da interpretare comunque "*in armonia con le*

tradizioni costituzionali comuni" (v., sul controverso tema della c.d. doppia pregiudizialità, la recente sentenza della C. cost., n. 269 del 2017).

Permane, certo, il rilievo limitativo per cui, sebbene l'art. 6 abbia reso la Carta diritto primario attribuendole il medesimo valore dei Trattati, la sua operatività resta condizionata dalle disposizioni del par. 5 dell'art. 52, secondo cui "*le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere invocate dinanzi ad un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di tali atti*", e del par. 1 dell'art. 51, che ne postula un'efficacia limitata comunque alla "*attuazione del diritto dell'Unione*". Di talché, ove la disciplina interna non fosse espressione di diretta attuazione del diritto sovranazionale, si esulerebbe dal raggio di azione e, quindi, dall'efficacia diretta e immediata della Carta.

Tuttavia, grazie all'interpretazione estensiva offerta dalla Corte di giustizia (v. la sentenza *Ackeberg Fransson* in tema di divieto di *bis in idem)*, va progressivamente affermandosi un orientamento più flessibile, secondo cui sarebbe sufficiente che la fattispecie ricada per qualche aspetto nel "cono d'ombra" del diritto dell'Unione, presenti cioè un qualche tangibile e concreto collegamento, pure indiretto, con quel sistema.

Di talché, i diritti fondamentali assurgono effettivamente al rilievo di diritto primario dell'Unione di cui i giudici nazionali, insieme con quelli comunitari, concorrono a garantire l'osservanza.

Con lo spostamento giuridico dell'asse dell'Unione dalla dimensione prevalentemente economicistica e mercantile a quella solidaristica, in forza del suggello di un *Bill of rights* europeo a tutela della dignità e dei diritti fondamentali della persona, il percorso ermeneutico ha raggiunto l'acme*,* ponendo visibilmente al centro delle operazioni giurisprudenziali, insieme con i criteri di ragionevolezza e proporzionalità, il principio di uguaglianza, come metavalore del diritto dell'Unione.

Decisivo, in tale percorso, si è rivelato il ruolo sia della Corte di giustizia sia del giudice nazionale, come giudice comune del diritto dell'Unione Europea.

Quest'ultimo ha saputo interpretare quel ruolo con sincera partecipazione, appropriandosi dello straordinario strumento del rinvio pregiudiziale e, al contempo, operando (in particolare il giudice di legittimità) una costante attività di coerenziazione interpretativa, diretta a evitare aporie interordinamentali.

I più recenti e frequenti rinvii pregiudiziali della Corte di cassazione, tanto in sede penale (cons., fra tutte, la vicenda *Taricco* in tema di prescrizione dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione) quanto in sede civile (cons. la già menzionata vicenda *Abercrombie & Fitch*), trovano infatti il proprio fondamento nelle disposizioni della Carta.

Il ruolo – talora davvero prossimo alla "*inventio*" postulata da Paolo Grossi – del giudice nazionale o comunitario nell'applicazione dei Trattati e degli atti che da essi traggono forza vincolante, nel bilancio che può farsene

oggi, appare strutturalmente determinante per lo sviluppo del sistema, con arresti della giurisprudenza che hanno scandito lo sviluppo più significativo dell'attuale livello di civiltà giuridica nel Vecchio Continente.

5. L'inesistenza di una gerarchia fra le fonti e la configurazione dei rapporti fra ordinamenti in termini di equiordinazione pretende, invero, la costante ricerca delle ragionevoli compatibilità e giustifica la necessità del "dialogo" fra le Corti, nel rispetto effettivo del principio di leale collaborazione e cooperazione e in vista del comune intento di garanzia della *Rule of Law*.

Nel nuovo ordine giuridico un peculiare ed innovativo modello d'integrazione è suggerito dal confronto diretto e sistematico fra i giudici interni e sovranazionali e, soprattutto, fra le Corti supreme e le giurisdizioni sovranazionali, partecipi entrambe del più generale processo di concretizzazione dei diritti fondamentali, teso a prevenire le distonie del sistema e a salvaguardare, nel contempo, l'autonomia di tutti i protagonisti della vicenda interpretativa.

La Corte di cassazione ha siglato negli anni 2015-2016 un protocollo d'intesa e un memorandum con la Corte di Strasburgo.

Il confronto si è immediatamente delineato in tutta la sua ampiezza ed efficacia fino a condurre ad incontri periodici ed a scambi frequenti e regolari di informazioni fra l'ufficio del Massimario della Corte di cassazione e gli esperti della Corte EDU, nell'ottica di un reciproco arricchimento e di una conoscenza vicendevole di sistemi caratterizzati da tratti di diversità non marginali. È stato inoltre creato presso la Corte di cassazione un gruppo di lavoro per l'attuazione del protocollo, che funziona come *trait d'union* fra le due Corti, ed è stato nominato un magistrato, il quale, come punto di contatto, cura di veicolare il materiale proveniente da Strasburgo e di porre in immediata relazione le due Corti.

Nell'anno 2017 si sono svolti una serie d'importanti incontri e scambi di vedute in occasione sia del Forum dei presidenti delle Corti costituzionali e delle Corti supreme europee organizzato dalla Corte di giustizia nel 60° anniversario del Trattato di Roma (Lussemburgo, 27marzo 2017), sia del seminario di lavoro fra i giudici della Corte di giustizia e i giudici degli organi di vertice della giurisdizione italiana (Roma, maggio 2017), sia infine del colloquio fra CGUE, CSM e Corte di cassazione (Lussemburgo, 2/3 ottobre 2017).

Nell'ambito di questa straordinaria stagione d'incontri, finalizzati al concreto dialogo *in action* fra le Corti, è stato firmato a Roma il 26 maggio 2017 il "*Protocollo di accordo sulla cooperazione*" fra i rispettivi presidenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte Suprema di Cassazione.

Esso s'inserisce nel panorama della Rete Giudiziaria dell'Unione Europea, ancora più incisiva in considerazione dell'efficacia diretta del diritto e della giurisprudenza dell'UE e dell'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la norma interna con essa confliggente, rispetto al diritto e alla giurisprudenza convenzionale.

Nei rapporti fra la Corte di cassazione (che, quale giudice di ultima istan-

za, è tenuta ad applicare correttamente il diritto dell'Unione, a verificarne la corretta applicazione da parte dei giudici di merito e ad attivare ove necessario il ricorso al rinvio pregiudiziale) e la Corte di Lussemburgo diventa pertanto centrale il ricorso a prassi di collaborazione e coordinamento che, oltre la ricerca *ex post* di soluzioni virtuose, consentano di scongiurare *ex ante* le aporie del sistema e di prevenire gli eventuali contrasti ermeneutici.

Finalità precipua del Protocollo è la individuazione di profili di dialogo sulle linee generali di sviluppo della giurisprudenza, di formazione e di informazione, nel rispetto dell'indipendenza di ciascuna giurisdizione.

Per quanto riguarda specificamente gli scambi informativi, il Protocollo prefigura, con la preliminare designazione da parte della Corte di cassazione di due magistrati "corrispondenti" che facciano da punto di contatto, lo svolgimento di incontri, da tenersi a Lussemburgo o a Roma, compatibilmente con le disponibilità di ciascuna istituzione. Incontri tematici sulla giurisprudenza annuale saranno organizzati per una sistematica esposizione e conoscenza degli orientamenti delle due Corti alla fine di ciascun anno. In occasione di riunioni appositamente stabilite, sarà possibile approfondire i meccanismi di funzionamento delle due giurisdizioni e i temi di attualità giurisprudenziale, confrontando la prospettiva del diritto interno con quella della Corte di giustizia, mediante lo scambio reciproco di informazioni sulla rispettiva giurisprudenza, interna ed europea. Una speciale importanza sarà dedicata all'analisi del ragionamento giuridico attraverso le motivazioni delle sentenze delle Corti. In occasione della pubblicazione della Rassegna da parte della Corte di giustizia potranno essere organizzati incontri con i referendari della Corte medesima.

La Corte di cassazione ha creato e valorizza l'utilizzazione di un Notiziario sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, per la più ampia divulgazione fra i magistrati della Corte dei risultati del dialogo instaurato e rafforzato e, ponendo a disposizione della Corte di giustizia la Rassegna annuale redatta dall'ufficio del Massimario, procede ad una compiuta informazione relativa alla propria giurisprudenza, in particolar modo, di quella delle Sezioni Unite civili e penali.

In tale ambito è emersa altresì la centralità della creazione di un sito web con accesso limitato alle Corti Supreme degli Stati membri, che avranno la possibilità non solo di consultarne i contenuti, ma anche di contribuire ad integrarli mediante documenti o *links* reputati rilevanti. È previsto che confluiscano in tale sito le decisioni oggetto di rinvio pregiudiziale ed in particolare le decisioni nazionali conseguenti a quelle rese in sede di rinvio pregiudiziale dalla Corte di Giustizia. Al contempo, la Corte di Lussemburgo mette a disposizione un portale – *Preliminary Ruling Portal* – in cui saranno resi disponibili i documenti inerenti il rinvio pregiudiziale considerato. Confluiranno nel sito anche le decisioni nazionali rilevanti per il diritto dell'Unione, di volta in volta selezionate dagli stessi uffici degli Stati membri. La definizione di quale possa essere una "decisione rilevante" per l'Unione Europea è ogget-

to di apposite sessioni di lavoro della Rete. Sarà inoltre possibile introdurre note e studi sul diritto europeo e sovranazionale, selezionate dalle stesse Corti di riferimento. Andrà inoltre garantita in concreto la possibilità per i magistrati italiani di partecipare agli *stages* che la Corte di giustizia pone a loro disposizione e che spesso sono disincentivati, purtroppo, a causa del gravoso carico di lavoro che li attende al rientro.

6. Ulteriori e diverse modalità di collaborazione potranno essere prese in considerazione alla luce dell'esperienza che maturerà nell'arco dei primi anni di applicazione dei menzionati protocolli d'intesa, tenuto conto della ferma intenzione di conferire ai relativi progetti continuità e sistematicità nel tempo.

Anche a tal fine, con decreto presidenziale del 28 novembre 2017, è stato istituito presso il Segretariato generale della Corte di cassazione un apposito Ufficio per le Relazioni Internazionali.

Un costante, efficace e prioritario confronto interdisciplinare appare lo strumento cardine per realizzare quella cornice culturale e metodologica dentro la quale analizzare l'effettività dell'applicazione giudiziale della Carta dei diritti fondamentali e approfondire, di volta in volta, le tematiche che, più di altre, hanno segnato il recente e concreto atteggiarsi dei rapporti fra le Corti (da ultimo, cons. il precariato scolastico, il mandato d'arresto europeo, la prescrizione dei reati, il divieto di *bis in idem*, nonché il principio di non discriminazione e il diritto di asilo).

La strada segnata dal Protocollo siglato tra la Corte Suprema di cassazione e la Corte di giustizia rappresenta un punto di non ritorno e una straordinaria evoluzione di cui non si potrà fare a meno nel percorso di costruzione complessiva dell'ordinamento integrato. Nella ferma convinzione – di cui il menzionato incontro di studi, organizzato dalla SSM e dall'ISGI-CNF presso la Corte di cassazione il 15-16 marzo 2018, nell'ambito del progetto dell'UE "*Judging the Charter*", e imperniato sul tema decisivo dell'effettiva ed efficace "*applicazione giudiziale della Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano*", offre un'esemplare testimonianza –, che solo una giurisdizione europea coerente e di qualità può essere in grado d'incrementare la fiducia dei cittadini di ogni Paese nella *Rule of Law* e, più in generale, nella democrazia.

LE MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI TRA PRINCIPIO DI LEGALITÀ, GARANZIE GIURISDIZIONALI ED ESIGENZA DI DETERMINATEZZA DELLE FATTISPECIE DI PERICOLOSITÀ GENERICA

di Daniela Cardamone

SOMMARIO: 1. Il sistema della prevenzione personale sul banco di prova della Corte di Strasburgo: l'opinione parzialmente dissenziente del giudice Paulo Pinto de Albuquerque. – 2. La incompatibilità *ratione materiae* con l'art. 5 della Convenzione in continuità con la giurisprudenza costante della Corte EDU. – 3. Esame della legittimità delle misure di prevenzione da un punto di vista sostanziale: violazione dell'articolo 2 del protocollo 4 della Convenzione per la mancanza di un'adeguata "base legale" dell'ingerenza nel diritto alla libertà di movimento. – 4. Il principio di proporzionalità nelle misure di prevenzione: l'opinione concorrente dei Giudici Raimondi, Villiger, Šikuta, Keller e Kjølbro. – 5. Il principio di legalità quale presupposto di legittimazione delle misure di prevenzione: il difficile equilibrio tra legalità preventiva e legalità repressiva. – 6. Il difficile equilibrio tra diritto penale della libertà e irrinunciabilità della prevenzione.

1. Il sistema della prevenzione personale sul banco di prova della Corte di Strasburgo: l'opinione parzialmente dissenziente del giudice Paulo Pinto de Albuquerque

Con la sentenza De Tommaso c. Italia (ricorso n. 43395/09) la Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) afferma che le prescrizioni imposte al ricorrente con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale (es. non rientrare a casa più tardi delle 22 e non uscire prima delle 6, non partecipare a pubbliche riunioni, vivere onestamente rispettando le leggi, ecc.) non hanno integrato, anche se cumulativamente considerate, una privazione della libertà personale ma solo una restrizione della libertà di movimento e che la doglianza sollevata ai sensi dell'articolo 5 della Convenzione (diritto alla libertà personale) è incompatibile *ratione materiae* con la Convenzione.

La sentenza riconosce, invece, la violazione dell'art. 2 Protocollo n. 4 (libertà di movimento) per la mancanza di una "base legale" dell'ingerenza nel diritto garantito, in linea con i parametri fissati dalla Convenzione, e dell'art. 6 della Convenzione (diritto ad un processo equo), non avendo avuto il ricorrente la possibilità di richiedere la celebrazione dell'udienza pubblica.

La giurisprudenza costante della Corte di Strasburgo è sempre stata nel senso che le misure di prevenzione personali non comportano una privazione della libertà personale ma solo una limitazione della libertà di movi-

mento[1]. Quindi, la rimessione della questione alla Grande Camera, ai sensi dell'articolo 30 della Convenzione, da parte della Camera inizialmente investita della decisione[2], è, evidentemente, da ricondurre all'esigenza di riconsiderare alcuni principi consolidatati e di meglio specificare o superare la giurisprudenza in materia di misure di prevenzione personali[3]. La Corte EDU, infatti, è vincolata da ogni suo precedente, se pertinente al caso da decidere, fino a quando l'orientamento che vi è espresso non sia modificato o meglio chiarito da una sentenza di Grande Camera[4].

La circostanza che sul banco di prova della Corte di Strasburgo vi sia stato l'intero sistema della prevenzione penale personale e la sua compatibilità con le garanzie convenzionali[5] emerge con evidenza dall'esame dell'opinione parzialmente dissenziente del Giudice Paulo Pinto de Albuquerque, che si discosta dalla maggioranza su molti aspetti cruciali, concludendo che la misura di prevenzione inflitta al ricorrente e le prescrizioni applicate cumulativamente hanno comportato una "privazione" della libertà personale ed avrebbero dovuto essere sottoposte alle garanzie degli articoli 5 e 6 (capo penale) della Convenzione EDU.

---

[1] Si vedano le sentenze: *Raimondo c. Italia*, 22 febbraio 1994, par. 39, serie A n. 281-A; *Labita c. Italia* [GC] n. 26772/95, par. 193, CEDU 2000-IV, *Vito Sante Santoro c. Italia*, n. 36681/97, par. 37, CEDU 2004 VI; *mutatis mutandis*, *Villa c. Italia* n. 19675/06, par. 43-44, et *Monno c. Italia*, (dec.), n. 18675/09, par. 22-23, 8 ottobre 2013. Il principio costante espresso dalla Corte era sempre stato: "*The Court considers in the first place that, notwithstanding the applicant's assertion to the contrary, the measure in issue did not amount to a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 para. 1 (art. 5-1) of the Convention. The mere restrictions on the liberty of movement resulting from special supervision fall to be dealt with under Article 2 of Protocol No. 4 (P4-2) …*".

[2] Il 25 novembre 2014, la Camera rimetteva il caso alla Grande Camera ai sensi dell'articolo 30 della Convenzione e dell'articolo 72 delle Regole di procedura; l'udienza pubblica si svolgeva il 20 maggio 2015.

[3] L'articolo 30 della Convenzione prevede che: "*Se la questione oggetto del ricorso all'esame di una Camera solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o se la sua soluzione rischia di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte, la Camera, fino a quando non abbia pronunciato la sua sentenza, può rimettere il caso alla Grande Camera a meno che una delle parti non vi si opponga*".

[4] V. Zagrebelsky, *Corte Cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, maggio 2015.

[5] L'attenzione rivolta dalla Corte EDU al nostro sistema di misure di prevenzione personali scaturisce anche dalla considerazione che, alla luce dei dati raccolti, misure analoghe esistono in pochissimi paesi europei. Secondo le informazioni a disposizione della Corte, su trentaquattro paesi scrutinati, ben ventinove non hanno le misure di prevenzione e solo cinque paesi hanno misure di prevenzione paragonabili a quelle previste nel nostro sistema (Austria, Francia, Russia, Svizzera, Regno Unito); sui profili di diritto comparato, si vedano i paragrafi 69-73 della sentenza.

L'opinione del giudice Pinto del Albuquerque è perentoria. Egli non risparmia critiche per il sistema italiano delle misure di prevenzione personali, così come disciplinate dalla legge 1423/1956 (vigente al momento dei fatti oggetto della pronunzia della Corte EDU, anche se il giudice non manca di rilevare che tale disciplina è stata trasfusa, senza particolari modifiche, nel codice antimafia attualmente vigente); definisce le misure di prevenzione, senza mezzi termini, "*pene di seconda classe, basate sul sospetto*"[6]; anche dopo la Legge n. 327/1988, "*una* probatio minus plena *era sufficiente per collocare un individuo sotto il radar del sistema di giustizia penale, con il suo arsenale di misure restrittive previste dalla legge del 1956*".

Secondo Pinto de Albuquerque, le misure di prevenzione personali possiedono anche un evidente potenziale criminogeno, in relazione al loro effetto desocializzante per la persona che ne è colpita, e in relazione all'effetto di criminalizzazione indiretta che deriva dalla previsione quale reato dell'inosservanza di ognuna delle prescrizioni inerenti alla misura: meccanismo, quest'ultimo che – come già Bricola osservava nel 1974[7] – finisce per fornire una base legale all'azione penale esercitata nei confronti di chi inizialmente non poteva essere perseguito per mancanza di prove.

Dalla loro applicazione deriva, ancora, un effetto discriminatorio, determinato dall'aggravamento di pena legislativamente prevista per numerosi reati, allorché il fatto sia commesso da chi sia sottoposto ad una misura di prevenzione (par. 5).

Ancora, le misure di prevenzione personali consentono una violazione del principio del *ne bis in idem*, in quanto si applicano anche a chi abbia già scontato o stia scontando la pena per gli stessi fatti che il giudice della prevenzione valorizzerà poi come sintomatici della sua persistente pericolosità sociale (par. 6). Tali misure costituiscono, infine, un surrogato delle misure cautelari durante le indagini, cui le autorità inquirenti possono ricorrere ogniqualvolta siano scaduti i termini o comunque per qualsiasi ragione queste ultime non siano applicabili (par. 7).

Come diceva Elia[8] "*il giudizio di prevenzione squalifica socialmente una persona, senza prima poter squalificare un fatto*". Poiché tali misure colpiscono l'individuo sulla base della sua mera appartenenza a una "*tipologia d'autore*", senza che sia necessaria la prova della commissione di condotte

---

[6] Richiamando G. Corso, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in AA.VV., *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1986, 125.

[7] F. Bricola, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione, Atti del convegno* C.N.P.D.S., 26-28.4.1974, Milano, 1975.

[8] L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; *Libertà persona le tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. Cost*., 1964.

criminose compiute, le stesse garanzie giurisdizionali che ne assistono il procedimento applicativo sono illusorie (par. 8).

La tesi del giudice Pinto de Albuquerque prende le mosse dal presupposto che il tema della compatibilità delle misure di prevenzione con la Convenzione non può più essere affrontato da un punto di vista esclusivamente procedurale[9], limitandosi a verificare se nel procedimento applicativo siano stati rispettati i diritti della difesa, ma deve essere affrontato sulla base di una valutazione sostanziale, unica prospettiva idonea a scongiurare quella che viene definita "*truffa delle etichette*".

Analizzando la situazione concreta ed applicando i medesimi criteri sostanziali utilizzati nel caso *Guzzardi c. Italia* (6 Novembre 1980, par. 95, Serie A no. 39), secondo Pinto de Albuquerque, nel caso in esame – quanto a durata ed intensità e tenuto conto dell'applicazione cumulativa della misura della sorveglianza speciale e delle prescrizioni connesse – il ricorrente aveva subito una vera e propria "privazione" della libertà (paragrafi nn. 12-20).

Trattandosi di libertà personale, la Corte EDU avrebbe dovuto analizzare in maniera più approfondita la compatibilità con la Convenzione di una forma di privazione *ante o praeter delictum* di tale diritto fondamentale e concludere che la misura applicata al ricorrente non rientra in alcuno dei presupposti legittimanti previsti dall'articolo 5 della Convenzione (parr. nn. 23-30 op. cit.).

Applicando al caso di specie il medesimo ragionamento seguito dalla Corte EDU della sentenza *Guzzardi,* Pinto de Albuquerque afferma che la misura di prevenzione della sorveglianza speciale non ricade nell'ipotesi di cui all'art. 5 par. 1 (a) perché non è una sanzione per un comportamento delittuoso bensì una misura finalizzata a prevenire la commissione di reati in futuro; non rientra nell'articolo 5 par. 1 (b) perché la "detenzione" del ricorrente non è stata ordinata a seguito della violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge; quanto al presupposto di cui all'articolo 5 par. 1 (c), nel caso di specie non sussistono i "motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato" o "motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso"; infatti, per la giurisprudenza consolidata della Corte, il sospetto ai fini dell'art. 5 par. 1 (c) deve essere sempre riferito ad uno "specifico e concreto reato"[10], laddove le misure di cui alla legge 1423/1956 sono *ante delictum*; per quanto riguarda il presupposto di cui all'articolo 5

---

[9] Come è stato fatto in: *Raimondo c. Italia*, 22 febbraio 1994, serie A n. 281-A; *Labita c. Italia* [GC] n. 26772/95, CEDU 2000-IV, *Vito Sante Santoro c. Italia*, n. 36681/97, par. 37, CEDU 2004 VI.

[10] *Lawless v. Ireland (no. 3)*, 1 July 1961, Series A no. 3; *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, 30 August 1990, Series A no. 182.

par. 1 (d), *nulla quaestio* considerato che il ricorrente non è un minore di età; egli, inoltre, non rientra in alcuna delle categorie enumerate dalla lettera (e) o nei casi previsti dalla lettera (f).

Inoltre la misura, così come applicata al ricorrente, secondo Pinto de Albuquerque, sarebbe del tutto analoga alla misura cautelare degli arresti domiciliari, con la conseguenza che vi sarebbe anche una violazione dell'articolo 5 par. 5 della Convenzione, non essendo previsto un rimedio compensativo in caso di illegittimità della misura applicata (parr. nn. 54-58). Il codice di procedura penale italiano prevede, infatti, il rimedio della riparazione per l'ingiusta detenzione solo per le misure di carattere custodiale (art. 314 c.p.p.).

La tesi di Pinto de Albuquerque si colloca nell'ambito della tendenza della giurisprudenza della Corte EDU all'ampliamento delle garanzie individuali rispetto alla potestà punitiva statuale mediante la valorizzazione della natura sostanziale della sanzione applicata, sulla base dei criteri fissati nella sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi* (nei ricorsi nn. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8 giugno 1976)[11]. Secondo questa tesi, le misure di prevenzione personali hanno natura di sanzioni penali, sulla base dei criteri descritti dalla sentenza *Engel* e tenuto conto di diversi fattori quali, in particolare, la sanzione penale prevista in caso di violazione delle prescrizioni (reato punito con la reclusione fino a cinque anni), la svariata tipologia di misure applicabili, anche cumulativamente, e per un periodo di tempo considerevole (cinque anni prolungabili) e la incidenza delle prescrizioni su diversi diritti costituzionalmente garantiti. La conseguenza di questa impostazione è che, dovendosi riconoscere a tali misure una natura sostanzialmente

---

[11] Il *leading case* in occasione del quale la Corte ha dettato le 'linee-guida' ermeneutiche, idonee a distinguere le sanzioni 'penali' da quelle 'extra-penali', è rappresentato appunto dal noto caso *Engel e altri c. Paesi Bassi* (1976). In particolare, nel corso di tale giudizio, la Corte europea dovette stabilire se avessero natura di pena alcune sanzioni restrittive della libertà personale, irrogate dall'Amministrazione olandese nell'ambito di misure disciplinari contro militari. All'esito del caso Engel, la Corte sancì, più in generale, che l'eventuale natura penale della sanzione comminata dall'ordinamento di uno Stato membro deve essere accertata alla luce di tre parametri, ossia:
a) la qualificazione giuridico-formale sancita dal diritto nazionale (par. 82: «[…] *It is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently*»);
b) la natura dell'infrazione (par. 82: «[…] *The very nature of the offence is a factor of greater importance*»;
c) la severità della sanzione (par. 82: «[…] *The degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the "criminal" sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental*»).

penale, avrebbero dovuto trovare applicazione le ben più stringenti garanzie procedimentali richieste dal "capo penale" dell'articolo 6 della Convenzione (parr. nn. 32-43).

A parte la mancanza dell'udienza pubblica, la violazione dell'articolo 6 (capo penale) per il giudice dissenziente si sarebbe concretizzata, in primo luogo, nell'assenza di un rimedio finalizzato alla valutazione della legittimità della detenzione in un termine congruo[12] (parr. 49-53); inoltre, i macroscopici errori di valutazione delle prove commessi in sede di applicazione della misura, evidenziati dalla sentenza della Corte di Appello che l'ha poi annullata *ex tunc*, dimostrerebbero ulteriormente che il procedimento applicativo della misura non è stato equo nel senso richiesto dall'articolo 6 (capo penale) (par. n. 46).

Si tratta di argomentazioni perentorie le quali portano il suo autore alla conclusione che, nel sistema della Convenzione, non vi è spazio per misure privative della libertà personale *ante o praeter delictum* per finalità di prevenzione penale (par. n. 31: "*In view of the above, the conclusion is imperative: the Convention does not provide a ground for ante o prateter delictum deprivation of the right to liberty for the purposes of crime prevention*").

2. La incompatibilità *ratione materiae* con l'art. 5 della Convenzione in continuità con la giurisprudenza costante della Corte EDU

La Grande Camera, sia pure a maggioranza, ha deciso di non discostarsi dai precedenti riguardanti fattispecie analoghe[13] in cui aveva ritenuto che la misura di prevenzione della sorveglianza speciale non comporta la privazione della libertà di cui all'articolo 5 della Convenzione ma solo limitazioni alla libertà di movimento rilevanti ai sensi dell'articolo 2 del Protocollo 4[14]. Al fine di stabilire se un soggetto è stato privato della libertà personale, il punto di partenza del ragionamento della Corte EDU è la situazione concreta e l'esame complessivo di una molteplicità di fattori, quali il tipo e la durata della misura restrittiva, gli effetti e le modalità concrete di esecuzione della stessa. La differenza tra "privazione" e "restrizione" della libertà è di grado e di intensità e non di natura e di sostanza[15]. Nel solo caso *Guzzardi c. Italia*

---

[12] Va, infatti, considerato che l'appello non ha effetto sospensivo (art. 4 l. 1423/1956) e che il ricorrente ha dovuto attendere circa sette mesi per vedersi riconoscere l'illegittimità *ex tunc* della misura, stante la natura meramente ordinatoria del termine di trenta giorni previsto dalla legge, privo di sanzione processuale.

[13] Si veda sopra in nota n. 1.

[14] Si veda il paragrafo n. 89 della sentenza: "*The Court considers that the obligations imposed on the applicant did not amount to deprivation of liberty within the meaning of Article 5 par. 1 of the Convention, but merely to restrictions on liberty of movement*".

[15] "*Entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité,*

(6 novembre 1980, serie A n. 39), la Corte di Strasburgo aveva ritenuto che, anche se, in linea di principio, la misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo di dimora non comporta una privazione della libertà personale, tenuto conto della situazione concreta del ricorrente, la privazione della libertà c'era stata. Si trattava, infatti, di un caso di applicazione della misura del confino presso l'isola dell'Asinara la quale, cumulata con altre prescrizioni, simili a quella applicate al De Tommaso, comportava, di fatto, una privazione della libertà. In quella fattispecie, per la Corte EDU era stata dirimente la circostanza che il ricorrente era stato costretto a vivere in un'area molto ristretta (di soli 2,5 mq), insieme con altri soggetti sottoposti ad analoga misura, e sotto la costante vigilanza del personale di sorveglianza, situazione che rendeva praticamente impossibile avere rapporti sociali[16].

La situazione del De Tommaso non era paragonabile a quella del Guzzardi e, quindi, le prescrizioni imposte al ricorrente con la misura di prevenzione non avevano integrato, anche se cumulativamente considerate, una privazione della libertà personale ma solo una restrizione della libertà di movimento. La doglianza sollevata ai sensi dell'articolo 5 è stata, quindi, ritenuta incompatibile *ratione materiae* con la Convenzione (paragrafi nn. 85-90).

Essendo state escluse espressamente le misure di prevenzione personali dalla "materia penale" dell'articolo 6 della Convenzione, non avendo natura di sanzioni penali e non essendo il procedimento applicativo delle stesse finalizzato all'accertamento di un'accusa penale (parr. nn. 143-155), il procedimento di prevenzione ha superato il vaglio di conformità con i principi del giusto processo, poiché il ricorrente ha avuto la concreta possibilità di difendersi nel contraddittorio tra le parti, in due gradi di giudizio di merito (parr. nn. 169-173).

Nel caso di specie, inoltre, la possibilità di impugnare efficacemente il provvedimento applicativo in appello dimostra, secondo la Corte EDU, che il ricorrente ha avuto un rimedio effettivo a tutela dei suoi diritti e che, quindi, non vi è stata violazione dell'articolo 13 della Convenzione (parr. nn. 174-185).

---

non de nature ou d'essence"; "*the difference between deprivation and restriction of liberty is one of degree or intensity, and not one of nature or substance*"; si vedano: *Guzzardi c. Italia* (6 novembre 1980, serie A n. 39), par.par. 92-93; *Nada c. Svizzera* [GC], n. 10593/08, par. 225, CEDU 2012; *Austin ed altri c. Regno Unito* [GC], nn. 39692/09, 40713/09 e 41008/09, par. 57, CEDU 2012; *Stanev c. Bulgaria* [GC], n. 36760/06, par. 115, CEDU 2012; *Medvedyev ed altri c. Francia* [GC], n. 3394/03, par. 73, CEDU 2010). Si veda anche da ultimo *Khlaifia e altri c. Italia* [GC], n. 16483/12, par. 45.

[16] Si veda *Guzzardi c. Italia*, cit. paragrafo n. 95.

3. Esame della legittimità delle misure di prevenzione da un punto di vista sostanziale: violazione dell'articolo 2 del protocollo 4 della Convenzione per la mancanza di un'adeguata "base legale" dell'ingerenza nel diritto alla libertà di movimento

Anche se l'opinione di Pinto de Albuquerque è stata quella di minoranza, non è difficile immaginare che il suo contributo al dibattito tra i giudici della Grande Camera sia stato determinante.

La novità della sentenza, rispetto alla giurisprudenza fino a questo momento costante, risiede infatti, nell'esame della legittimità delle misure di prevenzione da un punto di vista sostanziale, senza ritenere sufficienti le garanzie giurisdizionali del procedimento applicativo.

In altre parole, la giurisdizionalizzazione del procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali non è più considerata una garanzia sufficiente contro le "ingerenze arbitrarie" nei diritti fondamentali.

La sentenza riconosce, infatti, per la prima volta, la violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 4 per la mancanza di un'adeguata "base legale" dell'ingerenza nel diritto alla libertà di movimento, in linea con i parametri fissati dalla Convenzione.

La Corte EDU, posto che il requisito dell'accessibilità della legge è pacifico, non essendo stato contestato dal ricorrente, si sofferma sul requisito della "prevedibilità", che viene analizzato sia con riferimento alla descrizione dei soggetti ai quali le misure possono essere applicate, contenuta nell'articolo 1 della l. 1423/1956, sia con riferimento al contenuto delle prescrizioni imposte, di cui agli articoli 3 e 5, l. cit.

La conclusione dell'analisi della Corte EDU è che la legge è formulata in maniera vaga ed in termini eccessivamente ampi (par. 125), tanto da non costituire una garanzia sufficiente contro ingerenze arbitrarie nella libertà di movimento, e che la Corte Costituzionale non ha contribuito a specificarla adeguatamente. Ne consegue un difetto di prevedibilità sia delle categorie dei soggetti ai quali le misure possono essere applicate (art. 1)[17], sia del contenuto delle prescrizioni imposte con le misure stesse (artt. 3 e 5).

---

[17] L'originario testo dell'art. 1 della legge in esame prevedeva ben cinque categorie di soggetti destinatari della diffida del questore e del conseguente avvertimento di mutare condotta, pena l'applicazione, nei loro confronti, delle misure di prevenzione personali. Cosi disponeva l'art. 1 della legge 1423/1956: "Possono essere diffidati dal questore: 1) gli oziosi e i vagabondi abituali, validi al lavoro; 2) coloro che sono abitualmente o notoriamente dediti a traffici illeciti; 3) coloro che per la condotta o il tenore di vita debba ritenersi che vivano abitualmente, anche in parte, con il provento di delitti o con il favoreggiamento o che, per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere; 4) coloro che, per il loro comportamento siano ritenuti dediti a favorire o sfruttare la prostituzione o la tratta delle donne o la corruzione dei minori, ad esercitare il contrabbando, ovvero ad esercitare il traffico illecito di sostan-

In merito ai presupposti di applicazione delle misure, la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 177/1988[18], pur avendo inteso introdurre dei parametri valutativi tassativi, al fine di scongiurare la possibilità che il provvedimento applicativo della misura personale possa essere ispirato alla cultura del sospetto, secondo la Corte EDU non avrebbe chiarito in cosa consistano gli "elementi di fatto" sui quali deve fondarsi il giudizio di pericolosità sociale (parr. nn. 115-118).

Per quanto riguarda il contenuto delle prescrizioni e la prevedibilità del comportamento doveroso da tenere, al fine di non incorrere nella sanzione

---

ze tossiche o stupefacenti o ad agevolarne dolosamente l'uso; 5) coloro che svolgono abitualmente altre attività contrarie alla morale pubblica e al buon costume".
La legge del 1956 introduce, dunque, il principio della "pericolosità comune" in base alla quale ai soggetti descritti si possono applicare le misure di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza ed a cui può seguire l'obbligo di soggiorno.
Il nuovo testo dell'art. 1, interamente modificato dalla legge 3 agosto 1988, n. 327, ne prevede soltanto tre, e contempla anche il requisito degli "elementi di fatto" quale base di valutazione imprescindibile della pericolosità sociale: "coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che siano abitualmente dediti a traffici delittuosi", "coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose", "coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica". Con tale modifica, il legislatore ha inteso introdurre dei parametri valutativi tassativi al fine di scongiurare la possibilità che il provvedimento applicativo della misura personale, possa essere ispirato alla cultura del sospetto.

[18] Le modifiche introdotte dalla legge del 1988 sono in linea con la giurisprudenza costituzionale dell'ultimo ventennio precedente, la quale ha affermato che è da escludersi, in riferimento ai numeri 2, 3 e 4 dell'articolo 1 della legge n. 1423 del 1956, che "le misure di prevenzione possano essere adottate sul fondamento di semplici sospetti, richiedendosi invece, un'oggettiva valutazione dei fatti da cui risulta la condotta abituale e il tenore di vita della persona o che siano manifestazioni concrete della sua proclività al delitto, e siano state accertate in modo da escludere valutazioni puramente soggettive e incontrollabili da parte di chi promuove o applica le misure di prevenzione" (Corte costituzionale, 4 Marzo 1964, n. 23). La stessa Corte Costituzionale, nel 1980 (sentenza n. 177/1980), ha dichiarato la illegittimità costituzionale del n. 3 dell'articolo 1 della l. 1423/1956, nella parte in cui elenca tra i soggetti passibili delle misure di prevenzione previste dalla legge medesima coloro che, "per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere"; secondo la Consulta tale norma non descrive, infatti, né una o più condotte, né alcuna "manifestazione" cui riferire un accertamento giudiziale. Quali "manifestazioni" vengono in rilievo, è rimesso al giudice già sul piano della definizione della fattispecie, prima che su quello dell'accertamento. I presupposti di "proclività a delinquere" – continua la Corte Costituzionale – non hanno qui alcuna autonomia concettuale del giudizio stesso. La formula legale non svolge la funzione di un'autentica fattispecie di individuazione dei casi ma offre agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità". Al momento dei fatti di cui alla sentenza in commento "la proclività a delinquere" non era quindi più applicabile.

penale (di cui all'art. 9 l. 1423/1956[19]), la Corte di Strasburgo afferma che prescrizioni come quelle del "vivere onestamente e rispettare le leggi" e del "non dare ragioni di sospetto"[20] sono eccessivamente "vaghe" e che la Consulta (nella sentenza n. 282/2010) non ha fornito un contributo chiarificatore[21].

4. Il principio di proporzionalità nelle misure di prevenzione: l'opinione concorrente dei Giudici Raimondi, Villiger, Šikuta, Keller e Kjølbro

Avendo ritenuto non conforme alla Convenzione la "qualità della legge" e, quindi, l'ingerenza nella libertà di movimento priva di una "base legale" adeguata, la Corte EDU non analizza anche gli altri aspetti del c.d. "test di proporzionalità" (par. n. 127). Nella sentenza, non è quindi affrontata la questione se l'ingerenza riscontrata perseguiva uno degli "scopi legittimi" previsti dall'articolo 2 del Protocollo n. 4 né se tale ingerenza era "necessaria

---

[19] L'art. 9 l. 1423/1956 (ora art. 75 d.lgs 159/2011), come modificato dall'art. 14 d.l. n. 144/2005 (conv. con mod. in L. n. 155/2005) prevede che: "*Il contravventore agli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno. 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*" (…).

[20] 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».

[21] Il rimettente aveva censurato la normativa alla luce del principio di tassatività e per violazione dell'art. 3 Cost. La Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione con la sentenza n. 282 del 2010, con una pronuncia interpretativa, e dunque affermando la legittimità costituzionale della disposizione a condizione che venga interpretata secondo un criterio di ragionevole restrizione, e di ragionevole corrispondenza ai principi di offensività e proporzionalità. La Consulta ha quindi ritenuto che «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 una società democratica" per conseguire tale scopo, se in altri termini vi era un rapporto di proporzionalità tra lo scopo e le restrizioni in questione.

Tali aspetti sono, invece, affrontati nell'opinione concorrente dei Giudici Raimondi, Villiger, Šikuta, Keller e Kjølbro[22]. Questi ultimi, infatti, nel valutare la asserita carenza di accessibilità e prevedibilità delle disposizioni di cui agli artt. 1, 3 e 5 l. 1423/1956 non si limitano alla loro analisi testuale ma prendono in considerazione anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha chiarito tale dettato normativo, in chiave di tutela del principio di tassatività e di proporzionalità tra pena e offensività del fatto, e che integra anch'essa certamente – secondo gli stessi parametri CEDU – il contenuto delle norme in esame ai fini della loro rispondenza allo standard qualitativo richiesto alla "legge" di cui all'art. 2, Prot. n. 4[23].

Valorizzando il contributo fornito da tale giurisprudenza, i Giudici Raimondi, Villiger, Šikuta, Keller e Kjølbro affermano che la formulazione della legge 1423/1956 non pone problemi di prevedibilità proprio alla luce dei criteri interpretativi consolidati dalle giurisdizioni interne (parr. nn. 7-12 opinione cit.), sui quali si è fondata anche la decisione della Corte di Appello che aveva annullato la misura di prevenzione illegittimamente applicata al ricorrente (parr. nn. 13-14 opinione cit). Secondo tale opinione, l'elaborazione giurisprudenziale della Corte Costituzionale ha fornito un contributo del tutto adeguato non solo nella tipizzazione delle categorie di individui ai quali le misure sono applicabili ma anche con riferimento alla prevedibilità del comportamento doveroso da tenere per non incorrere nella sanzione penale di cui all'art. 9 l. 1423/1956. La conferma dell'adeguatezza del quadro normativo e della relativa elaborazione giurisprudenziale, in termini di conformità al principio di legalità, secondo i sostenitori di questa opinione, è fornita proprio dalla motivazione della sentenza della Corte di Appello che ha annullato la misura applicata al ricorrente e nella quale il requisito dell'attualità della pericolosità sociale è rigorosamente valutato con riferimento a specifici elementi di fatto, quali i precedenti penali, gli esiti di indagini in corso, le attività svolte, il tenore di vita in relazione ai mezzi di sussistenza, le persone con le quali il soggetto normalmente si associa.

L'opinione concorrente dei Giudici Raimondi, Villiger, Šikuta, Keller e Kjølbro offre degli interessanti spunti di riflessione anche in tema di princi-

---

[22] Su cui vedi *infra* n. 3.1.

[23] La sentenza non tratta invece in alcun modo la giurisprudenza della cassazione che – già all'epoca dei fatti – aveva elaborato i presupposti del giudizio di pericolosità sociale (tra le tante: sez. 1, sent. n. 239 del 11/1/1999 (dep. 15/2/1999); sez. 5, sent. n. 6794 del 14/12/1998 (dep. 25/1/1999); sez. 1, sent. n. 3426 del 5/5/1999 (dep. 9/7/1999), nonché precisato il contenuto delle prescrizioni (tra le tante: sez.1, sent. n. 39909 del 18/10/2007 (dep. 29/10/2007); sez. 1, sent. n. 36123 del 30/6/2004 (dep. 9/9/2004); sez.1 sent. n. 28964 del 11/3/2003 (dep. 8/7/2003); sez.4, sent. n. 2012 del 20/8/1996 (dep. 9/9/1996); sez.1, sent. n. 14606 del 24/11/1999 (dep. 23/12/1999).

pio di proporzionalità. Avendo ritenuto che l'ingerenza nella libertà di movimento del ricorrente ha una "base legale" adeguata, sia in termini di accessibilità che di prevedibilità, i suddetti Giudici prendono in considerazione anche gli altri elementi del "test di proporzionalità", vale a dire se tale ingerenza perseguiva uno degli "scopi legittimi" previsti, se era "necessaria in una società democratica" per conseguire tale scopo, se sussisteva un rapporto di proporzionalità tra lo scopo e le restrizioni in questione.

Ebbene, viene in evidenza che il giudizio di pericolosità sociale del ricorrente si era basato su dei presupposti palesemente erronei in quanto alcune violazioni che gli erano state attribuite (in particolare le violazioni della sorveglianza speciale commesse nell'aprile del 2007) erano state in realtà commesse da altra persona sua omonima; la Corte di Appello aveva poi accertato che il ricorrente, a differenza di quanto ritenuto dal Tribunale, aveva un lavoro sin dal 2005 (non potendo quindi affermarsi che egli vivesse abitualmente del provento dei delitti) e che, dal momento in cui aveva finito di scontare la pena, non aveva più commesso reati. La misura di prevenzione era stata erroneamente e, quindi, inutilmente applicata al ricorrente, circostanza che – secondo quei giudici – fonda, già di per sé considerata, un giudizio di violazione dell'articolo 2 Protocollo n. 4 per mancanza di proporzionalità tra la restrizione della libertà di circolazione e lo scopo perseguito. Inoltre, il fatto che la Corte di Appello aveva impiegato ben sette mesi per sanare l'illegittimità *ab origine* della misura, aveva aggravato la violazione subita.

L'idea di fondo delle valutazioni espresse da questi giudici è che il principio di proporzionalità impone che gli interventi dello Stato nella sfera del cittadino non eccedano il limite di quanto necessario per raggiungere lo scopo al quale sono preordinati. Il bilanciamento tra la posizione dell'individuo e gli interessi della collettività non può prescindere dal giudizio sull'adeguatezza del mezzo, dovendo l'intervento nella sfera del cittadino essere idoneo ad affrontare il pericolo che si intende prevenire ("*legitimate aim*"). Non si può prescindere neanche dal requisito della necessità della misura ("*necessary in a democratic society*"), in quanto l'ingerenza nella sfera del cittadino è giustificata solo quando altri mezzi, meno intrusivi, non garantirebbero la medesima efficacia preventiva. Il processo valutativo del principio di proporzionalità si articola in tre momenti logici distinti: l'idoneità del mezzo, la sua necessità (*extrema ratio*), la verifica che il mezzo intrusivo nella sfera di libertà sia proporzionato all'interesse che si intende proteggere. La capacità di conseguire lo scopo è, quindi, il primo requisito di legittimità di qualsiasi ingerenza dello Stato nella sfera di libertà del cittadino. Nel caso in cui la misura è inidonea, la stessa risulta sproporzionata e, per ciò solo, illegittima.

5. Il principio di legalità quale presupposto di legittimazione delle misure di prevenzione: il difficile equilibrio tra legalità preventiva e legalità repressiva

Il significato della sentenza De Tommaso c. Italia può essere colto appieno alla luce delle citate opinioni concorrenti e parzialmente dissenzienti, le quali rendono evidente che oggetto di scrutinio, nei quasi due anni di elaborazione della decisione, è stata la compatibilità con la Convenzione EDU del sistema delle misure di prevenzione personali.

Date le premesse, la soluzione accolta dalla Grande Camera risulta conciliante in quanto non compie quell'ulteriore passo in avanti ("*step forward*"), invocato nell'opinione parzialmente dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque – che avrebbe condotto all'affermazione della totale incompatibilità delle misure di prevenzione personali con la Convenzione – e sceglie di non discostarsi dai precedenti riguardanti fattispecie analoghe in cui aveva ritenuto che la misura di prevenzione della sorveglianza speciale non comporta la privazione della libertà di cui all'articolo 5 della Convenzione ma solo limitazioni alla libertà di movimento rilevanti ai sensi dell'articolo 2 del Protocollo 4[24].

L'aver inquadrato la fattispecie nel "capo civile" dell'art. 6 della Convenzione ha comportato, inoltre, l'affermazione della non violazione di tale norma dal punto di vista dell'equità della procedura e del carattere effettivo del rimedio del ricorso alla Corte di Appello, con conseguente affermazione della non violazione dell'articolo 13.

È evidente, infatti, che se la Grande Camera avesse aderito alla tesi della natura penale delle misure, in applicazione dei criteri descritti nella sentenza *Engel*[25], le conseguenze sarebbero state diverse, sia in punto di equità della procedura sia quanto all'effettività del rimedio, considerato che l'appello non ha effetto sospensivo (art. 4 l. cit.) e che il ricorrente aveva dovuto attendere circa sette mesi per vedersi riconoscere l'illegittimità *ex tunc* della misura, stante la natura meramente ordinatoria del termine di trenta giorni previsto dalla legge, privo di sanzione processuale[26].

Le diverse opinioni espresse dai giudici di Strasburgo sono in gran parte sovrapponibili a quelle che si sono confrontate all'indomani dell'entrata in

---

[24] In senso parzialmente diverso: F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*", in *Diritto penale contemporaneo*, 3 marzo 2017; A.M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 marzo 2017.

[25] Su cui si veda sopra nota 39.

[26] Sul punto è sufficiente richiamare l'opinione dissenziente del Giudice Pinto de Albuquerque, parr. nn. 49-58.

vigore della Costituzione, allorché si pose il problema della compatibilità delle misure di prevenzione con le garanzie costituzionali.

Da un lato, vi sono coloro che hanno visto nelle misure di prevenzione delle "pene del sospetto mascherate" con una inverosimile finalità di prevenire la commissione di reati[27]; dall'altro, coloro che le hanno accettate come strumenti, sia pur discutibili, indispensabili per affrontare determinate forme di pericolosità sociale che, per la loro particolare aggressività, necessitano di una significativa anticipazione della tutela, ad una soglia precedente alla prova della commissione di un reato, secondo una linea interpretativa che è stata seguita dalla Corte Costituzionale, che ha sentito però l'esigenza di individuare dei limiti alla discrezionalità in sede applicativa[28].

Nel nostro sistema costituzionale le misure *ante o praeter delictum* hanno ricevuto la patente di legittimità, in relazione agli articoli 13, 16 e 25 della Costituzione, sulla base di alcuni presupposti individuati dalla Corte Costituzionale: l'attribuzione della competenza per la loro applicazione all'autorità giudiziaria, l'individuazione di situazioni di pericolosità soggettiva concreta e il conseguente rifiuto di qualsiasi riferimento al mero sospetto.

In assenza della previa commissione di un fatto costituente reato, il giudizio sulla pericolosità è privo però di qualsiasi concreto riferimento che possa offrire una base di oggettività e la necessità di garantire la riserva di legge si è sempre confrontata con la difficoltà di enucleare dei comportamenti tipici, descritti con sufficiente determinatezza, quale presupposto per l'applicazione delle misure di prevenzione personali.

Anche all'indomani della legge n. 327 del 1988, le perplessità espresse da parte della dottrina non si sono attenuate atteso che anche il necessario ancoraggio della prognosi di pericolosità ad "elementi di fatto", in tema

---

[27] G. Fiandaca, *Misure di prevenzione (Profili sostanziali)*, in *Dig disc. pen.*, Torino, 1994, pp. 108, ss. (per una descrizione della evoluzione storica dell'istituto); F. Bricola, *Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, *Atti del Convegno C.N.P.D.S.*, 26-28.4.1974, Milano, 1975; L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, p. 13; Id., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 938 (denunciava la "frode" del legislatore); G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1975, p. 225.

[28] P. Nuvolone, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVI, Varese 1976, 632. Tra le numerose sentenze della Corte costituzionale si possono richiamare: Corte. cost. sent. 14 giugno 1956, n 2; Corte. cost., 5 maggio 1959, n. 27; Corte. cost., 28 dicembre 1962, n. 126; Corte. cost., 23 marzo 1964, n. 23, in *Giur. cost.*, 1964, 193, con nota di P. Nuvolone, *Legalità e prevenzione*; Corte. cost., 25 maggio 1970, n. 76; Corte. cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. cost.*, I, 1535, con nota di M. Branca, *In tema di fattispecie penale e riserva di legge*; Corte. cost., 5 maggio 1983, n. 126, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 412, con nota di C. Peluso, *Prescrizioni imposte con la sorveglianza speciale e con la libertà vigilata: solo profili di costituzionalità*.

di misure di prevenzione, deve essere necessariamente sempre qualcosa di meno della prova di un fatto[29].

La difficoltà consiste, infatti, non solo nel descrivere il comportamento tipico ma anche la soglia di pericolosità che esso deve raggiungere per non svuotare e rendere puramente formale la riserva di legge.

Le perplessità della dottrina hanno riguardato anche la circostanza che l'insieme delle garanzie che devono essere offerte dalla nostra Costituzione non può essere risolta nella "riserva di giurisdizione" e che la competenza giurisdizionale, al fine di legittimare le misure di prevenzione, non deve essere sopravvalutata in quanto la difficoltà di rendere tassativa la valutazione sulla pericolosità e l'inevitabile carenza di tipicità non possono trovare soluzione unicamente nella giurisdizionalizzazione del procedimento applicativo[30].

Sono i medesimi dubbi dei giudici di Strasburgo, i quali hanno deciso di andare a fondo nella valutazione della sussistenza di un'adeguata "base legale" delle misure di prevenzione, nella convinzione che la legge è l'unica garanzia possibile contro le ingerenze arbitrarie nei diritti fondamentali. La situazione concreta del ricorrente, al quale la misura era stata applicata in modo del tutto illegittimo ed a seguito di evidenti errori, ha certamente influito sulla valutazione della Corte EDU, che è innanzitutto giudice del caso concreto. La Corte di Strasburgo, infatti, non interpreta il diritto interno ma prende atto dell'applicazione che ne ha fatto il giudice interno nel caso specifico, confrontandone i risultati con le esigenze di tutela dei diritti della Convenzione[31].

Le perplessità manifestate dalla Corte di Strasburgo in merito alla genericità del contenuto delle prescrizioni del "vivere onestamente" e del "rispettare le leggi" sono analoghe a quelle manifestate dal rimettente nell'ordinanza con la quale era stata sollevata, in riferimento agli articoli 25, secondo comma, e 3 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, secondo comma, della l. 1423/1956, in relazione all'art. 5, terzo comma, prima parte, della stessa l. 1423/1956, per contrasto con l'art. 25, 2° comma, e con l'art. 3 della Costituzione. Tuttavia la Consulta (C. Cost. sent. 282/2010) aveva affermato che la prescrizione di "vivere onestamente" assume sufficiente precisione una volta messa in relazione a "tutte le altre prescrizioni previste dal menzionato art. 5", conducendo ad un'interpretazione abrogante del precetto, nel

---

[29] Si veda, ad esempio: D. Petrini, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure* praeter delictum, Jovene, Napoli, 1996; A.M. Maugeri, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzione*, in Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "G. D. Pisapia" (a cura di), *Giustizia penale preventiva*, Cagliari 29-31 ottobre 2015, p.27; V. Maiello, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali,* in *Giur. It*. 2015, fasc. n. 6, 1524; F. Mazzacuva, *Le persone pericolose e le classi pericolose*, in *Misure di prevenzione*, a cura di S. Furfaro, Torino 2013, 98.

[30] M. Ceresa – Gastaldo, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 dicembre 2015.

[31] Così: V. Zagrebelsky, *op. cit*.

senso che lo stesso sarebbe violato solo quando fosse violata anche un'altra delle prescrizioni impartite dal giudice[32]. Per quanto riguarda la prescrizione del rispetto delle leggi, la Corte Costituzionale aveva affermato che è dovere del prevenuto "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". Così intesa, però, la fattispecie sembrava 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)[33].

La Corte di Strasburgo, con la sentenza De Tommaso, dà quindi voce a quelle istanze di tutela dei principi di legalità, tassatività ed inviolabilità della libertà personale e le fa uscire da quell'impasse nel quale sono state collocate anche da una certa cautela interpretativa della Corte Costituzionale[34].

Invero, la pronunzia ha già sortito conseguenze importanti nel nostro sistema. La Corte Costituzionale si è pronunciata con due sentenze di accoglimento[35] censurando l'eccessiva genericità della prescrizione del «vivere onestamente e rispettare le leggi»[36] e così ribaltando il proprio precedente orientamento[37]. Inoltre, ha affermato che il difetto di tipizzazione non può essere compensato da «pur significativi sforzi della giurisprudenza» quando questi – coltivati soprattutto sul versante processuale e non sul versante della «tassatività sostanziale, relativa al *thema probandum*»[38], in ragione della per-

---

[32] Così, G. Leo, *Le recenti pronunce della Corte costituzionale in materia penale, Relazione al corso di aggiornamento svoltosi il 17 gennaio 2011 organizzato dall'Ufficio dei referenti per la formazione dei magistrati del distretto di Milano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 gennaio 2011.

[33] Così, G. Leo, *ibidem*.

[34] Sul tema si veda: G. Fiandaca, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2017, p. 0013B.

[35] Le sentenze nn. 24 e 25 del 2019: la sentenza n. 24 ha dichiarato illegittima l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, e di quelle patrimoniali del sequestro e della confisca, nei confronti delle persone, individuate dall'art. 1 lett. a) d.lgs. 159/2011 (in cui è confluito l'art. 1, n. 1 l. 1423/1956), che «debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dedite a traffici delittuosi»; la sentenza n. 25 ha invece dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 75, commi 1 e 2, d.lgs. 159/2011 nella parte in cui sanziona penalmente la violazione delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi» imposte con la misura personale della sorveglianza speciale.

[36] Sentenza n. 25 del 2019.

[37] Sentenza n. 282 del 2010.

[38] Come evidenzia la sentenza n. 24 del 2019, la «tassatività sostanziale, concernente il *thema probandum*», va distinta dalla tassatività processuale, «concernente il *quomodo* della prova»: «Mentre il primo attiene al rispetto del principio di legalità al metro dei parametri già sopra richiamati, inteso quale garanzia di precisione, determinatezza e prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale che costituisce oggetto di prova, il secondo attiene invece alle modalità di accertamento probatorio in giudizio, ed è quindi

durante convivenza di «due contrapposti indirizzi interpretativi», non siano riusciti ad «assicurare in via interpretativa contorni sufficientemente precisi alla fattispecie […] sì da consentire ai consociati di prevedere ragionevolmente in anticipo in quali "casi" – oltre che in quali "modi" – essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca»[39].

6. Il difficile equilibrio tra diritto penale della libertà e irrinunciabilità della prevenzione

Nell'opinione separata del giudice Pinto de Albuquerque, rimasta di minoranza per quanto concerne l'aspetto più estremo dell'affermazione di illegittimità convenzionale della prevenzione, sono affermati dei principi i quali travalicano il caso concreto e rendono ben visibile l'idea di fondo di diritto penale che lo ispira: un diritto penale della libertà contrapposto al diritto penale dell'oppressione, concepito non come limite alla libertà ma quale strumento di libertà; strumento non di compressione bensì di protezione dei diritti fondamentali e delle libertà inviolabili. Sullo sfondo vi è un richiamo incessante alla persona umana, nella convinzione che questa rappresenti il principio ed il

---

riconducibile a differenti parametri costituzionali e convenzionali – tra cui, in particolare, il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e il diritto a un "giusto processo" ai sensi, assieme, dell'art. 111 Cost. e dall'art. 6 Cedu – i quali, seppur di fondamentale importanza al fine di assicurare la legittimità costituzionale del sistema delle misure di prevenzione, non vengono in rilievo ai fini delle questioni di costituzionalità ora in esame», cosicché «Non sono, dunque, conferenti in questa sede i pur significativi sforzi della giurisprudenza – nella perdurante e totale assenza, nella legislazione vigente, di indicazioni vincolanti in proposito per il giudice della prevenzione – di selezionare le tipologie di evidenze (genericamente indicate nelle disposizioni in questione quali "elementi di fatto") suscettibili di essere utilizzate come fonti di prova dei requisiti sostanziali delle "fattispecie di pericolosità generica" descritte dalle disposizioni in questa sede censurate […]».

[39] La sentenza n. 24 del 2019 ha quindi dichiarato l'illegittimità dell'art. 1, lett. a), del d.lgs n. 159 del 2011, concernente «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose», rilevando una «radicale imprecisione, non emendata dalla giurisprudenza successiva alla sentenza De Tommaso», posto che «[a]lla giurisprudenza […] non è stato possibile riempire di significato certo, e ragionevolmente prevedibile ex ante per l'interessato, il disposto normativo in esame»; e ciò, a differenza di quanto ritenuto con riferimento alla diversa fattispecie "preventiva" di cui all'art. 1, lett. b), d.lgs n. 159 del 2011 (relativa a «coloro che per la condotta e il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose»), al cospetto della quale si è rilevato che l'interpretazione giurisprudenziale della fattispecie «permette di ritenere soddisfatta l'esigenza – sulla quale ha da ultimo giustamente insistito la Corte europea, ma sulla quale aveva già richiamato l'attenzione la sentenza n. 177 del 1980 di questa Corte – di individuazione dei "tipi di comportamento" («types of behaviour») assunti a presupposto della misura».

fine stesso dell'esperienza giuridica penalistica. L'individuo, con la sua libertà di agire, si autodetermina nello scegliere tra il bene ed il male e la pena, con le sue limitazioni del bene supremo della libertà, intanto non è crudeltà fine a sé stessa in quanto è finalizzata alla riaffermazione del bene e strumento che ristabilisce l'equilibrio sociale turbato dalla commissione del reato.

Un'affermazione incondizionata della dignità umana, quale limite invalicabile per il potere pubblico, contro derive liberticide. Un diritto penale inteso come garanzia di beni giuridici e libertà fondamentali e non quale strumento di tutela delle aspettative di sicurezza dei cittadini. Un'idea di diritto penale che si pone in netto contrasto con la concezione di uno Stato che, per assolvere al compito di garantire la sicurezza dei cittadini, si dota di uno strumentario non più diretto unicamente a reprimere condotte offensive confinate nel passato ma anche a prevenire pericoli futuri.

In quest'ottica, le misure di prevenzione non sono ammissibili perché sono considerate degli strumenti di controllo sociale di tipo sostanzialmente repressivo, delle vere e proprie "pene mascherate" che entrano in tensione conflittuale con alcuni principi fondamentali quali il principio di personalità della responsabilità penale – in quanto l'individuo viene strumentalizzato per scopi di difesa sociale – e il principio di presunzione di non colpevolezza, essendo tali misure applicate *ante* o *praeter delictum* e in base ad una *probatio minus plena*.

La tesi, sostenuta anche da parte della nostra dottrina, della illegittimità delle misure di prevenzione *ante delictum*, tesi secondo la quale il potere di prevenzione è illegittimo, comunque venga disciplinato, perché la Convenzione EDU (così come la nostra Costituzione) ammette solo interventi punitivi successivi all'accertamento di un fatto-reato, non è prevalsa tra i giudici di Strasburgo.

A Strasburgo è prevalsa l'idea che, in rapporto alla complessità delle organizzazioni ed associazioni criminali del mondo contemporaneo ed alla potenza delle stesse nel campo delle attività più pericolose per gli interessi individuali e collettivi, una società organizzata nella lotta contro il crimine non può privarsi della potestà di fare ricorso alle misure di prevenzione; uno Stato che riconosce e garantisce i diritti fondamentali non può non impegnarsi a tutelare tali diritti primari, quali la vita o l'incolumità fisica, prima che siano offesi e non può limitarsi alla repressione *post delictum* in quanto il prevenire gli attentati alla vita, alla incolumità e ai beni dei cittadini attiene alla stessa giustificazione razionale dello Stato.

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E LA CENTRALITÀ DEI DIRITTI FONDAMENTALI

*Roberto Chenal**

SOMMARIO: Introduzione. – 1. La prospettiva nazionale: dalle fonti del diritto ai diritti fondamentali. – 2. La prospettiva convenzionale: dalla centralità dei diritti fondamentali a una nuova nozione di principio di legalità. – 2.1. La *ratio* del principio di legalità convenzionale. – 2.2. La trasversalità del principio di legalità convenzionale. – 2.3. I soggetti vincolati dal principio di legalità. – 2.4. Il contenuto della legalità europea. – 2.4.1. L'oggetto della base legale. – 2.4.2. La qualità della legge e in particolare la nozione di prevedibilità. Il ruolo della giurisprudenza. – 2.5. La conformità dell'ingerenza al diritto interno.

Introduzione

È sempre più frequente trattare il tema della legalità o del principio di legalità in termini di crisi di tale nozione, quantomeno nella sua accezione formale. Le cause di tale crisi sono ricondotte a una pluralità di elementi, tra i quali, secondo alcuni, gioca un ruolo centrale l'impatto che la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sta avendo sul diritto interno. Basti pensare al dibattito sul ruolo della giurisprudenza come fonte del diritto e sulla sua incidenza sulla riserva di legge in materia penale o all'impatto del divieto convenzionale di applicazione di leggi di interpretazione autentica alle procedure in corso.

In questa sede ci si propone di mettere in discussione, da un lato, l'idea che il principio di legalità, in quanto tale, stia vivendo una crisi pressoché inarrestabile e, dall'altro lato, che la Corte EDU possa essere considerata come uno dei principali responsabili di tale declino. Al contrario, si vuole dimostrare che il principio di legalità rappresenta uno dei pilastri fondamentali del sistema della CEDU e che quest'ultima costituisce un motore per una nuova centralità di tale principio. Al fine di accogliere tale prospettiva è necessario però ripensare la concezione di legalità ancora oggi maggioritaria nella comunità giuridica italiana. Scopo di questo articolo non è analizzare nel dettaglio ciascun aspetto del principio di legalità europeo, ma semplicemente tratteggiare, con brevi spunti, la diversa prospettiva rispetto a quella nazionale entro la quale tale principio si colloca, nonché le sue ricadute sul piano nazionale.

---

* Le opinioni espresse nel presente articolo sono strettamente personali e non rispecchiano necessariamente il parere della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il principio di legalità è, così come tutti i concetti, una nozione che non ha una portata univoca. Sussistono innumerevoli concezioni dello stesso e il diritto positivo nazionale e convenzionale non ne forniscono una definizione. Ciò è vero anche in materia penale, dove tale principio gioca un ruolo ancora più centrale. Si tratta dunque di una questione principalmente interpretativa, la quale non può prescindere da valutazioni di natura assiologica, in parte imposte dallo stesso diritto positivo, e in particolare dalla Costituzione e dalla CEDU. Tuttavia, ciò che distingue maggiormente il principio di legalità interno e quello convenzionale riguarda non tanto la sua portata, quanto la modalità con la quale esso viene ricostruito, ossia i presupposti su cui esso poggia. Dal punto di vista metodologico e di approccio, ci troviamo di fronte a due modelli diametralmente opposti.

Solo cercando di indagare tali presupposti si può comprendere se i due modelli sono compatibili o comunque integrabili ed eventualmente in che misura, dal punto di vista del loro contenuto. Sul versante dell'ordinamento interno troviamo un principio di legalità fondato sulla teoria delle fonti del diritto e sul principio della separazione dei poteri, da cui si ricava, tra l'altro, una specifica interpretazione del principio previsto dall'art. 101 Cost., secondo il quale il giudice è soggetto soltanto alla legge; sul versante convenzionale, invece, troviamo un principio di legalità che si fonda sull'esigenza di mettere al centro del sistema giuridico la tutela effettiva dei diritti fondamentali.

1. La prospettiva nazionale: dalle fonti del diritto ai diritti fondamentali

Nel dibattito nazionale, il punto di partenza per la ricostruzione del contenuto della nozione di legalità risiede in una presa di posizione in tema, tra gli altri, di fonti del diritto e di separazione dei poteri. Tale approccio è comune a tutti gli ambiti del sistema giuridico nazionale.

La Cassazione civile, anche in una delle sue pronunce di maggior apertura verso la necessità di offrire la massima tutela dei diritti fondamentali[1], getta le basi dell'argomentazione sui classici pilastri tipici di un sistema ancora fortemente influenzato da una prospettiva positivistica del diritto e comunque in un'ottica di garanzie di sistema: il concetto di fonte del diritto esclusivamente ancorato alla legislazione, il collegamento tra fonte del diritto e principio democratico, la separazione dei poteri, la soggezione del giudice alla legge.

Si legge, ad esempio, nella sentenza a Sezioni Unite n. 15144/2011:

> "a) La norma giuridica – che, nella sua effettività, è l'espressione di un pensiero diffuso che si forma ascoltando le istanze della comunità ter-

[1] Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144, Rv. 617906-01.

ritoriale e ne metabolizza le esigenze – trova propriamente la sua fonte di produzione nella legge (e negli atti equiparati), in atti, cioè, di competenza esclusiva degli organi del Potere legislativo.

Nel quadro degli equilibri costituzionali (ispirati al principio classico della divisione dei poteri) giudici (estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche) sono appunto (per disposto dell'art. 101 Cost., comma 2), "soggetti alla legge". Il che realizza l'unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima; ma sono soggetti anche alla legge "soltanto", il che, a sua volta, realizza la garanzia della indipendenza funzionale del giudice, nel senso che, nel momento dell'applicazione, e della previa interpretazione, a lui demandata, della legge, è fatto divieto a qualsiasi altro soggetto od autorità di interferire, in alcun modo, nella decisione del caso concreto".

In materia penale questa impostazione è ancora più marcata. A titolo di esempio si può citare la sentenza n. 42996 del 2016, nella quale è stato accolto il principio della "ragionevolezza della interpretazione sfavorevole in contrasto con i precedenti" e rigettato quello della prevedibilità in concreto previsto dalla Convenzione europea[2]:

"Il problema, come ben evidenziato da Sez. F, n. 35729 del 01/08/2013, Agrama, Rv. 256584, si correla alla ragionevolezza dell'interpretazione della legge penale.

In effetti, laddove la lettera della legge consenta di prevedere, secondo razionali criteri di interpretazione del significato, l'esito sfavorevole per l'imputato, questi non può evidentemente avvantaggiarsi di diverse valutazioni operate in altri casi.

Ci si potrebbe interrogare, al riguardo, sul se la interpretazione favorevole all'imputato e disattesa nel caso concreto deve essere irragionevole per non giovare al ricorrente o è sufficiente che sia ragionevole quella sfavorevole per giustificare il dovere dell'agente di tenere una condotta rispettosa della norma ricavata da quest'ultima.

Ad avviso del Collegio, deve ritenersi che la sufficienza della ragionevolezza dell'interpretazione sfavorevole scaturisca anche dal fatto che, diversamente opinando, qualora la Cassazione volesse fornire, per la volta, una lettura diversa e più sfavorevole a quella dell'imputato rispetto all'esegesi recepita in precedenti pronunce, non potrebbe mai farlo perché in ogni caso l'agente non avrebbe potuto essere informato di tale ricostruzione del significato normativo della previsione incriminatrice dal momento che sempre il giudice di legittimità interviene dopo che la condotta è stata tenuta.

Ciò comporterebbe che, sia pure con riferimento a interpretazioni più sfavorevoli per l'imputato, il precedente giudiziario sarebbe vincolante an-

[2] Cass. Sez. 5, 12 ottobre 2016, n. 42996, Rv. 268203.

che in altri procedimenti (e, nella prospettiva garantista europea, sarebbe tale anche per le Sezioni Unite).

Tale conclusione, tuttavia, collide con l'art. 101, comma 2, Cost., per cui il giudice è soggetto soltanto alla legge, con la conseguenza che la soluzione qui avversata sarebbe contraria alla previsione costituzionale".

La Corte costituzionale conferma ampiamente tale indirizzo. A tale scopo è sufficiente citare la famosa sentenza n. 230 del 2012 in materia di mutamento giurisprudenziale e successioni di leggi penali nel tempo:

"il principio in questione attiene – anche in base alla relativa disciplina codicistica (art. 2, secondo, terzo e quarto comma, cod. pen.) – alla sola successione di "leggi". Per poterlo estendere anche ai mutamenti giurisprudenziali bisognerebbe, dunque, poter dimostrare – ed è questa, in effetti, la premessa concettuale del rimettente – che la consecutio tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali equivalga ad un atto di produzione normativa.

Ad opporsi ad una simile equazione non è, peraltro, solo la considerazione – svolta dalla giurisprudenza di legittimità precedentemente richiamata, in sede di individuazione dei confini applicativi dell'art. 673 cod. proc. pen. – attinente al difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale, ancorché avallato da una pronuncia delle Sezioni unite. Vi si oppone anche, e prima ancora – in uno alla già più volte evocata riserva di legge in materia penale, di cui allo stesso art. 25, secondo comma, Cost. – il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge.

Né la conclusione perde di validità per il solo fatto che la nuova decisione dell'organo della nomofilachia sia nel segno della configurabilità di una *abolitio criminis*. Al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può, infatti, dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*)".

In tutti questi casi, secondo una ricostruzione particolarmente semplificata, l'approccio sembra essere il seguente: in primo luogo si decide in astratto a chi compete fare cosa a livello istituzionale, costruendo così una disciplina sulla separazione dei poteri, la quale si intreccia con una scelta, sempre in astratto, in merito alla teoria delle fonti, secondo la quale ad esempio la giurisprudenza non può essere considerata fonte del diritto; quindi, a supporto di tali considerazioni si richiama l'articolo 101 Cost., in base al quale "i giudici sono soggetti soltanto alla legge". Tale ragionamento però regge solo se per "legge" si considera la legge formale e non il "diritto". Tuttavia, questa conclusione non può che fondarsi a sua volta su una specifica teoria delle fonti e della separazione dei poteri, dando così vita a un ragionamento che sembra essere circolare.

In ogni caso, secondo questa impostazione, il principio di legalità in materia penale è concettualizzato prescindendo completamente da un'analisi dell'esigenza di una piena giustiziabilità dei diritti fondamentali. Inoltre, essa comporta i seguenti corollari: la riserva di legge si considera assoluta (almeno nei confronti della fonte giurisprudenziale); la nozione di determinatezza non può che essere tradotta come "prevedibilità in astratto"; l'irretroattività della legge penale non riguarda i mutamenti giurisprudenziali ma unicamente la successione di leggi nel tempo.

Tuttavia, tali scelte non sono neutre da un punto di vista dell'effettività dei diritti fondamentali. Un sistema che pone seriamente la questione della giustiziabilità dei diritti dovrebbe esaminare con cura le ricadute di un tale approccio. Non è questa la sede per entrare nel merito di tali questioni. Tuttavia, alcuni brevi cenni possono essere fatti in relazione a questi tre corollari del principio di legalità penale.

Innanzitutto, la riserva di legge, così come concepita, pone un serio problema in relazione al rispetto degli obblighi positivi di criminalizzazione. Ai sensi della Convenzione, è ormai pacifico che sussistano in capo allo Stato degli obblighi positivi di criminalizzazione di atti, provenienti da autorità dello Stato o da terzi, lesivi di beni giuridici tra i più fondamentali, quali l'integrità fisica e psicologica (artt. 2, 3, 4 e 5 CEDU). Ebbene, la Corte costituzionale si è più volte opposta al riconoscimento di obblighi di criminalizzazione impliciti in Costituzione proprio sul fondamento della necessità di rispettare, tra gli altri, il principio della riserva di legge.

In questo caso, tuttavia, è di tutta evidenza che l'assenza di una risposta di natura penale nella repressione di atti particolarmente gravi, comporta una tutela non effettiva dei diritti fondamentali. Ci si può chiedere quale sia il contro-interesse o il diritto che giustifica una riduzione di tutela in questi ambiti.

La risposta sembra risiedere in una nozione di riserva di legge funzionale a una strenua difesa delle prerogative di un potere dello Stato nei confronti di un altro potere. A supporto di tale argomento non si può però addurre che spetta al legislatore assumere una decisione relativa al "se" è necessaria una risposta penale, ossia in termini di *extrema ratio*. La questione, in molti casi, è già stata infatti risolta dalla Corte europea, che, con decisioni vincolanti per l'ordinamento giuridico italiano, ha stabilito la necessità in determinate circostanze di una risposta penale sufficientemente dissuasiva. Spesso, anche se non sempre, la questione che rimane da risolvere è esclusivamente la concreta attuazione e disciplina di tale principio. Ad essa potrebbe trovare una soluzione, in attesa di un intervento del legislatore, anche la Corte costituzionale, nei limiti del rispetto del principio di irretroattività della legge penale e di quelli che sono gli strumenti a sua disposizione.

Sta di fatto che, allo stato attuale, e si pensi ad esempio a quanto è avvenuto per lungo tempo in relazione ai fatti costituenti atti di tortura o trattamenti inumani o degradanti, una specifica scelta in termini di fonti del

diritto e di separazione dei poteri comporta un sacrificio in termini di tutela effettiva dei diritti e che espone, tra l'altro, lo Stato italiano a una serie di condanne sul piano internazionale.

Così come il principio della riserva di legge, anche quello di determinatezza fornisce una tutela solo parziale dei diritti fondamentali. Infatti, se si ritiene che la giurisprudenza non sia fonte del diritto ai fini della valutazione di prevedibilità della risposta penale, l'unico elemento oggetto di verifica è la disposizione legislativa. L'eventualità che l'interpretazione della disposizione sia oggetto di un conflitto di giurisprudenza che rende difficile, se non praticamente impossibile, prevedere le conseguenze dei propri atti risulta, dal punto di vista del diritto interno, giuridicamente irrilevante.

Infine, il tema della irretroattività della legge penale segue la stessa logica e porta all'estremo ciò che si è affermato in relazione al principio di determinatezza circa la mancanza di tutela in termini di prevedibilità della risposta penale. Nonostante il mutamento di giurisprudenza possa condurre, da un punto di vista pratico, alla condanna rispetto a fatti che, al momento della loro commissione, erano considerati come leciti dalla giurisprudenza dell'epoca, si ritiene che esso sia giuridicamente irrilevante ai fini, ad esempio, della successione di leggi penali nel tempo. Quale contro-interesse giustifica una tale riduzione in termini di effettività della tutela dei diritti, al di là dell'esigenza di preservare un certo assetto dogmatico e culturale e un determinato equilibrio tra i poteri dello Stato?

In sostanza, la ricostruzione della nozione di legalità e dei suoi corollari non dipende da un esame del livello di tutela dei diritti richiesta nel caso concreto, ma da una scelta astratta sulla teoria delle fonti del diritto e sulla separazione dei poteri. Tale impostazione non conduce semplicemente a tutelare un certo assetto politico-istituzionale, ma ne assolutizza la portata, impedendo così un bilanciamento tra tali esigenze e quella della tutela di altri diritti individuali.

2. La prospettiva convenzionale: dalla centralità dei diritti fondamentali a una nuova nozione di principio di legalità

Utilizzando un approccio simmetricamente opposto, fondato sulla centralità della tutela dei diritti, la Corte europea ricostruisce la nozione di legalità convenzionale prescindendo da valutazioni normative sull'assetto delle fonti del diritto e sulla separazione dei poteri. La Corte sovverte le premesse del ragionamento: dalla centralità delle scelte in merito all'assetto istituzionale e alle fonti del diritto alla centralità della tutela dei diritti fondamentali. In sostanza, è a partire dalle esigenze di tutela dei diritti che si ricostruisce il principio di legalità e, quindi, di conseguenza, il ruolo della giurisprudenza. La qualità e il grado di tutela dei diritti fondamentali non dipendono, quindi,

dall'adozione di una specifica teoria sulle fonti del diritto e della separazione dei poteri.

L'analisi di questo capovolgimento di prospettiva è centrale per la comprensione del sistema della Convenzione e dei cambiamenti che stanno trasformando il sistema giuridico italiano.

La Corte ha esplicitamente dichiarato la sua "indifferenza" per il tema delle fonti del diritto o della separazione dei poteri. In un altro contesto, relativo ai rapporti tra potere esecutivo e potere giudiziario, la Corte ha affermato che "*ni l'article 6 ni aucune autre disposition de la Convention n'oblige les Etats à se conformer* à *telle ou telle notion constitutionnelle théorique concernant les limites admissibles à l'interaction entre l'un et l'autre* [potere esecutivo e giudiziario]"[3]. Tale "indifferenza" non deriva principalmente dalla circostanza, spesso citata, che la Corte sia costretta a esaminare sistemi giuridici molto diversi tra loro, ognuno dei quali caratterizzato dalla propria teoria o approccio sulle fonti. La prospettiva europea di "indifferenza" verso le fonti non si giustifica neppure con il principio di sussidiarietà, ossia con i limiti istituzionali che discendono dalla natura di tribunale internazionale della Corte e che impone a quest'ultima di lasciare un certo margine di apprezzamento agli Stati in relazione all'assetto delle proprie istituzioni. Piuttosto, essa costituisce la conseguenza dell'adozione di una specifica e alternativa concezione della legalità europea.

Se così non fosse, sarebbe discutibile dover accettare, dal punto di vista dell'ordinamento interno, l'influenza, sul piano delle fonti del diritto e dell'assetto istituzionale, di una concezione di legalità europea fondata su "limiti" di ordine pratico e istituzionale propri del sistema convenzionale. Tali limiti non potrebbero costituire una buona ragione per imporre una diversa nozione di legalità a livello interno. Al contrario, non potrebbero che condurre a un maggiore *self-restraint* della Corte europea in tale materia.

La questione deve essere invece posta sul piano del contenuto delle garanzie. La ragione dell'indifferenza si basa su due presupposti: la posizione assunta dai diritti fondamentali nel ragionamento giuridico e più in generale nell'ordinamento giuridico, nonché il grado di effettività conferito alla loro tutela.

A questo proposito, si cercherà di dimostrare che la concezione convenzionale di legalità permette di offrire una maggiore giustiziabilità alle garanzie che derivano da tale principio. Si pensi ad esempio alla diversa portata in termini di tutela effettiva dei diritti fondamentali del concetto di determinatezza (o prevedibilità in astratto) accolto nel diritto interno e di quello, di matrice convenzionale, di prevedibilità in concreto. Si tratta di una nozione che, proprio perché non si fonda su una specifica teoria delle fonti,

---

[3] *Kleyn e altri c. Paesi Bassi*, GC, nn. 39343/98, 39651/98, 43147/98 e 46664/9, § 193, 6 maggio 2003.

permette di essere integrata e arricchita da ulteriori elementi di garanzia che sono invece accolti a livello nazionale, quale la riserva di legge in materia penale; ciò, a patto che tali elementi non siano interpretati in maniera tale da rendere ineffettivo il cuore delle garanzie del principio di legalità (v. *supra* sulla riserva di legge nell'ordinamento interno).

Al fine di ricostruire la diversa portata della legalità europea è necessario comprendere la *ratio* della legalità nel sistema convenzionale per poi ricavarne la "forma".

2.1. La ratio del principio di legalità convenzionale

L'esame dell'accertamento della violazione di un articolo CEDU si compone di due fasi. In una prima fase, che si può definire la fase dell'applicabilità della Convenzione, è necessario verificare, tra l'altro, se l'individuo ha subito un'ingerenza nel godimento di uno dei diritti previsti dalla Convenzione. La seconda si può definire come la fase della "giustificazione": ai sensi della Convenzione, ogni ingerenza per poter essere legittima, deve essere giustificata. Ciò significa che ogniqualvolta lo Stato limita il godimento dei diritti, su di esso ricade un onere di giustificazione di tali scelte. In altri termini, lo Stato viola la Convenzione se non riesce a produrre valide ragioni

per giustificare l'ingerenza o l'omissione di tutela. Si può quindi parlare di un vero e proprio "diritto alla giustificazione"[4].

Al fine di rendere legittima l'ingerenza ai sensi della Convenzione, lo Stato deve provare che tale limitazione è "prevista dalla legge", ha cioè una base legale; persegue uno scopo legittimo; è proporzionata a tale scopo. L'assenza di anche solo uno di questi parametri comporta automaticamente la violazione della Convenzione[5].

La nozione di base legale esprime il principio di legalità. In termini molto generici e approssimativi, si può affermare che il principio di legalità richiama l'idea che un'autorità pubblica sia soggetta alla legge e che quindi eserciti le proprie funzioni in conformità ad essa.

Nel contesto della CEDU, però, questo principio, così definito, limiterebbe la competenza della Corte europea alla mera verifica della corretta applicazione del diritto interno da parte delle autorità nazionali. Tuttavia, tale impostazione porterebbe il principio di legalità convenzionale ad essere, da una parte, sostanzialmente superfluo, in quanto non aggiungerebbe nessuna

---

[4] Su tale aspetto, si v. R. Chenal, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, a cura di V. Zagrebelsky – R. Chenal – L. Tomasi, Il Mulino, 2019, pp. 108 e 135 e ss.

[5] Si tenga presente che la necessità di giustificare le ingerenze entra in gioco esclusivamente in relazione ai diritti non assoluti, ossia quei diritti che possono subire limitazioni al fine di perseguire altri interessi o tutelare altri diritti.

garanzia ulteriore rispetto a quelle da fare valere davanti alle giurisdizioni nazionali, poiché, per sua natura, il giudice interno svolge la funzione di interpretare e applicare correttamente il diritto interno e, facendo ciò, valuta la conformità degli atti compiuti dalle autorità nazionali al principio di legalità; da un'altra parte, essa entrerebbe potenzialmente in conflitto con il principio di sussidiarietà, in quanto spingerebbe la Corte europea a esercitare il ruolo di giudice di quarta istanza in merito a questioni di mera interpretazione e applicazione del diritto interno[6].

Le controversie sulla corretta interpretazione del diritto interno, tuttavia, non sono di per sé rilevanti dal punto di vista della Convenzione, salvo la manifesta arbitrarietà delle decisioni interne. Ciò che rileva è esclusivamente se l'ingerenza subita dall'individuo, frutto delle scelte interpretative operate dai tribunali nazionali, è giustificata.

In questo quadro, la pretesa che l'atto compiuto dalle autorità dello Stato sia rispettoso del principio di legalità deve essere letta in un'ottica differente. Innanzitutto, la sua *ratio* deve essere interpretata alla luce dell'oggetto e dello scopo della Convenzione[7], ossia l'obbligo di riconoscere e tutelare i diritti fondamentali.

In secondo luogo, come si è visto, il principio di legalità deve essere inteso come primo aspetto di un più ampio diritto alla giustificazione ed esprime il principio secondo il quale, indipendentemente dall'intensità della tutela sostanziale riconosciuta da ciascuna disposizione CEDU, sussiste un diritto dell'individuo a sapere, con un ragionevole grado di prevedibilità, quale soggetto, a che condizioni e con quali modalità, possa porre in essere delle ingerenze nei suoi diritti. Tale diritto non stabilisce ancora nulla sul contenuto della tutela sostanziale. Lo si potrebbe definire, in un'accezione ampia, come un meta-diritto, ossia il diritto a poter prevedere quando e come i propri diritti possono essere limitati.

Tale approccio esprime una sfumatura differente rispetto a quella che emerge dall'idea che il principio di legalità permette all'individuo di prevedere le conseguenze legate alle sue azioni, come pur espresso a volte dalla stessa Corte europea[8]. Piuttosto, si dovrebbe concepire come un diritto che permette all'individuo di prevedere quando le autorità possono restringere i suoi diritti, ossia "*lorsqu'elle offre une certaine garantie contre des atteintes arbitraires de la puissance publique*"[9].

---

[6] Si veda a questo proposito, *infra*, § 2.5.

[7] *Sunday Times c. Regno Unito (n. 1)*, n. 6538/74, 26 aprile 1979, § 48

[8] *"a norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entai*", *Sunday Times c. Regno Unito (n. 1)*, cit., § 49. Recentemente anche *De Tommaso c. Italia*, GC, n. 43395/09, 23 febbraio 2017, § 107.

[9] *De Tommaso c. Italia*, cit., § 109.

Questa visione, che discende anche dalla stessa lettera della Convenzione, la quale in numerose disposizioni dispone che "l'ingerenza deve essere prevista dalla legge", pone l'accento sull'obbligo dello Stato e non sul comportamento dell'individuo: lo Stato può agire solo qualora sia espressamente previsto dalla legge. Inoltre, come si è detto, accertare che un'ingerenza è conforme al principio di legalità non fornisce ancora alcuna indicazione su quali siano le conseguenze di una determinata condotta dell'individuo. Al fine di valutare se questa, considerata illecita dal diritto interno, è legittima o meno, è necessario verificare che l'atto delle autorità statali che vieta tale condotta non solo sia previsto dalla legge, ma abbia anche uno scopo legittimo e sia proporzionato a tale scopo. Il fatto quindi che una certa ingerenza sia prevedibile, ad esempio l'applicazione di una sanzione in caso di commissione di un certo atto, non dice ancora nulla sulle conseguenze dell'atto compiuto dall'individuo: in un'ottica fondata sui diritti, l'atto, benché formalmente proibito dalla legge, può essere considerato legittimo se la legge, o il modo in cui essa è interpretata e applicata non persegue uno scopo legittimo o non rispetta il principio di proporzionalità.

In conclusione, per usare le parole della Corte: "*the law must be sufficiently clear in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are entitled to interfere with the rights guaranteed by the Convention*"[10].

2.2. La trasversalità del principio di legalità convenzionale

Nel contesto della CEDU, i caratteri fondanti la nozione di legalità non mutano a seconda della materia in cui il principio di legalità viene applicato. Non si potrà quindi parlare di legalità penale come di una nozione concettualmente distinta rispetto alla legalità in materia civile o amministrativa. Ovviamente, ciò non significa che tale principio si declini in maniera identica in tutti gli ambiti. La sua portata potrà estendersi o ridursi a seconda delle circostanze specifiche del caso. Tuttavia, ciò che rileva non è tanto la materia nella quale questa nozione entra in gioco: non solo perché tali distinzioni sono di norma frutto di scelte puramente formali del legislatore[11], ma soprattutto in quanto al centro del sistema giuridico si pongono i diritti e questi possono entrare in gioco in relazione alle materie più disparate. Ad

---

[10] Da ultimo, *Lashmankin e altri c. Russia*, nn. 57818/09, 51169/10, 4618/11..., 7 febbraio 2017; *Y.Y. c. Russia*, n. 40378/06, 23 febbraio 2016, *Fernández Martínez c. Spagna*, GC, n. 56030/07, 12 giugno 2014, § 117; *Copland c. Regno Unito*, n. 62617/00, 3 aprile 2007.

[11] La sola distinzione rilevante è, ai sensi degli articoli 6 e 7 CEDU, tra materia penale e civile, intesa in un'accezione sostanzialistica e non formalistica secondo la teoria delle "nozioni autonome".

esempio, il diritto di proprietà a livello nazionale è tipicamente associato al diritto civile: l'articolo 1 del Primo Protocollo tutela invece gli individui di fronte a ingerenze che possono rilevare, per citarne solo alcuni, nell'ambito del diritto penale (si pensi al tema delle confische o delle sanzioni penali pecuniarie), del diritto civile (per esempio, in relazione alla disciplina della prescrizione), del diritto amministrativo (è il caso degli espropri), o del diritto della previdenza sociale.

Dal punto di vista dello studioso del diritto interno sarebbe quindi perlomeno parziale limitarsi a un'analisi del principio di legalità circoscritta alla sua applicazione nella propria materia di riferimento. La nozione di legalità è infatti immanente al sistema e trasversale a tutti i suoi ambiti, sebbene si possa declinare in modi diversi[12]. La nozione di "diritto"[13] è invece addirittura la medesima a prescindere dal suo campo di applicazione[14].

Tale approccio ha caratterizzato l'attività interpretativa della Corte fin dalle sue prime sentenze. Se uno dei primi ambiti in cui la nozione di legalità è stata elaborata è quello della libertà di espressione[15], in parallelo il principio di legalità e il concetto di "diritto" sono stati esaminati e applicati in relazione anche ad altri diritti, e in particolare in materia penale ai sensi dell'articolo 7 CEDU[16].

Esplicita in relazione alla "trasversalità" della nozione in esame è ad esempio, da ultimo, la sentenza *Zaja c. Croazia*, nella quale la Corte afferma che i principi sanciti nel quadro dell'articolo 1 Primo Protocollo, in particolare in materia di espropri, devono valere, a maggior ragione, nel contesto dell'articolo 7 CEDU[17].

Sarebbe un errore ricondurre, e degradare, questa unità concettuale delle nozioni di legalità e di "diritto" a un approccio interpretativo "approssimativo" della Corte. Si tratta, al contrario, di una precisa scelta derivante dall'adozione, così come previsto dalla stessa Convenzione, di un approccio fondato sulla centralità dei diritti fondamentali nell'ordinamento, punto di partenza, come detto in precedenza, per la ricostruzione della sua *ratio*[18].

---

[12] V. Zagrebelsky, *Manuale* cit., p. 125.
[13] *Law* e *loi* nella versione inglese e francese.
[14] *Perinçek c. Svizzera*, GC, n. 27510/08, 15 ottobre 2015.
[15] *Sunday Times c. Regno Unito (n. 1)*, n. 6538/74, 26 aprile 1979, §§ 48-49, s.rie A no 30
[16] *Cantoni c. Francia*, n. 17862/91, 15 novembre 1996, § 29.
[17] Žaja c. Croazia, n. 37462/09, 4 ottobre 2016.
[18] Oggetto e scopo della legalità è fornire effettive garanzie contro persecuzioni, condanne e punizioni arbitrarie. Fra le tante si v. *Vasiliauskas c. Lituania* GC, n. 35343/05, 20 ottobre 2015, § 153 e Žaja c. Croazia, cit., § 105.

2.3. I soggetti vincolati dal principio di legalità

Il principio di legalità non vincola uno specifico organo dello Stato, ma investe tutti gli organi che contribuiscono alla limitazione, in ciascun caso concreto, dei diritti fondamentali. Ogni sistema giuridico è caratterizzato da specifici meccanismi di creazione e applicazione del diritto e ognuno di essi attribuisce responsabilità a una pluralità di organi.

Il principio di legalità non mira a limitare uno specifico potere dello Stato a tutela delle prerogative degli altri. Come si è accennato e come si vedrà in maniera più approfondita in seguito, la Corte non si esprime direttamente sul merito delle scelte degli Stati in materia di separazione dei poteri. Di volta in volta, prende atto della natura dell'ingerenza e degli organi responsabili per la commissione della stessa. L'attenzione della Corte si concentra quindi sulla prevedibilità dell'insieme degli atti degli organi statali che conducono all'applicazione nel caso concreto di una norma che incide sul godimento dei diritti fondamentali. Il principio di legalità si applica al legislatore, al giudice e al singolo agente dello Stato, nella misura in cui questi organi contribuiscono, ognuno secondo le proprie competenze, alla commissione dell'ingerenza. L'attenzione dell'esame della Corte si concentra sulla conformità al principio di legalità dell'ingerenza e non solo dei suoi presupposti: "*The principle of lawfulness also presupposes that the applicable provisions of domestic law are sufficiently accessible, precise and foreseeable in their application*"[19] o, in altri termini, "*the principle of legality requires States not only to respect and apply, in a predictable and consistent manner, the laws they have enacted, but also, as a necessary element, to assure the legal and practical conditions for their implementation*"[20].

2.4. Il contenuto della legalità europea

Secondo quanto si è detto in precedenza, l'ingerenza deve innanzitutto fondarsi su una "base legale interna"[21]. A questo proposito, si pongono tre questioni: l'ambito che deve essere regolato dalla base legale, la "qualità" della legge e la portata della nozione di legge. Infine, è necessario esaminare la questione relativa al controllo giurisdizionale a livello nazionale per verificare la conformità dell'ingerenza pubblica con la base legale.

---

[19] *Broniowski c. Polonia*, n. 31443/96, GC, 22 giugno 2004, § 147.

[20] *Elberte c. Lettonia*, n. 61243/08, 13 gennaio 2015, § 114.

[21] «*The interference must have some basis in domestic law*». *Sunday Times c. Regno Unito (n. 1)*, cit., § 47; *Silver e altri c. Regno Unito*, n. 7136/75, § 85.

2.4.1. L'oggetto della base legale

Il contenuto della base legale è duplice: da un lato, la Corte EDU prevede che la legge indichi l'autorità competente a compiere l'ingerenza, dall'altro lato, che stabilisca la modalità di esercizio di tali competenze[22].

Innanzitutto, l'esercizio del potere deve essere autorizzato dalla legge ed essere quindi fondato su una norma che attribuisce la competenza a una determinata autorità.

I casi nei quali la Corte ha accertato la mancanza totale di base legale, ossia quelli in cui non era stato neppure previsto che un'autorità potesse limitare i diritti previsti dalla CEDU, non sono numerosi. Tuttavia, non sono mancate le occasioni nelle quali la Corte ha constatato l'assenza di una regolamentazione che potesse prevedere l'ingerenza. Nel caso *Copland c. Regno Unito*, ad esempio, il Governo non ha fornito alcuna indicazione in merito all'esistenza di una base legale che potesse autorizzare la raccolta di dati da parte del datore di lavoro relativi all'uso del telefono, e-mail e internet di un insegnante di una scuola pubblica nell'ambito dell'attività professionale. La Corte ha constatato quindi la violazione dell'articolo 8 CEDU, sebbene abbia sottolineato che non si possa escludere, alla luce delle circostanze del caso specifico, il carattere proporzionato di tale misura[23]. Nel recente caso *Akhverdiyev c. Azerbaijan*[24], la Corte ha ritenuto illegittimo l'esproprio effettuato dall'autorità pubblica in quanto il Governo non ha saputo fornire alcuna base normativa che attribuisse la competenza a esercitare una tale ingerenza in capo all'ente che l'ha effettuata.

Inoltre, la base legale deve porre limiti all'esercizio del potere, tenuto conto delle finalità per le quali tale potere è stato attribuito. Non è sufficiente che il diritto interno preveda una generica autorizzazione come fondamento normativo al potere delle autorità di limitare i diritti delle persone. Se la norma non prevedesse alcun tipo di limite, la stessa non garantirebbe gli individui contro atti arbitrari delle autorità e non renderebbe, in termini effettivi, prevedibili e controllabili gli atti o le omissioni delle autorità stesse. Si noti che tale esigenza richiesta dalla Corte EDU non riguarda ancora

il merito dell'esercizio del potere dello Stato, ossia il suo carattere adeguato, necessario e proporzionato. Si tratta dell'esigenza di delimitare con precisione e in anticipo il potere, qualunque esso sia, delle autorità.

Tale estensione dell'oggetto della base legale è anche funzionale al secondo elemento della legalità, ossia al controllo di conformità dell'ingerenza con la legge. Se la legge non fissasse dei limiti al potere pubblico, un control-

---

[22] La legge deve usare dei termini abbastanza chiari da indicare a tutti in maniera sufficiente in quali circostanze e a quali condizioni autorizza il potere pubblico a operare un'ingerenza.

[23] *Copland c. Regno Unito*, cit.

[24] *Akhverdiyev c. Azerbaijan*, n. 76254/11, 29 gennaio 2015, § 92.

lo giurisdizionale *ex post* degli atti compiuti in virtù della stessa si ridurrebbe a un mero controllo vuoto e formale.

La Corte ha, ad esempio, constatato in più occasioni la violazione dell'articolo 8 CEDU in relazione al diritto di visita in carcere da parte dei familiari. Nel caso *Shalimov c. Ucraina*[25], il codice di

procedura penale ucraino prevedeva il potere del procuratore o del giudice di autorizzare le visite dei familiari. Tuttavia, le stesse disposizioni non indicavano con ragionevole chiarezza la portata e le modalità dell'esercizio del potere discrezionale conferito alle summenzionate autorità pubbliche. Inoltre, il diritto interno non obbligava le autorità a fornire alcun tipo di giustificazione a supporto delle proprie scelte. Nel caso concreto, ad esempio, la Corte ha constatato che il giudice, dopo aver stabilito che avrebbe concesso il diritto in un momento successivo, non ha fornito alcuna ragione sul perché tale diritto non potesse essere esercitato prima.

In numerosi casi contro la Russia, la Corte ha poi considerato[26] il rifiuto da parte delle autorità alle visite in carcere contrario all'articolo 8 CEDU, in quanto la legge non definiva le circostanze nelle quali potesse disporsi tale rifiuto. In particolare, non prevedeva la durata del diniego o le ragioni che potevano supportare tale decisione. In un caso ancora più recente[27], la Corte ha aggiunto che il diritto russo non fissa alcun criterio relativo alle modalità procedurali con le quali è possibile introdurre la domanda di visita.

Tale tema si ricollega a quello più generale dei limiti all'azione delle autorità legate al potere esecutivo, e quindi delle autorità amministrative, ogni qualvolta l'esercizio di tale potere incida sul godimento dei diritti fondamentali. La Corte afferma che: "*In matters affecting fundamental rights it would be contrary to the rule of law, one of the basic principles of a democratic society enshrined in the Convention, for a legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power*"[28].

Per tale ragione, la legge deve indicare con sufficiente chiarezza la portata della discrezionalità conferita alle autorità competenti e le modalità del suo esercizio[29].

Il principio di legalità non impone esclusivamente l'adozione di regole e criteri che possano limitare il potere dell'autorità pubblica. È necessario altresì prevedere vincoli di natura procedurale relativi alla modalità con la quale l'autorità può esercitare la propria discrezionalità. Innanzitutto, è doveroso che l'esercizio di tale potere sia effettivamente guidato dal perseguimento degli scopi per il quale le è stato attribuito e che costituiscono le ragioni le-

---

[25] *Shalimov c. Ucraina*, n. 20808/02, 4 marzo 2010, § 88.
[26] Tra i tanti si v. *Moiseyev c. Russia*, n. 62936/00, 9 ottobre 2008, § 250.
[27] *Pakhtusov c. Russia*, n. 11800/10, 16 maggio 2017, § 31.
[28] *Lashmankin e altri c. Russia*, cit. § 411.
[29] *Rotaru c. Romania*, GC, n. 28341/95, 4 maggio 2000, § 55.

gittime per la limitazione del diritto in gioco[30]. Inoltre, deve essere garantita la possibilità da parte dell'interessato di esporre le proprie ragioni in difesa della richiesta di tutela del proprio diritto. Infine, l'autorità competente a limitare i diritti deve svolgere una valutazione individuale della situazione dell'interessato, prendere in considerazione le sue ragioni ed effettuare un bilanciamento tra gli interessi contrapposti. Suo compito sarà quindi quello di effettuare una valutazione in concreto della adeguatezza, necessità e proporzionalità della misura che si vuole adottare. Tali obblighi emergono chiaramente, ad esempio, dalla sentenza *Polyakova e altri c. Russia*[31]32, in materia di determinazione del luogo in cui è previsto che il detenuto sconti la pena e in materia di trasferimento, e riguardano sia la chiarezza dei criteri sulla base dei quali le autorità devono prendere la decisione, sia le modalità con le quali tale decisione può essere adottata.

In materia di libertà di associazione e manifestazione, la Corte ha esaminato ingerenze relative alla determinazione (o successive modifiche) del luogo, tempo e modalità di svolgimento della manifestazione o assemblea. In relazione a tali restrizioni, e in contrasto con quelle fondate sul contenuto dell'oggetto della manifestazione, le autorità godono di un più ampio margine di apprezzamento. Risulta infatti difficile per la Corte "*assessing locations in terms of their size, security, traffic density, closeness to the target audience, and so on. Indeed, a multitude of local factors are implicated in managing the locations, time, and manner of conduct of public assemblies*"[32].

La maggior ampiezza del margine di apprezzamento sul merito delle scelte in materia di modalità di svolgimento del diritto deve essere però compensata da una maggiore attenzione alle garanzie procedurali e quindi alla "qualità" del quadro regolamentare previsto dal diritto interno. Tra gli altri elementi, spicca l'esigenza che le decisioni adottate non solo siano provviste di ragioni a supporto delle limitazioni nell'esercizio del diritto, ma che sussista l'obbligo per le autorità di valutare la proporzionalità di tali misure. Nel caso *Lashmankin e altri c. Russia* la Corte ha constatato che le autorità non erano tenute né a provare l'esistenza dei rischi addotti al fine di limitare il diritto tutelato dall'articolo 11 CEDU[33], né a svolgere alcuna analisi della adeguatezza, necessità e proporzionalità in senso stretto della misura adottata[34]: "*In the Court's view, there is a clear risk of arbitrariness in the grant of such broad and uncircumscribed discretion to the executive authorities. There is*

---

[30] *"The law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question"*, *Al-Nashif c. Bulgaria*, n. 50963/99, 20 giugno 2002.

[31] *Polyakova e altri c. Russia*, nn. 35090/09, 35845/11, 45694/13, 59747/14, 7 marzo 2017, §§ 98-107.

[32] *Lashmankin e altri c. Russia*, cit. § 417.

[33] *Ivi*, § 424.

[34] *Lashmankin e altri c. Russia*, cit., §§ 421 e ss.

a risk that such a widely framed power could be misused against organisers of, and participants in, public assemblies in breach of Article 10 and/or 11 of the Convention".

In ambiti nei quali l'esercizio del potere avviene, per sua natura, in segreto, come ad esempio nel caso della raccolta di dati personali nell'ambito di un'indagine penale, il principio di legalità deve essere inteso in maniera ancora più stringente, in quanto il rischio che l'esercizio del potere scada in atti di arbitrio è ancora più forte. La Corte afferma che in materia di intercettazioni telefoniche, e in generale di misure di sorveglianza delle comunicazioni, l'esistenza di regole chiare e dettagliate è indispensabile, dato che alla segretezza dell'esercizio del potere che lo sottrae sia al controllo dell'interessato che al controllo del pubblico, in questi casi si affiancano procedure e tecniche che non cessano di mutare e perfezionarsi. La legge deve essere dunque redatta con una chiarezza tale da indicare in maniera adeguata in quali circostanze e a quali condizioni il potere pubblico è autorizzato ad adottare tali misure segrete[35]. In particolare, nella sua giurisprudenza relativa a questo tipo di ingerenze, la Corte individua alcune garanzie minimali che la legge deve prevedere contro gli abusi di potere: la natura delle infrazioni suscettibili di dare luogo ad autorizzazione di intercettazione, la definizione delle categorie di persone suscettibili di essere intercettate, la fissazione di un limite di durata, la procedura da seguire per l'esame, l'utilizzo e la conservazione dei dati raccolti, le precauzioni da prendere per la comunicazione dei dati alle altre parti del processo e le circostanze nelle quali è necessario procedere alla cancellazione o alla distruzione delle registrazioni[36].

2.4.2. La qualità della legge e in particolare la nozione di prevedibilità. Il ruolo della giurisprudenza

L'analisi dell'oggetto della base legale non è separabile dall'esame di quella che la Corte qualifica come "qualità della legge". I requisiti posti dalla Corte sono due: l'accessibilità e la prevedibilità.

La Corte definisce l'"accessibilità" come la possibilità per l'individuo di disporre delle informazioni sufficienti, alla luce delle circostanze specifiche del caso, in merito alle norme giuridiche applicabili in un dato caso[37].

La nozione della "prevedibilità" costituisce il cuore del principio di legalità. La Corte stabilisce infatti che non possa essere considerata "legge" una norma che non è enunciata con precisione sufficiente a permettere al

---

[35] *Roman Zakharov c. Russia*, GC, n. 47143/06, 4 dicembre 2015, § 229 ss.

[36] *Roman Zakharov c. Russia*, cit. § 231.

[37] *Sunday Times c. Regno Unito (n. 1)*, cit., § 49; *Dimitrov-Kazakov c. Bulgaria*, n. 11379/03, 10 febbraio 2011, §§ 32-34; *Reyhan c. Turchia, (n. 2)*, n. 60123/00, 23 settembre 2008, §§ 23-28.

cittadino di regolare la propria condotta. Facendo eventualmente ricorso a consulenze di natura giuridica, il singolo deve essere in grado di prevedere, con un grado ragionevole rispetto alle circostanze del caso concreto, le conseguenze che possono derivare da un determinato atto.

Si potrebbe sostenere che la determinazione della nozione di "legge" da parte della Corte costituisca il luogo in cui la stessa afferma la propria concezione delle fonti del diritto e della separazione dei poteri. Tuttavia, come si è detto, la Corte non è competente a stabilire, in astratto, quale sia il miglior modello istituzionale possibile. La prospettiva della Corte non è quindi quella di voler sostituire un modello di fonti nazionale con un altro modello universale o almeno europeo. Se così non fosse, sarebbe necessario ricavare dal testo della Convenzione un fondamento normativo che stabilisse la competenza della Corte a decidere in tale materia. Questa base normativa non esiste e la ragione risiede nel fatto che la Corte è, di per sé, indifferente al modello di fonti del diritto o di separazione dei poteri. Essa decide in funzione del rispetto dei diritti fondamentali ed è attraverso quel filtro che legge l'intero sistema giuridico.

È ormai noto che la nozione di "legge" debba intendersi nella sua accezione sostanziale o materiale e non formale. Si può definire come una nozione autonoma[38], ma, a differenza delle altre nozioni autonome, ha una portata particolare. Mentre infatti per i concetti quali, ad esempio, "vita privata", "trattamento inumano e degradante", "materia penale", la Corte adotta una propria concezione sostanziale e li qualifica prescrittivamente, in riferimento alla nozione di "legge" la Corte adotta un approccio di natura descrittivo/ricostruttivo.

Partendo da tale premessa è possibile comprendere come l'espressione utilizzata più volte dalla Grande Camera della Corte, secondo la quale "*il est solidement* établi *dans la tradition juridique des* États *parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'*évolution *progressive du droit pénal*"[39], a differenza di quanto potrebbe apparire a prima vista, non prescrive ai sistemi giuridici nazionali di includere necessariamente tra le proprie fonti del diritto anche il formante giurisprudenziale.

Non bisogna dimenticare che compito della Corte è quello di esaminare se l'ingerenza si fonda su una base legale. A tal fine deve esaminare qual è il materiale normativo che a livello nazionale rende "legale" l'ingerenza e quindi la autorizza. Come si è visto, la nozione di "legge" non è da intendersi secondo un'accezione solo formale, ma presuppone un certo livello qualitativo, garantito da accessibilità e prevedibilità. Per accertare la sussistenza di

---

[38] Sulla nozione autonoma in relazione alla nozione di legge, v. V. Zagrebelsky, *Manuale*, cit., p. 126.

[39] Tra i tanti, *Del Rio Prada c. Spagna*, n. 42750/09, GC, 21 ottobre 2013, § 93.

una adeguata "qualità della legge", la Corte non parte da una valutazione di tipo prescrittivo-valoriale, bensì da considerazioni di natura fattuale: la disposizione legislativa non può essere prevedibile con una "certezza assoluta" e ciò in ragione del fatto che si scontra con "l'esperienza", la quale dimostra che un livello di certezza così elevato non è raggiungibile e non è necessariamente sempre auspicabile, potendo portare ad eccessive rigidità. Le leggi, afferma la Corte, si servono "*par la force des choses*" di formule più o meno vaghe. La Corte non fa che prendere atto dell'intrinseca vaghezza delle disposizioni legislative e del fatto che il livello di precisione delle disposizioni "*ne peut en aucun cas prévoir toutes les hypothèses*"[40]. Gli spazi di incertezza lasciati da norme più o meno vaghe sono in ogni ordinamento riempiti dall'interpretazione e applicazione delle stesse da parte dei giudici.

Inoltre, la Corte mette in evidenza un elemento pacifico, ossia che l'interpretazione e l'applicazione delle norme dipendono dalla pratica. In sostanza, la prevedibilità di una norma non può che emergere dall'integrazione di numerose attività di diversi soggetti: dall'emanazione di una norma, dalla sua interpretazione da parte dei tribunali, dalla sua applicazione da parte di organi dello Stato.

La nozione di fonte del diritto che la Corte accoglie non parte quindi da una teoria delle fonti, ma da un'esigenza di prevedibilità in vista della tutela dei diritti fondamentali. Non si può esaminare il tema della prevedibilità indipendentemente dalle considerazioni di natura pratica e fattuale relative al momento dell'applicazione delle norme. Uno dei principi fondanti il sistema CEDU è quello dell'effettività dei diritti, che possiede una portata prioritaria rispetto a considerazioni di tipo dogmatico, valoriale, istituzionale.

Esaminare il testo legislativo indipendentemente dalla sua interpretazione e applicazione significherebbe ricondurre la nozione di prevedibilità a quella della determinatezza o prevedibilità in astratto. Tale parametro non si riferisce però all'atto di un'autorità dello Stato costituente un'ingerenza, bensì alla fonte che autorizza tale atto. L'oggetto dell'analisi della prevedibilità della Corte è invece l'ingerenza. Secondo le parole della Corte, "*the decisive question is to what extent the actions* [delle autorità nazionali] *in dispute were foreseeable by the applicant*"[41]. L'ingerenza, per essere legittima, presuppone in primis una certa determinatezza della norma, ma tale garanzia non è suf-

---

[40] *De Tommaso c. Italia*, cit., § 108; «*Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue: l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique*».

[41] *Y.Y. c. Russia*, n. 40378/06, 23 febbraio 2016, §§ 52 e 58.

ficiente. La prevedibilità dell'ingerenza, per sua natura, non può che essere valutata in concreto[42].

Ancora, il principio di legalità "*requires precision and foreseeability of an applicable provision not necessarily on its own but as the competent courts have interpreted it*"[43]. La prevedibilità quindi non costituisce una limitazione delle scelte operate dal solo potere legislativo, così come per la determinatezza il cui scopo è la riduzione degli spazi discrezionali del potere giudiziario, ma da tutte le autorità pubbliche che concorrono alla commissione dell'ingerenza. La Corte non fa altro che constatare che non si potrebbe considerare effettiva un'ingerenza se non la si esaminasse al momento della sua applicazione[44]. Si potrebbe quindi dire che la Corte più che parlare di giurisprudenza come fonte del diritto, tratta quest'ultima come fonte della prevedibilità delle norme e quindi delle ingerenze dello Stato. La giurisprudenza entra in gioco, ai fini dell'esame della convenzionalità di un'ingerenza, su un piano diverso da quello delle fonti del diritto[45].

A conferma della bontà di tale conclusione, si consideri l'ipotesi contraria, ossia una nozione di diritto e legalità che si concentri unicamente sulla disposizione legislativa prescindendo dal formante giurisprudenziale. La conseguenza di tale posizione porterebbe la Corte a considerare illegittime ingerenze che si fondano su leggi in astratto vaghe, che pure sono state rese prevedibili da una giurisprudenza che ne ha chiarito la portata. Si tratterebbe di un esame in astratto della legislazione interna, che non potrebbe che portare ad un numero elevato di condanne, tenuto conto del carattere strutturalmente vago delle norme (o almeno di un numero considerevole di esse). Conclusione senza dubbio inaccettabile sul piano dell'irragionevolezza del risultato a cui condurrebbe, in quanto renderebbe praticamente impossibile regolare i comportamenti degli individui da parte dello Stato con conseguenze sulla tutela effettiva di altri diritti concorrenti. Emerge con chiarezza come la presa in considerazione della giurisprudenza quale elemento di valutazione della prevedibilità della norma assume un ruolo di maggior tutela,

---

[42] "*Where the legislation is in issue it is not the court's task to review the relevant legislation in the abstract*", *Elberte c. Lettonia*, cit., § 110; 70. «*La Cour rappelle à cet égard qu'il lui incombe non pas d'examiner in abstracto la législation et la pratique pertinentes en l'espèce, mais de rechercher si les conséquences que celles-ci ont eues sur le requérant ont enfreint la Convention*», Maslak e Michalkova c. Repubblica Ceca, n. 52028/13, 14 gennaio 2016.

[43] *Porowski c. Polonia*, n. 34458/03, 21 marzo 2017, § 125.

[44] "*La Cour n'a cependant pas à mesurer in abstracto l'article 392 par. 1 du code des douanes à l'aune de la Convention: sa tâche consiste à déterminer s'il a été appliqué au requérant d'une manière compatible avec la présomption d'innocence (voir en dernier lieu, mutatis mutandis, l'arrêt Bouamar du 29 février 1988, série A no 129, p. 20, par. 48)*". *Salabiaku c. Francia*, n. 10519/83, 7 ottobre 1988, § 30.

[45] V. Zagrebelsky, *Manuale*, cit., p. 126.

nel giudizio davanti alla Corte europea, dello Stato e delle scelte nazionali relative alle modalità di creazione, interpretazione e applicazione della legge.

Alla luce di quanto sin qui considerato, è possibile comprendere cosa intende la Corte quando afferma che "la giurisprudenza gioca tradizionalmente un ruolo considerevole nei [paesi di *civil law*], al punto tale che settori interi del diritto positivo sono il risultato, in larga misura, delle decisioni dei tribunali". Se si trascurasse la giurisprudenza, "la Corte non minerebbe le basi dei sistemi giuridici continentali meno di quanto la sentenza *Sunday Times* avrebbe colpito alle fondamenta quello del Regno Unito se avesse escluso la *common law* dalla nozione di legge"[46].

Altrettanto inaccettabile risulta, infine, la soluzione intermedia, secondo la quale il "peso" della vaghezza delle norme e/o dell'incertezza interpretativa deve ricadere sull'individuo (si pensi al classico caso del cambiamento di giurisprudenza o del conflitto di giurisprudenza) per la sola ragione che dal punto di vista della teoria delle fonti, e quindi secondo valutazioni di tipo astratto e dogmatico, non si può accettare che la giurisprudenza giochi un ruolo essenziale nella determinazione del contenuto di una norma. Considerare la prevedibilità di una norma prescindendo dal dato giurisprudenziale si fonda su una finzione[47] e tale approccio si rivela contrario a una tutela effettiva dei diritti.

Si può ora passare a un esame più dettagliato della portata della nozione di legge. Nel caso *Silver c. Regno Unito*, la Corte ha rigettato la tesi, proposta dai ricorrenti, secondo la quale la Convenzione con l'espressione "previsto dalla legge" avrebbe introdotto una riserva di legge in materia di diritti fondamentali. La Corte ha considerato tale visione eccessivamente restrittiva, sottolineando come la legge, dovendo per sua natura prevedere delle norme generali e astratte non può essere redatta in modo tale da garantire una certezza assoluta nella sua applicazione, in assenza di altre fonti che la integrino. Come si è appena visto, la ricerca di una certezza assoluta derivante dal semplice testo legislativo porta con sé un rischio di una rigidità eccessiva e in ogni caso "*on ne saurait guère libeller une loi capable de parer à toute* éventualité"[48].

La nozione di legge include quindi anche atti di natura sub-legislativa[49], regolamentare, e anche quelli adottati da un ordine professionale per espres-

---

[46] *Kruslin c. Francia*, n. 11801/85, 24 aprile 1990, § 29.

[47] In tal senso, si v. ad esempio, M. Bignami, *Casi critici in tema di legalità penale e diritto europeo*, in *questionegiustizia.it*, che afferma "Naturalmente, l'interprete nazionale non può accettare l'idea che sia il giudice, e non il legislatore, a dare vita all'illecito penale, ed è costretto a ripiegare sull'idea, del tutto fittizia, che una peculiare scrittura delle norme abbia generato un dubbio di applicabilità, tale da incidere in concreto sull'elemento soggettivo del reato".

[48] *Silver c. Regno Unito*, cit. § 88.

[49] *Kafkaris c. Cipro*, GC, n. 21906/04, 12 febbraio 2008, § 139.

sa delega del legislatore[50], così come tutti quei materiali normativi che possono permettere di identificare, in un dato ordinamento giuridico, la base normativa che rende prevedibile l'ingerenza. Non si può prescindere dal dato giurisprudenziale, per le ragioni che si sono analizzate in precedenza. La Corte considera quindi che per "legge" si deve intendere "*the provision in force as the competent courts have interpreted it*"[51].

Nella sentenza *Leyla Sahin c. Turchia*, la Corte ribadisce che «*aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire, car il faudra toujours élucider les points obscurs et s'adapter aux circonstances particulières*». Essa precisa poi che la presenza di un dubbio interpretativo non rende automaticamente imprevedibile l'applicazione di una disposizione legislativa. Allo stesso modo, non è di per sé da considerarsi contraria alla Convenzione una disposizione che si presta a più di un'interpretazione. A colmare tali spazi di incertezza è infatti preposta la giurisprudenza: «*La fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne (Gorzelik et autres, pr. cit., § 65)*»[52].

Lo stesso principio si trova espresso nel caso *Gorzelik c. Polonia*, nel quale i ricorrenti si sono lamentati del rifiuto delle autorità nazionali di registrare l'associazione di cui facevano parte in quanto "organizzazione della minoranza nazionale silesiana" e ciò in ragione del fatto che il "popolo silesiano" non costituirebbe, secondo i tribunali, una minoranza nazionale in diritto polacco, mentre tale qualificazione avrebbe loro permesso di beneficiare di una serie di privilegi elettorali. I ricorrenti si lamentano dell'assenza, a livello legislativo, di una definizione precisa di "minoranza" che conferirebbe un potere illimitato e del tutto discrezionale alle autorità pubbliche in tale materia. La Corte afferma di non essere competente a pronunciarsi sulla legittimità delle tecniche scelte dal legislatore per regolamentare un certo settore. Il suo compito è unicamente quello di verificare se i metodi adottati e le conseguenze di tali scelte sono conformi alla Convenzione[53]. Nel caso concreto, la Corte prende atto della circostanza che, dal punto di vista fattuale, è particolarmente difficile formulare in astratto una definizione di minoranza[54]. Di conseguenza non si può rimproverare allo Stato di non

---

[50] *Sanoma Uitgevers B.V. c. Paesi Bassi*, GC, n. 38224/03, 14/09/2010, § 83.
[51] *Porowski c. Polonia*, cit., § 112.
[52] *Leyla Şahin c. Turchia*, GC, n. 44774/98, 11 novembre 2005, § 91.
[53] *Gorzelik e altri c. Polonia*, GC, n. 44158/98, 17 febbraio 2004, § 67.
[54] *Ibidem*: «*aucun traité international, pas même la Convention-cadre du Conseil de l'Europe, ne définit la notion […] De même, la pratique concernant la reconnaissance officielle par les Etats de minorités nationales, ethniques ou autres au sein de leur population varie d'un pays à l'autre, voire à l'intérieur d'un même pays. Le choix quant aux modalités d'une telle reconnaissance et le point de savoir si elle doit se concrétiser dans des traités*

aver utilizzato una classificazione normativa di carattere generale. È del tutto normale che la portata della nozione di minoranza sia definita nella pratica attraverso l'attività di interpretazione e applicazione da parte dei tribunali ed è su tale aspetto che la Corte concentra l'analisi della prevedibilità.

La medesima questione si è posta nel caso *Müller e altri c. Svizzera*[55], dove la Corte ha ritenuto compatibile con la Convenzione la condanna del ricorrente per pubblicazioni oscene, anche se la legge non prevedeva una definizione del termine "osceno", la cui portata era tuttavia determinata dalla giurisprudenza.

La Corte ha messo in luce la portata chiarificatrice della giurisprudenza in numerose altre occasioni, tra cui si possono ricordare quelle in materia di commissioni rogatorie internazionali relative a intercettazioni telefoniche[56], o dell'esame dei presupposti per le intercettazioni indirette o casuali[57], così come le decisioni sulla qualificazione in diritto interno dei difensori nominati d'ufficio[58] e sulla distinzione tra libertà di stampa e concorrenza sleale[59].

Nella prospettiva della Corte, la giurisprudenza può svolgere non solo un ruolo chiarificatore di disposizioni di per sé vaghe ma anche sopperire alla mancanza di una chiara base di natura legislativa. La Corte ha espresso tale principio, ad esempio, nella già citata sentenza *Leyla Sahin c. Turchia*, nella quale in risposta all'argomento del ricorrente secondo il quale il potere legislativo non ha mai proibito il velo nei locali dell'università, la Corte ha ribadito che "*il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'opportunité des techniques choisies par le législateur d'un Etat défendeur pour réglementer tel ou tel domaine; son rôle se limite à vérifier si les méthodes adoptées et les conséquences qu'elles entraînent sont en conformité avec la Convention*"[60]. Nel caso concreto, la Corte ha poi concluso constatando la non violazione della Convenzione sottolineando come tale divieto emergesse chiaramente dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato turchi[61].

In mancanza sia di una disposizione chiara sia di una giurisprudenza che ne chiarisca la portata, la Corte non può però che concludere per la violazio-

---

internationaux ou des accords bilatéraux ou encore être incorporée dans la Constitution ou dans une loi spéciale doivent, par la force des choses, être dans une large mesure laissés à l'Etat concerné, puisqu'ils dépendent du contexte national considéré».

55 *Müller e altri c. Svizzera*, n. 10737/84, 24 maggio 1988, § 29.

56 *Capriotti c. Italia*, dec., n. 28819/12, 23 febbraio 2016, § 37.

57 *D'auria e Balsamo c. Italia*, dec., n. 11625/07, 11 giugno 2013.

58 *Magyar Helsinki Bizottag c. Ungheria*, GC, n. 18030/11, 8 novembre 201§§ 183 e ss.

59 *Markt Intern Verlag Gmbh e Klaus Beermann c. Germania*, n. 10572/83, 20 novembre 1989, § 29.

60 *Leyla Şahin c. Turchia*, cit., § 94.

61 *Ivi*, §§ 93 e 98.

ne della Convenzione[62], indipendentemente dall'esame della proporzionalità della misura. Alla stessa conclusione, si perviene quando l'ingerenza si fonda su una norma che è stata considerata incostituzionale[63].

È opportuno sottolineare come nella maggior parte dei casi siano proprio i Governi, anche quelli rappresentanti Stati tipicamente appartenenti all'area dei paesi di *civil law*, a invocare l'accezione materiale del principio di legalità e a sostenere la prevedibilità di una data norma anche sulla base del dato giurisprudenziale. In diverse occasioni ad esempio, il Governo francese ha sostenuto la prevedibilità di norme in materia di divieto del velo a scuola[64] e di abbattimento di animali in caso di rischio di epidemie[65].

La giurisprudenza può ben quindi integrare il parametro legislativo al fine di conferire prevedibilità all'applicazione della norma e quindi rendere, almeno ad un primo esame, legittima l'ingerenza da parte della autorità dello Stato che si fonda su tale norma. Tuttavia, la Corte ritiene che affinché la giurisprudenza possa "compensare" la vaghezza della disposizione legislativa essa stessa debba possedere una certa "qualità". In particolare, la Corte afferma che la giurisprudenza deve essere deve essere chiara e consolidata e spesso si spinge ad accertare il suo carattere risalente[66] o l'uniformità della sua adozione da parte delle giurisdizioni inferiori[67]. In un caso relativo alle intercettazioni telefoniche, ad esempio, la Corte ha sostenuto che: «*Encore faut-il, avant de se prononcer sur la question de savoir si la jurisprudence existante fait partie du terme «loi» dans son acception «matérielle» au sens de la jurisprudence de la Cour, vérifier si cette dernière peut être tenue pour consolidée et bien établie au moment où les écoutes furent réalisées. A cette fin la Cour a procédé* à un examen approfondi de la jurisprudence des Tribunaux suprême *et constitutionnel*»[68].

In materia di legalità penale, la Corte è stata ancora più precisa: "*In this connection the Court finds it evident that an interpretation capable of clarifying the meaning of an otherwise insufficiently clear provision which serves as the legal basis for an offence must, in order to comply with the requi-*

---

[62] Si v. ad esempio, *Sebalj c. Croazia*, n. 4429/09, 28 giugno 2011, §§ 194-196.

[63] *R & L, S.R.O. e altri c. Repubblica Ceca*, nn. 37926/05, 25784/09, 36002/09..., 3 luglio 2014; *Kurić e altri c. Slovenia*, GC, n. 26828/06, 13 marzo 2014, §§ 347-49; *Bączkowski e altri c. Polonia*, n. 1543/06, 3 maggio 2007, §§ 70-71.

[64] *Chagnon e Fournier c. Francia*, nn. 44174/06, 44190/06, 15 luglio 2010, §§ 39-40.

[65] *Dogru c. Francia*, n. 27058/05, 4 dicembre 2008, §§ 35 e 59. Si v. anche *Ebrahimian c. Francia*, n. 64846/11, 26 novembre 2015. Si noti inoltre che è onere dello Stato provare l'esistenza di una base legale e quindi fornire il materiale normativo nazionale che possa provare la prevedibilità dell'ingerenza, *Sebalj c. Francia*, cit., §§ 195-196.

[66] *Porowski c. Polonia*, cit., § 125; *Chagnon e Fournier c. Francia*, cit., § 40; *Dogru c. Francia*, cit., § 59.

[67] *Müller e altri c. Svizzera*, cit., § 29.

[68] *Coban c. Spagna*, n. 17060/02, 25 settembre 2006.

rements of Article 7, result from a practice (case-law) of the domestic authorities which is consistent. That is so because an inconsistent case-law lacks the required precision to avoid all risk of arbitrariness and enable individuals to foresee the consequences of their actions"[69].

La Corte europea distingue poi il tema del conflitto di giurisprudenza da quello del mutamento di giurisprudenza. Tale tema, tenuto conto della sua ampiezza, non può essere qui esaminato, ma alcune considerazioni meritano di essere accennate.

In primo luogo, la Corte ritiene che i mutamenti di giurisprudenza non siano di per sé incompatibili con la CEDU. In materia civile sostanziale, ad esempio, la Corte afferma che il diritto alla certezza giuridica non comporta un diritto a che la causa sia necessariamente decisa sulla base della giurisprudenza precedente. Al contrario, è necessario mantenere un approccio dinamico ed evolutivo della giurisprudenza interna[70]. Tuttavia, l'esistenza di una giurisprudenza consolidata pone, in capo al giudice che vuole operare un cambiamento di orientamento, un onere di giustificazione maggiore a supporto di tale scelta interpretativa. L'assunto secondo il quale l'utilizzo della giurisprudenza nella valutazione della prevedibilità dell'ingerenza porti inevitabilmente all'adozione del precedente vincolante non è quindi supportato dalla giurisprudenza della Corte che, al contrario, cerca di trovare un corretto equilibrio tra l'interesse ad una evoluzione della giurisprudenza e la garanzia di prevedibilità delle misure adottate dalle autorità pubbliche.

Maggiormente problematica è invece la situazione in materia civile processuale o penale. Il tema del cambiamento di giurisprudenza in tali ambiti obbliga a distinguere la nozione della "conformità" dell'ingerenza al diritto interno da quello della "prevedibilità" della stessa ingerenza. Si pensi all'ipotesi di un'ingerenza che si fonda su una disposizione che, per come quest'ultima è interpretata all'epoca del fatto, risulterebbe illegittima. Si supponga che il giudice competente a valutare la liceità di tale ingerenza dovesse decidere di mutare la giurisprudenza precedente e considerare invece legittimo l'atto compiuto dalle autorità. Nessuno potrebbe dubitare che l'atto è conforme al diritto interno, salvo sostenere il carattere manifestamente arbitrario della decisione. Tuttavia, la dimensione della "conformità" dell'atto al momento della decisione del giudice non esaurisce la domanda di tutela dei diritti fondamentali.

Per essere legittima tale decisione deve anche valutare se la scelta di mutare orientamento, e quindi di rendere legittima un'ingerenza che all'epoca dei fatti non lo era, fosse prevedibile dal punto di vista dell'individuo

---

[69] Žaja c. Croazia, cit., § 103.

[70] *Atanasovski c. Ex-Repubblica Yugoslava di Macedonia*, n. 36815/03, 14 gennaio 2010, § 38; *Union Départementale des Sociétés Coopératives Ilfov c. Romania*, n. 16554/06, 16 settembre 2014, § 49.

che l'ha subita. La centralità dei diritti fondamentali acquista di nuovo tutta la sua rilevanza. In questo caso, il giudice, pur essendo libero di modificare la sua giurisprudenza, non potrebbe fare ricadere il peso di questa scelta sull'individuo attraverso il sacrificio dei suoi diritti. Il giudice deve quindi fare una valutazione in termini di prevedibilità della sua scelta interpretativa e adottare le misure necessarie affinché il diritto del ricorrente sia comunque tutelato, ad esempio, attraverso l'applicazione di un *prospective overruling* o con l'adozione di altre misure atte a compensare la mancanza di prevedibilità dell'ingerenza[71].

2.5. La conformità dell'ingerenza al diritto interno

Non è sufficiente che l'ingerenza si fondi su una "legge" accessibile e prevedibile. Affinché la stessa ingerenza sia "prevedibile", è necessario che sia conforme alla base legale. L'ultimo elemento che compone il principio dell'"esistenza di una base legale" è costituito dall'accertamento che l'ingerenza sia conforme al diritto. Tuttavia, se il compito di effettuare tale accertamento spettasse in prima battuta alla Corte, quest'ultima si troverebbe a sostituire in tutto e per tutto il giudizio sull'interpretazione del diritto interno dei tribunali nazionali. Il compito di questi ultimi è, infatti, quello di verificare che il diritto interno sia rispettato. Tale tema si intreccia quindi con quello della quarta istanza, che è stato esaminato in altra sede e a cui si rinvia[72]. Qui è sufficiente ribadire quanto segue. Secondo la Corte, la funzione di chiarificazione e interpretazione delle disposizioni di diritto interno spetta innanzitutto alle autorità nazionali. Tuttavia, "*while the Court is not in a position to substitute its own judgment for that of the national courts and its power to review compliance with domestic law is limited, it is the Court's function to review the reasoning adduced by domestic judicial authorities from the point of view of the Convention*". L'oggetto del controllo della Corte in questa fase non è la conformità dell'ingerenza con il diritto interno, ma la decisione dei tribunali che hanno il compito di effettuare tale esame. Questo punto dimostra che sussiste in capo alle autorità nazionali l'ulteriore obbligo, di natura procedurale, di prevedere un meccanismo di controllo della conformità dell'ingerenza con il principio di legalità. Tale aspetto può, concettualmente, sovrapporsi, almeno in parte, con il diritto a un rimedio interno, ai sensi

---

[71] A questo proposito, si veda la sentenza sopra citata della Cass., S.U. 11 luglio 2011, n. 15144 in materia processuale in relazione all'applicazione, in danno di una parte del giudizio, di una decadenza od una preclusione prima esclusa.

[72] R. Chenal, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la nozione di quarta istanza*, in *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Edizione Scientifica, 2016, p. 15.

dell'articolo 13 CEDU[73] 74. Spesso però la Corte preferisce analizzarlo al fine di valutare l'esistenza della base legale.

Così come la "legge" e la giurisprudenza, anche il controllo di conformità deve possedere una certa "qualità". Infatti, "*in order to protect a person against arbitrariness, it is not sufficient to provide a formal possibility of bringing adversarial proceedings to contest the application of a legal provision to his or her case. Domestic courts must undertake a meaningful review of the authorities' actions affecting rights under the Convention in order to comply with the lawfulness requirement*"[74]. I tribunali nazionali devono quindi verificare, a loro volta, che l'ingerenza posta in essere dalle autorità nazionali sia rispettosa del principio di legalità nella sua versione convenzionale. Ciò implica che i tribunali accertino non solo la conformità "formale" dell'ingerenza, ma anche gli altri aspetti che sono stati esposti in precedenza e tra questi, in particolare, quello della sua prevedibilità in concreto. L'assenza di un tale controllo obbliga la Corte europea ad analizzare la conformità dell'ingerenza in prima battuta senza il "filtro" del giudice nazionale e a svolgere quindi il ruolo di giudice di prima istanza anche in relazione al diritto interno.

Laddove siano i giudici nazionali a verificare il rispetto del principio di legalità europeo, il controllo della Corte europea sarà decisamente più limitato: per quanto riguarda la conformità "formale" dell'ingerenza, si limiterà a "sanzionare" decisioni interne manifestamente arbitrarie o irragionevoli; per quanto riguarda gli altri elementi, la Corte prenderà atto dei materiali normativi alla base dell'ingerenza e, senza entrare nel merito della correttezza dell'utilizzo di tale materiale alla luce del parametro del diritto interno, valuterà se i tribunali hanno sufficientemente motivato in relazione all'accessibilità e prevedibilità dell'ingerenza. Questo scenario garantisce il pieno rispetto del principio di sussidiarietà e allo stesso tempo una piena giustiziabilità a livello nazionale ed europeo del principio di legalità convenzionale.

---

[73] *Silver c. Regno Unito*, cit., § 90.
[74] *Y.Y. c. Russia*, n. 40378/06, 23 febbraio 2016, § 50.

DAL CASO BOLZANETO ALLA NUOVA LEGGE. DEFINIRE LA TORTURA PER NON VEDERLA PIÙ

*di Mario Chiavario**

Bolzaneto: un nome che, associato ai fatti di Genova del luglio 2001, evoca ricordi pesantissimi per la nostra coscienza civile. È necessario ripeterlo e rifletterci su perché è ritornato in primo piano grazie a un paio di sentenze depositate giovedì, con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo, sulla base di dati di fatto inoppugnabili, ha esteso agli atti compiuti in quella caserma la qualifica di tortura che un anno fa aveva già bollato le violenze perpetrate nella Scuola Diaz.

Identità di conclusioni, dunque, il che non deve certo indurre a minimizzare la portata di queste ulteriori pronunce, quasi che il 'déjà vu' ne suggerisse la rapida archiviazione in qualche angolo riposto della memoria oscurando l'intrinseca gravità degli accadimenti: persone, almeno in quei momenti, inermi – dice Corte, all'esito di una dettagliata motivazione – sono state «trattate come oggetti nelle mani dei pubblici poteri» e costrette a vivere, «per tutta la durata della loro detenzione, in un luogo di 'non-diritto' in cui le garanzie più elementari erano state sospese».

Né può valere, per stendere un velo d'indulgenza, la consapevolezza dei crimini ancora più gravi contro l'umanità che ogni giorno, in tante parti del mondo, vengono commessi, da servitori di poteri brutali, statali e non, o da 'ribelli' di vario genere. Non meno amara, d'altronde, la lettura di una terza sentenza – coeva a quelle sui fatti 'della Bolzaneto' – che a sua volta ha condannato il nostro Paese per torture inflitte ad Asti nel dicembre 2004 contro due persone detenute: vicenda, certo, più circoscritta e dai risvolti meno clamorosi, ma non meno allarmante proprio perché, almeno apparentemente, riportabile a un contesto di minore eccezionalità.

Forse, è però utile soffermarsi anche sul 'dopo', cioè su quel che è accaduto posteriormente alle une e alle altre torture: penalmente assolti, gli agenti della polizia penitenziaria astigiana; beneficiari di prescrizione o di altri colpi di spugna, gli imputati delle violenze consumate nella caserma ligure; e lapidariamente sconcertata e sconcertante una constatazione: «nessuno ha passato un sol giorno in prigione per i (mal)trattamenti inflitti». Suona poi

---

* *Sono due modesti contributi, che palesemente non hanno alcuna pretesa di apparire come scritti scientifici; ma forse non presumo troppo se nutro una speranza: che possa trasparirvi uno spirito non lontano da quello che ha animato Paulo Pinto de Albuquerque nella sua attività, sapiente e appassionata, di giudice europeo, il quale nei diritti umani ha creduto davvero.*

severo un monito che la Corte si sente costretta a ribadire, avvertendolo inascoltato: «In ogni caso (…) quando sono agenti dello Stato ad essere incolpati di reati che implicano maltrattamenti, è necessario che essi siano sospesi dalle loro funzioni durante l'istruttoria o il processo e che ne siano rimossi in caso di condanna» (naturalmente, si presuppone che si tratti, non di una mera denuncia, magari calunniosa o comunque palesemente infondata, ma di effettivi indizi a carico di chi agisce in nome dello Stato democratico di diritto).

Ma soprattutto pesa come un macigno un altro rilievo: circa i fatti di Genova, 'determinante', per far guadagnare a parecchi colpevoli l'impunità, è stata una «deplorevole mancanza di cooperazione della polizia con le autorità giudiziarie incaricate delle indagini». Nell'insieme, ad essere evidenziata dalla Corte quale causa delle deviazioni denunciate è un'insufficienza strutturale di sistema, che ha frustrato alla radice i pur lodevoli sforzi della magistratura per accertare i fatti e infliggere adeguate sanzioni: l'assenza, all'epoca, di un'esplicita incriminazione della tortura come reato specifico. Per porvi rimedio, com'è noto, è stata recentemente varata una legge, della quale le sentenze di cui si tratta prendono atto, limitandosi però a constatare di non poterne tener conto nei giudizi sui fatti portati al loro esame (tutti anteriori).

Nessuna valutazione, invece, sull'idoneità della legge a rappresentare davvero, per il futuro, un efficace baluardo contro ogni tipo di violenze del genere di quelli condannati a Strasburgo. E a tener viva l'incertezza rimangono le forti perplessità suscitate dalla definizione di tortura che con la legge stessa si è voluta dare (ben più ristretta della nozione risultante dagli standard internazionali), in particolare pretendendosi che le condotte violente, per essere punibili a questo titolo in Italia, debbano essere ripetute più volte. Come cittadini del mondo e come cristiani osiamo sperare che la parola 'tortura' diventi un arcaismo di per sé incomprensibile ma sappiamo che oggi questa è un'utopia. Come italiani dovremmo, però, almeno volere tutti, non che quella parola esca dal nostro vocabolario o ne sia ridotta ai minimi termini, ma piuttosto che non ci tocchi più leggerla a condanna di fatti accaduti nel nostro Paese.

Ne ha diritto, in special modo, la stragrande maggioranza degli appartenenti alle forze dell'ordine, che fanno quotidianamente il loro dovere: compresi, in primo luogo, i molti che in circostanze difficilissime – come quelle alimentate dalla guerriglia urbana scatenatasi sedici anni or sono per le vie di Genova o quelle che si determinano nelle carceri per la prepotenza di certi detenuti – hanno saputo e sanno mantenere ed esercitare il dovuto rispetto per i diritti e la dignità di tutti. Questa è la vera forza della legge.

SUL BOSS PROVENZANO GIUSTA SEVERITÀ SÌ MA DISUMANITÀ MAI

di Mario Chiavario

La notizia è di quelle che di primo acchito fanno arricciare il pelo. L'Italia condannata a Strasburgo per il regime di massima sicurezza inflitto a uno dei più spietati boss mafiosi, Bernardo Provenzano... come può essere? E giù immediati commenti, irritati e sprezzanti per il nuovo colpo basso inferto al nostro Paese da un'Europa, stavolta addirittura connivente o succube di "Cosa nostra". Forse, è il caso di fare un po' di chiarezza. Per cominciare, la Corte europea dei diritti umani, che ha emesso la sentenza sotto accusa, non c'entra nulla con l'Unione Europea dei 28, ma è un organo di quel Consiglio d'Europa, che riunisce un numero maggiore di Stati e che trova le sue radici nei primi anni del secondo dopoguerra novecentesco. È un tribunale di cui, nelle cause che coinvolgono l'Italia, fa parte anche un giudice italiano; come tutti i giudici può essere legittimamente criticata e lo è stata, anche su queste colonne, a esempio per certe discutibili espansioni del "diritto alla vita privata" a detrimento di altri diritti e princìpi fondamentali; ma non merita le rozze definizioni, che si sono sentite in queste ore anche da alcuni nostri ministri, come "inutile baraccone" (Salvini) o come insieme di persone "che non sanno di cosa parlano" (Di Maio). In secondo luogo, quella sentenza – pronunciata all'unanimità dalla sezione della Corte cui la causa era stata affidata – non mette affatto in discussione, sotto alcun aspetto, il regime del 41-*bis*. Lo ha fatto, la Corte europea, in altre occasioni, sotto aspetti più o meno marginali (e lo ha fatto anche la nostra Corte costituzionale), senza peraltro mai negare il diritto degli Stati, e in particolare dello Stato italiano, di adottare strumenti, anche duri come questo, per la difesa dalle più pericolose insidie di una criminalità organizzata priva di scrupoli e di umanità. Stavolta non si è neppure spinta a tanto. Si è limitata a censurare il fatto che negli ultimi mesi della sua vita il boss di Corleone fosse stato tenuto in condizioni restrittive non più giustificate dal suo stato di salute fisica e psichica avendo perso finanche le più essenziali facoltà cognitive; e ha giudicato che ciò comportasse un trattamento inumano e degradante in contrasto con l'articolo 3 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo, stipulata a Roma nel 1950; contemporaneamente la sentenza ha respinto le richieste dei familiari di Ziu Binnu, di estendere la condanna agli anni di detenzione precedentemente trascorsi da lui in carcere. Si potrà discutere se, di fatto, le premesse circa le condizioni di salute della persona fossero proprio quelle; e verosimilmente ed ineccepibilmente lo potrà fare il Governo italiano contestando il verdetto davanti a quello che nell'organigramma di Strasburgo può essere considerato una sorta di organo d'appello: la Grand e Chambre (la

"Grande Camera"). Ma se si grida oggi che "il 41-*bis* non si tocca" si sbaglia obiettivo. Ciò che, in realtà, d'importante la Corte europea ci ricorda con questa sentenza è un'altra esigenza, tanto più opportunamente quando essa torna a essere oscurata nell'imbarbarimento di questi tempi. Ed è che neppure al peggiore dei delinquenti, una volta privato dalla natura della possibilità di nuocere, si devono infliggere sofferenze ingiustificate: ne va del senso di umanità e del riconoscimento della dignità di ogni essere umano in quanto tale. Pensare e agire altrimenti non è giustizia e non è nemmeno il modo più efficace per fare guerra alla mafia; è soltanto cedere alla logica della vendetta. E irridere chi la pensa diversamente è una vergogna.

Sono due modesti contributi, che palesemente non hanno alcuna pretesa di apparire come scritti scientifici; ma forse non presumo troppo se nutro una speranza: che possa trasparirvi uno spirito non lontano da quello che ha animato Paulo Pinto de Albuquerque nella sua attività, sapiente e appassionata, di giudice europeo, il quale nei diritti umani ha creduto davvero.

DIRITTI MIGRANTI. IL *JUDICIAL BORROWING* COME STRUMENTO DI PROTEZIONE DEI DIRITTI A LIVELLO TRANSNAZIONALE

di Sofia Ciuffoletti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Mal nommer les choses…* – 3. Un caso di studio. Il diritto di voto dei detenuti da Israele a Hong Kong. – 4. Conclusione. Dialogo, prestito, migrazione.

1. Introduzione

In anni recenti si è imposto all'osservazione dei teorici del costituzionalismo contemporaneo un fenomeno che ha aperto nuovi scenari di riflessione teoretica, spingendo la dottrina a spiegazioni ermeneutiche contrapposte.

Si tratta del fenomeno che è stato entusiasticamente battezzato "dialogo tra corti". La scelta di questo termine e il denso portato semantico che ne deriva, costituiscono ormai da tempo l'arena di un dibattito che oscilla tra l'affermazione del valore palingenetico della pratica e il rifiuto critico o negazionista della stessa.

Il presente saggio intende muoversi all'interno di questo fenomeno giuridico, tentando di operare una decostruzione di significato e una ri-contestualizzazione dell'interazione transnazionale tra corti, a partire dai contesti rilevanti e dalle traiettorie giurisprudenziali in cui si muovono gli attori della pratica. Sono state, infatti, le *underdog courts*, le corti poste alla periferia della comunità giuridica globale[1], a inaugurare la tendenza all'utilizzo di decisioni straniere a fini argomentativi e a queste occorre pagare pegno quando si intendono rintracciare i contesti rilevanti per l'osservazione della pratica.

---

[1] Per una discussione dell'"etnocentrismo" e della "perifericità" si veda M. NICCOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe. L'eredità europea, il diritto tradizionale*, Filodiritto, Bologna, 2015, pp. 24 e ss. e A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 60 ss. In controtendenza, rispetto alla tradizione di analizzare il dialogo a partire dalle corti più prestigiose della civiltà giuridica occidentale, lo studio pionieristico di A. LOLLINI, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Diritto Pubblico comparato ed europeo* 9, 1: 479-523.

2. *Mal nommer les choses…*

Come ricordavamo, è ormai radicata l'immagine evocativa del dialogo per descrivere sinteticamente una serie complessa di interazioni giurisprudenziali a livello transnazionale.

Parlare di dialogo o comunicazione[2] tra corti, seppur evocativa, appare espressione elusiva e necessita di una contestualizzazione alla luce delle trame concrete del fenomeno.

In primo luogo il fenomeno dialogico viene spesso presentato come un portato originale della contemporaneità giuridica. D'altra parte, come l'analisi storiografica mostra, l'influenza della giurisprudenza straniera all'interno del processo argomentativo dei giudici, come ricorda la stessa Slaughter[3], è un fenomeno che si manifesta storicamente, pur con caratteristiche e significati multiformi, fin dai primordi della modernità giuridica[4]. Possiamo suddividere il tracciato storico della pratica secondo contesti rilevanti per la sua manifestazione, come l'ambito del *Commonwealth*, il sistema giuridico coloniale, il primato costituzionale della giurisprudenza della Corte suprema statunitense (almeno dal secondo dopoguerra fino agli anni Novanta del XX secolo), lo spazio giuridico europeo.

In tali ambiti, infatti, troviamo in azione meccanismi, più o meno pronunciati, di recezione giurisprudenziale caratterizzata da una precisa geografia di "donatori" di giurisprudenza e "beneficiari" della stessa, in un sistema chiuso e definito di relazioni.

La particolare caratteristica che accomuna tali esperienze consiste nello spazio strategico all'interno del quale si svolge la relazione recettizia: stiamo, infatti, parlando di comunità giuridiche che formano un sistema relativamente chiuso di scambio, sistema in cui la relazione tra *donors* e *borrowers* appare, in vario modo, giustificata, anche se non formalmente imposta.

Secondo i fautori del paradigma dialogico è possibile registrare, a partire dagli anni Novanta del Ventesimo secolo, un cambiamento significativo nell'atteggiamento delle corti, cambiamento che si inserisce in un contesto globale in mutamento[5]. Facendo riferimento al capitale di riferimenti a giurisprudenze straniere, infatti, alcune corti costituzionali, supreme, sovranazionali hanno cominciato a intessere un dialogo a livello orizzontale, volontario

---

[2] Si veda tra tutte, A.M. Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, 29, *University of Richmond Law Review*, 1994.

[3] Id., *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004, p. 71.

[4] Si veda a proposito il saggio di P.K. Tripathi, *Foreign Precedents and Constitutional Law*, in *Columbia Law Review*, 57(3), 1957, p. 319 ss. e D.S. Law – W.-C. Chang, *The Limits of Global Judicial Dialogue*, in *Washington Law Review*, 86, 2011 pp. 528-540.

[5] Cfr. Slaughter, A New World Order, cit. e C. L'Hereux-Dubé, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Renquist Court*, 34, in *Tulsa Law Journal*, 1998.

e non gerarchico, che si basa sulla presa di coscienza del corpo giudiziario di partecipare a un circuito globale multilivello, con lo scopo primario di tutelare i diritti degli individui.

In questo contesto, i teorici del paradigma dialogico insistono sullo scarto qualitativo e non tanto quantitativo rispetto alle esperienze del passato, sottolineando che la pratica attuale si differenzia per una serie di caratteristiche: l'identità dei partecipanti, la dimensione interattiva del processo, i motivi della pratica e la costruzione cosciente di una comunità globale di interpreti.

Ora, l'analisi di questo mutamento genetico coglie un dato concreto, connesso alla de-territorializzazione del diritto e alla crisi dello stato di diritto nelle varie dimensioni presentateci da Santoro[6].

La prospettiva di un dialogo paritario e non gerarchico, però, necessita una verifica. Presuppone, infatti, la biunivocità del prestito giurisprudenziale, l'indifferenza degli attori e dei contesti di riferimento, la creazione di una comunità orizzontale di corti che inseguono palingeneticamente lo stesso fine.

Andare a studiare i luoghi giurisprudenziali del manifestarsi della pratica nella versione attuale, significa abbandonare molto presto la visione orizzontale dell'interazione giudiziale. Il caso di studio scelto disvela i contesti, gli attori e i temi rilevanti dell'opera di aperta citazione di giurisprudenza straniera, svolta da corti domestiche e internazional-regionali.

3. Un caso di studio. Il diritto di voto dei detenuti da Israele a Hong Kong

È stata recentemente avanzata l'ipotesi per cui i fenomeni di *judicial borrowing* occorrerebbero in prevalenza nei cosiddetti *hard cases*[7]. D'altra parte, sono proprio questi i momenti giuridici in cui, sia sul terreno prettamente politico, che sul piano del rapporto tra comunità degli interpreti e opinione pubblica, rischiano di prodursi le più accese critiche alle decisioni giudiziali. Fatalmente, come nel caso della depenalizzazione del reato di omosessualità da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti nel famoso caso *Lawrence v. Texas*[8], una facile leva per la critica, endogena ed esogena, è

---

[6] E. Santoro, *Diritto e diritti. Lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008.

[7] Così E. Mak, *Judicial Decision-Making in a Globalised World. A comparative analysis of the changing practices of western high courts*, Hart Publisging, Oxford and Portland, Oregon, 2015, p. 230. Si veda anche A. Barak, *The Judge in a Democacy*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1998, così come citato in E. Mak, *op. cit.*, e per il concetto di *hard cases*, R. Dworkin, Law's Empire, Hart Publishing, Oxford, 1998).

[8] *Lawrence v. Texas* 123 S. Ct. 2472, 2484 (2003). La decisione invalida uno statute texano, la cosiddetta *Sodomy law* [Tex. Penal Code Ann. § 21.06 (a)], che sanzionava il reato di

rappresentata proprio dal riferimento al precedente della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[9]. La tensione rispetto al teorema montesquieuiano-rousso-viano del giudice *bouche de la loi* e alla dottrina liberale dello stato di diritto che il riferimento a fonti extra-sistemiche ed extra-territoriali ingenera, costituisce uno dei punti chiave per capire la pratica del *judicial borrowing*, il suo carattere episodico e non sistematizzabile e le inversioni di tendenza che costituiscono nodi particolarmente significativi all'interno della trama di citazioni interrelate.

Uno dei casi che meglio illustra la pratica e che coinvolge alcuni degli attori principali di questa complessa rete a livello transnazionale riguarda il tema del diritto di voto dei detenuti, non a caso una questione che si situa alla base della teoria democratica e ne costituisce un punto critico, se osservato nell'ottica della novellata massima "*no incarceration, without representation*".

Sul piano della giurisprudenza globale, il caso che dà origine alla riflessione giudiziale sul potere di porre limiti al principio del suffragio universale per condanna penale definitiva è *Hila Alrai v. Minister of Interior and Ygal Amir*[10]. La sentenza concerne l'affermazione del diritto di voto per i detenuti affrontato, significativamente, dalla Corte Suprema di Israele nel caso di Ygal Amir, l'assassino del premier Yitzhak Rabin. La corte israeliana afferma l'inviolabilità del diritto di voto dei detenuti nel caso *Alrai*, argomentando sulla base della necessaria separazione tra il "*contempt for his act*" e il "*respect for his right*" e facendo riferimento, in analisi critica, alla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti[11].

---

sodomia tra adulti consenzienti, ponendo l'accento sulla violazione del diritto di libertà previsto dalla *due process clause* del XIV Emendamento. Tale evoluzione del concetto di *privacy* viene sostenuta dal giudice Kennedy, estensore per la maggioranza, sulla base del fatto che, sul punto, l'America deve ormai prendere atto delle esperienze giurisprudenziali straniere; capovolgendo così l'impostazione, fino ad allora dominante, di *Bowers v. Hardwick*, in cui il giudice Burger basava la costituzionalità della sodomy law sull'assunto che "la pratica dell'omosessualità" si scontrava con la "storia della civiltà occidentale e i principi etici e morali giudaico-cristiani": *To the extent Bowers relied on values we share with a wider civilization, it should be noted that the reasoning and holding in Bowers have been rejected elsewhere. The European Court of Human Rights has followed not Bowers but its own decision in Dudgeon v. United Kingdom.*

9 Si veda, su tutte, la *dissenting opinion* in *Lawrence* cit., del giudice Antonin Scalia: "*The Court's discussion of these foreign views (ignoring, of course, the many countries that have retained criminal prohibitions on sodomy) is therefore meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since 'this Court ... should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans'. Foster v. Florida, 537 U. S. 990, n. (2002) (Thomas, J., concurring in denial of certiorari)*". Si Veda, inoltre la dissenting opinion dello stesso giudice nella sentenza *Roper v. Simmons*. 543 U.S. 551 (2005).

10 H.C. *Hilla Alrai v. Minister of Interior and Ygal Amir* 2757/96 (1996).

11 *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), come citato in Alrai: 23.

La rete si dipana da Israele per giungere in Sudafrica, con la sentenza della Corte costituzionale, *August and Another v. Electoral Commission and Others*[12] che afferma l'obbligazione positiva dello Stato di predisporre i mezzi per permettere ai detenuti di fruire del diritto di elettorato attivo all'interno degli istituti penitenziari, facendo diretto riferimento a giurisprudenza degli Stati Uniti[13], dello Zimbabwe e del Canada[14].

Proprio il Canada è il contesto a cui la Corte sudafricana guarda per forgiare la massima, costantemente ripresa dalla giurisprudenza successiva, secondo cui:

> *The universality of the franchise is important not only for nationhood and democracy. The vote of each and every citizen is a badge of dignity and of personhood. Quite literally, it says that everybody counts.*

A fondamento e sostegno di questo principio è posto il riferimento alla giurisprudenza canadese, di pochi anni precedente, per cui:

> *All forms of democratic government are founded upon the right to vote. Without that right, democracy cannot exist. The marking of a ballot is the mark of distinction of citizens of a democracy. It is a proud badge of freedom*[15].

È interessante notare come la citazione canadese, diretta e richiamata ispirazione del giudice sudafricano, differisca nel nucleo basilare dalla massima in *August* e funga da schema di riferimento più formale che sostanziale. Il giudice sudafricano sta, infatti, spostando il fuoco dell'attenzione giuridica dal diritto di voto nella dimensione democratica e *nation-oriented* (supportata nella declinazione canadese) alla versione personalistica, collegata alla dignità, concetto che sembra quasi un neurone-specchio del fenomeno del *judicial borrowing*.

---

[12] *August and Another v Electoral Commission and Others (*CCT8/99) [1999] ZACC 3; 1999 (3) SA 1; 1999 (4) BCLR 363 (1 April 1999).

[13] Ivi, §§ 21-22 si cita *O'Brien v Skinner*, [1974] USSC 11; 414 US 524 (1973): §§ 528, 530 e la *concurring opinion* del giudice Marshall 532-3: "*…[N]or can it be contended that denial of absentee ballots to [prisoners] does not deprive them of their right to vote any more than it deprives others who may 'similarly' find it 'impracticable' to get to the polls on election day …; here, it is the State which is both physically preventing [the prisoners] from going to the polls and denying them alternative means of casting their ballots. Denial of absentee registration and absentee ballots is effectively an absolute denial of the franchise to these [prisoners]*".

[14] Ivi, § 18 in cui si cita *Haig v Canada* 105 DLR (4th) 577 (SCC) e *Sauvé v Canada* (Attorney General) 7 OR (3rd) 481 (CAO), (Arbour JA) § 488: "*[I]ncarceration conditions should be made, as far as possible, compatible with the fullest possible exercise of the right to vote rather than advanced as a reason to deny that right altogether*").

[15] *Haig v Canada*, cit., § 613 (Cory J).

Come osservato da McCrudden[16], proprio intorno al concetto di dignità si è formato un pulviscolo aggregato di fertilizzazione incrociata[17] (dagli Stati Uniti al Canada, da Israele al Sudafrica, dalla Germania all'Ungheria e all'India). Questo aggregato di citazioni giurisprudenziali intorno al principio della dignità umana non costituisce un sistema coerente di significato, uno strumento logico-giuridico di stoffa universale, pronto all'uso mediante semplice importazione, quanto (e questa conclusione appare paradigmatica per la interpretazione del fenomeno del *judicial borrowing*) un mezzo argomentativo da plasmare a seconda del contesto locale, un viatico capace di rimodulare il concetto di "diritti universali" e renderli performativi all'interno delle comunità di riferimento e filtrati attraverso i fatti di causa. La concretizzazione del concetto di dignità umana attraverso il prisma del caso singolo e del contesto di riferimento è uno dei mezzi utilizzati, all'interno del fenomeno del *judicial borrowing*, per passare dal globalmente valido al localmente effettivo, dall'universalismo dei principi al pluralismo dei diritti.

Altre tappe marcano la modulazione pretoria del diritto di voto dei detenuti, osservata attraverso la lente del prestito giudiziale. Il Canada, infatti, con la sentenza *Sauvé v. Canada* (n. 2)[18] torna sulla questione del diritto di voto dei detenuti. A seguito della sentenza già citata dai giudici sudafricani[19], che dichiarava l'incostituzionalità di un *blanket ban* del diritto di voto dei detenuti, era stata introdotta una legge di riforma del sistema canadese che prevedeva il *disenfranchisement* solo per i condannati a pena superiore a due anni. Con la *Sauvé* (n. 2), il giudice McLachlin, estensore per la maggioranza, facendo riferimento alla giurisprudenza sudafricana in *August*, accoglie la lezione sudafricana e collega il diritto di voto alla dignità umana:

> *More broadly, denying citizens the right to vote runs counter to our constitutional commitment to the inherent worth and dignity of every individual. As the South African Constitutional Court said in August v. Electoral Commission, 1999 (3) SALR 1, at para. 17, "[t]he vote of each and every citizen is a badge of dignity and of personhood. Quite literally, it says that everybody counts."*

La *dissenting opinion* del giudice Gonthier mostra un ulteriore esempio della tecnica argomentativa del *judicial borrowing*. Facendo riferimento a una pluralità di esperienze giurisprudenziali, Gonthier afferma che il diritto

---

[16] C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, 19, 4: 655-724.

[17] McCrudden parla di *cross-fertilization*, espressione che è diventata uno dei termini sinonimici utilizzati per fare riferimento al fenomeno di cui trattiamo, cfr. C. McCrudden, *op. cit.*, p. 694 e ss.

[18] *Sauvé v. Canada* (Chief Electoral Officer), [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68.

[19] V. nota n. 12.

di voto ammette limitazioni. In particolare e strategicamente, Gonthier fa riferimento alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e specificamente al caso *Mathieu-Mohin and Clerfayt*[20], per dichiarare che il diritto di elettorato attivo non è assoluto (neanche per l'evolutiva giurisprudenza di Strasburgo, sembra dire il *dissenter*), ammette invero un ampio margine di apprezzamento per gli Stati membri del Consiglio d'Europa.

La saga continua con un colpo di coda del governo sudafricano che introduce una pesante limitazione al diritto di voto dei detenuti con una legge[21] che priva del diritto di elettorato attivo, indiscriminatamente, ogni detenuto a una pena penitenziaria non convertibile (*imprisonment without the option of a fine*). La Corte costituzionale sudafricana reagisce printamente con la sentenza *N.I.C.R.O*[22]. Rileggendo con approfondita analisi le due sentenze canadesi *Sauvé* nn.1 e 2, il giudice Chaskalson per la maggioranza conclude per l'incostituzionalità della nuova legge, utilizzando le citazioni più utili tratte proprio dalle sentenze canadesi.

In questo caso, infatti, non si tratta più di obbligare gli stati a rendere effettivo un diritto che esiste già, ma di valutare la costituzionalità di una precisa scelta di politica penale limitativa dei diritti. Da qui, la scelta oculata degli argomenti dei colleghi canadesi:

> *The Supreme Court of Canada divided 5 to 4 on the decision. The majority took the view that the government had failed to establish a rational connection between the denial of prisoners' right to vote and the objectives of enhancing respect for the law and ensuring appropriate punishment. McLachlin CJ, writing for the majority, said: "The right of all citizens to vote, regardless of virtue or mental ability or other distinguishing features, underpins the legitimacy of Canadian democracy and Parliament's claim to power. A government that restricts the franchise to a select portion of citizens is a government that weakens its ability to function as the legitimate representative of the excluded citizens, jeopardises its claims to representative democracy, and erodes the basis of its right to convict and punish law-breakers*"[23].

Il passo successivo della nostra storia è rappresentato dalla sentenza *Hirst v. U.K.24* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, già chiamata in causa nella *dissenting opinion* del giudice Gonthier[25].

---

[20] *Mathieu-Mohin and Clerfayt c. Belgique*, 9267/81, 2 marzo 1987.
[21] Electoral Laws Amendment Act 1 (the Amendment Act), Act 34 of 2003.
[22] *Minister of Home Affairs v National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO) and Others* (CCT 03/04) [2004] ZACC 10; 2005 (3) SA 280 (CC); 2004 (5) BCLR 445 (CC) (3 March 2004).
[23] Ivi, § 61, la citazione
[24] *Hirst v. The United Kingdom* (No. 2) [GC]*, 74025/01*, 6 Ottobre 2005.
[25] V. *supra*.

La sentenza è uno dei (rari, ma progressivamente sempre più frequenti) esempi di *judicial borrowing* operato dalla Corte strasburghese che all'interno delle fonti rilevanti cita la giurisprudenza canadese *Sauvé* (n.2) e la sudafricana *August* a supporto dell'affermazione di violazione dell'art. 3 del I Protocollo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, da parte del Regno Unito.

Altri passaggi seguono il paradigma del *judicial borrowing* per dichiarare l'incostituzionalità di previsioni legislative poste a limitazione del diritto di voto dei detenuti, in particolare ricche di citazioni alla storia giurisprudenziale appena descritte appaiono le sentenze australiana *Roach* e la sentenza *Chan Kin Sum* della High Court di Hong Kong[26] e la trama sembra infittirsi. D'altra parte, come il prosieguo della vicenda europea dimostra, la complessa rete di rimandi giurisprudenziali non si snoda lungo assi e tracciati univoci e netti.

Come è noto, la sentenza Hirst è stata variamente criticata, almeno a due livelli. In primo luogo dagli stessi *dissenter judges* proprio sul punto dell'analisi di giurisprudenza straniera che appariva più approfondita della ricerca condotta sul diritto dei vari stati membri (alla ricerca del famoso e fumoso *consensus* degli stati membri)[27]. In secondo luogo e aspramente, dall'establishment politico inglese[28], che a distanza di dodici anni non ha ancora risposto con una legge "*conventionally correct*" alla questione del diritto di voto dei detenuti.

Il braccio di ferro tra la Corte Edu e il governo inglese (pur alimentato da altre sentenze di condanna, fra cui una sentenza pilota nel caso *Greens and M.T. v. U.K.*[29]) ha visto arretrare la Cedu rispetto alla propria decisione

---

[26] Si vedano, *inter alia*, il caso australiano *Roach v. Commonwealth* [2007] HCA 43 (26/09/2007, High Court of Australia) e quello di Hong Kong, *Chan Kin Sum v. Secretary for Justice* [2009] 2 HKLRD 166 and [2008] 6 HKC 486.

[27] Cfr. la *Joint Dissenting Opinion* in *Hirst*, cit., dei giudici Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler e Jebens: "*The majority submit that 'it is a minority of Contracting States in which a blanket restriction on the right of serving prisoners to vote is imposed or in which there is no provision allowing prisoners to vote' (see paragraph 81 of the judgment). The judgment of the Grand Chamber – which refers in detail to two recent judgments of the Canadian Supreme Court and the Constitutional Court of South Africa – unfortunately contains only summary information concerning the legislation on prisoners' right to vote in the Contracting States*".

[28] È ormai storica la frase di David Cameron, al tempo primo ministro inglese, che riguardo alla sentenza della Cedu e alla sua implementazione da parte del Governo inglese: "*David Cameron has made clear that prisoners will not get the vote as long as he is Prime Minister. Nothing is going to change. He has made clear that the idea of them getting the vote makes him physically sick*". Fonte: http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/11911057/David-Cameron-I-will-ignore-Europes-top-court-on-prisoner-voting.html.

[29] *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, 60041/08 and 60054/08, 23 novembre 2010.

in *Hirst*. Con la successiva sentenza *Scoppola (n.3)*[30], infatti, la Corte decide per la non violazione della normativa italiana sulla pena accessoria dell'interdizione *perpetua* o temporanea dai pubblici uffici. La valutazione della convenzionalità della normativa italiana sembra il frutto di una Corte completamente diversa da quella che si era espressa pochi anni prima in *Hirst*. La rete si interrompe ed è difficile immaginare che, su questo tema, la Cedu rappresenti ancora un orizzonte ricco in autorità persuasiva esterna. Le questioni di autonomia e autorità nella scelta dei potenziali *donor* non sono secondarie e la mancata coerenza del ragionare dei giudici di Strasburgo sul tema che ci interessa priva fatalmente di appeal la giurisprudenza della corte europea.

La questione sottesa riguarda chiaramente i limiti di una Corte internazional-regionale, del procedimento di esecuzione dei giudizi della Corte da parte del Comitato dei Ministri, la fibrillazione giurisprudenziale in caso di mancato spontaneo adeguamento da parte di uno stato membro (in particolare se questo stato si chiama Regno Unito), ma sotto lo specifico angolo di osservazione del *judicial borrowing* ci permette disegnare una prima bozza tassonomica della pratica.

4. Conclusione. Dialogo, prestito, migrazione

Un'immagine fortunata che può descrivere il panorama giurisprudenziale globale, anche alla luce della pratica del *judicial borrowing*, è quella, offerta da Ferrarese, di frontiera costituzionale[31]. La frontiera costituzionale, come la frontiera americana descritta da Turner[32], rappresenta una linea frastagliata e irregolare con connessioni e rotture continue e caratterizzata da forte mobilità. In questo senso si spiega come su molti temi le convergenze globali si attestino su livelli inaspettati e come l'idea della creazione di uno spazio habermasiano pacificato sia difficile da immaginare. Allo stesso modo, il caso di studio proposto espone i limiti di una visione sistematica, paritaria e orizzontale della pratica, così come perde consistenza l'idea di una comunità dialogica che forgia, in un incessante sforzo congiunto, un nucleo di diritti universali a livello globale.

Le Corti che abbiamo visto in azione sembrano utilizzare la giurisprudenza straniera in una sorta di libera attività di presa in prestito giudiziale. Il *judicial borrowing* in azione presuppone, infatti, che non si importino acriticamente nel proprio contesto giuridico le argomentazioni elaborate da corti

---

[30] *Scoppola c. Italie* (n. 3), [GC], 26/05, 22 maggio 2012.

[31] M.R. Ferrarese, *When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism*, vol. 9, iss. 1 (Frontiers), Article 2, in *Global Jurist*, 2009, p. 6.

[32] F.J. Turner, *The Frontier in American History*, Yale University Press, New Haven, 1920.

straniere al fine di conformare il proprio modello giuridico a un paradigma valoriale superiore. Al contrario, le corti che abbiamo visto ragionare intorno al diritto di voto dei detenuti hanno costruito le proprie argomentazioni sulla base dell'utilità che i richiami proposti offrivano rispetto alla decisione del caso singolo. Così come visto per il concetto di dignità, infatti, la trasposizione di argomenti giuridici stranieri assomiglia molto di più a un prestito che a un dialogo biunivoco.

Prendere in prestito, infatti, pur se giustificato esternamente dall'idea di partecipazione a una comunità globale di tipo costituzionalizzante, implica un atto volontario e individualista e offre al giudice uno strumento per avvalorare la propria argomentazione, dotandola di forza persuasiva, attraverso un'operazione di rimodulazione, di adattamento, di vero e proprio innesto. In questa prospettiva, il *judicial borrowing* trasporta argomenti giuridici da un sistema a un altro, trascendendo sia i concetti di validità e vincolatività[33], sia quelli di autorità formale delle fonti di diritto. Sorpassando, insomma, i valichi di frontiera degli stati nazionali, in maniera non formale, non preventivabile, in una parola 'irregolare'. In questo senso gli argomenti provenienti da un sistema giuridico straniero entrano senza documenti identificativi e agiscono al di fuori di un vero paradigma di integrazione e sopravvivono solo grazie alla propria utilità.

L'irregolarità formale dell'argomento del *judicial borrowing*, d'altra parte, seppur attestata dalla mancata vincolatività (in taluni ordinamenti la pratica è vista come palesemente sovversiva) è compensata da un ricco investimento in termini di autorità persuasiva. È, infatti, all'interno della formulazione classica del paradigma di *common law* che si rinviene uno degli strumenti principali per la comprensione della pratica del *judicial borrowing*, sia nella dimensione della giustificazione interna che di quella esterna.

Possiamo dire che la tendenza a comparare e a utilizzare strumenti argomentativi appartenenti a tradizioni giuridiche straniere al contesto di riferimento risponda all'intrinseca esigenza di autorità persuasiva a cui aspira il giudice nell'atto di emanare una sentenza.

L'argomento extra-sistemico, riferito a esperienze giuridiche diverse, lontane, straniere mira a un tipo di persuasività discorsiva ben diversa dalla specifica legittimità fornita dalle fonti formali di diritto.

---

[33] Appare evidente come l'argomento del diritto straniero si situi all'interno del novero delle fonti *extra ordinem*, per due ordini di ragioni a seconda che ci si situi negli ordinamenti di *civil law* o di quelli di *common law*. Nei contesti di *civil law*, potremmo dire che la pratica dell'uso del diritto straniero appare doppiamente extra-ordinamentale, in primo luogo in quanto si tratta di fonte non legale o formale del diritto, in secondo luogo in quanto è prodotta da un'esperienza giuridica straniera, tuttavia è fonte che esercita una "efficacia persuasiva". Negli ordinamenti di common law in quanto si tratta di una fonte giurisprudenziale sì, ma prodotta al di fuori dell'ordinamento giuridico di riferimento.

Il giudice nel costruire la particolare interpretazione del diritto, all'interno dell'argomentare di una sentenza, si avvale di questo strumento per influenzare il giudizio sulla giustezza e auspicabilità della propria decisione, in base all'idea secondo cui un'affermazione di diritto acquista verità e ragionevolezza se supportata dal ragionamento di un altro operatore del diritto.

La principale caratteristica dell'autorità persuasiva viene, quindi, definita in negativo rispetto alla nozione di autorità vincolante (*binding authority*). L'autorità persuasiva, infatti, non ha alcuna forza vincolante in sé. Prendendo in prestito l'analisi di Young (a sua volta mutuata da Raz)[34] sul concetto di autorità, possiamo dire che casi dotati di *binding authority* sono autoritativi puramente in virtù di "ciò che sono", piuttosto che in virtù di "ciò che dicono". Per ciò che concerne l'autorità persuasiva sembra essere vero il contrario: se il giudice riconosce, in una fonte non vincolante, un argomento convincente, persuasivo, ecco che la fonte suddetta acquista un'autorità su quel giudice.

Possiamo provare a interpretare il fenomeno dialogico come un particolare strumento offerto al giudice per avvalorare la propria argomentazione, dotandola di forza persuasiva.

Il panorama transnazionale, infatti, mostra le stesse dinamiche di forza dello scenario giudiziale interno: ogni singola corte deve dotare ogni singola decisione di quella forza persuasiva che fornisce senso e al contempo informa il diritto. La forza persuasiva agisce all'interno dello spazio della comunità interpretativa globale, secondo una pratica che ha ormai acquisito una "legittimità pragmatica" e che si è posta come strumento argomentativo principe nel discorso sulla definizione dei diritti fondamentali.

Il successo della giurisprudenza costituzionale, infatti, si attesta a partire dal livello di autorità persuasiva raggiunta dalle corti nel processo argomentativo; in questo senso l'utilizzo di citazioni incrociate si pone come uno strumento efficace, come una delle condizioni di asseribilità messe a punto dalla pratica del diritto delle corti costituzionali nazionali e internazionali nella quotidiana pratica discorsiva intorno alla definizione dei diritti.

---

[34] Cfr. E.A. Young, *Foreign Law and the Denominator Problem*, 119, in *Harv. Law Rev*iew, pp. 148-167, 2005, p. 156: "*The Court thus chooses to treat foreign law as authoritative in Joseph Raz's sense: It treats the mere fact that foreign jurisdictions condemn the juvenile death penalty as a reason to condemn that practice in the United States… But an honest Court would have to admit that it is according some degree of authoritative weight to foreign practice*"; si veda anche H.L.A. Hart, *Essays On Bentham: Jurisprudence And Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1982.

Bibliografia

Barak A., *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1998

Barak A., *Foreword: A Judge Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116, *Harvard Law Review*, 2002.

Black R.C. – Epstein L., *(Re-)Setting the Scholarly Agenda on Transjudicial Communication*, 32, *Law and Social Inquiry*, 2007.

Carozza P.G., *"My Friend is a Stranger": The Death Penalty and the Global Ius Commune of Human Rights*, 81, *Texas Law Review*, 2003.

Fedtke J. – Markesinis B., *Giudici e diritto straniero*, Il Mulino, Bologna, 2009.

Jackson V.C., *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

L'Hereux-Dubé C., *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Renquist Court*, 34, *Tulsa Law Journal*, 1998.

Lollini A., *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Diritto Pubblico comparato ed europeo* 9, 1: 479-523.

McCrudden C., *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human RIghts*, *The European Journal of International Law* 19, 4: 655-724.

Mak E., *Judicial Decision-Making in a Globalised World. A comparative analysis of the changing practices of western high courts*, Hart Publisging, Oxford and Portland, Oregon, 2015.

Santoro E., *Diritto e diritti. Lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008.

Slaughter A.M., *A Typology of Transjudicial Communication*, 29, *University of Richmond Law Review*, 1994.

Slaughter A.M., *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004.

Voeten E., *Borrowing and non-Borrowing among International Courts*, 39, The Journal of Legal Studies, 2010.

LA RADICE *UMANITARIA* DEI DIRITTI FONDAMENTALI E LE SCELTE POLITICHE COME LIMITE "VALICABILE" DAL GIUDICE NAZIONALE. LA LEZIONE, ANCORA ATTUALE, DELLA VICENDA LEGATA AL BOMBARDAMENTO NATO SULLA RADIOTELEVISIONE SERBA DELL'APRILE 1999

di Roberto Giovanni Conti

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. La vicenda del ponte di Varvarin e le decisioni del giudice tedesco. – 3. Corte dir.uomo, 14 dicembre 2006, GC, *Markovic c. Italia*. – 4. Qual è la lezione del caso *Markovic*. – 5. Qualche conclusione.

1. Premesse

In questi ultimi concitati frangenti si è tornato a parlare sempre più spesso in Italia di atto politico, della sua sindacabilità da parte del giudice nazionale e della sua "resistenza" ad incursioni giudiziarie patrocinate dall'esigenza di rispettare i diritti fondamentali.

L'occasione che mi è stata oggi concessa, assai importante e al contempo onerosa, di rendere un omaggio alla figura professionale ed umana di Paulo Pinto De Albouquerque nel momento in cui egli si appresta a lasciare la carica di giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo intendo onorarla con il ricordo di una vicenda giudiziaria che ha coinvolto, a vario titolo, le giurisdizioni nazionali e sovranazionali, dalla quale penso possano trarsi rilevanti insegnamenti per il futuro o, meglio, per affrontare al meglio l'attuale contesto socio-politico che le democrazie occidentali si trovano a dovere fronteggiare, impegnate in situazioni più o meno emergenziali nelle quali i governi nazionali e le istituzioni sovranazionali sono chiamate a scelte delicate nelle quali si confrontano rilevanti interessi nazionali agganciati spesso a opzioni di matrice populista e, appunto, diritti fondamentali delle persone.

Si tratta, per chi scrive, di una scelta che ripercorre alcune riflessioni rese all'indomani della pubblicazione di una pronunzia delle Sezioni Unite (Cass. S.U. n. 8157/2002)[1], incredibilmente sottovalutata dalla dottrina dell'epoca che non ritenne di dedicare alcun approfondimento specifico. Una pronunzia, insomma, incredibilmente sfuggita al grande pubblico degli operatori del diritto, archiviata velocemente anche in relazione al "seguito" che essa produsse innanzi alla Corte edu con la pronunzia che pure sarà qui ricordata. Un silenzio assordante che, ancora oggi, sembra trovare matrice ultima nel

---

[1] R. CONTI, *La guerra* «umanitaria» *in Kosovo:nessuna tutela per le vittime civili dei bombardamenti N.A.T.O.*, in *Corr.giur.*, 2003, 627.

fatto che, in definitiva, i diritti in quel caso in gioco e reclamati non avevano riguardato i "cittadini" ma persone straniere, come tali titolari di diritti fondamentali da riconoscere comunque in scala, se e in quanto meritevoli di protezione agli occhi dello Stato[2].

Il fine delle riflessioni che seguono è, allora, quello di "fare memoria" su quella ferita ancora aperta e sanguinante, anche solo per il rispetto che le persone che persero la vita in quel bombardamento continuano, ancora oggi, a distanza di vent'anni continuano a meritare.

Per procedere nel senso appena indicato si proverà a ripercorrere un fatto accaduto ormai quasi trent'anni fa quando, nella notte del 23 aprile 1999, mentre dal palazzo della radiotelevisione serba *Radio Televizija Srbije* di Belgrado veniva trasmessa un'intervista rilasciata dall'allora Presidente Milosevic ad un'emittente americana, un missile lanciato da aerei della NATO decollati dalla base di Aviano centrava la sede televisiva, provocando non solo il temporaneo oscuramento delle trasmissioni, ma anche la morte di 11 civili, rimasti travolti dal crollo dell'edificio ed il ferimento di cento persone che lavoravano al momento dell'attacco.

"Sulla *Aberdareva ulica,* l'entrata posteriore dove il missile si è infilato in verticale, negli uffici scoperchiati c'è anche sangue. Una grande chiazza rossa, dovuta a chissà quale resto umano che la violenza dello scoppio ha scagliato contro il muro, si nota in mezzo al bianco dell'intonaco spezzato"[3]. Così resocontava il cronista di guerra.

L'attenzione degli occidentali fu all'epoca catalizzata non tanto dal sacrificio umano che quell'atto determinò, quanto dall'opportunità e legittimità di un'offensiva militare orientata a colpire i mezzi di informazione del regime che si intendeva abbattere per ragioni umanitarie[4], peraltro ben presto fallita per l'immediata riattivazione delle trasmissioni televisive ordinata dal governo jugoslavo. Nelle cronache di guerra che a quel tempo arrivavano dal fronte i morti civili, dopo qualche sussulto inorridito, vennero così ben presto dimenticati.

Per altro verso, la Serbia ed il Montenegro, subentrati *medio tempore* alla *ex* Repubblica Federale Jugoslava, intrapresero un'offensiva giudiziaria iniziata il 26 aprile 1999 con la dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte internazionale di giustizia dell'Aja e proseguita con il deposito,

---

[2] Per una critica insuperabile alla visione che riconduce ai non cittadini solo il nocciolo duro dei diritti fondamentali v. A. Ruggeri, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della soldarietà*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, f. 2/2019.

[3] Cfr.il resoconto dell'episodio di cronaca tratto dal quotidiano *Il Corriere della Sera* del 24 aprile 1999 nell'articolo di Renzo Cianfanelli, *Missile sulla tv serba, strage di civili* cui hanno fatto seguito, sulle colonne della stessa testata dei giorni 25 e 26 aprile 1999, gli articoli a firma di Massimo Nava e Gianluca Di Feo.

[4] L'Organizzazione di giornalisti "Reporter senza frontiere" condannava il *raid* definendolo un caso che poteva "stabilire un pericoloso precedente per la stampa".

in data 29 aprile 1999, di dieci ricorsi nei confronti dell'Italia e di altri nove dei 19 Stati membri della NATO, contestarono l'avvenuta violazione di precetti internazionali[5] fra i quali l'ingiustificato attacco di obiettivi non militari – ospedali, scuole stazioni della radio e della televisione – la distruzione di abitazioni[6] e l'uccisione di un numero imprecisato di civili, chiedendo l'adozione di misure cautelari.

La Corte Internazionale di giustizia, con una decisione adottata a maggioranza, ritenne insussistenti i presupposti – e quindi *prima facie* la giurisdizione della Corte stessa – per adottare misure interinali poiché non era stato dimostrato, allo stato degli atti, l'elemento dell'intenzionalità dei bombardamenti che dunque non costituivano di per sé atto di genocidio[7].

In questo contesto le Sezioni Unite della Cassazione furono chiamate a pronunziarsi su un regolamento di giurisdizione promosso dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri nell'ambito di un'azione civile intentata dal procuratore speciale di alcuni cittadini serbi, congiunti di due persone decedute nel bombardamento della radiotelevisione jugoslava.

Alcuni congiunti delle vittime, sostenendo che l'avere scelto come bersaglio l'edificio di un'emittente televisiva costituiva un modo di conduzione delle ostilità rivolto deliberatamente a colpire civili e dunque contrario al Protocollo I aggiuntivo alla Convenzione di Ginevra, avevano infatti convenuto innanzi al Tribunale di Roma la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero della Difesa ed il Comando delle Forze Alleate dell'Europa Meridionale – Afsouth – per sentirli condannare in solido al risarcimento dei danni, patrimoniali e non, patiti.

All'Italia, come Paese membro della NATO, veniva contestata la violazione del Protocollo I aggiuntivo alla Convenzione di Ginevra dell'Agosto 1949

---

[5] In particolare, veniva richiamato l'art.2 Convenzione sul genocidio del 9 dicembre 1948.

[6] Cfr. ricorso proposto dalla Repubblica Federale Jugoslava contro l'Italia, in *I diritti dell'uomo,cronache e battaglie*, 1998, 3, 99; *ibidem*, 1998, 67 v. A. Saccucci, *Il ricorso della Jugoslavia davanti alla Corte Internazionale di giustizia*.

[7] Cfr. Corte Internazionale di Giustizia, 2 giugno 1999, nel giudizio promosso nei confronti dell'Italia, in *Riv.dir.inter*., 1999, 810. V. anche Saccucci, *Le prime statuizioni della Corte Internazionale di giustizia sul ricorso della Jugoslavia*, in *I diritti dell'uomo,cronache e battaglie*, 1999, 4, 65 che analizza specificamente le dieci ordinanze rese dalla Corte con motivazioni diverse.Infatti, furono cancellati dal ruolo i procedimenti nei confronti della Spagna e degli Stati Uniti che all'atto di aderire alla Convenzione sul genocidio avevano formulato una riserva, accettata dagli altri aderenti, che impediva la devoluzione alla giurisdizione della Corte internazione senza una previa manifestazione di consenso di quei Paesi, mentre per i restanti la Corte si riservò di esaminare l'esistenza della propria giurisdizione con il successivo esame di merito. Successivamente, la Corte internazionale di giustizia ha emesso il 15 dicembre 2004 una sentenza sulle eccezioni preliminari nella quale ha sancito di non aver giurisdizione in merito ai ricorsi presentati nel 1999 da Serbia e Montenegro nei confronti di dieci Stati membri della NATO in relazione ai bombardamenti da questi compiuti nel corso del 1999 durante il conflitto in Kosovo.

e dell'art. 174 del codice penale militare di guerra, per avere concorso all'individuazione delle modalità di conduzione delle ostilità e fornito le basi da cui erano partiti gli aerei impiegati nel bombardamento della stazione radio televisiva di Belgrado. Il che avrebbe dovuto radicare la giurisdizione del giudice ordinario ai sensi dell'art. VIII, par. 5 della Convenzione di Londra del 19 giugno 1951, ratificata con la legge 30 novembre 1955 n. 1335.

Le amministrazioni dello Stato convenute eccepirono il difetto assoluto di giurisdizione e, nel successivo regolamento preventivo di giurisdizione, sostennero che l'azione non era proponibile innanzi al giudice italiano, essendo lo Stato italiano chiamato in causa nella sua unitaria e specifica soggettività di diritto internazionale. Aggiungevano che nemmeno la giurisdizione poteva radicarsi alla stregua della Convenzione di Londra del giugno 1951, poiché l'art. VIII riguardava soltanto i danni causati dallo stato di soggiorno.

Il Procuratore Generale della Cassazione concluse nel senso che col regolamento di giurisdizione si era inteso impropriamente contestare l'esistenza nell'ordinamento giuridico italiano di norme e principi che astrattamente contemplassero la posizione di diritto soggettivo fatta valere in giudizio –, ivi prospettando dunque inammissibilmente questioni di merito e non di giurisdizione.

Con l'ordinanza n.8157/2002 le S.U. dichiararono inammissibile il ricorso, osservando che nella controversia venivano in discussione le modalità di conduzione di un conflitto armato e che tali atti, espressione di una funzione politica, non potevano essere sottoposti al sindacato giudiziale circa il modo in cui la funzione era stata esercitata, non essendo configurabile veruna situazione di interesse protetto.

Secondo Cass. S.U. n. 8157/2002 le disposizioni della Convenzione di Ginevra e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo regolavano rapporti tra Stati, indicavano le Corti internazionali competenti ad affermarle, né erano state trasposte nell'ordinamento interno norme espresse che consentissero alle persone offese di chiedere allo Stato la riparazione dei danno loro derivati dalla violazione delle norme internazionali. Né la giurisdizione interna poteva radicarsi alla stregua della Convenzione di Londra poiché in contestazione non era la commissione di un singolo atto ma una più complessa operazione militare che le parti private avevano chiesto fosse sottoposta ad un vaglio di liceità.

2. La vicenda del ponte di Varvarin e le decisioni del giudice tedesco.

Giova ricordare che un'azione per molti aspetti sovrapponibile a quella ora ricordata venne intentata dagli eredi e aventi causa delle vittime di un bombardamento NATO che aveva colpito, il 30 maggio 1999, la cittadina serba di Varvarin, situata a 180 Km a sud di Belgrado, distruggendo un ponte

sul fiume Mortava e causando la morte ed il ferimento di diversi civili[8]. Anche in quell'occasione le istanze giudiziarie promosse dagli eredi delle vittime innanzi alla giustizia tedesca prospettando la violazione del diritto internazionale umanitario non ottennero alcun risultato favorevole, nemmeno innanzi alla Corte costituzionale federale. In tale occasione la Corte costituzionale federale, con sentenza del 2 novembre 2006, riconobbe in astratto il diritto delle persone di far valere posizioni giuridiche soggettive riconosciute allo stesso dal diritto internazionale proprio in ragione della prestatualità della dignità umana e della sua protezione, ma escluse l'art. 3 della Convezione dell'Aja sulle leggi e usi della guerra terrestre del 18 ottobre 1907 e l'art. 92 fel I Protocollo dell'8 giugno 1977 sulla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, non contenevano un diritto self-executing al risarcimento per la violazione del diritto internazionale umanitario azionabile dai singoli dinanzi a i giudici statali[9].

3. Corte dir. uomo, 14 dicembre 2006, GC, *Markovic c. Italia*

In esito alla decisione delle S.U. i congiunti si rivolgevano alla Corte dei diritti umani, lamentando la lesione dei diritti sanciti dagli artt.6 e 1 della Convenzione.

La Grande Camera della Corte dei diritti umani – alla quale è stata rimessa la decisione della questione in ragione della delicatezza e rilevanza delle questioni sollevate, potendosi verificare contrasti rispetto a precedenti posizioni assunte dal giudice europeo (art. 30 CEDU) – con la sentenza resa 14 dicembre 2006[10], ha anzitutto ritenuto che la vicenda sollevata dai congiunti delle vittime della strage della rediotelevisione serba doveva inquadrarsi nell'ambito di una controversia relativa a diritti di carattere civile, osservando che la deduzione difensive dl Governo italiano, secondo la quale non era profilabile un diritto dei congiunti dei danneggiati alla tutela invocata se-

---

[8] V. Focarelli, *Lezioni di diritto internazionale*, vol. II – Prassi, Padova, 2008, pp. 91 ss.

[9] Analoga soluzione venne adottata in anni successivi in altra pronunzia del 13 agosto 2013 della medesima Corte costituzionale federale tedesca - https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/08/rk20130813_2bvr266006.html. Per l'abstract in lingua inglese v.https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2013/08/rk20130813_2bvr266006en.html. Ringrazio il Prof. Marongiu Bonaiuti per avermi fornito gli estremi delle pubblicazioni dei provvedimenti adottati dalla giurisprudenza tedesca.

[10] In *Foro it.*, 2007, IV,125, con nota di commento di F. Amato, *Se la Corte europea rinnega i diritti dell'uomo*. V. anche B. Randazzo, *Responsabilità delloStato per atti di guerra:la Corte di Strasburgo 'tradisce' la sua consolidatagiurisprudenzasul diritto di accesso ad un tribunale?*, in Forum quaderni costituzionali. V. anche, volendo, R. Conti, *Anche dopo Markovic, the king can do not wrong:ma fino a quando?*, in *Corr. Giur.*, 2007, 10, 1375.

condo l'ordinamento interno era una valutazione che solo la decisione delle Sezioni Unite avrebbe reso manifesta.

Detto questo in punto di ammissibilità il giudice europeo, con una maggioranza di 10 voti a sette, ha escluso l'esistenza di una violazione dell'art. 6 CEDU, ritenendo che la decisione delle Sezioni Unite non aveva vulnerato il diritto all'accesso alla giustizia sancito da tale disposizione.

La Corte ha inteso ribadire che i compiti ad essa riservati dall'art.19 CEDU erano quelli di accertare il rispetto degli impegni intrapresi dalle parti contraenti alla convenzione e non di occuparsi degli errori in fatto o in diritto commessi da una corte nazionale a meno che essi avessero creato una lesione dei diritti protetti dalla Convenzione. La responsabilità principale per implementare ed attuare i diritti e le libertà garantite dalla Convenzione, prosegue la Corte europea, è riservata alle autorità nazionali, essendo il ruolo della Corte europea meramente sussidiario al sistema nazionale di protezione dei diritti umani.

Così procedendo, il giudice europeo ha escluso che la decisione che ha dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione fosse in grado di vulnerare i diritti garantiti dalla CEDU, non integrando una forma di immunità per lo Stato in spregio alle regole ordinarie previste nell'ordinamento interno.

Procedendo, fra l'altro, ad interpretare il Protocollo alla Convenzione di Londra già ricordato, la Corte ha ritenuto, in sintonia con la decisione delle Sezioni Unite, che lo stesso fosse applicabile solo per gli atti commessi nello Stato richiesto e non fosse così applicabile per le condotte realizzate in Serbia – e non in Italia –.

Non ravvisando, in tal modo, in base alle regole interne l'esistenza di un diritto alla riparazione, la Corte non ha trovato nemmeno ostacoli a bypassare la deduzione, richiamata nelle difese dei ricorrenti, secondo la quale la giurisprudenza delle Sezioni Unite (Cass. S.U. n. 5044/2004[11]) aveva superato i principi espressi da Cass. S.U. n. 8157/2002, affermando che dalla violazione dei diritti umani fondamentali non poteva che scaturire i diritto al risarcimento dei danni in favore delle vittime. In quell'occasione i giudici di legittimità ebbero in effetti a riconoscere, dopo un *excursus* normativo e giurisprudenziale assolutamente sganciato dall'esperienza normativa interna ed invece proiettato alla difficile ricerca delle radice comuni del diritto, il principio della *giurisdizione universale* nelle controversie riguardanti la responsabilità di uno Stato per *crimini contro l'umanità* Con ciò individuando nei precetti delle norme di diritto internazionale dei valori parametri normativi

---

[11] La sentenza è stata pubblicata su diverse riviste giuridiche. V., i commenti di P. De Sena, *Immunità degli Stati della giurisdizione e violazioni di diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso Ferrini*, in *Giur. it.*, 2005, 250, R. Baratta, *L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra*, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1191.

– come tali dotati di forza precettiva e non *meramente programmatica* – sui quali fondare l'ingiustizia del danno alla stregua di Cass. S.U. n. 500/1999. Fu dunque ritenuto che il riconoscimento dell'immunità dello Stato dalla giurisdizione di altro Stato trovava limite per effetto del valore di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale assunto dall'obbligo di rispetto dei diritti inviolabili della persona umana.In tali casi, anche l'esercizio della sovranità non resta coperto dalla immunità quando si risolva in comportamenti dello Stato estero lesivi di quei valori universali di rispetto della dignità umana che trascendono gli interessi delle singole comunità statuali.

Orbene, osservano i giudici europei, il successivo *revirement* giurisprudenziale del 2004 non poteva far ritenere che il diritto reclamato dagli attori esistesse prima del diverso orientamento espresso dalle Sezioni Unite nel 2002.

Né la decisione delle Sezioni Unite del 2002 poteva dirsi integrare una forma di immunità, nemmeno di fatto, poiché il giudice nazionale aveva richiamato la propria pacifica giurisprudenza in ordine all'insindacabilità degli atti di guerra.

Sicché l'inesistenza, affermata in via generale, del diritto al risarcimento del danno da parte dell'autorità giurisdizionale interna non poteva far ritenere sussistente una forma di immunità.

Anche la decisione "in rito" sulla giurisdizione adottata dalle autorità italiane non concretava una violazione del diritto all'accesso alla giustizia tutelato dall'art. 6 CEDU, avendo il giudice nazionale evidenziato le ragioni che dovevano condurre all'esclusione del diritto reclamato dai ricorrenti, senza pertanto conculcare il diritto dei ricorrenti ad ottenere una decisione sulla domanda proposta[12].

Rispetto alla decisione assume capitale importanza l'opinione difforme espressa dal giudice Vladimiro Zagrebelsky, condivisa da altri giudici della Corte edu, nella quale si è ritenuto che la decisione espressa dalla maggioranza ha rappresentato un colpo tremendo al fondamento stesso della Convenzione, proprio nella parte in cui ha condiviso l'affermazione del giudice nazionale che impedisce la risarcibilità di un diritto garantito dalla CEDU quando a cagionarlo è stato un atto politico discostandosi, peraltro, dalla tradizione della stessa Corte, favorevole al riconoscimento di un diritto *effettivo* alla tutela giurisdizionale – v. sul punto l'opinione parzialmente difforme giudice Costa –.

---

[12] La Corte edu non mancò peraltro di sottolineare l'erroneità dei passaggi motivazionali con i quali Cass. S.U. n. 8157/2002 aveva sostenuto la natura programmatica della CEDU, osservando che "in virtù dell'art. 1… l'applicazione de la consacrazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione spettano in primo luogo alle autorità nazionali. Il meccanismo di ricorso davanti alla Corte riveste dunque un carattere sussidiario in rapporto ai sistemi di salvaguardia dei diritti dell'uomo".

Zagrebelsky ricordava nella sua opinione dissenziente che il ricorso all'esame della grande Camera sollevava una questione di estrema importanza nel quadro della Convenzione, icasticamente evocando il tema della " posizione dell'individuo di fronte all'autorità". L'autorità nella sua forma più temibile: l'autorità basata sulla "ragione di Stato".

Dopo avere precisato che al centro dell'istituzione della Corte Edu vi era stata, come ricordato nel suo discorso all'Assemblea parlamentare il 19 agosto 1949, da P.H. Teigten, l'esigenza di ridurre la prima minaccia alla libertà rappresentata dalla "eterna ragione di Stato" che aleggia sempre là come perenne tentazione, Zagrebelsky non mancò di stigmatizzare la decisione della Corte di Cassazione allorchè aveva affermato che "alle funzioni di tipo politico non si contrappongono situazioni soggettive protette". Sostenne, infatti, che "le funzioni politiche e i diritti individuali non possono, pertanto, coesistere, dato che non si possono esercitare dei diritti in relazione ad atti politici." La conclusione alla quale era giunto il giudice di legittimità risultava pertanto incompatibile con la Convenzione "…e almeno equivoca in base al diritto nazionale, come riflesso nelle relative disposizioni della costituzione (vedi paragrafo 20 della sentenza), per il fatto che il campo di applicazione dell'articolo 31 del Decreto n. 1024 è limitato alla sola giurisdizione amministrativa con poteri di riesame (Consiglio di Stato) e in assenza di esempio tra le sentenze della Corte di Cassazione citate dal Governo di una situazione comparabile a quella ottenuta nel caso di specie (vedi paragrafo 100 della sentenza). La decisione della Corte Edu era quindi criticabile poiché anche se i ricorrenti hanno avuto accesso ai tribunali italiani, ciò era accaduto solo "per farsi dire che né i tribunali civili né un altro tribunale italiano avevano giurisdizione per udire il loro ricorso". In modo assolutamente adamantino Zagrebelski aggiungeva che "La Corte di Cassazione ha pertanto ristretto per tutti i fini pratici la portata del diritto generale al risarcimento contenuto nell'articolo 2043 del Codice civile. Inoltre, *a differenza dei tribunali interni del ricorso Z e Altri, essa non ha ponderato i concorrenti interessi in gioco e non ha tentato di spiegare perché nelle specifiche circostanze del ricorso dei ricorrenti il fatto che l'atto contestato fosse di natura politica avesse annullato la loro azione civile.*

È facile vedere come la natura discrezionale – a volte completamente discrezionale – degli atti politici o di governo può condurre all'esclusione di qualsiasi diritto di contestarli. Il punto è, dunque, che *per essere compatibile con il principio dello stato di diritto e il diritto di accesso ai tribunali insito in esso, la portata dell'esclusione non può chiaramente estendersi oltre i limiti stabiliti nelle norme giuridiche che disciplinano e circoscrivono l'esercizio delle relative attribuzioni governative (atto di governo).* Il predetto fine legittimo non può oltrepassare il campo della discrezione che l'autorità governativa ha il diritto di esercitare entro i limiti imposti dalla legge. *Nel ricorso di specie, i ricorrenti hanno sostenuto nei tribunali nazionali che le azioni delle autorità italiane avevano violato le norme del diritto interno e*

del diritto consuetudinario internazionale in materia di conflitti armati. Così facendo, essi hanno sollevato la questione dei limiti da porre alla nozione di una "ragione di stato" libera da qualsiasi controllo giudiziario.

Se, dunque, era preoccupante che né la Corte di Cassazione né la Corte EDU avessero fornito una definizione di che cosa potesse qualificarsi come "atto di governo" o "atto politico" da ciò sarebbe conseguito che "*…qualsiasi atto di un'autorità pubblica sarà, direttamente o indirettamente, il risultato di una decisione politica, che essa sia generale o specifica nel contenuto.* In definitiva, *la Corte di Cassazione è pervenuta a questa conclusione senza tenere conto della natura della richiesta proposta dai ricorrenti: essa non riguardava direttamente la partecipazione dell'Italia al conflitto armato della NATO e il loro fine non era l'annullamento di un atto di governo. Esso era semplicemente ottenere il risarcimento per le remote conseguenze dell'atto politico in questione, conseguenze che erano puramente potenziali e non collegate alla finalità degli atti. Nonostante la natura generale del diritto esposto nell'articolo 2043 del Codice civile italiano, la Corte di Cassazione ha infine rifiutato di accettare che nel diritto interno un giudice italiano avesse giurisdizione per udire le pretese dei ricorrenti, solamente perché la decisione di partecipare alle suddette operazioni militari era di natura politica. La Corte di Cassazione è andata perciò oltre ogni legittimo fine che può essere riconosciuto alla dottrina dell'atto politico e ben oltre ogni proporzionalità*". Concludeva pertanto esprimendo il proprio rammarico a che "*che la maggioranza della Corte abbia accettato una soluzione che colpisce le fondamenta stesse della Convenzione*".

4. Qual è lezione del caso *Markovic*

Paulo Pinto di Albouquerque si è dimostrato assai attento al tema della protezione delle persone dai crimini contro l'umanità.

Sul tema, di straordinario rilievo le opinioni rese nei casi *Mocanu e a* c.Romania (ric. n. 10865/09, 45886/07 e 3243/08)[13] e *Perincek c. Svizzera* (ric. n. 27510/08, quest'ultima insieme al giudice Vucinic).

Un atteggiamento, quest'ultimo, che se condiviso non avrebbe certo consentito alla Corte EDU di chiudere la vicenda *Marcovich* nel modo che invece la Grande Camera ha inteso adottare, pur con le assai efficaci e persuasive opinioni dissenzienti già ricordate.

Ma sono proprio quelle opinioni dissenzienti[14] a consentire una riflessione sistematica che tende, in definitiva, a tratteggiare il ruolo del giudice nelle

---

[13] V. la ora riportata in P. Pinto de Albuquerque, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti(2011-2015*), a cura di D. Galliani, Torino, 2015, 125.

[14] Sulla valenza delle opinioni dissenzienti nella giurisprudenza convenzionale v., di recente ed utilmente, A. Fusco, *L'indipendenza dei custodi*, Napoli, 2019, 119 ss.

dinamiche che sempre di più lo chiamano ad essere arbitro di diritti che fuoriescono dalla dimensione individuale della singola vicenda, producendo ricadute ben più ampie.

La prima considerazione non può che muovere dal valore della CEDU nell'ordinamento interno.

Occorre quindi accostarsi al principio, divisato dalla ordinanza delle S.U. civili del 2002 sul bombardamento alla RTV di Belgrado che postula l'ininfluenza, ai fini della decisione in punto di giurisdizione, delle norme contemplate dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo, ratificata in Italia con la legge 4 agosto 1955 n. 848.

Il riferimento, rispetto al caso di specie, corre agli artt. 2 e 15 par. 2 della CEDU che tutelano in via assoluta ed inderogabile il diritto alla vita, impedendone ogni violazione anche in caso di guerra e salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra.

È dunque in questo contesto che si inserisce la pronunzia in epigrafe, escludendo l'efficacia diretta degli artt. 2 e 15 par. 2 della CEDU in quanto *norme di diritto internazione regolanti rapporti fra Stati* alle quali non era seguita alcuna norma attributiva del diritto al risarcimento del danno.

Per la Cassazione, solo la Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto competente a valutare "tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli" (art. 32, 1 CEDU), può valutare l'esistenza di una *qualsiasi* violazione della Convenzione commessa da uno degli Stati contraenti che abbia comportato una lesione, per effetto della violazione *de qua*, di un diritto riconosciuto al soggetto interessato dalla CEDU.

A sostegno del superiore assunto i giudici di legittimità richiamarono la nota vicenda delle ipotesi di irragionevole durata dei processi italiani che, riguardando le violazioni all'art. 6 della CEDU, aveva richiesto l'adozione di una specifica disciplina normativa volta a riconoscere il pregiudizio sofferto – l. n. 89/2001 –, in mancanza della quale l'unico rimedio era rappresentato dal ricorso alla Corte dei diritti dell'uomo.

La prospettiva allora recepita dalle Sezioni Unite non ci sembrò persuasiva.

Ed infatti, la decisione ometteva di considerare l'evoluzione, profonda, subita dalla CEDU per effetto del Protocollo n. 11 entrato in vigore l'11 novembre 1998 che, nel giurisdizionalizzare in modo completo il sistema europeo del controllo dei diritti umani, ha inteso apprestare un notevole grado di effettività alla tutela dei diritti attraverso il ricorso individuale alla Corte – per il quale è pure stato eliminato il filtro di controllo statale (art. 34) – che ora si affianca al ricorso interstatuale (art. 33). Anzi, in ragione del principio di sussidiarietà è stata imposta la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni (art. 35) proprio per confutare il convincimento secondo cui la tutela garantita dagli organismi sopranazionali ai diritti fondamentali fosse l'unica esperibile dal cittadino nei confronti dello Stato.

Se dunque si leggono le disposizioni appena evocate a tutela del diritto inviolabile alla vita insieme agli artt.1 e 13 della CEDU e si considera, altresì, che le norme convenzionali fanno parte a pieno titolo dell'ordinamento interno (in quanto recepite con la legge di esecuzione) e come tali devono essere fatte osservare dal giudice interno chiamato ad applicarle, deve ritenersi opinabile l'affermazione che al singolo è vietato azionare innanzi alla giurisdizione nazionale una pretesa fondandola direttamente sul diritto riconosciuto dalla CEDU quando una fattispecie concreta non trovi nelle altre norme dell'ordinamento una disciplina specifica.

Ciò avrebbe forse potuto legittimare il giudice nazionale a fare applicazione della norma convenzionale – impregiudicato, ovviamente, l'esito finale del giudizio – considerando che la responsabilità dello Stato per violazione dell'art. 2 della Convenzione non abbisognava di alcuna norma di recepimento, esistendo un principio giuridico che impone al responsabile di un danno di risarcire le conseguenze negative da questo prodotto.

L'ingiustizia del danno, in altri termini, traendo luogo dalla norma convenzionale sovranazionale, poteva non richiedere alcuna norma interna diretta a prevedere la riparazione dei danni a carico dello Stato che, quand'anche adottata, sarebbe stata meramente riproduttiva di principi giuridici già assolutamente radicati nell'ordinamento interno.

In effetti, l'esistenza nell'ordinamento interno di una clausola generale, rappresentata dall'art. 2043 c.c. nella lettura espansiva offerta dalla storica sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999[15], che impone anche allo Stato il divieto del *neminem laedere*, se correlata alle previsioni che tutelano in modo incondizionato il diritto alla vita e che impegnano, con forza di legge, lo Stato a sottostare ai già ricordati principi contenuti nella Convenzione di Ginevra sul diritto internazionale umanitario-integrativi del principio sovranazionale che scrimina la violazione del diritto alla vita solo in presenza di un legittimo atto di guerra (art. 15, par. 2 della CEDU), non poteva fare ritenere esclusa l'esistenza di un quadro normativo già dotato di precettività.

Ed infatti, il collegamento della clausola generale del *neminem laedere* con i diritti inviolabili dell'uomo sembrerebbe creare un sistema di tutela civile in sé compiuto dal quale promana, in via generale, il diritto del danneggiato a reclamare il risarcimento dei danni subiti dalla persona umana.

Ciò quanto meno nel caso in cui dalle norme della Convenzione si possa inferire una regola positiva idonea a disciplinare la fattispecie concreta[16]. E

---

[15] Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con *osservaz.* di Palmieri e Pardolesi.

[16] V. Il contributo della Corte internazionale di giustizia al rispetto degli obblighi *erga omnes* in materia di diritti umani", in La comunità internazionale, 2000, 36, che pur riconoscendo che allo stato attuale del diritto internazionale è problematico riconoscere che gli individui siano titolari di diritti soggettivi internazionali richiama, sub nota 108, i testi pattizi

non par dubbio che l'art. 2 CEDU contiene l'affermazione di un diritto assolutamente inviolabile alla vita – salvi i casi del par. 2 –, considerato incoercibile se non per atti legittimi di guerra proprio in ragione dell'art. 15 par. 2 CEDU[17].

Per tali ragioni il giudice nazionale avrebbe potuto (e dovuto) fare applicazione della norma convenzionale – impregiudicato, ovviamente, l'esito finale del giudizio – considerando che la responsabilità dello Stato per violazione dell'art. 2 della Convenzione non abbisognasse di alcuna norma di recepimento, esistendo un principio giuridico che impone al responsabile di un danno di risarcire le conseguenze negative da questo prodotto.

Dalla diversa conclusione divisata dalla Corte di Cassazione traspariva un ritorno a posizioni che sembravano ormai superate – oltreché aspramente criticate in dottrina[18] – poiché la Corte, ancora una volta colpita dalla "sindrome del carattere programmatico delle norme della Convenzione"[19], sembrò volere riaffermare che le cennate disposizioni hanno unicamente natura di "norme-principio" e dunque non contengono il modello di un atto interno completo nel suoi elementi essenziali tale cioè da potere senz'altro creare obblighi[20].

---

che hanno ampliato il ruolo dell'individuo in ambito internazionale.

[17] Né può disconoscersi che la ratifica ed esecuzione del Protocollo I aggiunto alla Convenzione di Ginevra dell'agosto 1949 di cui si è detto *supra* ha introdotto nell'ordinamento dei principi giuridici in tema di liceità – ed illiceità – degli atti bellici che, indipendentemente dalla loro idoneità a costituire diritti soggettivi per i singoli costituiscono, per effetto della loro ratifica, diritto positivo che il giudice è chiamato ad applicare. V., del resto, la legge 12 luglio 1999 n. 232. contenente la Ratifica ed esecuzione dello Statuto Istitutivo della Corte Penale Internazionale adottato dalla Conferenza Diplomatica delle Nazioni Unite il 17 luglio 1998, in cui l'art. 8 disciplina la fattispecie del crimine di guerra facendo rientrare, fra l'altro, le gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale, nei conflitti armati internazionali (dirigere deliberatamente attacchi contro popolazione civili in quanto tali o contro civili che non prendano direttamente parte alle ostilità; *dirigere deliberatamente attacchi contro proprietà civili e cioè proprietà che non siano obiettivi militari*; *attaccare o bombardare con qualsiasi mezzo, città, abitazioni o costruzioni che non siano difesi e che non costituiscano obiettivo militari*) –v. art. 8 par. 2, lett. b), I, II e V –.

[18] Cfr. B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 1997, 298; Buonuomo, *L'equo processo costituzionale e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Doc.giust.*, 2000, 162.

[19] L'espressione è di M. De Salvia, *Esistono norme vaghe nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo?*, in *Jus*, 1999, 65.

[20] V. Cass., S.U., 3 agosto 2000 n.530, in *Giust. civ.* 2001, I, 747, che, in un giudizio promosso da un'organizzazione sindacale nei confronti degli Stati Uniti d'America – dopo la strage del Cermis – per ottenere il risarcimento del danno provocato in occasione del sorvolo da parte di aerei americani in forza alla NATO del suolo italiano, ha escluso la giurisdizione italiana, dichiarando incidentalmente che l'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 10 dicembre 1948, nella parte in cui riconosce il diritto di ognuno di ricorrere davanti al competente giudice

Si faceva dunque un salto indietro nel tempo, fino a ritenere che il diritto interno non permette di rimuovere le conseguenze di una violazione alle norme della CEDU[21].

Né era agevole comprendere quale ulteriore attuazione lo Stato avrebbe dovuto realizzare per dare riconoscimento al diritto inviolabile alla vita, una volta che la norma convenzionale l'ha riconosciuto come assolutamente incoercibile e che è la stessa CEDU a sancire l'obbligo del rispetto di tale situazione soggettiva, per tutelare la quale deve essere garantito un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale – art. 13 CEDU –[22].

Va allora sottolineato come Cass., S.U. n. 5044/2004, già ricordata, abbia avuto, pochi anni dopo, la forza di discostarsi dall'indirizzo espresso nell'ordinanza del 2002 sul bombardamento alla radiotelevisione serba, riconoscendo espressamente, a proposito dell'azione risarcitoria proposta nei confronti della Germania dagli eredi di persone deportate nei campi di concentramento tedeschi che "…l'insindacabilità delle modalità di svolgimento delle attività di suprema direzione della cosa pubblica non è di ostacolo all'accertamento degli eventuali reati commessi nel corso del loro esercizio e delle conseguenti responsabilità, sia sul piano penale che su quello civile (artt. 90 e 96 Cost.; art. 15, l. Cost. 11 marzo 1953, n. 1; art. 30, l. 25 gennaio 1962, n. 20)". In quella stessa occasione non si mancò ancora di precisare che "in forza del principio di adattamento sancito dall'art. 10, primo comma, della nostra Carta Costituzionale, le norme di diritto internazionale "generalmente riconosciuti" che tutelano la libertà e la dignità della persona umana come valori fondamentali e configurano come "crimini internazionali" i comportamenti che più gravemente attentano all'integrità di tali valori, sono divenute "automaticamente" parte integrante del nostro ordinamento e sono, pertan-

---

nazionale contro gli atti commessi in violazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dalle leggi "non ha valore precettivo immediato ed è rivolta agli Stati". Cass. 20 luglio 2002 n. 11046, inedita, decidendo una controversia involgente la legge n.89/2001, dopo avere affermato che "i principi elaborati dalla Corte di Strasburgo non possono avere carattere direttamente vincolante per il giudice interno", aggiunge che "il giudice nazionale resta vincolato al quadro normativo del proprio ordinamento, che non può disapplicare né censurare".

[21] Sembra che le Sezioni Unite abbiano seguito l'indirizzo espresso da Cass. 12 gennaio 1999 n. 254, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2363 – e prima ancora da Cass. S.U. 6.3.1992, *Giovannini*, in *Giust. pen.* 1993, III, 1 –, che, a proposito dell'art. 5, n. 5, della Convenzione europea, in virtù del quale "ogni persona vittima di arresto o detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto ad una riparazione", ha statuito che la norma convenzionale prevede un generico diritto alla riparazione, senza ulteriori specificazioni circa la disciplina di tale diritto, per cui la suindicata disposizione non si presta ad una applicazione immediata ed assume soltanto il valore di un impegno degli Stati contraenti a darvi attuazione, attraverso strumenti apprestati dal diritto interno. Diversamente v. Trib. Roma 7 agosto 1984, in *Temi rom.*, 1985, II, 977.

[22] Cfr. Cass. n. 4297/2002.

to, pienamente idonee ad assumere il ruolo di parametro dell'ingiustizia del danno causato da un fatto "doloso o colposo altrui". Fu in tal modo che le S.U. decisero espressamente di superare i principi espressi dal Cass. S.U. n. 8157/2002, affermando che "i principi contenuti in detta pronuncia non possono venire in considerazione nel caso di specie." Indirizzo, quello appena ricordato, che in dottrina è stato positivamente salutato, evidenziandosi che in base ad esso sarebbe pienamente legittimo il riconoscimento del pregiudizio subito per la violazione di norma di diritto internazionale umanitario nel quadro di operazioni belliche[23].

Non meno nette sembrano essere le riflessioni critiche da esprimere a proposito della ritenuta natura politica degli atti bellici indirizzati contro civili inermi cha la Corte di Cassazione ha finito con il ritenere immuni da ogni controllo.

Si è visto, infatti, che nella pronunzia n. 8157/2002 delle Sezioni Unite particolare attenzione venne riservata alla natura politica dell'atto di conduzione delle ostilità nei confronti degli obiettivi individuati dalla NATO in territorio jugoslavo. Così facendo la Corte escluse la sindacabilità della modalità di conduzione dell'atto di guerra richiamando la propria giurisprudenza in tema di atto politico.

Ora, l'insindacabilità dell'atto politico, a rime alternate affermata da tutte le giurisdizioni interne[24], trovò la sua origine nell'art. 31 del R.D. n. 1054/1924, a tenore del quale è escluso il sindacato giurisdizionale amministrativo avverso gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.

Nel corso degli ultimi lustri si è dubitato della vigenza dell'art. 31 T.U. Cons. Stato per effetto dell'entrata in vigore della Costituzione italiana[25], ipotizzando la radicale incostituzionalità di quegli atti che finiscano con trava-

---

[23] A. Balsamo, *Le corti europee e la responsabilità degli stati per i danni da operazioni belliche: inter arma silent leges?*, in *Cass. pen.*, fasc.5, 2007, 2186 che pure ricorda la conforme posizione espressa da A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale. I. Diritto sostanziale*, Bologna, 2005, pp. 60-63, nonché da P. De Sena – De Vittor, I*mmunità degli Stati dalla giurisdizione e violazioni di diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso Ferrini*, in *Giur. it.*, 2005, n. 2, c. 265, p. 265, nota 91 e da A. Gianelli, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati della giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 677 ss.

[24] V. Cons. Stato, sez. IV, 21 dicembre 1973 n. 1296, in *Foro amm.,*1973, I, 1217 che ha ritenuto ancora in vigore l'art. 31 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054; Corte Conti, sez. riun., 22 ottobre 1997, n. 75/A, in *Foro amm*. 1999, 519 che in materia di provvedimenti adottati dal Governo in tema di quote latte, ha ritenuto che non sussistono i presupposti della colpa grave e prima ancora del danno erariale sindacabile in sede di giurisdizione contabile, per gli atti posti in essere dal Ministro nella sua qualità di organo politico costituzionale e non quale vertice gerarchico di un dicastero.

[25] Così E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1954, 20.

licare diritti e libertà costituzionalmente tutelate[26], anche se secondo l'art. 7, comma 1, c.p.a. (d.lgs. n.104/2010) "non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico".

Sulla questione occorre probabilmente procedere avendo di vista il tema che riguarda, in generale, l'eventuale lesione di un diritto fondamentale ad opera di un atto ritenuto politico.

Per un verso va riconosciuto che, promanando da un organo costituzionale nell'esercizio della funzione di governo e dunque nell'attuazione dell'indirizzo politico, l'atto *politico* non è espressione di funzione amministrativa e dunque si sottrae, in generale, al sindacato giurisdizionale[27]. In questa prospettiva suole ricordarsi che l'atto politico[28] esprime "l'attività di direzione suprema della cosa pubblica (cioè l'indirizzo politico) e l'attività di coordinamento e controllo delle singole manifestazioni in cui la direzione stessa si estrinseca"[29].

Assolvendo dunque ad una funzione superiore, l'atto politico si disegna come atto libero nel fine, pur dotato di natura discrezionale che mira a tutelare l'interesse generale dello Stato nella sua unita', secondo il libero apprezzamento dell'autorità governativa determinato da detto interesse e dalla convenienza.

Ora, la categoria dell'atto politico è stata tradizionalmente individuata in negativo attraverso una casistica giurisprudenziale[30] che ha via via eroso la portata del concetto – e con essa delle posizioni di privilegio ad esse

---

[26] G. Grottanelli De Santi, voce *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur.*, IV, 1988, 4, V., inoltre, F. Bilancia, *Ancora sull'"atto politico" e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista Aic*, n. 4/2012, 2 ottobre 2012.

[27] Cfr. B.G. Mattarella, *L'attività,* in *Trattato di diritto amministrativo,*a cura di S. Cassese, Milano, 2000, t. I, 675.

[28] L'atto politico si collega al concetto d'indirizzo politico e di attività di governo, e si caratterizza a seconda della nozione che si accolga per definire l'indirizzo politico; così correttamente Grottanelli De' Santi, in *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur.*, IV, 1988. In merito all'evoluzione dottrinale sull'atto politico v. G. Di Gaspare, in *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico*, Milano, 1984.

[29] Così A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 14; sul punto cfr., anche, E. Cheli, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano 1961.

[30] Cfr. Cass. n. 16328/2018, ove si afferma che "Sulla nozione di atto politico si deve fare riferimento alla giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo la quale 'alla nozione legislativa di atto politico concorrono due requisiti, l'uno soggettivo e l'altro oggettivo: occorre da un lato che si tratti di atto-provvedimento emanato dal governo, e cioè dall'autorità amministrativa cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica; dall'altro, che si tratti di atto provvedimento emanato nell'esercizio del potere politico, anziché nell'esercizio di attività meramente amministrativa (Consiglio di Stato, sezione quarta, 4 maggio 2012, numero 2588), ovverosia debba riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione' (v. Consiglio di Stato, sezione qua, 18 novembre 2011 numero 6083; Consiglio di Stato, sezione quarta, 12 marzo 2001 numero 1397; Consiglio di Stato, 8 luglio 2013 numero 3609)".

connesse[31] –, tanto da richiedere come elemento essenziale la riconducibilità dell'atto esclusivamente ad organi costituzionali.

Anche la giurisprudenza della Cassazione ha avuto occasione di riconoscere l'insindacabilità di atti politici in modo da negare ogni tutela a situazioni con essi contrastanti[32].

In tempi più recenti si è tuttavia assistito ad un ridimensionamento della categoria dell'atto politico.

Cass. S.U. nn. 11502/2019, 11588/2019 e n. 18829/2019, ricordando le prese di posizione della Corte costituzionale[33] – fra le altre, Corte Cost. n. 339 del 2007 e C. Cost. n. 52/2016[34] – non hanno mancato di osservare che "l'esistenza di aree sottratte al sindacato giurisdizionale va necessariamente confinata entro limiti rigorosi"[35].

È stato peraltro da tempo sottolineato che la scelta politica ha come presupposto per la non riferibilità di alcuna responsabilità diversa da quella appunto politica e dunque come intrinseco limite quello del rispetto dei principi generali dell'ordinamento[36].

Tra questi, il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale costituisce uno dei baricentri dell'ordinamento costituzionale nazionale.

---

31 V.G.B. Garrone, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Digest. disc. pubb.*, I, Torino, 1987, 548; P. Mattarella, *op. cit.*, 676, che nelle note al testo enumera i precedenti della giurisprudenza amministrativa che hanno escluso il carattere politico di atti sottoponendoli quindi al sindacato giurisdizionale. Diversamente, Con. Stato sez. III, 28 marzo 1986 n. 1167, in *Foro amm.*, 1986, 2854 ha ritenuto che gli atti del CIPI e del Ministro per le partecipazioni statali che dettano direttive in ordine all'acquisizione o allo smobilizzo di imprese relativamente al comparto pubblico dell'economia, attenendo alla sfera del pubblico interesse, insito della definizione delle linee di politica economica nell'esercizio della suprema funzione di governo, non sono in grado di fondare posizioni giuridicamente tutelabili di terzi.

32 V. Cass., S.U., 8 Gennaio 1993 n° 124, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1525. V. anche Cass. 11 ottobre 1995 n. 10617, in *Foro it.*, 1996, I, 503, anche in *Danno e resp.*, 1996, 78, ove si afferma che di fronte all'esercizio del potere politico non sono configurabili situazioni soggettive protette dei singoli.

33 Secondo la Corte costituzionale(sentenza n. 81 del 2012) "…gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto".

34 Sulla pronunziai ndicata nel test v., fra gli altri, A. Ruggeri, *Confessioni religiose e intese tra* iurisdictio *e* gubernaculum*, ovverosia l'abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016*, in *www.federalismi.it.*, 7/2016, 30 marzo 2016.

35 Cass., S.U., n. 16305/13, Cass., SU n. 21581 del 2011; Cass., n. 10416 del 2014; Cass. n. 10319 del 2016; Cass. n. 3146/2018.

36 V. S. Gattamelata, *Quote latte ed insindacabilità degli atti di governo*, in *Foro amm.*, 1999, II, 522; Grottanelli De' Santi, *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur.*, IV, *ad vocem*, Roma, Ist. Enc. It., 1988.

Per queste stesse ragioni l'esito giudiziario della vicenda del bombardamento sulla quale qui ci si è lungamente soffermati costituisce si pone, dunque, in netta e mancata contrapposizione con la costante posizione espressa dalla Corte costituzionale in tema di effettività della tutela giurisdizionale[37], la cui matrice *multilevel* è stata dallo stesso giudice costituzionale a più riprese sottolineata[38].

Né può sottacersi, la più volte commentata Corte cost. n. 238/2014 che, intervenendo proprio nelle vicende successive agli effetti prodotti dalla ricordata sentenza Ferrini delle S.U. del 2004 sulla tutela giurisdizionale riconosciuta a livello interno alle azioni risarcitorie volte a risarcire il pregiudizio prodotto da crimini contro l'umanità, ha operato una *summa* dei principi espressi dal giudice costituzionale in materia[39], pur pervenendo a soluzioni

---

[37] Sul punto vanno ricordate le puntuali ossservazioni critiche espresse da B. Randazzo all'ordinanza delle S.U. n. 8157/2002 ed alla sentenza della Grande Camera della Corte edu sul caso Markovic nella nota di commento già ricordata, cit.

[38] Cfr. Corte cost. n. 262/2017, ove si è ricordato che secondo una giurisprudenza costante, il diritto a un ricorso effettivo può essere soggetto ad una limitazione purché, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, tale limitazione sia prevista dalla legge, rispetti il contenuto essenziale di tale diritto e, nel rispetto del principio di proporzionalità, sia necessaria e risponda effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione europea o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui (sentenze del 4 giugno 2013, ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, punto 51; del 17 settembre 2014, *Liivimaa Lihaveis*, C562/12, EU:C:2014:2229, punto 72; del 6 ottobre 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, punto 95; del 15 settembre 2016, Star Storage e a., C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, punto 49; del 27 settembre 2017, *Puškár*, C-73/16, EU:C:2017:725, punto 62, e del 20 dicembre 2017, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*, C-664/15, EU:C:2017:987, punto 90). Ma v. anche la più risalente Corte cost.n.20/2009:Gli articoli 24 e 113, Cost., enunciano il principio dell'effettività del diritto di difesa, il primo in ambito generale, il secondo con riguardo alla tutela contro gli atti della pubblica amministrazione. Entrambi tali parametri sono volti a presidiare l'adeguatezza degli strumenti processuali posti a disposizione dall'ordinamento per la tutela in giudizio dei diritti ed operano esclusivamente sul piano processuale (in tal senso, *ex plurimis*, le sentenze n. 182 del 2008, nn. 180, 181, 282, 420 del 2007, n. 101 del 2003 e n. 419 del 2000). A sua volta, il principio del giusto processo, consacrato nell'art. 111, Cost., è finalizzato ad assicurare che gli strumenti procedurali vigenti pongano accusa e difesa in una posizione di parità e offrano idonea tutela ai diritti sostanziali su cui si controverte nel processo, attraverso la piena attuazione del principio del contraddittorio, del principio di ragionevole durata del procedimento, della motivazione della decisione. Anche in tal caso si tratta di garanzie di carattere esclusivamente processuale. Gli stessi principî di effettività del diritto di difesa e del giusto processo sono espressi anche nella «Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali» con esclusivo riferimento al piano processuale.

[39] Cfr.Corte cost.n.238/2014: "Fin dalla sentenza n. 98 del 1965 in materia comunitaria, questa Corte affermò che il diritto alla tutela giurisdizionale «è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2, come si arguisce anche dalla considerazione che se ne è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» (punto 2. del Considerato in diritto). In una meno remota occasione, questa Corte non ha esitato ad ascrivere il diritto

anch'esse non compiutamente appaganti quanto all'immediata disapplicazione innanzi al giudice comune della disposizione di legge contraria a norma consuetudinaria di matrice internazionale[40].

Il tema, del resto, è tornato all'attenzione degli operatori giudiziari in relazione alle vicende legate al tema delle migrazioni, ai provvedimenti adottati dal Governo sui c.d. porti chiusi[41] e alle condotte assunte da ONG per porre in salvo migranti accolti dopo il salvataggio in mare. Tema che si è scontrato con le decisioni governative assunte in materia di chiusura dei porti, riguardando altresì la rilevanza delle condotte di esponenti delle ONG inosservanti dei divieti di attraccare intimati dalle vedette della Guardia di Finanza[42].

---

alla tutela giurisdizionale «tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio» (sentenze n. 18 del 1982, nonché n. 82 del 1996). D'altra parte, in una prospettiva di effettività della tutela dei diritti inviolabili, questa Corte ha anche osservato che «al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi ad un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale»: pertanto, «l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti (…) è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili e caratterizzanti lo stato democratico di diritto» (sentenza n. 26 del 1999, nonché n. 120 del 2014, n. 386 del 2004 e n. 29 del 2003). Né è contestabile che il diritto al giudice ed a una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti inviolabili è sicuramente tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo. Nella specie, il giudice rimettente ha non casualmente indicato congiuntamente gli artt. 2 e 24 Cost., inestricabilmente connessi nella valutazione di legittimità costituzionale chiesta a questa Corte. Il primo è la norma sostanziale posta, tra i principi fondamentali della Carta costituzionale, a presidio dell'inviolabilità dei diritti fondamentali della persona, tra i quali, nella specie conferente a titolo primario, la dignità. Il secondo è anch'esso a presidio della dignità della persona, tutelando il suo diritto ad accedere alla giustizia per far valere il proprio diritto inviolabile."

[40] V. tra le tante riflessioni sulla decisione, che pure ha condotto la Consulta ad opporre i "controlimiti" all'ingresso della norma internazionale consuetudinaria in materia di immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile in caso di lesione del valore della dignità della persona, fino a qualificare come "inesistente" la norma interna di adattamento automatico, A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consultaonline*, Studi, 2014; Id., *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali i possibili "seguiti" della 238 del 2014?*, in Studi, 2015/I. Per una completa bibliografia sulla sentenza v. i commenti (ben 42) riportati in link sulla pagina di *Consultaonline* che ospita la sentenza n. 238/2014.

[41] L. Brunetti, *Ancora sulla insindacabilità degli atti politici ministeriali. Può davvero una legge costituzionale permettere la violazione dei diritti fondamentali?*, cit.; A. Morelli, *Cosa rischia Salvini? Cosa rischia il Paese?*, in www.lacostituzione.info, 25 agosto 2018. A. Spataro, *L'immigrazione tra sicurezza e diritti*, spec. par. 6, di imminente pubblicazione su in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*.

[42] Cfr. *Il ricorso della Procura di Agrigento. È possibile ritenere scriminata l'azione della Capitana Rakete ?*, in https://www.giustiziainsieme.it/it/attualita-2/713-e-possibile-ritenere-scriminata-l-azione-della-capitana-rakete.

Proprio nel contesto appena ricordato, nel quale si sono fronteggiate posizioni divaricate sulla liceità delle condotte inosservanti degli ordini impartiti dall'autorità governativa e/o militare[43], Roberto Bin non ha mancato di efficacemente rilevare che «[l]'atto è politico se e perché non ha effetti lesivi per le persone:per cui gli effetti lesivi della decisione di Salvini nel caso Diciotti sono la dimostrazione chenon si può trattare di un atto politico»[44]. E ancora più icasticamente non ha mancato di sottolineare, sempre a proposito della vicenda della nave Diciotti, paradossalmente che se per raggiungere un obiettivo politico un ministro ordinasse un omicidio, si finirebbe per ripetere l'idea sostenuta da Mussolini rispetto all'omicidio Matteotti.[45]

Orbene, pur non potnedo disconoscersi l'estrema complessità e delicatezza del tema che coinvolge il limite dell'atto politico[46] – e con esso quello del bilanciamento fra contrapposti diritti ed interessi di rilievo nazionale – la riconduzione – operata dalle S.U. nella vicenda del bombardamento di cui si è detto – delle modalità operative del conflitto iniziato per ragioni umanitarie nei confronti della ex Jugoslavia alla funzione politica appare ineccepibile, attenendo alla gestione di un conflitto che lo Stato italiano – e quegli altri che vi hanno preso parte – gestirono nell'interesse dell'intera comunità internazionale proprio per tutelare gli obblighi *erga omnes* di cui si è detto.

---

[43] L. Masera, *Il caso della capitana Rackete e l'illegittimità della politica governativa dei porti chiusi per le ONG*, in https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-processo-penale/703-il-caso-della-capitana-rackete-e-l-illegittimita-della-politica-governativa-dei-porti-chiusi-per-le-ong-2; G. Spangher, *SEA WATCH 3: Rimangono forti dubbi*, in https://www.giustiziainsieme.it/it/attualita-2/712-sea-watch-3-rimangono-forti-dubbi-di-giorgio-spangher. Cfr., altresì, *Il ricorso della Procura di Agrigento. È possibile ritenere scriminata l'azione della Capitana Rakete?*, in https://www.giustiziainsieme.it/it/attualita-2/713-e-possibile-ritenere-scriminata-l-azione-della-capitana-rakete.

[44] R. Bin, *Ancora sul caso Diciotti: ma qualcuno ha lettociò che ha scritto il Tribunale dei ministri?*, ivi, 13 febbraio 2019, p. 2. V. sul punto anche L. Brunetti, *Ancora sulla insindacabilità degli atti politici ministeriali. Può davvero una legge costituzionale permettere la violazione dei diritti fondamentali?*, in http://www.astrid-online.it/static/upload/brun/brunetti.pdf.; Id., *L'atto politico ministeriale come attopotenzialmente «esente da giurisdizione» (quand'anche astrattamente reato)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 gennaio 2019. Del resto, ricorda puntualmente L. Carlassarre, *L'atto politico fra "qualificazione" e "scelta": i parametri costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2016, 2, 554, "…Se gli atti politici fossero realmente «sempre e tutti insindacabili, si porrebbero come degli autentici limiti all'esercizio delle situazioni soggettive attive anche se garantite dalla Costituzione» diceva Paolo Barile [P. Barile, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano 1959, 220 ss.].

[45] R. Bin, *Postilla*, in *Processare Salvini equivale a processare il Governo?* In *www.lacostituzione.info*, 30 gennaio 2019.

[46] La letteratura sul punto è notevole. V., fra gli altri, ultimente, F.F. Pagano, *Gli atti emanati dal governo nell'esercizio del potere politico nella più recente giurisprudenza tra separazione dei poteri e bilanciamenti costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 885.

Desta tuttavia notevoli perplessità il richiamo operato dalle SU a Cass. S.U. n. 2452/1968[47], ove il giudice del riparto aveva ritenuto che gli atti compiuti dallo Stato nel regolamento delle relazioni internazionali si sottraggono totalmente al sindacato sia della giurisdizione amministrativa che di quella ordinaria, in quanto nei confronti dei predetti, stante la preminenza assoluta degli interessi della collettività organizzata a Stato che con tali atti vengono tutelati – non sono configurabili né interessi legittimi né diritti soggettivi, restando l'interesse del singolo pienamente sacrificato di fronte all'interesse della collettività, nei rapporti interstatali e ponendosi la responsabilità degli organi di Governo per gli atti internazionali esclusivamente sul piano politico.

Se può convenirsi sul fatto che l'attività militare svolta in Italia dagli organi della NATO fu attuata ai fini della tutela della sovranità degli Stati aderenti al Patto, attenendo alla sfera del diritto pubblico, doveva qualificarsi come *jure imperii*[48], non venne tuttavia adeguatamente focalizzata la differenza fra natura politica dell'atto – ed in questo senso la partecipazione dell'Italia alla campagna militare contro la Repubblica Federale Jugoslava non sembra essere soggetta ad alcun tipo di sindacabilità da parte della giurisdizione – e singole operazioni militari eseguite nell'ambito della partecipazione al conflitto, soprattutto quando si assume che queste abbiano leso diritti inviolabili dell'uomo.

Un conto è affermare che la funzione politica è attribuita agli organi costituzionali, altro è sostenere che la Costituzione imponga l'insindacabilità assoluta degli atti politici allorché questi siano – in tesi – contrari ai diritti dell'uomo. E in questa direzione assolutamente rilevanti risultano le riflessioni di Zagrebelsky sopra ricordate, destinate a valere ben al di fuori della vicenda che si è qui ricordata ed invece decisamente orientate a valere come pietra miliare per il dispiegarsi di un corretto rapporto fra fonti interne e CEDU.

5. Qualche breve conclusione

La vicenda dalla quale hanno preso le mosse le riflessioni qui espresse dimostra, ancora una volta, la centralità del ruolo dell'ordine giudiziario nel processo di tutela dei diritti fondamentali, altresì denotando gli evidenti rischi che esso corre all'atto stesso dell'esercizio delle funzioni allo stesso costituzionalmente garantite.

Funzioni che possono, a volte, condurre l'autorità giudiziaria ad intercettare, nei percorsi di verifica di una condotta ai fini della sua rilevanza penale o del suo rilievo ai fini civilistici, scelte di natura politica adottate a livello interno e, quindi, ad intraprendere decisioni che possono essere strumental-

---

[47] Cass. S.U. 12 luglio 1968 n. 2452, in *Foro amm*., 1969, I, 39.

[48] v. Cass. S.U., 2 marzo 1964 n. 467, in *Giust.civ*., 1964, I, 971; Cass. S.U. 13 maggio 1963 n. 1178, in *Giust.civ.,*1963, I, 1533; Cass. S.U. 17 ottobre 1955 n. 3223, in *Foro it*., 1955, 1296.

mente accusate di essere anch'esse di natura politica, tentando di appannare il ruolo di terzietà ed indipendenza dell'ordine giudiziario medesimo.

Anche in tempi recenti si tende infatti a far passare l'idea che come le scelte securitarie del legislatore in materia migratoria hanno una valenza politica, allo stesso modo le decisioni dell'ordine giudiziaro che incidono sulle prime, comprimendone la portata, sarebbero soggette al medesimo tipo di valutazione. Il che dovrebbe condurre alla conclusione che queste ultime avrebbero superato il limite entro il quale la giurisdizione ha la competenza per svolgere in modo corretto la propria funzione.

Ora, tale assunto va recisamente e con fermezza contrastato proprio alla luce delle riflessioni che si è qui tentato di svolgere.

Come il giudice può resistere all'accusa di politicità?

Questa "possibilità di resistenza" si ritrova nell'essere le fonti che riconoscono la tutela dei diritti dotate di valenza costituzionale e sovranazionale che le scelte dell'esecutivo e dei Parlamenti non possono mai disattendere.

Il giudice nazionale sta dunque lì a svolgere la sua funzione di *guardiano indipendente*, trovando nel *diritto vivente* delle Corti superiori nazionali e sovranazionali la linfa sulla quale orientare il proprio operato nell'interpretazione della legge[49]. Si arriva, così, ancora una volta al nocciolo rappresentato dal significato che la legge ha nella sua applicazione concreta. Risultato al quale solo il giudice del caso concreto può giungere per il tramite dell'interpretazione che alla legge occorre dare per trasformare la disposizione normativa astratta in norma applicabile al caso concreto. Basilari, sul punto, le riflessioni recentemente offerte dal Prof. Gaetano Silvestri[50].

Di straordinaria chiarezza le parole di recente usate da Franco Ippolito per tratteggiare ruolo del diritto e dei giudici, quando egli ci ricorda che «La garanzia dell'indipendenza non assicura affatto che i giudici siano davvero indipendenti. Ma consente a giudici indipendenti di poterlo essere davvero anche quando la politica o altre alte istituzioni si arrendono alle pressioni dell'alleato più forte e realizzano attività di favore della potenza egemone. Anche quando i Governi sono costretti a "sporcarsi le mani" con manipolazioni di ogni tipo per neutralizzare l'effetto dell'esercizio doveroso dell'azione penale, il fatto che la giurisdizione tenga dritta la barra del diritto costituisce il presupposto per salvare la democrazia costituzionale»[51]. Espressioni vive da scolpire nella mente di ciascun giudice attento al proprio ruolo.

---

[49] V. R.G. Conti, *Il giudice disobbediente nel terzo millennio*, Conclusioni, in Le Interviste di Giustizia Insieme a D. Galliani, V. Militello e G. Silvestri, a cura di R.G. Conti.

[50] Si rinvia, ancora, alle riflessioni espresse da G. Silvestri in *Il giudice disobbediente nel terzo millennio*, interviste a D. Galliani, V. Militello e G. Silvestri, a cura di R.G. Conti, in *www.giustiziainsieme.it*. V. anche sul medesimo sito, le interviste rese da G. Canzio, E. Lupo, G. Luccioli e R. Rordorf sul tema *Diritti fondamentali e doveri del giudice di legittimità*, sempre a cura di R. G. Conti.

[51] F. Ippolito, *Il ruolo del diritto e l'impegno dei magistrati, Considerazioni conclusive,* in

È dunque attorno al concetto di indipendenza che il *giudiziario* deve continuare a *girare*, forte del giusto rilievo che ad esso anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia, nella sua articolazione più autorevole – Corte giust., 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 24 giugno 2019, n. C-619/18 ,*Commissione europea c. Repubblica di Polonia* – è di recente tornata a sottolineare, ricordando a tutti che la garanzia di indipendenza dei giudici nazionali è essenziale per il buon funzionamento del sistema di cooperazione giudiziaria costituito dal meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE, presuponendo che l'organo eserciti le sue funzioni giurisdizionali in piena autonomia, senza vincoli gerarchici o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte, e che esso sia quindi tutelato da interventi o pressioni dall'esterno idonei a compromettere l'indipendenza di giudizio dei suoi membri e ad influenzare le loro decisioni.

La strada maestra alla quale ispirarsi è dunque quella della continua opera di costruzione di un sistema normativo ispirato alla protezione dei diritti della persona che i giudici hanno il diritto ed il dovere di garantire senza condizionamenti di sorta, in una prospettiva volta a perseguire il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela[52].

Peraltro, la circostanza che la giurisprudenza nazionale e della Corte Edu sopra ricordate abbiano assecondato una prospettiva esattamente contraria a quella improntata alla salvaguardia dei diritti fondamentali, barbaramente calpestati dal bombardamento della radiotelevisione di Belgrado, costituisce un forte monito rivolto a tutti gli operatori giudiziari, affinchè essi siano a tal punto indipendenti da sapere improntare il proprio operato, anche alla luce dei successivi sviluppi giurisprudenziali maturati all'interno delle S.U., all'ombra del faro dei diritti fondamentali. Prospettiva imprescindibile tanto ieri come oggi, essa costituendo la base stessa delle democrazie moderne.

È dunque importante che gli operatori del diritto in questo cammino, mai conchiuso ma anzi continuamente in movimento, abbiano l'opportunità di "intercettare" personalità di spicco come quella di Paulo Pinto De Albouquerque capaci di offrire, anche andando controcorrente, prospettive ed orizzonti universali senza i quali quelle stesse democrazie rimangono più vulnerabili.

Speciale *Questione giustizia, Terrorismo interazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, 2016.

[52] Sul punto, a più riprese, A. Ruggeri, da ultimo nella intervista su *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna*, a cura di R.G. Conti, in *www.giustiziainsieme.it*, 10 aprile 2019.

L'OROLOGIO DELLA SOCIETÀ E LA CLESSIDRA DEL CARCERE. RIFLESSIONI SUL TEMPO DELLA PENA

di Riccardo De Vito

Sommario: 1. Tempo ed esecuzione penale. – 2. Tempo della Costituzione e giudice del tempo. – 3. Il tempo alle origini della prigione. – 4. Il tempo dentro il carcere. – 5. Nuovo tempo per un nuovo carcere. E per una nuova sanzione. – 6. *Post scriptum*. Breve e (forse) fuori tema, ma necessario.

E gli anni stan passando tutti gli anni insieme
ha già i capelli bianchi e non lo sa.
Questa sera vengo fuori Maria
vedrai che bella la città
Lucio Dalla, *La casa in riva al mare*

1. Tempo ed esecuzione penale

La dimensione temporale è una lente di ingrandimento formidabile per indagare a fondo l'esecuzione penale.

Basta evocare termini come carcere e reclusione per connettersi immediatamente con la prospettiva del passare degli anni, con le previsioni edittali, con gli aggettivi che connotano la pena in termine di brevità o lunghezza, con il dramma del tempo senza fine degli ergastolani.

Più a fondo, va osservato che è la stessa questione del tempo – si vedrà in seguito in che modo e sotto quale angolazione – a far decollare definitivamente l'idea che la privazione della libertà per un determinato intervallo temporale possa essere l'equivalente del danno perpetrato con il reato. È ancora la dimensione del divenire, riscritta dalla Costituzione nell'ottica della risocializzazione, a rimuovere dall'ordinamento i paradigmi retribuzionisti.

Su un punto, infatti, deve essere fatta subito chiarezza: la Costituzione non ammette forme verbali diverse dal futuro per coniugare la pena. Il diritto a un futuro, preso sul serio, ha persino comportato la nascita di una figura di magistrato specializzato, dedito alla verifica del protrarsi della pretesa punitiva.

Occorre chiedersi, tuttavia, se retaggi del passato, paure contemporanee e mentalità diffuse operino ancora, e in quale misura, in maniera tale da far abbassare lo sguardo dall'orizzonte dell'art. 27. La questione diventa bruciante se l'attenzione va a porsi, come deve, sul mondo e sui tempi del carcere. Del resto, sono i tassi di carcerizzazione, dal 2016 di nuovo in crescita, a testimoniare il carattere ancora baricentrico della prigione nel sistema di esecuzione.

E allora un interrogativo diventa cruciale: il tempo costituzionale della pena e il tempo dell'istituzione coincidono? Le risposte consentono di im-

maginare modelli diversi per il futuro e, anche, di gettare uno sguardo più attento su alcuni istituti di diritto sostanziale che sempre con il tempo hanno a che fare.

2. Tempo della Costituzione e giudice del tempo

Si può affermare senza timore di smentita che la centralità della questione del tempo nella penalità esecutiva di matrice costituzionale è conseguenza diretta della centralità della persona in questo segmento della giurisdizione.

Due disposizioni di legge assumono particolare valore simbolico nel delineare lo slittamento del campo di indagine dal fatto alla persona, che si compie parallelamente al passaggio dalla giurisdizione di cognizione a quella, in senso lato, "rieducativa".

Sul primo versante, l'art. 220, comma 2, del codice di procedura penale obbliga giustamente a tenere l'attenzione incollata a fatti storici puntuali: «salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza non sono ammesse perizie per stabilire […] il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche». È una norma, questa, che al di là della sua rilevanza pratica, presidia giudizi basati sulla concreta offensività delle condotte e ammonisce sulla necessità di prevenire straripamenti nel campo insidioso del diritto penale d'autore. Niente decisioni, dunque, che possano trarre argomenti risolutivi, sia pure a livello di sfondo alogico della motivazione, dalla personalità dell'imputato e dalle sue qualità.

Su tutt'altro terreno, in ideale contrappunto, si muove l'art. 13 dell'Ordinamento penitenziario: «Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto. Nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale». Al di là dei sedimenti linguistici di stampo deterministico, la formulazione normativa è chiaramente prescrittiva di un trattamento e di una conseguente giurisdizione che mettano a fuoco non più la fotografia di un accadimento storico, ma la personalità dell'uomo, la sua costruzione fisica, esistenziale e sociale, il suo sviluppo e le auspicabili trasformazioni.

Certo, non si deve cedere alla tentazione di una visione semplicistica che pretenda di far scomparire il soggetto dall'orizzonte della cognizione o di far uscire i fatti dai recinti della rieducazione, ma non vi è dubbio che, mentre il fatto puntuale di reato costituisce il perno dell'accertamento processuale, la persona del condannato occupa il centro della scena dell'esecuzione.

Ingresso della persona significa, *tout court*, ingresso del tempo o, meglio, di quella particolare dimensione del tempo che è correlata ai concetti di cambiamento, mutamento, metamorfosi. È la stessa Costituzione (art. 27, comma 3), del resto, a non inchiodare la persona all'istantanea del reato e a

promettere una pena che sia «tensione», tempo verso qualcosa, e in particolare verso quel futuro di risocializzazione che è l'obiettivo di un sistema penale democratico. La penalità costituzionale alza lo sguardo dal reato per concentrarlo sugli uomini e sulla loro evoluzione, dal momento che, come scriveva Henry Bergson, «per un essere cosciente esistere significa mutare, mutare significa maturarsi, maturarsi significa creare indefinitivamente se stesso»[1]. La pena costituzionale presuppone la possibilità di cambiare e il cambiamento presuppone il problema del tempo.

La prospettiva diacronica, dunque, entra nel sistema e lo plasma, a partire dalle forme e dalle caratteristiche della giurisdizione. Vediamone subito alcune.

Per accertare la sussistenza dei fatti e la loro conformità alle fattispecie incriminatrici l'autorità giudiziaria deve funzionare come macchina retrospettiva e lo deve fare nel solco dei binari tracciati dal sistema accusatorio, unica garanzia dell'attendibilità del risultato conoscitivo. Di qui la necessità del giudice terzo, tabula rasa, equidistante dalle parti. Ogni fatto richiede interpretazione e la dialettica garantisce la possibilità di attraversare tutti i punti di vista.

Nella giurisdizione rieducativa cambia in modo radicale la prospettiva. Lo chiarisce la Corte costituzionale, nella celebre sentenza 204/1974: «sorge il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo». Quella appena riportata non è soltanto la decisione che sottrae al Ministro di giustizia la competenza a concedere la liberazione condizionale per attribuirla al giudice ordinario. È un arresto, più a fondo, che disegna i compiti e le funzioni del futuro magistrato di sorveglianza, destinato a scrutinare il protrarsi della pretesa punitiva e riesaminarla costantemente. Nasce un giudice che ingloba il dominio del tempo, che deve seguire il condannato nella *longue durée* e che, per essere all'altezza di questo compito, lascia gli abiti di un'astratta terzietà per indossare quelli della prossimità. Ecco, dunque, il magistrato che, per statuto epistemologico potremmo dire, segue da vicino la persona in espiazione, entra in carcere e svolge colloqui, valuta i cambiamenti e le potenzialità, mette assieme passato, presente e futuro, riporta la propria esperienza di contaminazione e il sapere acquisito sul campo all'interno dei collegi giudicanti.

L'esecuzione penale, dunque, richiede un giudice con arnesi scientifici diversi da quello di cognizione, più al passo col tempo delle persone e in grado di valutare, anche per conoscenza diretta, i percorsi umani che si snodano nell'espiazione.

Non si tratta più di mettere a fuoco un punto del passato, ma di vedere in presa diretta il tempo della pena, per verificare se la percezione che il con-

---

[1] H. Bergson, *L'evoluzione creatrice*, Laterza, Bari, 1957 (trad. it), p. 8.

dannato ha del proprio cambiamento coincida con quella dell'ordinamento; per accertare, in sostanza, se «il tempo personale combaci con quello costituzionale» della risocializzazione.

Risuonano chiare le parole di Sandro Margara e l'irrimediabile antitesi tra ruolo di garanzia statico e ruolo di garanzia dinamico: «Quando la normativa di cui si deve garantire il rispetto è una normativa dinamica, incentrata sul perseguimento di uno scopo quale quello della risocializzazione del soggetto, l'attività dell'organo giudiziario è anche attività di promozione del raggiungimento di quello scopo: non si garantisce l'effettivo rispetto della norma, se non stimolando, promuovendo la creazione delle condizioni perché l'azione penitenziaria si muova verso quel certo scopo, che rappresenta il parametro di valutazione della conformità alla legge di quanto si viene facendo»[2]. Si tratta di sintassi rivelatrice: la questione temporale informa anche la giurisdizione esecutiva e le sue metodologie. Il giudice di cognizione è disegnato per ricostruire il fatto, il magistrato di sorveglianza ha il compito di valutare quanto si viene facendo.

Tempo, cambiamento, dinamismo hanno creato un nuovo giudice. Possiamo dire che hanno anche consolidato nuove prassi di espiazione? La domanda può essere formulata in altro modo: il tempo della pena, e soprattutto della pena in carcere, è in concreto un tempo proficuamente impiegabile per conquistare l'obiettivo della risocializzazione? Per rispondere a queste domande, che si ricollegano agli interrogativi svolti in premessa, occorre fare qualche passo indietro e tornare alle origini della penalità moderna, per poi spostare lo sguardo dentro l'orologio dell'istituzione totale.

3. Il tempo alle origini della prigione

L'equazione pena uguale carcere, come noto, è un'invenzione della modernità, nella quale è proprio la questione del tempo a svolgere una funzione determinante.

Nel momento in cui, tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo, va tramontando la lugubre festa punitiva dei supplizi, il carcere dismette il ruolo di custodia preventiva degli indagati e assurge a strumento principale di un'esecuzione penale che non ha più il corpo del condannato quale unico oggetto della pretesa punitiva. È un cambiamento radicale: in epoca feudale a processi inquisitori segreti corrispondeva lo spettacolo pubblico e rituale dei supplizi; nella società borghese, ormai plasmata dal capitalismo e attraversata dalle ideologie illuministe, il processo (sempre rigorosamente inqui-

[2] A. Margara, *La giustizia e il senso di umanità. Antologia di scritti su carcere, opg, droghe e magistratura di sorveglianza*, in F. Corleone (a cura di), in particolare, Considerazioni generali sulle attività degli uffici di sorveglianza, Firenze, Fondazione Michelucci Press, 2015, p. 43.

sitorio) inizia lentamente ad aprire i battenti al pubblico e la punizione inizia ad occultarsi all'interno di un carcere rifunzionalizzato.

Per afferrare quanto importante sia la problematica della misurazione del tempo in questo mutamento di paradigma culturale è utile prendere le mosse dalla incisiva descrizione che Michel Foucault offre di quel passaggio storico: «il castigo è passato da un'arte di sensazioni insopportabili a una economia di diritti sospesi»[3]. Un'economia, si potrebbe aggiungere, tutta basata su calcoli e proporzioni che presuppongono una nuova possibilità di stimare il tempo e la libertà personale degli uomini.

Il transito da una pena che distrugge il corpo del suppliziato nella ruota a una pena che sottrae libertà per un periodo di tempo calcolato in giorni, mesi e anni rende necessario ripensare il concetto di retribuzione e implica la valorizzazione, in termini puramente economici, del bene fondamentale della libertà personale. Come è stato acutamente rilevato «in presenza di un sistema socio-economico – quale quello feudale – in cui non era ancora compiutamente storicizzata l'idea del "lavoro umano misurato nel tempo" (leggi: lavoro salariato) la pena retribuzione, come scambio misurato sul valore, non era in grado di trovare nella privazione del tempo l'equivalente del reato. L'equivalente del danno prodotto dal reato si realizzava, invece, nella privazione di quei beni socialmente avvertiti come valori: la vita, l'integrità fisica, il denaro, la perdita di status»[4].

Il sistema di produzione capitalistico, in sostanza, attraverso la riduzione di tutte le forme di ricchezza al lavoro umano misurato nel tempo, apre la strada alla concezione della pena come privazione della libertà per un periodo di tempo predeterminato in via astratta. Alla radice delle cornici edittali, dei minimi e dei massimi sanzionatori, dei calcoli dosimetrici astratti del legislatore si colloca indubbiamente una nuova misurazione economica e sociale del tempo, scandita dai ritmi di produzione e non dai cicli della vita e della natura.

La teoria che correla la nascita della prigione moderna allo sviluppo del sistema capitalistico di produzione è certamente soltanto una delle teorie idonee a giustificare lo sviluppo dell'istituzione segregante e accanto ad essa se ne pongono altre che consentono una lettura più articolata e non meramente sovrastrutturale del fenomeno. Va detto, tuttavia, che è sulla linea del tempo misurato in giornate di lavoro umano che si innestano e trovano il loro solco ideale tutti i ragionamenti in termini di durata, proporzionalità, uguaglianza e utilità della pena e la conseguente scienza della legislazione penale.

---

[3] M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1976, p. 13.

[4] D. Melossi – M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Il Mulino, Bologna, 1977. Considerazioni analoghe in G. Rusche – O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1978.

La questione del tempo è dunque costitutiva della penalità moderna e contemporanea.

È sempre in connessione con la misurazione sociale del tempo, e in particolare con la tematica della scissione tra dimensione oggettiva e soggettiva del tempo, che si aprono anche gli scenari della crisi del retribuzionismo illuminista e della sua critica. L'utopia punitiva basata sulla perfetta proporzionabilità della pena vacilla davanti a interrogativi che mettono in dubbio il principio egualitario del tempo della pena. Tocchiamone con mano uno particolarmente significativo: «cinque anni di reclusione comminati ad una persona di trent'anni in perfette condizioni di salute sono equivalenti a cinque anni di reclusione comminate ad una persona anziana, o ad una colpita da grave malattia a prognosi infausta[5]?» Ma il tempo è materia delicata e va maneggiato con cura anche sul terreno della prevenzione generale. Le insidie del principio ugualitario della durata della privazione della libertà non colpiscono solo gli approcci retribuzionisti: pene non differenziate per reati caratterizzati da un diverso livello di aggressione ai beni fondamentali, come nel caso di furto e rapina, inducono il reo a scegliere la condotta più grave che, a parità di sanzione minacciata, consente un minor rischio di esposizione alla reazione penale e una maggiore possibilità di ottenere il profitto connesso alla consumazione del reato.

I ragionamenti sviluppati sin qui consentono di avere chiaro, al di là delle contraddizioni intrinseche, che la progressiva egemonia della pena detentiva carceraria nei sistemi di controllo del crimine scaturisce da quanto si è detto a proposito della valorizzazione in termini economici degli intervalli temporali misurati in giorni, mesi, anni. Diventa possibile, in tal modo, creare un'equivalenza tra danno del reato e tempo sottratto alla vita del condannato. Si aggiunga, inoltre, che il meccanismo lascia integro il corpo del condannato, con il solo positivo effetto di addomesticarne l'anima.

Il legame tra pena detentiva e struttura del tempo, tuttavia, è ancora più stretto se il campo di indagine si sposta dentro gli ingranaggi del penitenziario. È un passaggio obbligatorio, come si è anticipato in apertura, per tentare di rispondere alle domande sulla effettiva proficuità, in termini di rieducazione, del tempo della pena.

4. Il tempo dentro il carcere

L'organizzazione sociale del tempo, come visto, ha fatto da levatrice al moderno penitenziario. È essenziale a questo punto chiedersi se quella leva-

---

[5] C. Sarzotti, *Pena e malattia. La sanzione al malato infettivo a prognosi infausta alla luce delle dottrine assiologiche della pena*, in *www.ristrettiorizzonti.it*; B. Magliona – C. Sarzotti, *La prigione malata. Letture in tema di Aids, carcere e salute*, l'Harmattan Italia, Torino, 1996, p. 115.

trice abbia inciso anche sul funzionamento reale dell'istituzione totale, sulla gestione del tempo dentro il carcere e se questa gestione si sia andata trasformando in parallelo con il modificarsi della realtà economica e sociale che aveva preceduto e accompagnato la nascita della prigione. Il tema da sondare, dunque, è quello «dell'inveramento della pena stabilita dal legislatore nelle strutture materiali destinate all'esecuzione»[6].

Non è questa la sede per un'analisi dettagliata dei diversi sistemi penitenziari concepiti e sperimentati nella storia, da quello filadelfiano a quello auburniano fino ai sistemi misti. Quello che è interessante notare è che, a prescindere dal modello di volta in volta dominante, il tempo alienato e alienante della fabbrica sia penetrato anche nel carcere e sia divenuto una modalità fondamentale della costruzione di rapporti verticali e gerarchici. Nel progressivo assoggettamento del detenuto al potere disciplinare dell'istituzione ha certamente giocato un ruolo fondamentale la costruzione ortopedica dello spazio condensata nel Panopticon di Bentham. Una funzione altrettanto importante, tuttavia, è svolta dalla metodica espropriazione del tempo che ogni detenuto subiva e continua a subire al momento dell'ingresso nel penitenziario, un'espropriazione del tutto simile a quella vissuta dal lavoratore subordinato che entra (o, meglio, entrava, stante la rarefazione del panorama industriale) nella catena di montaggio.

Dalla gestione autonoma del tempo, infatti, il condannato che mette piede in carcere passa di colpo a forme di etero-gestione che, alla lunga, finiscono per essere interiorizzate. Il carcere come macchina, capace di trasformare il deviante «in detenuto, in soggetto disciplinato, soggetto meccanico»[7], utilizza sapientemente i meccanismi di amministrazione del tempo, a partire da una scansione sempre uguale della giornata sulla quale il detenuto non può intervenire in alcun modo.

Paradossalmente, proprio sul versante dell'impiego dei meccanismi temporali l'istituzione carcere ha evidenziato immobilismi che mostrano, oggi in maniera sempre più evidente, l'enorme divario tra la vita dentro e la vita fuori. Mentre all'esterno della prigione la struttura del tempo della società post-industriale si va disancorando dai ritmi sociali rigidamente definiti e diventa più complessa, composita e frammentata, all'interno del penitenziario ancora si perpetua un tempo desueto, arcaico, che reca in sé l'impronta delle origini.

Il Panopticon viene sostituito dai moderni sistemi di videosorveglianza, ma la clessidra che il condannato non ha il potere di girare rimane il meccanismo che governa le ore del penitenziario.

---

[6] T. Padovani, *La pena carceraria*, Pisa, 2014, p. 87.
[7] D. Melossi – M. Pavarini, *op. cit.*, p. 202.

Per rendersi conto di questa affermazione è necessario porre mente ad alcuni esempi paradigmatici del funzionamento della temporalità all'interno dell'istituzione, debitamente scandagliati dai sociologi del diritto[8].

a) Tempo illimitato per spazio limitato

Nella società contemporanea il progresso tecnologico e delle comunicazioni ha esteso e dilatato lo spazio percorribile e ogni persona libera può sperimentare la suggestione, reale o virtuale, di ricoprire distanze sempre maggiori in intervalli di tempo limitati. La condivisione permanente in rete delle informazioni, poi, accorcia le distanze e apre nuove prospettive per l'impiego del «tempo risparmiato».

Del tutto all'opposto l'esperienza della vita in carcere: lo spazio si chiude e il tempo a disposizione si dilata all'infinito. Ogni detenuto ha a disposizione un tempo esteso, quello delle giornate tutte uguali, per ripercorrere sempre lo stesso spazio: camera detentiva, corridoio, passeggi, sala socialità. Si tratta, in questo caso, di affermazione verificabile attraverso una semplice visita delle realtà penitenziarie italiane contemporanee, nelle quali, salvo situazioni d'eccellenza, non abbondano certo gli esempi in grado di contraddire la conclusione sopra riportata.

In quest'ordine di idee, del resto, assume un valore simbolico di un certo rilievo la questione dello spazio minimo che deve essere lasciato a disposizione di ogni detenuto per evitare che la pena diventi automaticamente trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 3 Cedu. Al di là delle dispute giurisprudenziali interne e internazionali, l'asticella dell'idoneità è fissata nella misura irrisoria di 3 metri quadri per ciascun recluso. In istituti dove strutture modulari per attività in comune stentano a decollare e dove sono rare le possibilità di lavoro all'interno e all'esterno delle mura, l'esperienza di restrizione dello spazio fisico (e della conseguente mappa mentale) fa il paio con la dilatazione di un tempo che viene chiaramente avvertito come terribile poiché ripetitivo, inutile, vuoto.

Tale limitazione non viene superata a livello di circolazione di notizie e informazioni tra esterno e interno. Salvo la televisione generalista, i condannati sono costretti a comunicare in cartaceo e ad attendere i lunghi tempi postali delle risposte, esattamente come nel mondo pre-informatico. In sostanza i condannati alla prigione sono gli unici a non essere migrati nel mondo digitale.

b) Coazione a ripetere

Un celebre saggio dedicato al carcere immateriale[9] ha proposto una lettura originale delle Invenzioni di carceri all'acqua forte, incise da Giovanni Battista

---

[8] Fondamentali in questa direzione, e più in genere sul tema della frattura tra tempo dell'istituzione e tempo della società, le riflessioni di G. Mosconi, *Tempo sociale e tempo del carcere*, in *Sociologia del Diritto*, 2/1996, pp. 89-105.

[9] Si tratta di E. Gallo – V. Ruggiero, *Il carcere immateriale*, Torino, 1989.

Piranesi tra il 1745 e il 1761. In quest'ottica le vedute oniriche di scale elicoidali infinite, di archi e volte che si ripropongono sempre uguali e di stanze incastrate le une nelle altre come scatole cinesi rappresenterebbero in maniera incisiva non lo spazio della prigione, ma la struttura del tempo dell'istituzione del carcere.

La scansione ossessiva e ripetitiva delle attività (e delle inerzie) quotidiane è ancora oggi comune alla maggior parte degli istituti di pena, all'interno dei quali sono molto ridotte le possibilità di spendere il tempo della pena in diversioni utili a evitare un'estenuante e meccanica coazione a ripetere. L'effetto alienante di tale reiterazione si coglie ancora di più quando, a una temporalità invariabile, si accompagnano giornate vuote di ogni attività.

È inevitabile, in questo modo, che la coazione a ripetere assuma anche il nome di recidiva: a un tempo del carcere vuoto di esperienze, conoscenze e relazioni corrisponde un tempo da libero che culmina nella reiterazione del reato. Si tratta di destino, ovviamente, che colpisce con maggior intensità chi si trova ai margini del perimetro sociale e che a una vita spesso caratterizzata dalla mancanza aggiunge una pena contrassegnata dalla medesima mancanza.

c) Tempo dell'attesa

L'etero-direzione del tempo nel carcere non assume soltanto l'aspetto della previsione di giornate sempre uguali. Occorre mettere a fuoco anche la vicenda, del tutto passivizzante e de-responsabilizzante, del tempo dell'attesa. Non essere padroni del proprio tempo, per il detenuto, significa non poter autonomamente dar seguito alle proprie scelte, alle proprie determinazioni e alle proprie aspirazioni. Il principio della

domandina, infatti, impone al condannato di attendere la risposta per il soddisfacimento di ogni suo bisogno. Non c'è richiesta di telefonata ai familiari, di visita medica, di acquisto di beni che non debba passare attraverso la risposta, con tempi spesso incerti, dell'istituzione.

Il tempo dell'attesa diventa così elemento costitutivo di una vera e propria forma di dipendenza.

d) L'esperienza del presente

La percezione soggettiva del tempo all'interno del carcere, come visto, è caratterizzata da una reiterazione esasperante che finisce per dilatare la dimensione di un presente inesauribile e immodificabile. Tale sperimentazione del presente, però, è solo astrattamente paragonabile a quel fenomeno di «presentificazione del tempo» che l'uomo libero saggia in una società contemporanea sempre più monca della profondità dei ricordi e del respiro dei progetti.

Il detenuto, infatti, percepisce la pena in un eterno oscillare tra il passato colpevole che lo ha portato dentro e un futuro sperato ma, in ragione dell'assenza di opportunità, inarrivabile, distante, spesso non progettabile. In questa condizione il tempo presente, fatto di gesti ripetuti in spazi limitati e separati, subisce di necessità una rimozione volta a impedire la sofferenza e l'angoscia causata dal vuoto, dell'isolamento.

All'esatto opposto, la società esterna, con le sue paure e le sue necessità di capri espiatori, è interessata soprattutto al presente della detenzione, un presente fatto di necessaria e auspicata separazione dal mondo e di chiusura. È su questa scia che si collocano anche le legislazioni recenti in materia di carcere, perennemente in bilico tra scelte compulsive dell'imprigionamento e opzioni deflazioniste per tamponare i periodi di sovraffollamento. Da troppi anni brilla per assenza, se non a livello teorico, una riflessione politica seria e approfondita su cosa realmente ci sia dentro la galera e su quale possa essere il suo futuro.

La veloce panoramica dentro il carcere, condotta sotto il profilo delle caratteristiche della temporalità, consente di valutare la distanza dell'istituzione dalla promessa costituzionale e le differenze siderali tra l'ambiente intramurario e quello esterno.

È il momento, pertanto, di tracciare qualche conclusione.

5. Nuovo tempo per un nuovo carcere. E per una nuova sanzione.

Anche osservato sotto il profilo della struttura e della gestione del tempo, dunque, il modello di carcere dominante non sembra costituire il terreno ideale della prospettiva rieducativa. Per ragioni diverse, ascrivibili alla lentezza con la quale gli apparati separati modificano se stessi, alla cronica mancanza di risorse da investire dentro il penitenziario e a scelte di politica criminale di stampo custodialistico, la prigione rimane il luogo del tempo vuoto e non proficuamente impiegabile.

Le riflessioni che Sandro Margara svolgeva nel 2009 rimangono valide ancora oggi: «il carcere riformato doveva realizzare una vita attiva negli Istituti che rendesse possibile quella individualizzazione del trattamento, principio di fondo della riforma (art. 13 ordinamento penitenziario), attraverso lo svolgimento delle attività che dovevano riempire la giornata: lavoro, scuola e formazione professionale, iniziative ricreative e culturali, mantenimento dei rapporti familiari. Questo carcere non è mai stato voluto»[10].

L'impressione è che, nonostante le eccezioni – gli esempi del carcere della resistenza –, la prigione continui a essere, con la sua temporalità completamente sfasata rispetto al mondo esterno, un sistema infantilizzante, deresponsabilizzante e tendenzialmente alienante.

È possibile allora tracciare un'altra strada?

---

[10] A. Margara, *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Questione Giustizia*, 5/2009, p. 109. Sempre a questo saggio si deve l'espressione, più avanti utilizzata nel testo, di carcere della resistenza, espressione con la quale l'Autore intendeva riferirsi a quegli Istituti che, nonostante le rigidità burocratiche e politiche e i modelli dominanti, provano ad attuare la riforma e a dimostrare che un altro paradigma detentivo è possibile.

Ripensare il modello del penitenziario a partire dal governo del tempo è certamente una sfida interessante. Più a monte, tuttavia, appare ormai ineludibile riflettere sull'obsolescenza dell'intero modello sanzionatorio nato dalla rivoluzione industriale e interrogarsi sull'idea che la pena carceraria misurata in giorni, mesi e anni – sempre uguale nella sostanza, ma diversa nelle dosi – possa ancora costituire la panacea di tutti i mali e la risposta a tutti i reati.

I ragionamenti appena svolti sulla frattura tra il «tempo mummificato dell'istituzione» e il tempo dinamico dell'esterno acuiscono la crisi di concetti come utilità, proporzionalità e uguaglianza della pena, già duramente messi alla prova, come visto, dalla intrinseca contraddizione tra dimensione oggettiva del tempo e percezione dello stesso.

Il governo intramurario della temporalità, in questo senso, non fa che avvalorare una constatazione generale ben presente, ad esempio, alla Commissione Palazzo, che si è occupata in maniera approfondita della riforma del sistema sanzionatorio penale. Nello Schema per la redazione dei criteri direttivi di delega legislativa, elaborato da quella Commissione, si dava atto di un dato acquisito nella letteratura criminologica e penologica nazionale e internazionale, inerente alla stretta correlazione tra grado di afflittività della pena carceraria e generali condizioni di vita presenti in una data società. Più nello specifico, con riferimento al nostro Paese, la relazione rilevava che «dall'entrata in vigore del codice penale, le condizioni di vita nella società italiana sono di molto migliorate non essendo più nemmeno paragonabili a quelle esistenti prima della guerra. Se così è, ciò significa che il grado di afflittività della pena carceraria, nonostante la riforma del 1975, rischia di essere accresciuto in comparazione alle mutate condizioni di vita»[11]. Sulla scia di tale argomento, la Commissione, nel formulare proposte di un nuovo apparato sanzionatorio, ha spezzato il monopolio della pena carceraria e ha previsto una gamma differenziata di pene principali che andavano dalle tradizionali multe, alla detenzione domiciliare, alle pene prescrittive.

Agli stessi criteri era ispirata la legge n. 67 del 2014, recante la delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio penale. È interessante notare come proprio quella delega – non esercitata e al momento confinata nel limbo delle occasioni perdute – sembrava aver fatto i conti con le discrasie tra il tempo della pena e il tempo della società contemporanea, arrivando a mettere a punto una particolare forma di detenzione domiciliare. All'art. 1, lett. a), infatti, si leggeva che «la reclusione e l'arresto domiciliari di espiano presso l'abitazione del condannato […] con durata continuativa o per singoli giorni della settimana o per

[11] Così lo Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale, a cura della Commissione istituita presso il Ministero di Giustizia con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013, presieduta dal prof. Francesco Palazzo.

fasce orarie». Appare evidente, a una lettura anche solo di superficie della norma, l'esigenza di accordare la nuova tipologia di pena domiciliare con i cambiamenti dell'organizzazione sociale del lavoro e del tempo.

La constatazione della vetustà del modello di repressione penale tuttora esistente deve ormai aprire il campo a scelte di non-carcere che indirizzino la pena e, prima ancora il processo, verso terreni diversi dalla logica della mera separazione del condannato dalla società. Seguendo questa rotta, la giustizia penale e i modelli procedimentali – in sede di diversion, di cognizione e di esecuzione – dovrebbero dotarsi di robusti e non occasionali innesti di giustizia riparativa.

Una prospettiva di riparazione seria, coltivata al di là dei meri confini del risarcimento materiale o morale, consentirebbe di inoculare nella penalità profili inediti di potere sul tempo in capo al colpevole e alla vittima. Come è stato autorevolmente rilevato[12], a differenza della pena classica, basata sulla rimozione del fatto di reato e sulla separazione del condannato, la riparazione consentirebbe un percorso comunque impegnativo per il responsabile di reato e per la persona offesa, ma idoneo ad agire sulla possibilità di lasciare alle spalle il passato senza risentimenti. Una sorta di oblio attivo che, a differenza del tempo passivo della pena carceraria, non lascia incatenati colpevoli e vittima allo strappo del reato e li proietta verso il futuro.

Se è vero che il senso di marcia deve essere quello volto a eliminare la centralità della pena carceraria dal sistema, è anche indispensabile che tale movimento di innovazione sia accompagnato da un serio ripensamento del penitenziario. La sincronia delle due azioni riformatrici – indirizzate da un lato sul sistema sanzionatorio, dall'altro sulla rimeditazione del modello di prigione – dovrebbe in linea di massima far in modo che la necessità della pena carceraria rimanga confinata alla risposta alla criminalità più grave.

Soltanto in questo modo, verosimilmente, potrebbe avverarsi una politica dei piccoli numeri in grado di realizzare la promessa inattuata dell'art. 5 Ord. pen.: «Gli istituti penitenziari devono essere realizzati in modo tale da accogliere un numero non elevato di detenuti o internati».

Sono questi ultimi istituti, si crede, a poter costituire il banco di prova per un nuovo modello di carcere, incentrato su una più convincente sintonia tra la vita intramuraria e la società esterna. Non mancano gli esempi, dislocati non solo nel continente europeo, ma anche nella nostra Penisola. Alcune colonie penali trasformate in Case di Reclusione[13] hanno rimodulato il paradigma detentivo confi-

---

[12] M. Bouchard, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2015, p. 76. Nel far riferimento alla teoria dell'oblio attivo di P. Ricoeur, l'Autore si chiede se sia possibile «riparare insieme alla memoria anche il tempo» attraverso i meccanismi del perdono e della promessa.

[13] Un interessante panoramica sulle colonie penali, peraltro resa possibile dal lavoro di digitalizzazione degli archivi svolto dai detenuti, si trova in V. Gazale – Stefano A. Tedde, *Le carte liberate. Viaggio negli archivi e nei luoghi delle colonie penali della Sardegna*, Delfino ed., Sassari, 2016.

dando in una seria individualizzazione del trattamento, in gran parte basato sulla autogestione della giornata da parte del detenuto-lavorante. Il lavoro, in questo caso, non è quello ripetitivo dell'attività manuale svolta per riempire il tempo, né quello coperto dal velo dell'ipocrisia della pubblica utilità. Si tratta, spesso, di un vero e proprio *training on the job* che consente al detenuto di acquisire abilità efficacemente spendibili all'esterno e di misurarsi con una gestione autonoma del tempo e della giornata. Una sperimentazione dentro il carcere, ma assai più simile a quella esterna e, dunque, assai più utile al percorso di risocializzazione e alla sua valutazione da parte della autorità giudiziaria.

Quelle appena indicate sono soltanto alcune opzioni di un possibile cambiamento che, tra le mille difficoltà di contesto politico, sociale e culturale, appaiono adatte a riavvicinare il tempo della pena reale al tempo promesso dall'art. 27 della Costituzione. In un'ottica che non è solo di garanzia di e per il condannato, ma di utilità per l'intera comunità dei liberi. È la comprensione dell'opportunità di puntare sul progetto di cambiamento di ogni uomo, infatti, che dovrebbe tracciare i binari di una politica criminale consapevole, efficace nel favorire la prevenzione dei reati, idonea a tutelare le persone offese.

E, a proposito di cambiamento, un'ultima considerazione si impone, sia pure in *post scriptum*.

6. *Post scriptum*. Breve e (forse) fuori tema, ma necessario

Si è scelto di prendere le mosse, in questi ragionamenti sul tempo della pena, dalla circostanza che la centralità della persona in sede esecutiva ha plasmato una giurisdizione nuova nelle forme e negli strumenti utilizzati.

Questo tipo di giurisdizione può funzionare solo a determinate condizioni. Alcune sono state esaminate: riguardano la necessaria trasformazione di un modello obsoleto di punizione. Altre devono essere prese in considerazione e hanno a che fare sempre con lo scorrere del tempo.

Lo sguardo, però, deve ora muoversi a ritroso, non dal fatto di reato alla pena, ma dalla pena al fatto di reato, o, per meglio dire, dalla giurisdizione rieducativa a quella di cognizione, fino a quel fondamentale istituto del diritto sostanziale rappresentato dalla prescrizione, che sempre col tempo ha a che fare.

Nel corso degli anni, man mano che i principi della riforma penitenziaria e della legge Gozzini andavano attecchendo nelle aule di giustizia e nelle mentalità, si è diffusa sempre di più la consapevolezza che il procedimento di sorveglianza integri l'ultimo segmento di una giurisdizione penale unitaria. Se questo è vero, è altrettanto innegabile che una tale giurisdizione debba avere, per usare il gergo costituzionale, il fine ultimo di promuovere la rieducazione del reo. In accordo con tale visione la Corte costituzionale ha sempre patrocinato, a far data dalla fondamentale sentenza 313/1990, l'idea che la funzione rieducativa debba presidiare ogni momento della vita della pena, dal suo concepimento a livello di previsione astratta nelle sedi della

legislazione fino alla sua esecuzione in concreto, passando necessariamente attraverso la fase dell'irrogazione all'esito di un giudizio di cognizione.

Su queste premesse teoriche indiscutibili si innestano i danni provocati da una giustizia penale in dissesto e dall'allungarsi dei tempi del processo. Non è importante in questa sede interrogarsi sulle cause di tale dissesto, né sulle soluzioni adottabili per porvi rimedio. Quello che è importante constatare è che spesso le sentenze di condanna irrevocabili giungono a distanza di molti anni dai fatti oggetto del giudizio, salvo l'intervento della prescrizione. Non è infrequente, nell'esperienza dei magistrati di sorveglianza, confrontarsi con pene irrogate per fatti commessi in epoca molto risalente rispetto alla loro esecuzione e a persone che, nel frattempo (nelle more, direbbe il giurista colto), hanno positivamente impiegato il tempo troppo lungo del processo per prendere le distanze dalla scelta non conforme all'ordinamento. L'esperienza, peraltro, ricorre spesso in casi di criminalità colposa di una certa gravità e induce a una seria riflessione proprio in ragione delle recenti scelte politiche di rispondere con più carcere anche all'illecito colposo, come la questione dell'omicidio stradale insegna.

La ricorrenza di tali vicende impone al magistrato di sorveglianza, soprattutto in questo periodo di annunciate riforme della prescrizione, un dovere di testimonianza che induca a ragionare su questo istituto e a vederlo sotto una luce diversa da quella collegata alla sola pretesa dello Stato di perseguire o meno fatti risalenti nel tempo.

Senza adeguate previsioni normative idonee a garantire lo svolgimento rapido ed efficace dei processi, ogni proposta di revisione tesa a correlare l'interruzione del decorso della prescrizione con l'esercizio dell'azione penale o con l'emissione della sentenza di primo grado aumenta il rischio di quei paradossi prima segnalati e frusta le esigenze sottese all'art. 27 della Costituzione. Del resto, posto che la prescrizione è prevista nel nostro ordinamento come causa di estinzione del reato e non dell'azione penale, appare ragionevole che nel fuoco della sua *ratio* polifunzionale rientri anche l'esigenza di tenere conto della distanza della pena dai fatti, dell'intervallo trascorso tra colpevolezza e sanzione, del tempo speso dall'imputato in un percorso di cambiamento. Adeguando un celebre proverbio, si potrebbe dire che ogni tempo è prezioso, non solo quello dello Stato.

EQUO PROCESSO ED OBBLIGO DI MOTIVAZIONE DEL MANCATO RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DA PARTE DEL GIUDICE DI ULTIMA ISTANZA NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO

di Angela Di Stasi[*]

Sommario: 1. Brevi cenni sul diritto all'equo processo ai sensi dell'art. 6 della CEDU. L'assenza di riferimento all'obbligo di motivazione della sentenza nel testo convenzionale. 2. L'emersione di un obbligo generale di motivazione della sentenza quale fattore di equità del processo nella giurisprudenza "creativa" della Corte europea dei diritti dell'uomo. 3. *(segue)* In particolare: la rilevanza della motivazione in caso di diniego di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice di ultima istanza. 4. Motivazione del mancato rinvio pregiudiziale a garanzia di un processo equo: il giudice nazionale nel "dialogo indiretto" tra sistema CEDU e ordinamento UE.

---

[*] La scelta di questo lavoro da destinare agli Scritti in onore di Paulo Pinto de Albuquerque riposa sulla volontà di offrire al *Giudice Professore* la riflessione intorno ad un segmento di un tema particolarmente *sensibile* sia con riferimento ad alcuni aspetti dell'azione della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia rispetto a quello di altre giurisdizioni: la motivazione. Esso mi sembra in sintonia con l'esercizio, da parte del Giudice Pinto de Albuquerque, di un mandato improntato ad una costante volontà di rendere immediatamente percepibile il ragionamento giuridico sotteso all'esercizio, in senso positivo o negativo, del suo voto nell'ambito della funzione giurisdizionale resa in seno alla Corte di Strasburgo. La giurisprudenza su cui si fonda il contributo – relativo ad un *volet* specifico della motivazione come antidoto all'arbitrarietà del processo e come strumento per garantire trasparenza e comprensibilità rispetto alla compressione di un diritto - non ha rinvenuto nell'ultimo periodo significative evoluzioni ma solo alcune precisazioni relative ai contenuti dell'obbligo di motivazione in riferimento al rinvio pregiudiziale. Al riguardo, la Corte europea ha chiarito, infatti, che esso non può essere inteso nel senso che sia necessaria una risposta dettagliata ad ogni argomento mentre la sua portata varia a seconda della natura della decisione e deve essere determinata alla luce delle circostanze di fatto. Non a caso, dunque, nella giurisprudenza più recente è andato delineandosi l'orientamento secondo cui "laddove una richiesta di ottenere una pronuncia pregiudiziale non fosse sufficientemente motivata o fosse formulata solo in termini generici o generali, è accettabile, ai sensi dell'art. 6, par. 1, della Convenzione, che i tribunali nazionali superiori respingano un reclamo facendo semplicemente riferimento alle pertinenti disposizioni giuridiche che disciplinano tali denunce qualora la questione non sollevi questioni giuridiche di fondamentale importanza" (così, in ultimo, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'11 aprile 2019, ricorso n. 50053/16, *Harisch c. Germania*, par. 35 e sentenza del 24 aprile 2018, ricorso n. 55385/14, *Baydar c. Paesi Bassi*, par. 42).

1. Brevi cenni sul diritto all'equo processo ai sensi dell'art. 6 della CEDU. L'assenza di riferimento all'obbligo di motivazione della sentenza nel testo convenzionale

La tendenza alla rimodulazione della sovranità statale nel senso dell'affiancamento allo Stato, quale esclusivo garante dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, di strumenti di garanzia sovra o inter-nazionali rinviene nella regione europea un fecondo spazio di osmosi tra sistema giuridico internazionale e sistemi giuridici nazionali[1]. Tale spazio costituisce anche il "laboratorio" privilegiato di un dialogo talora "intermittente" tra ordinamenti nazionali, sistema CEDU e ordinamento giuridico dell'Unione europea laddove la certezza del diritto non può non riposare nella collaborazione tra giudici (nazionali, sovra e internazionali) e nella mutua "alimentazione" tra una pluralità di fonti normative riconducibili a cataloghi di diritti diversificati. Ne risulta una dinamica integrazione del dato normativo con quello giurisprudenziale suscettibile di dischiudere nuovi orizzonti ermeneutici anche rispetto alla compiuta definizione dei contenuti di diritti per così dire "classici"[2].

Lo testimonia, in maniera emblematica, il diritto all'equo processo[3] che, cristallizzato nell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei

---

[1] Che tali dinamiche non siano limitate allo spazio europeo è provato dall'effetto "emulativo" che la CEDU ha registrato nel continente americano con la Convenzione di San José di Costa Rica. Sia consentito richiamare, anche per i puntuali riferimenti bibliografici, il volume curato da L. Cassetti – A. Di Stasi – C. Landa Arroyo (a cura di), *Diritti e giurisprudenza – Derechos y jurisprudencia. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo – La Corte interamericana y el Tribunal europeo de derechos humanos*, Napoli, 2014 che contiene una disamina "incrociata" della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Convenzione americana di San José nonché degli elementi di convergenza nelle giurisprudenze delle rispettive Corti. Cfr., recentemente, F. Vanneste, *Interpréter la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention américaine relative aux droits de l'homme: comment réconcilier deux pratiques divergentes avec la théorie générale,* in *Revue québécoise de droit international*, 2016, marzo, pp. 81-95.

[2] Non è possibile in questa sede dar conto delle "origini" di tale diritto. Si richiama soltanto la consacrazione nella Magna Charta Libertatum del 1215 d.C. (cap. XXXIX) di un'idea di processo equo a garanzia della libertà personale dagli arresti arbitrari in una declinazione che ancora non distingueva le garanzie procedurali dal diritto sostanziale.

[3] Sul diritto all'equo processo mi permetto di rinviare ad A. Di Stasi, *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*, Torino, 2012, nonché a Id., *Conflitti e pseudo conflitti sulla "ragionevole" durata del processo italiano ed europeo*, in R. Costi – A. Luminoso – C. Miraglia – S. Pescatore (a cura di), *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, pp. 225-250. Cfr., altresì, R. Goss, *Criminal Fair Trial Rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014; P. Leanza – O. Pridal, *The Right to a Fair Trial: Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Alphen aan den Rijn, 2014; V. Petralia, *Equo processo, giudicato nazionale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2012, pp. 112-208; R. Chenal – F. Gambini – A. Tamietti, *Diritto a un equo processo*, in S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky (dir.), *Commentario breve alla Convenzione eu-*

diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)[4], costituisce uno degli articoli più invocati dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo laddove i suoi contenuti normativi, così come "vivificati" nella giurisprudenza della stessa Corte (e di cui *infra*), hanno costituito la principale fonte di riferimento per la redazione del testo dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[5].

---

ropea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Padova, 2012, pp. 172-258; M. De Salvia – M. Remus, *Ricorrere a Strasburgo*, Milano, 2011, pp. 124-139; A. Confalonieri, *Europa e giusto processo. Istruzioni per l'uso*, Torino, 2010, p. 220 ss.; V. Berger, *Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme*, 10a ed., Paris, 2007, pp. 252-270; L.G. Loucaides (ed.), *The European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston, 2007, pp. 216-227; P. Pustorino, *Principi di tutela giurisdizionale e del giusto processo (art. 6 Conv. 04/11/1950)*, in S. Battistini – B.G. Mattarella – A. Sandulli – G. Vesperini (a cura di), *Codice ipertestuale della giustizia amministrativo. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, Torino, 2007, p. 1943 ss.; C. Russo – P.M. Quaini, *La Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2006, pp. 141-149; M. Chiavario, *Art. 6*, in S. Bartole – B. Conforti – G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2004, pp. 153-205; B. Nascimbene (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, pp. 55-66; C. Focarelli, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001; R. Clayton – H. Tomlinson, *Fair Trial Rights*, Oxford, 2001; M. Chiavario, (voce) *Giusto processo, II) Processo penale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XV, Roma, 2001, p. 1 ss. Tra i moltissimi altri contributi, senza alcuna pretesa di completezza, cfr. R. Ibrido, *Intorno all'"equo processo costituzionale": il problema della operatività dell'art. 6 CEDU nei giudizi dinanzi ai tribunali costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 1, pp. 1-32; S. Lonati, *Metodi d'interpretazione della Corte EDU e equo processo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2015, n. 1, pp. 243-273; S. Touzé, *Recours effectif et procès* équitable, in *Journal européen des droits de l'homme*, 2014, n. 1, pp. 88-110; V. Ansanelli, *Violazione dell'equo processo, rimedi processuali e ruolo del giudice*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2009, n. 1, pp. 441-450; R. Dickmann, *La legge d'interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU? (Nota a Corte Cost., 26 novembre 2009, n. 311)*, in *Federalismi.it*, 2009, n. 24, pp. 1-8; P. Lambert, *Il procedimento disciplinare forense con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rassegna Forense*, 2000, n. 4, pp. 671-701.

[4] La CEDU fu aperta alla firma il 4 novembre 1950 ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953. L'Italia l'ha ratificata con legge n. 848 del 4 agosto 1955, pubblicata in GU n. 221 del 24 settembre 1955.

[5] L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato «*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*», prevede, tra l'altro, che: «*ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice*». Tale norma costituisce una disposizione di modesta innovatività rispetto a quanto previsto, in genere, nelle costituzioni europee riguardo alle quali assolve alla prevalente funzione di rendere «più evidenti» e «visibili» il complesso delle condizioni necessarie alla piena garanzia del diritto in cui esso si sostanzia. Sotto il profilo della tecnica redazionale l'articolo riunifica, all'interno di un'unica disposizione, il cd. diritto all'equo processo, il diritto all'accesso alla giustizia e quello all'assistenza giudiziaria optando per una formulazione sintetica ed essenziale (anche se contrassegna-

Proprio l'art. 6 della CEDU, nelle sue multiformi declinazioni (alcune di precipua origine giurisprudenziale), potrebbe costituire una base normativa comune, quale garanzia minima ineludibile, al servizio della tutela di diritti convenzionalmente garantiti ma anche per così dire "esterni" al sistema convenzionale. Il tutto nella misura in cui lo Stato rileva, al tempo stesso, *uti singulus* ma anche nell'ambito di organizzazioni internazionali (UE) nonché come Parte contraente di convenzioni internazionali (CEDU).

È risaputo che l'art. 6 della CEDU si articola in una serie di corollari esemplarmente sintetizzati nel testo della norma, la quale individua lo standard minimo ed adeguato di garanzie della persona in rapporto all'esercizio della giurisdizione. Esse rispondono all'ideale di buona amministrazione della giustizia e costituiscono le "regole" alla stregua delle quali deve svolgersi la competizione processuale in una società democratica nel quadro del (sovente) difficile bilanciamento tra salvaguardia delle esigenze essenziali della collettività e tutela dell'individuo.

In particolare, l'art. 6 della CEDU declina il diritto all'equo processo nella duplice accezione di diritti "*al*" processo (ivi compresi la pubblicità della procedura, la durata ragionevole del processo, l'accesso ad un tribunale, l'indipendenza e l'imparzialità dello stesso, ecc.) e di diritti "*nel*" processo (intendendosi con essi una serie di garanzie procedurali e processuali "minime" riconosciute in capo ad ogni persona accusata di un reato dall'art. 6, par. 3, della stessa CEDU); nel mezzo si colloca, invece, il principio della presunzione di innocenza che riveste la funzione di collegamento «*fra la più generale*

---

ta da una tutela più ampia) rispetto al modello normativo di riferimento rappresentato dalla CEDU. Il primo comma, oltre che sull'art. 8 della Dichiarazione universale, si basa sull'art. 13 della CEDU. Rispetto a tale ultima norma va sottolineata la sostituzione, come prova del richiamato garantismo informatore della Carta, della locuzione «istanza nazionale» con il termine «giudice». È appena il caso di precisare che, con tale espressione (che non può non riferirsi sia ad un giudice nazionale che "sovranazionale"), si fa riferimento ad un soggetto caratterizzato da alcuni connotati affermati nella giurisprudenza europea quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, l'indipendenza, la natura contraddittoria del procedimento incardinato dinanzi ad esso e il fatto che esso applichi norme giuridiche. Pertanto, come precisa la relativa Spiegazione, «*nel diritto dell'Unione la tutela è più estesa (di quella derivante dalla CEDU) in quanto esso garantisce il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un giudice*». Nell'art. 47 viene riconfermato il rapporto diritti-libertà, già presente nel testo della CEDU, che si traduce non solo in un obbligo di intervento da parte delle autorità statali competenti al fine di assicurare l'esercizio dei diritti ma anche nell'astensione, ad opera dei pubblici poteri, dall'impedire il godimento delle seconde. Il secondo comma dell'art. 47 corrisponde invece all'art. 6 par. 1 della CEDU come *summa* delle garanzie in merito all'organizzazione e composizione dell'organo giudicante nonché rispetto allo svolgimento della procedura. Esso garantisce, com'è noto, il diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge.

clausola ricognitiva del diritto al "processo" e quella concernente gli specifici diritti dell'imputato "nel processo"»[6].

È inutile dire che il complesso dei diritti riconosciuti in forma espressa dall'art. 6 della CEDU costituisce un elenco meramente esemplificativo, giacché sono ad esso riconducibili anche i diritti (endo ed eso-processuali) di derivazione giurisprudenziale, quali il diritto al contraddittorio ed alla parità delle armi, il diritto di partecipare al processo, il diritto di restare in silenzio e di non autoincriminarsi e soprattutto, con riferimento all'oggetto specifico di questo contributo, l'obbligo di motivazione della sentenza (di cui nel prosieguo).

Come è noto quest'ultima, intesa in senso lato come l'atto idoneo a concludere con sufficiente stabilità una controversia ad opera dell'autorità giudiziaria o di un soggetto equiparato che si è occupato della causa, nella diversità delle tipologie utilizzate, è assistita in molti ordinamenti europei da un obbligo – anche costituzionalmente garantito (è il caso dell'art. 111, comma 8 della Costituzione italiana) – di motivazione da cui emerga la ricostruzione dei fatti ed il ragionamento logico-giuridico posto a giustificazione della decisione adottata.

È ugualmente noto che il potere-dovere del giudice di ultima istanza di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia rinviene, talora, nella prassi, un non esercizio nel senso di rifiuto di rinvio rispetto a cui non necessariamente sono ravvisabili negli ordinamenti nazionali forme di reazione dirette, tenuto conto del fatto che trattasi di decisioni non impugnabili che impediscono il ricorso a qualsivoglia mezzo di gravame[7]. È appena il caso di precisare che, viceversa, l'esplicitazione delle ragioni del rifiuto di rinvio pregiudiziale ad opera dell'organo giurisdizionale di ultima istanza assurge ad una importante funzione di garanzia rispetto alle parti cui, in tal caso, viene preclusa una forma ulteriore di tutela.

L'oggetto del presente scritto è, dunque, quello di verificare se, in un sistema giuridico "integrato" quale è quello europeo[8], la motivazione del man-

---

[6] Cfr. M. Chiavario, *Art. 6*, *cit.*, in part. p. 216.

[7] Si potranno soltanto valutare (ma tutto ciò esula dalla presente trattazione) eventuali forme di reazione diretta sotto il profilo della responsabilità civile dei giudici (v. la legge 27 febbraio 2015, n. 18, *Disciplina della responsabilità civile dei magistrati*, in GU Serie Generale n. 52 del 4 marzo 2015).

[8] L'espressione allude ad una sorta di sistema "integrato" di protezione dei diritti fondamentali che, in Europa, coinvolge il livello internazionale (rappresentato dalla CEDU), il livello "sovranazionale" (rappresentato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti umani) e il livello nazionale, con specifico riferimento al dettato costituzionale di ciascun Paese. Utilizza l'espressione «integrato» G. Strozzi, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, n. 4, p. 837 ss. Sui rapporti tra Unione europea e CEDU cfr. G. Raimondi, *Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme après Lisbonne*, Bruxelles, 2011. V., tra gli altri, G. Silvestri, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in

cato rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale di ultima istanza alla Corte di giustizia dell'Unione europea, assurga a requisito (indefettibile) di equità processuale[9]. Più precisamente tale obbligo di motivazione, nelle sue potenzialità applicative per così dire "esterne", è suscettibile di riverberare i suoi effetti al di là della fisiologica dialettica tra sistema CEDU e ordinamenti nazionali fino a condizionare le modalità di non utilizzo di un rimedio giurisdizionale all'interno di un ordinamento *alio* quale è quello dell'Unione europea?

2. L'emersione di un obbligo generale di motivazione della sentenza quale fattore di equità del processo nella giurisprudenza "creativa" della Corte europea dei diritti dell'uomo

La motivazione della sentenza – nella accezione lata con cui si utilizza tale *nomen* – intesa come possibile fattore di equità processuale non può non inquadrarsi nella complessiva *ratio* di funzionamento del sistema CEDU, finalizzato, come è noto, ad assicurare una garanzia effettiva rispetto ai diritti consacrati dalla Convenzione e dai suoi Protocolli attraverso una perfezionata tutela procedurale[10].

Studi in onore di Franco Modugno, vol. IV, Napoli, 2011, p. 3420 ss.; J. García Roca – P.A. Fernández, *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, 2009; M.L. Henríquez Viñas, *Sistema Integrado de protección de los derechos humanos*, in *Estudios Constitucionales*, 2007, n. 2, pp. 121-135.

[9] Il tutto senza soffermarsi su ulteriori ed eventuali conseguenze di "derivazione comunitaria" legate alla violazione di tale obbligo da parte del giudice di ultima istanza che non rientrano nell'oggetto del presente scritto. Sul tema del lavoro v. D. Fanciullo, *Obbligo di motivazione e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (art. 6 par. 1 CEDU)*, in A. Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, 2016, pp.421-445 cui si rinvia anche per i profili di diritto italiano in relazione alla proponibilità di un'azione di responsabilità extra-contrattuale dello Stato (par. 3). In una prospettiva più ampia cfr. M. Broberg, *National Courts of Last Instance Failing to Make a Preliminary Reference: The (Possible) Consequences Flowing Therefrom*, in *European Public Law*, 2016, n. 2, pp. 243-256.

[10] Sulla CEDU la bibliografia è alluvionale. Nella letteratura degli ultimi anni v., con riferimento alle opere generali, L.R. Glas, *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System 2016*, Cambridge, 2016; C. Grabenwarter – K. Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, München-Wien, 2016; J. Meyer-Ladewig – M. Nettesheim – S. Von Raumer (hrsg.), *Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4 Auf., Baden-Baden, 2016; K. Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, IV ed., London, 2015; J.F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, VI ed., Paris, 2015; W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015; F. Sudre, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, X ed., Paris, 2015; R. Ergec – J. Vélu, *Convention européenne des droits de l'homme*, Bru-

Nella problematica di specie la Corte di Strasburgo non è, evidentemente, competente a entrare nel merito delle questioni attinenti al corretto esercizio della giurisdizione ad opera dei giudici nazionali valutando la correttezza dell'iter logico-giuridico seguito da essi e neppure delle conclusioni cui sono pervenuti: essa è tenuta ad assicurare una giustizia che rispetti tutti i requisiti dell'equo processo di cui all'art. 6 della CEDU (ed in particolare del suo paragrafo 1) ed impedisca giudizi arbitrari.

A tal proposito, la Corte europea dei diritti dell'uomo opera una distinzione a seconda che l'imputato sia stato condannato a seguito del verdetto espresso da una giuria popolare o all'esito di una decisione adottata da un giudice "togato"[11].

---

xelles, 2014; C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms: Commentary*, Oxford, 2014; F.G. Jacobs – R.C.A. White – C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, VI ed., Oxford-New York, 2014; B. Rainey – E. Wicks – C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014; S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky (dir.), *Commentario breve*, cit.; M. Fitzmaurice – P. Merkouris (eds.), *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights. Legal and Practical Implications*, Leiden, 2012; A. Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, III ed., Oxford-New York, 2012; A. Peters, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention: mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz*, München-Beck, 2. Aufl., 2012; J.G. Roca – P. Santolaya (eds.), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Leiden-Boston, 2012; R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011; C. Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch*, 6. Aufl., Wien-Manz, 2011; E. Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford, 2010; J.A. Frowein – W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar*, 3. Aufl., Kehl am Rhein-Engel, 2009; I. Lasagabaster Herrarte (dir.), *Convenio europeo de derechos humanos: comentario sistemático*, II ed., Madrid, 2009; M. Cousins, *The European Convention on Human Rights and Social Security Law*, Antwerp, 2008; M.W. Janis – R.S. Kay – A.W. Bradley, *European Human Rights Law: Text and Materials*, III ed., Oxford-New York, 2008; G. Raimondi, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, II ed., Napoli, 2008; G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford-New York, 2007; L.G. Loucaides (ed.), *The European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston, 2007; I. Cameron, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, V ed., Uppsala, 2006; C. Defilippi – D. Bosi – R. Harvey (a cura di), *La Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali commentata e annotata*, Napoli, 2006; C. Russo – P.M. Quaini, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *cit.*, 2006; P. Van Dijk – F. Van Hoff – A. Van Rijn – L. Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, IV ed., Antewerpen-Oxford, 2006; J.-L. Charrier, *Code de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, III ed., Paris, 2005; S. Bartole – B. Conforti – G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea*, *cit*. Mi permetto di richiamare, infine, A. Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, cit.

[11] In tal senso cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 16 novembre 2010, ricorso n. 926/05, *Taxquet c. Belgio*, parr. 90-91. Nel caso di specie, il ricorrente non aveva ricevuto sufficienti garanzie che gli consentissero di comprendere le

Nel primo caso, l'art. 6 della CEDU non vieta che un imputato possa essere giudicato da una giuria popolare che non motivi le proprie decisioni e, pertanto, la mancanza di motivazione non costituisce una violazione del diritto ad un processo equo, a condizione però che siano previste adeguate garanzie che consentano all'imputato ed al pubblico di comprendere i motivi della decisione: sono considerate tali, ad esempio, le istruzioni o i chiarimenti forniti dal Presidente della Corte d'Assise ai giurati in merito agli elementi di prova prodotti e alle questioni giuridiche che devono essere esaminate o i precisi ed inequivoci quesiti cui i giurati devono rispondere[12].

---

ragioni della sua condanna. V., inoltre, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 aprile 1994, ricorso n. 16034/90, *Van de Hurk c. Paesi Bassi*, par. 61; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 dicembre 1992, ricorso n. 12945/87, *Hadjianastassiou c. Grecia*, par. 33. Per una disamina della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'obbligo di motivazione cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Guida all'art. 6. Diritto ad un equo processo (ambito penale)*, Strasburgo, 2014, in part. pp. 26-27 e Id., *Guida all'art. 6. Diritto ad un equo processo (ambito civile)*, Strasburgo, 2013, in part. pp. 45-46. Tra le pronunce sull'obbligo di motivazione rese nei confronti dell'Italia si segnala, recentemente, Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 20 ottobre 2015, ricorso n. 56635/13, *Costantino Di Silvio c. Italia*, parr. 43-46. Vi si legge: «*La Corte fa riferimento alla propria giurisprudenza enunciata al paragrafo 28 supra per quanto riguarda i limiti della propria competenza (si veda anche S.C. IMH Suceava S.R.L. c. Romania, n. 24935/04, § 31, 29 ottobre 2013), e aggiunge di aver affermato, rispecchiando un principio legato alla buona amministrazione della giustizia, che nelle decisioni giudiziarie devono essere esposti in maniera sufficiente i motivi sui quali sono fondate. La portata di tale obbligo può variare a seconda della natura della decisione e deve essere analizzata tenendo conto delle circostanze di ciascun caso di specie (Ruiz Torija c. Spagna, 9 dicembre 1994, § 29, serie A n. 303-A, e Higgins e altri c. Francia, 19 febbraio 1998, § 42, Recueil 1998-I). Se l'articolo 6 § 1 obbliga i tribunali a motivare le loro decisioni, tale obbligo non può essere inteso nel senso di esigere una risposta dettagliata a ciascun argomento (Van de Hurk c. Paesi Bassi, 19 aprile 1994, § 61, serie A n. 288). Così, rigettando un ricorso, il giudice di appello può, in linea di principio, limitarsi a fare propri i motivi della decisione impugnata (García Ruiz, sopra citata, § 26). Nel caso di specie, il tribunale e la corte d'appello di Perugia hanno ampiamente indicato, nella motivazione delle loro decisioni, gli elementi a carico del ricorrente, i motivi per cui tali elementi erano sufficienti per provare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio e i motivi che hanno condotto i giudici nazionali a scartare gli argomenti della difesa. In queste circostanze, la Corte non scorge alcuna apparenza di violazione del diritto del ricorrente a una motivazione sufficiente della sua condanna. Peraltro, essa non vede in quale modo il fatto che la Corte di cassazione abbia ritenuto che le decisioni di primo e secondo grado dovessero essere esaminate congiuntamente possa cambiare questa conclusione*».

[12] In tal senso cfr. R. Chenal – A. Tamietti, *Diritto a un equo processo*, *cit.*, pp. 215-216. Gli AA. annoverano tra le adeguate garanzie anche «*(…) le* domande precise *rispondendo alle quali i giurati formino una "traccia" di motivazione del proprio verdetto (…); la Corte tiene inoltre conto delle* possibilità di ricorso *di cui dispone l'imputato (…)*». Nella causa *Taxquet*, cit. – proseguono gli AA. – la Corte ha ritenuto che «*(…) le domande poste alla giuria avessero nella fattispecie una natura laconica e standardizzata, che non permetteva all'imputato di comprendere i motivi per i quali era stata ritenuta la sua*

Nel secondo caso, relativo ai procedimenti dinanzi a giudici "togati", la comprensione delle ragioni della condanna è assicurata in primo luogo dalla motivazione delle decisioni giudiziarie. In virtù del principio di buona amministrazione della giustizia, le decisioni delle corti e dei tribunali nazionali devono, dunque, adeguatamente illustrare la motivazione in base alla quale sono state adottate[13].

A tal proposito, la Corte europea precisa i requisiti tipici della motivazione: i giudici nazionali devono esporre con sufficiente chiarezza i motivi su cui si fonda la decisione, cosicché le parti possano esercitare ogni diritto di impugnazione disponibile[14]. Inoltre, la presenza della motivazione dimostra ad esse che sono state ascoltate e valutate le loro ragioni e, pertanto, contribuisce ad una migliore accettazione della decisione resa.

---

piena partecipazione ai delitti ed i fatti avevano ricevuto una determinata qualificazione giuridica». Sul piano interno la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'obbligo di motivazione viene richiamata da Cass., sez. II, 19 dicembre 2012, n. 14440, che si esprime in merito alla riconoscibilità nell'ordinamento interno di una sentenza straniera priva di motivazione. Vi si legge (p. 2): «*Va però tenuto presente che l'obbligo di motivazione previsto nel nostro ordinamento come cardine del giusto processo ed obbligo imposto per tutte le sentenze dall'art. 111, comma 6, della Costituzione, riceve, nei diversi ordinamenti, una diversa disciplina che tiene conto anche della tipologia del procedimento e della stessa composizione del giudice, giacché in più occasioni la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha avuto modo di mettere in luce la circostanza che, nelle tradizioni giuridiche e processuali dei diversi ordinamenti, specie nei procedimenti con giuria, l'obbligo di motivazione assume aspetti contenutistici del tutto peculiari. Si è in particolare affermato che secondo la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo anche l'assenza di motivazione di un verdetto reso da una giuria popolare non comporta di per sé una violazione dell'art. 6 della Convenzione, giacché ciò che rileva agli effetti della salvaguardia delle esigenze poste dal rispetto del principio del fair trial è necessario permettere all'imputato e al pubblico di comprendere il verdetto pronunziato. Tali garanzie possono consistere, ad esempio, ha sottolineato la Corte E.D.U., nel fornire ai giurati delle istruzioni o dei chiarimenti sui problemi giuridici posti o sugli elementi di prova acquisiti, nel porre loro domande precise e non equivoche che costituiranno uno schema per il verdetto, o nel compensare l'assenza di motivazione delle risposte della giuria (…). Alla stregua della giurisprudenza della Corte di Strasburgo alla quale, come è noto, spetta il compito di interpretare i principi della Convenzione, se ne può dedurre che ai fini del soddisfacimento delle esigenze di rispetto dei principi del giusto processo è necessario e sufficiente che l'imputato, in ragione della disciplina "domestica" che regola l'obbligo di motivazione in genere e con riferimento allo specifico procedimento nella specie, sia posto in condizione di comprendere le ragioni della condanna così come agli effetti del processo deve essere posto in condizione di comprendere le ragioni dell'accusa*». Sulla compatibilità con l'art. 6 della CEDU del verdetto di colpevolezza reso da una giuria cfr., infine, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 maggio 2015, ricorso n. 34238/09, *Lhermitte c. Belgio*.

[13] Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 15 novembre 2001, ricorso n. 54210/00, *Papon c. Francia*.

[14] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 dicembre 1992, ricorso n. 12945/87, *Hadjianastassiou c. Grecia*.

La portata dell'obbligo di motivazione può variare in base alla natura della decisione e deve essere esaminata alla luce delle circostanze del caso concreto[15]. I giudici non sono obbligai, invero, a fornire una risposta dettagliata su ogni singolo argomento sollevato, ma dovrebbero almeno far comprendere di aver trattato gli aspetti essenziali della causa, ovvero quelli su cui essa si fonda[16]. Tuttavia, se le richieste di una parte appaiono determinanti per l'esito del processo allora è necessaria una risposta specifica ed espressa[17].

Pertanto, i giudici sono tenuti ad esaminare sia i principali argomenti presentati dalle parti in causa, sia i motivi attinenti ai diritti ed alle libertà garantiti dalla Convenzione europea e dai suoi Protocolli addizionali: in quest'ultimo caso, i giudici nazionali devono prestare particolare attenzione e cura[18].

Infine, la Corte di Strasburgo precisa che l'obbligo di motivazione non risulta violato nell'ipotesi in cui i giudici di appello – nel rigettare un ricorso – si limitino semplicemente a fare propri i motivi della decisione impugnata[19].

Tali linee interpretative hanno trovato ampia conferma in un sistema regionale di tutela dei diritti umani ampiamente modellato su quello europeo che ha rappresentato un paradigma normativo-giurisprudenziale prima nella redazione dell'art. 8 del Patto di San José[20] e poi nella sua applicazione.

---

[15] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 giugno 2007, ricorso n. 76240/01, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, par. 90; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 dicembre 1994, ricorso n. 18390/91, *Ruiz Torija c. Spagna*, par. 29.

[16] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 febbraio 2007, ricorso n. 19997/02, *Boldea c. Romania*, parr. 29-30. Vi si legge: «*L'*étendue *de ce devoir peut varier selon la nature de la décision. Il faut, en outre, tenir compte notamment de la diversité de moyens qu'un plaideur peut soulever en justice et des différences dans les Etats contractants en matière de dispositions légales, coutumes, conceptions doctrinales, présentation et rédaction des jugements et arrêts. C'est pourquoi la question de savoir si un tribunal a manqué à son obligation de motiver découlant de l'article 6 de la Convention ne peut s'analyser qu'à la lumière des circonstances de l'espèce*». Cfr., inoltre, Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 5 ottobre 2010, ricorso n. 45343/08, *Gomez Cespon c. Svizzera*.

[17] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ruiz Torija c. Spagna*, cit., par. 30; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 dicembre 1994, ricorso n. 18064/91, *Hiro Balani c. Spagna*, parr. 27-28.

[18] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, cit., par. 96; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 marzo 2006, ricorso n. 74644/01, *Donadzé c. Georgia*, par. 35; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 maggio 2005, ricorso n. 61302/00, *Buzescu c. Romania*, par. 67; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 marzo 2006, ricorso n. 74644/01, *Donadzé c. Georgia*, par. 35.

[19] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 14 ottobre 2010, ricorso n. 1466/07, *Brusco c. Francia*, par. 58.

[20] Nel quadro dell'ampia letteratura in materia, v. A. Martone – A. Iermano – D. Fanciullo – R. Palladino – G. D'avino, *Diritto "al processo" e diritti "nel processo": Corte di San José e Corte di Strasburgo a confronto*, in L. Cassetti – A. Di Stasi – C. Landa (a cura di), *Diritti e*

Invero nel più ampio quadro di una dinamica interazione tra i due sistemi regionali – che non ha escluso, talvolta, fenomeni di "importazione" selettiva e/o di rivisitazione innovativa[21] – l'art. 6 della CEDU si è elevato anche a criterio-guida della Corte interamericana nell'applicazione dell'art. 8 del Patto di San José.

Ciò premesso, non stupisce il fatto che l'obbligo di motivazione della sentenza (o dell'atto equiparato) non trovi un esplicito riconoscimento normativo oltre che – come anticipato *supra* – all'interno della CEDU (e nell'art.

---

giurisprudenza, *cit.*, 2014, 74-89; C. Steiner – P. Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, 2014, 207-254; E. Salmón – C. Blanco, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, 2012; A. Úbeda De Torres, *The right to due process*, in L. Burgorgue-Larsen – A. Úbeda De Torres, *The Inter American Court of Human Rights – Case- Law and Commentary*, Oxford-New York, 2011, p. 641 ss.; A. Del Campo, *El derecho al debido proceso y a un juicio justo en el sistema interamericano de derechos humanos*, in C. Nash Rojas – I. Mujica Torres (eds.), *Derechos humanos y juicio justo. Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos*, Lima, 2010; F. Quispe-Remón, *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Valencia, 2010; P.A. Acosta Alvarado, *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos: escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?*, Bogotá, 2008, p. 38 ss.; L. Hennebel, *La Convention Américaine des droits de l'homme: mécanismes de protection et* étendue *des droits et libertés*, Bruxelles, 2007, p. 504 ss.; H. Nogueira Alcalá, *El debido proceso en la Constitución y en el sistema interamericano*, Santiago, 2007; S. García Ramírez, *Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, in *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2006, tomo II, pp. 1111-1173; Id., *El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2006, n. 117, pp. 637-670; L. Cipriano Gómez, *El debido proceso como derecho humano*, in N. González Martín (coord.), *Estudíos jurídicos en homenaje a Marta Morineau, Tomo II, Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos*, México, 2006, pp. 341-357; J.U. Carmona Tinoco, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, tomo II, San José, 2005; C. Medina Quiroga, *La Convención americana: teoria e jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, 2005, p. 267 ss.; A.A. Cançado Trindade, *The right to a fair trial under the American Convention on Human Rights*, in A. Byrnes (ed.), *The right to a fair trial in an international and comparative perspective*, Hong Kong, 1997, p. 4 ss. Cfr., inoltre, L.P. Comoglio, *Durata "ragionevole" e processo "giusto". Rilievi di diritto comparato*, in *Jus*, 2015, n. 3, pp. 251-277; M.R.P. Ferreira, *Anotações sobre o devido processo legal: Da magna carta à constituição de 1988*, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 2014, n. 15, pp. 666-692; F. Quispe- Remón, *Ius cogens en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso*, in *Revista de derecho*, 2010, n. 34, pp. 42-78; L.P. Comoglio, *Valori etici e ideologie del «giusto processo» (modelli a confronto)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, n. 3, pp. 887-938; P. Della Vedova, *La garanzia del giusto processo nel giudizio avanti la Corte interamericana dei diritti umani*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, n. 3, p. 571 ss.

[21] G.L. Neuman, *Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2008, n. 1, pp. 101-123.

14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici)[22], anche nella Convenzione americana sui diritti umani. Come per il sistema europeo, a fronte di tale omissione, l'obbligo di motivazione nel sistema interamericano, grazie alla giurisprudenza della Corte di San José, ha assunto nondimeno il rango di una delle garanzie del *debido proceso*, legata alla corretta amministrazione della giustizia; siffatto obbligo tutela, peraltro, il diritto dei cittadini di essere condannati nei modi previsti dalla legge e, al contempo, conferisce credibilità alle decisioni adottate nell'ambito di una società democratica.

Premesso che la motivazione costituisce «*la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión*»[23], per la Corte interamericana devono essere adeguatamente motivate soprattutto le decisioni dei giudici adottate in materia di diritti umani, giacché, in caso contrario, esse sarebbero considerate arbitrarie.

Infine – richiamando implicitamente la giurisprudenza della Corte di Strasburgo – la Corte di San José ha precisato che la motivazione di una sentenza dovrebbe dimostrare che gli argomenti delle parti sono stati adeguatamente presi in considerazione e che le prove sono state debitamente esaminate[24]; inoltre, la motivazione testimonia alle parti che sono state ascoltate e – nelle ipotesi in cui le pronunce dei giudici possano essere impugnate

---

[22] Sono note le affinità di tale norma con l'art. 6 della CEDU come prova anche la lettura dei lavori preparatori. A tal proposito cfr. R. Chenal – F. Gambini – A. Tamietti, *Diritto a un equo processo*, *cit.*, pp. 173-174: «*Come risulta dai lavori preparatori, la redazione finale del testo dell'art. 6 presentava affinità con l'art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, tanto che il commento a quest'ultimo redatto dal Segretario Generale dell'ONU fu annesso alla documentazione della Commissione incaricata di elaborare la CEDU. L'art. 6, inoltre, richiama indubbiamente quanto enunciato dall'art. 10 e dall'art. 11 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 riproducendo e in qualche caso ampliando le garanzie già riconosciute da tali disposizioni. Tali garanzie, peraltro, trovano protezione anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 (artt. 47 e 48), oggi allegata al Trattato di Lisbona*». In relazione all'art. 14 del menzionato Patto assume tuttavia un ruolo decisivo il *General Comment n. 32* del Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani (Human Rights Committee, General Comment no. 32, *Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, Ginevra, 23 agosto 2007. V. http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsrdB0H1l 5979OVGGB%2bWPAXhRj0XNTTvKgFHbxAcZSvX1OsJj%2fiyRmVA4IiMvUt2NlGKqqg2nh1qOE 2hX5xoGtKE2v2YSQVV1Rv5NitNbSYwp.) *Ivi* si legge – al paragrafo VII – che il diritto alla revisione della sentenza di condanna da parte di un tribunale superiore può essere esercitato efficacemente soltanto nel caso in cui il condannato sia destinatario di una sentenza adeguatamente motivata e scritta.

[23] Corte interamericana, sentenza del 1° luglio 2011, *Chocrón Chocrón c. Venezuela*, par. 118; sentenza del 21 novembre 2007, *Chaparro* Álvarez *e Lapo* Íñiguez. *c. Ecuador*, par. 107.

[24] Cfr. al riguardo D. Salinas Mendoza, *Control de motivación de fallos en la Corte de Estrasburgo*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2014, n. 140, pp. 649-683, il quale precisa che «*la concepción de la motivación desarrollada en Estrasburgo, anima y orienta la acción del Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos*».

– fornisce ad esse la possibilità di contestare la decisione stessa dinanzi alle giurisdizioni superiori[25].

3. (*segue*) In particolare: la rilevanza della motivazione in caso di diniego di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice di ultima istanza

Come si è visto la necessità di esplicitare il percorso logico-giuridico argomentativo del titolare della funzione giudicante in termini chiari e comprensibili, rileva, in via generale, nella giurisprudenza della Corte europea come un fattore di equità processuale, nonché come un presupposto per l'esercizio del diritto di appello.

In via particolare, tale obbligo è foriero di ulteriori implicazioni, come ragione giustificativa del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, nei casi in cui non ricorrano le condizioni "esoneratrici" di cui all'art. 267 del TFUE? Orbene la coesistenza, nell'ambito dello stesso spazio territoriale europeo, di due sistemi di garanzia *lato sensu* dei diritti dell'uomo (CEDU e ordinamento giuridico dell'UE)[26] comporta un'ulteriore declinazione dell'obbligo di motivazione nel caso di mancato rinvio pregiudiziale?

---

[25] Corte interamericana, sentenza del 27 gennaio 2009, *Tristán Donoso c. Panama*, par. 153; sentenza del 5 agosto 2008, *Apitz Barbera ed altri c. Venezuela*, parr. 77-78. Cfr. soprattutto Corte interamericana, sentenza del 1° settembre 2011, *López Mendoza c. Venezuela*, par. 148, in part. nt. 245: «*(…) For its part, the Human Rights Committee considered that the absence of a written reasoned judgment of the Court of Appeal is likely to prevent the author from successfully asking for an authorization to appeal before a Superior Court, stopping him from using an additional remedy. United Nations, Human Rights Committee, Hamilton v. Jamaica, Communication No. 333/1988, CCPR/C/50/D/333/1988, March 23, 1994*».

[26] Sulla tutela "multilivellare" dei diritti fondamentali e sulla molteplicità dei meccanismi di garanzia in Europa cfr., *ex multis*, S. Gill, *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge, 2014; M. Avbelj – J. Komárek (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2012; A. Cardone, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Torino, 2012; G. D'Ignazio (a cura di), Multilevel costitutionalism *tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano, 2011; H. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Antwerp, 2011; S. Gambino, *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra Corte costituzionale e Corte di giustizia: ambiti e limiti di una protezione multilevel*, in Id., *Diritti fondamentali e Unione europea*, Milano, 2009, p. 53 ss.; M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali delle Corti europee*, Bologna, 2007; S.P. Panunzio (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; P. Bilancia – E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004; A. Bultrini, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti umani in Europa*, Torino, 2004. V., in special modo, I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, n. 3,

Com'è noto, i giudici nazionali le cui sentenze non siano soggette ad impugnazione sono obbligati ad effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia qualora dinanzi ad essi sia sollevata una questione di diritto dell'Unione europea[27]: per costante giurisprudenza, tale obbligo viene meno nei casi in cui il giudice "interno" ritenga che la questione non sia pertinente o che la norma di diritto dell'Unione europea sia già stata oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia o che l'applicazione della stessa si imponga con un'evidenza tale da non lasciare spazio ad alcun ragionevole dubbio[28].

---

pp. 541-562; Id., *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*, in *Columbia Journal of European Law*, 2009, n. 3, p. 349 ss.; Id., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, n. 27, p. 511 ss. V., inoltre, G. Della Cananea, *Is European Constitutionalism really "Multilevel"?*, in *Zeitschrift für ausländisches* öffentliches *Recht und Völkerrecht*, 2010, n. 70, pp. 283-317; G. Bronzini – V. Piccone (a cura di), *La Corte di Lussemburgo "scopre" la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela "multilevel" dei diritti fondamentali*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2006, n. 3, p. 979 ss.; Id., *La Carta di Nizza nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2006, n. 2, p. 5 ss.

[27] Sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, con particolare riferimento alle giurisdizioni di ultima istanza, cfr., *ex multis*, E. Neframi (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, 2015; G.M. Teruel Lozano, *Tutela giudiziale effettiva e obbligo di rinvio pregiudiziale: la vacillante dottrina del Tribunal Constitucional*, in *Quaderni Costituzionali*, 2015, n. 2, pp. 443-444; E. Cannizzaro, *Rinvio pregiudiziale e Corti costituzionali nazionali*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, 2014, pp. 819-832; T. Cerruti – M. Losana, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale: nuove prospettive e vecchie incertezze*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2014, n. 1, pp. 534-546; C. Novi, *Corte costituzionale italiana, Corti costituzionali europee e rinvio pregiudiziale: il dialogo diretto con la Corte di giustizia dell'Unione europea e le sue possibili implicazioni a breve e lungo termine*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2014, n. 4, pp. 2072-2103; G. Vitale, *La logica del rinvio pregiudiziale tra obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e responsabilità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, n. 1, pp. 59-78; E. D'Alessandro, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012; A. Ruggeri, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, n. 1, pp. 95-105; M. Condinanzi, *I giudici italiani "avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno" e il rinvio pregiudiziale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, n. 2, pp. 295-334; L. Daniele, *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008, n. 3, pp. 447-461; P.J. Wattel, *Köbler, CILFIT and Welthgrove: we can't go on meeting like this*, in *Common Market Law Review*, 2004, n. 1, pp. 177-190; A. Barone, *Rinvio pregiudiziale e giudici di ultima istanza*, in *Foro Italiano*, 2002, n. 9, pp. 381-384.

[28] Cfr., tra le altre, Corte di giustizia, sentenza del 27 marzo 1963, cause riunite 28 a 30-62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV c. Amministrazione olandese delle imposte*, ECLI:EU:C:1963:6, in *Raccolta*, 1963, p. 61; Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 1982, causa 283/81, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA c. Ministero della Sanità*, ECLI:EU:C:1982:335, in *Raccolta*, 1982, p. 3415; e, recentemente, Corte di giustizia, sentenza del 9 settembre 2015, causa C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva e*

Ciò premesso possono essere richiamate alcune importanti sentenze (e decisioni) con le quali la Corte di Strasburgo ha riscontrato una violazione dell'art. 6 della CEDU per l'assenza di motivazione del diniego di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice di ultima istanza[29].

La giurisprudenza "creativa" della Corte EDU fornisce una conferma in tal senso nella decisione di irricevibilità *Vergauwen ed altri*[30], nella quale i giudici di Strasburgo sono stati chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 6 della CEDU del rifiuto della Corte Costituzionale belga di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: in tale ipotesi essi hanno riconosciuto la compatibilità del rifiuto rispetto alle eccezioni previste dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo[31].

Nel caso di specie, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha precisato che «*l'articolo 6 § 1 della Convenzione pone a carico degli organi giudiziari interni un obbligo di motivare rispetto al diritto applicabile le decisioni con le quali essi rifiutano di sottoporre una questione pregiudiziale; quando su questo terreno viene adita per una violazione dell'articolo 6 § 1, il compito della Corte consiste nell'assicurarsi che la decisione di rifiuto contestata dinanzi a lei sia debitamente accompagnata dai motivi richiesti; se le spetta procedere rigorosamente a questa verifica, non le spetta esaminare gli eventuali errori che avrebbero commesso i giudici interni nell'interpretare e applicare il diritto pertinente; nel quadro specifico del terzo comma dell'articolo 234 del Trattato che istituisce la Comunità europea (ossia l'attuale articolo 267 del TFUE), ciò significa che i giudici nazionali le cui decisioni non possono essere oggetto di un ricorso giurisdizionale di diritto interno sono*

Brito e a. c. Portogallo, ECLI:EU:C:2015:565, non ancora pubblicata in *Raccolta*. In tal caso, v. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Y. BOT, presentate l'11 giugno 2015, ECLI:EU:C:2015:390, par. 94, ove si legge che «*(…) i giudici nazionali avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno devono esercitare particolare prudenza prima di escludere l'esistenza di qualsiasi ragionevole dubbio. Essi devono esporre i motivi per cui hanno la certezza di applicare correttamente il diritto dell'Unione*».

[29] Cfr. F. Ferraro, *The consequences of the breach of the duty to make reference to ECJ for a preliminary ruling*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, n. 3, pp. 589-622.

[30] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 10 aprile 2012, ricorso n. 4832/04, *Maurice Vergauwen ed altri c. Belgio*.

[31] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Vergauwen*, cit., parr. 87-92. Appare, altresì, degno di rilievo il caso *Michaud c. France* in cui, a fronte della richiesta esplicita dell'Avvocato Michaud al Consiglio di Stato francese di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per verificare la compatibilità della normativa francese con le disposizioni del diritto dell'Unione e della Carta dei diritti fondamentali, il *Conseil d'*État ha respinto il ricorso e con esso la richiesta di rinvio pregiudiziale. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 marzo 2013, ricorso n. 12323/11, *Michaud c. France*. Cfr. E. Perillo, *Noterelle sparse sulla teoria dei contro-limiti, sul procuratore europeo, sulla Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2014, n. 3, pp. 491-506, in part. pp. 499-500.

tenuti, quando si rifiutano di sottoporre alla CGCE a titolo pregiudiziale una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'UE sollevata dinanzi ad essi, a motivare il loro rifiuto riguardo alle eccezioni previste dalla giurisprudenza della CGCE. Essi devono dunque indicare le ragioni per le quali ritengono che la questione non sia pertinente, o che la norma di diritto della UE in causa sia già stata oggetto di un'interpretazione da parte della CGCE, o ancora che l'applicazione corretta del diritto della UE si impone con una evidenza tale da non lasciare spazio ad alcun ragionevole dubbio»[32].

Nel caso *Ullens De Schooten e Rezabek*[33] la Corte di Strasburgo non ha rinvenuto la violazione dell'art. 6 della CEDU sotto il profilo dell'obbligo di motivazione, giacché erano state puntualmente indicate le ragioni del diniego e risultava sussistente una delle eccezioni individuate dalla Corte di giustizia nella cd. giurisprudenza *Cilfit*: in particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che la questione fosse stata già precedentemente affrontata dai giudici di Lussemburgo[34]. Pertanto, i giudici di Strasburgo han-

---

[32] V. par. 69 della sentenza *Schipani*, su cui v. *infra*, nt. 35. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Vergauwen*, cit., parr. 89-90.

[33] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 settembre 2011, ricorsi nn. 3989/07 e 38353/07, *Ullens De Schooten e Rezabek c. Belgio*. Cfr. F. Korenica, *The EU Accession to the ECHR. Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection*, Switzerland, 2015, p. 315; L. Donnay, *L'obligation incombant au juge de poser une question préjudicielle à la Cour de justice,* élément *vaporeux du procès* équitable, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2013, n. 26, pp. 887-908; A. Rovagnati, *Mancato rinvio pregiudiziale di questioni interpretative concernenti il diritto eurounitario e diritto a un giusto processo ex art. 6 CEDU. Brevi considerazioni a margine della decisione Ullens De Schooten e Rezabek c. Belgio*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 1, pp. 1-5; O. Bouazza Ariño, *La denegación de la petición de planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de justicia de la Unión Europea y el derecho de acceso a un tribunal del artículo 6 CEDH*, in *Revista de Administración Pública*, 2011, n. 186, pp. 311-313; A. Ruggeri, *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della CEDU (a margine del caso Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 novembre 2011.

[34] V. par. 64 della sentenza *Ullens*, cit.: «*The Court of Cassation rejected their request on the ground that one of the exceptions provided for in the above-cited Cilfit case-law came into play. More specifically, it found that the question whether the principle of the primacy of Community law should prevail over that of the authority of res judicata had already been settled by the Court of Justice, setting out comprehensive reasons in this connection with reference to the case-law of that court (see paragraph 22 above)*». V., altresì, il par. 65, ove in relazione al rifiuto di rinvio da parte del Consiglio di Stato si legge: «*The* Conseil d'Etat *rejected that request on the ground, like the Court of Cassation, that the exceptions provided for in the* Cilfit *case-law came into play. With demonstrative reasoning, it found that there was no reasonable doubt as to the inapplicability of Article 86 of the Treaty to the laboratories referred to in Article 3 of Royal Decree no. 143, and that an answer by the Court of Justice as to the interpretation of the other above-mentioned provisions of the Treaty "could not affect the outcome of the present dispute" (…)*». La Corte di appello di Bruxelles ha presentato alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale volta a stabilire «*Se la Corte possa confermare che la questione sulla necessità di disappli-*

no affermato che – in determinate circostanze – il rifiuto dei giudici interni di operare il rinvio pregiudiziale potrebbe compromettere il diritto all'equo processo: ciò si verifica quando le norme applicabili non prevedano alcuna eccezione o alternativa all'obbligo di rinvio o quando il rifiuto di rinviare si fondi su ragioni diverse da quelle previste o, infine, non sia adeguatamente motivato.

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo non mancano pronunce di condanna dell'Italia sotto il profilo della violazione dell'obbligo di motivazione dovuta al mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice di ultima istanza.

Nel caso *Schipani*[35] quindici medici iscritti a dei corsi di specializzazione prima dell'anno accademico 1991/1992 avevano avviato un procedimento diretto ad ottenere la riparazione dei danni subiti a causa del ritardo nel recepimento, da parte dello Stato italiano, delle direttive n. 362 del 16 giugno 1975 e n. 82 del 26 gennaio 1982, concernenti il diritto di ricevere un'adeguata remunerazione durante il periodo di formazione professionale.

Esperiti i rimedi interni, i ricorrenti chiedevano – da ultimo – alla Corte di Cassazione di sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale volta a stabilire: «*a) se il mancato recepimento, da parte dello Stato italiano, delle direttive nn. 36[2] del 16 giugno 1975 e 82 del 26 gennaio 1976 entro il termine stabilito, costituisse una violazione grave e manifesta del diritto comunitario, che comportava l'obbligo dello Stato di riparare il pregiudizio subito dalle persone lese; b) se le condizioni previste dal decreto legislativo n. 257 del 1991 rendessero impossibile o eccessivamente difficile ottenere questo risarcimento*»[36].

---

care la regola dell'autorità di cosa giudicata, in caso di decisione giurisdizionale passata in giudicato e contraria al diritto [dell'Unione], nell'ambito di una domanda di riesame o di annullamento di tale decisione non è una questione materialmente identica, ai sensi delle sentenze [Da Costa e a. (da 28/62 a 30/62, EU:C:1963:6) e Cilfit e a. (283/81, EU:C:1982:335)], alla questione relativa al contrasto dell'autorità di cosa giudicata con il diritto [dell'Unione] nell'ambito di una domanda di una (nuova) decisione che dovrebbe reiterare la violazione del diritto [dell'Unione], cosicché l'organo giurisdizionale di ultimo grado non può sottrarsi al suo obbligo di rinvio pregiudiziale». Cfr. la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Cour d'appel de Bruxelles (Belgio) l'8 giugno 2015, causa C-268/15, *Fernand Ullens de Schooten c. Ministre des Affaires Sociales et de la Santé publique, Ministre de la Justice*.

[35] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 luglio 2015, ricorso n. 38369/09, *Schipani e altri c. Italia*, in *Federalismi.it – Focus Human Rights*, 2015, n. 4. Per un commento alla sentenza cfr., in dottrina, S. Marino, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale fra responsabilità dello Stato e circolazione della sentenza nell'Unione*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2015, n. 4, pp. 1270-1274; A. Osti, Schipani e altri c. Italia*: un ulteriore passo verso il diritto convenzionalmente tutelato di accesso alla Corte di giustizia?*, in *Quaderni Costituzionali*., 2015, n. 4, pp. 1039-1043.

[36] Par. 23 della sentenza *Schipani*.

Tuttavia, nella sentenza depositata il 9 gennaio 2009, la Corte di Cassazione non faceva alcun riferimento alla questione pregiudiziale sollevata dai ricorrenti, né indicava i motivi del rifiuto di operare il rinvio alla Corte di giustizia. Pertanto, questi ultimi adivano la Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando, tra l'altro, la violazione dell'art. 6 della CEDU sotto il profilo dell'obbligo di motivazione.

Con la sentenza *Schipani*, la Corte EDU – nel richiamare *in toto* i principi affermati nella già menzionata decisione *Vergauwen* – ha condannato l'Italia per la violazione dell'art. 6 della CEDU sotto il profilo dell'obbligo di motivazione in quanto la sentenza della Corte di Cassazione non ha consentito di stabilire se il secondo quesito "suggerito" dai ricorrenti sia stato considerato non pertinente o relativo ad una disposizione chiara o già interpretata dalla Corte di giustizia ovvero sia stato semplicemente ignorato dalla Corte italiana, laddove – come si legge al par. 70 della sentenza – *«poiché le decisioni della Corte di cassazione non sono impugnabili nel diritto interno, essa aveva l'obbligo di motivare il suo rifiuto di sottoporre la questione pregiudiziale riguardo ad alcune eccezioni previste dalla giurisprudenza della CGCE (…)*».

Alle stesse conclusioni era giunta la Corte europea dei diritti dell'uomo anche nel precedente caso *Dhahbi*[37]: nella vicenda *de qua* il ricorrente "suggeriva" al giudice nazionale competente di sottoporre alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale finalizzata a stabilire se l'articolo 65 dell'Accordo euro-mediterraneo consentisse di rifiutare al lavoratore tunisino l'assegno per nucleo familiare previsto dall'articolo 65 della legge n. 448 del 1998. Anche in questo caso, la Corte di Cassazione italiana non operava alcun rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia senza precisare le ragioni che giustificassero tale rifiuto. Pertanto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che la pronuncia della Suprema Corte non permettesse di individuare uno dei motivi indicati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in grado di sollevare il giudice di ultima istanza dall'obbligo di rinvio.

---

[37] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'8 aprile 2014, ricorso n. 17120/09, *Dhahbi c. Italia*, in *Federalismi.it – Focus Human Rights*, 2014, n. 2. Cfr., tra i vari commenti, F. Biondi Dal Monte, Dhahbi c. Italia*: chi ha diritto di accedere al sistema di welfare?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, n. 3, pp. 743-747; M. Castellaneta, *Il mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia costituisce violazione delle regole sull'equo processo*, in *Guida al Diritto*, 2014, n. 19, p. 112; E. D'Alessandro, *Giudice di ultima istanza e obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo: il caso «Dhahbi c. Italia» innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro Italiano*, 2014, n. 4, p. 285 ss.; A. Pitrone, *La Corte europea ribadisce l'obbligo per il giudice nazionale di motivare il rifiuto del rinvio pregiudiziale a Lussemburgo e giudica discriminatoria l'esclusione degli stranieri regolarmente soggiornanti da prestazioni sociali di natura assistenziale*, in *Rivista OIDU*, 2016, n. 2, pp. 382-385; I. Rivera, *Caso Dhahbi c. Italia: lezioni di simposio europeo. Quando Strasburgo condanna per non essere passati da Lussemburgo*, in *DPCE online*, 2014, n. 4, pp. 1-20.

Costituisce, infine, un'ulteriore conferma, per così dire, indiretta dell'orientamento giurisprudenziale segnalato anche la decisione di irricevibilità resa nel caso *Wind Telecomunicazioni*[38]. In essa i giudici di Strasburgo hanno rinvenuto, all'interno della pronuncia del giudice nazionale di ultima istanza, una «*motivazione implicita*» del rifiuto della domanda di rinvio pregiudiziale, che si poneva in sintonia con le eccezioni all'obbligo di rinvio indicate dalla Corte di Lussemburgo: in particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che nel caso di specie *«(…) era evidente che non risultava necessario chiedere alla CGUE di interpretare l'articolo 267 del TFUE, in quanto l'eventuale violazione di tale disposizione da parte del Consiglio di Stato non poteva avere alcuna incidenza sull'esito della causa dinanzi alla Corte di cassazione*» e che, pertanto, la questione era stata considerata «*non pertinente*» in sintonia con la giurisprudenza "comunitaria" (par. 37).

4. Motivazione del mancato rinvio pregiudiziale a garanzia di un processo equo: il giudice nazionale nel "dialogo indiretto" tra sistema CEDU e ordinamento UE

Come si è detto, l'obbligo di motivazione della sentenza, quale corollario del più ampio diritto all'equo processo, ha trovato riconoscimento giurisprudenziale alla luce di un'interpretazione ampia dell'art. 6, par. 1 della CEDU. Tale interpretazione non potrà non estendersi anche all'art. 47, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, assurta ormai a fonte equiparata al diritto primario con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona[39].

---

[38] Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione dell'8 settembre 2015, ricorso n. 5159/14, *Wind Telecomunicazioni S.P.A. c. Italia*. Nel caso di specie la Corte di Strasburgo ha ritenuto che il ricorso sia stato presentato tardivamente. Cfr. R. Conti, *Il* mutamento *del ruolo della Corte di Cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni*, in *Consulta online*, 7 dicembre 2015. V. anche Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 7 settembre 1999, ricorso n. 38399/97, *Dotta c. Italia*, in cui la Corte di Strasburgo si è soffermata sul carattere non assoluto dell'obbligo delle giurisdizioni di ultima istanza di sottoporre un quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia e sulle eccezioni indicate da quest'ultima. Nel caso di specie, i giudici di Strasburgo hanno precisato che se è vero che non si può dedurre dall'art. 6, par. 1, della CEDU il diritto assoluto di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, talora, tuttavia, il rifiuto del giudice di ultima istanza di operare il rinvio può violare il principio dell'equità processuale, soprattutto se arbitrario. Cfr., infine, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 2 aprile 2013, ricorsi nn. 25851/09, 29284/09 e 64090/09, *Tarantino ed altri c. Italia*, parr. 62-64 e Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione dell'8 giugno 1999, ricorso n. 31993/96, *Predil Anstalt S.A. c. Italia*.

[39] Sia consentito rinviare ad A. Di Stasi, *La tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea con particolare riferimento alla Carta*, in Id., *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014, pp.45-109 ed alla letteratura *ivi* richiamata.

Non occorre peraltro soffermarsi sul fatto che siffatta disposizione debba essere letta alla luce dell'art. 52, par. 3, della stessa Carta, ai sensi del quale laddove quest'ultima contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU il significato e la portata degli stessi sono considerati essere uguali a quelli previsti dalla Convenzione.

Conformemente ad una giurisprudenza consolidata, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel sancire l'importanza del rinvio pregiudiziale a livello europeo, ha definitivamente attestato che tale meccanismo costituisce una competenza essenziale del giudice nazionale che non può essere esercitata in modo arbitrario per non incorrere in una violazione del diritto "sostanziale" ad un equo processo di cui all'art. 6, par. 1 della CEDU.

D'altra parte, anche la Corte di giustizia – che naturalmente non può esercitare alcun controllo né sulle competenze del giudice nazionale *a quo*, né sul rispetto delle regole procedurali nazionali – ha svolto un ruolo determinante nel riconoscimento dell'obbligo di motivazione tra le garanzie del diritto all'equo processo. Ne costituisce conferma, tra l'altro, la sentenza *Trade Agency Ltd*[40] in cui si legge che «*la Corte ha dichiarato che il rispetto del diritto a un equo processo impone che qualsivoglia decisione giudiziaria sia motivata, e ciò al fine di consentire al convenuto di comprendere le ragioni per le quali è stato condannato e di proporre ricorso contro tale decisione in maniera utile ed effettiva*» (p.to 53).

In tale contesto, l'obbligo – desumibile dalla giurisprudenza dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – per il giudice di ultima istanza di motivare il mancato rinvio alla Corte di giustizia al fine di non incorrere in una violazione dell'art. 6, par. 1 della CEDU sembrerebbe costituire un possibile fattore di "armonizzazione preventiva" tra il sistema CEDU e l'ordinamento giuridico dell'Unione europea laddove la stessa Corte di giustizia potrebbe più significativamente reinterpretare l'art. 267 del TFUE proprio alla luce dell'art. 6 della CEDU.

Peraltro, siffatta armonizzazione – che, com'è noto, sembrava aver trovato una battuta di arresto in seguito all'adozione del parere 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea[41] – è di nuovo al centro del dibattito in

---

[40] Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2012, causa C-619/10, *Trade Agency Ltd c. Seramico Investments Ltd*, ECLI:EU:C:2012:531, pubblicata nella *Raccolta digitale*.

[41] Con il parere 2/13 emesso il 18 dicembre 2014 la Corte di giustizia si è pronunciata sulla incompatibilità del progetto di accordo di adesione rispetto al diritto dell'Unione europea, determinando una fase di stallo nel processo in corso. Cfr. Parere 2/13 della Corte di giustizia (Seduta Plenaria), del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, in GUUE C 65, del 23 febbraio 2015, p. 2. Tra i numerosi commenti cfr. F. Korenika – D. Doli, *A View on CJEU Opinion 2/13's Unclear Stance on and Dislike of Protocol 16 ECHR*, in *European Public Law*, 2016, n. 2, pp. 269-286; M. Parodi, *Diritti umani Vs Autonomia? Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell'UE sull'adesione dell'UE alla Cedu*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 3, pp. 1-51; I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi*

seguito all'adozione, da parte della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, della sentenza *Avotiņš*[42]. Si tratta, invero, di una pronuncia di indubbio rilievo nello sviluppo dei rapporti tra i due "sistemi" presi in considerazione, per un duplice ordine di motivi: da un lato, con tale sentenza

---

di tutela dei diritti fondamentali in Europa, Milano, 2015; E. Cannizzaro, *Unitarietà e frammentazione nei rapporti fra l'ordinamento e il sistema della Convenzione europea: in margine al parere della Corte di giustizia 2/13*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2014, n. 3, pp. 623-635; F. Cherubini, *Qualche riflessione in merito alle prospettive di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, n. 2, pp. 243-272; J.-P. Costa, *L'adhésion de l'Union européenne a la Convention européenne des droits de l'homme: un rêve impossible?*, in *Rivista OIDU*, 2015, n. 2, pp. 234-240; T. Von Danwitz, *L'Union européenne et l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, n. 2, pp. 317-337; V. Di Comite, *Autonomia o controllo esterno? Il dilemma dell'adesione dell'UE alla CEDU alla luce del parere 2/13*, in *La Comunità internazionale*, 2015, n. 2, pp. 223-243; Editorial Comments, *The EU's Accession to the ECHR – a "NO" from the ECJ!*, in *Common Market Law Review*, 2015, n. 1, pp. 1-15; D. Fanciullo, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia: la* novissima quaestio *dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, in *Federalismi.it. Focus Human Rights*, 2015, n. 9, pp. 1-26; G. Gaja, *Una mancata disconnessione relativamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2015, n. 1, pp. 148- 151; M.E. Gennusa, *Difesa di posizioni nel parere della Corte di Giustizia sull'adesione dell'Unione alla CEDU*, in *Quaderni Costituzionali*, 2015, n. 1, pp. 189-192; A. Guazzarotti, *Il parere della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU e la crisi dell'euro: due facce della stessa medaglia?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2015, n. 1, pp. 192-196; F. Korenica, *European Union accession to the European Convention on Human Rights*, in *Zeitschrift für* öffentliches *Recht*, 2015, n. 70, pp. 3-32; H. Labayle, *L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue française de droit administratif*, 2015, n. 31, pp. 3-22; S. Lambrecht, *The sting is in the tail: CJEU Opinion 2/13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2015, n. 2, pp. 185-198; M. Pacini, *L'accesso dell'Unione europea alla CEDU: chiusura del cerchio o camicia di forza?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, n. 2, pp. 757-763; I. Pernice, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue*, in *Cahiers de droit européen*, 2015, n. 51, pp. 47-72; E. Spaventa, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, n. 1, pp. 35-56; C. Zanghì, *La mancata adesione dell'Unione Europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Rivista OIDU*, 2015, n. 1, pp. 129-157; Id., *La mancata adesione dell'Unione europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, n. 1, pp. 33-63.

[42] Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 23 maggio 2016, ricorso n. 17502/07, *Avotiņš c. Lettonia*. Cfr., tra i primi commenti, O. Feraci, *Mutuo riconoscimento e principio della protezione equivalente (Bosphorus): riflessioni a margine della sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Avotiņš c. Lettonia*, in www.sidiblog.org, 15 luglio 2016; V. Nardone, *La Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Avotiņš c. Lettonia: la Grande Camera risponde al parere negativo della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, in *Rivista OIDU*, 2016, n. 3, pp. 630-639.

la Corte EDU torna a pronunciarsi sul principio della protezione equivalente dopo l'adozione del già menzionato parere 2/13 della Corte di giustizia; dall'altro, la Corte di Strasburgo richiama nuovamente il rispetto del diritto all'equo processo sia pure con riferimento ad una problematica diversa (l'esecuzione di una sentenza straniera regolata dal diritto dell'Unione europea).

Nel quadro di un dialogo indiretto e di forme di "armonizzazione" – anche preventive – tra sistema CEDU e ordinamento giuridico dell'Unione europea il rispetto, da parte del giudice nazionale di ultima istanza, della norma convenzionale sotto il profilo dell'obbligo di motivazione del diniego di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia assurge senza dubbio a strumento di rafforzata garanzia per il singolo e di consolidamento della certezza del diritto.

Orbene se la pluralità delle garanzie – in senso nazionale e inter o sovranazionale – può assolvere alla funzione di assicurare una maggiore tutela delle situazioni giuridiche soggettive individuali, nondimeno, essa postula, per una corretta amministrazione della giustizia, un rigoroso rispetto dell'autonomia organica e funzionale delle diverse giurisdizioni anche al fine di evitare conflitti di giurisdizione.

In conclusione, l'art. 6 della CEDU, nelle sue multiformi valenze anche di derivazione giurisprudenziale, sembra assurgere a "cerniera" normativa tra ordinamenti nazionali, sistema CEDU e ordinamento giuridico dell'Unione europea stimolando anche feconde "contaminazioni" tra istituti processuali nazionali e rimedi di diritto dell'UE: il tutto sotto l'ombrello dell'incidenza "virtuosa" della tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

DALLA CORTE EDU UNA NUOVA CONDANNA PER L'ITALIA: L'ERGASTOLO OSTATIVO CONTRADDICE IL PRINCIPIO DI UMANITÀ DELLA PENA

di Emilio Dolcini[*]

Sommario: 1. Ergastolo ostativo, Costituzione e CEDU: da Corte costituzionale n. 135/2003 a Corte Edu 2019 *Viola c. Italia*. – 2. Umanità della pena, rieducazione del condannato, dignità dell'uomo. – 3. Il dialogo fra le Corti: il carattere inumano dell'ergastolo ostativo. – 4. Le possibili ricadute della sentenza *Viola c. Italia* sul diritto interno.

1. Ergastolo ostativo, Costituzione e CEDU: da Corte costituzionale n. 135/2003 a Corte Edu 2019 Viola c. Italia

Con la sentenza *Viola c. Italia*, pronunciata dalla Sezione I il 13 giugno 2019, la Corte europea dei diritti dell'uomo scrive una pagina fondamentale[1] nella storia dell'ergastolo ostativo, la particolare forma di pena detentiva perpetua presente nell'ordinamento italiano che si caratterizza (a norma degli artt. 4 *bis* co. 1 e 58 *ter* ord. penit.) per escludere il condannato non collaborante dal lavoro all'esterno, dai permessi premio, dalla semilibertà e dalla stessa liberazione condizionale[2]. Sul piano formale, si tratta di una *species*

---

[*] Dedico questo scritto a Paulo Pinto de Albuquerque, giurista di statura internazionale, ma del quale sottolineo qui soprattutto l'esperienza di giudice presso la Corte europea dei diritti dell'uomo: un giudice che ha interpretato il suo ruolo in modo originale, come ha sottolineato una volta Davide Galliani, ma nello stesso tempo emblema, protagonista dell'opera straordinariamente feconda svolta dalla Corte a tutela dei diritti fondamentali in Europa, argine solidissimo contro l'imbarbarimento del diritto e della società. Ancora grazie, dunque, ai giudici di Strasburgo e a Paulo Pinto de Albuquerque, che con tanto acume, impegno e passione ha illustrato la giustizia europea.

[1] Di « sentenza fondamentale » (fondamentale *tout court*) parla M. Pelissero, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari,* in *SIDIBlog*, 21 giugno 2019.

[2] Nell'amplissima letteratura sul tema, v. per tutti Aa.Vv., *Ergastolo 'ostativo': profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale. Un dibattito, Contributi al seminario di studi svoltosi il 16 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Milano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1495 ss.; A. Bernardi, *L'orribile necessario. Umanizzare l'ergastolo, ma mantenerlo nel sistema penale,* in F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere,* 2012, p. 85 ss.; S. Bernardi, *La disciplina dell'ergastolo senza possibilità di liberazione alla luce delle più recenti sentenze di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1215 ss.; E. Dolcini, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, fasc. 3/2018, 17 dicembre 2018; L. Eusebi, *Ergastolano "non collaborante"ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?,* in *Cass. pen.,* 2012, p.

rispetto al *genus* ergastolo. Nella sostanza, si tratta della principale forma di ergastolo, di quella cioè che trova più frequente applicazione nella prassi, coinvolgendo all'incirca il 70% dei condannati alla pena perpetua[3].

Due, ad oggi, gli snodi principali nella storia dell'ergastolo ostativo, sul versante della giurisprudenza. Il primo è rappresentato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 135/2003[4], che dichiarava la compatibilità della disciplina in questione con il principio della *rieducazione del condannato*. Decisivo, per la Corte, il rilievo che la collaborazione con la giustizia, alla quale l'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. subordina l'ammissione ai benefici penitenziari, alle misure alternative e alla liberazione condizionale, è rimessa ad una scelta del condannato: la preclusione non sarebbe dunque né assoluta né definitiva. A sostegno di questo rilievo la Corte richiamava, fra l'altro, la propria giurisprudenza in tema di collaborazione impossibile, irrilevante o comunque oggettivamente inesigibile[5] (alla quale avrebbe dato seguito lo stesso legislatore con la l. 23 aprile 2009, n. 38, che ha introdotto il co. 1 *bis* nell'art. 4 *bis* ord. penit.), idonea, ad avviso della Corte, ad escludere qualsiasi automatismo degli effetti nel caso in cui la mancata collaborazione non possa essere ricondotta ad una *libera scelta* del condannato.

Il secondo snodo è ora rappresentato dalla sentenza *Viola c. Italia*[6], che condanna l'Italia per violazione del principio di *umanità della pena ex*

1220 ss.; F. Fiorentin, L'*ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 14 marzo 2018; D. Galliani, *Ponti, non muri. Qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2018, p. 1158 ss.; D. Galliani, A. Pugiotto, Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?, in *Rivista AIC*, 2017, p. 56 ss.; C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, 2016; M. Pisani, *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2016, p. 575 ss.; A. Pugiotto, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale,* in F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Il delitto della pena,* cit., p. 113 ss.; A. Pugiotto, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo,* in *Dir. pen. cont.– Riv. trim.,* fasc. 4/2016, 13 luglio 2016.

[3] Cfr., anche per ulteriori dati statistici, relativi all'Italia e ad altri Paesi membri del Consiglio d'Europa, E. Dolcini, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano,* cit., p. 12 ss.

[4] A commento, cfr., fra gli altri, L. Cremonesi, *La consulta "stoppa" la rieducazione*, in *Diritto e Giustizia*, 2003, n. 19, p. 14 ss.; A. Morrone, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4* bis *ord. penit.*, in *Dir. pen. proc*., 2003, p. 1351 ss.; G. Varraso, *Ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4* bis *ord. penit.: la parola di nuovo alla Consulta,* in *Giust. pen*., 2004, pt. I, p. 81 ss.

[5] A proposito della collaborazione irrilevante, cfr. Corte cost. 27 luglio 1994, n. 357; a proposito della collaborazione impossibile, Corte cost. 1° marzo 1995, n. 68. A commento, rispettivamente, v. M. Margaritelli, "*Limitata partecipazione al fatto criminoso" e accesso ai benefici penitenziari,* in *Giur. cost*., 1994, p. 3208 ss.; Id., *La "politica penitenziaria" della Corte costituzionale: una progressione lenta ma inesorabile*, ivi, 1995, p. 3693 ss.

[6] Cfr. D. Galliani, *"La forza della democrazia è non avere paura",* in www.ristretti.org., 16 giugno 2019; D. Mauri, *Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all'ergastolo ostativo? Un primo commento a Viola c. Italia,* in *SIDIBlog,* 20 giugno 2019; M. Pelissero, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c.*

art. 3 CEDU, ritenendo che « l'ergastolo ostativo restringa eccessivamente la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità di riesame della sua pena » (§ 137).

Due decisioni, quella adottata a Roma nel 2003 e quella adottata a Strasburgo nel 2019, molto distanti, a vario titolo, tra loro: se possano addirittura definirsi antitetiche, è quesito che non può essere sciolto se non dopo una riflessione sui rapporti tra il disposto dell'art. 3 CEDU (nel quale il principio di umanità della pena è enunciato accanto al divieto della tortura) e quello dell'art. 27 co. 3 Cost. (che associa invece l'enunciazione del principio di umanità della pena a quella del principio della rieducazione del condannato)[7].

2. Umanità della pena, rieducazione del condannato, dignità dell'uomo

Analizziamo i rapporti fra umanità della pena e rieducazione alla luce della giurisprudenza della Corte Edu.

Nella sentenza *Viola c. Italia* si afferma che « il principio di risocializzazione è oggi riconosciuto nella giurisprudenza della Corte »: e a conforto si rinvia alla sentenza *Murray c. Paesi Bassi*, del 26 aprile 2016[8]. A ben vedere, peraltro, le indicazioni fornite in proposito dalla sentenza citata da ultimo trovano a loro volta molteplici precedenti nella giurisprudenza della Corte: in primo luogo, nella sentenza della Grande Camera *Vinter c. Regno Unito*, del 9 luglio 2013[9], allorché, come sottolinea la sentenza Murray (§ 101), la sentenza Vinter stabilisce un collegamento tra il carattere riducibile di una determinata pena perpetua e la « *fonction d'amendement* » della pena carceraria. In effetti, nella sentenza Vinter la Grande Camera annovera il reinserimento del condannato – accanto alla repressione, all'intimidazione e alla difesa sociale – tra i fini legittimi della pena detentiva, in una relazione che può e deve potersi evolvere nel corso dell'esecuzione della pena (§ 111). Ancora, afferma che «una persona condannata all'ergastolo senza alcuna prospettiva di liberazione né possibilità di far riesaminare la sua pena perpetua rischia

---

Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari, cit.; S. Santini, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *Dir. pen. cont.*, 1° luglio 2019. Una singolare reazione alla sentenza Viola c. Italia è presente in www.penitenziaria.it, 14 giugno 2019, sotto il titolo *Sentenza dell'Europa a favore dei boss mafiosi: la CEDU contro l'ergastolo ostativo in Italia*.

[7] Su tali principi nell'art. 3 CEDU e nell'art. 27 co. 3 Cost., può vedersi, da ultimo, E. Dolcini, *Pena e Costituzione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 23 ss.

[8] Cfr. D. Galliani, *"Murray c. Paesi Bassi": progressi in materia di pena perpetua*, in *Quad. cost.*, 2016, p. 603 ss.

[9] Cfr. D. Galliani, The right to hope. *La sentenza "Vinter e altri c. Regno unito" della Corte di Strasburgo*, in *Studium iuris*, 2014, p. 404 ss.

di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, per quanto eccezionali possano essere i suoi progressi per correggersi, la sua pena rimane immutabile e non soggetta a controllo» (§ 112). Ora, con tutta evidenza, parlando dell'esigenza che il condannato possa riscattarsi e correggersi, al di là di varianti eminentemente lessicali[10], la Corte di Strasburgo evoca proprio l'idea di risocializzazione, come affermato, da ultimo, nella sentenza Viola.

Il nesso tra il principio di umanità della pena e l'idea di risocializzazione (non espressamente enunciata, come si è detto, nella CEDU) viene stabilito da *Vinter c. Regno Unito* (§ 69 e § 113) anche con il supporto della giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca. Decisivo, in proposito, il ruolo dell'art. 1 GG, a norma del quale «la dignità della persona umana è intangibile». Così la Corte di Strasburgo (§ 69) sintetizza l'affermazione di principio della Corte costituzionale tedesca: il rispetto della dignità umana comporta che l'esecuzione di una pena detentiva perpetua debba lasciare al detenuto una «possibilità concreta e realistica» di ritrovare un giorno la sua libertà; in altri termini, significa che «lo Stato colpisce nella sua essenza la dignità umana se priva un detenuto di qualsiasi speranza di ritrovare la sua libertà». Il dovere di promuovere il reinserimento sociale dei condannati a pena perpetua incombe anzi, secondo la Corte costituzionale tedesca, non solo sull'autorità statale di quel Paese, ma sussiste «per ogni società che faccia della dignità umana il suo pilastro».

Ciò premesso, *Vinter c. Regno Unito* (§ 113) afferma: «Considerazioni analoghe valgono nell'ambito del sistema della Convenzione, la cui essenza stessa, come ha spesso affermato la Corte, è il rispetto della dignità umana».

A conforto di questa tesi la Corte di Strasburgo fa infine riferimento a svariate fonti sovranazionali. Tra l'altro, alle Regole penitenziarie europee, dettate dalla Raccomandazione (2006)2 del Comitato dei Ministri degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Questo il tenore della Regola n. 6: « La detenzione deve essere gestita in modo da facilitare il reinserimento nella società libera delle persone che sono state private della libertà ». Inoltre, con particolare riferimento ai condannati a pena detentiva perpetua, la Corte richiama la Raccomandazione (2003)23, nella quale, al par. 2, si enuncia tra le finalità della gestione dei condannati a pena detentiva a vita quella di «accrescere e migliorare la possibilità per questi detenuti di reinserirsi con successo nella società e di condurre dopo la liberazione una vita rispettosa delle leggi».

---

[10] Per ulteriori varianti, in strumenti internazionali, cfr. il *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966, nel quale, all'art. 10, premesso che « qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana » (co. 1), si afferma che « il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale » (co. 3). Cfr. D. Mauri, *Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all'ergastolo ostativo?*, cit.

Attraverso questo percorso argomentativo, *Vinter c. Regno Unito* apre la strada a ulteriori, rilevantissime affermazioni di principio. «Per quanto riguarda le pene perpetue, l'articolo 3… esige che esse siano *riducibili*, ossia sottoposte a un riesame che permetta alle autorità nazionali di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione» (§ 119). Ulteriori condizioni per il rispetto dell'art. 3 CEDU vengono poi individuate in relazione al momento in cui il condannato potrà chiedere che sia analizzato il suo percorso rieducativo, ai criteri in base ai quali verrà condotta tale analisi, alla forma del provvedimento finale, al ritorno in libertà in caso di esito positivo del riesame, nonché alla possibilità di presentare un ricorso giurisdizionale in caso di esito negativo[11].

In sintesi. Per la Corte di Strasburgo una pena detentiva perpetua rispetta il principio di umanità della pena a condizione che non precluda al condannato ogni prospettiva di reinserimento sociale. Con le parole della Corte (§ 113): «il principio della 'dignità umana' impedisce di privare una persona della libertà, senza operare nello stesso tempo per il suo reinserimento e senza fornirle la possibilità di riconquistare un giorno la libertà»[12].

3. Il dialogo fra le Corti: il carattere inumano dell'ergastolo ostativo

Ricomposto dunque l'apparente divario tra le enunciazioni di principio relative alla pena contenute nella CEDU, all'art. 3, e nella Costituzione italiana, all'art. 27 co. 3, la Corte Edu avvia un serrato dialogo con la nostra Corte costituzionale. Andando al cuore della questione sottoposta al suo esame, la Corte di Strasburgo si riporta al punto centrale della sentenza (la n. 135/2003) con la quale la Corte costituzionale aveva 'salvato' l'ergastolo ostativo: e cioè, come ricordavo poco sopra, all'affermazione che l'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. non stabilisce nei confronti di chi venga condannato all'ergastolo per uno dei delitti contemplati nella disposizione una preclusione assoluta all'accesso ad un percorso rieducativo, suscettibile di approdare alla liberazione condizionale. Subordinando la possibilità di accedere a tale percorso alla collaborazione con la giustizia, la legge penitenziaria italiana valorizza invece, secondo la Corte costituzionale, un atto volontario del detenuto: dà

---

[11] Cfr. E. Dolcini, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano,* cit., p. 22 ss.

[12] Per alcune riserve circa l'opportunità di fare ricorso, da parte della Corte, alla nozione di "dignità umana", attribuendole un ruolo centrale nell'*iter* argomentativo, in assenza di un significato della formula universalmente condiviso, cfr. D. Mauri, *Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all'ergastolo ostativo?*, cit.

rilievo alla «scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo»[13].

Un rilievo puntualmente riproposto, come era ovvio, dal Governo italiano (§ 79), nell'ambito del procedimento davanti alla Corte Edu relativo al caso Viola: secondo il Governo, «il sistema offre… una prospettiva concreta all'ergastolano, da una parte, permettendo che questi possa accedere ai benefici penitenziari in caso di collaborazione "impossibile" o "inesigibile"… e, dall'altra parte, connettendo alla libera scelta dell'interessato di collaborare, e non a un automatismo legislativo, la possibilità di ottenere quegli stessi benefici». Ciò giustificherebbe la scelta del legislatore di dare priorità alle esigenze di prevenzione generale e di protezione della società.

Non basta però rilevare che la mancata collaborazione con la giustizia è oggetto di una scelta del condannato[14]: come osserva la Corte Edu (§ 116), bisogna piuttosto domandarsi se davvero si tratti di una scelta *libera*[15] e se abbia un fondamento la presunzione legale secondo la quale il difetto di collaborazione significa persistenza della pericolosità sociale del condannato.

Le risposte che la Corte Edu fornisce a tali quesiti sono tanto nette, quanto persuasive. Come mostra la stessa situazione del ricorrente, Marcello Viola[16], il quale ha dichiarato di aver deciso di non collaborare con la giustizia, fra l'altro, per timore di reazioni violente da parte dei membri dell'associazione criminale, la mancanza di collaborazione « non sempre è conseguenza di una scelta libera e volontaria, né è giustificata unicamente dalla persistenza dell'adesione ai "valori criminali" e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza » (§ 118): un rilievo, quest'ultimo, che trova conforto, come ricorda la Corte Edu, in un'affermazione della stessa Corte costituzionale contenuta nella sentenza n. 306 del 1993[17], nella quale si sottolineava altresì

---

[13] Cfr. Corte cost. 9 aprile 2003, n. 135, n. 4 del *Considerato in diritto*.

[14] Cfr. M. Bontempelli, *Diritto alla rieducazione e libertà di non collaborazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1529; E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, ivi, p. 1521 s.

[15] « La condizione ostativa della mancata collaborazione… opera come una *impropria forma di coercizione morale* a cui viene sottoposto l'ergastolano per poter esercitare il diritto a scontare una pena conforme al senso di umanità e tendente alla sua rieducazione, come enunciato dall'art. 27 comma 3 Cost. »: così, efficacemente, in dottrina, G. Neppi Modona, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1510.

[16] Per una sintesi dei fatti dai quali ha avuto origine il ricorso di Viola alla Corte di Strasburgo, cfr. D. Mauri, *Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all'ergastolo ostativo?*, cit., nonché S. Santini, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo"*, cit., § 3.

[17] Cfr. Corte cost. 8 luglio 1993, n. 306, n. 13 del *Considerato in diritto*. A commento, cfr. C. Fiorio, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la "collaborazione" come presupposto per i benefici*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2505 ss., nonché M. Margaritelli, *I limiti applicativi della liberazione anticipata all'esame della Corte costituzionale*, ivi, p. 2511 ss.

che la stessa collaborazione con la giustizia non prelude necessariamente ad un reale percorso di rieducazione.

Un ulteriore rilievo presente nella sentenza *Viola c. Italia* smantella definitivamente l'equazione tra collaborazione con la giustizia e recisione dei legami con l'organizzazione criminale[18]: «non è escluso che la "dissociazione" con l'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia» (§ 121). Anche sotto questo profilo appare significativa l'esperienza del ricorrente, che a sostegno della domanda di liberazione condizionale presentata al Tribunale di sorveglianza dell'Aquila, aveva documentato i risultati positivi del proprio percorso di risocializzazione in carcere (attestati, fra l'altro, da circa cinque anni di riduzioni di pena *ex* art. 54 ord. penit.) (§ 124): il Tribunale, peraltro, non aveva potuto far altro che constatare il «mancato rispetto della condizione della collaborazione, senza poter effettuare una valutazione del percorso individuale del detenuto e della sua evoluzione verso la risocializzazione» (§ 129).

L'ergastolo ostativo, assumendo che la personalità del condannato non possa modificarsi nel tempo rispetto al momento della commissione del reato, si fonda dunque su un presupposto empiricamente infondato e si pone in frontale collisione con la funzione risocializzatrice della pena, che parla contro preclusioni assolute in materia penitenziaria e postula flessibilità della pena e progressività del trattamento. Lo ha evidenziato da ultimo la Corte costituzionale nella sentenza n. 149/2018[19], con la quale la Corte ha estromesso dall'ordinamento una forma di ergastolo – relativa ad alcune ipotesi di sequestro di persona seguite dalla morte della vittima – emblematica di una totale chiusura all'idea di esecuzione progressiva e dunque ad un possibile percorso di rieducazione da parte del condannato.

Le istanze di umanità della pena (e dunque, fra l'altro, le prospettive di reinserimento sociale del condannato) non possono essere sacrificate, secondo l'insegnamento della Corte Edu, nemmeno nei confronti dei condannati per i reati più gravi, come i reati di mafia (§ 130): i principi enunciati all'art. 3 CEDU non ammettono deroghe, né possono essere barattati con vere o

---

[18] Per un'analoga sottolineatura, cfr. M. Pelissero, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo*, cit.

[19] Cfr. E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2018; F. Fiorentin, *La Consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario" e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato,* in *Giur. cost.*, 2018, p. 1657 ss.; A. Galluccio, *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *Questione Giustizia*, 16 luglio 2018; M. Pelissero*, Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1359 ss.; A. Pugiotto, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 1646 ss.

presunte istanze di difesa sociale. E rappresenta un monito particolarmente significativo per il legislatore italiano, nell'attuale clima politico-culturale, un'ulteriore affermazione di portata generale, contenuta nella sentenza: « la funzione di risocializzazione mira, in ultima analisi, a impedire la recidiva e a difendere la società »[20].

4. Le possibili ricadute della sentenza Viola c. Italia sul diritto interno

Va in primo luogo rilevato che – ad oggi, 2 luglio 2019 – la *sentenza* non è ancora definitiva: diverrà tale il prossimo 13 settembre, se la questione non verrà sottoposta alla Grande Camera.

Una volta definitiva, la sentenza, avendo individuato un problema strutturale presente nel nostro ordinamento, imporrà[21] allo Stato italiano – al di là del riconoscimento al ricorrente di una somma di denaro a titolo di rimborso delle spese sostenute – l'adozione di misure generali idonee ad evitare ulteriori analoghe violazioni dell'art. 3 CEDU: misure – sottolinea la Corte – che dovrebbero essere adottate « di preferenza per iniziativa legislativa », attraverso «una riforma del regime dell'ergastolo che garantisca la possibilità di un riesame della pena» (§ 143).

---

[20] «Prospettive antitetiche, quelle della conservazione preziosa delle garanzie e quella del populismo penale che mostra il braccio violento, ma con sguardo cieco nella capacità di perseguire quelle stesse esigenze di difesa sociale a cui dichiara di voler rispondere»: per questo acuto rilievo, v. M. Pelissero, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo,* cit. Va peraltro sottolineato che la Corte Edu ha per la prima volta richiamato l'attenzione sul fondamentale ruolo di difesa della società tramite la prevenzione della recidiva in un contesto diverso da quello dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale, sebbene tale affermazione sia stata poi ripresa dalla Corte anche nella già citata sentenza Murray. Più precisamente, il ruolo preventivo svolto dalla risocializzazione del condannato è analizzato nella sentenza *James, Wells e Lee c. Regno Unito,* del 18 settembre 2012, nel diverso contesto delle c.d. *IPP sentences* (*indeterminate sentences for the public protection*): casi nei quali al condannato pericoloso veniva imposto un minimo (*tariff*) e non un massimo di pena, da determinarsi in seguito, ad opera di un *Parole Board*, in ragione del percorso rieducativo svolto. In quell'occasione la Corte affermava che in casi concernenti pene dalla durata indeterminata giustificate da ragioni di ordine pubblico, ogni *quantum* di pena detentiva (originaria o aggiunta), giustificato da finalità di difesa della società, deve necessariamente accompagnarsi ad una effettiva possibilità di riabilitazione del detenuto, condizione che peraltro diminuisce il rischio per la società stessa (§ 200 ss.).

[21] Benché gli obblighi di adeguamento alle sentenze della Corte Edu si differenzino in ragione della loro portata individuale o generale, pare ormai indiscutibile il dovere dello Stato di attivarsi, in presenza di violazioni segnalate come sistemiche, anche nel rispetto del principio di sussidiarietà. Sul punto cfr. F. Viganò, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano,* in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, 2016, p. 17 ss.

Dalla sentenza viene dunque una forte spinta nei confronti del legislatore perché rimediti la disciplina dell'ergastolo ostativo, oggetto nel recente passato di proposte di riforma, avanzate nel 2014 dalla Commissione Palazzo e nel 2016 dagli Stati generali dell'esecuzione penale[22]: l'una e l'altra, nella sostanza, tendevano a introdurre la possibilità per il giudice di ammettere ai benefici penitenziari, alla semilibertà e alla liberazione condizionale anche il condannato che abbia posto in essere comportamenti diversi dalla collaborazione con la giustizia, ma in grado di far emergere « positivi cambiamenti di vita ». Si trattava dunque di trasformare da assoluta in relativa la presunzione di persistente pericolosità di chi, condannato per un reato di cui all'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit., non collabori con la giustizia: una soluzione, non accolta dai Governi che hanno preceduto l'attuale, ma ora riportata d'attualità dalla Corte Edu.

Quello dell'ergastolo è uno dei molteplici nodi di politica del diritto penale su cui si scontrano oggi, da un lato, le Corti, nazionali e sovranazionali, dall'altro, la maggioranza politica gialloverde, di cui è espressione il Governo Conte[23]: le Corti, impegnate a difendere principi di garanzia dettati dalla Costituzione e da fonti sovranazionali; il Governo, a dare attuazione a un programma di politica del diritto penale che vede nella pena detentiva l'unico, o quanto meno il principale, strumento di tutela della sicurezza collettiva e propugna una pena detentiva immodificabile nel corso dell'esecuzione, sorda a qualsiasi evoluzione che intervenga nella personalità del condannato, tendenzialmente destinata, dunque, ad essere eseguita fin all'ultimo fra le mura del carcere[24].

Sia dalla Corte costituzionale, sia dalla Corte di cassazione giungono segnali di un ripensamento in atto nei confronti dell'ergastolo. Con la più volte citata sentenza n. 149/2018, la Corte costituzionale ha estromesso una forma di ergastolo dall'ordinamento. Con l'ordinanza 20 novembre 2018, n. 57913[25], la Sezione I della Corte di cassazione ha ritenuto non manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale che attiene all'ergastolo ostativo, con riferimento all'art. 27 co. 3 Cost. e all'art. 117 co. 1 Cost. in relazione all'art. 3 CEDU: su tale questione, che investe lo specifico profilo dell'esclusione del condannato non collaborante dai permessi premio, quando la condanna riguardi delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui

---

[22] Cfr. E. Dolcini, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano,* cit., p. 15.

[23] Il riferimento è, ovviamente, al primo Governo Conte, rimasto in carica per il disbrigo degli affari correnti fino al 5 settembre 2019, dopo le dimissioni dalla carica di Presidente del Consiglio presentate da Giuseppe Conte il 20 agosto 2019.

[24] Cfr., fra gli altri, E. Dolcini, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2019.

[25] Cfr. M. C. Ubiali, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2019.

all'art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività di un'associazione mafiosa, la Corte costituzionale dovrebbe pronunciarsi il prossimo 22 ottobre.

Un'opposta valutazione politico-criminale dell'ergastolo (sia che si tratti di ergastolo comune, sia di ergastolo ostativo), da ultimo, è stata espressa dalla maggioranza parlamentare con la l. 12 aprile 2019, n. 33, che – secondo un impegno contenuto nel c.d. Contratto del Governo del cambiamento – ha approvato una riforma del rito abbreviato che esclude l'applicabilità di tale rito ai delitti puniti con l'ergastolo (art. 438 co. 1 *bis* c.p.p.)[26]: con la conseguenza che in un rilevantissimo numero di casi in cui la disciplina previgente rendeva applicabile la reclusione (nella misura di trent'anni) si applicherà ora, inevitabilmente, la pena perpetua.

Che cosa possiamo attenderci a questo punto?

Una riforma legislativa in linea con le indicazioni della Corte di Strasburgo sembra destinata ad incontrare forti resistenze, nonostante la minaccia di una valanga di ricorsi alla Corte, analoga a quella che, in tema di sovraffollamento carcerario, aveva portato, nel 2013, alla sentenza-pilota Torreggiani[27]. L'unico riferimento all'ergastolo nel Contratto di Governo riguarda, come si è detto, i rapporti con il rito abbreviato e va nel senso di un ampliamento dell'area applicativa di questa pena. Coinvolge poi i condannati all'ergastolo, sia pure in forma mediata e non esclusiva, il proposito – manifestato, ancora una volta, nel Contratto di Governo – di «rivedere le nuove linee guida sul cd. '41 *bis*', così da ottenere un effettivo rigore nel funzionamento del regime del 'carcere duro'»: anche questo un intento ben lontano dallo spirito della sentenza della Corte europea.

In effetti, una riforma della disciplina dell'ergastolo secondo le linee indicate dalla Corte Edu si porrebbe in contraddizione con parole d'ordine, da tempo ricorrenti nel discorso pubblico, come 'certezza della pena' (intesa come fissità *in itinere*) o 'più carcere, più sicurezza' per i cittadini[28]. A proposito dell'ergastolo, così si esprimeva nel 2015 Matteo Salvini, rispondendo a chi gli chiedeva se fosse favorevole alla reintroduzione della pena di morte: « Mi accontenterei di un *ergastolo vero*, a vita e dei lavori forzati: non penso che debba essere lo Stato a decidere se togliere una vita »[29]. E se qualche ripensamento da parte di Salvini c'è stato, non è certo nella direzione indicata dal principio di umanità della pena. Di recente, infatti, il Ministro

---

[26] Cfr. E. Dolcini, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, cit., p. 7 s.

[27] Cfr. D. Galliani, *"La forza della democrazia è non avere paura"*, cit. A proposito della sentenza *Viola c. Italia*, l'A. parla di sentenza 'quasi-pilota' e osserva: « Dato che nelle condizioni di Viola si contano 1.200 ergastolani, la Corte, che potrebbe ricevere ricorsi da tutte queste persone, decide di indicare allo Stato le misure generali da prendere ».

[28] Per alcuni taglienti rilievi in proposito, cfr. G. Giostra, È dal 1841 che va avanti questa storia!, in www.ristretti.org, 1° novembre 2018. V. inoltre, se vuoi, E. Dolcini, *A proposito di "leggi svuotacarceri",* in *Dir. pen. cont.,* fasc. 3/2018, p. 225 s.

[29] Cfr. www.askanews.it, 10 gennaio 2015.

dell'Interno, a proposito dell'autore di un efferato omicidio, ha affermato: « Per quell'infame l'ergastolo è anche poco »[30]. Un'affermazione che seguiva, a brevissima distanza, ad un'altra relativa al caso Battisti: « Non ci possono essere premi per assassini, stupratori e pedofili »[31]

Se dunque il legislatore rimanesse inerte – colpevolmente inerte[32] –, la parola passerebbe alla Corte costituzionale. Una pronuncia di accoglimento sarebbe perfettamente coerente con la lettura che la stessa Corte ha fornito del principio della rieducazione del condannato *ex* art. 27 co. 3 Cost. nella sentenza n. 149/2018; quanto all'art. 117 co. 1 Cost., richiamato nell'ordinanza di rimessione in relazione all'art. 3 CEDU, si tratta di un profilo di illegittimità costituzionale evidentemente corroborato dalla sentenza della Corte di Strasburgo sul caso *Viola c. Italia*.

Rimane, d'altra parte, un interrogativo a proposito della portata di un'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. che seguisse all'ordinanza Cannizzaro. Come sottolineavo in precedenza, il giudice *a quo* chiedeva alla Corte costituzionale di pronunciarsi sulla legittimità non già dell'intero art. 4 *bis* co. 1 ord. penit., bensì su uno specifico profilo di quella disciplina, ritagliato su due piani distinti: in relazione, da un lato, ai permessi premio *ex* art. 30 *ter* ord. penit.; d'altro lato, in relazione non alla congerie di delitti confluiti, in tempi diversi, nell'elenco dell'art. 4 *bis* co. 1 c.p.[33], e nemmeno in relazione a tutti i delitti di criminalità organizzata, bensì ai soli delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività di un'associazione mafiosa. Il quesito sottoposto alla Corte non investe dunque direttamente né le misure alternative alla detenzione, né la liberazione condizionale (la cui inapplicabilità al condannato per un delitto di cui all'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. è sancita dall'art. 2 co. 1 d.l. 13 maggio 1991, n. 152).

---

[30] Cfr. video.corriere.it, 29 maggio 2019.

[31] *Cesare Battisti, Ergastolo confermato ma premi fra 3 anni/Salvini "Non va bene"*, 23 giugno 2019, www.ilsussidiario.net.

[32] Cfr. D. Mauri, *Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all'ergastolo ostativo?,* cit.: condivido il giudizio dell'A., per il quale « un'inerzia da parte del legislatore costituirebbe una gravissima omissione ». D'altra parte, non si può negare che una riforma legislativa che abolisse o anche solo mitigasse l'ergastolo ostativo sarebbe difficile da spiegare all'opinione pubblica: cfr. G. L. Gatta, *Superare l'ergastolo ostativo: tra nobili ragioni e sano realismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1496.

[33] Sul vano tentativo di ridefinire in senso restrittivo la gamma dei reati ostativi di cui all'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. – recuperando la logica originaria di tale disciplina – nell'ambito della riforma penitenziaria Orlando, cfr. E. Dolcini, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2018, fasc. 2/2018, p. 176 s. In direzione opposta è andata la l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. legge spazzacorrotti), che ha incluso nell'elenco dell'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. una serie di reati contro la p.a.: cfr. Id., *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, ivi, 22 maggio 2019.

Si consideri inoltre che nella stessa ordinanza di rimessione si sottolinea che i permessi premio possiedono « una connotazione di contingenza che non ne consente l'assimilazione integrale alle misure alternative » (p. 10), pur costituendo, gli uni e le altre, parte essenziale del trattamento rieducativo. Del pari, si sottolinea che l'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. equipara situazioni eterogenee anche nella sfera della criminalità organizzata, « non distinguendo tra gli affiliati di un'organizzazione mafiosa e gli autori di delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dalla stessa norma » (p. 7).

Dubito in definitiva che la Corte costituzionale, con la sentenza annunciata per ottobre, arriverà ad affermare l'illegittimità consequenziale dell'intero art. 4 *bis* co. 1 ord. penit., o comunque di parti della disposizione ulteriori rispetto a quelle denunciate dal giudice *a quo*. Importa però sottolineare che l'ergastolo ostativo, nella sua dimensione integrale, quand'anche uscisse soltanto mutilato dall'imminente vaglio della Consulta, sembra non avere futuro nel nostro ordinamento: il suo destino appare segnato.

Ancora una volta, dobbiamo riconoscenza ai giudici di Strasburgo.

LA GIUSTIZIA E IL PERDONO

di Elvio Fassone

Secondo l'etimologia il "per-dono" è un dono molto grande, forse il massimo dei doni: perché chi dà un bene o un oggetto regala qualcosa che è altro da se medesimo, per grande e importante che sia; mentre chi per-dona offre qualche cosa che fa parte di se stesso, cioè il risentimento naturale verso l'offensore, un istinto forte che egli si costringe a rimuovere, vincendo il rancore e rinunciando ad ogni desiderio di rivalsa o di punizione. Questo è il perdono nelle relazioni tra umani.

La Sura in esame illustra, invece, principalmente il perdono nel rapporto tra Dio e la creatura. Essa ci introduce in una dimensione trascendente e lo fa in termini di conforto e di fiducia, che giovano anche al tormentato rapporto tra la giustizia umana e il perdono. Dio è "il Compassionevole", l'eterno accogliente, Colui che impedisce all'uomo di disperare, qualunque sia stata la sua colpa, qualunque l'abisso di desolazione nel quale egli sia piombato. Poiché *l'uomo non è mai tutto nel gesto che compie*, Dio sa che l'uomo può essere anche molto altro che il peccatore che è stato, e una sola cosa gli chiede: "*volgetevi a Lui pentiti e sottomettetevi":* cioè riconoscete che altra è la sua legge, altro il modo secondo cui dovete vivere, e seguite quest'altra regola.

Il laico su questo versante non ha titolo per interloquire. Il laico credente (poiché laico non è affatto sinonimo di non credente) pensa che quell'Ente infinitamente *altro*, al quale affidiamo l'idea di un'intelligenza ordinatrice e finalizzatrice dell'universo, quell'Entità è per ciò stesso accogliente di ogni essere che si muove secondo i suoi princìpi, o che ritorna sotto la loro guida qualora se ne sia scostato. Il riconoscimento del proprio errore, la riparazione quando possibile, il genuino proposito di vivere secondo questa legge sono i cardini della disciplina del per-dono, che anche il laico conosce nella dimensione verticale, e che anche al laico procurano pacificazione.

Ma dove la prospettiva laica trova piena legittimazione è sul versante relazionale umano, cioè nel rapporto orizzontale individuo-offensore, e più specialmente nel rapporto comunità-autore di un delitto. Qui la riflessione diventa particolarmente impegnativa, perché si confrontano due piani e due dimensioni apparentemente incompatibili. Un pensatore di grande levatura, Paul Ricoeur, ha infatti scritto che perdono e giustizia possono essere conciliati solo quando vengano differenziate chiaramente le relazioni interpersonali dalle relazioni istituzionali.

Non si può non concordare. L'obiettivo di queste riflessioni è il cercare se, pur nella distinzione dei piani, sia possibile una loro reciproca influenza.

Sul primo versante, quello delle relazioni individuali, agisce in profondità la regola della simmetria, o della *corrispondenza*, che spinge a ricambiare

il bene con il bene, il male con il male. Essa ha generato nel tempo l'impulso alla vendetta e poi, spostato l'asse sul livello della "terzietà" istituzionale, la giustizia retributiva, nella quale si innesta il concetto stesso di *pena* (secondo un noto brocardo: *"malum passionis propter malum actionis"*: hai fatto del male, ora patisci il male).

Ma a questo impulso potente si è venuto affiancando - credenti o meno che si sia, poiché di esso è profondamente intrisa la sensibilità di tutti - l'invito di Gesù, fatto di progressioni morali così impegnative da apparire quasi inarrivabili.

Se guardiamo il cammino percorso nei secoli, vediamo che dalle norme di diritto criminale presenti nell'Esodo, che riflettono nella sostanza la legge del contrappasso o del taglione (Es., 21 e 22), l'afflato morale incomincia a manifestarsi nel Levitico, dapprima come invito al sentimento interiore nei confronti di un prossimo generico (*"Non odiare il tuo fratello nel tuo cuore"*: Lv., 19, 17), e subito dopo come invito a contenere il ri-sentimento negativo che si prova verso lo specifico offensore ("*Non vendicarti e non serbare rancore ai figli del tuo popolo":* Lv., 19, 18).

Con Gesù questa tensione morale non solo cresce, ma sconvolge l'intero assetto delle relazioni inter-personali, trasformando l'astensione dalla vendetta (precetto negativo) in un formidabile comandamento positivo. Il primo livello del suo comandamento (quello che taluni definiscono *"la regola d'oro"*) non si occupa ancora del rapporto tra offeso ed offensore, ma si estende a tutti gli umani, senza distinzione: *"Tutto quanto volete che gli uomini facciano a voi, anche voi fatelo a loro"* (Mt., 7, 12). Qui sembra operare ancora una logica retributiva, dove il "male per male" è sostituito dal "bene per bene", ma non è così: innanzi tutto perché non si attende che sia l'altro a prendere l'iniziativa benevola per ricambiarlo, ma è ciascuno di noi a dover agire per primo nella dimensione della bene-volenza; e poi, soprattutto, perché quel *"tutto quanto volete ..."* esce dalla logica della simmetria per esprimere una dismisura, un'assenza di confini al bene che siamo chiamati ad elargire agli altri, essendo sterminato il campo delle cose buone che vorremmo per noi. Quindi la regola non si declina secondo un "io do affinché tu dia", ma secondo un "io do per primo, e do tutto ciò che potrei desiderare per me".

Insomma, come la comprensione del *male* non può essere ricondotta ad una prospettiva di reciprocità (non è vero che l'uomo è colpito da un male perché è incorso in una colpa: v. Giobbe, 19 e 31); così anche la comprensione del *bene* deve essere sottratta alla dimensione del taglione (*"talis ..."*), per entrare in quella della gratuità. Ci sarà utile ricordarlo parlando della giustizia umana.

Ma lo sconvolgimento dei cànoni tradizionali non si ferma qui. Sino a questo punto Gesù ha dilatato l'oggetto, slegandolo da ogni referente e rendendolo im-menso, non misurabile (*"Fate* tutto il bene *che vorreste per voi"*): ora dilata il beneficiario. A chi fare del bene? *"Se amate quelli che vi amano, che merito ne avrete? anche i peccatori fanno lo stesso. Amate invece i vostri*

nemici, fate del bene e prestate senza sperare alcunché di ritorno": Lc., 6, 32). Siamo arrivati al secondo livello di esigenza: nell'amare (anche) il nemico c'è una dilatazione eroica, una super-moralità che possiamo agevolmente leggere come un'applicazione del suo invito alla perfezione ("*Voi sarete perfetti come è perfetto il Padre vostro che è nei cieli"*, Mt., 5, 48).

Tuttavia questo comandamento sublime non include ancora il nemico che ci ha personalmente offeso, poiché si indirizza ad un nemico generico, che potremmo definire come il "non amabile", non personalizzabile: è l'"altro" senza confini, così come senza confini era il "tutto" a proposito del bene.

Al nemico specifico è destinato l'ulteriore precetto, quello che infine ci orienta nel delicato rapporto tra giustizia e perdono: *"Se il tuo fratello pecca contro di te, va', riprendilo fra te e lui solo: se ti ascolterà, avrai riacquistato tuo fratello. Se invece non ti ascolterà, prendi con te una o due persone (…) Se non ascolterà neppure loro, deferiscilo alla chiesa; se neppure alla chiesa darà ascolto, sia per te come il pagano e il pubblicano"* (Mt. 18, 15). Siamo dunque in presenza di una procedura, sia pure rudimentale, che si sviluppa dalla correzione fraterna individuale a quella plurima, poi a quella istituzionale, ed infine, di fronte alla persistente riluttanza del reo, sfocia nella sanzione dell'abbandono.

Il delitto è uno scisma, una separazione dalla comunità dei simili (giova ricordare che il nome di Raskolnikov, il protagonista di *"Delitto e castigo"*, significa appunto "scismatico", così come il delitto ha la sua radice nel *delinquere*, il venire a mancare al consorzio umano). Ebbene, è importante constatare che, pur nel quadro di una sollecitazione all'amore senza misura, Gesù non si estrania in un iper-uranio idealizzato, ma si fa carico del disvalore del delitto, e del rifiuto del suo autore di ricucire il rapporto lacerato, disegnando gli equilibri necessari in qualsiasi comunità di individui. Siamo dunque in presenza di una sollecitazione verso l'eroismo, ma anche di una attenzione alla complessità di una convivenza multipla, quale neessaria al vivere insieme.

Tuttavia neppure questo ci autorizza a legittimare *tout court* la giustizia umana nella sua essenza retributiva. Infatti l'eccezionalità dell'insegnamento ritorna poco dopo, a scavare interrogativi in noi. *"Allora Pietro si fece avanti e gli domandò: 'Signore, quante volte, se il mio fratello peccherà contro di me, dovrò perdonargli? Fino a sette volte?'. Gesù gli disse: 'Non ti dico fino a sette volte, ma fino a settanta volte sette'"* Mt., 18, 21; Lc., 17, 3). Dunque, non solo il perdono rimane la regola e prescinde dalla gravità dell'offesa, ma purché ad esso non risponda una totale sordità dell'offensore, il perdono prescinde anche dalla quantità delle situazioni nelle quali deve essere esercitato. Il perdono non è un agire occasionale, è uno *status* permanente, una disposizione dell'animo. La dismisura del *"tutto quanto vorreste"* diventa la dismisura del *"tutte le volte che"*. È un impegno super-umano? forse, ma

anche se non riusciremo ad assolverlo compiutamente, ciò che conta è acquisire quella tensione.

A questo punto occorre ritornare alla domanda di partenza: giustizia o perdono? È possibile praticare questo insegnamento elevato anche di fronte a delitti gravissimi? soprattutto, è possibile regolare una società articolata e complessa sulla base di questo invito ad una sovra-umanità che non può essere se non di pochi?

Ci vengono in soccorso non solamente Ricoeur, ma lo stesso Gesù. Il primo rompe l'umana soggezione verso un precetto sublime, ed è perentorio: "Il perdono si sottrae, per la sua logica, alla prospettiva del diritto" (*Le juste*, 1995, p. 206). Infatti "quale regola di giustizia potrebbe mai essere derivata da una massima dell'agire che ergesse la *non-equivalenza* a regola generale?". Detto altrimenti: una logica che abbandoni il criterio della reciprocità è impraticabile sul terreno etico, in quanto implica *doveri estremi*, osservabili per lo più solo dai santi (ancora P. Ricoeur, *Amour et Justice*, 1990, p. 56).

Persino l'ammaestramento di Gesù oscilla tra due esortazioni in contrasto. Da un lato egli invita a *"perdona[re] anche settanta volte sette"*, ma dall'altro lato non rifugge dalla severità: *"se il tuo fratello pecca contro di te, deferiscilo ..."*; e se ancora insiste, abbandonalo al suo destino di impenitente.

Si può intravedere il sentiero: il Vangelo esorta ad essere perfetti, come è perfetto il Padre; ma la legge esige dei comportamenti tali che possano essere tenuti dall'uomo medio. Se Gesù può chiedere l'assolutezza della regola morale, il diritto non lo può fare, essendo un regolatore della normalità (è suggestiva l'affinità dei concetti di legge e di *norma*).

La distinzione dei piani non può, però, servire da scappatoia: non ci consente di accontentarci della distinzione per cui il singolo perdona, e la giustizia dei tribunali può incrudelire. Anche perché, una volta riparati sotto la dimensione istituzionale, questa è comunque illuminata da quella legge particolare che è la Costituzione, la quale a sua volta, in quanto *lex fundamentalis*, non è solo normazione, ma è soprattutto l'espressione di un grande *ethos* collettivo (ancora una suggestione: *morale* come bussola per i rapporti tra individui, *etica* come guida nelle relazioni collettive?).

Orbene, la Costituzione enuncia due disposizioni che ci indirizzano nella nostra ricerca.

La prima è racchiusa nell'art. 101 e dice che "il giudice è soggetto soltanto alla legge". Ciò significa che la giustizia umana, e il singolo operatore che la amministra, devono preoccuparsi di applicare la legge, perché questo è il mandato che la comunità ha loro conferito. All'interno di questo mandato vi sono spazi per la comprensione umana, per la pietà e talora anche per il perdono (le cause di non punibilità in taluni frangenti, il perdono minorile per soggetti particolari, la serie delle attenuanti e tutto quanto è stato pensato al riguardo), ma la bene-volenza deve limitarsi all'impiego di quegli strumenti.

Il fatto che il giudice sia soggetto *soltanto* alla legge significa in via primaria che egli non può essere determinato da nessun altro potere; ma significa anche che il giudice non deve essere orientato nemmeno dai propri sentimenti personali, se non negli ambiti della discrezionalità che la legge stessa gli offre. Nessuno tocchi Caino, certo: ma, altrettanto certamente, nessuno si scordi di Abele. Una giustizia terrena che fosse unicamente indulgenziale aprirebbe la via ad un disordine sociale disastroso, esponendo tutti gli individui alla tragedia della violenza universale.

La seconda disposizione che ci orienta è costituita dall'altro cardine della Costituzione (l'art. 27), secondo il quale la pena deve *"tendere alla rieducazione del condannato"*. Non è questa la sua unica funzione (altrimenti non sarebbero legittimate proprio le sanzioni che invochiamo per mitigare la pena carceraria: la pena pecuniaria, le pene attenuate, le stesse pene detentive di breve durata e simili): ma è questa la tensione che deve ispirare sia l'istituzione sia la collettività.

Infatti, una volta irrogata la pena che la legge richiede a nome della comunità, questa non è affatto dispensata da altri compiti. Dopo il processo, che accerta la responsabilità e definisce la pena, usualmente si spengono le luci, l'attenzione si sposta su altri scenari e ci si dimentica che proprio allora inizia la realtà più profonda e coinvolgente: l'espiazione della pena.

Come c'è un *tempo del fatto*, un tempo del trauma rappresentato dal delitto, che crea uno *choc* profondo nella comunità, la quale deve poter elaborare il proprio lutto, ed a ciò destina la solennizzazione del processo; così c'è un *tempo dell'espiazione*, che deve servire sia al condannato per costruire un suo diverso modo di guardare il mondo, sia alla collettività per entrare in un rapporto diverso con l'autore del fatto.

Per questo ritengo che il processo non chiuda la partita con l'accertamento, ma la apra. Il soggetto che espia la pena non solo è molto più ampio del delitto commesso, ma è anche un soggetto che muta, nell'attraversare il tempo della pena. Se ci voltiamo a guardare il nostro passato, scopriamo facilmente che noi siamo *diversi*, talora molto diversi, da quello che eravamo anche solo cinque o dieci anni fa: lo stesso accade per l'uomo espiante, soprattutto se la pena si estende per tempi molto lunghi. Noi attraversiamo il tempo ed il tempo attraversa noi, che ogni giorno rinnoviamo le nostre cellule e anche un poco lo sguardo sulla vita. Dunque l'ordinamento deve contemplare non solo una pena possibilmente giusta per quantità e qualità, ma altresì uno strumentario atto a cogliere questo mutamento (quando c'è) e i necessari istituti di flessibilità che lo riconoscano.

A questo fine è necessario che la penalità di domani (ma già in parte oggi) transiti dal *malum passionis propter malum actionis*, di cui si è detto, al *bonum actionis propter malum actionis*. Nel primo modello il perno è rappresentato dal *malum*, quello inflitto col delitto e quello patito con la pena. Nel secondo il perno è costituito dall'*actio*, dall'agire prima negativo,

poi riparativo. Nel primo paradigma il male è raddoppiato, nel secondo esso è almeno in parte eliso.

Dunque, lo sforzo deve essere condotto nel costruire il maggior numero possibile di occasioni che consentano al condannato di offrire alla comunità un suo *agire* positivo (tipicamente le prestazioni gratuite di pubblica utilità, la *reparative justice*). E nei casi di delitti gravi, nei quali ciò non sia possibile o non lo sia sin dall'inizio, l'ordinamento deve riservare un'attenzione costante all'evoluzione dell'uomo che espia; deve rifuggire da sanzioni che uccidono la speranza, e quindi l'impegno a modificare se stesso (tipicamente l'ergastolo c.d. ostativo); e infine deve adottare gli strumenti di flessibilità che permettono di modellare la pena inflitta sul percorso da lui eventualmente compiuto (il regime progressivo dei c.d. benefìci penitenziari).

A questo debito della legge si accompagna il debito della comunità. In quel paradigma della letteratura sul tema che è il ricordato *"Delitto e castigo"* di Dostoevsky, Raskolnikov lo scismatico non si pente e non si redime da solo: egli confessa l'omicidio, ma il suo rammarico è unicamente quello di avere fallito. Però al suo fianco si pone Sonja, la piccola incolpevole prostituta per necessità, che segue Raskolnikov nel processo e nella desolata stazione di pena della Siberia, nella quale l'uomo deve espiare otto anni di lavori forzati. La giovane lo affianca, benché innocente, e in questo *farsi accanto*, in questo *accompagnare* l'espiante sta la salvezza per entrambi.

Sonja appartiene di per sé al mondo degli ultimi, Raskolnikov vi si è immesso col suo agire. Ma in questo modo (il modo della vicinanza e dell'amore) entrambi si sollevano e non hanno più paura.

DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE (E SUOI LIMITI) NELLA "GIURISDIZIONE RIEDUCATIVA"

di Fabio Fiorentin

SOMMARIO: 1. Premessa. La fine della legalità "legicentrica" e l'avvento di un mondo entropicamente disconnesso. – 1.1. La "giurisdizione rieducativa" come paradigma della funzione "giuscreativa" di matrice giurisprudenziale. – 2. La "conoscibilità" della giurisprudenza della magistratura di sorveglianza. – 3. La "prevedibilità" delle decisioni della magistratura di sorveglianza. – 3.1. La "prevedibilità" dal punto di vista europeo e il "doppio binario penitenziario". – 3.2. Il profilo soggettivo della "prevedibilità". – 4. "Oltre ogni ragionevole dubbio"? – 5. La corrispondenza tra il "chiesto" e il "pronunciato". – 6. La discrezionalità nel momento esecutivo delle misure alternative. – 7. "Giuscreatività" e vincolo costituzionale – 8. Alcune considerazioni in chiusura.

«*Ubi pro ratione stat voluntas*»

1. Premessa. La fine della legalità "legicentrica" e l'avvento di un mondo entropicamente disconnesso

Il tema della discrezionalità del giudice di sorveglianza nella fase dell'esecuzione penitenziaria, oggetto delle rapsodiche considerazioni che seguono, si interseca strettamente con il fenomeno – ormai ampiamente attestato e scandagliato dalla letteratura – della ingravescente perdita di peso specifico della fonte legislativa[1].

Il dato fenomenologico che caratterizza il nostro attuale momento storico rimanda, infatti, alla progressiva perdita di quella centralità assoluta in precedenza rivestita dalla legalità "legicentrica" in favore di una molteplicità di altre fonti di diritto tra cui, in posizione di assoluto rilievo, si colloca l'attività "giuscreativa" dei giudici e delle Corti nazionali e convenzionali[2].

---

[1] Si vedano, tra i più recenti contributi, E. ADDANTE, *Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà*, e M. CERFEDA, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle "misure di polizia"*, entrambi in *Arch. pen.*, 2, 2019. Rileva in particolare E. ADDANTE: «ormai, è sempre più inflazionato nel linguaggio giuridico l'uso del termine "crisi" per identificare la condizione deficitaria e/o di impoverimento in cui si trova, purtroppo da anni, il potere legislativo – a titolo esemplificativo si parla di "crisi della legge", di "crisi della riserva di legge", di "crisi della tipicità" – a cui, inevitabilmente, è corrisposto un potenziamento della giurisprudenza e del potere esecutivo».

[2] Sul ruolo nomopoietico della giurisprudenza e, in particolare, delle Corti di vertice è stato giustamente osservato: «(…) le considerazioni della Cassazione sono interessanti perché spiegano come agiscano le massime che essa elabora nell'esercizio della sua funzione

Molteplici sono le ragioni di questa costante erosione, che già Carnelutti registrava (e deprecava): l'indice va puntato, anzitutto, sul sempre più scadente *drafting* legislativo, che rende i testi normativi oscuri nella loro *ratio,* lessicalmente ambigui e contenutisticamente carenti, lasciando ampio spazio a variegate soluzioni interpretative nel momento applicativo, così che la *voluntas legis* come enunciata ed applicata nelle decisioni dei giudici finisce, spesso, per risultare diversa dalla *voluntas* legislatoris[3].

Non secondarie responsabilità di tale scadimento nella qualità del materiale normativo devono, inoltre, ascriversi al ruolo sempre più predominante dell'Esecutivo, divenuto il vero motore legislativo in vece del Parlamento – ormai relegato a quel ruolo di notarile approvazione della volontà dei *leaders* politici che fu del senato romano nel periodo del Dominato – ed all'abnorme ricorso alla decretazione di urgenza, ispirata dalle urgenze della politica. L'ormai abituale ricorso a decreti-legge o – più esattamente – "decreti-manifesto", ispirati all'unico obiettivo di fornire una risposta purchessia alle esigenze politiche del momento sacrifica, infatti, un approccio ponderato ai problemi da risolvere[4], mentre le sincopate tempistiche di confezione e adozione dei testi normativi sovente scontano la poca cura della dizione normativa e non prestano la dovuta attenzione all'esigenza di mantenere la necessaria coerenza sistematica tra il nuovo diritto e l'assetto ordinamentale esistente, con le conseguenze che sono sotto gli occhi di tutti gli operatori:

---

nomofilattica, cioè quando enuncia principi di diritto che hanno tutti i requisiti propri della norma giuridica. In questo caso, così come nelle decisioni "additive" della Corte costituzionale o in quelle di interpretazione della Corte di giustizia, siamo di fronte a pronunce giudiziali che hanno, dal punto di vista sostanziale, caratteristiche del tutto simili alla legislazione». (R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Angeli editore, 2013, p. 64). Si vedano anche le sempre attuali riflessioni di G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1722 ss.

[3] Come rileva G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 1725: «in questo orizzonte, ciò che si è progressivamente smarrita è (per dir così) la razionalità penalistica unitaria di tipo sistemico […]. Quando entra in crisi la razionalità unitaria a livello normativo, il primato dei legislatori è insidiato dalla crescita di peso del ruolo degli interpreti e, in modo particolare, dei giudici: ai quali spetta di attribuire, comunque, un possibile senso alle varie norme sparse nell'arcipelago ordinamentale».

[4] Come rileva autorevole dottrina, «mentre per un verso si continua a inseguire il sogno accademico di una riforma – sostanzialmente codicistica – che razionalmente coniughi la revisione delle sanzioni con quella delle fattispecie criminose, per l'altro verso si continua a ritoccare ora qua ora là aspetti particolari del sistema sanzionatorio, senza considerare che il garbuglio inestricabile in cui esso è precipitato rende ogni intervento – al di là delle migliori intenzioni legislative. Necessariamente foriero di ulteriori confusioni, sovrapposizioni, irragionevolezze (F. Palazzo, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2013, p. 98). Sulle problematiche della qualità delle leggi v. anche D. Pulitanò, *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, in *Dir. pen. cont.*, 28 ottobre 2015.

aporie e lacune normative, proliferazione di indirizzi giurisprudenziali difformi, decisioni "a sorpresa", aumento esponenziale delle questioni di legittimità costituzionale, crescenti sfasature nelle prassi applicative tra diversi uffici giudiziari e, non di rado, all'interno dei medesimi uffici. A rendere più complessa e difficile l'attività dell'interprete contribuisce, infine, la progressiva e sempre più stretta compenetrazione tra gli ordinamenti interno, eurounitario e convenzionale, che formano piani in un continuo e spesso complicato moto di reciproca intersezione[5].

Un tale scenario ha favorito e, in qualche misura, reso necessario un ruolo del giudice sempre meno *bouche de la loi* (dal momento che la *loi* ha perdute da tempo quelle caratteristiche di certezza, determinatezza e coerenza che avrebbero consentito, appunto, al giudice di limitare il proprio apporto alla mera stretta applicazione della stessa) e sempre più *demiurgo* di quel diritto "certo" che la legge formale non è più in grado di assicurare tanto è – sempre più spesso – lacunoso e oscuro il suo dettato[6]. Nello scenario attuale, dominato dall'entropia delle fonti e dell'interpretazione creativa del diritto, l'attività ermeneutica del giudice costruisce, dunque, il diritto: «*law is what judges say it is*»[7].

Se è vero che l'ordinamento si sviluppa e "vive" attraverso il costante apporto "giuscreativo", in un contesto segnato da importanti disconnessioni e in perenne procinto di implodere nelle sue contraddizioni, la propensione maieutica della giurisprudenza in tanto può assumere un ruolo di legittima integrazione/creazione del diritto in quanto offra ai consociati linee giurisprudenziali caratterizzate da un accettabile tasso di certezza e prevedibilità, valori fondamentali che stanno a fondamento dell'ordinato sviluppo dei rap-

---

[5] F. Ippolito, *Diritti, giuristi e giudici per l'Europa, in Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti, V. Piccone, Jovene, 2016, pp. 563 ss.

[6] Cfr. V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto pen a le e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica Editrice, 2012, che osserva (p. 22): «la creatività del giudice […] è il dato di realtà che segna l'elemento maggiormente caratterizzante l'epoca attuale». Nello stesso senso S. Crispino, *Interpretazione conforme al diritto europeo e internazionale in materia penale*, in *Ars interpr.*, 1, 2019, pp. 171 ss., rileva: «l'entrata in vigore della Costituzione prima, l'adesione al sistema CEDU e l'influenza crescente delle fonti dell'Unione europea poi, hanno scardinato l'ideale di matrice illuministica del giudice *bouche de la loi*, in quanto il giudice è divenuto non solo co-protagonista del legislatore nella produzione del diritto ma anche il protagonista principale del dialogo con le due Corti europee, nonché un attore fondamentale dell'attuazione del diritto europeo».

[7] Si tratta, invero, di un fenomeno evidente non solo nell'ambito del *common law*, ma anche negli ordinamenti di *civil law*, tanto che la Corte di Strasburgo ha riconosciuto il ruolo decisivo della nomopoietica di matrice giurisprudenziale, identificando il "diritto vivente" con il testo di legge come interpretato dalle giurisdizioni nazionali, con il limite del divieto di analogia. Sulla necessità, da parte della giurisprudenza, di ricostruire un unico concetto di legalità, uguale sia per i Paesi di *civil law* che di *common law*, cfr. Corte EDU, 24 aprile 1990, *Kruslin e Huving c./ Francia*, in E. Addante, *Il principio di prevedibilità*, cit.

porti tra i consociati. In questa prospettiva, tuttavia, è evidente che l'elevato tasso di discrezionalità ermeneutica, nella misura in cui conduce alla incontrollata proliferazione di interpretazioni e prassi applicative tra loro difformi o, addirittura inconciliabili, contribuisce – come in una sorta di paradossale circolo vizioso – ad alimentare quella incertezza che si proponeva, invece, di dissipare[8].

Nel campo penalistico, tale patologico fenomeno è arginato, in parte, dalla netta distinzione che la Corte costituzionale pone tra la "materia penale" – ove vige l'esclusività della *praevia lex scripta et stricta*, rispetto alla quale al giudice è riservata una mera funzione dichiarativa/integrativa delle "zone d'ombra" della legge, in conformità ai sistemi giuridici di tradizione continentale[9] – ed altri plessi ad essa limitanei (quali ad es. il sistema delle misure di prevenzione) nei quali la fonte normativa ambigua o lacunosa ammette una eterointegrazione da parte del giudice al fine di soddisfare la condizione della "prevedibilità", da parte dei consociati, delle conseguenze derivanti dalla violazione del precetto normativo. Tale contributo giuscreativo, tuttavia, deve consistere in una integrazione operata dall'interpretazione seguita da una giurisprudenza «costante e uniforme»[10], così come afferma anche la Corte EDU che pone, altresì, all'attività integratrice del formante giurisprudenziale il limite del divieto di interpretazione estensiva e analogica (concetti – si nota – che nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo si sovrappongono)[11].

1.1. La "giurisdizione rieducativa" come paradigma della funzione "giuscreativa" di matrice giurisprudenziale

Nel sistema dell'esecuzione penitenziaria il fenomeno della creatività giurisprudenziale è particolarmente avvertito, caratterizzando la "giurisdizio-

---

[8] Infatti: «il passaggio dalle disposizioni (selezionate dall'interprete) alla norma da applicare al "caso" (costruito dall'interprete) è un processo entropico, in cui le informazioni di partenza, ben organizzate da quei criteri, si confondono fino a smarrirsi. Le motivazioni della decisione non possono invertire la "freccia del tempo" e restituirci le informazioni ormai perse. Sono una giustificazione del lavoro svolto, più che una descrizione compiuta di esso. Indispensabili in quanto atto di legittimazione, ma incapaci di restituirci un processo che non ha linearità e completa misurabilità, essendo dominato dall'entropia» (R. Bin, *A discrezione del giudice*, cit., p. 62).

[9] Cfr. da ultimo le sentenze "gemelle eterozigote" nn. 24 e 25 del 24 gennaio 2019, in *Arch. pen. (web)*, 2, 2019, con nota di M. Cerfeda.

[10] Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24, cit.

[11] Corte EDU, 24 maggio 2007, *Dragotoniu e Militaru-Pidhorni c./ Romania*, in *http://hudoc.echr.coe.int*.

ne rieducativa" al punto che quest'ultima si identifica come la funzione in cui la discrezionalità del giudice è portata alla sua massima espansione.

Tra le ragioni che stanno alla base di tale peculiare aspetto, un rilievo non secondario assume la genesi storica della magistratura di sorveglianza, nata quale "costola" dei tribunali penali (la "sezione di sorveglianza") per svolgere funzioni che, almeno inizialmente, erano ritenute – e si connotavano effettivamente – come *lato sensu* amministrative o, al più, "giudiziali" ma non propriamente "giurisdizionali", così che appariva quasi scontato che l'espletamento delle dette funzioni si esercitasse con un margine particolarmente ampio di discrezionalità.

Pur essendo, attualmente, questa iniziale caratteristica dell'attività della magistratura di sorveglianza ormai quasi del tutto recessiva, in seguito alla progressiva "giurisdizionalizzazione" dell'esecuzione penale avviatasi dapprima con la "legge Gozzini" del 1986 e – in misura ancor maggiore – a partire dalla "legge Simeone" n. 165 del 1998, la giurisdizione di sorveglianza ha conservato ed, anzi, in qualche misura forse persino accresciuto quell'elevata discrezionalità che appare coessenziale all'oggetto della "giurisdizione rieducativa" quale *cognitio* che s'incentra sulla personalità del condannato piuttosto che sul fatto-reato.

Il principio costituzionale iscritto nell'art. 27 della Carta fondamentale, per cui tutte le pene devono tendere alla risocializzazione del condannato, posto alla base dello sviluppo delle misure alternative alla detenzione ben giustifica, infatti, l'ampia possibilità di apprezzamento discrezionale riconosciuto alla magistratura di sorveglianza, incaricata di adeguare in sede esecutiva, nel singolo caso, il trattamento sanzionatorio alle caratteristiche personologiche del condannato, valutando l'"*an*" della concessione della misura esterna al carcere, il "*quomodo*" (mediante l'imposizione delle prescrizioni), la relativa durata (potendo procedere alla revoca del beneficio) e l'esito finale della misura stessa[12].

In tale contesto dinamico della fase esecutiva, al giudice di sorveglianza è necessariamente attribuita una incisiva discrezionalità che assume la duplice connotazione di discrezionalità "in positivo" (nel senso che il giudice deve valutare la probabilità che, nel singolo caso, l'applicazione di una misura di sorveglianza possa concretamente favorire il recupero sociale del condannato) ed una discrezionalità "in negativo" (dovendo il giudice di sorveglianza impegnarsi in un giudizio prognostico circa l'assenza o la ridottissima presenza, nella singola fattispecie delibata, del rischio di recidiva del condannato nel corso dell'eventuale esecuzione esterna al carcere).

Un significativo margine di discrezionalità interpretativa appare, inoltre, coessenziale all'esigenza di risolvere le numerose aporie e lacune generatesi

---

[12] F. Palazzo, *Riforma del sistema sanzionatorio,* cit., p. 99.

nell'ordinamento penitenziario a causa dell'alluvionale produzione normativa che ha sfigurato l'originaria armonia sistematica della legge n. 354/75. Si tratta di un "attivismo legislativo" che trova solo in parte spiegazione in motivazioni ideali, connesse alla volontà di migliorare le condizioni materiali di detenzione dei condannati e di dare concreta attuazione al dettato costituzionale che vuole le pene orientate alla rieducazione del reo. Ben più pressanti ragioni di contenimento dell'endemico sovraffollamento degli istituti di pena italiani e, per converso, esigenze di soddisfacimento delle istanze securitarie sembrano, infatti, ben più prosaicamente, all'origine delle incessanti modifiche all'Ordinamento penitenziario introdotte sotto la pressione dell'urgenza del momento, seguendo una esiziale "politica del pendolo" che vede prevalere ora le ragioni del reinserimento sociale dei condannati, ora le istanze di difesa sociale[13].

Tale fenomeno ha reso particolarmente complesso per l'interprete individuare le corrette traiettorie interpretative utili a orientarsi in un sottosistema normativo in perenne divenire e sempre più caratterizzato da una sorta di entropia giuridico-normativa. La confusione ingenerata dalla proliferazione incontrollata di leggi, norme, decreti che hanno introdotto nuovo "materiale legale", per giunta promanante da una molteplicità eterogena di fonti (il Parlamento, il Governo, il DAP, le fonti convenzionali, la giurisprudenza di merito e delle Corti di garanzia, le fonti di *soft law*) ha reso, invero, utopica l'asserzione per la quale sarebbe, in ogni caso, possibile individuare un'unica esatta soluzione interpretativa della disposizione normativa ed ha, per converso, imposto una sempre più frequente e intensa attività interpretativa del giudice di sorveglianza in funzione dichiaratamente "costitutiva" del diritto e non già meramente "dichiarativa" del medesimo.

Si tratta di un dato fenomenico – già presente all'indomani dell'introduzione dell'Ordinamento penitenziario – che si è, tuttavia, enfatizzato quando alla finalità rieducativa dell'esecuzione penale si è affiancata (sovrapposta?) l'esigenza di contenere, attraverso l'applicazione di benefici esterni al carcere, il crescente sovraffollamento degli istituti penitenziari. Come è stato osservato, peraltro, il riconoscimento in capo alla magistratura di sorveglianza di un peculiare margine di discrezionalità dell'esercizio delle proprie attri-

---

[13] L'elenco completo della normativa penitenziaria introdotta dal 1975 ad oggi richiederebbe molte pagine di questa Rivista; ci si limita qui a ricordare che, nel solo corrente anno, sono state introdotte modifiche all'Ordinamento penitenziario con le leggi n. 3/19 (c.d. legge "spazzacorrotti") e n. 69/19 (c.d. "codice rosso"); che il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria ha emesso alcune importanti Circolari con il fine di regolare alcuni aspetti della vita detentiva; che la Corte costituzionale ha pronunciato almeno tre sentenze rilevanti in materia penitenziaria (n. 99/19; n. 187/19 e n.188/19) e che la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata sulla questione dell'ergastolo ostativo con la sentenza 13 giugno 2019, *Viola c./ Italia*.

buzioni è stato, in parte, favorito dallo stesso legislatore, che vi scorge un *commodus discessus* dalle proprie difficoltà (e responsabilità)[14].

La giurisdizione di sorveglianza costituisce, per queste ragioni, una realtà paradigmatica e particolarmente interessante per quanto attiene al tema della discrezionalità del giudice e alla tipologia di giurisdizione che da essa origina: un modello "discrezionale-personalistico"[15] che consolida quella immagine della magistratura di sorveglianza quale custode della idea rieducativa e della stessa "legittimità della pena" (legittima, appunto, in quanto rieducativa).

Tra i molti, tre profili assumono, nell'ambito della giurisdizione rieducativa, un rilievo particolarmente interessante. Si intende alludere alla "conoscibilità"/"accessibilità" della giurisprudenza della magistratura di sorveglianza; alla "prevedibilità" della decisione che verrà assunta dal giudice in rapporto a determinate fattispecie ovvero a fronte di determinati fatti della vita o circostanze che si verifichino nel corso dell'esecuzione; alla possibilità, infine, che il giudice "crei" egli stesso la regola di diritto da applicare al caso concreto, adottando una vera e propria "interpretazione creativa".

2. L'"accessibilità" alla giurisprudenza della magistratura di sorveglianza

Poiché si tratta di una materia divenuta ormai caratterizzata di elevato tecnicismo e complessità, sia per la già ricordata estesa produzione normativa, sia per l'intersezione particolarmente frequente tra l'ordinamento interno e quello convenzionale, un rilievo centrale nel contesto che si sta esaminando assume il tema della conoscibilità, cioè dell'"accessibilità" alla conoscenza della giurisprudenza della magistratura di sorveglianza. È, infatti, di tutta evidenza la rilevanza, per il soggetto sottoposto ad esecuzione penale (e per il suo difensore), del conoscere il "come" il giudice di sorveglianza affronta e risolve le problematiche connesse agli istituti di matrice penitenziaria e le non infrequenti antinomie della normativa.

Nella visione della Corte EDU, per soddisfare l'*accessibility* nella materia penale non è necessario che l'ordinamento approntи un metodo specifico di pubblicazione o un determinato grado di pubblicità delle decisioni giudizia-

---

[14] Osserva ancora F. Palazzo, *Riforma del sistema sanzionatorio*, cit., p. 100: «la discrezionalità giudiziale sembra costituire, da un lato, una conseguenza della incapacità o impossibilità del legislatore di percorrere vie radicalmente diverse ed alternative a quel modello, orami ben impiantato nel sistema [il modello "discrezionale-sospensivo" n.d.r.]; dall'altro, pare essere una prosecuzione di quella non commendevole tendenza a scaricare sul giudiziario responsabilità che sarebbero proprie del legislativo».

[15] *Ibidem*.

rie[16]. Tuttavia, se ci si pone dal punto di vista generale e si guarda a quali possibilità concrete vi siano per gli operatori di accedere alla conoscenza della giurisprudenza della sorveglianza è innegabile che in questo settore esista una criticità, particolarmente avvertita sul versante dell'assenza di *database* delle decisioni di merito assunte nell'ambito della "giurisdizione rieducativa". A tutt'oggi non esiste, infatti, una banca-dati *online* della giurisprudenza di merito della magistratura di sorveglianza né vi è una rivista scientifica specificamente dedicata alla materia penitenziaria.

Nel settore della sorveglianza, peraltro, il problema della conoscibilità della giurisprudenza di merito affligge gli stessi magistrati e tale esigenza ha spinto due magistrati di sorveglianza, nel 2002, a creare una *mailing-list*, inizialmente riservata ai soli magistrati ma, successivamente, aperta anche a docenti di materie penalistiche, magistrati di cassazione e pubblici ministeri che si occupano di esecuzione penale. Ancor oggi, questo strumento costituisce l'unico "luogo" di confronto e di conoscenza delle prassi e di riflessione sui profili problematici e sulle molte incertezze applicative che caratterizzano il diritto penitenziario.

A finalità conoscitive delle decisioni di merito della sorveglianza rispondono, altresì, alcune iniziative, quali la raccolta di decisioni di merito reperibile sul sito del C.O.N.A.M.S. (il Coordinamento dei Magistrati di Sorveglianza) e le "sezioni" dedicate alla giurisprudenza della magistratura di sorveglianza attivate presso alcune riviste *online*. Si tratta, tuttavia, di un patrimonio conoscitivo di non sempre agevole consultazione e, soprattutto, non costantemente aggiornato, per la difficoltà di assicurare un costante approvvigionamento di aggiornate decisioni dei giudici di merito.

La difficoltà di conoscere gli orientamenti della magistratura di sorveglianza determina ricadute negative non solo – com'è ovvio – sull'utenza formata dai condannati e dagli internati e sui difensori che praticano la materia, i quali devono per così dire "muoversi al buio" nel momento in cui intendano proporre un'istanza o discutere un procedimento davanti al giudice di sorveglianza; ma anche sugli stessi magistrati di sorveglianza, i quali non sono posti materialmente in grado di accedere a banche dati aggiornate di giurisprudenza di merito. Si rappresenta, per inciso, che tale difficoltà è amplificata dalla peculiare frammentazione degli Uffici di sorveglianza sul territorio e dall'esiguità dei relativi organici, ciò che rende in molti casi impossibile un effettivo confronto sulle prassi interpretative da adottare.

Tale rilevata criticità incide pesantemente sulla "prevedibilità" delle decisioni dei giudici di sorveglianza e, in ultima analisi, sulla possibilità dell'interessato e del suo difensore di approntare la strategia difensiva più idonea nel caso concreto alla luce della conoscenza di quella specifica giurisprudenza,

---

[16] Corte EDU, 9 novembre 1999, *Spacek, S.R.O. c./ Repubblica Ceca*, § 57, in *http://hudoc.echr.coe.int*.

in un ambito nel quale la funzione "tassativizzante" del formante giurisprudenziale assume un'importanza di tutto rilievo, come in tutti gli altri plessi non rientranti nella "materia penale"[17].

3. La "prevedibilità" delle decisioni della magistratura di sorveglianza

La "prevedibilità" può essere definita, sulla scorta di autorevole dottrina, come "obbligo di interpretazione ragionevole della norma penale", declinabile, a sua volta, come sotto-criterio del principio di legalità e irretroattività della legge penale[18].

---

[17] Funzione, per inciso, definitivamente riconosciuta dalla Corte di Strasburgo nella nota sentenza della Grande Chambre del 28 febbraio 2017, *de Tommaso c./ Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 8, pp. 870 ss. con nota di F. Viganò. Da tale pronuncia trae ispirazione la già evocata sentenza costituzionale n. 24 del 2019, cit., che, occupandosi di misure che si collochino – come le misure di prevenzione – all'infuori dal diritto penale afferma la possibilità di integrare il dato normativo con il "formante giurisprudenziale" e soddisfare così lo *standard* qualitativo di "legge" richiesto dalla Costituzione e dalla CEDU: «in materia di responsabilità penale, invero, questa Corte ha da tempo sottolineato come «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale» (sentenza n. 327 del 2008); e ciò in quanto «nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia» è indispensabile l'esistenza di un «diritto scritto di produzione legislativa» rispetto al quale «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo» (sentenza n. 115 del 2018). Tuttavia, allorché si versi – come nelle questioni ora all'esame – al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione. Essenziale – nell'ottica costituzionale così come in quella convenzionale – è, infatti, che tale interpretazione giurisprudenziale sia in grado di porre la persona potenzialmente destinataria delle misure limitative del diritto in condizioni di poter ragionevolmente prevedere l'applicazione della misura stessa.» Su tali profili v. ancora M. Cerfeda, *La prevedibilità ai confini*, cit., p. 11.

[18] Così S. Bernardi, *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*, Cedam, 2001, p. 263. Sul tema della prevedibilità, che ha innescato un vivace dibattito scientifico, si veda, tra gli altri, F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Jovene, 2016, pp. 213 ss.; V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. Manes, V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2015, pp. 69 ss.

Secondo la giurisprudenza convenzionale, la condizione della "prevedibilità", che deve caratterizzare la "base legale" della norma penale, è soddisfatta quando i consociati siano in grado di conoscere, a cominciare dalla formulazione della pertinente disposizione normativa e, se del caso, avvalendosi della sua interpretazione da parte dei tribunali, quali conseguenze giuridiche derivino dal compimento di determinate azioni o omissioni. Nella sua massima estensione logica, la prevedibilità comprende la possibilità, per il soggetto agente, di sapere in anticipo se la propria condotta sarà considerata penalmente rilevante; quale pena o sanzione dovrà eventualmente scontare, pronosticando la cornice edittale da applicare; in che modo verrà esercitata la discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena e se saranno applicabili misure alternative o benefici di altro genere[19].

La prevedibilità, inoltre, come corollario del principio di irretroattività è violata tutte le volte in cui un'interpretazione del tutto innovativa rispetto ad una disposizione legislativa o un imprevedibile *revirement* giurisprudenziale determinino effetti sfavorevoli per l'interessato[20].

Lo spettro di operatività della garanzia in esame copre certamente anche l'attività della magistratura di sorveglianza[21], rispetto alla quale la decisione del giudice di merito nelle precedenti fasi processuali funge da cornice e delimitazione sia sotto il profilo della cristallizzazione del titolo di reato, rilevante in rapporto alle problematiche afferenti al "doppio binario penitenziario" (artt. 4-*bis* e 58-*quater*, o.p.), sia sotto quello della dimensione quantitativa della pena che, a sua volta, indirizza l'attività del giudice di sorveglianza[22].

Benché questo *background* assuma non secondario rilievo, dal momento che il *decisum* in sede di cognizione prepara la "materia prima" su cui si innesta l'attività del giudice di sorveglianza, tuttavia l'affermazione per cui "il primo giudice di sorveglianza è il giudice della cognizione" suona forse troppo enfatica, non solo per gli incisivi poteri di "interpretazione" della senten-

---

[19] M. Cerfeda, *La prevedibilità ai confini*, cit., p. 4.

[20] Con riguardo ai profili dell'accessibilità e della prevedibilità, la Corte EDU adotta un approccio "sostanzialista" considerando fonte del diritto non solo la disposizione legislativa promanante dall'organo legislativo, ma anche alla giurisprudenza nazionale che concretamente attua il precetto normativo (nella concezione europea, il termine *law* ingloba sia il diritto di matrice legislativa sia giurisprudenziale come ricorda M. Cerfeda, *La prevedibilità ai confini*, cit., p. 6: legge e giudice, in altri termini, «non vanno più letti in disgiuntiva (cioè legalità uguale legge *versus* giudice) bensì in congiuntiva, come due addendi (legge più giudice uguale legalità)».

[21] Osserva F. Viganò, *Il principio di prevedibilità*, cit., p. 251, che il concetto di «prevedibilità delle decisioni delle agenzie di *law enforcement* rispetto all'applicazione della legge penale» copre «l'intero spettro di eventi che vanno dal primo atto di indagine (o dall'eventuale applicazione di misure precautelari ad opera della polizia) sino all'effettiva esecuzione della pena inflitta dal giudice della cognizione».

[22] Inoltre, il giudice di cognizione applica – ricorrendone le condizioni – una misura di sicurezza.

za di condanna riconosciuti alla magistratura di sorveglianza (di tali profili ci occuperemo nel § 3.1.), ma anche alla luce della sentenza costituzionale n. 41 del 2018, che assegna nuovi e più ampi spazi al perimetro decisorio attribuito alla magistratura di sorveglianza in rapporto ai condannati "liberi sospesi" (art. 656 comma 5, c.p.p.), ciò che rende, in questa prospettiva e nella maggioranza dei casi, non decisiva la dosimetria della pena applicata dal giudice del merito ai fini dell'alternativa *in executivis* tra il carcere e la misura alternativa alla detenzione[23].

In un contesto fondato sulla *flessibilità* del giudicato penale, ciò che può effettivamente influire sulla decisione del magistrato (o del tribunale) di sorveglianza è, piuttosto, il complesso di elementi conoscitivi sulla personalità dell'autore del reato e le informazioni sull'atteggiamento dello stesso nei confronti del fatto e della vittima: quel patrimonio di conoscenza cui il giudice di sorveglianza ha accesso per il tramite della motivazione della sentenza di condanna. Ai fini del giudizio prognostico che la magistratura di sorveglianza formulerà nei confronti del condannato in relazione all'eventuale percorso esecutivo (*recte*: rieducativo) *extra moenia*, giocherà, nei fatti, un più decisivo ruolo il quadro di personalità che emerge dall'esame della sentenza di condanna (sempre che – *ca va sans dire* – il giudice del merito abbia fatto buon uso dei criteri di cui all'art. 133 c.p. e ne abbia dato approfondito conto nella motivazione) così come il contesto dei supporti esterni (famiglia, lavoro, etc.) piuttosto che una modulazione della quantità della pena più o meno gravosa per il reo. Avrà, per essere ancor più espliciti, maggiori *chances* di accedere ad un percorso alternativo alla detenzione il soggetto condannato ad una pena proporzionalmente elevata ma con positivi elementi relativi alla sua personalità (quali, ad es., il corretto comportamento processuale, la condotta riparativa posta in essere in favore della vittima, la resipiscenza dimostrata, un adeguato supporto della rete sociofamiliare e lavorativa) di una persona in espiazione di una condanna relativamente piccola ma connotata da negativi indici valutativi quali, ad es., l'insensibilità dimostrata per le sofferenze causate con il proprio reato, l'emersione di patologie di natura psichica o situazioni di dipendenza da alcolici e stupefacenti mai convenientemente affrontate con un programma terapeutico, l'abituale ricorso al delitto per procurarsi i mezzi di sussistenza, etc.

Al netto di questa realtà fattuale, la questione della prevedibilità delle decisioni della magistratura di sorveglianza è resa problematica non solo dalla già rilevata non agevole conoscibilità dei *precedents* che possono consentire all'interprete di individuare la regola o il criterio che il diritto vivente applica, secondo criteri di normalità e prevedibilità, al ricorrere di una determinata

[23] Statisticamente, infatti, la maggioranza delle condanne irrogate applica una pena compresa entro i quattro anni di detenzione.

fattispecie, ma anche dalla scarsa precisione diagnostica degli strumenti che la magistratura di sorveglianza utilizza.

Il riferimento è, anzitutto, ai dati dell'osservazione della personalità raccolti nella c.d. "relazione di sintesi" (nel caso di persona detenuta o internata) ovvero della relazione sociale (nel caso di soggetto libero) che, vuoi per il linguaggio tecnico tipico delle scienze sociali non giuridiche, vuoi per la oggettiva difficoltà di "catturare" i tratti salienti di una entità sfuggente e complessa come la "personalità umana", spesso consistono in documenti che non offrono al giudice di sorveglianza elementi dotati del necessario coefficiente di precisione e univocità che sarebbe, invece, necessario alla formulazione del giudizio prognostico sul rischio di recidiva dell'interessato e sulle eventuali possibilità di recupero sociale del medesimo. È, altresì, molto spesso insoddisfacente la qualità delle informative che pervengono dalle forze dell'ordine, redatte sovente in termini generici e stereotipati («frequenta soggetti pregiudicati», «non si esclude la possibilità che il soggetto, se liberato, torni a delinquere»), utilizzando *file* con stilemi buoni per tutte le occasioni (e i soggetti). È quasi inevitabile che, sulla base di elementi conoscitivi privi del necessario corredo fattuale, così impregnati di valutazioni soggettive e, nei casi più gravi, approssimative, la valutazione prognostica del magistrato sia connotata da un tasso assai elevato di apprezzamento discrezionale.

In secondo luogo, mina la prevedibilità delle decisioni dei giudici di sorveglianza l'estrema ampiezza e vaghezza delle espressioni inserite dal legislatore nel testo dell'ordinamento penitenziario, che consentono all'interprete una lettura estremamente discrezionale del dettato normativo relativo agli istituti di volta in volta coinvolti. Tra i moltissimi esempi di tale fenomenologia se ne ricordano qui soltanto due, che paiono particolarmente significativi di altrettanti aspetti "tipici" che connotano la discrezionalità applicativa nella materia della sorveglianza: la tendenza all'interpretazione "creativa" (anche *in malam partem*)[24] e la coesistenza – su una medesima questione applicativa – di plurimi filoni giurisprudenziali, talvolta in contrasto tra loro.

---

[24] Si osserva che il Giudice europeo ritiene violato l'art. 7 CEDU qualora la decisione del giudice consegua a un'interpretazione innovativa delle norme, che conduca ad una applicazione estensiva *in malam partem* e, dunque, non prevedibile della disposizione (Corte EDU, 17 ottobre 2017, *Navalnyye c./ Russia*, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2018). Il medesimo principio è stato affermato dalla Corte di Strasburgo con riferimento all'affermata irretroattività dell'*overruling* "imprevedibile" (Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. e C.R. c./ Regno Unito,* in *http://hudoc.echr.coe.int*). È interessante osservare che la regola dell'irretroattività delle decisioni frutto di interpretazioni innovative *in malam partem* è ritenuto principio generale dell'ordinamento eurounitario dalla Corte di Lussemburgo, richiamando espressamente l'art. 7 CEDU, di cui il giudice comunitario deve garantire l'osservanza, impedisce l'applicazione retroattiva delle nuove interpretazioni giurisprudenziali sfavorevoli all'accusato, quando il loro risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa (Corte UE, 8 febbraio 2007, *Groupe Danone c./ Commissione delle Comunità europee*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 2200

Quanto al primo profilo sopra evocato, appare particolarmente illuminante la vicenda di un condannato tossicodipendente, ammesso dal giudice di sorveglianza a espiare la pena in regime alternativo alla detenzione, mediante l'applicazione dell'affidamento in prova al servizio sociale ai sensi dell'art. 47 o.p., con inserimento presso una comunità di recupero[25]. Nel corso della prova, l'interessato utilizzava un telefono cellulare per comunicare con soggetti all'esterno della struttura comunitaria, violando in tal modo le regole della comunità terapeutica e subendo, per tale motivo, l'espulsione dalla struttura stessa, la quale palesava, altresì, la volontà di non voler proseguire oltre il rapporto con l'affidato. A fronte di tale condotta, il tribunale di sorveglianza revocava la misura alternativa concessa al condannato, che faceva quindi rientro in carcere. La Cassazione, tuttavia, ha annullato la decisione del tribunale di sorveglianza, censurando l'interpretazione data dal tribunale di sorveglianza circa l'ampiezza delle condotte suscettibili di determinare la revoca del beneficio ed osservando, per un verso, che solo comportamenti contrari alla legge o alle prescrizioni imposte dal giudice assurgono a gravità tale da poter giustificare la revoca della misura[26] e, per l'altro verso, rilevando che il tribunale *a quo* non avesse considerato l'ipotesi di collocare il soggetto presso altra struttura terapeutica per la prosecuzione della prova.

Nel caso giurisprudenziale sopra ricordato, la Suprema Corte ha ritenuto che l'impostazione seguita dal tribunale di sorveglianza violasse il principio di legalità sotto il profilo della prevedibilità, nel senso che l'ordinamento collega la sanzione della revoca del beneficio penitenziario a carattere terapeutico non già a qualsiasi comportamento che possa essere ritenuto dal giudice sussumibile nella fattispecie astratta (nella specie: la violazione di una regola interna della comunità), ma solo quelle condotte che – violando la legge penale ovvero trasgredendo le prescrizioni imposte dal giudice – si palesano di gravità tale da costituire legittimo motivo di revoca della misura. In questo caso, quindi, il giudice di sorveglianza aveva discrezionalmente interpretato *in malam partem* il disposto normativo, facendo un cattivo uso del proprio potere di apprezzamento discrezionale che la Cassazione ha conseguentemente censurato[27].

---

ss., con nota di A. Balsamo, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una "nuova frontiera" del processo di "europeizzazione" del diritto penale*).

[25] Il riferimento è ad una vicenda processuale tuttora pendente.

[26] A mente dell'art. 47, c. 11, o.p., «l'affidamento è revocato qualora il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appaia incompatibile con la prosecuzione della prova».

[27] La Cassazione si è ispirata ai medesimi principi che hanno determinato la decisione della Corte EDU, 10 ottobre 2006, *Pessino c./ Francia*, in *http://budoc.echr.coe.int*., che ha ritenuto "imprevedibile" poiché frutto di una lettura estensiva *in malam partem* la sentenza della Cassazione francese che aveva condannato il ricorrente per il fatto di aver

Per quanto concerne il secondo degli aspetti problematici sopra evidenziati, emblematica appare la vicenda che, all'indomani della sua entrata in vigore, ha coinvolto l'interpretazione delle condizioni di ammissibilità del ricorso risarcitorio esperito ai sensi dell'art. 35-*ter*, o.p., dai detenuti e internati che allegano di essere stati ristretti in condizioni detentive tali da violare l'art. 3 CEDU. Il riferimento è alla *querelle* che, per molto tempo, ha opposto magistrati *attualisti* e *non attualisti* attorno all'interpretazione della disposizione dell'art. 35-*ter* o.p., il cui *incipit* statuisce che «quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste […] in condizioni di detenzione tali da violare […]» l'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo «[…] il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare […]». Il richiamo espresso alla situazione indicata dalla lett. *b)*, c. 6, art. 69, o.p. e quindi, testualmente, alla "attualità" (oltre che alla "gravità") del pregiudizio sofferto dal soggetto detenuto e la declinazione al tempo presente del verbo ("dispone") ha suscitato un vivace dibattito in dottrina ed ha originato una biforcazione della giurisprudenza di merito, dando luogo a due letture opposte con riguardo alla natura e alla portata di detto rinvio, che hanno a lungo convissuto anche nella giurisprudenza di vertice[28].

Secondo una prima interpretazione – recepita anche dal C.S.M. nel parere reso al d.d.l. di conversione del d.l. 92/2014 e da una parte della giurisprudenza di merito – fondata «su un non trascurabile dato letterale»[29], il richiamo al "pregiudizio di cui all'art. 69, c. 6, lett. *b*)" o.p., integrerebbe un presupposto dell'azione risarcitoria, che potrebbe riferirsi, dunque, soltanto a situazioni di accertato pregiudizio "grave e attuale", la cui sussistenza andrebbe accertata non soltanto al momento della proposizione del ricorso ma anche della relativa decisione[30]. Una tale ricostruzione ermeneutica, pur

---

proseguito la costruzione di un immobile nonostante l'ordine di sospensione spiccato dal giudice amministrativo, basandosi sull'equiparazione dell'ordine di sospensione al divieto di costruzione, unico presupposto effettivamente richiesto dalla norma incriminatrice.

[28] Emblematico di una tale coesistenza è il caso delle due sentenze "gemelle eterozigoti" pronunciate dalla medesima sezione della Corte di cassazione nella stessa data, l'una favorevole alla tesi "attualista", l'altra a quella "non attualista" (si veda, volendo, F. Fiorentin, *"Rimedi compensativi" per l'inumana detenzione: l'attualità del pregiudizio non è (probabilmente) rilevante per il risarcimento*, in *Giur. pen.*, 2, 2016, pp. 688 ss. Per un'ampia rassegna delle tesi interpretative circa la rilevanza dell'"attualità" del pregiudizio subìto, si rinvia a M. Deganello, *I rimedi risarcitori*, in F. Caprioli, L. Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti,* Giappichelli, 2015, pp. 257 ss. e, volendo, a F. Fiorentin (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Giappichelli, 2019.

[29] L'espressione è di G. Giostra, sub *art. 35*-ter. *Ordinamento Penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, V, Cedam, 2015, p. 422.

[30] A. Della Bella, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2014, §12.

presentando alcuni indubbi punti di forza sul piano letterale e sistematico (essendo coerente con la natura eccezionale della competenza risarcitoria attribuita alla magistratura di sorveglianza), conduceva, tuttavia, ad esiti pratici di pressoché totale vanificazione del rimedio approntato, la cui utile esperibilità rimarrebbe confinata ad un'esigua minoranza dei potenziali aventi diritto, escludendo tutti coloro che, trovandosi tuttora detenuti, non patiscano più condizioni di restrizione contrarie all'art. 3 CEDU, ma ne abbiano, invece, sofferto in passato.

A tale lettura si è contrapposta la tesi c.d. "non attualista", seguita da altra parte della giurisprudenza di merito e sostenuta dalla dottrina maggioritaria, che ritiene l'ipotesi ermeneutica sopra illustrata in contrasto con l'art. 3 Cost., poiché, a fronte di un medesimo pregiudizio subìto per condizioni detentive inumane e degradanti, si attuerebbero modalità risarcitorie differenziate, secondo che il detenuto si trovi ancora, o no, in una situazione di "attuale pregiudizio", così determinando una irragionevole disparità di trattamento, poiché, in quest'ultimo caso, il danneggiato dovrebbe accontentarsi del risarcimento in forma pecuniaria, mentre la riduzione di pena sarebbe riservata ai soli soggetti "attualmente" sottoposti a trattamento detentivo contrario all'art. 3 CEDU. Lo sforzo interpretativo volto a conferire piena effettività al neointrodotto istituto si è quindi esercitato nel superamento del riferimento testuale alla situazione di "attualità" del pregiudizio, utilizzando l'*escamotage* di associare tale requisito alla situazione della violazione convenzionale non ancora risarcita (dunque "attuale"). Tale assunto troverebbe fondamento nella sentenza Cedu *Torreggiani c./ Italia,* ove si afferma, in tema di ricevibilità del ricorso, che, in capo ai ricorrenti, permaneva la qualità di "vittima" della violazione dell'art. 3 CEDU anche se, successivamente alla proposizione del ricorso, alcuni detenuti erano stati trasferiti in altre celle più confortevoli o scarcerati atteso che «una decisione o una misura favorevole al ricorrente è sufficiente, in linea di principio, a privarlo della qualità di "vittima" solo quando le autorità nazionali abbiano riconosciuto, esplicitamente o sostanzialmente, la violazione della Convenzione e vi abbiano posto rimedio [...]».

Da quest'ultimo passaggio si desumerebbe, quindi, che l'"attualità" del pregiudizio permane fino all'intervenuto ristoro del medesimo. Una tale lettura sarebbe preferibile tanto sul piano sistematico, poiché limiterebbe la competenza del giudice civile ai soli casi espressamente previsti dall'art. 35-*ter*, o.p., c. 3 (avvenuta espiazione della pena o violazione subita nel corso di custodia cautelare non imputabile a detrazione della pena definitiva), quanto su quello letterale, che conterrebbe indizi che «fanno propendere per una volontà legislativa mal espressa e che il rinvio all'art. 69 co. 6 lett. *b)* o.p. – certo tecnicamente poco sorvegliato – intendesse significare soltanto che la fattispecie disciplinata dall'art. in esame riguarda una particolare *species* del *genus* "pregiudizio all'esercizio dei diritti" dovuto a inosservan-

za da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario»[31].

A fronte di tali opposte prospettazioni si è, alla fine, consolidato un orientamento, ormai quasi pacifico, che – per prendere a prestito le parole di un'autorevole opinione – ritiene «a parità di plausibilità ermeneutica, si debba privilegiare la lettura che crea meno scompensi al sistema, che evita disparità di trattamento, che rende più accessibile ed efficace l'intervento risarcitorio e che meglio corrisponda alle prescrizioni della C. eur. Vale a dire, quella secondo cui il risarcimento per un trattamento inumano presofferto da soggetto ancora detenuto va disposto dal mag. sorv., la cui giurisdizione sta e termina con lo *status detentionis* del richiedente»[32].

In entrambi gli esempi sopra considerati, l'emergere di soluzioni interpretative elaborate con ampio tasso di discrezionalità in rapporto a fattispecie normative oggettivamente "oscure" ha determinato, nell'un caso, l'incertezza del soggetto agente circa i divieti e gli obblighi alla cui osservanza egli era tenuto in forza del vincolo costituito dalla misura alternativa applicata nei suoi confronti; nell'altro caso, una più diffusa imprevedibilità circa l'esito giudiziario dei ricorsi risarcitori a motivo del ricordato sincronico contrasto giurisprudenziale.

Gli effetti negativi dell'oggettiva difficoltà di orientamento da parte dei consociati in ambiti caratterizzati dall'entropia giurisprudenziale non si producono soltanto nell'ordinamento interno, con le correlate ricadute in termini di proliferazione del contenzioso, di prolungamento delle tempistiche giudiziarie e di calo della fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario[33], ma si ripercuotono, altresì, sul versante internazionale e convenzionale. Invero, come rileva acuta opinione, è consolidato patrimonio della cultura giuridica europea il principio per cui una situazione caratterizzata da profondi e duraturi contrasti nella giurisprudenza nazionale e dall'assenza di meccanismi idonei ad assicurare l'uniformità delle decisioni lede il diritto del cittadino

---

[31] Cfr. G. Giostra, sub *art. 35*-ter, cit., p. 423. Tali elementi si individuerebbero – secondo tale autorevole opinione – nel già indicato contrasto tra la prima soluzione interpretativa (che individua la competenza del giudice civile in caso di pregiudizio non più "attuale") e il disposto che limita la detta competenza alla posizione del soggetto non più detenuto (art. 35-*ter*, c. 3, o.p.). In secondo luogo, il rinvio operato all'art. 69 c. 6 lett. *b)* o.p., non avrebbe inteso recepire i requisiti della "gravità" e "attualità" del pregiudizio (il primo sarebbe, invero, sussistente *in re ipsa* a fronte di una violazione dell'art. 3 CEDU, mentre il secondo sarebbe contraddetto dal dato letterale, che, ai commi 2 e 3, chiaramente si riferirebbe a un pregiudizio non più attuale al momento della decisione del giudice.

[32] G. Giostra, sub *art. 35*-ter, cit., p. 424.

[33] La stessa Corte di Strasburgo ha ammonito, invero, che la persistenza di decisioni giudiziarie contrastanti determina uno stato di incertezza giuridica, riducendo, conseguentemente, la fiducia dei consociati nel sistema giudiziario (Corte EDU, 20 maggio 2008, *Santos Pinto c. / Portogallo*, § 41, in *http://hudoc.echr.coe.int*.).

all'omogeneità del trattamento giuridico in casi simili, violando il diritto all'equità processuale sancito dall'art. 6 CEDU[34].

3.1. La "prevedibilità" dal punto di vista europeo e il "doppio binario penitenziario"

Il tema della "prevedibilità" delle decisioni giurisprudenziali nella materia dell'esecuzione penale è stato approfondito anche dalla Corte di Strasburgo che, da una posizione tradizionalmente refrattaria ad estendere le garanzie convenzionali (e dunque l'"ombrello" degli artt. 6 e 7 CEDU) alla materia dell'esecuzione penale, ha operato, con la sentenza *Del Rio Prada c. Spagna* del 2013, un deciso *revirement*. La Corte alsaziana, superando il precedente orientamento restrittivo ha, infatti, affermato che, anche nell'ambito esecutivo, un mutamento di indirizzo giurisprudenziale *in malam partem* contrasta con l'art. 7 della Convenzione sotto il profilo, appunto, della prevedibilità (oltre che del divieto di irretroattività *in peius*)[35].

Con la ancor più recente sentenza *Viola c./ Italia (2)* del 13 giugno 2019, la Corte EDU ha ritenuto il c.d. "ergastolo ostativo" risultante dal combinato degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* o.p. in contrasto con l'art. 3 CEDU poiché la via della collaborazione con la giustizia posta dal legislatore come unica soluzione idonea al superamento delle preclusioni alla concessione dei benefici penitenziari, altrimenti assolute, limita eccessivamente la concreta prospettiva di liberazione del condannato e preclude, inoltre, la possibilità di un riesame giudiziale della posizione al fine di verificare, sulla base di elementi penologici, se il soggetto abbia effettivamente maturato un sufficiente grado di rieducazione tale da renderlo compatibile con un progressivo accesso alle misure esterne al carcere[36].

---

[34] Corte EDU, 30 luglio 2015, *Ferreira Santos Pardal c./ Portogallo,* in *http://hudoc.echr.coe.int*.

[35] Con la sentenza del 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c./ Spagna*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013, la *Grande Chambre* la Corte ha ritenuto violato l'art. 7 par. 1 della CEDU da parte del governo spagnolo, sotto il profilo del «principio di affidamento» di una persona detenuta rispetto ad un mutamento *in pejus* introdotto per effetto della applicazione giurisprudenziale ("*doctrina Parot*") nella disciplina relativa ad un istituto spagnolo affine alla nostra liberazione anticipata, affermando che, ai fini del rispetto dell'evocato principio di affidamento del condannato circa la «prevedibilità della sanzione penale», occorre avere riguardo non solo alla pena irrogata, ma anche alla sua concreta esecuzione (nel caso esaminato dalla Corte europea, l'istituto dell'ordinamento iberico aveva diretta incidenza sulla durata della pena da espiare).

[36] Sulla sentenza *Viola c./Italia (2)*, tra i molti commenti, si rinvia a D. Galliani, A. Pugiotto, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (a proposito della sentenza Viola v. Italia n.2)*, in *AIC*, 4, 2019 (*www.osservatorioaic.it);* V. Manca, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all'attesa*

Se l'*endorsement* europeo all'estensione dei surrichiamati principi garantistici di matrice convenzionale alla materia dell'esecuzione penale non può che essere salutata con favore, dal punto di vista che qui più interessa ne risulta accresciuta la rilevanza della giurisprudenza quale indicatore o parametro della legalità convenzionale di un determinato istituto del diritto interno. Non solo: la Corte EDU, nell'affermare che anche la materia dell'esecuzione penale è assoggettata alle garanzie previste dalla Convenzione in ordine ai principi di prevedibilità e affidamento (quali corollari del principio di irretroattività *in malam partem*), ha scoperchiato il vaso di Pandora dell'attività interpretativa della giurisprudenza in rapporto al "se" e al "come" della vigenza del principio *tempus regit actum* in sede di esecuzione penale.

Per richiamare solo il più recente esempio di un tale fenomeno, l'occasione di un rinnovato attivismo interpretativo è stata offerta dalla criticità dovuta al fatto che il legislatore, nell'introdurre una riforma importante come quella contenuta nella c.d. "legge spazzacorrotti" (l. 9 gennaio 2019, n. 3), in relazione alla modifica l'art. 4-*bis* o.p., che ha inserito tra i reati ostativi c.d. "di prima fascia" quelli disciplinati dagli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, comma 1, 320, 321, 322, 322-*bis*, c.p., ha omesso di dettare disposizioni transitorie che disciplinassero sotto il profilo temporale gli effetti della legge. Di fronte alla faglia critica aperta dalla lacuna normativa, la giurisprudenza ha prodotto una panoplia di soluzioni (dalla via della lettura "costituzionalmente e convenzionalmente orientata" alla questione di legittimità costituzionale, alla riaffermazione, quest'ultima con plurime varianti, della persistente validità del tradizionale *mantra* per il quale nella fase esecutiva *tempus regit actum*) a tal punto ampia e diversificata che l'effetto finale è quello di un vero e proprio caos interpretativo. Non resta che attendere, sul punto, il pronunciamento della Corte costituzionale[37].

Un secondo profilo su cui l'estensione della discrezionalità interpretativa in materia di "doppio binario penitenziario" tocca i nervi scoperti degli assetti ordinamentali è quello afferente alla configurazione "a geometria variabile" dell'ostatività di detto regime restrittivo, delineata dalla Cassazione con l'indirizzo (che, al momento, appare granitico), per cui le condanne per i reati finalisticamente collegati ai delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso vengono attratte nell'area delle preclusioni assolute di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* o.p., per effetto dello scrutinio operato dal giudice di sorveglianza sulla sentenza di condanna. Secondo tale orientamento, lo sbarramento preclusivo alla concessione dei benefici penitenziari scatta – anche in assenza di una formale applicazione dell'aggravante di cui all'art. 7 del d.l. n. 152/1991 (espressamente richiamata dall'art. 4-*bis*, comma 1, o.p.) – per

della Corte costituzionale, in *Arch. pen*., 2, 2019.

[37] Sui profili di incostituzionalità della "legge spazzacorrotti", L. Baron, *"Spazzacorrotti", art. 4*-bis *ord. pen. e regime intertemporale*, in *Dir. pen. cont*., 5, 2019, pp. 153 ss.

effetto di una operazione interpretativa del titolo in esecuzione da parte del giudice di sorveglianza al quale viene attribuita la verifica in concreto della eventuale sussistenza della connessione teleologica del reato comune al delitto associativo di matrice mafiosa, sulla base dell'esame della sentenza di condanna[38]. È evidente il contrasto che intercorre tra una tale sfera di attribuzione e il principio di prevedibilità e affidamento come garanzia (anche) del condannato alla luce del disposto di cui agli artt. 6 e 7 CEDU che ben difficilmente può ammettere la dipendenza di un percorso penitenziario di esecuzione della condanna dalla discrezionalità interpretativa (eventualmente anche *in malam partem*) esercitata dal giudice di sorveglianza sulla sentenza di condanna.

3.2. Il profilo soggettivo della "prevedibilità"

Le problematiche sopra delineate hanno concorso a determinare un oggettivo problema di "conoscibilità" e "prevedibilità" in capo all'interessato circa l'esito delle procedure dell'esecuzione che lo vede suo malgrado protagonista. Se ci si pone dal punto di vista soggettivo di colui nei cui confronti si esercita l'esecuzione penale, il problema della "prevedibilità" delle decisioni della magistratura di sorveglianza riguarda anzitutto, le procedure per la concessione dei benefici penitenziari e, segnatamente, le misure alternative alla detenzione. La difficile accessibilità alla giurisprudenza dei tribunali di sorveglianza spesso non consente – come si è già rilevato – l'apprestamento di una linea difensiva coerente con le prassi applicative dei singoli tribunali, note sostanzialmente solo al foro locale. Nei tribunali di maggiori dimensioni e soprattutto negli uffici metropolitani, inoltre, si assiste spesso a significative variabilità delle decisioni in senso più o meno favorevole agli interessati al variare dei collegi giudicanti. Non appare efficace, al proposito, la funzione nomofilattica della Cassazione, poiché la giurisprudenza di legittimità fatica a incidere su decisioni assunte essenzialmente alla luce della valutazione discrezionale degli elementi di fatto che connotano la singola vicenda esecutiva.

In definitiva, non va molto lontano dal vero l'affermazione che i soggetti condannati affrontano il procedimento di sorveglianza per così dire "al buio"

---

[38] Cass. pen., sez. 1, 10 luglio 2019, n. 00473, Iacovelli, inedita, conforme a Cass. pen., sez. 1, 27 giugno 2001, n. 29379, Mammoliti, Rv. 219593; Cass. pen., sez. 1, 11 luglio 2007, n. 34022, Saraceno, Rv. 237295; Cass. pen., sez. 1, 9 aprile 2008, n. 17816, Sanfilippo, Rv. 240005; Cass. sez. 1, 7 gennaio 2010, n. 4091, Dragone, Rv. 246053; Cass. pen., sez. 1, 5 luglio 2013 n. 40043, Parabita, Rv. 257408; Cass. pen., sez. 1, 24 settembre 2013, n. 40394, Russo, Rv. 257603, tutte in *CED Cass.*

e con pochissime informazioni per orientare la propria strategia difensiva sulle migliori coordinate per vedersi concessa una misura alternativa.

Ma è nel momento esecutivo delle misure alternative che il profilo della prevedibilità soggettiva mostra forse il suo lato più critico. In tale fase, invero, una elevata aleatorietà circonda le conseguenze, sul piano giudiziario, dell'eventuale violazione delle prescrizioni da parte del soggetto sottoposto ad una misura alternativa. In assenza di specifici parametri normativi, infatti, è assai ampia la discrezionalità del magistrato di sorveglianza nell'apprezzamento della gravità della violazione commessa dall'interessato, con la conseguenza che un medesimo fatto materiale (tipicamente: il mancato rispetto degli orari di permanenza domiciliare imposti dalle prescrizioni), può comportare – a seconda dei casi – la semplice ammonizione del soggetto, la modifica in senso restrittivo delle prescrizioni o l'avvio della procedura di revoca o sostituzione della misura (art. 51-*ter*, l. n. 354/75), secondo una scala di reazioni alla violazione calibrata dal magistrato di sorveglianza in base a criteri discrezionali che si fondano su prassi elaborate a livello di singolo magistrato o, al più, di singolo ufficio o tribunale (su tali profili v. anche *infra* § 6).

Occorre, inoltre, considerare, alla luce delle più recenti decisioni della Corte europea, la rilevanza del criterio "individualistico" che può influenzare la valutazione della conoscibilità della disciplina normativa e – in ultima analisi – della prevedibilità soggettiva. Il riferimento è a quell'indirizzo della giurisprudenza di Strasburgo che ha valorizzato la dimensione soggettiva della prevedibilità, affermando il principio che quest'ultima va parametrata all'esperienza specifica ed al patrimonio di conoscenza in possesso dell'interessato. I giudici europei hanno, sulla base di tale criterio, escluso la sussistenza della dedotta violazione convenzionale laddove, appunto, le sopra indicate qualità soggettive giustificassero la presunzione di conoscenza della norma dell'ordinamento interno violata, che i ricorrenti deducevano, invece, di non avere potuto, senza loro colpa, conoscere[39]. È importante osservare come il giudice alsaziano parametri la prevedibilità delle conseguenze di una determinata condotta al livello professionale o culturale dell'interessato. Viene da chiedersi quali conseguenze potrebbe importare l'applicazione di un tale principio calato nella realtà del diritto penitenziario e quali oscillazioni potrebbe determinare nella valutazione delle condotte poste in essere dai

[39] Il caso, ricordato anche da E. Addante, *Il principio di prevedibilità,* cit., p. 11, è quello deciso con la sentenza della Corte EDU, 3 maggio 2007, *Custers, Deveaux e Turk c./ Danimarca*, §§ 94 ss. in *http://hudoc.echr.coe.int.*, pronunciata nei confronti di alcuni attivisti di Greenpeace che, essendo stati arrestati durante una manifestazione di protesta presso una base militare, avrebbero dovuto conoscere – e quindi "prevedere" – l'esistenza del divieto di accesso in quelle determinate zone, nonostante ciò non fosse stato previamente segnalato nelle mappe ufficiali.

condannati ammessi alle misure alternative, anche alla luce della circostanza che la Corte EDU ha spesso valorizzato *in malam partem* l'elevato profilo tecnico-professionale del soggetto per trarne una "presunzione di prevedibilità", in forza della quale sull'imputato che il giudice ritenga "esperto" ricade un onere di conoscenza e prudenza particolarmente pregnante, senza tuttavia che siano forniti i criteri per la misurazione di tale qualità soggettiva cui corrisponde un grado di responsabilità così elevato.

Le situazioni che, nell'ambito dell'esecuzione penitenziaria, potrebbero prestarsi ad un giudizio "soggettivistico" sono numerose: basti pensare, per fare solo alcuni esempi, alle possibili conseguenze dell'applicazione di un siffatto criterio valutativo in rapporto alle violazioni di natura disciplinare commesse dai detenuti (che dovrebbero, sulla base di tale parametro, ritenersi condotte ingiustificabili per i detenuti "esperti" mentre potrebbero essere scusate nei confronti dei "nuovi giunti" o dei condannati stranieri ovvero appartenenti a determinate culture o particolari credo religiosi) ovvero alla peculiare valutazione di determinate condotte tenute dai soggetti ammessi a misure alternative quali, ad es., condotte di percosse nei confronti di familiari interpretate – alla luce di particolari tradizioni religiose o culturali – come legittimi "mezzi di correzione"; partecipazione attiva a chat di esaltazione di ideologie violente, intolleranti o razziste; rifiuto di terapie, farmaci o controlli medici fondati su credenze o ideologie e così via).

4. "Oltre ogni ragionevole dubbio"?

La questione della discrezionalità attribuita al giudice di sorveglianza si intreccia con due profili meritevoli di approfondimento: la natura dell'apprezzamento che il magistrato è chiamato a esprimere e la rilevanza del principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio". Si tratta, per vero, di due aspetti strettamente correlati.

Il primo elemento che contraddistingue la giurisdizione della magistratura di sorveglianza rispetto a quella esercitata dal giudice di merito concerne la tipologia di valutazione espressa nell'esercizio delle attribuzioni in materia di concessione dei c.d. benefici penitenziari[40]: uno scrutinio che, essendo proiettato nel futuro e consistendo nel giudizio sulla concreta efficacia risocializzante della misura alternativa richiesta e il rischio di recidiva del

[40] Il riferimento è portato al *core* della c.d. "giurisdizione rieducativa", ma vi sono molti ambiti in cui il giudice di sorveglianza esprime un giudizio che riveste, invece, natura diagnostico-accertativa in materia di liberazione anticipata (art. 54, o.p.), di accertamento della violazione di un diritto fondamentale della persona detenuta o internata (art. 35-*bis*, o.p.) e di accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU a causa delle condizioni materiali di detenzione (art. 35-*ter*, o.p.).

soggetto, è di tipo prognostico e non diagnostico[41]. Tale riconosciuta natura giustifica – secondo l'opinione tradizionale – il minor tasso di certezza che devono rivestire gli elementi istruttori posti dal giudice di sorveglianza a fondamento della decisione sulla concessione dei benefici penitenziari, che concerne non già l'accertamento della colpevolezza "oltre ogni ragionevole dubbio" dell'imputato, bensì la verifica della sussistenza, nel caso di specie, delle condizioni per l'espiazione della pena con modalità diverse da quelle della detenzione ordinaria.

Ne deriva che al procedimento di sorveglianza non si applicano *tout court* i principi in materia di acquisizione e valutazione delle prove stabiliti dalla legge per il processo penale, né quelli sulla ripartizione dell'*onus* probandi[42] e si ammette un mero onere di allegazione a carico dell'interessato

---

[41] «Percorriamo ora in sintesi alcune peculiarità del procedimento di sorveglianza: un procedimento dove non può mai aversi aggravamento della sanzione, ma soltanto concessione di benefici; dove l'oggetto del giudizio è la persona, o meglio la sua trasformazione, avvenuta in corso d'opera o almeno progettata; dove il fondamento della decisione è prognostico; dove all'interessato si richiede un atteggiamento di lealtà e di trasparenza; dove hanno essenziale rilievo i profili di pericolosità; dove è ammesso che si proceda d'ufficio; dove il collegio è composto con un magistrato che ha conoscenza della persona anche prima ed oltre gli atti processuali; dove gli atti vengono acquisiti d'ufficio, anche quando l'istanza è proposta dal condannato e persino quando costui sembra l'unico interessato al buon esito del procedimento […]. Si delinea, attraverso tali caratteristiche, un "diritto penitenziario" ispirato a principi diversi da quelli del diritto penale (sostanziale e processuale). La giurisdizione della sorveglianza agisce in un campo dotato di principi propri. Mi sembra indubbio che siamo fuori dal processo penale disciplinato dai commi terzo, quarto e quinto del nuovo art. 111 Cost.» (G. Tamburino, *Le questioni controverse in tema di esecuzione della pena*, relazione tenuta all'incontro di studio promosso dal C.S.M., Roma 2006, in A. Bodrito, F. Fiorentin, A. Marcheselli, G. Vignera, *Giusto processo e riti speciali*, Giuffrè, 2009, p. 192.

[42] Nel procedimento di sorveglianza non sussiste, infatti, un onere probatorio a carico del soggetto che invochi un provvedimento giurisdizionale favorevole, ma solo un onere di allegazione, cioè il dovere di prospettare e indicare al giudice i fatti sui quali la richiesta si basa, incombendo poi all'autorità giudiziaria il compito di procedere ai relativi accertamenti (Cass. pen., sez. I, 11 novembre 2009, n. 46649, in *CED Cass.*, n. 245512), disponendo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 678, c. 1 e 2, e 666, c. 5, l'acquisizione di tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno, inclusi gli accertamenti compiuti dall'autorità di pubblica sicurezza (Cass. pen., sez. I, 22 novembre 2000, Procopio, in *Cass. pen.* 2002, p. 1751). E, correlativamente, dibattuta la sussistenza di un diritto alla prova della parte privata negata dalla giurisprudenza (Cass. pen., sez. I, 27 aprile 1996, Esposito, in *CED Cass.*), orientata ad affermare che, nel procedimento di sorveglianza, non è deducibile il vizio di mancata assunzione di una prova decisiva ai sensi dell'art. 606, c. 1, lett. *d*), previsto soltanto per il giudizio dibattimentale e non anche per i procedimenti che si svolgono con il rito della camera di consiglio (Cass. pen., sez. I, 1° ottobre 2008, n. 38947, in *CED Cass.*, n. 241309), non essendo applicabili nel procedimento di sorveglianza le norme sulla mancata assunzione di una prova decisiva e sul diritto dell'imputato all'ammissione della prova a discarico sui fatti oggetto di prova a carico (Cass. pen., sez. I, 28 marzo 2008, n. 15605, in *CED Cass.*, n. 240148).

sulle circostanze e sugli elementi a sostegno della domanda; l'istruttoria è perlopiù officiosa ed effettuata dalla cancelleria del giudice e la formazione della "prova" avviene essenzialmente fuori udienza mediante le acquisizioni documentali. Solo nel caso lo ritenga opportuno, il giudice di sorveglianza dispone l'assunzione delle prove nel corso dell'udienza di trattazione, nel rispetto del principio del contraddittorio (art. 185, disp. att. c.p.p.).

Se un minor coefficiente qualitativo del materiale probatorio esigibile ai fini della decisione del giudice di sorveglianza può, forse, giustificarsi in un contesto, quale la giurisdizione rieducativa, non caratterizzato dalla logica *adversary*, seri motivi di perplessità si pongono, invece, qualora si ritenga che i medesimi elementi istruttori possano fondare decisioni che definiscono procedure – pure attribuite alla competenza della magistratura di sorveglianza – connotate, invece, dal rapporto dialettico tra le parti. È emblematico, in questo senso, il caso del procedimento di revoca/sostituzione di una misura alternativa alla detenzione[43].

In questa ipotesi, infatti, all'ordinaria struttura non contenziosa del procedimento di sorveglianza si sostituisce un processo in cui ad una tesi accusatoria – condensata nell'atto di promovimento della procedura di revoca *ex* art. 51-*ter*, o.p. – si contrappone dialetticamente la tesi difensiva dell'interessato. Nel caso del procedimento di revoca, inoltre, il "giudizio sulla persona", tipico del procedimento di sorveglianza, si trova imprescindibilmente connesso a quello sul fatto (la sussistenza, o no, della condotta rimproverabile, tale da risultare incompatibile con la prosecuzione della misura, attribuita all'interessato).

In tale ambito si delinea, dunque, una criticità dell'attuale assetto, che consente di procedere alla revoca/trasformazione *in pejus* della misura alternativa sulla base di meri indizi di colpevolezza circa un reato commesso (es. la denuncia della persona offesa) o sulla scorta di relazioni di servizio delle forze dell'ordine (che segnalino, ad es., violazioni delle prescrizioni da parte dell'ammesso alla misura alternativa) o di altre segnalazioni (es. da parte dell'UEPE o del Ser.d.) di valore sostanzialmente indiziario. In queste ipotesi, il principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", pur non trovando integrale applicazione nel procedimento di sorveglianza, purtuttavia non può che implicare – in quanto espressione dei *giusto processo* – che il tribunale di sorveglianza eserciti, anche nelle forme dell'esame dell'imputato ed eventualmente di altre persone, le più opportune forme di acquisizione/integrazione probatoria in ordine ai fatti su cui si fonda la proposta di revoca della misura alternativa. A ciò si aggiunga che, se alla materia delle misure penitenziarie

---

[43] Analoghe problematiche si pongono in rapporto ai procedimenti per reclamo sulla violazione di diritti, di cui all'art. 35-*bis*, o.p.; ai procedimenti per reclamo avverso l'applicazione di sanzioni disciplinari; alle procedure di riesame della pericolosità sociale in materia di misure di sicurezza, etc.

fosse riconosciuta l'appartenenza a quella medesima *matière pénale* che la Corte di Strasburgo ha evocato con riferimento alle misure di prevenzione con la sentenza *De Tommaso c./ Italia* secondo una lettura che la Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 24/19 ha confermato, sarebbe difficile negare che, anche in rapporto alle misure alternative alla detenzione, debbano trovare piena applicazione i princìpi per cui le relative decisioni non possano essere assunte sulla base di meri indizi o "sospetti" ovvero in base a sentenze non ancora passate in giudicato, valorizzando "principi di prova" privi del necessario riscontro all'esito del contraddittorio tra le parti, ma che sia, invece, necessario che il tasso di certezza della sussistenza e rimproverabilità al soggetto della condotta realizzata sia provato in termini non troppo distanti dall'"oltre ogni ragionevole dubbio".

5. La corrispondenza tra il "chiesto" e il "pronunciato"

La discrezionalità del giudice di sorveglianza può legittimamente spingersi al punto da applicare una misura diversa da quella chiesta dall'interessato? In altri termini, può ammettersi una "decisione a sorpresa" che applichi, *ex officio,* all'interessato un beneficio diverso da quello richiesto nella domanda introduttiva?

L'opinione favorevole è sostenuta dalla considerazione dell'ampio margine di discrezionalità che, nelle materie della sorveglianza, è attribuito al giudice e dal duplice rilievo che, per un verso, l'art. 678 c.p.p. espressamente attribuisce alla magistratura di sorveglianza il potere di intervento *ex officio* nelle materie di competenza e, per l'altro verso, sussiste pur sempre la possibilità, per il condannato, di rinunziare al beneficio eventualmente "sgradito". È, questa, l'opinione della giurisprudenza, secondo il cui orientamento il tribunale di sorveglianza, nell'ambito del suo potere discrezionale, ben può applicare una misura alternativa non richiesta che comunque rientri in quella più ampia oggetto dell'istanza del condannato[44].

Un caso del tutto peculiare è costituito dalla recente innovazione che, nei confronti dei condannati "liberi sospesi", nel caso di pene non superiori a 18 mesi, prevede la possibilità che il giudice relatore, nelle more dell'udienza di trattazione davanti al tribunale di sorveglianza, applichi una delle misure alternative richieste dall'interessato, con ordinanza che diviene esecutiva nel caso di mancata opposizione dell'interessato (art. 678, c. 1-*ter*, o.p.). In questa ipotesi, la discrezionalità del magistrato che concede il beneficio *inaudita parte* è controbilanciata tanto dal fatto che la scelta cadrà comunque su una

[44] Affermando tale principio, la Cassazione ha ritenuto che legittimamente il suddetto tribunale avesse, a fronte di richiesta di affidamento in prova, ammesso il condannato al regime di semilibertà (Cass. pen., sez. I, 19 luglio 1995, n. 3315, Liviotti, in *CED Cass.*).

misura compresa tra quelle richieste dal soggetto, quanto dalla possibilità di provocare, mediante lo strumento dell'opposizione all'ordinanza del magistrato relatore, la decisione del collegio che sostituirà, in ogni caso, quella del relatore[45], in analogia alla disciplina dell'analogo istituto "cautelare" previsto per i condannati in stato di detenzione (art. 47, c. 4, l. 354/75).

6. La discrezionalità nel momento esecutivo delle misure alternative

Con riguardo al momento esecutivo delle misure alternative, si pongono sul piano applicativo delicate questioni con riferimento all'esercizio della discrezionalità giudiziale. Per esigenze di sintesi, si indicano due profili particolarmente importanti per le ricadute concrete che essi comportano sulla vicenda esecutiva.

Il primo aspetto sul quale la discrezionalità del giudice attinge direttamente la sfera soggettiva del condannato è quello della determinazione delle prescrizioni che il soggetto è tenuto a rispettare. In rapporto ad alcune tipologie di benefici il contenuto del corredo prescrizionale è indicato da espresse disposizioni di legge – come accade, ad es., con riferimento ad alcune tipologie di detenzione domiciliare[46]; nel caso dell'affidamento in prova al servizio sociale la disciplina delle prescrizioni è, invece, racchiusa nell'art. 47, l. 354/75, i cui commi 5, 6, e 7 prevedono, quali prescrizioni obbligatorie che il soggetto dovrà seguire, quelle «in ordine ai suoi rapporti con il servizio sociale, alla dimora, alla libertà di locomozione, al divieto di frequentare determinati locali ed al lavoro» (comma 5), mentre sono discrezionalmente applicabili ulteriori prescrizioni che dispongono «che durante tutto o parte del periodo di affidamento in prova il condannato non soggiorni in uno o più comuni, o soggiorni in un comune determinato; in particolare sono stabilite prescrizioni che impediscano al soggetto di svolgere attività o di avere rapporti personali che possono portare al compimento di altri reati» (comma 6). Infine, nel verbale delle prescrizioni «deve anche stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato ed adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare» (comma 7). È, quindi, la disciplina normativa stessa a stabilire *ab initio* che l'esecuzione della pena in regime di affidamento in prova al servizio sociale sia caratterizzata da un nu-

---

[45] Su tali profili, si rinvia a A. Pulvirenti, *commento all'art. 678 c.p.p.*, in F. Fiorentin, F. Siracusano, *L'esecuzione penale*, Giuffrè, 2019*,* pp. 1182 ss.

[46] L'art. 47-*ter,* c. 4, l. n. 354/75, rinvia infatti, per la determinazione delle prescrizioni, all'art. 284 c.p.p. Altre specifiche indicazioni circa il contenuto delle prescrizioni sono inserite nel c. 3 dell'art. 47-*quater,* o.p., in tema di misure in favore dei condannati malati di AIDS o di altre gravi deficienze immunitarie e nel c. 2 dell'art. 47-*quinquies,* della medesima legge, che rinvia al c. 2 dell'art. 284 c.p.p.

cleo di prescrizioni "obbligatorie" e da altre prescrizioni che possono essere, invece, applicate discrezionalmente dal giudice di sorveglianza.

Ma non basta. La prassi dei tribunali di sorveglianza ha visto il proliferare di "modelli" che, pur avendo come punto di partenza l'evocata disposizione dell'art. 47, o.p., sviluppano in realtà corredi prescrizionali spesso assai complessi e articolati nei quali, sono inseriti obblighi di "fare" (tipicamente, l'obbligo di seguire programmi di disintossicazione presso il Ser.d. o l'Alcologia; obblighi di prestare attività di volontariato, obblighi di documentazione periodica della persistenza di determinati *status* o qualità e simili), di "non fare" (molto frequenti sono il divieto dell'utilizzo dei mezzi a motore) e di "pati" (sono ricorrenti nella prassi prescrizioni che impongono controlli periodici dei fluidi corporei per la verifica dell'astinenza dal consumo di alcol o stupefacenti).

Ma v'è di più. È noto che, nel corso dell'esecuzione della misura, le prescrizioni possono essere modificate – in senso ampliativo o restrittivo – dal magistrato di sorveglianza che ha in gestione il beneficio, con esercizio di un ampio margine di discrezionalità e senza obblighi motivazionali particolarmente pregnanti.

È di tutta evidenza che, di fronte ad un tale ventaglio di possibili prescrizioni che possono essere (o che comunque vengono di fatto) imposte ai condannati ammessi all'affidamento in prova al servizio sociale o alla detenzione domiciliare, appare problematico sostenere che, nella loro concreta dimensione applicativa, un sistema così concepito rispetti un sufficiente tasso di omogeneità sul piano esecutivo, pur al netto delle ineliminabili – e financo opportune e necessarie – "customizzazioni" del corredo prescrizionale che si impongono per ragioni intrinsecamente connesse alla finalizzazione rieducativa del beneficio in questione.

7. Giuscreatività e vincolo costituzionale

Un profilo più generale da considerare riflettendo sulla tema della discrezionalità nell'ambito della giurisdizione di sorveglianza riguarda il principio costituzionale iscritto nell'art. 27, c. 3, Cost., che vuole tutte le pene orientate alla rieducazione del reo.

Una lettura sistematica potrebbe suggerire che tale principio funzioni da vincolo costituzionale alla discrezionalità del giudice di sorveglianza, che non sarebbe, secondo questa lettura, piena bensì funzionale alla compiuta realizzazione della vocazione rieducativa dei benefici penitenziari. Seguendo ancora il filo del ragionamento, ci si potrebbe chiedere se tale obiettivo costituzionale dell'esecuzione delle pene possa giustificare letture "evolutive" della normativa e possa o – a questo punto debba – tradursi in un'attività dalle franche caratteristiche nomopoietiche in nome della risocializzazione del condannato, in tutti i casi in cui la normativa presenti delle lacune ovvero

disciplini determinati istituti in termini non conformi alla lettura "costituzionalmente orientata" del giudice.

Alcuni esempi possono aiutare a comprendere i termini concreti della questione.

Primo esempio. A fronte dell'ingravescente problema del sovraffollamento carcerario, antecedentemente alla sentenza *Torreggiani* si erano sviluppati nella giurisprudenza di merito due orientamenti sulla questione della risarcibilità del pregiudizio sofferto dai detenuti per le condizioni materiali di detenzione dovute all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari. Secondo un primo indirizzo, pur in assenza (in allora) di una specifica disposizione normativa, sarebbe stato possibile riconoscere al detenuto il risarcimento del danno sulla base dell'esigenza convenzionale e costituzionale di assicurare un ristoro effettivo al detto pregiudizio[47]. Secondo tale lettura, nel caso del "danno da sovraffollamento penitenziario", viene in rilievo la diretta violazione degli obblighi di natura pattizia (art. 3 CEDU) e dei principi di derivazione costituzionale (art. 27, c. 3, Cost.), nonché delle norme dell'ordinamento penitenziario che salvaguardano la dignità della persona detenuta quale valore non negoziabile né ponderabile con altri, che impongono la tutela risarcitoria del danno eventualmente subìto, tanto nella sua componente patrimoniale quanto in quella non patrimoniale (Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972). Su tale base assiologica, si era affermata la risarcibilità di detto pregiudizio, pur in assenza di una specifica normativa che disciplinasse tale possibilità.

Come aveva notato subito la dottrina, la soluzione prospettata «riflette un diffuso atteggiamento di "attivismo giuridico" volto a supplire il vuoto normativo in materia di effettiva tutela dei diritti dei detenuti»[48].

A tale orientamento si è contrapposto un secondo indirizzo[49], che – con riferimento al contesto ordinamentale antecedente all'introduzione dei rimedi "compensativi" (art. 35-*ter*, o.p.) ha ritenuto inammissibile la richiesta di risarcimento del danno da detenzione contraria all'art. 3 CEDU, veicolata con il procedimento di cui all'art. 14-*ter*, l. n. 354/75, non potendosi ritenere sussistente, nella materia dei diritti dei detenuti, una giurisdizione esclusiva del magistrato di sorveglianza estesa alla possibilità di annullamento del provvedimento amministrativo e di condanna dell'amministrazione penitenziaria al risarcimento del danno. Tale asserto è avvalorato dalla collocazione sistematica della disposizione del c. 5, art. 69, o.p., che appare ispirata alla medesima *ratio* dell'intervento del magistrato di sorveglianza previsto dalla prima parte del medesimo comma 5, in relazione alle violazioni riscontrate nel pro-

---

[47] Uff. Sorv. Lecce, 9 giugno 2011, *Slimani*, in *Cass. pen.*, 1, 2012, pp. 249 ss.

[48] G. Fiorelli, *Reclamo e risarcibilità del danno da trattamento penitenziario: un brusco* dietrofront*,* in *Riv. it. dir. pen. proc.,* 3, 2012, pp. 1216 ss.

[49] Mag. Sorv. Vercelli, ord. 18 aprile 2012, *Rollo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 3, 2012, pp. 1212 e ss., annotata da G. Fiorelli, *Reclamo e risarcibilità*, cit.

gramma di trattamento. L'intervento del magistrato di sorveglianza – per la seconda tesi – è normativamente configurato quale immediato strumento di interdizione in rapporto a situazioni che contrastino con i diritti dei soggetti ristretti, e rappresenta una salvaguardia che va ad aggiungersi, senza peraltro sostituirsi, alla tutela ordinaria assicurata dall'ordinamento a tutti i consociati mediante accesso alla giurisdizione civile, penale ed amministrativa.

La Cassazione, con la sentenza *Vizzari*[50], ha confermato questo secondo orientamento, valorizzando il dato testuale e sistematico alla luce del quale, in materia risarcitoria ed indennitaria, il sistema normativo prevede in via generale la sua attribuzione alla giurisdizione civile. La *summa divisio* tra giurisdizione civile e penale è sancita invero dall'art. 1 c.p.c. e dall'art. 1 c.p.p., cui corrispondono le pertinenti norme del vigente Ordinamento Giudiziario. Da tale presupposto consegue: «non è chi non veda, dunque, che la tesi di una competenza esclusiva della Magistratura di Sorveglianza in ordine ai diritti dei detenuti prova troppo, perché trascinerebbe in tale ambito tante competenze, creando una sorta di tribunale specializzato del detenuto (simile a quello per i Minorenni) il che l'ordinamento di certo non ha voluto»[51]. Prevalenza delle ragioni sistematiche e del dato normativo, quindi, a discapito della lettura "evolutiva" affacciata da un primo indirizzo, peraltro sempre rimasto isolato nella stessa giurisprudenza di merito.

Secondo esempio. L'art. 30, co. 2, o.p., prevede la concedibilità di un permesso ai detenuti e internati con riferimento a tre elementi: il carattere eccezionale della concessione, la particolare gravità dell'evento, l'attinenza del medesimo alla vita familiare. La previsione è interpretata, dalla prevalente giurisprudenza di merito, nel senso che la collocazione sistematica assegna all'istituto la funzione di rimedio utilizzabile in presenza di accadimenti eccezionali nella vita sociofamiliare del detenuto, tendenzialmente circoscritti nel tempo (la dizione normativa utilizza infatti il termine "eventi" e non "situazioni"). Una parte minoritaria della giurisprudenza di merito ha attribuito, invece, alla misura in esame una funzione trattamentale laddove quest'ultima non possa essere "fisiologicamente" soddisfatta nel caso concreto dai permessi premio (ad es. per la maturazione molto lontana nel tempo del requisito temporale previsto dagli artt. 30-*ter* co. 4 co. e 30-*quater,* o.p., oppure esaurimento dei 45 giorni annui stabiliti come tetto massimo dall'art. 30*ter* co. 1, o.p., per i permessi premio)[52]. Il concetto di "gravità" dell'evento,

---

[50] Cass. pen., sez. I, 30 gennaio 2013, n. 4772, Vizzari, in *Dir. pen. cont.* 20 febbraio 2013, con nota di F. Viganò, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza.*

[51] Cass. pen., sez. I, 30 gennaio 2013, n. 4772, Vizzari, cit.

[52] Trib. sorv. Milano, 14 settembre 2005, in *F. ambr.* 05, p. 337, in cui si afferma che i permessi previsti dall'art. 30, c. 2, o.p. possono essere concessi anche per consentire al detenuto di partecipare ad iniziative eccezionali di carattere trattamentale, volte a realizzare finalità rieducative prodromiche al futuro reinserimento sociale. La pronuncia – come quella ri-

inoltre, viene riferito non solo a eventi luttuosi ed a situazioni non strettamente pertinenti alla sfera familiare[53]. La giurisprudenza di legittimità è, sul punto, oscillante, opinando un indirizzo per la soluzione contraria all'evocato orientamento minoritario[54] mentre una seconda giurisprudenza si è espressa favorevolmente in relazione alla domanda di un detenuto di poter fruire di un permesso per assistere alla nascita del figlio, alla luce della funzione rieducativa della pena e dell'esigenza di umanizzazione della stessa che impone di considerare, per un verso, la rilevante incidenza che assumono nella vicenda umana del detenuto «il contatto coi familiari ed il ruolo della famiglia nel contesto interpretativo dei requisiti caratterizzanti l'evento che legittima la concessione del permesso c.d. di necessità» e, per l'altro, la «natura eccezionale ed insostituibile, tale da realizzare un unicum indelebile nella sua esperienza di vita […] dell'evento-parto […] concorrendo a conferire quel carattere di eccezionalità e di inusualità che caratterizza la particolare gravità dell'evento familiare postulata dall'art 30, comma 2,ord.penit.»[55].

Ma occorre anche ricordare casi in cui la giurisprudenza ha operato nel senso di colmare lacune normative *in malam partem,* ritenendo, ad es., applicabile il disposto della sospensione cautelativa di cui all'art.51-*ter,* o.p., all'esecuzione della pena presso il domicilio di cui alla l. 199/10 e agli arresti domiciliari esecutivi di cui all'art. 656 co. 10, c.p.p. anche in assenza di una specifica previsione normativa, materializzatasi solo con la riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018[56].

Negli esempi sopra richiamati, la presenza di una lacuna normativa (nel caso dei "rimedi risarcitori") o di una disposizione il cui testo appariva contrastante con le esigenze del trattamento penitenziario (nel caso del permesso "di necessità") ha spinto alcuni giudici di sorveglianza a intraprendere strade interpretative di natura nomopoietica, offrendo una lettura evolutiva – o meglio – "creativa" del disposto normativo. Nel primo caso, la giurisprudenza di legittimità ha censurato tale attività "giuscreativa", mentre nel secondo vi sono state decisioni altalenanti sebbene la lettura "evolutiva" della disposizione evocata (art. 30, c. 2, o.p.) non abbia fatto presa nella prassi applicativa, restando confinata ad un indirizzo minoritario. Nel terzo caso, il

---

chiamata nella nota successiva – è citata *sub* art. 30 in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario,* cit.

53 Trib. sorv. Milano, 20 febbraio 2006, in *F. ambr.,* 05, p. 468 (fattispecie relativa a permesso accordato al detenuto al fine di consentirgli di partecipare all'inaugurazione della mostra di pittura allestita con le sue opere presso un museo cittadino).

54 Cass. pen., sez. 1, 19 luglio 2017, Zaccagna, *sub* art. 30, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato,* VI, Cedam, in corso di pubblicazione.

55 Cass. pen., sez. I, 26 maggio 2017, Perrone, Rv. 271476, in *CED Cass.*

56 Cfr. la modifica dell'art. 51-*ter,* o.p., intervenuta ad opera dell'art. 5, comma 1, lett. *b)*, d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, su cui v. da ultimo F. Fiorentin, C. Fiorio, *La riforma dell'ordinamento penitenziario – Coll. Le nuove leggi penali,* Giuffrè, 2019, pp. 118 ss.

giudice ha colmato *in malam partem* una lacuna normativa e solo recentemente il legislatore ha recepito il portato giurisprudenziale.

Come insegna il convergente orientamento delle Corti di garanzia, espresso in riferimento al sistema delle misure di prevenzione[57] (non si vede perché non "esportabile" all'ordinamento penitenziario), il ruolo del formante giurisprudenziale è legittimo purché esercitato nei limiti della necessità di integrare un disposto normativo oscuro, in funzione del valore convenzionale e costituzionale costituito dal principio di legalità (declinato nella sua componente della "prevedibilità", nei termini già accennati). Una attività dai tratti esplicitamente giuscreativi potrebbe, inoltre, ammettersi solo se costituita da una linea di giurisprudenza costante e uniforme e sempre che tale attività non trasmodi nella applicazione analogica o estensiva al fine di salvaguardare il principio di legalità formale caratteristico del nostro ordinamento, come di tutti i sistemi di *civil law.*

Tornando al quesito iniziale: potrebbe un'attività "creativa" della giurisprudenza giustificarsi alla luce dell'esigenza di valorizzare pienamente, nella fase esecutiva della pena, il principio rieducativo scolpito nell'art. 27, c. 3, Cost.? Una recente sentenza costituzionale offre alcuni spunti di riflessione.

La Consulta, infatti, con la sentenza n. 149/2018, ha sancito alcuni importanti princìpi tra cui l'assunto per cui l'«imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena» è «*da declinarsi* nella fase esecutiva come *necessità di costante valorizzazione*, da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato durante l'intero arco dell'espiazione della pena» (§7)[58] essendo «ineliminabile» nella fase di esecuzione, dove la sua finalità «deve sempre essere garantita» (§7); la pena, inoltre, deve poter «esplicare in concreto la propria (costituzionalmente necessaria) funzione rieducativa» anche rispetto agli autori dei reati più gravi (§6)[59]. Ciò vuol dire – tra le altre cose – che il governo della fase esecutiva della pena deve essere ispirato alla primazia delle misure alternative rispetto alla detenzione carceraria, che deve configurarsi quale *extrema ratio* dell'ordinamento e che la somministrazione dei benefici penitenziari deve orientar-

---

[57] Cfr. Corte EDU, *De Tommaso c./ Italia* e Corte cost., n. 24/2019, cit.

[58] Corte cost., sent. 11 luglio 2018, n. 149, in *Giur. cost.,* con nota di A. Pugiotto, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018).* Sulla pronuncia v. anche D. Galliani, *La sentenza 149/2018 della Consulta: eguaglianza e rieducazione fanno il trattamento penitenziario, il resto è incostituzionale, in Quad. cost.,* 2018, n. 4, in corso di pubblicazione e F. Siracusano, *Dalla Corte costituzionale un colpo "ben assestato" agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* in corso di pubblicazione.

[59] Sul carattere universalistico del finalismo rieducativo si veda Corte cost. n. 78/2007, annotata da R. Sottanis, *Misure alternative e immigrati clandestini: vale per tutti la logica della rieducazione,* in *Dir. pen. proc.* 2007, pp. 195 ss.

si sul criterio di gradualità in corrispondenza dei progressi trattamentali del condannato.

A quella che è stata indicata come una «illimitata espansione» del principio rieducativo, tale da irraggiare l'intero sistema penale[60] quale *primum movens*, talché «in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena»[61] non può che conseguire, anche (e soprattutto) nei confronti del giudice di sorveglianza, che la Costituzione indica la rotta e detta una corrispondente obbligazione di natura costituzionale: quella, cioè, di adottare una lettura per quanto possibile orientata alla finalizzazione rieducativa della pena e dunque – esemplificativamente – a privilegiare, sussistendo una pluralità di soluzioni interpretative possibili, quella che più favorisce tale obiettivo costituzionalmente assegnato alla esecuzione di tutte le pene.

Tale asserto necessita, tuttavia, di una precisazione: la legittimità dell'attività giuscreativa in nome dell'imperativo rieducativo non può assumere una valenza assoluta. Oltre a quanto si è già segnalato circa i limiti intrinseci assegnati alla *creativité pretorienne*, si deve, altresì, considerare che la finalizzazione risocializzante non può essere perseguita ad ogni costo, e, ipoteticamente, ponendo in pregiudizio altri valori costituzionalmente presidiati quali, in primo luogo, le esigenze di difesa sociale, che vanno, comunque bilanciate con le istanze rieducative. È questo il *memento* di una recentissima sentenza costituzionale[62], che riafferma la piena legittimità dell'esercizio della discrezionalità legislativa tradottosi nell'opzione di irrobustire il "doppio binario penitenziario" dell'art. 4-*bis*, o.p., nel cui ambito trova spazio l'apprezzamento della gravità connessa al titolo di reato per il quale vi è stata condanna, l'allarme sociale che ne consegue e l'oggettiva pericolosità del comportamento descritto dalla fattispecie astratta.

---

[60] P.P. Emanuele, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* in E. D'Orlando, L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale,* Giappichelli, 2009, p. 100.

[61] Corte cost., 26 giugno 1990, n. 313, in *www.cortecostituzionale.it*., che definitivamente valorizza la finalità rieducativa della pena «nel suo contenuto ontologico», ossia «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue», qualificandola come «patrimonio della cultura giuridica europea».

[62] Corte cost., sent. 5 giugno 2019, n. 188, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* con nota di F. Fiorentin, in corso di pubblicazione. La Consulta, con la evocata pronuncia, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis,* c. 1, o.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., dalla Cassazione, «nella parte in cui non esclude dal novero dei reati ostativi, ivi indicati, il reato di cui all'art. 630 cod. pen., ove per lo stesso sia stata riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità, ai sensi della sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2012».

8. Alcune considerazioni in chiusura

Il fatto che, per lungo tempo, il settore della sorveglianza sia stato considerato attività di natura giudiziale o para-giurisdizionale se non proprio, in alcuni specifici ambiti (es. permessi) squisitamente amministrativa, ha reso più facile riconoscere al giudice di sorveglianza un'ampia discrezionalità nell'applicazione dei benefici penitenziari e, più in generale, nel governo della materia penitenziaria.

La progressiva "giurisdizionalizzazione" dell'esecuzione penale ha imposto di riconsiderare questa opinione tradizionale, ponendo in dubbio la pienezza, in precedenza indiscussa, di quella discrezionalità. Se, infatti, quest'ultima resta notevolmente ampia nella valutazione dell'*an* della concessione dei benefici e delle misure alternative alla detenzione, la giurisdizionalizzazione ha determinato l'infusione, nella disciplina dei procedimenti di sorveglianza, dei princìpi del c.d. "giusto processo" ed ha – per così dire – incanalato l'esercizio della discrezionalità del giudice di sorveglianza sui binari di un procedimento presidiato da alcune fondamentali garanzie processuali[63]. Lo sviluppo della giurisprudenza convenzionale e la sempre maggiore compenetrazione tra i plessi ordinamentali ha, infine, determinato l'emergere dei princìpi di matrice europea della "prevedibilità" delle decisioni del giudice e dell'"affidamento" del consociato, anche in relazione alle dinamiche procedimentali dell'esecuzione penale.

A fronte di tali aspetti, la fase dell'esecuzione penitenziaria resta connotata, anche a causa della bassa qualità del *drafting* normativo[64], da una vivace funzione di "supplenza interpretativa" della magistratura di sorveglianza, mossa dalla obiettiva esigenza di colmare vuoti normativi e armonizzare una normativa parcellizzata, priva di coerenza sistematica e spesso formulata in termini vaghi ed eccessivamente generici e – in parte ancora maggiore – motivata dalla aspirazione a tradurre nella prassi applicativa concreta il principio rieducativo di matrice costituzionale. Si osserva, a questo proposito,

---

[63] Come ha giustamente rilevato un'autorevole dottrina, l'ordinamento prevede ulteriori presìdi nei confronti delle possibili tracimazioni dell'attività interpretativa dei giudici: l'estesa possibilità di impugnazione delle decisioni dei giudici di merito, anzitutto, appare già strumento efficace nel rimediare a errori o a correggere abusi. Lo sviluppo delle forme di comunicazione elettronica e il facile accesso ai numerosi portali giuridici consente, inoltre, il controllo della pubblica opinione che si esercita (o dovrebbe esercitarsi) in primis sulla lettura delle motivazioni poste dal giudice alle proprie decisioni (R.G. Conti, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali,* in *Quest. giust.*, 4/2016, pp. 88 ss.).

[64] Emblematico è il già ricordato caso della disposizione dell'art. 35-*ter* o.p., la cui difettosità e lacunosità ha prodotto incertezze applicative e contrasti interpretativi, che hanno molto nuociuto all'effettività del rimedio risarcitorio introdotto in seguito alla sentenza *Torreggiani*.

un'accelerazione forse dovuta anche al diffuso senso di frustrazione per la mancata approvazione di molte proposte contenute nello schema di decreto attuativo della delega penitenziaria proposto dalla Commissione ministeriale "Giostra"[65]. E un tale attivismo sul fronte giuscreativo sembra trovare un fecondo terreno di dialogo con le Corti di vertice che, nell'ultimo biennio, hanno realizzato per via giudiziale alcune importanti proposte di modifica normativa che erano state oggetto della breve stagione riformatrice chiusasi bruscamente sullo scorcio dell'anno passato.

Le ricadute negative dell'entropia giurisprudenziale, in parte ricordate anche nelle notazioni che precedono, non possono tuttavia essere trascurate. A questa criticità deve porsi rimedio ricorrendo ai princìpi elaborati dalle Corti, che costituiscono altrettante sicure *guidelines* per l'interprete.

Il Giudice europeo riconosce, invero, a fronte di un disposto normativo eccessivamente vago e generico, il ruolo "tassativizzante" della giurisprudenza quale riconosciuta fonte del diritto finalizzata a integrare il disposto normativo carente nei plessi estranei alla "materia penale". La Corte europea impone, tuttavia, alcuni controlimiti alla creatività giurisprudenziale costituiti, per un verso, dal divieto apposto all'interpretazione estensiva o analogica e, per l'altro verso, dal principio sancito dall'art. 7 CEDU che vuole la giurisprudenza "creatrice di diritto" connotata dai requisiti della "accessibilità" e della "prevedibilità".

La Corte costituzionale, dal canto suo, attingendo al medesimo patrimonio assiologico elaborato dal giudice convenzionale nella già evocata sentenza *De Tommaso c./ Italia*, ha affermato che, nei settori dell'ordinamento posti "al confine della materia penale", la condizione della prevedibilità può essere soddisfatta anche avvalendosi di una giurisprudenza "costante e uniforme" (Corte cost., sent. 24/2019)[66].

Con riguardo all'attività dei giudici della sorveglianza, tali asserti dovrebbero essere intesi nel senso che il rilevante coefficiente di discrezionalità attribuito al giudice deve intendersi servente rispetto alla chiarificazione e "messa a regime costituzionale" di un tessuto normativo ricco di espressioni flessibili ed "elastiche", coerenti con la peculiarità della materia. Le decisioni della magistratura di sorveglianza dovrebbero, in altri termini, riflettere soluzioni applicative di attento bilanciamento tra le esigenze di difesa sociale e l'obiettivo della risocializzazione dei condannati, la traiettoria ideale disegnata dalla Costituzione.

---

[65] I decreti attuativi della c.d. "delega penitenziaria" (decreti legislativi nn. 122, 123 e 124 del 2 ottobre 2018) hanno solo parzialmente recepito i suggerimenti e le proposte elaborate in seno alla Commissione legislativa "Giostra", la cui organica e complessiva proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario può essere esaminata in Commissione Giostra, *Il progetto di riforma penitenziaria,* NEU, 2019.

[66] M. Cerfeda, *La prevedibilità ai confini,* cit., p. 7.

L'attività più francamente giuspoietica dovrebbe, allora, limitarsi a quei soli casi in cui l'ostinata neghittosità del legislatore (soprattutto quando essa si perpetui nonostante uno o più moniti delle Corti di garanzia) ponga in grave pregiudizio la tutela di quei diritti fondamentali veicolati dalla domanda di giustizia. A quest'ultima, infatti, il giudice deve, comunque, offrire una risposta, in modo tale che essa non si risolva in un *non liquet* ma, al contrario, attui concretamente la tutela di un diritto fondamentale anche in quei casi in cui l'ordinamento vigente, in un dato momento storico, non provveda adeguatamente sotto il profilo degli strumenti normativi a disposizione del giudice stesso.

Nella giurisdizione rieducativa, in particolare, l'esigenza di dare attuazione al precetto costituzionale che impone alle pene l'obiettivo della rieducazione del reo e il *gap* che ancor oggi sussiste tra tale meta e gli strumenti a disposizione del giudice non può far dubitare che la giurisdizione rieducativa non possa arrestarsi di fronte alle carenze della normativa ed ai silenzi (se non proprio alla cattiva volontà) del legislatore. L'attuazione dei principi costituzionali e convenzionali – segnatamente di quelli afferenti alla già ricordata vocazione rieducativa di tutte le pene e quello posto a presidio della dignità umana in particolare – non può, infatti, "arrestarsi di fronte alle porte del carcere"[67].

A questa *impellenza costituzionale* è possibile sovvenire con il costante riferimento ai princìpi che fungono in prima istanza da faro nell'esercizio della discrezionalità del giudice di sorveglianza, chiamato a dare attuazione concreta, nel singolo caso, alla *mission* indicata nella Carta fondamentale e all'obbligo del (di ogni) giudice dell'Unione europea di garantire all'interno dell'ordinamento nazionale in cui opera la piena attuazione del diritto eurounitario e convenzionale.

In tale prospettiva, l'attività ermeneutica del giudice non può apparire – né effettivamente è – "creativa", dal momento che essa, fin dal suo nascere, non è affatto arbitraria bensì saldamente ancorata (e perimetrata) dall'osservanza di quei fondamentali princìpi fondamentali, di matrice costituzionale e convenzionale che, proprio per effetto del costante adeguamento alle mutazioni della società (e del sentire sociale), ricevono continuamente nuova linfa vitale[68].

---

[67] Corte EDU, *GC,* 9 luglio 2013, *Vinter e altri c./ Regno Unito,* ric. nn. 66069/09, 130/10 e 3896/10*,* in *CED Cass.*

[68] «Rimane la necessità che l'attività di garanzia – sul piano costituzionale, convenzionale e del rispetto del diritto Ue – assicurata dalle giurisdizioni interne si mantenga entro la cornice costituzionale, senza alterarla e senza sostituirsi agli organi di direzione politica, ai medesimi sovrapponendosi in modo da aprire la strada al *governo degli uomini*, in contrapposizione al governo delle leggi.» (R.G. Conti, *Il sistema di tutela,* cit., p. 110).

Se dunque «la creatività del giudice […] è il dato di realtà che segna l'elemento maggiormente caratterizzante l'epoca attuale»[69], è necessario ribadire che il ruolo del formante giurisprudenziale in tanto si configura legittimo in quanto sia assistito dalle garanzie della accessibilità e prevedibilità e nella misura in cui intervenga con riferimento ad una base normativa il cui rispetto non può mai venir meno. Tale ultimo profilo, in particolare, se rigorosamente inteso, pare utile "controlimite" a letture "evolutive" che non trovino nella lettera della legge un solido fondamento o, peggio, si pongano in contrasto con questa o con le ragioni di coerenza sistematica della disciplina oggetto di interpretazione.

Ogni "fuga in avanti" che si discosti da tale perimetro – a prescindere dalle motivazioni che la animino – oltre a non costituire linee di giurisprudenza costante e uniforme tali da assolvere ai requisiti fondamentali richiesti dalla Corte EDU e dalla Consulta, induce nel diritto vivente pericolose fratture e contrasti che minano alla radice la prevedibilità delle decisioni dei magistrati e la fiducia dei consociati nella giustizia.

Ancora una volta, in definitiva, la tenuta dell'ordinamento è affidata all'equilibrato uso degli strumenti interpretativi in mano ai giudici e al ruolo di indirizzo sempre più decisivo svolto dalle Corti di garanzia[70].

Bibliografia

Addante E., *Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà*, in *Arch. pen.*, 2, 2019.

Bifulco D., *Il giudice è soggetto soltanto alla legge. Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Jovene, 2006.

Bin R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Angeli editore, 2013.

Cerfeda M., *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle "misure di polizia",* in *Arch. pen.*, 2, 2019.

Commissione Giostra, *Il progetto di riforma penitenziaria*, NEU, 2019.

Conti R.G., *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *Quest. giust.*, 4/2016, pp. 88 ss.

---

[69] V. Manes, *Il giudice nel labirinto,* cit., p. 22.

[70] In chiusura si ricordano, a suggello delle considerazioni che si sono svolte, le parole di G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 1723: «riconoscere la "creatività" giurisprudenziale non vuol dire, infatti, essere disposti ad avallare la discrezionalità interpretativa più spinta e disinvolta; al contrario, il riconoscimento degli ampi margini di "inevitabilità" di tale discrezionalità sollecita un controllo critico il più rigoroso possibile dei metodi interpretativi, delle tecniche argomentative e degli stili di ragionamento che la giurisprudenza utilizza nella prassi».

Crispino S., *Interpretazione conforme al diritto europeo e internazionale in materia penale*, in *Ars interpr.*, 1, 2019, pp. 171 ss.

Della Casa F., Giostra G. (a cura di), *Ordinamento Penitenziario commentato*, Cedam, 2015.

Fiandaca F., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1722 ss.

Fiorentin F., Siracusano F. (a cura di), *L'esecuzione penale*, Giuffrè, 2019.

Galliani D., *I giudici italiani, la dottrina, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Relazione presentata al convegno "Giustizia penale ed economia. Ricordando Giovanni Falcone con Francesca Morvillo e Paolo Borsellino" presso la Corte di Cassazione, Aula Magna, Roma, 22 maggio 2017, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura – Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione.

Manes V.*, Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica Editrice, 2012.

Palazzo F., *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2013, pp. 97 ss.

Pugiotto A., *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva*, in *Giur. cost.*, 4, 2018, pp. 1646 ss.

Viganò F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in AA. VV., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Jovene, 2016, pp. 213 ss.

Zagrebelsky V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. Manes, V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2015, pp. 69 ss.

IL PERCORSO EUROPEO VERSO LA PARI DIGNITÀ SOCIALE. DA AUSCHWITZ ALLA CARTA DI NIZZA ATTRAVERSO LA COSTITUZIONE

di Giovanni Maria Flick

1. Di fronte alla crisi – prima finanziaria, poi economica, ora anche politica e sociale – che investe pesantemente l'Italia come l'Unione Europea, l'impegno europeo può e deve rappresentare una grande risorsa del "patriottismo" italiano e la logica prosecuzione di quest'ultimo e del nostro percorso unitario. Molti si chiedono se l'Europa potrà sopravvivere; manifestano scetticismo sull'euro; prospettano vie d'uscita dalla moneta unica e dall'Unione europea. Ma vale la pena di guardare, al cammino degli ultimi settant'anni di vita europea anche sotto un profilo forse troppo trascurato, rispetto a quello della moneta, dell'economia e del mercato, che oggi più ci preoccupano; ma che non troverebbero adeguata soluzione senza una prospettiva più ampia e di lungo periodo. Il profilo al quale mi riferisco è l'aver posto al centro della convivenza europea – anche se non sempre ce ne rendiamo conto – i diritti fondamentali e la loro tutela: prima, attraverso la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la relativa Corte a Strasburgo, nell'ambito del Consiglio d'Europa; poi, attraverso l'unificazione, lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, richiamata dal Trattato di Lisbona nel 2007. Lo diamo così per scontato da temere, ora, che gli stranieri, gli esclusi, gli immigrati possano insidiarlo: nonostante la tradizione e la cultura dei diritti fondamentali rappresentino il DNA della identità europea; la prima ragion d'essere del suo impegno unitario; il monito e l'eredità vincolanti della shoah e degli orrori di due guerre sul territorio continentale, nei primi cinquanta anni del "secolo breve". L'impegno italiano per l'Europa era già ben presente nelle visioni di Cavour, di Garibaldi e di Mazzini. È stato coltivato con generosità e passione sia dagli italiani padri dell'Europa, come De Gasperi e Spinelli, sia dai loro successori, come Ciampi, Napolitano, l'ex presidente della Commissione Romano Prodi, l'ex commissario Mario Monti. È da sempre presente nelle radici cristiane dell'Italia e dell'Europa, al di là della loro proclamazione ufficiale e del rischio che possano divenire strumento di divisione più che di unione. È un impegno che mira a collegare senza soluzione di continuità l'Italia di ieri, di oggi e di domani, all'Europa; un collegamento reso possibile dalla Costituzione "presbite" del 1948, la quale – con la formulazione dell'art. 11 e poi dell'art. 117 (nella modifica del 2001) – ci ha consentito (a differenza di altri paesi membri) di far proprio l'ordinamento comunitario e poi dell'Unione, senza bisogno di modifiche costituzionali. A tutto questo dobbiamo guardare con fiducia sopratutto oggi, perché l'Europa ha sempre saputo trovare nelle

crisi la forza per proseguire e rinnovare lo slancio del cammino unitario. E senza perdere di vista quanto avviene sulla porta della casa comune: penso al terremoto geopolitico sull'altra sponda del Mediterraneo e agli ulteriori problemi di immigrazione che ne derivano. L'arroccamento dell'Europa e dei suoi stati membri in una inaccettabile "fortezza del benessere" (che forse neppure esiste ai nostri occhi) sarebbe il primo passo verso la fine dell'Europa, ben più di quanto si possa temere dalla crisi economica e finanziaria. Quello europeo è un impegno senza soluzione di continuità nel passaggio dalla cittadinanza nazionale a quella europea, dai valori del patriottismo costituzionale del secondo Risorgimento a quelli del patriottismo europeo. Un "terzo Risorgimento" insomma, dopo quello dell'unificazione e quello della Costituzione. In esso dobbiamo guardare concretamente non più e non soltanto ai diritti particolari del cittadino, ma ai diritti universali dell'uomo; la dignità, la solidarietà, l'eguaglianza e la libertà, in cui si sviluppa la Carta europea dei diritti fondamentali, si legano alla dignità e alla laicità in cui si riassume la nostra Costituzione. Il passaggio da una comunità dell'appartenenza (che può risolversi nell'esclusione) ad una comunità della partecipazione (che mira all'inclusione) si afferma ulteriormente e concretamente, in una prospettiva sovranazionale e globale. Possono sembrare considerazioni lontane dalla realtà, oggi che l'Europa ci appare come la salvatrice che ci prescrive la ricetta per superare la crisi interna (oppure si protegge dal contagio temuto dai partner); oppure come l'invadente badante che ci impone la cura dopo aver amplificato la malattia; oppure ancora come il groviglio della crisi nascente dal conflitto tra paesi sovranisti e tradizionalisti dell'Unione. Credevamo di avere l'influenza, e diamo la colpa alle correnti globali se scopriamo di avere la polmonite. Bastava chiudere la porta! Resta il dubbio che tale semplicistica soluzione sia ispirata più dalla miopia o dall'egoismo. Resta ciò di cui sono convinto più che mai: l'unità europea da raggiungere non è meno importante dell'unità italiana da conservare. Rappresenta la nuova dimensione dell'eguaglianza, delle diversità, della solidarietà, della dignità, della laicità, con cui siamo chiamati a confrontarci in un mondo globale, segnato dalle migrazioni di massa, dal terrorismo globale e glocale, dalle patologie dell'economia e del mercato, dall'evoluzione e dalle insidie della tecnologia, dai problemi dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile: un mondo nel quale possiamo e dobbiamo essere ancora capaci di proporre una testimonianza, come italiani e come europei. Certo, un problema di sovranità esiste; ma non è quello della sovranità perduta dagli stati nazionali e conferita all'Europa, ma di quella ceduta dagli stati nazionali e dall'Europa insieme a chi opera al di fuori dei meccanismi della legittimazione democratica e della responsabilità; una sovranità in pratica perduto dalla politica e dalle istituzioni, nazionali e sovranazionali, momentaneamente timorose di completare un cammino necessario e ineludibile. Nella dimensione globale dell'economia e della finanza troppo poco regolate (non già il contrario) paesi e istituzioni agiscono

come fossero privati sui mercati. Ben ce lo aveva spiegato Tommaso Padoa Schioppa (che vorrei a pieno titolo ricordare tra gli italiani che più hanno contribuito all'euro e all'Europa, della quale fu civil servant a Bruxelles, prima ancora di esserlo nel suo Paese). «Per vent'anni lo spazio tra moneta e Stato europeo è rimasto aperto, anzi si è allargato. Ma quando la crisi, invece di un'impresa o una banca, ha colpito un paese e minacciano l'euro, si è cominciato a capire che non si poteva più fare a meno dello Stato dell'euro. (…) La storia si muove zoppicando nelle contraddizioni, ma alla lunga deve ricongiungere moneta e Stato».

2. La pari dignità sociale, nell'articolo 3 della Costituzione italiana, salda fra loro l'eguaglianza formale (di fronte alla legge) e la parità sostanziale; riassume i princìpi contenuti nella "tavola di valori" della nostra convivenza; manifesta il legame inscindibile fra quei princìpi. La dignità – al di la dei tanti significati che può assumere; alcuni dei quali, non privi di astrattezza e ambiguità – è un ponte per superare contraddizioni, lacune, difficoltà della condizione umana; tutti conosciamo bene – alla luce dell'esperienza europea, storica e di oggi – l'importanza dei ponti, destinati ad unire anziché a dividere, a differenza dei muri. La dignità esprime tensione ideale e grandi potenzialità; ha la capacità di riconoscere le esperienze del passato, senza deludere le aspettative del presente e del futuro. Veniamo da un passato nel quale il riconoscimento e la tutela dei diritti umani erano affidati agli Stati nazionali. Eppure le violazioni di quei diritti sono state reiterate, macroscopiche e devastanti, fino a culminare nella seconda guerra mondiale: le armi di distruzione di massa; il coinvolgimento generalizzato dei civili; la shoah. Per questo, da quel "crogiolo ardente" (come lo definì uno dei padri costituenti, Giuseppe Dossetti) nacquero l'internazionalizzazione del diritto costituzionale, il riconoscimento della persona sulla scena internazionale, la tutela giudiziaria sovranazionale dei diritti umani, l'ingerenza umanitaria. Soprattutto, nacque l'esigenza di affermare la dignità della persona, nelle dichiarazioni sovranazionali e nelle costituzioni nazionali. Viviamo un presente nel quale l'aggressione alla dignità umana – sotto forme nuove, ma sempre uguali – è incombente. Basta guardare alla crisi globale, ai suoi effetti sui livelli individuali e collettivi di povertà e sul diritto-dovere al lavoro, premessa della dignità secondo la nostra Costituzione. Basta guardare ai crescenti assalti all'Europa, "fortezza del benessere", da parte di una immigrazione di massa in fuga dalla fame, dalla sete, dalla guerra. Nel Mediterraneo – al di là dei discorsi sulle forme e i limiti in cui si esercita il diritto degli Stati al respingimento e alla tutela della sicurezza – anche la tradizione europea di accoglienza e sensibilità per i diritti umani rischia di naufragare con i migranti, con le loro speranze e con la loro dignità. Stiamo dimenticando la nostra storia, italiana ed europea; anche ad essa può riferirsi la Bibbia, che – solitamente asciutta ed essenziale nei suoi insegnamenti – proclama invece per ben trentasei volte lo Shemà, la legge d'amore, verso lo straniero: "Non molestare lo

straniero; non fare del male allo straniero, lasciagli un angolo del tuo campo, egli lo spigolerà…tu amerai lo straniero come te stesso poiché tu sei stato straniero in terra d'Egitto". Andiamo verso un futuro di insidie per la dignità, non meno preoccupanti di quelle tradizionali e sempre presenti, come il razzismo e l'intolleranza. Penso agli abusi della rete e nella gestione delle informazioni sensibili; agli eccessi che possono derivare dal progresso della tecnologia scientifica e medica. Il terrorismo globale – massima espressione del disprezzo per i diritti umani – minaccia di essere sempre più coinvolgente e fanatico; ma, in nome della sicurezza e del contrasto al terrorismo, anche la soglia di rispetto dei diritti fondamentali della persona si abbassa sempre più. Leggere il passato, il presente e il futuro attraverso le lenti della dignità, regala margini di speranza, perché consente di cogliere la perenne attualità e la stabilità del suo nucleo fondamentale; ma anche di riflettere sulla moltiplicazione degli ambiti in cui ne viene richiamato il rispetto; di trarre dalla lezione della storia, indicazioni per affrontare le nuove istanze. La dignità contiene l'essenza della condizione umana, la sua immutabilità; ma altresì il suo realizzarsi in una continua evoluzione, il doversi confrontare con sempre nuove possibilità di offesa ed esigenze di tutela.

3. La Dichiarazione universale ci ricorda che «tutti gli esseri umani nascono eguali in dignità e diritti», e come tali hanno diritto e dovere al rispetto reciproco. All'uguaglianza si affiancano immediatamente le differenze oggettive e ineliminabili di cui ciascuno è portatore. Quelle differenze contribuiscono a formare l'identità di ciascuno di noi; sono fonte di arricchimento e di stimolo. Esprimono il pluralismo e il personalismo: valori non meno importanti dell'eguaglianza, affermati dalla nostra Costituzione con pari vigore. In questa logica, il valore della dignità si sviluppa in una triplice prospettiva: individuale, relazionale e di gruppo. Nella prospettiva individuale, la pari dignità esprime il diritto di ciascuno al rispetto da parte degli altri, indipendentemente dalle differenze di cui egli è portatore. Nella prospettiva relazionale, essa esprime la necessità che quelle differenze, sul piano sociale, non diventino fattori di esclusione, di inferiorità e di intolleranza. Nella prospettiva di gruppo, la dignità viene in considerazione soprattutto con riferimento alla posizione delle minoranze e dei loro diritti: tema, quest'ultimo, particolarmente attuale di fronte alle numerose e ricorrenti vicende di intolleranza soprattutto religiosa o razziale, di terrorismo, di violenza. Dunque la dignità – assumendo il significato di un valore ultimo, oggettivo, al vertice della scala dei valori, irrinunciabile e non comprimibile, che esprime la condizione umana – diviene il nucleo essenziale dell'eguaglianza e della non discriminazione. La dignità è un attributo naturale e intrinseco di tutti gli uomini; si riflette in tutte le sfaccettature della vita come valore da tutelare, in sé o nelle sue specifiche proiezioni nei più diversi settori. L'apparente contraddizione tra eguaglianza e diversità si risolve nell'affermazione e nel riconoscimento della pari dignità, come è scritto nell'articolo 3 della nostra

Costituzione: le differenze non possono rappresentare ostacoli insuperabili, ovvero giustificare condizioni di inferiorità, sopraffazione, discriminazione. Gli ostacoli vanno affrontati e rimossi dalla Repubblica (cioè da tutti noi, non solo dalle istituzioni), per consentire la libertà e l'eguaglianza di ciascuno (non solo dei cittadini: delle persone) e il pieno sviluppo della persona umana; per realizzare la pari dignità sociale. In tal modo la dignità fa giustizia della pretesa – troppo frequente – di utilizzarla come pretesto per imporre modelli dominanti, comportamenti e conformismi generalizzati; per non rispettare il diritto di ciascuno alla diversità e al dissenso, in ultima analisi alla sua identità e libertà. Sempre che, beninteso, la libertà si esprima nel rispetto dell'altrui dignità e dei "valori condivisi" (quelli affermati dalla Costituzione), riconosciuti a presidio della civile convivenza. La stretta connessione fra gli articoli 2 e 3 della Costituzione evidenzia un ulteriore aspetto della pari dignità: essa è un ponte (non un muro) fra i diritti inviolabili e i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. L'azione di contrasto agli ostacoli che impediscono la concretezza e l'effettività della pari dignità sociale, si realizza solo mobilitando il valore costituzionale della solidarietà. Quest'ultimo è un valore altrettanto essenziale secondo la nostra Costituzione, la quale attribuisce fondamentale risalto alle "formazioni sociali" ove si svolge la personalità dell'uomo. Assieme alla reciprocità fra diritti e doveri, la solidarietà esprime il bisogno di coesione nella comunità, che trova soddisfazione nell'apporto reciproco, nella socialità, nella solidarietà; e consente di realizzare effettivamente la pari dignità sociale.

4. Se dall'ottica locale e nazionale si passa a quella sovranazionale europea, la dignità riveste un significato altrettanto fondamentale.

Nel preambolo alla Carta di Nizza si riconosce il fondamento dell'Unione Europea nei "valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'eguaglianza e della solidarietà". Al pari della Costituzione tedesca – e a differenza di quella italiana – anche la Carta di Nizza si apre (nel titolo I, all'articolo 1) con il riferimento alla "dignità umana inviolabile", che deve essere rispettata e tutelata. Nel quadro della dignità, la Carta colloca il diritto alla vita, quello all'integrità fisica e psichica della persona, la proibizione delle torture e delle pene inumane e degradanti, la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato. Queste specificazioni hanno una profonda concretezza ed attualità, se solo si pensa al dilagare della pena di morte in certi paesi; alle deformazioni nello sfruttamento dell'informazione (a partire dal "grande fratello" in tutte le sue applicazioni, da quelle di intrattenimento a quelle di controllo totale); alle renditions di sospetti terroristi, ad istituzioni come Guantanamo; al revival della tortura; allo sfruttamento del lavoro minorile e della immigrazione clandestina. Inoltre – accanto alle parti dedicate alla libertà, all'eguaglianza, alla cittadinanza e alla giustizia – la Carta di Nizza si occupa specificamente dei vari aspetti della solidarietà: con riferimento, fra l'altro, alle condizioni e ai diritti del lavoro; alla vita familiare e professionale;

alla sicurezza e assistenza sociale; alla protezione della salute. È una prospettiva, questa, che è strettamente connessa a quella proposta dalla Costituzione italiana con i suoi riferimenti espliciti ed impliciti alla dignità, e con il raccordo inscindibile fra dignità, eguaglianza, libertà, solidarietà e sussidiarietà. Anche per l'Europa, come per la dignità, l'immagine del ponte assume un rilievo essenziale. I successi europei del passato – la storia dei primi settanta anni di unità – si saldano con le sfide del presente e del futuro che ci attende. E per entrambi, successi e sfide, il punto di riferimento essenziale è rappresentato dal richiamo a quei valori, aspirazioni ed ideali – la pace, la centralità della persona e la dignità umana, la democrazia e lo stato di diritto, i diritti fondamentali, la giustizia e la solidarietà – che hanno consentito di inverare l'Europa, per secoli solo una speranza e un'idea. Nonostante le difficoltà, a me sembra importante la svolta che l'Europa va cercando faticosamente di compiere, anche a causa della crisi che ci ha coinvolto tutti e della raggiunta consapevolezza che da quella crisi non si esce certo con protezionismi e soluzioni di tipo soltanto nazionale od arroccandoci nella fortezza europea. Da un passato concentrato sui problemi all'interno dell'area europea, ad un presente e un futuro aperti alle sfide di un'ottica globale: non più un'Europa chiusa soltanto nella ricerca di soluzioni alle proprie difficoltà, ma un'Europa chiamata – e che aspira – ad un ruolo di global player.

È una prospettiva che è resa ancor più urgente, oggi, dagli esiti di una precedente campagna e di un risultato elettorali deludenti per la prospettiva europea: perché sono segnati – certamente non solo, ma purtroppo anche e sempre più in Italia – da astensionismo, disinteresse ed ignoranza per i problemi europei. Sono segnati da prevalenza di logiche e di egoismi esclusivamente nazionali; da malafede o sottovalutazione dei risultati positivi conseguiti; ma anche dalla difficoltà sia di esprimere, sia di comprendere la realtà europea. A quegli esiti segue ora la prospettiva di una campagna elettorale combattuta tra sovranismi, europeismi e status quo, più "politica" che in passato e rivolta soprattutto al "governo" europeo. In essa è prevalente l'apporto delle forze "sovraniste" di destra inseguite con affanno dai partiti tradizionali che sembrano aver rinunciato all'impegno per l'integrazione politica; è una prospettiva segnata ora anche dalle tensioni della Brexit e dalle altre spinte secessioniste.

5. Per cercare di superare queste difficoltà e la "lontananza" dell'Europa dal cuore, prima che dalla mente dei cittadini europei, a me sembra che – come la dignità – anche l'Europa debba sapersi proporre come un ponte fra il passato (i valori che costituiscono il patrimonio storico e culturale e il nucleo duro dell'identità europea), il presente (le sfide della globalizzazione, cui l'Europa deve saper rispondere), il futuro (gli sviluppi di quelle sfide e le risposte dell'Europa attraverso i suoi valori, le sue regole di funzionamento e le sue strutture). La scelta europea – nella sua novità e originalità (una gestione condivisa della sovranità, in luogo di una semplice collaborazione

fra stati) – nacque come ricerca di valori comuni da attuare concretamente, per negare la guerra, la shoah, le esasperazioni dei nazionalismi: mai più un simile passato, di cui dobbiamo conservare la memoria – che è parte essenziale della nostra identità – perché non si ripeta. Fu quella, una scelta che – di fronte ai problemi enormi del presente e più ancora del futuro (l'evoluzione tecnologica; le dimensioni totalizzanti del mercato, del profitto, della informazione; i nuovi conflitti e il terrorismo globale; le sfide dell'energia, dell'ambiente, dell'acqua; e così via) – diventa oggi una necessità. Da ciò la necessità, conseguente, di saper elaborare insieme per il futuro nuove regole e nuove strutture per un'Europa la quale non può più vivere e operare con quelle che si era data all'origine, per quanto si sia cercato con fatica di adeguarle alle sempre nuove sue dimensioni. Non solo un ponte fra il passato, il presente e il futuro; ma anche un ponte fra la diversità e l'unità. Anche sotto questo aspetto è evidente lo stretto legame fra l'Europa e la dignità umana che ne costituisce il DNA., alla luce delle radici – classiche, cristiane e religiose, illuministiche – della sua storia e della sua cultura. L'Europa deve essere unità per non diventare irrilevante; per "contare qualcosa" nelle grandi sfide politiche ed economiche del mondo attuale; per diffondere il suo modello di sviluppo sostanziale, rivolto anch'esso ad un ruolo di mediazione tra valori e interessi, tra uomo e profitto. L'unità tuttavia non può voler significare una assimilazione forzata, una cancellazione delle diversità, un mancato rispetto delle identità nazionali e locali, delle loro peculiarità, della loro dignità, sacrificando la ricchezza derivante dal pluralismo: sempre che, ovviamente, il rispetto delle diversità non sia solo apparente e non si risolva, in realtà, in discriminazione. Per contro, il rispetto della diversità e il diritto ad essa non possono neppure tradursi in un disinteresse o peggio, a livello nazionale, per i valori fondamentali comuni: primi fra tutti quelli della centralità della persona, della sua dignità, dei suoi diritti inviolabili. In altre parole, un'unicità di azione, coniugata con l'autonomia e le diversità che scaturiscono dagli apporti statali, regionali e locali al cammino comune: in un equilibrio di interessi che si esprima attraverso l'idea di una Europa di minoranze, nella quale nessuna di queste possa sopraffare le altre. Una "pedagogia" del passato, ma anche del presente e del futuro dell'Europa; della opportunità, prima, ma della necessità, ora, della scelta europea; della mediazione fra problemi, valori e regole, e fra unità e diversità. È una pedagogia che, a pensarci bene, vale non solo per riflettere sull'Europa e cercare di capirla, per passare dalle parole ai fatti; ma anche per riflettere sulla dignità umana, che rappresenta e deve continuare – sempre di più – a rappresentare la chiave di volta della prospettiva europea come di quella costituzionale nazionale.

6. Una riflessione particolare, in questa "pedagogia" merita la riflessione sulla Shoah. Dopo aver visto Auschwitz e la spianata di Birkenau, è difficile parlare e ragionare di diritti umani: si sente – anche ora, a distanza di sessanta anni – il bisogno di quel silenzio descritto dal Nobel Elie Wiesel

(internato e sopravvissuto) in La notte, e da Primo Levi (il detenuto 174.517) nella testimonianza di Se questo è un uomo. È un bisogno di silenzio che si può cercare di superare – vincendo il pudore dei sentimenti di ciascuno di noi, di fronte a ciò che abbiamo visto ed evocato ad Auschwitz – ricorrendo alla testimonianza di un cittadino polacco, poi anche cittadino italiano e del mondo: Giovanni Paolo II. In visita al campo di sterminio, poco dopo l'ascesa al pontificato, inginocchiandosi di fronte alle lapidi incise nelle diciannove lingue delle vittime – emblematiche di un'Unione europea che anche e forse soprattutto da Auschwitz prende le mosse – Giovanni Paolo II si chiedeva "con paura dove si trovano le frontiere dell'odio, le frontiere della distruzione dell'uomo, le frontiere della crudeltà". E aggiungeva che "questa grande chiamata di Oswiecim, il grido dell'uomo qui martoriato deve portare frutto per l'Europa (e anche per il mondo), bisogna trarre tutte le giuste conseguenze dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo … Bisogna ritornare alla sapienza del vecchio maestro Pawel Wlodkowic, rettore dell'Università Jagellonica a Cracovia, ed assicurare i diritti delle nazioni all'esistenza, alla libertà, all'indipendenza, alla propria cultura e all'onesto sviluppo". Di fronte a questo "Golgota del mondo contemporaneo" – come lo ha definito Giovanni Paolo II, ricordando che in luoghi come questo si è "svelato all'uomo dell'Europa l'altro volto di una civilizzazione che egli era incline a considerare come superiore ad ogni altra" – si può avere il coraggio di parlare di diritti umani? L'insegnamento giovanneo affronta il tema del rapporto fra i diritti umani e la globalizzazione, e delle sue prospettive europee, attraverso l'analisi delle esigenze e dei problemi di una "cultura delle regole" che – di fronte alla globalizzazione, soprattutto dell'economia, ed ai suoi frutti per molti versi nefasti – guardi ai valori della persona, della solidarietà, di una pace che non può esservi senza giustizia. E ciò per evitare che – come purtroppo è stato dimostrato da numerose esperienze del dopoguerra (il Ruanda, la ex-Jugoslavia, il Darfur, per citare solo alcuni esempi) – i frutti perversi della globalizzazione possano generare altre occasioni di odio, di crudeltà, di sterminio e di offesa alla dignità umana, in qualche modo ricollegabile all'atroce esperienza di Auschwitz e al suo "insegnamento". Le premesse che impongono la necessità di un'affermazione dei diritti umani sono riconducibili alle disuguaglianze nel possesso e nel godimento dei beni; alle tensioni economiche e alle disparità di trattamento; all'"autentico scandalo" del contrasto fra la povertà estrema di molti e l'opulenza di pochi: fonti, queste, di minaccia e di violenze ai diritti dell'uomo. L'unica possibile risposta a questa situazione di squilibrio è il riconoscimento, la valorizzazione e la protezione dei diritti umani fondamentali, in quanto fondati tutti - sia quelli civili e politici, che quelli economici, sociali e culturali – sulla dignità della persona e sulla necessità del rispetto di essa. Come ha osservato Benedetto XVI "l'intangibilità della dignità umana dovrebbe diventare il pilastro fondamentale degli ordinamenti etici". Con altrettanta fermezza e concretezza Giovanni Paolo II ha delineato le caratteristiche di giuridicità di quei diritti; il coinvolgimento di una respon-

sabilità comune e di tutti (dai poteri pubblici alla società civile) per il loro rispetto integrale; la loro universalità; nonostante le differenze che possono determinarsi per lo sviluppo di tali diritti nelle diverse culture e non possono tuttavia diventare alibi per il disconoscimento e la violazione di essi. Il profilo dell'universalità dei diritti umani, inoltre, rappresenta – nell'insegnamento del Pontefice – il fondamento di una pace che non può raggiungersi senza giustizia, senza cooperazione, senza la riduzione dei dislivelli nel possesso e nel godimento dei beni, e senza la risoluzione dei grandi problemi attuali del Sud del mondo.

Eguale rilievo riveste la indivisibilità di quei diritti, la loro connessione stretta con i doveri di solidarietà, la necessità della loro promozione e protezione effettive. V'è una evidente sinergia fra queste prospettive e quelle proposte dalla concezione laica dei diritti umani – quale emerge dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 – e dalla riflessione culturale su di essa. La concezione laica si preoccupa più della protezione, dell'effettività e dei contenuti di quei diritti, che non del loro fondamento ultimo: contenuti da intendersi in senso ampio, non soltanto nella enucleazione storica e nella progressiva specificazione di quei diritti; ma soprattutto nella loro tutela e garanzia. La prospettiva laica è certamente positiva nella misura in cui cerca di evitare contrapposizioni ideologiche, privilegiando il pragmatismo; ma forse non chiarisce pienamente il rapporto ineliminabile fra il fondamento e i contenuti dei diritti umani. Si rischia così di ridurre quel fondamento a un postulato politico che si può risolvere nella relativizzazione di essi, se non addirittura nella "solitudine" del diritto moderno e nella sua soggezione alle contingenze, agli interessi, all'arbitrio. Tuttavia, anche grazie all'insegnamento di Giovanni Paolo II, le due diverse concezioni dell'uomo e dei suoi diritti – quella laica dei contenuti; quella cristiana del fondamento – possono trovare oggi un punto se non di incontro, quanto meno di convergenza e di sintonia, senza rinunziare alle loro rispettive premesse. Il terreno comune può essere identificato metafisicamente come la giustizia nella pace e geograficamente, forse, nell'esperienza europea. Nel costruire quest'ultima – come osservava Benedetto XVI – i "padri dell'unificazione europea erano partiti da una fondamentale compatibilità dell'eredità morale del cristianesimo e dell'eredità morale dell'illuminismo".

7. Di fronte alla realtà globale dell'economia, la esigenza di una globalizzazione delle regole non ha trovato ancora soluzione, per la tensione e la lacerazione fra le tendenze contrapposte alla localizzazione e alla espansione. V'è un patrimonio comune e globale, sempre più legato all'emergere di problemi globali che gli ordinamenti giuridici nazionali non sono in grado di risolvere da soli. Ma ad esso si contrappone l'estrema varietà di sistemi giuridici locali. Avvertiamo la necessità di una governance globale, ma siamo consapevoli che il governo globale per realizzarla è un'utopia. E siamo alla ricerca di un dialogo e di una armonizzazione delle regole: questa prospetti-

va mira a raggiungere quella "unità nella diversità", la quale rappresenta proprio il DNA dell'identità e l'obiettivo della unificazione europee. L'esperienza europea è una "realtà di minoranze" in equilibrio fra loro, con una serie di tradizioni, di radici e di valori comuni – fra i quali soprattutto quelli espressi dai diritti umani fondamentali – in condizioni di ragionevole omogeneità. In essa possono essere più agevoli il rapporto fra le regole globali e quelle locali, il dialogo e l'influenza reciproca fra di loro, l'equilibrio fra i protagonisti nazionali e quello sopranazionale. Senza eccessive asimmetrie, superando la crisi del diritto e dello Stato derivata dalla crisi – già tradizionale e fondamentale – della territorialità, che è messa in discussione dalle caratteristiche di virtualità della globalizzazione. Appaiono particolarmente significativi due momenti dell'esperienza e del cammino europeo verso l'unificazione che sono specificamente legati alla valorizzazione dei diritti umani. Il primo di essi, più riduttivo, è rappresentato dal sistema della Convezione europea per la salvaguardia dei diritti umani del 1950, nell'ambito del Consiglio di Europa. Si tratta della prima esperienza di garanzia dell'effettività di quei diritti, attraverso la loro protezione giudiziaria sopranazionale, quanto meno in uno standard europeo minimo comune: ciò mediante la condanna degli Stati che non li rispettino al risarcimento dei danni (e alla rimozione delle cause di violazione), in favore del singolo che ne sia vittima e che può rivolgersi direttamente al giudice sopranazionale. Il secondo momento, di respiro più ampio, è rappresentato dal ruolo dei diritti fondamentali nel processo di unificazione europea, attraverso l'ordinamento comunitario. La attribuzione a quest'ultimo di un'efficacia diretta negli ordinamenti nazionali e di un primato su di essi, richiede necessariamente di salvaguardare anche a livello comunitario i diritti fondamentali: contemperando la tutela comunitaria di essi con le varie tutele – di differente livello, legate alle specifiche identità culturali nazionali – loro accordate dai singoli Stati membri dell'Unione europea. Un simile obiettivo è stato conseguito attraverso una duplice via. Da un lato, prima si è riconosciuto, nel Trattato di Maastricht, l'obbligo per l'ordinamento comunitario di rispettare i principi costituzionali degli Stati membri e della Convenzione europea dei diritti umani; poi si è dotata l'Unione di una propria Carta dei diritti fondamentali. Da un altro lato, si è affidato alla Corte di Giustizia delle Comunità europea – ed al dialogo fra essa e le corti costituzionali nazionali – il compito di elaborare i principi generali e di specificare il contenuto di quei diritti: così da esprimere i valori, gli equilibri e l'identità della comunità non in antagonismo, ma in autonomia e in sinergia rispetto agli Stati membri, in attuazione del criterio della "sovranità condivisa". Questo impegno a realizzare l'unità nella diversità – che esprime l'identità europea – forse aiuta a superare le tensioni e i fattori di divisione connessi alle diverse identità nazionali; a fondare così una cittadinanza europea non contrapposta ma sinergica con quelle nazionali. È un impegno che nasce dalle comuni radici europee storiche, culturali, religiose, illuministiche; si traduce nel passaggio dall'Europa degli interessi e del mercato a quella dei valori, dei

diritti e delle istituzioni. È un passaggio segnato particolarmente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – articolata sui valori di dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia – che esprime, come osserva Benedetto XVI, il tentativo di trovare una via di mezzo fra i nuovi canoni di valori legati alla costruzione dell'Europa economica e i valori classici della tradizione europea.

8. È un cammino, quello europeo per la affermazione dei diritti fondamentali, al quale guarda Giovanni Paolo II, proponendo il suo sogno europeo di un'Europa senza nazionalismi egoistici, con un patrimonio culturale e sociale a servizio di tutti gli uomini. Ad esso guardano anche i suoi successori Benedetto XVI, con la scelta del proprio nome e con il richiamo esplicito del patrimonio di valori qualificanti l'identità dell'Europa; e Francesco I, con il suo richiamo all'Europa che non è una raccolta di numeri o di istituzioni, ma è fatta di persone& una comunità inclusiva…" che deve "essere anzitutto un luogo di dialogo, sincero e costruttivo allo stesso tempo, in cui tutti i protagonisti hanno pari dignità". Proprio il passaggio del testimone dal Pontefice della nazione allora occupata a quello della nazione allora occupante – entrambi i quali, come ricordava Benedetto XVI, «seppure su fronti avversi e in situazioni differenti, hanno dovuto conoscere le barbarie della seconda guerra mondiale» – vale ad esprimere l'augurio, la speranza e, forse un segno concreto del divenire realtà dell'Europa che stiamo costruendo con fatica; accanto al Pontefice polacco il suo successore tedesco. Concludendo, il cammino per la realizzazione dell'unità europea è forse una delle risposte più significative alla domanda che, come tanti, Giovanni Paolo II si poneva all'uscita dal campo di sterminio: "come si può continuare a vivere dopo Auschwitz?"; per soggiungere, subito dopo, egli stesso che "tuttavia noi oggi sappiamo che Auschwitz non è stata la fine". Di fronte alla disperazione di Auschwitz e dopo di essa la speranza dell'Europa: non quella soltanto del mercato comune o unico, del libero scambio, degli interessi economici; ma quella dell'identità comune, fondata sulle centralità della persona, sulla sua dignità, sui diritti fondamentali. È – pur nel dubbio su come concretamente si atteggerà la costruzione europea e su come e cosa sarà l'Europa – una certezza: essa non potrà e non dovrà mai più essere l'Europa di Auschwitz.

ESISTE UN DIRITTO CHE NON SIA UMANO? A PROPOSITO DELLA POSSIBILITÀ DELLA CORTE DI STRASBURGO DI ACCORDARE IL RISARCIMENTO ANCHE QUANDO NON È STATO CHIESTO

di Davide Galliani

1. Il conflitto rappresenta il cuore della democrazia costituzionale pluralista. Non sappiamo se serva più del dialogo e della collaborazione. Diciamo unicamente che il conflitto, ancorché limitato, come ogni cosa giuridica, resta indispensabile. Vale per la società, per la politica e, ovviamente, per i giudici, che appena affermano l'importanza di consolidare un orientamento non mancano comunque di precisare che siffatta esigenza non può condurre al monolitismo giurisprudenziale.

2. Come sempre, a questo proposito, la Corte di Strasburgo stupisce. E come sempre, nel bene e nel male. Fin qui niente di nuovo. A volte, tuttavia, i casi della vita lasciano i commentatori letteralmente senza parole, quasi incapaci di prendere una qualche posizione. Eppure, il diritto è una scienza pratica. E i giudici non hanno il privilegio della dottrina, quello di potersi limitare a sollevare dubbi, senza scioglierli.

Il giudice quindi deve decidere o meglio dovrebbe limitarsi a rispondere a ciò che gli viene chiesto. Poi serve la conoscenza del diritto, l'imparzialità e via dicendo. Prima di tutto però il giudice deve avere contezza dei propri limiti, uno dei più rilevanti appunto il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Che è un principio la cui rilevanza non deve mai essere sottaciuta. Come ha scritto Jeremy Waldron, pronunciarsi sul chiesto significa assumere una precisa idea a fondamento dell'intero sistema giuridico, vale a dire l'idea che il diritto è un modo di governare le persone trattandole con rispetto. Del resto, è questa la stessa idea di chi vuole prendere i diritti sul serio, se è vero che alla base della riflessione di Ronald Dworkin vi è un diritto più fondamentale di tutti gli altri, assiologico, ossia l'eguale considerazione e il rispetto che meritano tutti gli esseri umani.

È questa in fin dei conti anche la funzione più recondita dell'obbligo di motivazione, il rendere palese che il giudice tratta la persona come un essere umano, dando direttamente dignità alla propria funzione e indirettamente allo stesso destinatario della sua pronuncia. Motivare significa ritenere capaci le persone di interloquire, porsi sullo stesso piano. Poi seguono le altre funzioni – rispetto all'impugnazione, alla responsabilità verso la collettività, al limitare l'errore giudiziario – ma il nocciolo duro dell'obbligo di motivazione ruota attorno al concetto di dignità nello svolgimento della funzione giurisdizionale, che significa anche dignità delle persone che vi sono sotto-

poste. E se nell'attuale momento vi sono due aspetti sui quali sarebbe opportuno insistere, rinsaldarne o scoprirne le basi costituzionali, questi sono proprio l'obbligo di motivazione e il chiesto-pronunciato, tutto tranne che meri aspetti procedurali.

3. Tuttavia, almeno nel mondo del diritto, non esistono istituti o concetti che non abbiano dei limiti. Non sarebbero giuridici, non apparterebbero al diritto, che è limite. Allora, così come l'obbligo di motivazione, anche il chiesto-pronunciato incontra delle limitazioni. Che non sono la "voglia" del giudice di decidere piuttosto che rispondere, che non sono le "esternazioni" delle quali sono piene le sentenze (e non importa siano condivisibili), ma dipendono da altri fattori, alcuni virtuosi. Tra questi, uno importa mettere in risalto: l'umanità insita in ciascun essere umano. Non è il senso di giustizia, poiché questo deve cedere di fronte alla certezza. È qualcosa di diverso, di più profondo: sono "solo" quei casi straordinari ed eccezionali che permettono a volte alla giustizia di avere la prevalenza sulla certezza. Non esistono confini stabili, quello che appare importante è sottolineare che in casi eccezionali l'umanità può addirittura "sconfiggere" il chiesto-pronunciato, pur essendo questo interpretabile proprio a garanzia di ogni essere umano.

4. Esattamente così è accaduto in *Nagmetov v. Russia* deciso dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo il 30 marzo 2017. Il signor Nagmetov ricorre a Strasburgo perché suo figlio Murad, durante una manifestazione in Russia, è stato ucciso dal lancio di un lacrimogeno da parte della polizia. A livello interno non è stata fatta alcuna chiarezza sull'accaduto. Le attività investigative sono state aperte e chiuse più di una volta e a un certo punto si è messa la parola fine poiché era sparito il lacrimogeno che aveva causato la morte. La Corte di Strasburgo prende una chiarissima posizione, identica sia nel giudizio della Prima Sezione sia nella decisione della Grande Camera. All'unanimità i giudici riscontrano una violazione, procedurale e sostanziale, dell'art. 2 della Convenzione. Fino a qui, tutto bene. Questa è la Corte di Strasburgo!

Il problema è un altro. Il ricorrente non ha mai quantificato l'ammontare del risarcimento per i danni *non-pecuniary*, nonostante la Corte durante la procedura abbia invece chiesto di specificarlo. Perché il ricorrente non ha mai avanzato una somma anche indicativa, che poi la Corte poteva meglio considerare, riservando attenzione all'opinione della parte resistente?

La risposta è incredibile, sconcertante e allo stesso tempo semplice: non è stato possibile in alcun modo quantificare, in termini monetari, la perdita del proprio figlio. Così ha sostenuto il signor Nagmetov. La Camera all'unanimità decide di corrispondere 50.000 euro come risarcimento. La Grande Camera (il *referral* è stato chiesto dal Governo), quattordici voti contro tre, conferma la scelta della Camera. Tra i giudici dissenzienti, il Presidente della Corte.

5. Ecco sparsi solo alcuni dei problemi che una tale decisione implica.

A) Il mancato rispetto del principio di corrispondenza, che la Corte chiama il *ne ultra petitum*. Attenzione però: se vi è una corte al mondo entro la quale non hanno alcuna cittadinanza i dogmi questa è la Corte di Strasburgo, quindi serve ricordare che questa Corte può riqualificare una doglianza, al fine di assicurare giusta giustizia. Comunque sia, nel caso di specie, sul risarcimento non vi è "rimodellamento": in *Nagmetov* non vi è alcun chiesto e il motivo lo abbiamo detto. Si parte da zero, dal niente, da un non chiesto. La Corte, pertanto, almeno da un punto di vista formale, si pronuncia letteralmente su qualcosa che non è stato chiesto.

B) La ragionevole durata del processo. La congiunta opinione dissenziente stima in circa dodici-diciotto mesi il tempo necessario per una ponderata valutazione riguardante l'ammontare del risarcimento nel caso in cui si debba partire da zero. Non solo. Dovendosi *de facto* spezzare in due la decisione, una sulla violazione e una sul risarcimento, il rischio è anche di dover utilizzare risorse che potrebbero invero essere utilizzate per lo "smaltimento" dell'arretrato. In ogni caso, sostengono i tre giudici dissenzienti, tra i quali ripetiamo il Presidente, il Bilancio della Corte non è certo illimitato.

Aggiungiamo solo una chiosa a queste argomentazioni. La Grande Europa, come la Piccola Europa, a volte sono utili per difendersi dall'erompere delle logiche economicistiche ed efficientistiche proprie di altre culture giuridiche, altre volte, invece, non fanno altro che inglobarle, le esprimono, ne sono addirittura i "campioni", con tutte le conseguenze del caso. In pochissime parole: cosa ci restituirà l'abito che indossiamo con troppa disinvoltura, grazie al quale parametriamo in termini quantitativi ciò che abbiamo fino a poco tempo fa valutato in senso qualitativo? Dopo le leggi, è arrivato il momento delle sentenze, da intendersi al pari di "prodotti" di una procedura che deve soddisfare anche requisiti di efficientismo. Una catena di montaggio che rischia di radere al suolo non poche garanzie conquistate nel tempo a difesa principalmente delle persone poco facoltose. Il neoliberalismo applicato alla giustizia sta avendo effetti devastanti, come dimostrato in modo chiarissimo da Antoine Garapon.

C) Il valore dei precedenti, in un duplice senso, guardando al passato e al futuro. Nel primo senso, la giurisprudenza maggioritaria precedente della Corte aveva assunto una posizione chiara sui ricorsi nei quali non vi era indicazione di alcun ammontare del risarcimento: se non è chiesto, non vi è pronuncia. È vero però che non sono mancate soluzioni differenti, basate sulle circostanze eccezionali dei casi: si è ritenuto sufficiente ad esempio che il ricorrente si esprimesse nel senso di desiderare un risarcimento, anche senza quantificarlo (fermo ovviamente il nesso causale tra violazione e risarcimento). Da questo punto di vista, il problema principale è il seguente: l'esclusione del contraddittorio con la parte resistente e più in generale l'assenza di contraddittorio nella procedura. Di norma, il ricorrente quantifica il risarcimento, la parte resistente ne è informata, formula le proprie valutazio-

ni, la Corte infine decide. Nel caso di assenza di quantificazione, vi è anche assenza di contraddittorio. Se la Corte decide *motu proprio*, il contraddittorio è inesistente. In effetti, in *Nagmetov* il problema è evidente: che questo caso non sia in perfetta linea con i precedenti è fuori discussione. Quanto al futuro di *Nagmetov*, che la Corte sia in grado o possa confermarlo è sicuramente dubbio. Dipenderà da molti aspetti, soprattutto dal verificarsi di un caso particolarmente "utile" per ritornare sulla questione, che avrà certamente una prospettiva di consolidamento molto complicata, come quasi sempre del resto quando si ragiona della Corte di Strasburgo.

Ecco quindi un altro aspetto che questa decisione permette di evidenziare: tra tutti i modi con i quali regolare il traffico giurisprudenziale sull'asse Strasburgo-Italia, in effetti, il riferimento alla giurisprudenza consolidata è forse quello che appare meno persuasivo, di certo aiuta poco se lo scopo è quello di fare un poco di ordine, scopo che a nessuno può apparire oggi di secondaria importanza.

D) Vi è poi una complicazione riguardante i poteri della stessa Corte. A oggi, l'unica corte internazionale che può decidere *motu proprio* di accordare il risarcimento è la Corte penale internazionale e questo però avviene pur sempre basandosi su un'esplicita e dettagliata previsione del suo Statuto (art. 75). A questo riguardo, serve anche aggiungere che la Corte di Strasburgo è invece l'unica corte internazionale che può autonomamente adottare e modificare le proprie Regole di procedura. In effetti, il "rimprovero" alla maggioranza da parte dei giudici dissenzienti non è irragionevole: se si vogliono modificare le *Rules,* il luogo adatto non è una sentenza, ma la *plenary* della Corte. Non diciassette ma quarantasette giudici, dopo attenta e calibrata valutazione, sganciata dal caso da decidere. Una sorta di difesa della procedura al quadrato: di quella prevista nelle *Rules* e di quella per modificarle.

E) Che dire della certezza del diritto? L'eguaglianza, con quanto deciso in *Nagmetov*, è sotto una pressione incredibile. Non sarebbe certo facile immaginare delle "tabelle" utili al giudice di Strasburgo per garantire maggiore certezza. I casi sono talmente diversi tra loro che siffatta ipotetica tabella difficilmente potrebbe mai vedere la luce, fermo che, sempre la si voglia adottare, non risolverebbe il fondo del problema, poiché la vera questione è l'assenza di richiesta e non tanto la maggiore o minore entità del risarcimento.

F) Infine, il tema dell'importanza delle regole di procedura, in altri termini del valore delle procedure rispetto alla sostanza. Se sulla procedura bisogna essere inflessibili, per poter essere flessibili sulla sostanza, allora questo caso è particolarmente complicato. La sostanza è la conoscenza del diritto, l'imparzialità, in una parola la capacità (come sostiene Aharon Barack) di ben giudicare (di ben pronunciarsi). Implica e non esclude flessibilità, capacità di adattamento, di comprensione, di individualizzazione. La procedura invece è altro. Non è il merito, è il metodo e deve essere inflessibile, poiché è l'unica garanzia per giungere a una decisione relativamente giusta. Vero che procedura e sostanza non sono due cose nettamente distinguibili, ma una

decisione adottata al di fuori delle regole procedurali non potrà mai essere giusta. Poi dipenderà dalla bontà delle regole, ovvio. Ma una volta poste, certo non mancano gli spazi per fare giustizia, nel rispetto delle regole.

6. Torniamo quindi alla domanda posta nel titolo di queste riflessioni. Esiste un diritto che non sia umano? Si può sostenere, come fanno i giudici dissenzienti in *Nagmetov*, che da un punto di vista umano sono d'accordo con il risarcimento ma da un punto di vista giuridico invece no? Questo è il cuore del problema, in un caso che davvero non sembra avere una sola soluzione nonostante si sia alla presenza di regole. Aiuta l'eccezionalità del caso specifico per garantire la "vittoria" dell'umanità sul diritto? Come dare torto al ricorrente quando sostiene che la vita di suo figlio non è quantificabile in termini monetari e per questo non ha chiesto il risarcimento? Possiamo sostenere che allora per questo al ricorrente è giusto non accordarlo? O, invece, il giudice lo comprende, ne capisce la sincerità e -pur andando oltre il chiesto-pronunciato, creando incertezza e possibile futura diseguaglianza, correndo i rischi di accrescere l'arretrato di casi e via dicendo – e decide per lui quanto non è stato in grado di chiedere? Un caso del genere è in grado di attirare una quantità non indifferente di questioni problematiche. Alla fine, tuttavia, sarebbe questa la domanda alla quale si dovrebbe tentare di rispondere: esiste un diritto che non sia umano?

7. L'esperienza potrebbe contribuire a diradare almeno qualche problema. Esperienza intesa come storia, insegnamento che il passato recapita al presente. E allora: sono proprio i casi nei quali si vuole rendere giustizia a tutti i costi quelli che sono poi "facilmente" dimenticati perché sovrastati da altri nei quali le soluzioni sono più "in linea" con le previsioni scritte. Se rimangono "in piedi" è proprio perché sono davvero eccezionali. Di norma, sono invece "schiacciati" dallo scorrere della giurisprudenza che giustamente deve applicare una legge, anche se conduce a ingiustizia. Se rimangono "in piedi", comunque, servono a ricordare che progresso in definitiva verso un mondo migliore dipende certamente dall'eguaglianza, dalla certezza, dalla prevedibilità, ma anche in alcune circostanze dal coraggio e dall'intraprendenza di chi è andato contro ogni regola pur di garantire giustizia in un caso eccezionale. In definitiva, l'esperienza insegna pertanto di utilizzare cautela, particolare cautela, la famosa *giuris-prudenza*.

Il giudice, non di meno, ha connaturato nella sua funzione oneri e onori. Il dover decidere (il dover rispondere) è questo: un onere e un onore. Nel caso del quale abbiamo discusso ha deciso di decidere. Non difficile immaginare che altre corti si sarebbero trincerate dietro alla "maledetta" e "utilissima" procedura, decidendo di non decidere. Alla Corte di Strasburgo di conseguenza va riconosciuto almeno il coraggio. Ma non basta, anche a voler aggiungere la duplice constatazione unanime di violazione dell'art. 2 della Convenzione. Il problema è il risarcimento, vale a dire la possibilità di

scindere la considerazione sull'umanità della scelta di accordarlo da quella sulla sua legalità.

Possiamo terminare le nostre riflessioni limitandoci a sollevare dubbi? Forse dovremmo, ma il giudice e le parti di un processo dialogano con la dottrina. Anche quando non lo fanno, ne sono comunque influenzati. Se non si scorda che in una vera democrazia pluralista nessuno ha il diritto di avere l'ultima parola, allora si tratta di meglio considerare che la dottrina serve non solo per sollevare dubbi, ma anche per prospettare soluzioni.

Il signor Nagmetov, rivolgendosi alla Corte di Strasburgo, ha fatto quello che molti avrebbero fatto. Non tutti, ma molti. Ha compiuto semplicemente un atto umano. Non trovando alcuna soddisfazione interna, ha cercato il famoso giudice di Berlino, trovandolo a Strasburgo. Questo giudice non sappiamo se abbia veramente appagato il ricorrente. Forse sarebbe bastata la dichiarazione di violazione, forse no. Difficilissimo dire il senso dei 50.000 euro. È questa però l'ottica giusta per guardare alla decisione della Corte di Strasburgo: ha risposto, sostanzialmente, a quanto gli è stato chiesto? Si.

Quando il ricorrente dice di non sapere come quantificare in termini monetari la perdita del proprio figlio, in fin dei conti, sta dicendo ai giudici: "pensateci voi, questo è ciò che vi chiedo". La Corte all'unanimità ha dichiarato la violazione. Ad ampia maggioranza ha valutato lei quello che il ricorrente non è stato in grado di quantificare. Ha piegato a fin di bene i suoi precedenti, ha molto forzato, per giungere all'obbiettivo, chiare regole procedurali, ha messo a futuro repentaglio, sempre con cognizione di causa, il suo Bilancio e lo "smaltimento" dell'arretrato e quanto altro, pur di garantire un qualche soddisfacimento al ricorrente.

8. Soprattutto la decisione della Corte ci ha ricordato che un diritto non umano è una contraddizione in termini e che l'unico modo ancora oggi possibile per rispondere è l'argomentazione e quindi per un giudice la motivazione delle decisioni, nelle quali si può pur sempre scrivere solo ciò che è dicibile, appunto che, in alcuni casi eccezionali, può essere l'umanità a prevalere, se si vuole la giusta giustizia, che tanta ne ha diffusa la Corte di Strasburgo, verrebbe da dire, a proposito, costi quel che costi. Poi si potrà discutere sulla "solita storia" del governo dei giudici, sul pendolo che si è spostato dalla parte dei giudici e altro ancora. Tuttavia, i diritti sono diritti e se le autorità russe invece di far sparire il lacrimogeno avessero fatto il loro mestiere magari non avremmo nemmeno scritto una riga sul potere dei giudici. Ben vengano più voci. La democrazia ne esce vittoriosa.

Non esiste un'unica soluzione ai formidabili problemi che questo caso solleva, ma di certo il nostro signor Nagmetov chiedeva che qualcuno potesse comprendere il suo strazio. Chiedeva una cosa elementare, all'ultimo organo in Europa che lo avrebbe potuto comprendere. A volte si rimane fermi ai dogmi "sacri", come se il diritto fosse veramente una cosa diversa dal fatto, come se esistesse uno *ius constitutionis* a parte rispetto allo *ius litigatoris*,

come se il giudizio astratto fosse realmente distaccato da quello concreto. In modo provocatorio, potremmo domandarci chi racconta queste artificiali distinzioni al signor Nagmetov…

Tutto al giorno d'oggi è misurabile quantitativamente, poco è rimasto al valutare qualitativamente. Non sono importanti i 50.000 euro accordati al ricorrente, questo è evidentissimo. I primi a saperlo sono i giudici di Strasburgo. Che quindi hanno voluto comunicare qualche cosa di diverso: infiliamo gli uni le scarpe degli altri, impariamo a camminare con le scarpe altrui. Hanno dato fiato al principio più universale che possa esistere: essere noi stessi il cambiamento del mondo che vorremmo vedere. Poi ci si può (anzi ci si deve) interrogare, serve riflettere, discutere di certezza e giustizia, di prevedibilità, di rispondere e di decidere, del senso sempre più umano e quindi costituzionale e convenzionale che deve assumere l'obbligo di motivazione, dell'importanza del consolidamento giurisprudenziale. Ma intanto il mondo avanza, grazie ai giudici, a quelli coraggiosi, a quelli di questa Europa che sembra oramai vada stretta a chiunque, ben disposto a discorrere di controlimiti, quasi propenso a sostenere che in fondo a noi "italiani" della Corte di Strasburgo interessano solo i casi che riguardano il "nostro" paese e via dicendo, con una sfilza di egoismi che altro non sono in effetti ciò che contraddistingue la società, la politica, il nostro tempo. Stiamo quasi arrivando a dire ai giudici europei di essere più italiani, quando è evidente che dovrebbe essere il contrario.

9. Uno dei precedenti più interessanti con il quale confrontare *Nagmetov* è sicuramente *Lallement v. Francia*, deciso dalla Terza Sezione nel merito l'11 aprile 2002, mentre sull'equa soddisfazione il 12 giugno 2003. Riteniamo rappresentativa della complessità del problema affrontato in questo scritto la posizione assunta da Jean-Paul Costa, che vota con la maggioranza (in entrambi i casi), anche se, nella sua opinione concorrente nella decisione sul merito, fa perfettamente intendere le sue perplessità, che alla fine "vince" con questa affermazione: «tenendo conto dell'aspetto umano della vicenda, mi è sembrato allora che l'aggravio imposto al signor Lallement e alla sua famiglia, anche per la natura non negoziabile dell'indennizzo percepito, possa essere qualificato esorbitante – e in fin dei conti non mi turba (*choque*, ndr) affatto che una corte dei diritti dell'uomo non faccia unicamente del diritto "puro"».

Aveva ragione quello che sarebbe diventato il Presidente della Corte. Non può sconvolgere se una corte dei diritti umani ogni tanto afferma che non esiste un diritto che non sia umano.

LA PENA NELL'ERA DELLA 'CRIMMIGRATION': TRA EUROPA E STATI UNITI

di Gian Luigi Gatta

SOMMARIO: 1. '*Crimmigration*'. Ovvero, la criminalizzazione del diritto dell'immigrazione: tre strategie. – 2. Prima strategia: conseguenze penalistiche per violazioni del diritto dell'immigrazione. – 2.1. In Europa. – 2.2. Negli Stati Uniti. – 3. Seconda strategia: conseguenze di diritto dell'immigrazione connesse a condanne penali. – 3.1. In Europa. – 3.2. Negli Stati Uniti. – 4. Terza strategia: ricorso a misure e procedure di tipo penalistico nell'ambito del diritto dell'immigrazione. – 4.1. In Europa. – 4.2. Negli Stati Uniti. – 5. Conclusione: un problema di garanzie e di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, ai confini del diritto penale. Ovvero, del divieto di importare dal diritto penale tecniche e strumenti di tutela dei beni giuridici senza equivalenti garanzie sostanziali e procedurali.

1. 'Crimmigration'. Ovvero, la criminalizzazione del diritto dell'immigrazione: tre strategie

Con l'espressione '*crimmigration*', introdotta in letteratura nel 2006 da una studiosa statunitense[1], ed oggi assai diffusa a livello internazionale, si fa riferimento alla sovrapposizione (*overlap*) o, addirittura alla fusione (*merger*) tra diritto penale e diritto dell'immigrazione. Studiosi di paesi diversi hanno infatti individuato, in particolare negli ultimi venti anni, un *trend* politico diretto alla "*criminalizzazione del diritto dell'immigrazione*" (*criminalization of immigration law*)[2]. Nella letteratura statunitense, che ha particolarmente

---

[1] J. STUMPF, *The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power*, in *American University Law Review*, 2006, 367 s.

[2] La letteratura è molto ampia. Per uno sguardo d'insieme possono risultare utili, quanto agli Stati Uniti, oltre al già citato lavoro di Stumpf, K. R. JOHNSON, R. ALDANA, B. O. HING, L. M. SAUCEDO, E. TRUCIOS-HAYNES, *Understanding immigration law*, II ed., LexisNexis, 2017, 547 s.; J. M. CHACON, *Managing migration through crime*, in *Columbia Law Review Sidebar*, 2009, 135 s.; A. M. MCLEOD, *The U.S. criminal-immigration convergence and its possible undoing*, in *American Criminal Law Review*, 2012, 105 s.; C. CUAUHTÉMOC GARCÍA HERNÁNDEZ, *Creating crimmigration*, in *Brigham Young University Law Review*, 2013, 1457 s.; Y. VÁZQUEZ, *Crimmigration: the missing piece of criminal justice reform*, in *University of Richmond Law Review*, 2017, 1093 s.; J. A. DOWLING, J. X. INDA, *Governing Immigration Through Crime. A reader*, Stanford Social Sciences, 2013. Quanto all'Unione Europea v., anche per ulteriori riferimenti, V. MITSILEGAS, *The criminalisation of migration in Europe, Challenges for human rights and the rule of law*, Springer, 2015; A. MAARTJE, J. VAN DER WOUDE, J. P. VAN DER LEUN, J. A. NIJLAND, *Crimmigration in the Netherlands*, in *Law & Social Inquiry*, 2014, 560 s. Nella prospettiva internazionale, sotto diverse angolazioni, v. i contributi pubblicati in K. FRANKO AAS, M. BOSWORTH (a cura di), *The borders of punishment*, 2013. In Italia il fenomeno è stato in particolare oggetto di attenzioni da parte della dottrina penalistica a seguito delle riforme che, circa dieci anni fa, introdussero l'aggravante

indagato il fenomeno, vi è chi ha il merito di averlo sistematizzato individuando *tre diverse ma convergenti strategie politico-criminali*[3]:

previsione di conseguenze penalistiche per violazioni del diritto dell'immigrazione (*criminal law consequencies for immigration law violations*);

previsione di conseguenze amministrativistiche (di diritto dell'immigrazione) connesse a condanne penali (*immigration law consequencies to criminal convictions*);

ricorso a misure privative o limitative della libertà personale di tipo penalistico, e a correlate procedure, nell'ambito del diritto dell'immigrazione (*criminal-type tools and procedures for immigration law violations*).

Pur nel contesto di ordinamenti giuridici diversi – e di altrettanto diversi fenomeni migratori e correlate problematiche politiche, economiche e sociali – la *crimmigration*, su scala internazionale, ha come esito l'istituzione di *un sistema giuridico parallelo*: un ibrido di diritto penale e di diritto amministrativo/dell'immigrazione, affine al sistema della giustizia penale nelle logiche e nei meccanismi di fondo, ma ad esso formalmente estraneo[4]. Come ha osservato Juliet Stumpf[5], si tratta, al pari di quello penale, di un sistema che è espressione massima del potere sovrano dello Stato nei rapporti con l'individuo; un sistema teso al *controllo sociale* e all'*esclusione* di coloro che, sulla base di scelte politiche, risultano indesiderati. La prospettiva dell'esclusione sociale consente di cogliere al meglio l'affinità di fondo tra diritto penale e diritto dell'immigrazione: entrambi incidono e fanno leva sulla libertà personale dell'individuo e, in particolare, mentre l'uno mira all'esclusione sociale attraverso la *detenzione*, l'altro persegue un analogo e ancor più radicale obiettivo attraverso l'*espulsione* dal consesso sociale, non di rado preceduta da una detenzione a ciò funzionale.

---

della clandestinità (art. 61 n. 11 *bis* c.p), poi dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale (sent. 249/2010), e il reato di clandestinità (art. 10 *bis* d.lgs. n. 286/1998). Cfr., tra gli altri, G.L. Gatta, *Aggravante della "clandestinità" (art. 61 n. 11* bis *c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 713 s.; Id., *Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1323; Id., *La criminalizzazione della clandestinità tra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 188 s.; L. Masera, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. Mazza, F. Viganò (a cura di), *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, 27 s.; F. Viganò, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Dir. imm. e cittad.*, 2010, 13 s.

[3] Cfr. in particolare, tra i *leading works*, J. Stumpf, *The crimmigration crisis*, cit., 381 s.; S. H. Legomsky, *The new path of immigration law: asymmetric incorporation of criminal justice norms*, in *Washington and Lee Law Review*, 2007, 481 s.; D. A. Sklansky, *Crime, Immigration, and ad hoc instrumentalism*, in *New Criminal Law Review*, 2012, 164 s.

[4] Cfr. T. Miller, *Citizenship & severity: recent immigration reforms and the new penology*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2003, 665. V. anche I. V. Eagly, *Prosecuting Immigration*, in *Northwestern University Law Review*, 2010, 1281 s.

[5] J. Stumpf, *The crimmigration crisis*, cit., 377 s.

Nel presente lavoro mi propongo di mostrare come il *crimmigration process* si sia sviluppato in modo analogo in Europa e negli Stati Uniti, lungo le tre citate direzioni, ponendo ovunque, essenzialmente, *un problema di insufficienti garanzie dei diritti fondamentali dello straniero*: il diritto dell'immigrazione tende infatti a prendere in prestito dal diritto penale tecniche e strumenti di tutela degli interessi pubblici in gioco ma, al tempo stesso, dimentica intenzionalmente di importare le garanzie del sistema della giustizia penale[6].

2. Prima strategia: conseguenze penalistiche per violazioni del diritto dell'immigrazione

Una prima linea di sviluppo del percorso di criminalizzazione del diritto dell'immigrazione è rappresentata dall'*uso del diritto penale per sanzionare la violazione di disposizioni del diritto dell'immigrazione*. Emblematica è la scelta di configurare come reato gli illeciti più elementari in quel ramo del diritto, quali l'ingresso o la permanenza nel territorio dello Stato in assenza della relativa autorizzazione, ovvero il re-ingresso nel territorio dello Stato a seguito di un provvedimento di espulsione, e in violazione dello stesso. Una simile scelta comporta la *sovrapposizione tra diritto penale e diritto dell'immigrazione*: il diritto penale è infatti chiamato a operare in funzione accessoria rispetto al diritto dell'immigrazione, che tuttavia, diversamente da quanto spesso avviene nei rapporti di accessorietà del diritto penale rispetto ad altri rami dell'ordinamento, non si limita a preformare la realtà giuridica oggetto delle incriminazioni, ma mantiene inalterato il proprio arsenale sanzionatorio rispetto ai medesimi fatti. L'espulsione dello straniero irregolare (eventualmente preceduta da un periodo di detenzione amministrativa) non cede infatti il passo alla comminatoria di pena (detentiva e/o pecuniaria) per l'*immigration-related crime*. La violazione amministrativa si configura *ipso-facto* a seguito dell'ingresso o della permanenza irregolare, e la relativa conseguenza – l'espulsione/detenzione amministrativa (ovvero il respingimento alla frontiera) – non viene elisa dalla contemporanea minaccia di una pena; così come il relativo procedimento non viene ostacolato da quello penale, che viaggia su un binario parallelo e in vario modo raccordato.

È ad esempio quanto accade in Italia, dove – al pari di altri paesi europei[7] – i reati di ingresso o soggiorno irregolare nel territorio dello Stato (nonché quelli di inottemperanza all'ordine di espulsione e di reingresso a seguito di

---

[6] Cfr. H. Legomsky, *The new path of immigration law*, cit., 472 s.

[7] Per un ampio e dettagliato quadro cfr. l'indagine realizzata dal 2014 da FRA (European Union Agecy for Fundamental Rights), intitolata *"Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them"*, in *www.fra.europa.eu*.

espulsione) convivono con altrettanti corrispondenti illeciti amministrativi che comportano l'espulsione; ed è così anche negli Stati Uniti d'America, dove pure gli stessi fatti integrano altrettanti reati federali e violazioni della *federal immigration law*, alle quali è agganciata l'espulsione (*deportation*, o *removal*)[8].

Senonché la convergenza di diritto penale e diritto dell'immigrazione verso le medesime condotte, senza alcun valore aggiunto da parte del diritto penale, in termini di più efficace tutela degli interessi in gioco, confligge con il *principio di sussidiarietà*: l'espulsione (al pari del respingimento alla frontiera) è l'obiettivo ultimo della regolamentazione amministrativa dell'ingresso e della permanenza nello Stato, tesa a soddisfare interessi pubblici di vario genere (economia, salute, ordine e sicurezza)[9]. Ebbene, è il diritto amministrativo ad essere direttamente funzionale a quell'obiettivo, senza che il diritto penale rappresenti un più efficace strumento *alternativo* o anche solo complementare nella prospettiva della tutela di quegli interessi, e come tale legittimi la propria ragion d'essere.

2.1. In Europa

Quanto all'Europa, ciò è senz'altro vero in Italia, dove si può affermare che criminalizzare l'immigrazione irregolare è *inutile*: non facilita l'espulsione (che è pur sempre regolata dal diritto amministrativo, nei presupposti e nelle procedure) e nemmeno ha un'efficacia preventiva, considerato che i reati di ingresso e soggiorno irregolare (con la sola eccezione del reingresso a seguito di espulsione), nonché di inosservanza dell'ordine di allontanamento volontario, sono puniti con una mera pena pecuniaria. La relativa scelta sanzionatoria è stata condizionata dalla Corte di Giustizia UE, che con la storica sentenza El Dridi, nel 2011 ha dichiarato il contrasto con la Direttiva rimpatri (n. 115/2008) di una disposizione nazionale che, come all'epoca stabiliva l'art. 14, co. 5 *ter* d.lgs. n. 286/1998 per l'inottemperanza dell'ordine di allontanamento, commini la pena detentiva per una violazione commessa nell'ambito di una procedura di espulsione, regolata dal diritto amministrativo[10]. Il diritto UE impedisce oggi agli Stati membri, di fatto, di utilizzare la pena detentiva, durante la procedura di espulsione, per il contrasto e la ge-

---

[8] Cfr. D. Weissbrodt, L. Danielson, H. S. Myers III, *Immigration law and procedure in a nutshell*, 7ª ed., West Academic, 2017, 645 s. Va subito precisato come, negli U.S.A., il diritto dell'immigrazione, compreso quello penale, sia essenzialmente e tradizionalmente federale. Cfr., *ivi*, 103 s.

[9] Cfr. Corte cost. n. 250/2010.

[10] Cfr. Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi, in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2011, con nota di F. Viganò.

stione dell'immigrazione irregolare. Ciò in quanto 'l'effetto utile' perseguito dalla Direttiva – il rimpatrio del cittadino extracomunitario – risulta frustrato nel momento in cui l'individuo, anziché essere espulso, rimane nel territorio dell'Unione, all'interno di un carcere. Nondimeno, in Italia, come nella maggior parte degli Stati membri dell'UE, il legislatore non ha rinunciato a configurare come reato le suddette condotte. La ragione, quanto meno nel sistema italiano, è da rinvenire nel carattere altamente simbolico del diritto penale che:

a) non serve a detenere e ad espellere lo straniero, perché vi provvede il diritto dell'immigrazione (se ne è in grado);
b) non serve a distogliere il migrante dal proposito di entrare o permanere illegalmente nello Stato, essendo un'arma sostanzialmente spuntata (anche perché, lo ribadiamo, in Italia le pene pecuniarie sono pressoché ineseguite);
c) serve invece solo a *imprimere lo stigma di disapprovazione sociale tipico del reato*, venendo incontro a istanze securitarie e xenofobe, rispetto alle quali il terrorismo di matrice islamica fa purtroppo da continua cassa di risonanza.

2.2. Negli Stati Uniti

A proposito degli Stati Uniti, va invece segnalato un diverso ruolo del diritto penale nella criminalizzazione dell'immigrazione irregolare. In quel sistema la tradizione del reato di ingresso irregolare è risalente. Il reato di *unlawful entry* fu introdotto già nel 1929[11]. Oggi è disciplinato dal § 1325(a) dello U.S. Code: si tratta di un *misdemeanor* e prevede, sola o congiunta alla pena pecuniaria, una pena detentiva fino a non più di sei mesi[12]. L'*illegal reentry* da parte di chi sia stato espulso (§ 1326 U.S. Code) è invece un reato più grave (un *felony*), punito con una pena pecuniaria sola o congiunta a una pena detentiva normalmente non superiore a due anni, che però può raggiungere i dieci o addirittura i venti anni nel caso in cui l'espulsione sia stata disposta in ragione della commissione di alcuni gravi reati.

A differenza di quanto avviene in Italia, negli Stati Uniti le pene comminate e inflitte per i suddetti reati sono effettive. In quel sistema l'azione

---

[11] Cfr. K. R. Johnson, R. Aldana, B. O. Hing, L. M. Saucedo, E. Trucios-Haynes, *Understanding immigration law*, cit., 548 s. Più diffusamente, in prospettiva storica e critica, v. D. Keller, *Re-thinking illegal entry and re-entry*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2012, 65 s.

[12] La durata della pena detentiva è fino due anni in caso di recidiva (in tal caso si tratta di un *felony*).

penale non è obbligatoria, e i *prosecutors* possono scegliere se utilizzare il diritto dell'immigrazione, e procedere direttamente con l'espulsione, previa l'eventuale detenzione amministrativa, ovvero se contestare allo straniero la commissione del reato. In quest'ultimo caso, l'espulsione ha luogo una volta espiata la pena detentiva, che di fatto ne rappresenta un'anticamera. Come alle nostre latitudini, la *criminal prosecution*, in altri termini, rappresenta un *add-on* e non un *substitute* dell'espulsione[13]. Spesso la via del procedimento penale viene anzi intrapresa per semplificare l'espulsione, inserendo nell'ambito di un *patteggiamento* un accordo sulla partenza volontaria, in cambio di una mitigazione della pena e della rinuncia alla difesa[14]. Il che è ancor più significativo e si considera come la percentuale dei patteggiamenti sia attorno al 99.5% e come, nei distretti lungo il confine con il Messico, si effettuino patteggiamenti di massa: 25.000 in un anno, ad esempio, nella corte distrettuale dell'Arizona, in molti casi con patteggiamenti simultanei da parte di 40/50 individui[15].

Diversamente da quanto accade in Italia e in altri stati europei, negli Stati Uniti, dunque, le pene comminate e inflitte per l'immigrazione irregolare svolgono di fatto un ruolo non simbolico bensì complementare al diritto dell'immigrazione, risultando funzionali all'obbiettivo ultimo di quest'ultimo: arrestare, detenere ed espellere gli *undocumented immigrants*[16]. I dati statistici relativi al *criminal law enforcement* parlano da sé.

Nel 2018, circa il 61% dei procedimenti penali avviati dai *federal prosecutors* riguardava reati in materia di immigrazione[17]. Nello stesso anno, il 55% dei provvedimenti di *arresto*, al livello federale, ha riguardato reati in materia di immigrazione; e il 95% dell'aumento del numero degli arresti a livello federali è imputabile a quei reati[18]. È un segno tangibile di quanto, ancor più durante l'amministrazione di Trump, il Governo federale faccia leva sul diritto penale nel contrasto all'immigrazione irregolare. Quanto poi alle condanne (comprensive dei patteggiamenti), nel 2018, sempre a livello federale, quelle relative a reati in materia di immigrazione hanno rappresen-

---

[13] Cfr. H. Legomsky, *The new path of immigration law*, cit., 482.

[14] *Ibidem*. V. anche D. Keller, *Re-thinking illegal entry*, cit., 69.

[15] Cfr. D. Weissbrodt, L. Danielson, H. S. Myers III, *Immigration law*, cit., 647.

[16] Ciò non toglie che anche negli U.S.A. vi siano voci critiche rispetto alle incriminazioni in esame, tacciate di comportare enormi costi, economici e umani, e di non avere effetto deterrente rispetto ai flussi migratori. Cfr. D. Keller, *Re-thinking illegal entry*, cit., 65 s. Altre critiche, analogamente a quanto avviene in Italia rispetto al reato di cui all'art. 10 *bis* t.u. imm., si appuntano sul fatto che i reati in esame criminalizzano di fatto uno *status*, non senza implicazioni di tipo razziale. Cfr. G. J. Chin, *Illegal entry as a crime, deportation as punishment: immigration status and the criminal process*, in *UCLA Law Review*, 2011, 1417 s.; V. C. Romero, *Decriminalizing border crossings*, in *Fordham Urb. L. J.*, 2010, 273 s.

[17] Fonte: *www.trac.syr.edu*.

[18] Fonte: *www.bjs.gov*.

tato più di un terzo del totale (il 34,4%), classificandosi al primo posto quale tipologia di reato federale più comune (prima addirittura dei reati in materia di stupefacenti)[19]. La percentuale dei patteggiamenti, per i reati federali in genere (97,8%), è sbalorditiva agli occhi di un giurista europeo. Nel 93,7% dei casi è stata inflitta per reati di immigrazione la (sola) pena detentiva, per una durata media di 10 mesi. Il probation è stato concesso per quei reati solo nel 5,3% dei casi, mentre si conta un solo caso (!) in cui è stata inflitta la sola pena pecuniaria (fine only). Quanto al genere e alla razza, i condannati per *immigration related crimes* sono stati nel 92,7% maschi e nel 96,3% ispanici.

Uno sguardo sul carcere, infine. A settembre del 2017 (ultimi dati disponibili) i detenuti per *immigration related crimes* negli Stati Uniti erano 11.100 e rappresentavo il 7% della popolazione penitenziaria nelle *federal prisons*. È un dato ben diverso da quello italiano. In Italia, per effetto della sentenza El Dridi, la presenza di stranieri in carcere per reati in materia di immigrazione è diventata poco significativa. Il 30 giugno 2019 erano presenti nelle carceri italiane solo 1.395 stranieri detenuti per reati in materia di immigrazione, pari al 2,3% del totale dei detenuti[20].

3. Seconda strategia: conseguenze di diritto dell'immigrazione connesse a condanne penali

Un secondo e diverso aspetto del crimmigration process riguarda la previsione di conseguenze negative, sul terreno del diritto dell'immigrazione, connesse alla condanna per un reato comune. Un precedente penale, infatti, può impedire l'ingresso nel territorio di destinazione del migrante, ovvero ne può comportare l'espulsione. È così sia in Europa e in Italia – dove gli stranieri da anni rappresentano circa un terzo della popolazione penitenziaria – sia negli Stati Uniti

3.1. In Europa

Per l'Europa prendiamo a modello l'Italia: una condanna o una sentenza di patteggiamento, anche non definitiva, per alcuni reati commessi nel territorio dello Stato, per lo più gravi (ad es., reati in materia di stupefacenti, reati sessuali, reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza), preclude l'ammissione dello straniero che non sia già regolarmente presente sul territorio stesso (art. 4, co. 3 t.u. imm.), ovvero può comportare la revoca

---

[19] Fonte: U.S. Sentencing Commission, *Overview of federal criminal cases - Fiscal year 2018*, in *www.ussc.gov*.

[20] Fonte: *www.giustizia.it*.

o il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno (art. 5, co. 5 e 5 *bis* d.lgs. n. 286/1998), e la conseguente espulsione amministrativa (art. 13 d.lgs. n. 286/1998)[21].

Secondo una logica affine, una condanna penale può inoltre produrre conseguenze anche in relazione allo *status di rifugiato* o alla *protezione sussidiaria* accordabile a quanti non abbiano i requisiti per essere riconosciuti come rifugiato. La relativa disciplina è contenuta nel d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, come modificato nel 2018, ai sensi del quale:

a) la condanna definitiva per i alcuni reati comporta, sulla base di una valutazione individuale, il diniego dello *status* di rifugiato (art. 12);
b) la medesima condanna comporta l'esclusione dello straniero dalla protezione sussidiaria, quando vi siano fondati motivi per ritenere che quella condanna costituisca un indice del pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica. La protezione sussidiaria è altresì esclusa quando lo straniero richiedente abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, quali definiti dagli strumenti internazionali relativi a tali crimini, ovvero abbia commesso, *al di fuori del territorio nazionale, prima di esservi ammesso in qualità di richiedente*, un reato grave (art 16);
c) la condanna definitiva per un reato, per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel minimo a quattro anni o nel massimo a dieci anni, è valutata quale indice di pericolosità per l'ordine e la sicurezza pubblica e comporta l'*espulsione del rifugiato o dello straniero ammesso alla protezione sussidiaria*, sempre che non operi il divieto di espulsione *ex* art. 19 d.lgs. n. 286/1998 (ovvero un divieto previsto da una convenzione internazionale), in ragione del pericolo di sottoposizione a tortura o a persecuzione per motivi razziali, religiosi, politico-sociali o personali (art. 20).

L'intreccio e la sovrapposizione tra diritto dell'immigrazione e diritto penale, nel sistema italiano, sono testimoniati d'altra parte anche e proprio dalla natura multiforme dell'espulsione, che sin qui abbiamo considerato, in rapporto alla condanna penale, nella sua veste di conseguenza di natura amministrativa. Nella legislazione italiana sono infatti presenti forme di espulsione dello straniero, correlate a condanne penali, che sono invece inquadrabili all'interno del sistema penale. L'espulsione è infatti prevista:

---

[21] La revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione sono previste anche dall'art. 18 *bis*, co. 4 *bis* per lo straniero condannato per alcuni reati commessi nell'ambito di violenza di genere, nonché dall'art. 26, co. 7 *bis* in caso di condanna per reati in materia di diritto d'autore e di contraffazione di marchi industriali.

a) come *misura di sicurezza* per lo straniero, socialmente pericoloso, che sia stato condannato alla reclusione superiore a due anni (art. 235 c.p.), ovvero, quale che sia l'ammontare della pena inflitta, per un delitto contro la personalità dello Stato (art. 312 c.p.)[22] o in materia di stupefacenti (art. 86 d.P.R. n. 309/1990);
b) come sanzione sostitutiva *della pena detentiva* inflitta per un reato non colposo nei confronti di individui passibili di espulsione amministrativa, perché illegalmente presenti sul territorio dello Stato (art. 16 d.lgs. n. 286/1998), ovvero come sanzione sostitutiva della pena pecuniaria (*fine*) inflitta per i reati di ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato (art. 10 *bis* d.lgs. n. 286/1998) e di inottemperanza all'ordine di allontanamento volontario (art. 14, co. 5 *ter* e co. 5 *quater* d.lgs. n. 286/1998);
c) come *misura alternativa alla detenzione* (art. 16, co. 5 d.lgs. n. 286/1998) applicabile nei confronti dello straniero, identificato, detenuto, passibile di espulsione amministrativa perché irregolarmente presente sul territorio nazionale e che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni[23].

Quando è collocata nel sistema penale, l'espulsione è comunque funzionale al raggiungimento di *obiettivi del diritto dell'immigrazione* (l'espulsione, appunto, dello straniero irregolare).

Dal punto di vista empirico, non disponiamo purtroppo di dati relativi al numero di espulsioni *amministrative* ordinate ed eseguite nei confronti di cittadini stranieri in ragione di una condanna penale, né al numero di espulsioni ordinate ed eseguite a titolo di misura di sicurezza, di sanzione sostitutiva e di misura alternativa alla detenzione.

3.2. Negli Stati Uniti

Anche negli Stati Uniti, come in Italia e in Europa in genere, il contrasto all'immigrazione irregolare è da tempo uno dei temi in primo piano del dibattito pubblico e nell'agenda politica: lo è almeno a partire dalla seconda metà degli anni 80' e lo è ancor più oggi, durante la presidenza di Donald Trump. Come in Europa, l'immigrazione irregolare, dopo l'11 settembre 2001

---

[22] Va peraltro segnalato che la disciplina del codice penale (art. 235 e 312 c.p.) si applica anche nei confronti dello straniero che sia cittadino dell'UE. In questo caso la misura prende il nome, più *politically correct*, di 'allontanamento dal territorio dello Stato'.

[23] La misura non può essere disposta nel caso la condanna sia relativa ad alcuni gravi reati, tra i quali quelli di cui all'art. 407, co. 2, lett. a c.p.p. Lo stesso dicasi per l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva.

e la minaccia dilagante del terrorismo internazionale, è diventata più che mai un tema di *national security*[24]. La lotta al terrorismo viene oggi condotta, negli Stati Uniti come in Europa, non solo attraverso il diritto e la giustizia penale, ma anche e in prima linea attraverso il diritto dell'immigrazione e il relativo *enforcement*[25]. La retorica della 'sicurezza nazionale' *è* ovunque un terreno fertile per abbassare le garanzie fondamentali della civiltà giuridica e dare la stura a vigorose strategie di contrasto all'immigrazione degli indesiderati, la cui platea vede, in prima fila, i c.d. *criminal aliens*. Sono gli stranieri *sospettati* di essere coinvolti in attività criminali – espulsi in via preventiva (è la sorte toccata a migliaia di arabi e musulmani dopo l'11 settembre, negli Stati Uniti e in Europa, Italia compresa) – e sono naturalmente gli stranieri *condannati* per i più diversi reati.

Proprio questi ultimi, negli Stati Uniti, rappresentano dichiaratamente, da anni, una delle *core missions* del Department of Homeland Security (DHS), costituito nel 2002, sulle macerie dell'11 settembre. Si tratta del terzo più grande dipartimento del Governo americano, dal quale dipendono le due principali agenzie impegnate nel contrasto all'immigrazione irregolare: la *Customs and Borders Protection* (CBP), responsabile dei controlli in prossimità delle frontiere terrestri (2.000 miglia circa con il Messico e 5.500 circa con il Canada), aeroportuali e marittime, e l'*Immigration and Customs Enforcement* (ICE), responsabile dell'esecuzione delle espulsioni e impegnata principalmente nell'*interior enforcement* attraverso 20.000 addetti, oltre 400 uffici e un budget annuale di circa sei miliardi di dollari, assegnato dal Congresso su richiesta del Presidente degli Stati Uniti[26]. Ebbene, nella relazione 2018 sulle attività dell'ICE si legge che l'agenzia ha avuto tra le proprie priorità l'espulsione di quanti:1) have been convicted of any criminal offense; 2) have been charged with any criminal offense that has not been resolved; 3) have committed acts which constitute a chargeable criminal offense[27]. È l'ennesima testimonianza dell'uso dell'*immigration law and enforcement* come strumento di politica penale.

---

[24] Cfr., ad es., J. Margulies, *What changed when everything changed: 9/11 and the making of national identity*, Yale Univ. Press, 2013; A.L. Rizer III, *The national security implications of immigration law*, ABA, 2012; J. M. Chacon, *Unsecured borders: immigration restrictions, crime control and national security*, in *Connecticut Law Review*, 2007, p. 1827 s.; T. Miller, *Blurring the boundaries between immigration and crime control after September 11th*, in *Boston College Third World Law Journal*, 2005, 81 s.; J. A.E. Vervaele, *The anti-terrorist legislation in the U.S.: inter arma silent leges?*, in *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.*, 2005, 201 s.; N. V. Demleitner, *Immigration threats and rewards: effective law enforcement tools in the "war" on terrorism*, in *Emory Law Journal*, 2002, 1059 s.

[25] Cfr., ad es., T. Miller, *Citizenship & severity*, cit., 659.

[26] Per un quadro della "*administrative structure of immigration law*" v. K. R. Johnson, R. Aldana, B. O. Hing, L. M. Saucedo, E. Trucios-Haynes, *Understanding immigration law*, cit., 224 s.

[27] *Fiscal Year 2018 ICE Enforcement and Removal Operations Report*, in *www.ice.gov*.

Lo straniero in terra americana, qualora resti imbrigliato nelle reti della giustizia penale – magari 'solo' per avere guidato sotto l'effetto di droga o alcol –, ha insomma buone probabilità di subire, oltre alla pena, l'espulsione. Ciò era vero già durante la presidenza del democratico Barack Obama – negli otto anni di quella presidenza sono stati espulsi a vario titolo oltre 2 milioni di stranieri e ne sono stati detenuti ogni anno circa 400.000[28] – ed è ancor più vero oggi, all'indomani dell'elezione del repubblicano Donald Trump, che ha dichiarato guerra ai *'criminal aliens'* non solo a parole, durante la campagna elettorale, ma fin da uno dei suoi primi *executive orders*, nel gennaio del 2017. I dati statistici ufficiali confermano infatti come negli Stati Uniti alle parole seguano i fatti[29]. Nel 2018, il 56% degli individui espulsi dall'ICE era rappresentato da *'criminal aliens'*, cioè da soggetti che avevano riportato una condanna penale; il 9% da soggetti sottoposti a procedimento penale.

I dati relativi all'attività di ICE e CBP fanno luce su una strategia multilivello di contrasto all'immigrazione irregolare, realizzata negli Stati Uniti attraverso l'intreccio tra diritto dell'immigrazione e diritto penale: una strategia da ultimo confermata e anzi rinvigorita da Donald Trump, poco dopo la sua elezione a Presidente degli Stati Uniti[30]. Le principali agenzie di *enforcement* sono infatti impegnate a gestire due flussi.

a) Da un lato *contrastano il flusso in entrata,* per lo più lungo il confine con il Messico, attraverso respingimenti ed espulsioni di stranieri con o senza condanne penali sulle spalle, attraverso un'attività sinergica tra CBP (in particolare, la U.S. Border Patrol, da essa dipendente) e ICE. Nel 2018, ben 404.1426 *non-citizens* sono stati arrestati dagli agenti della Border Patrol (di questi, 279.009 sono stati identificati alla frontiera, cioè nei punti d'ingresso). Nello stesso anno l'ICE ha eseguito 174.923 espulsioni di stranieri arrestati alla frontiera

---

[28] Cfr. J. M. Chacon, *Immigration and the bully pulpit*, in *Harvard Law Review*, 2017, 247 s.

[29] Tutti i dati di seguito riportati, quanto all'ICE; sono tratti dal citato Rapporto relativo al Fiscal Year 2018, al quale si riferiscono anche le tabelle citate nelle note che seguono. I dati riportati nel testo, relativi al CBP, sono tratti dal CBP Border Security Report Fisacal year 2018, che può leggersi in *www.cbp.gov*.

[30] In uno dei suoi primi atti (*Executive Order: Enhancing Public Safety in the Interior of the United States*), datato 25 gennaio 2017 e consultabile in *www.whitehouse.gov*, Trump ha ribadito che l'espulsione dei '*criminal aliens*' rappresenta la priorità ed ha altresì aumentato il numero di *immigration officiers* a disposizione delle agenzie di *enforcement*. Per una prima interessante analisi delle politiche in materia di immigrazione all'indomani della presidenza di Trump, con un particolare *focus* sui rapporti con quelle che hanno caratterizzato, in modo ambiguo, la presidenza di Obama, v. J. M. Chacon, *Immigration and the bully pulpit*, cit., 247 s.

b) Per altro verso, le agenzie governative *favoriscono il flusso in uscita* degli stranieri indesiderati. Lo fanno attraverso le espulsioni, da parte per lo più dell'ICE, non solo di quanti sono sorpresi mentre si trovano illegalmente sul territorio nazionale, ma anche di quanti, pur avendo un regolare titolo di soggiorno, riportano una condanna penale per determinati reati. Nel 2018 il 56% delle espulsioni eseguite da ICE *è* motivata da una condanna penale.

Il primo flusso è gestito in prossimità del confine; il secondo all'interno dell'immenso territorio statunitense. Il sistema normativo federale intreccia diritto dell'immigrazione e diritto penale; *è* un sistema più volte riformato, soprattutto negli ultimi venti anni, sempre all'insegna di un trattamento più rigoroso per i '*criminal aliens*', realizzato in particolare attraverso il progressivo ampliamento del novero delle condanne penali che, ai sensi dell'*Immigration and Nationality Act* (INA), comportano la mancata ammissione nel territorio nazionale, ovvero l'espulsione.

Quanto alla *inadmissibility*, può essere fondata su motivi di vario genere, elencati nel § 212 INA: tra i più significativi, accanto a quelli *health, security, immigration or public charge-related*, vi sono per l'appunto i *criminal related grounds (§ 212(a)2). Si tratta di altrettante situazioni che comportano il diniego del visto di ingresso* e che per lo più, se si verificano in un momento successivo al rilascio del visto possono comportare l'espulsione. In via di principio, la logica sottesa a questa disciplina è la stessa che nel sistema italiano riguarda la regolamentazione del permesso di soggiorno, negato ai sensi del d.lgs. n. 286/1998 a chi abbia riportato determinate condanne penali, realizzando un danno sociale e rivelandosi così *pericoloso* o comunque *indesiderabile*. La disciplina statunitense, a confronto con quella italiana, risulta tuttavia ben più severa sotto almeno due profili: a) il ben più ampio novero delle condanne ostative, che rilevano anche solo se dichiarate dall'interessato; b) la circostanza che rilevano talora anche le condanne riportate all'estero[31].

Negli Stati Uniti è *inadmissible* chiunque sia stato condannato (o ammetta di essere stato condannato) per i seguenti reati[32].

a) Anzitutto, per un "*crime of moral turpitude*". Si tratta di un concetto presente nel diritto americano sin dal 1891 e ancor oggi difficile da definire, in ragione della sua congenita imprecisione. Generalmente le corti

---

[31] Nel nostro ordinamento, come si è considerato, le condanne riportate all'estero hanno un ben più limitato rilievo, potendo comportare l'esclusione dalla protezione internazionale, ai sensi dell'art. 16 d.lgs. n. 251/2007.

[32] Cfr. K. R. Johnson, R. Aldana, B. O. Hing, L. M. Saucedo, E. Trucios-Haynes, *Understanding immigration law*, cit., 337 s.

concordano nel ritenere che la formula sia riferibile a reati – siano essi *felonies* o *misdemeanors* – commessi con violenza o caratterizzati, secondo il comune sentimento, da 'depravazione', 'bassezza' o viltà[33]. Nel diritto vivente l'elenco dei reati considerati moralmente turpi *è ampio ed eterogeneo: comprende tra l'altro, oltre a reati contro la persona, reati che spaziano dalla bigamia al furto,* dal danneggiamento alle false dichiarazioni per ottenere la patente di guida. Comprende inoltre i reati commessi col mezzo della frode. La Corte Suprema lo riconobbe nel 1951 in *Jordan v. De George*: un caso relativo a un cittadino italiano entrato legalmente negli Stati Uniti e che lì si era dedicato al commercio di alcolici architettando una frode fiscale e andando così incontro a un'espulsione[34]. La Corte Suprema escluse nell'occasione la *vagueness* della formula in esame, ritenendola sufficientemente precisa, nel suo nucleo essenziale, alla luce del diritto vivente e del *common understanding*. Come gli avvocati americani ben sanno, di fatto, nei processi a carico di stranieri residenti negli Stati Uniti, la qualificazione giuridica del reato contestato – anche nel quadro di un patteggiamento – finisce per essere decisiva per le sorti dell'imputato, con tutti i rischi connessi alla formula slabbrata della '*moral turpitude*'.

b) *Inadmissibile* è altresì lo straniero che abbia violato una qualsiasi disposizione, statale, federale o di un paese straniero, relativa a sostanze stupefacenti: anche condotte di minore gravità, come il possesso di piccole quantità di marijuana, possono comportare il diniego del visto[35].

c) Non è altresì ammesso nel territorio degli U.S.A. lo straniero che sia stato condannato per due o più reati, purché sia stata inflitta una pena in misura complessivamente superiore a 5 anni.

d) L'ammissione negli Stati Uniti può inoltre essere negata in caso di condanna per alcuni gravi reati per i quali l'autore non sia stato punito in

---

[33] La legge prevede alcune eccezioni all'operatività del motivo di inammissibilità determinato dalla condanna per un crime of moral turpitude; eccezioni riferite a soggetti che avevano meno di 18 anni al momento del fatto, commesso almeno cinque anni prima rispetto alla richiesta del visto, ovvero a persone condannate per reati puniti in astratto con non più di un anno di pena detentiva, ovvero puniti in concreto con non più di sei mesi di pena detentiva. Altre eccezioni, rimesse alla discrezionalità dell'autorità procedente, sono previste per il caso in cui il reato sia stato commesso da più di 15 anni ovvero l'autore sia sposato con un cittadino americano, ovvero ne sia il genitore o il figlio.

[34] U.S. Supreme Court, Jordan v. De George, 341 U.S. 223 (1951).

[35] Cfr. K. R. Johnson, R. Aldana, B. O. Hing, L. M. Saucedo, E. Trucios-Haynes, *Understanding immigration law*, cit., 339. La legge prevede che non possa essere ammesso altresì chi è sospettato di essere coinvolto nel traffic di stupefacenti anche se non condannato. In questo caso sono altresì inammissibili la moglie e I figli, qualora nei precedent cinque anni abbiano ricevuto vantaggi dall'attività illecita. Non solo, la legge include tra gli *health-related* grounds of *inadmissibility* anche il mero uso (attuale) di stupefacenti, anche al di fuori di uno stato di tossicodipendenza (v. *ivi*, 346).

ragione di un'immunità, nonché, anche in assenza di una sentenza di condanna, in caso di coinvolgimento in attività criminali relative alla prostituzione, al traffico di esseri umani e al riciclaggio.

Anche negli U.S.A. alcune condanne penali possono essere inoltre di ostacolo al riconoscimento dello *status* di richiedente asilo o di rifugiato[36].

Come si è premesso, infine, un numero sempre maggiore di condanne o patteggiamenti per questo o quel reato può comportare l'espulsione (*removal* o, nel linguaggio corrente e sinistro all'orecchio italiano, *deportation*) dello straniero che sia stato precedentemente ammesso negli Stati Uniti. I *criminal grounds for removal* sono in continuo aumento dalla metà degli anni 80' tanto che – si legge in un manuale di diritto dell'immigrazione – *"virtually any criminal activity other than most petty offenses and misedemeanors can have serious adverse consequences to non-citizens and their family members"*[37].

Il § 237(a)(2) INA contiene l'elenco dei *criminal grounds of removal*, così composto[38].

a) Comporta anzitutto l'espulsione dello straniero la condanna per un *crime involving moral turpitude* commesso entro 5 anni dalla data di ammissione (o dieci anni, in caso di straniero con lo *status* di *permanent resident*), purché si tratti di un reato punibile in astratto con la pena detentiva pari o superiore a un anno[39]. L'espulsione consegue poi se lo straniero commette in qualsiasi momento dopo l'ammissione due o più dei predetti reati, purché non siamo meramente politici e non siano riconducibili a un medesimo schema (disegno, diremmo noi,) criminoso. Sul concetto di "*moral turpitude*" vale quanto si è già considerato sopra: è una valvola elastica che di fatto consente di espellere in molti casi l'indesiderato *criminal alien*, essendo assai ampio, nel diritto vivente il catalogo dei reati qualificati come moralmente turpi: *"volumes have been written cataloguing the crimes that courts have held involving moral turpitude"*[40].

---

[36] CFr. K. R. Johnson, R. Aldana, B. O. Hing, L. M. Saucedo, E. Trucios-Haynes, *Understanding immigration law*, cit., 346 s.

[37] Cfr. D. Weissbrodt, L. Danielson, H. S. Myers III, *Immigration law*, cit., 292.

[38] Cfr. K. R. Johnson, R. Aldana, B. O. Hing, L. M. Saucedo, E. Trucios-Haynes, *Understanding immigration law*, cit., 401 s.

[39] La condanna comporta pertanto l'espulsione anche qualora la pena in concreto irrogata sia inferiore a un anno; viceversa, una condanna alla pena detentiva non superirore a sei mesi, per un *crime of moral turpitude*, non può comportare l'*inadmissibility*. La disciplina in material di espulsione è pertanto più stringente.

[40] Così K. R. Johnson, R. Aldana, B. O. Hing, L. M. Saucedo, E. Trucios-Haynes, *Understanding immigration law*, cit., 402.

b) L'espulsione consegue inoltre a una condanna per un "*aggravated felony*", commesso in qualunque momento dopo l'ammissione. La categoria in esame è oggetto di una definizione legale ai fini del diritto dell'immigrazione (§ 101(a)(43)), che contiene un lungo elenco di reati comprensivo, tra l'altro, di omicidio (*murder*), violenza sessuale, abuso sessuale su minori, traffico di stupefacenti, reati violenti, furto, corruzione negli scambi commerciali, falsa testimonianza[41].
c) Alle disposizioni generali sui *crimes involving turpitude* e sugli *aggravated felonies* il Congresso ha nel corso degli anni affiancato, quali *criminal grounds* per l'espulsione, le condanne per specifici reati[42]. Tra queste, anzitutto, vengono in rilievo, analogamente a quanto si è visto a proposito dei *grounds of inadmissibility*, quelle – statali, federali o *anche di giudici stranieri* – per reati in materia di droga, fatta salva l'ipotesi del possesso per uso personale di 30 grammi o meno di marijuana.

4. Terza strategia: ricorso a misure e procedure di tipo penalistico nell'ambito del diritto dell'immigrazione

Il profilo maggiormente visibile e inquietante del processo di criminalizzazione del diritto dell'immigrazione, in Europa e negli Stati Uniti, è senz'altro rappresentato da una terza strategia politica: il ricorso, nell'ambito del diritto dell'immigrazione, a *misure limitative o privative della libertà personale* (e relative *procedure di enforcement*) che sono sostanzialmente *di tipo penalistico*. Attraverso *criminal-type tools* il diritto dell'immigrazione oggi, su entrambe le sponde dell'Oceano Atlantico, *cattura, detiene ed espelle milioni di individui*: alcuni, come si è visto, per aver riportato condanne penali; altri, semplicemente, perché privi di un valido titolo di ingresso o soggiorno nello stato. E lo fa attraverso forze di polizia che, alle frontiere o entro i confini nazionali, limitano la libertà delle persone: a) arrestandole; b) respingendole alla frontiera; c) detenendole in attesa dell'espulsione in strutture simili a carceri; d) espellendole, spesso in modo coattivo.

L'entità della sofferenza umana patita da chi, straniero, incappa nelle maglie di una procedura di respingimento o di espulsione è tale da reclamare una seria riflessione sulla reale natura giuridica (penale/amministrativa) degli strumenti impiegati dallo stato per gestire il fenomeno migratorio. Non si tratta di un esercizio teorico: si è detto e si vedrà meglio che l'effettiva

---

[41] Nonostante la presenza di una definizione legale, nella prassi può risultare controversa la qualificazione di un reato nella categoria degli *aggravated felonies*, anche e specie in caso di concorso di reati. Sui criteri adottati dalla giurisprudenza v. K. R. Johnson, R. Aldana, B. O. Hing, L. M. Saucedo, E. Trucios-Haynes, *Understanding immigration law*, cit., 403 s.

[42] *Ibidem*, 405.

natura di quegli strumenti decide il livello delle garanzie costituzionali e convenzionali.

Il penalista non può sottrarsi a una simile riflessione per almeno due ragioni. La prima e più nobile è che la fedeltà ai principi e l'esigenza di tutelare i diritti e le garanzie fondamentali dell'uomo, sia esso cittadino o meno, vanno difese con forza e trasmesse alle nuove generazioni proprio nell'epoca in cui viviamo, segnata da ansie securitarie, emergenza del terrorismo e, in ultima analisi, paura dello straniero, specie se arabo o musulmano. La seconda ragione, di carattere empirico, è che la scienza penalistica non può ignorare i numeri, sconcertanti, relativi alle persone limitate nella propria libertà personale, con riflessi sulla vita familiare, sul lavoro, sulla salute, sulle prospettive di vita ecc. Quei numeri rendono chiaro che non si può più raccontare che il monopolio delle misure privative della libertà personale, a partire dalla detenzione, appartiene al diritto penale.

4.1. In Europa

Nell'area dell'Unione Europea l'azione di contrasto all'immigrazione irregolare è esercitata dalle agenzie di *enforcement* del diritto dell'immigrazione presenti in ciascuno degli Stati membri, a partire dal 2004 in collaborazione con Frontex (European Border and Coast Guard Agency). Alcuni interessanti dati, che riflettono politiche di contrasto all'immigrazione irregolare diverse e una altrettanto diversa incidenza dei fenomeni migratori, anche per conformazione geografica dei paesi, sono forniti dall'Ufficio statistico dell'UE. Secondo Eurostat[43], nel 2018 è stato rifiutato di entrare nel territorio dell'UE-28 (*"entry refusal"*) a 471.200 persone: per lo più in Spagna (49%), Francia (15%) e Polonia (11%). L'Italia ha contribuito solo per l'1,7% . Nell'84,4% dei casi si è trattato di respingimenti alle frontiere terrestri. L'Italia, il Regno Unito e la Spagna sono in prima linea per quanto riguarda i respingimenti via mare.

Ancor più significativo è però il dato delle *apprehensions*: nel 2018 oltre seicentomila extracomunitari sono stati 'arrestati' nel territorio dell'UE, perché trovati illegalmente ivi presenti. Nello stesso anno, quasi mezzo milione di extracomunitari (478.200) hanno ricevuto nel territorio dell'UE-28 un ordine di espulsione. Gli Stati membri che hanno contribuito con il maggior numero di ordini di espulsione sono stati la Francia (22%), la Spagna (12, 4%) e la Grecia (12,2%). A distanza si trovano l'Italia (5,7%) e UK (4,5%).

---

[43] Qui e di seguito i dati riportati nel test si riferiscono al documento intitolato "Enforcement of immigration legislation statistics", disponibile in *www.ec.europa.eu/eurostat*.

Le espulsioni eseguite sono state, nello stesso anno, 157.900 (il dato è in calo rispetto al 2017 ma è sostanzialmente stabile negli ultimi dieci anni). Ulteriori dati disponibili, relativi però a soli 22 Stati membri (con le vistose assenze di Germania e UK), riguardano le modalità dell'espulsione che, nel 50,6% dei casi, è avvenuta con la partenza volontaria, mentre nel 45,7% dei casi con il rimpatrio forzato. La partenza volontaria rappresenta ad es. la modalità di esecuzione dell'espulsione di gran lunga più comune in Polonia, in Svezia e in Romania; i rimpatri forzati sono invece di gran lunga la più comune modalità di esecuzione dell'espulsione in Ungheria, Portogallo, Spagna e Italia.

Nel linguaggio dell'UE le espulsioni sono i "rimpatri" e costituiscono l'oggetto della Direttiva n. 115 del 2008. Concepiti come misure di tipo amministrativo[44], sottoponibili a ricorso davanti all'autorità amministrativa o giudiziaria (art. 13), devono essere in via ordinaria eseguiti attraverso la partenza volontaria entro un termine congruo, che va da sette a trenta giorni (art. 7) e possono (o devono, in alcuni casi) comportare un divieto di reingresso non superiore, di norma, a cinque anni (art. 11). Se nel caso concreto non possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive, "gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, in particolare quando: a) sussiste un rischio di fuga o b) il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento. Il trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio" (art. 15, co. 1). Il trattenimento può essere disposto dall'autorità amministrativa o giudiziaria (nel primo caso deve essere sottoponibile a un riesame da parte dell'autorità giudiziaria); non può avere durata superiore a sei mesi, salvo eventuale proroga per un periodo non superiore a ulteriori dodici mesi nel caso in cui non sia possibile effettuare il rimpatrio vuoi per la mancata cooperazione da parte dello straniero stesso (si pensi all'identificazione), vuoi per i ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi. Quando poi risulti "che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi" o che non sussistono più le predette condizioni che legittimano il provvedimento, "il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata" (art. 15, co. 4 e 6). Quanto alle condizioni di trattenimento (art. 16), la Direttiva rimpatri prevede che questo debba avvenire "di norma in appositi centri di permanenza tempora-

[44] L'art. 2, co. 2, lett. b) della Direttiva consente infatti agli Stati membri di non applicare le relative disposizioni "agli stranieri sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione"

nea" e che qualora uno Stato membro "non possa ospitare il cittadino di un paese terzo interessato in un apposito centro di permanenza temporanea e debba sistemarlo in un istituto penitenziario, i cittadini di paesi terzi trattenuti sono tenuti separati dai detenuti ordinari". È prevista per i "trattenuti" la "possibilità — su richiesta — di entrare in contatto, a tempo debito, con rappresentanti legali, familiari e autorità consolari competenti". Ancora, la Direttiva stabilisce che: "particolare attenzione è prestata alla situazione delle persone vulnerabili. Sono assicurati le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie"; "i pertinenti e competenti organismi ed organizzazioni nazionali, internazionali e non governativi hanno la possibilità di accedere ai centri di permanenza temporanea […]. Tali visite possono essere soggette ad autorizzazione"; "i cittadini di paesi terzi trattenuti sono sistematicamente informati delle norme vigenti nel centro e dei loro diritti e obblighi. Tali informazioni riguardano anche il loro diritto, ai sensi della legislazione nazionale, di mettersi in contatto con gli organismi e le organizzazioni" di cui sopra[45].

La Direttiva rimpatri, nel suo primo articolo, enuncia un principio che rappresenta – deve rappresentare – una pietra angolare del diritto dell'immigrazione in Europa: i rimpatri devono avvenire "nel rispetto dei diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale, compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e di diritti dell'uomo". La prassi sembra purtroppo lontana da questo obiettivo di civiltà, spesso calpestato anche e proprio dalla realtà della detenzione amministrativa, realizzata in centri che spesso presentano condizioni anche peggiori rispetto a quelle delle carceri e che qualcuno, con intelligente provocazione, chiama "galere amministrative"[46].

Non disponiamo purtroppo di dati statistici completi, a livello UE, in grado di fotografare quale sia ad oggi, numericamente, la realtà della detenzione amministrativa. Alcuni dati nazionali sono però significativi, a cominciare da quelli italiani, tratti dalla già citata Relazione al Parlamento 2019 presentata dal Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale. Nel 2018 sono transitate nei C.P.R. italiani (Centri di Permanenza per il Rimpatrio) circa 4.092 stranieri[47] (il 43% dei quali è stato rimpatriato). La misura detentiva riguarda gli stranieri extracomunitari destinatari di un provvedimento amministrativo di espulsione mediante accom-

---

[45] Ulteriori disposizioni sono previste per il trattenimento di minori e famiglie (art. 17), nonché per fronteggiare situazioni di emergenza, in ragione del numero eccezionalmente elevato di stranieri da rimpatriare.

[46] Cfr., tra gli altri, M. Bosworth, *La "galera amministrativa" degli stranieri in Gran Bretagna. Un'indagine sul campo*, Editoriale Scientifica, 2016; A. Pugiotto, *La "galera amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, 3, p. 573 ss.

[47] Tab. 2.5, p. 134 della Relazione.

pagnamento alla frontiera, ovvero di un provvedimento di respingimento differito, nei casi in cui non sia possibile dare immediata esecuzione a quei provvedimenti e non ricorrano i presupposti per una misura coercitiva meno afflittiva. Il trattenimento può avere durata non superiore a centottanta giorni ed è soggetto a convalida entro 48 ore da parte di un giudice, con la garanzia dell'assistenza di un difensore, di fiducia o, in assenza, d'ufficio, e con la possibilità di accesso al patrocinio gratuito a spese dello Stato.

Accanto ai C.P.R. coesistono strutture di accoglienza (centri di primo soccorso, centri di prima accoglienza e centri per richiedenti asilo), funzionali a far fronte alla perenne emergenza degli sbarchi sulle coste italiane, che non hanno normalmente carattere detentivo. Problematica, invece, sotto il profilo della restrizione della libertà personale, è la situazione all'interno di alcuni centri nei quali invece situazioni di detenzione, almeno di fatto, sono più frequenti. Il riferimento è ai cinque '*hotspot*' situati in Sicilia e in Puglia[48]. Questi 'punti di crisi', istituiti nel 2015, sono destinati ad accogliere stranieri individuati per lo più attraverso operazioni di salvataggio in mare e sono in particolare deputati all'identificazione e alla successiva destinazione dei migranti verso tre fondamentali vie: la ricollocazione in altra struttura, in Italia o in altro paese dell'UE, l'asilo, il respingimento/espulsione. Nel 2018 sono entrati negli hotspots 13.777 persone, con una permanenza media che oscilla tra i cinque e i sei giorni. Si tratta di strutture delimitate da cancelli e filo spinato, presidiate da militari, all'interno delle quali i migranti hanno limitate possibilità di movimento, mentre normalmente non hanno possibilità di uscirne. Il trattenimento in questi centri non è sottoposto ad alcun controllo giurisdizionale (almeno di regola, salvo, secondo una certa interpretazione, che si tratti del trattenimento dei richiedenti asilo): se tale scelta può spiegarsi con l'intenzione del legislatore di destinare queste strutture ad attività di assistenza da compiersi immediatamente dopo l'arrivo sul territorio, e dunque verosimilmente nell'arco di 48 ore, va però sottolineato che in realtà i migranti sono trattenuti nel centro per periodi più lunghi.

I centri di detenzione per gli immigrati rappresentano una realtà assai problematica anche in altri paesi europei, con numeri ben più elevati rispetto a quelli italiani. Nel Regno Unito[49], ad esempio, nel 2018 sono entrate nei detention centers 24.700 persone. Non è previsto un limite massimo di durata del trattenimento e circa un terzo delle persone è stato detenuto per più di 28 giorni.

In Francia[50] i *centres et locaux de rétention administrative* hanno ospitato nel 2018 più di 45.000 persone (il 42% delle quali nei territori di oltre

---

[48] Relazione, p. 87.
[49] Fonte: *igrationobservatory.ox.ac.uk.*
[50] Fonte: *Centres et locaux de rétention administrative – Rapport 2018*, in *lacimade.org.*

mare). La durata media della detenzione è 14 giorni (4 nei territori d'oltre mare).

Numeri più contenuti si registrano infine in Spagna[51]: nel 2018 i migranti detenuti nei *Centros de Internamiento de extranjeros* sono stati 7.855.

4.2. Negli Stati Uniti

Il contrasto dell'immigrazione irregolare, negli U.S.A., è condotto attraverso un enorme apparato di *enforcement* all'insegna di tre parole d'ordine: *apprehend*, *detain and remove*.

L'identificazione degli *undocumented*, all'interno del territorio nazionale, è la principale attività dell'ICE, mentre la CBP è impegnata invece essenzialmente nella prevenzione degli *ingressi* illeciti. I numeri delle *apprehensions*, per lo più al confine con il Messico, e nell'area limitrofa, sono da tempo ormai impressionanti. A seconda delle circostanze, gli stranieri arrestati sono stati sottoposti a procedimenti di espulsione, ovvero spinti a tornare volontariamente al di là del confine e/o a rinunciare alla loro richiesta di ammissione negli Stati Uniti[52]. ICE e CBP, assieme, hanno arrestato nel 2018 oltre mezzo milione di stranieri *undocumented*: quasi quanti, come si è visto, nello stesso anno sono stati arrestati su tutto il territorio dell'U.E.

Il § 287(a) INA autorizza ogni *immigration officier* ad arrestare senza mandato qualsiasi straniero che stia entrando o stia tentando di entrare illegalmente negli Stati Uniti, ovvero che abbia ragione di ritenere che vi si trovi illegalmente e che possa fuggire se non arrestato. Gli agenti possono inoltre, sempre senza un mandato, condurre perquisizioni su qualsiasi veicolo, per cercare stranieri irregolari, entro una distanza aerea di cento miglia da qualsiasi confine nazionale, e possono interrogare le persone fermate, eventualmente sottoponendole a una breve detenzione[53]. Una volta arrestato, lo straniero deve essere condotto "*without unnecessary delay*" davanti a un altro *immigration officier* per un ulteriore interrogatorio e per le determinazioni del caso, in buona parte rimesse a un potere discrezionale.

a) Una *prima alternativa* è quella del rilascio: se non si tratta di sospetti terroristi, di persone destinate all'espulsione in conseguenza di condanne penali, o di individui per i quali la detenzione amministrativa è obbligatoria (condannati per *aggravated felonies*), è possibile, in attesa della *removal hearing*, il rilascio condizionato (*on conditional parole*) oppure

---

[51] I dati sono tratti dall'*Informe anual 2018 – Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura*, in *www.defensordelpueblo.es*.

[52] Cfr. il già citato Report CBP (FY 2018).

[53] Cfr. D. Weissbrodt, L. Danielson, H. S. Myers III, *Immigration law*, cit., 308 s.

dietro il pagamento, a titolo di cauzione, di una somma di denaro non inferiore a 1.500 dollari[54]. Si tratta, a tutti gli effetti, di *misure alternative alla detenzione*, associate di recente dall'ICE a *Electronic Monitoring Programs* che prevedono l'uso del braccialetto elettronico o di un sistema di riconoscimento vocale telefonico (nel febbraio del 2014 le persone coinvolte in simili programmi erano oltre 20.000)[55].

b) Una *seconda alternativa* è quella di procedere al c.d. *expedited removal*, che consente di espellere gli stranieri irregolari – si noti – *senza un'udienza davanti a un giudice e senza la possibilità di una judicial review* (salvo che non richiedano l'asilo, avendo fondate ragioni per farlo)[56]. Gli *immigration officiers* hanno dunque "un'enorme e insindacabile discrezionalità" [57] nell'espellere gli stranieri, con associato un divieto di reingresso per cinque anni. Questa procedura, pur non essendo ordinaria, ha un ambito di applicazione significativo, tanto da interessare oltre il 40% delle espulsioni[58]. Essa riguarda infatti: 1) chi cerchi di entrare negli U.S.A. senza documenti, con documenti falsi o in modo fraudolento; 2) chi sia illegalmente presente negli Stati Uniti da meno di due anni, avendo eluso i controlli alla frontiera[59]; 3) chi sia stato arrestato entro 100 miglia dal confine e non sia in grado di dimostrare di essere presente negli U.S.A. da più di quattordici giorni[60].

c) Una *terza alternativa* è infine quella di presentare lo straniero (o invitarlo a comparire) davanti a un *immigration judge* per la *removal hearing*, qualora si tratti di un individuo già presente negli Stati Uniti, vuoi perché entrato illegalmente, vuoi perché ha perso il titolo che lo abilitava alla permanenza (è il caso dei c.d. *overstayers*). Di norma, infatti, chi cerchi di entrare negli *States* e sia respinto alla frontiera non ha accesso a un giudice. I giudici dell'immigrazione fanno capo al *Department of Justice*: sono in particolare *attorneys* nominati dall'Attorney General (il Ministro della Giustizia degli Stati Uniti)[61], chiamati a decidere sulla *removability*

---

[54] *Ibidem*, 327 s.

[55] Cfr. il rapporto ICE *"Alternative to detention"* del 4 febbraio 2015, in *www.oig.dhs.org*.

[56] L'ordine di *expedited removal* è soggetto solo alla procedura di *habeas corpus*, una sorta di convalida volta ad accertare, sostanzialmente, la legittimità formale e l'esistenza di una prova, fornita dallo straniero, della sua presenza regolare negli U.S.A. Cfr. D. Weissbrodt, L. Danielson, H. S. Myers III, *Immigration law*, cit., 345.

[57] Così D. Weissbrodt, L. Danielson, H. S. Myers III, *Immigration law*, cit., 346.

[58] *Ibidem*, 345.

[59] Nel 2002 la procedura è stata utilizzata per espellere numerosi haitiani arrivati via mare. *Ibidem*, 344.

[60] Una procedura di *expedited removal*, parzialmente diversa (per quanto riguarda in particolare la previsione di ricorsi in via amministrativa o giudiziale) riguarda gli stranieri condannati per *aggravated felonies*. Cfr. D. Weissbrodt, L. Danielson, H. S. Myers III, *Immigration law*, cit., 346 s.

[61] Fino al 1983 gli *immigration judges* facevano parte dell'INS (erano cioè INS *officiers*). Cfr.

dello straniero, acquisendo prove ed esaminando l'interessato e i testimoni, con la tecnica della *cross-examination*. La funzione di '*prosecutor*' è svolta normalmente da funzionari dell'ICE. L'udienza, normalmente pubblica, è preceduta da un avviso a comparire[62] comprensivo di contestazioni e avvisi, tra i quali quello della facoltà di nominare un avvocato, eventualmente scelto da un elenco difensori *pro-bono*, che deve essere messo a disposizione[63]. Non è previsto l'istituto del patrocinio a spese delle Stato. Analogamente a quanto avviene nel procedimento penale[64], allo straniero viene chiesto se ammette o nega l'addebito. Se ammette, come frequentemente accade, il giudice accetta il 'patteggiamento' e decide in merito al *discretionary relief*, ovverosia alla concessione di una diversificata serie di benefici che, a determinate condizioni, ritardano o addirittura talora perfino evitano l'espulsione: la *voluntary departure* (è l'ipotesi più ricorrente nella prassi), la *cancellation (or suspension) of removal* (riservata a stranieri che abbiano risieduto legalmente negli Stati Uniti per un certo numero di anni); l'*adjustment of status* (per chi abbia i requisiti per ottenere subito un visto); la richiesta d'asilo[65]. Se viceversa lo straniero nega l'addebito, si procede oltre, normalmente con rinvio ad altra udienza (il che spesso significa protrarre lo stato di detenzione). Analogamente a quanto avviene nel processo penale, tanto il *prosecutor* quanto lo straniero possono presentare elementi di prova; tuttavia le *rules of evidence* nei due procedimenti sono diverse, ed è altresì diverso è l'onere della prova che grava sulla parte pubblica e su quella privata[66]. L'ICE ha l'onere di provare *"by clear and convincing evidence"* che lo straniero in precedenza ammesso negli Stati Uniti è "*deportable*"; questi invece è chiamato a dimostrare, sempre *"by clear and convincing evidence"*, che la propria presenza nel territorio degli U.S.A. continua ad essere legittima anche dopo l'iniziale ammissione (§ 240(c)(2) INA[67].

Le decisioni del giudice dell'immigrazione – comprese quelle relative alla detenzione e al diniego di un *discretionary relief* – sono soggette per

---

ibidem, 113.

[62] Qualora lo straniero non compaia, è possibile che si proceda *in absentia*.

[63] La legge consente di svolgere la funzione di difensore non solo agli avvocati, ma anche a i rappresentanti di organizzazioni riconosciute e agli studenti delle *law schools* o ai laureati in legge, anche se non ancora abilitati al patrocinio. Cfr. *ibidem*, 335.

[64] Per la sottolineatura d questa analogia v. *ibidem*, 339.

[65] Cfr. *Ibidem*, 347 s.

[66] *Ibidem*, 340.

[67] Ne confronti di chi sia stato fermato alla frontiera, perché giudicato *inadmissible*, e abbia evitato l'*expedited removal* tentando la via di una *judicial review*, l'onere della prova è più stringente per lo straniero: deve infatti dimostrare *"clearly and beyond doubt"* di essere *admissible*.

lo più a un *administrative appeal* davanti a un *Board of Immigration Appeals* (B.I.A.), i cui membri (attualmente solo quindici) sono nominati dal *Department of Justice* (dall'Attorney General). L'appello è gestito normalmente dai singoli membri del board (riuniti in collegi di tre solo in presenza di questioni complesse, 'che possano fare giurisprudenza'), sospende l'espulsione ed è in buona misura un giudizio di legittimità. Avverso le decisioni degli *immigration judges* e del B.I.A., nonché in taluni casi avverso gli ordini amministrativi dell'ICE, è possibile un ricorso all'autorità giudiziaria (*judicial review*), davanti alle corti federali distrettuali. Senonché la via della *judicial review* – ammessa tra l'altro per le questioni attinenti allo stato di detenzione, e che consente il controllo di legittimità costituzionale e il rinvio delle relative questioni alla Corte Suprema[68] – è stata fortemente limitata da due riforme, nel 1996 e nel 2005[69]. Il ruolo del potere giudiziario nell'ambito dell'immigrazione è infatti controverso nel dibattito pubblico americano, dove le diverse posizioni sono state definite come un campo minato ideologico ("*an ideological minefield*") che vede contrapposte due visioni: da un parte, *"who perceive the judiciary as an obstructive, anti-democratic institution that delays the removal of deportable non citizens and displays undue sympathy toward undeserving violators of our laws"* (i toni ricordano la retorica di una certa destra, alle nostre latitudini); dall'altra parte, *"who perceive the judiciary as a principled and dispassionate dispenser of justice and a bulwark against unlawful government action, particularly important when the litigants (noncitizens) are distinctively exposed to volatile and often hostile political sentiments"*[70].

Questa netta contrapposizione ideologica è ancor più inquietante se si considera che, durante l'intera procedura di espulsione – dal momento dell'arresto a quello dell'esecuzione dell'ordine di espulsione, nelle more della *removal hearing* ed eventualmente dopo l'inutile esperimento dei ricorsi in via amministrativa o, se ammessi, in via giudiziaria – lo straniero viene spesso detenuto in appositi centri gestiti dall'ICE. L'INA consente infatti agli *immigration officiers* di detenere gli stranieri fermati alla frontiera e non immediatamente respinti (perché aventi titolo a comparire davanti a un giudice dell'immigrazione per contestare la mancata ammissione negli U.S.A.), nonché gli stranieri arrestati sul suolo statunitense dopo esservi entrati illegalmente[71]. Le porte della ICE *detention* si aprono, di norma, qualora

---

[68] Gli immigration judges, infatti, non si considerano titolati a sollevare questioni di illegittimità costituzionale. Cfr. D. Weissbrodt, L. Danielson, H. S. Myers III, *Immigration law*, cit., 338.

[69] Cfr. K. R. Johnson, R. Aldana, B. O. Hing, L. M. Saucedo, E. Trucios-Haynes, *Understanding immigration law*, cit., 434.

[70] S.H. Legomsky, C. M. Rodriguez, *Immigration and refugee law and policy*, Foundation Press, 6ª ed., 2015, ch. 9.

[71] Cfr. K. R. Johnson, R. Aldana, B. O. Hing, L. M. Saucedo, E. Trucios-Haynes, *Understanding*

gli ICE *officiers*, dopo l'arresto, non concedano il rilascio su cauzione o il *parole* e l'*immigration judge*, che deve pronunciarsi entro 48 ore dall'arresto[72], confermi la decisione (§§ 236(a), 212(d)(5) INA). La stessa sorte è riservata agli stranieri in una serie di ipotesi in cui la detenzione è addirittura obbligatoria[73]. La *mandatory detention*, in particolare, è prevista per chi non sia titolato e entrare e risiedere negli U.S.A. in ragione di una *condanna penale* per un'ampia gamma di reati (§§ 237(a)(2), 212(a)(2)) – compresi *crimes involving moral turpitude*, *aggravated felonies*, *drug crimes*, *firearms offenses* e molti altri ancora –, ovvero perché anche solo sospettato di essere un *terrorista* (§ 1226(a) INA), nonché per chi non abbia i requisiti per essere ammesso al *parole* o alla cauzione. La detenzione obbligatoria è altresì prevista per i richiedenti asilo avviati all'*expedited removal* che non siano riusciti a dimostrare l'esistenza di una credibile minaccia di persecuzione[74].

La decisione dell'*immigration judge* può essere appellata in via amministrativa davanti al B.I.A., ma non è soggetta a *judicial review* relativamente al diniego del *parole* o del rilascio su cauzione, trattandosi di decisioni rimesse alla discrezionalità amministrativa e insindacabili. Essendo in gioco la libertà personale dell'individuo, tuttavia, è ammessa la procedura di *habeas corpus* davanti alle corti d'appello federali per contestare errori di diritto ovvero per prospettare questioni di legittimità costituzionale (§ 242(a) INA)[75].

Quanto alla prassi, anche negli Stati Uniti i centri per la detenzione degli immigrati irregolari sono dei "surrogati del carcere", oggetto, come in Europa, delle preoccupazioni di attivisti, avvocati, studiosi e, in genere, difensori dei diritti umani. L'autore di un recente saggio, intitolato senza mezze parole *"Abolishing immigration prisons"*, riporta un'incisiva affermazione di una donna che ha vissuto sulla propria pelle l'esperienza della c.d. *civil detention*: "*they call immigration detention civil confinement, but prison is prison no matter what label you use, and prison breaks people's souls, hearts, and even minds*"[76]. I numeri di questa realtà – da ambientare in un paese che da decenni attua politiche di *mass incarceration*, con l'iperbolica cifra di circa due milioni e trecentomila persone in carcere[77] – sono impressionanti: nel

---

immigration law, cit., 420 s.

[72] Cfr. il § 287.3(d) del Code of Federal Regulations (C.F.R.). Il termine non opera per i sospetti terroristi: *ibidem*, 422.

[73] Cfr. K. R. Johnson, R. Aldana, B. O. Hing, L. M. Saucedo, E. Trucios-Haynes, *Understanding immigration law*, cit., 421.

[74] *Ibidem*.

[75] Cfr. D. Weissbrodt, L. Danielson, H. S. Myers III, *Immigration law*, cit., 375 s.

[76] Cfr. C. Cuauhtémoc García Hernández, *Abolishing immigration prisons,* in *Boston University Law Review*, 2017, 245 s.

[77] Cfr. *Mass incarceration: the whole pie 2019*, in *www.prisonpolicy.org*. Sul fenomeno della *mass incarceration* può vedersi, da ultimo, nell'ampia letteratura statunitense, l'interessante libro di J. F. Pfaff, *Locked in. The true causes of mass incarceration and how to*

2012 (anno record) sono entrate nei centri dell'ICE 477.523 persone[78]; nel 2018 ne sono entrate 396.448 mentre 2001, prima che tutto cambiasse dopo l'11 settembre, erano solo 95.214[79]. Prima degli anni 80', addirittura, gli immigrati detenuti erano addirittura una trentina al giorno[80].

La percentuale delle espulsioni si attesta attorno al 50%; gran parte delle persone è detenuta in centri dislocati in un solo stato sul confine messicano: il Texas[81]. Ad aprile 2019 i detenuti (presenti) erano oltre 60.000[82]. Secondo dati del 2016, il 10% dei detenuti nei centri per immigrati si trova in strutture di proprietà e gestione federale; il 25% in strutture gestite a livello statale, anche all'interno di istituti penitenziari dislocati nelle contee; ben il 65%, infine, si trova in strutture gestite da privati, naturalmente a fini di lucro[83]. Quest'ultimo è un dato assai significativo: quando la detenzione diventa un *business* l'interesse di chi lo gestisce è, evidentemente, di avere centri affollati in modo da poter aumentare i profitti. Così, negli Stati Uniti, il dibattito relativo alla *immigration detention* non si focalizza solo sul tema dei diritti umani connessi alla privazione della libertà e alle condizioni della detenzione, spesso in centri isolati dai centri urbani e difficilmente raggiungibili da familiari e difensori, ma si estende anche ai costi per la finanza pubblica, frutto di pressioni sulla politica da parte delle *lobbies* di settore (le stesse peraltro che dagli anni 90' gestiscono alcune *private prison*, guarda caso riservate anch'esse a stranieri)[84]: solo per l'anno fiscale 2018 il Presidente degli Stati Uniti ha chiesto al Congresso, nell'ambito del budget del DHS, 2,7 miliardi di dollari per sostenere costi per 51.379 posti-letto nei centri per la detenzione degli immigrati, che aumentano in numero e capacità: nell'anno fiscale 2017 un'analoga richiesta di 2,2 miliardi di dollari era infatti relativa ai costi per la gestione di 'soli' 31.000 posti-letto[85].

Mentre è previsto un termine massimo per l'esecuzione dell'espulsione, pari a novanta giorni dopo la definitività del relativo ordine, non è invece previsto dalla legge un *termine di durata massima della detenzione*. Quel termine, pari a sei mesi, è però stato introdotto nel 2001 dalla Corte Suprema dopo aver sottolineato che una detenzione a tempo indeterminato – come

---

achieve real reform, 2017.

78 Cfr. C. Cuauhtémoc García Hernández, *Abolishing immigration prisons,* cit., 253.

79 Cfr. D. Weissbrodt, L. Danielson, H. S. Myers III, *Immigration law*, cit., 45.

80 Cfr. *Immigration Detention Map & Statistics*, in *www. endisolation.org*.

81 Fonte: *www.trac.syracuse.edu*.

82 Fonte: *www.trac.syracuse.edu*.

83 *Fonte: DHS — Homeland Security Advisory Council, Report of the Subcommittee on Privatized Immigration Detention Facilities* December 1, 2016, 7 s.

84 Cfr. J.M. Chacon, *Privatized Immigration Enforcement*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2017, 1 s. V. anche A *toxic relationship: private prisons and U.S. immigration detention*, in *www.detentionwatchnetwork .org*.

85 Cfr. DHS, Fiscal Year 2018 Budget in brief, in *www.dhs.gov*,

nel caso in cui lo Stato di destinazione rifiuti il rimpatrio – contrasterebbe con la garanzia costituzionale del *due process of law* accordata dal V Emendamento a quanti siano privati della libertà personale[86]. Peraltro, la Corte Suprema ha altresì affermato, nell'occasione, che dopo il termine dei sei mesi la detenzione può comunque essere protratta se lo straniero non fornisca buone ragioni per ritenere che sia improbabile il suo rimpatrio nel prossimo futuro e il Governo, sa parte sua, fornisca invece prove sufficienti in senso contrario. Nel 2019 la possibilità di una detenzione a tempo indefinito è stata inoltre ammessa, dall'amministrazione Trump, per i nuclei familiari con minori[87].

Le statistiche, al pari delle notizie di cronaca, mostrano una significativa variabilità dei periodi di detenzione.

Quanto infine alle condizioni di detenzione, una disciplina molto dettagliata, volta a uniformare la realtà dei centri sotto svariati profili, è contenuta in un documento dell'ICE, denominato *Performance-Based National Detention Standards* (PBNDS), che risale al 2011[88]. Senonché la realtà sembra ben lontana dagli standard normativi: le organizzazioni a difesa dei diritti civili denunciano infatti da tempo situazioni gravi: *"people in immigration detention are vulnerable to abuse. Immigrants in detention facilities around the United States are often subjected to punitive and long-term solitary confinement. They are subject to inadequate medical care, vulnerable to rape and assault, and often isolated from access to legal assistance and community support"*[89]. Ancora nel settembre del 2017 un noto magazine – *The Newyorker* – pubblicava un articolo intitolato, significativamente, "*A Medical Emergency, and the Growing Crisis at Immigration Detention Centers*", nel quale, tra l'altro, si dava notizia di suicidi e morti nei centri: circa 170 dal 2003[90]. La gestione in larga parte privata, e ampiamente finanziata, non garantisce evidentemente elevati *standard* quanto alle condizioni di detenzione; ed è ragionevole pensare come denunciano alcune organizzazioni a difesa dei

---

[86] U.S. Supreme Court, Zadvydas v. Davis.

[87] Cfr. B. Naylor, *New Trump Policy Would Permit Indefinite Detention Of Migrant Families, Children*, in *npr.org*, august, 21, 2019.

[88] Per un esame dettagliato, comprensivo di una casistica e di riferimenti giurisprudenziali, v. I. J. Kurzban, *Immigration law sourcebook*, 15ª ed., 2016, 217 s.

[89] Cfr. *Immigration Detention Map & Statistics*, cit. A proposito della pratica dell'isolamento (*solitary confinement*) cfr. I. J. Kurzban, *Immigration law*, cit., 219, nonché la ICE Policy No. 11065.1, "*Review of the Use of Segregation for ICE Detainees*" *(Sept. 4, 2013)*.

[90] L'articolo, a firma di C. Bethea, è stato pubblicato il 13 settembre 2017 e può leggersi in *www.newyorker.com*. Nello stesso si segnala la pubblicazione di un recente e interessante report sulle condizioni dei detention centers in Georgia, intitolato "*Imprisoned justice*", che può leggersi in *www.progectsouth.org*.

diritti umani[91] – che si tratti di un infausto esito delle fredde logiche della massimizzazione del profitto nell'impresa della detenzione[92].

5. Conclusione: un problema di garanzie e di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, ai confini del diritto penale. Ovvero, del divieto di importare dal diritto penale tecniche e strumenti di tutela dei beni giuridici senza equivalenti garanzie sostanziali e procedurali

In paesi e contesti sociali diversi, al di qua e al di là dell'Oceano Atlantico, la reazione giuridica all'immigrazione di massa ha portato alla creazione, nell'ambito del diritto pubblico, di sotto-sistemi che si ambientano nel diritto amministrativo, ma che presentano caratteristiche proprie del diritto e della procedura penale. Di fronte alla necessità di contrastare l'immigrazione irregolare, a tutela della disciplina amministrativa dell'ingresso e del soggiorno nello Stato, in diversi ordinamenti si è creato un sistema ibrido, che è sostanzialmente *criminal-type* in termini di agenzie di *enforcement* e, soprattutto, di *strumenti di privazione o limitazione della libertà* (arresto, detenzione ed espulsione) *e relative procedure*. Nella lotta all'immigrazione irregolare, gestita da apparati amministrativi, a partire dalle forze di polizia, l'uso della forza pubblica è un elemento oggi ancora prioritario, come mostrano gli investimenti che la politica promette, ovunque, per arginare il fenomeno: aumentando i controlli e la presenza di forze dell'ordine sul territorio, alzando muri e steccati, aumentando i posti-letto nei centri di detenzione, e così via. È una lotta intimamente connessa – per fattori criminologici – a quella che anche e proprio gli stessi attori combattono contro alcune tra le attività criminali che ovunque si annidano in buona parte nel contesto dell'immigrazione irregolare e che destano un particolare allarme sociale: il traffico di stupefacenti, il traffico e lo sfruttamento di esseri umani, il terrorismo. Lottare contro l'immigrazione irregolare significa anche lottare contro l'importazione di droga, di esseri umani sfruttati in vario modo (nel mercato del lavoro o in quelli del sesso e della prostituzione), di appartenenti alla criminalità organizzata e di terroristi islamici, fatti e finiti, in erba o potenziali. L'immigrazione irregolare è un oggi un tema di sicurezza nazionale e di lotta contro alcune tra le più gravi forme di criminalità: una questione seria che – anche nella percezione sociale – autorizza l'impiego della forza pubblica per respingere, arrestare, detenere ed espellere gli stranieri ritenuti indesiderati

---

[91] Cfr. *A toxic relationship*, cit.

[92] Periodicamente il GAO (Government Accountability Office) pubblica report nei quali segnala le carenze, rispetto agli standard, e indica le azioni da adottare. V ad es. in www.gao.gov, il documento pubblicato il 29 febbraio 2016 e intitolato *Additional Actions Needed to Strengthen Management and Oversight of Detainee Medical Care.*

sulla base di scelte politiche relative all'apertura delle frontiere e all'effettiva capacità e opportunità socio-economica dell'accoglienza.

In un simile contesto non si fatica a comprendere perché, pur in ordinamenti diversi, l'arsenale penalistico si sia in buona misura sovrapposto a quello amministrativistico e, in parte, sia stato da quest'ultimo preso in prestito, dando luogo al fenomeno della *crimmigration*. Il relativo processo è ispirato, ovunque, a *consapevoli scelte politiche*: l'uso di strumenti e tecniche di tipo penalistico *al di fuori del sistema della giustizia penale* in modo tale da *massimizzare l'efficacia* di quegli strumenti/tecniche, spogliate del corredo di garanzie che in quel diverso e parallelo sistema ne limitano la portata. Nella letteratura statunitense lo ha ben sottolineato Legomsky parlando di una "*asymmetric incorporation of criminal justice norms*" nell'*immigration law*: asimmetrica perché il *criminal justice model* è stato per lo più importato senza le relative garanzie[93], in misura diversa ma sostanzialmente analoga negli Stati Uniti e in Europa. Questo fenomeno giuridico - e prima ancora politico - è espressione di quel che Sklansky ha efficacemente chiamato "*ad hoc instrumentalism*": la criminalizzazione del diritto dell'immigrazione si sostanzia oggi in norme e procedure concepite dalla politica come un "*set of interchangeable tools"* utilizzabile per raggiungere lo scopo ultimo, rappresentato dall'espulsione dello straniero irregolare[94].

Senonché – qui sta il problema – negli Stati Uniti così come in Europa i principi costituzionali e sovranazionali non tollerano che lo 'strumento penale' possa essere spogliato delle garanzie che lo assistono. E per 'strumento penale' deve intendersi quel che rientra *sostanzialmente* e non già solo formalmente in una nozione allargata di 'materia penale', secondo una consapevolezza che lentamente, ma inevitabilmente, stanno acquisendo i penalisti e i giudici costituzionali europei sulla spinta della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e che sembra invece, per quanto non assente, ancora a uno stadio embrionale negli Stati Uniti. Occorre insomma prendere atto che il rischio di una 'frode delle etichette' si annida in diversi luoghi nel diritto dell'immigrazione. È concettualmente un rischio analogo a quello che i penalisti italiani da tempo hanno individuato in altre zone grigie, anch'esse ai confini del diritto penale: le misure di sicurezza e le misure di prevenzione – con in testa il cavallo di troia della confisca –, i reati tributari e finanziari caratterizzati dal doppio binario sanzionatorio penale/amministrativo, e altre ancora. Ebbene, come la storia insegna il progresso della civiltà del diritto impone, ovunque, di riconoscere e affermare i principi e poi di applicarli fedelmente, *senza chiudere gli occhi*. I principi fondamentali – le garanzie accordate a ciò che è sostanzialmente pena – devono valere per tutti, anche per gli stranieri, che se non sono cittadini sono esseri umani, titolari di diritti che

---

[93] H. Legomsky, *The new path of immigration law*, cit., 469 s.
[94] Cfr. D. A. Sklansky, *Crime, Immigration, and ad hoc instrumentalism*, cit., 161.

non possono essere calpestati. L'estensione delle fondamentali garanzie fino ai confini del diritto penale, e oltre, è imposta dai principi superiori del diritto, a partire da quello di uguaglianza: non bisogna ricordarsene solo quando sono in gioco grandi interessi economici, come nel caso della confisca e dei reati tributari e in materia di *market abuse*[95], ma anche e con maggior sensibilità quando si tratta delle sorti umane dei migranti e delle rispettive famiglie. Una simile consapevolezza rappresenta un autentico tesoro giuridico da conservare e trasmettere alle future generazioni, creando le condizioni, nell'opinione pubblica, per modificare assetti di disciplina che oggi, come mostra il *crimmigration process*, mettono spesso tra parentesi fondamentali garanzie. Si tratta di dare ulteriore linfa a un'operazione culturale, di civiltà del diritto, che da tempo ovunque svolgono, spesso pro-bono, i difensori dei diritti civili, in Europa come negli Stati Uniti, compresi non pochi avvocati e docenti universitari, anche nell'ambito di *legal clinics*[96].

È un'operazione che, come mostra l'esperienza, può portare i suoi migliori e tangibili frutti quando intraprende la strada maestra – istituzionale e fisiologica – dell'affermazione dei diritti *nelle sedi giudiziarie* e, in particolare, nelle corti superiori chiamate a presidiare le garanzie fondamentali. In questa prospettiva la strada già percorsa in Europa, grazie soprattutto alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[97], è indubbiamente maggiore in rapporto all'analogo percorso in atto negli Stati Uniti. Esemplari due sentenze della Grand Chambre della Corte EDU, entrambe relative all'Italia, che hanno ravvisato violazioni di diritti fondamentali, rispettivamente, nella pratica dei respingimenti collettivi in alto mare, verso la Libia (Hirsi c. Italia, 2009) e nella detenzione di immigrati nel centro di prima accoglienza di Lampedusa (Klhaifa c. Italia, 2016). In Hirsi sono state ravvisate, da un lato, la violazione dell'art. 4 Prot. 4 Cedu, che vieta le espulsioni collettive, in particolare sotto il profilo della mancata garanzia del diritto di difesa; dall'altro lato, la violazione dell'art. 3 Cedu per il rischio di sottoposizione dei migranti a trattamenti inumani e degradanti, una volta in Libia. In Khlaifa la Corte Edu, dopo aver riconosciuto che i migranti erano sostanzialmente *"imprisoned without access to a judge"*, ha ravvisato una violazione dell'art. 5 Cedu sotto

---

[95] Il riferimento è a note vicende giudiziarie italiane (e non solo) portate negli ultimi anni all'attenzione della Corte EDU.

[96] Le cliniche legali, in non pochi casi focalizzate sul diritto dell'immigrazione, sono notoriamente diffuse da almeno quarant'anni negli Stati Uniti. Quanto all'Italia, merita una menzione l'impegno di due accademici, Luca Masera (Univ. di Brescia) e Stefano Zirulia (Univ. di Milano), che hanno svolto pro-bono il ruolo di difensori in un noto procedimento (Khlaifa c. Italia) che nel 2016 ha avuto come esito una condanna dell'Italia, da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per la violazione di alcuni diritti fondamentali in rapporto alla detenzione di migranti nel centro di prima accoglienza di Lampedusa.

[97] Per un'interessante rassegna giurisprudenziale, aggiornata a novembre 2019, v. *Migrants in detention*, in *www.echr.coe.int*.

il duplice profilo della mancanza di una base legale per la privazione della libertà personale e dell'assenza delle condizioni per l'esercizio effettivo del diritto di difesa. Quest'ultimo profilo è stato d'altra parte ritenuto decisivo da un'ulteriore sentenza della Prima Sezione della Corte EDU (Richmond Yaw c. Italia), che nel 2016 ha condannato l'Italia, per violazione dell'art. 5 Cedu in un caso relativo alla proroga del trattenimento di cittadini extracomunitari in un C.I.E. disposta da un giudice di pace *de plano*, senza convocazione degli interessati e del loro avvocato.

Un contributo per l'affermazione dei diritti dei migranti caduti nelle maglie della versione europea del *crimmigration system* è giunto poi anche dalla Corte di Giustizia UE[98] che, nel fornire l'interpretazione della Direttiva rimpatri, in due casi relativi alla Germania, ad esempio, ha affermato il divieto di trattenere gli stranieri irregolari in carcere, in attesa del rimpatrio, assieme ad altri detenuti (Thi Ly Pham, 2014)[99], e la necessità che il trattenimento avvenga in appositi centri (Brero, Bouzalmate, 2014)[100]. Altre pronunce della Corte di Giustizia UE, sempre relative alla 'detenzione amministrativa', ne hanno sottolineato il ruolo di *extrema ratio*, alla luce del principio di proporzionalità, ed hanno altresì valorizzato la necessità di garantire il diritto di difesa, anche e in particolare in rapporto al protrarsi del trattenimento (e all'eventuale proroga), da escludersi allorché sia poco probabile l'accoglimento dello straniero da parte del paese terzo (Kadzoev, 2009[101]; M.G., 2013[102]; Mahdi, 2014[103]).

La giurisprudenza europea qui richiamata – si noti – afferma diritti e garanzie *prescindendo dalla qualificazione penalistica* o meno dell'espulsione e del trattenimento nei centri ad essa preordinati: le disposizioni della Cedu e della Direttiva rimpatri, rilevanti in rapporto ai casi citati, prescindono infatti da quella qualificazione. Vero è d'altra parte che se la Corte EDU un domani inquadrasse espressamente la detenzione amministrativa e/o l'espulsione (specie quando conseguente alla condanna penale di uno straniero con regolare permesso di soggiorno) nell'ambito della materia penale – alla luce dei criteri Engel – il livello delle garanzie si alzerebbe notevolmente (comprenderebbe ad esempio il divieto di *bis idem*, rendendo problematica l'incriminazione della clandestinità e la sua contestuale rilevanza quale illecito amministrativo). Un segnale in tal senso, sul terreno dell'art. 7 Cedu, può cogliersi d'altra parte, quanto all'espulsione, in una decisione del 2009 che ha ravvisato la violazione del divieto di applicazione retroattiva nel caso di

---

98 Cfr. V. Mitsilegas, *The criminalisation of migration in Europe*, cit., 93 s.
99 Decisione del 17 luglio 2014 (C-474/13).
100 Decisione del 17 luglio 2014 (C-473/13 e C-514/13).
101 Decisione del 30 novembre 2009 (C-357/09).
102 Decisione del 10 settembre 2013 (C-383/13).
103 Decisione del 5 giugno 2014 C-146/14).

una legge spagnola che, nel 2003, aveva reso obbligatoria l'espulsione dello straniero autore di determinati reati e prolungato altresì la durata del conseguente divieto di reingresso nello Stato (Gurguchiani c. Spagna). D'altra parte, proprio richiamandosi alla giurisprudenza della Corte EDU sull'estensione delle garanzie convenzionali alla "materia penale", la Corte Interamericana dei Diritti Umani, nel 2010, ha qualificato la detenzione amministrativa di uno straniero "irregolare" come sanzione sostanzialmente penale, estendendo ad essa le garanzie del giusto processo e della legalità penale (Vélez Loor vs. Panama)[104].

Diversa, come si diceva, è la situazione negli U.S.A., dove il vaglio di legittimità costituzionale del *crimmigration system* è condizionato, in negativo, dalle strettoie legali che impediscono o rendono comunque difficile arrivare alla *judicial review* da parte delle corti federali, le quali, a differenza degli *immigration judges*, hanno il potere di adire la Corte Suprema. Non solo: a ciò va aggiunto un tradizionale atteggiamento di 'dispimegno' della Corte Suprema nella materia in esame, frutto di delicati rapporti politici con il Governo federale. Il contrasto all'immigrazione irregolare, infatti, è in sostanza concepito – a partire da una nota decisione del 1889 (Chae Chan Ping v. U.S.: c.d. *Chinese Exclusion Case*) [105] come affare di politica estera, tradizionalmente riservato al Governo federale (c.d. *Plenary Power Doctrine*)[106]. Questa premessa di diritto costituzionale ha rappresentato l'argomento maggiore per giustificare l'*immigration exceptionalism*, così lapidariamente compendiato in una decisione della Corte Suprema del 1976 (Mathews v. Diaz): *"in the exercise of its broad power over naturalization and immigration, Congress regularly makes rules that would be unacceptable if applied to citizens"*. Non solo, un'ulteriore e fondamentale premessa – un autentico *leitmotiv* ricorrente da più di cento anni nella giurisprudenza della Corte Suprema e delle corti federali – con uno *"snowballing effect"* – è l'inquadramento dell'espulsione e della detenzione ad essa funzionale *"as civil remedies, not as punishment comparable to criminal sanctions"*[107]. Fin da una storica sentenza del 1893 (Fong Yue Ting v. U.S.), la Corte Suprema ripete che *"the order of deportation is not a punishment for crime"*[108]: un'affermazione funzionale ad esclu-

---

[104] Sentenza del 20 novembre 2010. In proposito v. F. Viganò, *Commento all'art. 9 (Principio di legalità e di retroattività)*, in L. Cappuccio, M. Tanzarella (a cura di), *Commentario alla Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo*, ESI, in corso di pubblicazione.

[105] V. anche, successivamente, Fong Yue Ting v. U.S., 1893: *"the right to exclude or to expel all aliens, or any class of aliens…[is] an inherent and inalienable right of every sovereign and indipendent nation"*.

[106] Cfr. K. R. Johnson, R. Aldana, B. O. Hing, L. M. Saucedo, E. Trucios-Haynes, *Understanding immigration law*, cit., 123.

[107] Così . Stumpf, *The crimmigration crisis*, cit., 392.

[108] "It is not a banishment, in the sense in which that word is often applied to the expulsion of a citizen from his country by way of punishment. It is but a method of enforcing the

dere l'estensione sul terreno del diritto dell'immigrazione delle garanzie del *criminal justice system*, consentendo così di pervenire ad esiti che, con le parole di Legomsky, sarebbero *"unthinkable in criminal cases"*[109]. L'elenco delle garanzie non riconosciute dalla giurisprudenza nell'ambito del diritto dell'immigrazione è ampio e trasversale alla Costituzione americana[110]: dal *ban of cruel and unusual punishment*[111] alla *double jeopardy clause* (il principio di *ne bis in idem*)[112], dalla *prohibition of ex posto facto laws*[113] ai *Miranda warnings*[114], dalla *presunzione di innocenza*[115] al *privelege against self incrimination*[116], dalla *exclusionary rule* (divieto di utilizzo delle prove illegittimamente acquisite, ad es. all'esito di un sequestro)[117] al *right to counsel*[118] e al *right of trial by jury*[119]. La situazione in cui si viene a trovare lo straniero nel sistema statunitense è icasticamente così descritta da Kanstrom:

> *"imagine a non-citizen about whom the government has some suspicion. He might be arrested* […] *as a suspected undocumented alien, an overstay, for failure to report an address change, etc. This might occur pursuant*

---

return to his own country of an alien who has not complied with the conditions upon the performance of which the Government of the nation, acting within its constitutional authority, and through the proper departments, has determined that his continuing to reside here shall depend".

[109] H. Legomsky, *The new path of immigration law*, cit., 518.

[110] *Ibidem*, 511 s.

[111] Cfr. U.S. Supreme Court, Fong Yue Ting v. U.S., 1893.

[112] Cfr. U.S. Court of Appeals, Second Circuit, Oliver v. INS, 1975.

[113] Cfr. U.S. Supreme Court, Mahler v. Eby, 1929: l'espulsione in conseguenza di una condanna per un reato che, al tempo in cui è stato commesso, non comportava l'espulsione, non viola il principio di irretroattività, che riguarda solo le leggi penali ("*deportation is not punishment*").

[114] U.S. Court of Appeals, Second Circuit, U.S. v. Silva, 1983.

[115] U.S. Court of Appeals, Seven Circuit, Chavez-Raya v. INS, 1975.

[116] U.S. Court of Appeals, Seven Circuit, Laqui v. INS, 1970: i *non-citizens* possono invocare il *privilege against self-incrimination*, durante la *removal hearing*, solo in rapporto a condotte che integrano un reato. D'altra parte, la Corte Suprema (Hyun v. Landon, 1956) consente al giudice dell'immigrazione di valutare il silenzio a sfavore dello straniero.

[117] Cfr. U.S. Supreme Court, INS v. Lopez-Mendoza, 1984: *"The exclusionary rule does not apply in a deportation proceeding"*; *"A deportation proceeding is a purely civil action to determine a person's eligibility to remain in this country. The purpose of deportation is not to punish past transgressions, but rather to put an end to a continuing violation of the immigration laws. Consistent with the civil nature of a deportation proceeding, various protections that apply in the context of a criminal trial do not apply in a deportation hearing"*.

[118] Il riferimento è non solo alla mancata previsione del gratuito patrocinio a spese dello Stato (accordato in materia penale), ma anche ad altre situazioni. Chi chiede di entrare negli Stati Uniti, alla frontiera, ad esempio, non ha diritto alla nomina di un difensore, durante un'ispezione, finché non sia preso in custodia sulla base della contestazione di uno o più reati (§ 292.5(b) Code of Federal Regulation).

[119] Cfr. U.S. Supreme Court, Fong Yue Ting v. U.S., cit.

to a tip, during a workplace raid, or even on the street simply because he "looks" undocumented to an agent. What rights will such a person have? As to the arrest, his rights will be minimal. He will be very unlikely to argue for suppression of evidence that may have been seized in violation the Fourth Amendment. He will not be read Miranda rights. Indeed, he may not even be advised that he has the right to obtain a lawyer until after a government agent has interrogated him. He will never have the right to appointed counsel. He will, of course, never have a right to a jury trial. At his hearing before the immigration judge, he may even find that the burden of proof will be shifted to him, once the government has made a showing of "alienage." And that showing may be as minimal as a birth certificate from a foreign country with a name on it that is similar to his. If he seeks an appeal of the Immigration Judge's decision he may well face incarceration during the length of that appeal - which could easily be years. He may then receive a summary decision by a single member of the Board of Immigration Appeals that is the product of ten minutes of review of his case. If he seeks a further appeal to a federal court he may well find that court declining review of "discretionary" questions such as his potential eligibility for "relief' from removal"[120].

In questo sconfortante scenario, sorretto da una secolare giurisprudenza, un segnale di possibile inversione di tendenza è rappresentato da una decisione della Suprema Corte del 2010, salutata con estremo favore dalla dottrina, che vi ha intravisto una "*reason to hope*"[121]. In Padilla v. Kentucky la Corte è stata chiamata a stabilire se la garanzia costituzionale del diritto a una difesa effettiva "nei procedimenti penali" riguardi le *sole conseguenze penali*, ovvero *anche quelle extrapenali* e, in particolare, l'espulsione.; se, più precisamente, quella garanzia, accordata dal VI emendamento, comporti o meno per il difensore l'obbligo di informare l'imputato sul rischio di andare incontro all'espulsione patteggiando la pena per un reato che comporti, per l'appunto, l'espulsione. Il caso sottoposto alla Corte è il seguente: Jose Padilla, nato in Honduras, risiede in modo continuo negli Stati Uniti per più di quarant'anni, tra l'altro servendo la Nazione con onore, come militare, durante la guerra in Vietnam. I suoi guai con la giustizia iniziano allorché viene fermato alla guida di un camion mentre trasporta un grande quantitativo di marijuana. Il reato contestato è tra quelli che comportano obbligatoriamente l'espulsione in caso di condanna o di patteggiamento. Il difensore di Padilla, nel proporre al proprio assistito di patteggiare la pena, non solo omette di informarlo in merito alla conseguenza dell'espulsione, ma addirittura lo tran-

---

[120] D. Kanstrom, *Criminalizing the undocumented: ironic boundaries of the post-September 11th "pale of law"*, in *North Carolina Journal of international law and commercial regulation*, 2004, 650.

[121] Cfr. ad es. P. L. Markowitz, *Deportation is different*, in *Journal of Constitutional Law*, 2011, 1299 s.

quillizza dicendogli di non preoccuparsi per il proprio *status*, considerato che è da molto tempo residente nel paese. Grazie a un pessimo difensore, Padilla patteggia e si vede recapitare un ordine di espulsione. La Corte del Kentucky rigetta il relativo ricorso sostenendo che il VI Emendamento non può essere invocato, nel caso di specie, perché a venire in rilievo è una mera "conseguenza collaterale" della condanna. La Corte Suprema sposa invece a maggioranza la tesi opposta: *"the counsel must inform her client whether his plea carries a risk of deportation. Our longstanding Sixth Amendment precedents, the seriousness of deportation as a consequence of a criminal plea, and the concomitant impact of deportation on families living lawfully in this country demand no less"*. Nella sua *dissenting opinion* il giudice Scalia, noto conservatore, ha seguito un argomento tradizionale per negare la garanzia invece accordata dalla Corte: ha cioè ritenuto di dover limitare alle conseguenze *penali* l'operatività del diritto a una difesa effettiva. L'opinione maggioritaria della Corte, redatta dal giudice Stevens, se non è arrivata ad affermare *ex professo* la natura penale dell'espulsione conseguente a un patteggiamento, ci è andata molto vicino: ha infatti negato la rilevanza della distinzione tra conseguenze dirette e collaterali del patteggiamento sottolineando peraltro che l'espulsione *"as a consequence of a criminal conviction is, because of its close connection to the criminal process, uniquely difficult to classify as either a direct or a collateral consequence"*. L'espulsione infatti – si spinge a dire la Corte Suprema – *"is an integral part - indeed, sometimes the most important part – of the penalty that may be imposed on noncitizen defendants who plead guilty to specified crimes*". Il che non significa che abbia natura penale: "*We have long recognized that deportation is a particularly severe "penalty", Fong Yue Ting v. United States, 149 U. S. 698, 740 (1893); but it is not, in a strict sense, a criminal sanction. Although removal proceedings are civil in nature, see INS v. Lopez-Mendoza, 468 U. S. 1032, 1038 (1984), deportation is nevertheless intimately related to the criminal process. Our law has enmeshed criminal convictions and the penalty of deportation for nearly a century. And, importantly, recent changes in our immigration law have made removal nearly an automatic result for a broad class of noncitizen offenders. Thus, we find it "most difficult" to divorce the penalty from the conviction in the deportation context. United States v. Russell, 686 F. 2d 35, 38 (CADC 1982). Moreover, we are quite confident that noncitizen defendants facing a risk of deportation for a particular offense find it even more difficult. See St. Cyr, 533 U. S., at 322 ("There can be little doubt that, as a general matter, alien defendants considering whether to enter into a plea agreement are acutely aware of the immigration consequences of their convictions")"*.

Forse anche in ragione della singolarità del caso – l'espulsione di un veterano del Vietnam da quarant'anni e più residente negli Stati Uniti –, nonché del contesto politico (la decisione risale al periodo iniziale della Presidenza di Obama), la Corte Suprema ha mostrato una significativa apertura verso

l'estensione delle garanzie penalistiche al diritto dell'immigrazione. È una decisione storica perché era sostanzialmente senza precedenti, se si eccettuano la citata decisione che, nel 2001, ha introdotto un termine massimo di sei mesi per la durata della '*civil detention*' (Zadvydas v. Davis) e l'altresì menzionata sentenza del 1951 (Jordan v. De George) che ha esteso il vaglio di sufficiente precisione (*definiteness*) della legge penale alla formula *"crime of moral turpitude"* dopo aver precisato che, pur non essendo quella formula contenuta in una legge penale, *è relativa* a (ed è il presupposto di) una misura – l'espulsione – che della pena ha la sostanza: "*deportation is a drastic measure and at times the equivalent of banishment or exile. It is the forfeiture for misconduct of a residence in this country. Such a forfeiture is a penalty*"[122]. Proprio quest'ultima sentenza ha d'altra parte trovato un ancor più recente seguito in un'ulteriore e ultima, storica, sentenza della Corte Suprema. Nel 2018, in Sessions v. Dimaya[123], per la prima volta nella sua storia (lo ricorda nella sua *dissentig opinion il giudice Thomas), la* U.S. Supreme Court ha dichiarato "unconstitutionally vague" *una disposizione dell'*Immigration and Nationality Act (INA) relativa all'espulsione *dello straniero quale conseguenza amministrativa di una sentenza penale di condanna. E lo ha fatto, si noti, dopo avere sottolineato il* carattere afflittivo/punitivo dell'espulsione: "*a particularly severe penalty which may be af greater concern to a convicted alien than any potential jail sentence*" e che, quando consegue a una sentenza penale di condanna, è *"intimately related to the criminal process*" e richiede perciò di essere scrutinata con lo stesso *standard ("the same standard")* in rapporto alla garanzia accordata dal principi di legalità/precisione della legge penale.

***

Il cammino per l'affermazione dei diritti fondamentali, nel contesto dei sistemi giuridici di contrasto all'immigrazione irregolare, è ovunque lento e difficile. Padilla v. Kentucky, prima, e Sessions v. Dimaya, poi, mostrano come esso possa passare attraverso l'espresso riconoscimento della sostanziale natura penale dell'espulsione che, quando è conseguenza della condanna per un reato, da parte di uno straniero regolarmente presente nello Stato è nella sostanza la versione moderna delle pene del bando o dell'esilio[124], e non

---

[122] Sul tema, anche per gli sviluppi successivi, nella giurisprudenza della Suprema Corte, J. L. Koh, *Crimmigration and the void for vagueness doctrine*, in *Wisconsin Law Review*, 2016, 1127 s.

[123] Per un commento v. G.L. Gatta, *La 'materia penale' oltre Oceano: una storica sentenza della Corte Suprema U.S.A. innalza lo standard di tutela delle garanzie fondamentali correlate all'espulsione dello straniero*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 maggio 2018.

[124] Cfr. D. Kanstrom, *Deportation, Social Control, and Punishment: Some Thoughts about Why Hard Laws Make Bad Cases*, in *Harvard Law Review*, 2000, 1890 s. V. anche J. Bleichmar, *Deportation as punishment: a historical analysis of the British practice of ba-*

certo una misura ripristinatoria dello *status quo ante*, come invece si potrebbe sostenere ragionevolmente a proposito dell'espulsione connessa alla violazione delle regole sull'ingresso e sul soggiorno nello Stato[125]. Per altro verso, l'esperienza europea – il riferimento è alla giurisprudenza della Corte EDU – se da un lato conferma in via di principio la percorribilità di quella strada, attraverso l'utilizzo dei criteri Engel e l'attrazione dell'espulsione e della detenzione amministrativa nella 'materia penale', dall'altro lato ne indica un'altra, forse ancora più diritta: riconoscere i diritti fondamentali, come fa la Cedu in alcune sue disposizioni, nella prospettiva dell'oggetto di tutela (la persona e la sua libertà) e non già del mezzo che ne comporta la limitazione (la pena). È il caso dell'art. 3 Cedu che, nell'affermare il divieto di "pene *o trattamenti* inumani o degradanti", non limita il proprio raggio d'azione alle sole pene e, pertanto, ben può riferirsi alla detenzione amministrativa degli immigrati e all'intera procedura di espulsione o respingimento. Ed è altresì il caso dell'art. 5 Cedu, che nell'affermare diritti e garanzie in tema di libertà personale, in caso di arresto o detenzione, non esclude dalla propria sfera d'azione i provvedimenti adottati al di fuori del sistema della giustizia penale e funzionali a procedure di identificazione e di espulsione (le sentenze Klhaifa c. Italia e Richmond Yaw c. Italia lo confermano).

La strada che consente di elevare lo standard delle garanzie nel diritto dell'immigrazione, in linea con la severità degli strumenti di tipo penalistico, appare dunque almeno in via di principio tracciata. Non occorre portare il diritto dell'immigrazione dentro il sistema penale per raggiungere lo scopo. I due sistemi, anzi, possono e devono opportunamente restare separati. *Quando però il diritto dell'immigrazione si avvicina al diritto penale, per severità delle misure, o comunque incide su diritti fondamentali dell'uomo, deve allora essere presidiato da garanzie di tipo penalistico*. E se il prezzo da pagare è una minore efficacia o semplicità nell'azione di contrasto a fenomeni che destano allarme sociale, quel prezzo è semplicemente da pagare: lo impone la fedeltà ai principi, a tutela di diritti fondamentali dell'uomo e dello stato di diritto, e non di polizia, in cui vogliamo continuare a vivere.

---

nishment and its impact on constitutional law, in Georgetown Immigration Law Journal, 1999, 115 s.

[125] Sulla distinzione tra misure ripristinatorie e misure sanzionatorie, v. C. E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, 1988, 43 s.

TRA GUSCI DI NOCE E TENDE DI CIELO: UN PERCORSO PER LA TUTELA DEI DIRITTI DEI DETENUTI

di Fabio Gianfilippi

SOMMARIO: 1. Il primo passo. – 2. Uno sguardo all'interno. – 3. Un'analisi degli strumenti. – 4. Fuori le mura.

1. Il primo passo

La prima volta che sono entrato nel carcere di Terni, di cui allora iniziavo ad occuparmi come magistrato di sorveglianza di Spoleto, mi colpì subito un lungo corridoio che, tra gli altri, si attraversa per accedere alla zona delle sezioni detentive.

L'illuminato Direttore della Casa circondariale aveva favorito la realizzazione ad opera di detenuti di grandi murales, ancora oggi in molte parti visibili all'interno dell'istituto.

In quel corridoio su una parete era stata dipinta una enorme visione di un mare pieno di pesci di tutti i tipi e sull'altra una spiaggia tropicale selvaggia e assolata. Vi campeggiava al centro la scritta, di derivazione talmudica, moralistica, eppure così efficace: «*Chi salva un uomo salva l'umanità ed anche se stesso*».

Mi domandavo allora a chi si rivolgesse quella frase. Alle persone detenute, agli operatori che lavorano nel carcere, agli avvocati, ai giudici? A ciascuno, risponderei probabilmente oggi, come a ciascuno quella deserta spiaggia di sole credo evochi la libertà e la serenità dell'approdo dopo il lungo travaglio del mare.

In questi anni ho affrontato quel percorso in entrambi i sensi di marcia infinite volte e con stati d'animo molteplici. Si entra infatti in carcere, come forse accade per tutti i luoghi in cui l'umanità si mostra più scoperta e dolente, con una più acuta consapevolezza del proprio quotidiano, dei sentimenti, delle ansie e delle speranze, e li si espone inevitabilmente all'onda d'urto del confronto con le persone detenute e con il loro bisogno estremo di essere ascoltate, prima ancora che comprese ed esaudite.

2. Uno sguardo all'interno

La necessità dell'accesso alle strutture carcerarie, per effettuare visite alle sezioni detentive e per svolgere colloqui con i detenuti, discende direttamente dalle funzioni di vigilanza sulla organizzazione degli istituti penitenziari affidate al magistrato di sorveglianza dall'art. 69 dell'Ordinamento peniten-

ziario, e dal diritto, riconosciuto ai detenuti e agli internati dall'art. 35 del medesimo testo normativo, di rivolgergli istanze o reclami non soltanto in forma scritta ma anche oralmente.

Se il quadro delineato dalla profetica ed attualissima normativa del '75 non fosse stato abbastanza eloquente, il regolamento di esecuzione del 2000 esplicitò nel suo art. 5 il potere del magistrato di sorveglianza di assumere, per mezzo delle visite e dei colloqui, ma anche mediante visione di documenti, informazioni dirette sullo svolgimento dei servizi dell'istituto e sul trattamento dei ristretti. Nell'art. 75, infine, precisò che occorre dare agli stessi una periodica possibilità di entrare direttamente in contatto con il magistrato, individualmente ma anche quando questi visita i locali dove i detenuti trascorrono la giornata, consentendo così che anche oralmente possa darsi spazio ad eventuali istanze o reclami, che dovranno trovare nel più breve tempo possibile una risposta sempre motivata.

Le scrivanie della sorveglianza, ingombre di istanze di misure alternative, di liberazione anticipata e di permesso premio, di richieste di riesame della pericolosità ai fini dell'eventuale esecuzione di misure di sicurezza e di innumerevoli proposte di modifica di prescrizioni, hanno subito un progressivo drammatico ingolfamento. Di anno in anno si è avuto un incremento esponenziale delle iscrizioni, dei procedimenti decisi e purtroppo anche di quelli che restano pendenti, a fronte di un numero di detenuti per lungo tempo e sino a data assai recente in costante crescita, e di una messe di novelle normative, volte dapprima ad utilizzare il carcere come rimedio unico alle insicurezze sociali, e poi a tentare di contrastarne gli effetti, facilitando una deflazione il più possibile rapida del congestionato sistema penitenziario. Ciò è purtroppo accaduto anche a discapito della necessaria progressività ed individualizzazione del trattamento, scolpite con classico, efficace, nitore, dall'ordinamento penitenziario, come espressione dei principi costituzionali leggibili nell'art. 27 Cost.

In questa temperie, il momento del colloquio con il detenuto e quello della visita alle sezioni detentive hanno corso il rischio di apparire meno cogenti e meno direttamente produttivi di risultati.

In realtà, si tratta di una espressione fondamentale del ruolo del magistrato di sorveglianza, tanto nei confronti dell'amministrazione penitenziaria, quanto per porsi ed essere riconosciuto quale magistrato di prossimità, che del ristretto in carcere non conosce soltanto ciò che può essere compendiato in un fascicolo pieno, e più spesso sguarnito o quasi, di documentazione, ma quel che deriva dall'averne ascoltato la voce e con essa le speranze ed i propositi, i rimorsi ed i rimpianti, le movenze giustificatorie a volte, e a tratti persino mistificatorie, l'immaturità e la successiva, sperata, maturazione, il poco ed il molto che sono il suo quotidiano e le sue aspettative di futuro.

Mario Gozzini, nel suo splendido libro *La giustizia in galera?*[1] ricorda l'Amleto di Shakespeare, che nel secondo atto sc. II, afferma: «*Potrei vivere in un guscio di noce e sentirmi il re dello spazio infinito, se non fosse per certi cattivi sogni*»[2].

Ed i sogni cattivi sono nell'opera shakespeariana i sospetti, più o meno fondati, ed i pensieri che ossessivamente vi si avvitano intorno.

Anche per il detenuto potrebbe forse essere possibile la vita nel guscio di noce che è la sua cella, purché le sue notti fossero sgombre di cattivi sogni. Ed invece ne sono gravide.

Alcune nubi non possono che derivare dalla privazione stessa della libertà e, pur nell'indubbio dolore che ne deriva, può solo auspicarsi che trascorrano in fretta, riempiendo del massimo contenuto rieducativo il tempo altrimenti vano della carcerazione. In altri casi invece, sono le mancate risposte a domande legittime, per le più disparate ragioni, a confondere i pensieri dei ristretti in carcere e, di fatto, a sovrapporsi alle riflessioni critiche che opportunamente gli stessi dovrebbero sviluppare sui propri trascorsi antigiuridici[3].

Ad angustiare gravemente i detenuti sono perciò innanzitutto i ricordi, i rimorsi ed i rimpianti della vita libera, e soprattutto le condizioni delle famiglie, quando fortunatamente ci sono, e l'assenza, spesso realisticamente percepita, di credibili prospettive per l'avvenire.

La popolazione carceraria che ci è stata consegnata, non senza la responsabilità di leggi "carcerogene" in materia di stupefacenti, di immigrazione, di recidiva nel delitto, succedutesi soprattutto negli ultimi venti anni con ritmi e pervicacia solo a tratti contrastati dalle ferme reazioni della Corte costituzionale, è infatti nelle sezioni comuni dei nostri istituti penitenziari marcatamente segnata dal disagio sociale. Si compone, per una parte assai significativa, di stranieri privi di risorse esterne sul nostro territorio nazionale ed anche in quello di origine, e di cittadini italiani che, tra gli altri, affrontano gli anni della drammatica crisi economica vedendo intorno ridursi per se stessi e per i propri familiari le opportunità di far ritorno, o di far accesso per la prima volta, al mercato del lavoro.

Per i primi servirebbe più professionalità nella gestione di un contesto di fatto multiculturale e più capacità di confrontarsi, innanzitutto linguistica-

---

[1] M. Gozzini, *La giustizia in galera?*, Ed. Riuniti, 1997, p. 16.

[2] «*Oh God, I could be bounded in a nutshell and count myself a king of infinite space, were it not that I have bad dreams*», W. Shakespeare, *Hamlet*, Act. II, sc. II, or. vers.

[3] M. Ruotolo nell'illuminante *Dignità e carcere*, ed. Scientifica, 2014, p. 11 afferma che nella negazione del dialogo sta già la negazione della dignità e cita, per il tramite di Moni Ovadia, Primo Levi che chiede al suo carceriere nazista: «Perchè?», dopo che questi lo ha punito senza ragione e come risposta ottiene soltanto un: «Qui non c'è nessun perchè». É d'altra parte il tema del Cristo prigioniero e sotto processo che, schiaffeggiato, chiede al suo aguzzino senza ottenere risposte: «Se ho parlato male, dimostra il male che ho detto; ma se ho parlato bene, perchè mi percuoti?» (Giovanni, 18:23).

mente, con le nazionalità disparate che sono albergate nei nostri penitenziari. Per tutti occorrerebbero più risorse per favorire la professionalizzazione dei detenuti e per far sì che gli anni del carcere non ne impoveriscano ulteriormente il curriculum di competenze, ma si facciano momento di crescita e di formazione in vista del rientro nel contesto sociale.

Vi sono poi, specialmente negli istituti di dimensioni non particolarmente ampie, alcune sezioni, che hanno l'eufemistico nome di "protette", dove si incontrano le marginalità meno riconosciute, giustapposte a situazioni tra loro diversissime. Vi vengono ristretti imputati e condannati (senza la prevista separazione) per reati di violenza sessuale o per fatti di pedofilia, collaboratori di giustizia, autori di reato appartenenti alle forze dell'ordine e, senza alcuna logica diversa dalla necessità di preservarli dallo stigma che si teme li colpisca se uniti ai detenuti comuni, persone transessuali e persino omosessuali che hanno soltanto il coraggio dignitoso di non voler tacere il proprio orientamento sessuale.

Da ciascuno di loro si leva un unanime coro che denuncia incomprensione, ed il rischio che l'individualizzazione del trattamento non trovi sufficiente spazio è qui più che altrove concreto. Qui, più che altrove, infatti, le iniziative sono difficili, per la necessità di mantenere la separazione di questi ristretti dal resto della popolazione detenuta. Eppure, qui soprattutto, per i *sex offenders* occorre realizzare percorsi di approfondimento psicologico che provino a garantire anche alla collettività una credibile riduzione della loro recidiva nel delitto, per i transessuali promuoverne la prosecuzione delle cure ormonali già intraprese in libertà, per tutti favorirne percorsi di monitorata, prudente, inclusione che scaccino i fantasmi del pregiudizio e della discriminazione, piuttosto che contribuire nei fatti ad alimentarli.

Ovunque, a prescindere dalle sezioni di appartenenza, si incontrano preoccupazioni per la salute, certo a tratti strumentalizzate, ma più spesso rispondenti nei fatti alla multiproblematicità dell'utenza media degli istituti penitenziari, segnata in larga parte dalle condizioni di disagio sociale cui già si faceva cenno e dalla dipendenza da sostanze stupefacenti, alcoliche e a volte da comorbilità psichiatriche che ne rendono ancor più difficile una congrua gestione penitenziaria.

Molti entrano in carcere senza aver conosciuto una assistenza sanitaria, senza che gli siano mai state apprestate, ad esempio, adeguate cure odontoiatriche, e perciò edentuli parzialmente e a volte totalmente, con patologie a lungo trascurate e perciò più difficili da risolvere.

Le problematiche psichiatriche, nel tempo in cui lodevolmente si va verso il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario, vi hanno grande incidenza e, al di là dell'approccio farmacologico, non trovano spesso l'attenzione che meriterebbero, in assenza di aree sanitarie in cui l'esperto psichiatra sia presente per un tempo sufficiente ad occuparsi di tutti.

Vi è infine, da ultimo solamente perché in grado di amplificare le difficoltà e rendere più ardua la risoluzione di tutti gli altri problemi, la questione

del sovraffollamento, che ha raggiunto negli scorsi anni, nel nostro paese, proporzioni solo parzialmente note all'opinione pubblica, nonostante il tanto parlare che se ne è fatto, e che vede oggi una fortunata attenuazione, pur sempre a rischio però di essere temporanea, legata com'è anche alle contingenti scelte di politica criminale che di volta in volta si facciano.

Questi, e molti altri, cattivi sogni "amletici" minano alla base la possibilità per le persone detenute di partecipare veramente all'opera rieducativa che l'art. 27 della Costituzione assegna alla pena. Quei sogni divengono domande di attenzione ossessive che si traducono, quando non trovano risposte, o le trovano ma in modo assai tardivo e parziale, in senso di abbandono da parte delle istituzioni ed in una doglianza diffusa circa la disumanità delle condizioni detentive e la violazione dei diritti fondamentali.

Se per il primo l'ascolto attento degli operatori penitenziari, degli operanti di polizia penitenziaria, della Direzione dell'istituto, dell'area sanitaria e, seppur da ultimo, del magistrato di sorveglianza, può costituire un ristoro (e quante volte ho riscontrato piccoli e grandi miracoli compiuti dalla dedizione degli operatori a fronte di risorse scarse e in alternativa a più facili, ma dannose, scelte dettate da disimpegno burocratico), per gli altri cattivi sogni ciò può non essere sufficiente ed occorre valorizzare a pieno gli strumenti che la legge offre e di cui nel tempo si è progressivamente arricchita.

3. Un'analisi degli strumenti.

L'ordinamento penitenziario parla di diritti delle persone detenute già dalle sue primissime statuizioni e nel suo art. 4 garantisce espressamente che le stesse possano esercitare personalmente i diritti derivanti da quella legge, anche quando legalmente interdetti.

Si tratta, all'evidenza, di dichiarazioni di principio di grande importanza, già per la loro collocazione sistematica.

L'art. 35 e l'art. 69 dell'ordinamento penitenziario, quest'ultimo come leggibile all'esito dell'intervento della cd Legge Gozzini, prevedono poi specificamente il diritto del detenuto di rivolgere reclami al magistrato di sorveglianza e il potere di quest'ultimo di impartire disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati. Tuttavia, tali norme sono state ritenute, com'è noto, costituzionalmente illegittime dalla Consulta (sentenza 26/1999), nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale.

Nella pronuncia citata si esplicita come i diritti fondamentali dell'uomo, per come leggibili nell'art. 2 Cost., possono trovare limitazioni nella restrizione della libertà personale soltanto connessi alle finalità proprie della restri-

zione, ma non vengono annullati da tale stato ed anzi la dignità della persona (art. 3 Cost.) deve permanere pienamente lungo l'arco della detenzione.

Se ciò è vero, però, il riconoscimento della titolarità di diritti, potenzialmente lesi dall'agire dell'amministrazione a causa dello stato detentivo della persona, deve accompagnarsi ad un efficace strumento giurisdizionale mediante il quale farli valere dinanzi ad un giudice, ciò che difettava quando la Corte intervenne censurando, sì, le norme ma lasciando tuttavia al legislatore la scelta dei concreti strumenti per realizzare quanto necessario.

Nonostante il trascorrere degli anni, fu soltanto mediante un intervento giurisprudenziale che, tra le molte opzioni via via adottate dai magistrati di sorveglianza, la Suprema corte individuò (sentenza sez. un. n. 25079/2013), sino all'eventuale adempimento del legislatore, per sindacare i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria incidenti sui diritti soggettivi della persona in quanto detenuta, un procedimento, in realtà piuttosto semplificato, già presente nell'ordinamento penitenziario all'art. 14 *ter* per il reclamo avverso la sottoposizione al regime di sorveglianza particolare, introdotto dalla Legge Gozzini, e concludentesi con una ordinanza ricorribile per cassazione.

Si trattava di un procedimento non esente da difetti, soprattutto in tema di contraddittorio e più in generale derivanti dal modello camerale che, infatti, la Corte costituzionale ebbe modo di censurare in seguito (sentenza 341/2006), riconducendo al giudice del lavoro la competenza, in precedenza rimessa al magistrato di sorveglianza, a decidere sui reclami dei detenuti in materia di lavoro, riconoscendo che vi fosse una disparità di tutele offerte altrimenti al detenuto lavoratore rispetto al libero lavoratore.

A ben vedere, d'altra parte, quest'ultima era una competenza che non attingeva il *proprium* della tutela apprestata dal magistrato di sorveglianza, che non attiene, e non deve attenere, alla salvaguardia di qualunque diritto soggettivo di colui che è detenuto perché lo è, come se la detenzione determinasse una discriminazione o peggio una *capitis deminutio* del detenuto giustificante l'adozione di procedimenti meno garantiti di quelli che sono invece offerti al libero, ma che concerne la asserita lesione di diritti soggettivi che trovi la propria causa nello stato detentivo.

Nel corso di quasi quindici anni, sempre in assenza di una risposta da parte del legislatore, la giurisprudenza di sorveglianza ha utilizzato lo strumento procedimentale del 14 *ter* per riconoscere e tutelare diritti fondamentali delle persone detenute, dalla salute alla tutela della riservatezza in materia di dati sensibili come quelli sanitari o della corrispondenza, ed ancora di pieno esercizio della libertà religiosa e di espressione del pensiero, di informazione e di studio, di mantenimento dei rapporti con i familiari, di promozione dell'unità familiare, di corretto bilanciamento del diritto fondamentale alla dignità della persona ed esigenze di sicurezza, ad esempio in materia di modalità di perquisizione o di *privacy* durante le visite mediche.

Spesso tali questioni hanno riguardato proprio quei contesti detentivi dove più forte è la compressione dei diritti per ragioni di sicurezza e dunque

in particolare la materia delle limitazioni al trattamento penitenziario di detenuti in regime differenziato *ex* art. 41 *bis* ord. pen.

La Corte costituzionale, anche in questo ambito, è stata più volte chiamata ad esplicitare come le limitazioni a diritti di rango costituzionale garantiti in capo ad una persona detenuta siano costituzionalmente compatibili con l'art. 27 Cost., soltanto all'esito di un giudizio di bilanciamento tra valori che non le evidenzi come una afflizione supplementare rispetto a quella già dipesa dalla privazione della libertà personale, aggiungendo per altro che le stesse debbono essere attuate con modalità congrue e proporzionate allo scopo perseguito (da ultimo con la sentenza 143/2013).

Il cammino intrapreso, tuttavia, privo ancora di chiarimenti circa l'efficacia dei provvedimenti emessi dai magistrati di sorveglianza, non è stato sempre facile, tanto da costringere la Corte costituzionale ad intervenire con forza (sentenze 266/2009 e 135/2013) per ribadire che le disposizioni impartite dal magistrato di sorveglianza all'amministrazione non sono mere segnalazioni ma prescrizioni od ordini, il cui carattere vincolante è intrinseco alla finalità di tutela di diritti che la norma stessa persegue.

A fronte della rilevante complessità delle questioni che si erano poste, le condizioni di sempre più drammatico sovraffollamento dei nostri istituti penitenziari, in particolare nel periodo successivo anche di pochissimi anni alla concessione dell'indulto del 2006, hanno visto aumentare grandemente i reclami alla magistratura di sorveglianza sulle condizioni di detenzione, e la sfiducia, o la poca conoscenza del rimedio apprestato in via pretoria da un così lungo numero di anni, hanno condotto i detenuti a chiedere sempre più di frequente un intervento diretto della Corte europea dei diritti dell'uomo che, com'è noto, ha più volte riconosciuto i nostri istituti penitenziari non in regola con il diritto convenzionale ed in particolare con l'art. 3 della Carta, che prescrive il divieto assoluto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti (tra le altre, molto commentate la sentenza Sulejmanovic c. Italia del 2009, la sentenza Torreggiani c. Italia del 2013 e tra le ultime, per la scottante materia della tutela della salute in carcere, la G.C. c. Italia dell'aprile 2014).

In questa chiave la Corte ha affermato che la persona detenuta non deve soffrire un disagio o sopportare una prova di intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza sottinteso alla detenzione e la sua salute ed il suo benessere, considerando le esigenze pratiche della reclusione, devono comunque essere adeguatamente assicurate.

La Cedu ha da ultimo dunque richiesto, nel corpo della sentenza Torreggiani, adottata con la forma della c.d. sentenza – pilota, che l'Italia, nel promuovere una strutturale risoluzione del problema del sovraffollamento, si dotasse di «un ricorso o di una combinazione di ricorsi efficaci al fine di consentire la rimozione delle condizioni di detenzione inumane e l'adeguato risarcimento per la detenzione subita in contrasto con le previsioni della Convenzione».

Non era dunque bastata la tutela apprestata in via inibitoria dalla magistratura di sorveglianza e si dimostrava insufficiente la possibilità di ricorrere al giudice civile per ottenere un risarcimento patrimoniale per i danni causati alla persona da una condizione di detenzione di fatto illecita, come pure pacificamente possibile anche a prescindere dalla sentenza della Corte europea.

È da questa storia, succinta a larghissime campiture, che origina l'introduzione del reclamo giurisdizionalizzato di cui all'art. 35 *bis* Op (Dl 146/2013 poi convertito con l. n. 10/2014), volto alla rimozione delle inosservanze da parte dell'amministrazione delle disposizioni contenute nell'ordinamento penitenziario e nel suo regolamento esecutivo, tali da determinare un attuale e grave pregiudizio all'esercizio di diritti della persona detenuta.

È da questo monito europeo che nasce anche l'art. 35 *ter* Op (Dl 92/2014 poi convertito con l. 117/2014), disponente invece un rimedio risarcitorio principalmente in forma di riduzione della pena per i detenuti che abbiano subito condizioni di detenzione inumane e degradanti, per come definite dalla giurisprudenza della Cedu. Un *monstrum* giuridico che ha chiamato la sorveglianza a guardare non più soltanto alla rimozione in via inibitoria dei comportamenti lesivi di diritti ma a scandagliare le modalità detentive subite anche nel passato dal detenuto al fine di risarcire chi abbia ingiustamente patito una sofferenza più grande di quella che era legittimo attendersi dalla privazione della libertà per l'esecuzione della giusta condanna.

La magistratura di sorveglianza si trova oggi, dopo un lungo cammino a tratti poco compreso nel campo della tutela dei diritti del detenuto, con nuovi strumenti che dettano, in particolare nell'art. 35 *bis* dell'ordinamento penitenziario, un procedimento giurisdizionale assai più garantito. Di più, tale strumento è dotato, in caso di mancata esecuzione da parte dell'amministrazione degli ordini impartiti, di un giudizio di ottemperanza che, seppur inopportunamente previsto soltanto a fronte dell'esperimento di tutti i rimedi impugnatori, e dunque sostanzialmente tardivo, dà comunque il segno concreto della volontà del legislatore di garantire la tutela dei diritti della persona in quanto detenuta con un procedimento in grado di raggiungere pienamente il risultato sperato, come molti anni fa la Corte costituzionale aveva richiesto.

Il ruolo del magistrato di sorveglianza continua ad essere quello della promozione della finalità rieducativa della pena, mediante il faticoso percorso che, in relazione ai detenuti in esecuzione di pena, conduce verso le misure alternative al carcere. In tal senso, anzi, sembra evidente come l'opzione volta a vedere nella restrizione carceraria l'*extrema ratio*dell'esecuzione inizi, pur con non poche e non inevitabili timidezze, a prendere maggior piede nella legislazione e nel dibattito scientifico e politico attuali. La recentissima normativa in materia di messa alla prova per adulti, da ultimo, ripropone le valutazioni prognostiche che sono state da sempre oggetto dei giudizi resi dalla sorveglianza (e dalla magistratura minorile), facendoli divenire propri del processo di cognizione, con una apertura alla valutazione della persona-

lità e del contesto socio-familiare dell'autore di reato che non gli era propria e che dovrà necessariamente rimandare al bagaglio esperienziale maturato dalla sorveglianza.

Tuttavia, è sul piano della tutela dei diritti della persona detenuta che la normativa costituzionale, sovranazionale e, da ultimo, il legislatore ordinario del 2014, sembrano far convergere le maggiori attese sulla magistratura di sorveglianza, attribuendole un *propriu*mche la sua originaria prossimità al mondo del carcere ed i suoi compiti di vigilanza naturalmente le consegnano.

D'altra parte, quando l'art. 27 della Costituzione, prima ancora della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, impone che le pene non possano consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e riassume di seguito la finalità della pena nel suo tendere alla rieducazione del condannato, esprime un *prius* logico indefettibile, poiché nessuna pena inumana e degradante, nessuna pena in cui siano schiacciati i diritti fondamentali, può mai assolvere ad una funzione rieducativa.

Il guscio di noce shakesperiano in cui vivono i detenuti si affolla altrimenti di quei cattivi sogni di Amleto, ingiusti e perciò ancor più insopportabili, che per primi il magistrato di sorveglianza è chiamato a dissipare per liberare la potenzialità rieducativa della pena, che ne resta altrimenti del tutto compromessa e che invece rappresenta essa stessa, con la rinnovata responsabilità sociale che ne deriva a tutela anche della collettività, il più peculiare dei diritti del detenuto in esecuzione di pena.

4. Fuori le mura

Uscendo dal carcere quasi sempre si hanno più pensieri di quando ci si è entrati. Si sono accumulate storie da decrittare, problemi da superare, questioni piccole e grandi che devono trovare un canale tecnico-giuridico per poter essere trattate e, sperabilmente, risolte.

Si incontrano allora con lo sguardo, già nei cortili che precedono l'uscita, come anticipo di libertà, «la breve tenda azzurra che i prigionieri chiamano cielo e la nuvola errante che passa con argentee vele»[4]. Le descriveva così

[4] "*Upon that little tent of blue/ Which prisoners call the sky,/ And at every drifting cloud that went/ With sails of silver by*" O. Wilde, *The Ballad of Reading Gaol*, or. vers.. Il letterato irlandese fu recluso tra il novembre 1895 ed il maggio 1897. Due giorni dopo la sua uscita dal carcere scrisse la sua prima lettera al Daily Chronicle sulle condizioni detentive che aveva sperimentato insieme ai suoi compagni di pena. Il 23 marzo 1898 ne fece pubblicare un'altra dove, denunciando l'orrore delle carceri inglesi del suo tempo, propose riforme urgenti volte all'umanizzazione del sistema penitenziario, che sono oggi fatte proprie, almeno concettualmente, da tutti i paesi europei. (cfr. O. Wilde, *Lettere*, il Saggiatore, 2014, trad. italiana a cura di S. De Laude e L. Scarlini). Chi entra in carcere, si direbbe, ne esce sempre assetato di diritti per sé e per chi vi resta.

vividamente il condannato Wilde, nella sua celebre Ballata del carcere di Reading, il luogo ove rimase recluso due lunghi anni per essersi macchiato, nella "civilissima e progredita" Inghilterra vittoriana, del reato di sodomia.

E poi si è fuori. Ci si incammina verso l'ufficio e la scrivania, dove i detenuti non possono più tornare ad essere soltanto carte da smaltire e numeri per statistiche.

LA RIFORMA DELLA RIFORMA PENITENZIARIA: UN NUOVO APPROCCIO AI PROBLEMI DI SEMPRE

di Glauco Giostra

SOMMARIO: 1. Il quarantennale dell'ordinamento penitenziario: vischiosi retaggi e fermenti di riforma – 2. Il significato politico del disegno di legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario – 3. L'inedita iniziativa degli "Stati generali dell'esecuzione penale" - 4. Un importante risultato politico-culturale – 5. Abbassare i ponti levatoi psicologici tra società extramuraria e società intramuraria

1. Il quarantennale dell'ordinamento penitenziario: vischiosi retaggi e fermenti di riforma

L'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354) si accinge a compiere proprio in questi giorni quaranta anni, ed è anniversario percorso da interessanti fermenti di rinnovamento: la delega per la sua riforma (disegno di legge A.C. n. 2798) e l'inedita iniziativa degli Stati generali dell'esecuzione penale costituiscono sicuri indici di una importante volontà politica di profondo cambiamento. Ma per coglierne la reale portata e per provare a pronosticarne le possibilità di successo occorre guardarsi indietro: solo il passato è in grado di farci capire su quale terreno culturale il passo di ogni riforma andrà ad appoggiare e cosa si debba fare per renderlo meno insidioso. Perché, va subito detto, l'ottimismo con cui saremmo indotti a brindare a questo compleanno così foriero di promettenti prospettive è, per così dire, "guastato" da alcuni inquietanti interrogativi, cui non è facile dare una risposta incoraggiante. Come è possibile che dopo aver da tempo introdotto un ordinamento penitenziario tra i più avanzati del mondo siamo giunti a subire una condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani contro Italia), per violazione dell'art. 3 (divieto di tortura) Cedu? Come è possibile che dalla Carta dei diritti del detenuto si sia passati ai diritti di carta, cioè privi di effettiva tutela, almeno sino alla recentissima introduzione dell'art. 35 *bis* ord .penit.? Come è possibile che il disegno di legge delega sia intitolato «Modifiche (…) all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena», quando la nostra Costituzione da quasi settant'anni pretende che le pene tendano alla rieducazione del condannato, finalità cui, con ritardo, l'ordinamento penitenziario del 1975, appunto, intendeva dare attuazione? Come è possibile che oggi l'aratro della riforma insista sugli stessi solchi aperti dalla legge penitenziaria di quarant'anni fa?

Proviamo a dare una risposta ricorrendo al contributo di un grande penalista, che molto opportunamente fa da autorevolissima ouverture a questo numero. Secondo Franco Bricola, un bilancio sulla legge penitenziaria del 1975 «non può che registrare un'effettività di tipo "rinnegante" (…) cui si ac-

compagnano preoccupanti linee di tendenza per l'avvenire». È vero – osserva Bricola – che «un'effettività di tipo "rinnegante" è di per sé innegabilmente connessa ad un tipo di normativa come quella penitenziaria» che riguarda «uno dei settori più esposti alle varie pratiche nelle quali, nello Stato di diritto, si realizza l'illegalità ufficiale attraverso la non applicazione e la manipolazione amministrativa delle norme», ma in tal caso i sintomi di un'effettività rinnegante «erano già latenti nel tessuto normativo e nelle contingenze storico-politiche» originari. In sintesi: non riformare preliminarmente i codici penali «significava porre le premesse di un sovraffollamento delle carceri e, quindi, di quelle contraddizioni che si sono poi clamorosamente delineate»; introdurre misure alternative «senza predisporre un apparato organizzativo esterno, capace di avviare un reale processo di reinserimento sociale», equivaleva a sospingerle verso l'indulgenzialismo, lasciandole in balia di improvvisi irrigidimenti alle prime tensioni nel tessuto sociale; la mancata attribuzione al detenuto di diritti a contenuto partecipativo escludeva già a priori la popolazione carceraria da ogni «effettiva risocializzazione». «Ma soprattutto», ammonisce l'illustre giurista, la nuova legge si poneva in stridente contrasto con un contesto politico-culturale, per cui sarebbe bastato il primo allarme ricollegabile anche impropriamente all'organizzazione carceraria, «perché la politica penitenziaria finisse inevitabilmente per essere inserita nella spirale della politica dell'ordine pubblico». Ciò che sconcerta è che queste considerazioni sono del 1977 e non hanno perso nulla in termini di attualità. Anzi, ne hanno acquisita con il recente disegno di delega, che in una sorta di significativa ecolalia, quasi idealmente ricollegandosi a quella "effettività rinnegante", si ripromette di introdurre modifiche all'ordinamento penitenziario «per l'effettività rieducativa della pena». Un proposito politico, ma anche una sconfortante diagnosi: sino ad oggi la finalità rieducativa ha subìto una "effettività rinnegante" ed è ora di passare dalla finzione alla funzione rieducativa. Dunque, estremizzando un po' il discorso, dopo quarant'anni saremmo quasi al punto di partenza. Ma per quale ragione, allora, le cose dovrebbero andare diversamente in futuro?

Vi sono, va detto, segnali incoraggianti, proprio con riguardo ai profili critici indicati da Bricola, che ripercorriamo nel loro ordine. Il sistema penale, sia pure a fatica e con non poche battute di arresto (cfr. il mancato esercizio della delega in materia di pene detentive non carcerarie, l. 28 aprile 2014, n. 67, art. 1), va affrancandosi dall'idea che il carcere costituisca sostanzialmente l'unica risposta sanzionatoria (cfr. tra le novità più significative, l'introduzione degli istituti della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato e della non punibilità per particolare tenuità del fatto: l. 28 aprile 2014 n. 67, artt. 3-8 e d.legisl. 16 marzo 2015 n. 28) e lo strumento cautelare elettivo (cfr., soprattutto, d.l. 1° luglio 2013 n. 78 conv. in l. 9 agosto 2013, n. 94 e l. 16 aprile 2015, n. 47). Né mancano iniziative pendenti che si inscrivono nella stessa logica (cfr. la delega per la depenalizzazione di alcune fattispecie di reato, l. 28 aprile 2014 n. 67, art. 2). Nel concitato, ma fecondo

biennio appena trascorso, poi, i diritti dei detenuti hanno trovato – sia pure sotto dettatura della Corte di Strasburgo – effettività di tutela (con d.l. 23 dicembre 2013 n. 146 conv. con modif. in l. 21 febbraio 2014 n. 10, è stato introdotto l'art. 35 *bis* ord. penit. e istituita la figura Garante nazionale dei diritti delle persone detenute). Di recente, è stata ristrutturata l'organizzazione del dicastero della giustizia, istituendo un dipartimento per l'esecuzione penale esterna (cfr. "Regolamento di organizzazione del ministero della giustizia e riduzione degli uffici dirigenziali e delle dotazioni organiche", approvato dal CdM del 18 maggio 2015, n. 64), con l'intento di assicurare maggiori risorse ed attenzione a quelle forme di esecuzione non soltanto extramuraria, ma "comunitaria" della pena, nelle quali cioè la collettività è chiamata ad una presa in carico del condannato durante la fase più delicata del suo percorso, quella della sua "convalescenza sociale".

Per quanto si voglia guardare con fiducia a queste positive novità, che sembrano quasi voler sopperire alle inadeguatezze genetiche così lucidamente denunciate da Bricola, resta, insuperabile, il macigno di quel «ma soprattutto» con cui il grande penalista additava la causa delle cause di ogni insuccesso della politica penale nel nostro Paese. Vale a dire, la tendenza di un certo potere politico ad affrontare ogni reale o supposto motivo di insicurezza sociale ricorrendo allo strumento meno impegnativo, più scontato e più inefficace: aumentare il numero dei reati e l'entità delle pene, diminuendo nel contempo le possibilità di graduale reinserimento del condannato nel consorzio civile. Una politica criminale di tal fatta non può non risolversi, alla lunga, in una risposta penale "carcerocentrica", destinata a produrre un crescente sovraffollamento penitenziario ed a minare alle fondamenta la credibilità stessa di un progetto di recupero sociale del condannato . Da questo punto di vista, a giudicare dalle scomposte invettive ("vogliono dare la paghetta ai detenuti") e dai demagogici allarmismi ("provvedimenti svuota carceri") con cui sono state accompagnate le recentissime riforme "penitenziarie", il "fondale" culturale non sembra essere molto cambiato.

2. Il significato politico del disegno di legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario

Non può essere certo sottovalutata l'importanza "politica" del recente disegno di legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario (A.C. n. 2798), apprezzabilmente rivolto ad una valorizzazione degli strumenti di individualizzazione del trattamento rieducativo e alla rimozione delle preclusioni normative che ne ostacolano la realizzazione. Ma è difficile, scorrendo i nove criteri in cui attualmente il progetto di delega si declina, sfuggire alla sensazione di un "legislatore-Penelope", che oggi tenta, ancora una volta, di ritessere sul telaio costituzionale l'ordito della legislazione penitenziaria; una tela che, se non cambierà la percezione sociale della risposta penale, se non

maturerà un'altra cultura della pena, sarà presto corrosa dalla prassi quotidiana e sbrigativamente disfatta alla prima crociata securitaria, condotta sotto il vessillo della paura e dell'insicurezza sociale. Semmai, i motivi di ottimismo provengono, più che dalle prescrizioni in cui si articola la delega, dalla consapevolezza culturale che l'accompagna.

La necessità di una risistemazione organica dell'ordinamento penitenziario, si legge nella Relazione al disegno di legge delega, è dovuta al fatto che «in esso convivono, con inevitabili frizioni interne, l'istanza rieducativa e di risocializzazione con quella di sicurezza sociale», che «si è sovrapposta alla prima, piegando alcuni istituti alla funzione di incentivazione della collaborazione con l'autorità giudiziaria ed escludendone altri dal trattamento rieducativo proprio in ragione di un incremento dell'efficacia meramente punitiva dell'esecuzione penale».

Affermazioni di non trascurabile rilievo, che trovano conferma in una spia terminologica, in quella effettività, che abbiamo visto comparire nella intitolazione del disegno di legge-delega. Puntare a restituire effettività al finalismo rieducativo della pena significa certo voler dare reale attuazione ad una funzione per gran parte e per troppo tempo soltanto enunciata. Ma significa, soprattutto, che pur non negando le gravissime inadeguatezze della situazione attuale, se ne dà una diagnosi diametralmente opposta a quella di chi ascrive l'odierno degrado alla definitiva sconfitta di oltre mezzo secolo di funzione rieducativa della pena e ritiene che d'ora innanzi sarebbe bene abbandonare i suoi chimerici orizzonti per puntare, più realisticamente, a rendere il carcere rispettoso della legalità penitenziaria, verso l'interno, e invalicabile baluardo della sicurezza sociale, verso l'esterno. Al contrario, se l'esecuzione penale è scivolata verso abissi di intollerabile degrado – è l'implicita risposta politica – non è a causa della ineffabile funzione risocializzativa della pena, bensì della sua inadeguata, troppo flebile e discontinua realizzazione. Di qui la necessità di rifondare i presupposti normativi affinché tale funzione possa dispiegarsi in tutta la sua reale portata. Ma fermarsi ad un intervento legislativo – sia pure così consapevole e forte – potrebbe non bastare: decenni di "scorrerie legislative" nel nome di istanze securitarie, ogni volta indifferibili, inducono a dubitare della sua capacità di resistere nel tempo, se non protetto da altri presidi culturali. Quel richiamo all'effettività, pur contenuto in un testo legislativo, non sembra potersi esaurire a livello normativo. È come se, quasi recando in sé l'eco del secondo comma dell'art.3 Cost., dicesse: è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine culturale e sociale, che limitando di fatto le opportunità di reinserimento sociale dei condannati, impediscono che la pena svolga la funzione che la Costituzione le assegna.

3. L'inedita iniziativa degli "Stati generali dell'esecuzione penale"

È verosimilmente con questa consapevolezza che il Ministro della giustizia ha voluto affiancare alla riforma legislativa in corso una iniziativa inedita: gli Stati generali dell'esecuzione penale. Per circa sei mesi la complessa problematica della pena, specie nella sua esecuzione carceraria, sarà al centro di analisi e dibattiti, coinvolgendo studiosi e operatori del settore, ma anche interlocutori della società civile, interpellando i diversi portatori di interessi: saranno, infatti, istituiti Tavoli tematici intorno ai quali chiamare a riflettere sugli aspetti più rilevanti della realtà dell'esecuzione penale tutte quelle professionalità ed esperienze che per ragioni diverse la intersecano. L'intento è quello di promuovere una consultazione pubblica, tramite il portale del Ministero della giustizia, in modo che anche sulla base di questo "ascolto democratico", naturalmente aperto anche a coloro che l'esperienza carceraria stanno vivendo o hanno già vissuto, i responsabili dei Tavoli possano elaborare proposte e idee, da sottoporre al Comitato scientifico, che dovrà valutarle e compendiarle in un articolato prodotto finale.

Una tale mobilitazione culturale e sociale, se ben gestita, dovrebbe anch'essa contribuire alla piena realizzazione della Delega. Non solo perché potrebbero scaturirne interessanti suggerimenti per l'elaborazione della normativa di attuazione, ma soprattutto perché, per restituire effettività alla funzione rieducativa della pena, c'è bisogno di una società avvertita del contributo che può dare e ricevere nella difficile opera di recupero e di ri-accoglienza di un cittadino che se ne è allontanato. Gli Stati generali potranno costituire, quindi, una sorta di placenta culturale per la riforma, sensibilizzando l'opinione pubblica, preparandone l'habitat sociale, nella consapevolezza che nessuna novità legislativa farà mai presa sulla realtà, se prima le ragioni che la ispirano non avranno messo radici nella coscienza civile del Paese.

Sempre da questo esteso interpello agli attori professionali e sociali potranno venire soluzioni strutturali ed organizzative che, anche favorendo un'osmosi tra società carceraria e extracarceraria, potrebbero rendere la vita detentiva un momento non solo di espiazione, ma anche di occasione per il condannato di avvalersi delle opportunità di risocializzazione offerte. E tutto ciò, naturalmente, responsabilizzandone rigorosamente le scelte, in un contesto, però, rispettoso della sua dignità e dei suoi diritti, che ripudi ogni processo di incapacitazione vòlto ad indurre una rassegnata minorità.

Dalla società civile, verosimilmente, verranno anche incalzanti sollecitazioni a farsi carico dei diritti della vittima del reato, dando piena realizzazione a quel criterio del disegno di legge delega che impone la previsione di momenti di giustizia riparativa (art. 26 lett. d) nel corso dell'esecuzione penale, anche estendendolo ad attività di mediazione tra l'autore del reato e la vittima. Ed è una istanza che non va né ignorata, né mortificata, se si vuole che la collettività si riconosca nella giustizia amministrata in suo nome. Bisognerebbe, semmai, riuscire a fare in modo che la sempre più diffusa e com-

prensibile esigenza di vedere tutelate le ragioni di chi subisce le conseguenze dirette e indirette del reato – spesso gravissime – si converta da pretesa di cieca punizione del colpevole in forme di promozione e di valorizzazione delle attività del reo volte a compensare il danno morale e materiale causato alla vittima e alla società.

4. Un importante risultato politico-culturale

Naturalmente, trattandosi di una iniziativa inedita e di grande respiro, non mancheranno ostacoli, passaggi a vuoto, inconcludenze, risultati non del tutto soddisfacenti, resistenze politiche e culturali. Talvolta si dovrà orazianamente prendere atto che maiores pennas nido.

Almeno un obiettivo, tuttavia, sarà comunque conseguito per il solo fatto che di esecuzione penale e, in particolare di carcere, si parli a lungo ed a tutti i livelli. Nel nostro quotidiano il carcere subisce una sorta di scotomizzazione civile, resta fuori – per così dire – dal campo visivo dello sguardo sociale, non si vuole ricordare o vedere che esiste, salvo poi risuscitarlo dall'ombra quando efferati fatti di cronaca ce ne ricordano o ce ne fanno invocare la necessità. Solo allora, e per breve tempo, si torna a "vedere" il carcere, come il luogo dove rinchiudere illusoriamente tutti i nostri mali e le nostre paure. Puntare a lungo il riflettore dell'attenzione collettiva sul carcere e sull'esecuzione della pena significa, invece, costringere la società a guardare, a conoscere, a capire. Significa rischiarare quell'oscura spelonca psicologica abitata dall'insicurezza, dalla paura, dall'ignoranza, che spesso sospingono verso le riforme illiberali e securitarie. Significa costringere la stampa e l'opinione pubblica a non occuparsi della realtà carceraria solo saltuariamente, in occasione dell'ultimo episodio cruento, dopo una scioccante zoomata sul dolore della vittima, in relazione al mancato rientro di un semilibero o all'ennesimo reato commesso da un recidivo; significa impegnarle a conoscere il grande problema del carcere nella sua effettiva realtà, nelle sue complesse articolazioni, senza volgarizzazioni populistiche e senza lassistiche sottovalutazioni. Riuscire a fare in modo che la collettività conosca i veri termini del problema carcere, informandola correttamente e compiutamente, significa prepararla a giudicare e a sollecitare le scelte di politica penitenziaria con maggiore consapevolezza. Significa, soprattutto, offrirle gli antidoti contro quegli allarmismi che gabellano per irrinunciabili presidi a tutela della sicurezza pubblica le restrizioni dei diritti dei reclusi, smantellando – dati alla mano - il luogo comune che si traduce nello slogan "più carcere, più sicurezza sociale".

La collettività potrà allora apprendere, forse con sorpresa, che, secondo i più accreditati studi socio-criminologici, non vi è alcuna correlazione tra il tasso di incarcerazione e il livello di criminalità e di sicurezza sociale; che secondo le indagini di vittimizzazione solo il 4-5% degli autori di reato è ristretto nelle patrie galere; che l'espiazione non carceraria della pena abbatte

drasticamente l'indice di recidiva, sino quasi ad annullarla se accompagnata da una attività lavorativa; che le modalità alternative di espiazione della pena dunque riducono, non aumentano le ragioni dell'insicurezza sociale. Correttamente informata, l'opinione pubblica si renderebbe conto di quanta demagogia ci fosse dietro il termine "svuotacarceri" con cui sono stati etichettati gli ultimi provvedimenti legislativi: un termine che evocava l'idea di un cieco "sversamento" nella società del pericoloso contenuto dei penitenziari, mentre con quei provvedimenti si cercava soltanto di evitare la permanenza o l'ingresso in carcere di chi – secondo la Costituzione e il buon senso – non avrebbe meritato di restarvi o di entrarvi.

Si comprende bene, quindi, quanta parte del successo di questa sfida culturale dipenderà dal ruolo che sapranno svolgervi i mass media. Il numero e le modalità di presentazione delle notizie riguardante il crimine e la pena; la capacità di offrire un'informazione completa e statisticamente documentata; la scelta tra servizi giornalistici che privilegino l'intelligenza del fenomeno e altri che preferiscono indulgere sull'efferatezza del singolo episodio criminoso o sull'allarmismo provocato dalla frequenza di certe manifestazioni delinquenziali, sono opzioni che incidono non soltanto – come spesso si pensa – sul tipo di rappresentazione massmediatica della criminalità e della risposta penale, ma persino sul fenomeno criminale – inducendo pericolosi meccanismi emulativi - e soprattutto – per quel che qui più interessa – sulla politica penale del legislatore. Dovrebbe far riflettere, infatti, che da una indagine sulle principali testate televisive dei maggiori Paese europei, risulta che in Italia l'informazione televisiva dedica alle notizie riguardanti la criminalità circa il triplo dello spazio (il 58% dell'intera offerta informativa) ad esso riservato in Paesi come la Francia e la Germania (Rapporto dell'Osservatorio europeo sulla sicurezza, 2014, realizzato da Demos&Pi e Osservatorio di Pavia per la fondazione Unipolis), nei quali il ricorso alle misure alternative era, sino a qualche anno fa, quasi dieci volte superiore a quello italiano: è difficile non dare un significato a questo rapporto invertito per cui i Paesi che meno indulgono sulla cronaca nera, più si affidano a forme extracarcerarie di esecuzione della pena.

5. Abbassare i ponti levatoi psicologici tra società extramuraria e società intramuraria

Sempre in un'ottica di crescente sensibilizzazione dell'opinione pubblica, sarebbe auspicabile che si riuscissero a creare occasioni in cui la collettività possa avvicinarsi al carcere per conoscere di quale sordida e misera materialità sia fatta la giornata del recluso, quanto disperante e demotivante sia per taluni condannati l'impossibilità di sognare un domani degno di essere vissuto. «Bisogna aver visto», ammoniva Calamandrei, prima di parlare di pena e di carcere.

La conoscenza avvicina sempre le persone e allontana le paure. Bisogna abbassare i "ponti levatoi" tra collettività e carcere in modo che la società non lo percepisca più come una sorta di extraterritorialità sociale, un enclave del male, del pericolo, della sacrosanta sofferenza.

E questa operazione potrà servire anche alla società intramuraria per non perdere i contatti con il mondo esterno, evitando quella che Goliarda Sapienza (L'Università di Rebibbia, Einaudi, 2012, p. 137; Le certezze del dubbio, Einaudi, 2013, p. 121) chiama "sindrome carceraria", cioè l'affezione al carcere e la fobia per la non più comprensibile vita che si svolge al di fuori di esso. Una sindrome che spinge talvolta a preferire di farsi «chiudere fuori» dalla società, restando tra le protettive mura di un penitenziario, o addirittura di ricorrere al suicidio pur di non tornare a vivere tra gli «ergastolani della metropoli».

Chi scrive è perfettamente consapevole che questi sono traguardi che si collocano nell'incerto territorio di confine tra la speranza e l'utopia, e che, più in generale, è difficile dire se l'operazione degli Stati generali avrà successo. Di certo, come quarant'anni di storia "penitenziaria" insegnano, sarà votato all'insuccesso o, al più, ad un successo effimero, ogni tentativo di affidare soltanto alle norme l'inveramento del terzo comma dell'art. 27 della Costituzione ed un mutamento della cultura penale nel nostro Paese.

LA CORTE COSTITUZIONALE E LA STORIA PROFETICA. CONSIDERAZIONI A MARGINE DELLA SENTENZA N. 238/2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

di Tania Groppi

Sommario: 1. Una sentenza storica. – 2. *"Volli, e volli sempre, fortissimamente volli"*. – 3. Una storia di tempi lunghi.

1. Una sentenza storica

Capita, di tanto in tanto, che in mezzo alla loro ordinaria attività di guardiani della costituzione, ormai entrata a far parte della routine dello Stato costituzionale di diritto, le Corti costituzionali siano chiamate ad affrontare dei "veri" casi costituzionali. Casi nei quali non vengono in rilievo unicamente le relazioni gerarchiche tra fonti del diritto, ma i valori fondanti dell'ordinamento, quelli che ne connotano, come oggi si suol dire, l'identità costituzionale.

È quanto è accaduto alla Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 238/2014, ove dignità umana, tutela dei diritti inviolabili, relazioni internazionali ispirate a principi di pace e di giustizia, sovranità nazionale (o quel che ne resta), accadimenti drammatici e cruciali della storia europea e mondiale si intrecciano, dando luogo a una decisione che può essere definita "storica": sia nel senso che chiunque intenda riflettere sullo stato del diritto costituzionale in Italia, nei primi decenni del XXI secolo, non può evitare di confrontarsi con essa (P. Passaglia, *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile*, in www.dirittocomparati.it, 28 ottobre 2014), sia, come cercherò di mostrare nella conclusione di questo intervento, nel senso di inserirsi in quel percorso di "storia profetica" che connota il cammino dei diritti umani.

Al di là dei molteplici profili di interesse, già ampiamente analizzati in numerosi commenti di internazionalisti e costituzionalisti, desidero qui riflettere soltanto su un aspetto, ovvero sulle ragioni che possono aver guidato una Corte costituzionale nella scelta di una soluzione che appare "scomoda" sotto vari punti di vista, a partire da quello più eclatante, ovvero dalla immediata violazione del diritto internazionale da parte dello Stato italiano che la sentenza viene a determinare.

2. *"Volli, e volli sempre, fortissimamente volli"*

La decisione, pur articolata su tre distinti piani (sindacato su: la norma internazionale consuetudinaria; la legge nazionale di adattamento alla Carta

delle Nazioni Unite riguardo agli effetti della decisione della Corte internazionale di giustizia – CIG – del 3 febbraio 2012, *Germania c. Italia*; la legge nazionale adottata a seguito di tale sentenza della CIG), si sostanzia nell'affermazione che l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile per gli atti compiuti nell'esercizio dei poteri sovrani (*iure imperii*), riconosciuta dal diritto internazionale consuetudinario, non può valere ad escludere l'accesso alla giurisdizione di fronte ai giudici italiani, in relazione ad azioni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi dei diritti della persona umana, trattandosi di un principio qualificante il sistema costituzionale italiano, rispetto al quale non sussiste un interesse pubblico preminente che ne giustifichi il sacrificio.

Per giungere ad affermare ciò – e per sottoporre a sindacato di costituzionalità la norma internazionale consuetudinaria – la Corte ha dovuto, nella motivazione, superare innumerevoli ostacoli, di ordine interno e internazionale (A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria*, in questa rivista, Studi, 2014).

Sul piano nazionale, vengono in rilievo innanzitutto alcuni profili essenziali del sindacato di costituzionalità disegnato dalla Costituzione italiana, relativi all'oggetto e al parametro del giudizio.

Riguardo all'oggetto, si tratta di un problema non nuovo, in quanto la lettera dell'art. 134 Cost., che circoscrive il sindacato di legittimità costituzionale alle "leggi e gli atti con forza di legge dello Stato e delle regioni", è stata ripetutamente disattesa dalla Corte, che ha sempre seguito la via di una interpretazione non testuale. Anche in questo caso si dà una interpretazione di tipo "logico e sistematico" (Cons. dir., par. 2.1), ritenendo esclusi dallo scrutinio della Corte costituzionale soltanto "gli atti che hanno un rango ed una forza inferiori rispetto alla legge": tutte le leggi, gli atti e le norme (comunque prodotte, verrebbe da dire, anche eventualmente attraverso fonti fatto, come quelle in esame), provviste della stessa efficacia delle leggi formali - ordinarie e costituzionali - venute ad esistenza per vie diverse dal procedimento legislativo, ci dice esplicitamente la Corte, sono assoggettate al controllo accentrato.

Per quanto riguarda il parametro, trattandosi di controllare il rispetto (da parte di fonti che hanno pacificamente rango costituzionale, sulla base dell'art. 10, comma 1, Cost.) degli elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale, la Corte si trova nella necessità di attivare i controlimiti, il che significa compiere due operazioni: identificarli e usarli. Si tratta di operazioni che la sentenza effettua in modo non indolore. L'identificazione della categoria – al di là dello specifico principio in questione, il diritto alla tutela giurisdizionale a difesa dei diritti fondamentali e in particolare della dignità della persona: Cons. dir., par. 3.4 – continua a non risultare del tutto chiara, come emerge dalle molteplici diverse denominazioni ("principi fondamentali

e diritti inviolabili della persona", par. 2.1; "principi qualificanti e irrinunciabili dell'assetto costituzionale dello Stato, e quindi …principi che sovraintendono alla tutela dei diritti fondamentali della persona", par. 3.1; "principi fondamentali dell'ordinamento interno", ivi; "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona", par. 3.2; "principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello stato ovvero…principi posti a tutela di un diritto inviolabile della persona", ivi, ecc.) contenute qua e là nella decisione e da un sedimentarsi di precedenti (richiamati nella sentenza) che non hanno ancora trovato una adeguata sistemazione. Circa l'utilizzo dei controlimiti, la sentenza risulta quantomeno sorprendente: la Corte fa ricorso alla tecnica del bilanciamento, andando a compiere una verifica che non si limita alla garanzia della intangibilità dei principi costituzionali, ma pare accontentarsi del fatto che "il loro sacrificio sia ridotto al minimo" (Cons. dir., par. 3.1: P. Faraguna, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2 novembre 2014). Insomma, la Corte introduce una sorta di "controlimiti temperati", rispetto ai quali ciò che occorre in ogni caso escludere è il loro "sacrificio totale", mentre lascia intravedere che potrebbe essere giustificato, nel bilanciamento, il sacrificio (da intendere pertanto come "parziale") di un principio supremo qualora si fosse in presenza di un "interesse pubblico" (non meglio specificato, ma probabilmente da ritenere anch'esso del rango di principio supremo) che risultasse preminente (Cons. dir., par. 3.4).

Inoltre, la Corte ha dovuto prendere le distanze dalla sua giurisprudenza pregressa, costituita dal precedente sul diritto internazionale consuetudinario, ovvero dalla sentenza n. 48/1979 sulla immunità degli agenti diplomatici, che sembrava limitare il sindacato di costituzionalità alle norme formatesi dopo l'entrata in vigore della costituzione, reinterpretandolo alla luce della sentenza n. 1/1956 (Cons. dir., par. 2.1), al punto da far parlare i primi commenti di *overruling* (P. Passaglia, cit.).

Non solo: la ripetuta riaffermazione del carattere accentrato del sistema italiano di giustizia costituzionale (Cons. dir., par. 3.1) e del fatto che spetta "in via esclusiva" alla Corte il compito di assicurare il rispetto della costituzione (Cons. dir., par. 3.3) si pone in netta controtendenza rispetto alla valorizzazione del ruolo dei giudici comuni nel controllo di costituzionalità avvenuta negli ultimi decenni, che ha portato ripetutamente la dottrina a parlare di una crescente diffusione del sistema italiano di giustizia costituzionale, o perlomeno dello sviluppo di un sindacato accentrato-collaborativo (E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012). È ben vero che la Corte ha accentrato nelle sue mani, fin dalle sentenze nn. 348 e 349/2007, il controllo sul rispetto dei trattati internazionali, utilizzandoli quali norme interposte e opponendosi nettamente alla disapplicazione, da parte dei giudici comuni, delle norme primarie nazionali con essi contrastanti, ma lo ha fatto appoggiandosi, nella motivazione, sulla differenza tra diritto internazionale pattizio e diritto comunitario, senza enfa-

tizzare il carattere accentrato del sistema italiano di giustizia costituzionale. Al contrario, in questo caso – forse proprio perché ancor più si sarebbe prestato al sindacato diffuso da parte dei giudici comuni, trattandosi di accertare innanzitutto la capacità della norma internazionale di dispiegare effetti nel nostro ordinamento, con conseguente inammissibilità della questione di costituzionalità – essa ha sentito la necessità di richiamare la struttura stessa del sistema italiano di giustizia costituzionale, al fine di giungere a una dichiarazione di non fondatezza della questione che non appare però del tutto coerente con il fatto che la norma internazionale "non entra nell'ordinamento italiano e non può quindi essere applicata" (Cons. dir., par. 3.2).

Ma soprattutto la Corte ha scelto di scontrarsi con un quadro di diritto internazionale consuetudinario fortemente ostile, connotato dalla recente sentenza *Germania c. Italia* della suprema giurisdizione internazionale che ha nettamente riaffermato, con una schiacciante maggioranza, 12 a 3, la norma di diritto consuetudinario proprio in relazione ai crimini commessi nella seconda guerra mondiale dalla Germania, dei quali si occupa la decisione italiana. La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, in una sentenza ancora più recente, ha assunto una posizione analoga alla CIG e, in relazione al crimine di tortura, ha riconosciuto l'immunità dello Stato nell'esercizio di poteri sovrani (*Jones and Others v. the United Kingdom* 34356/06 40528/06, 14 gennaio 2014).

Neppure si può dire che, a fronte dell'assenza di un dialogo verticale, con le giurisdizioni internazionali, la Corte italiana abbia potuto beneficiare di un qualche tipo di dialogo orizzontale, o almeno di un avvio di esso, inserendosi in una nascente "coalizione" (nel senso richiamato da E. Benvenisti, *Reclaiming Democracy : The Strategic Use of Foreign and International Law by National Courts*, in *The American Journal of International Law*, 2008, p. 241) tra corti nazionali finalizzata a determinare un mutamento della norma consuetudinaria: la giurisprudenza delle altre corti costituzionali e supreme è nel complesso assai distante da quella italiana, come ha messo in evidenza la sentenza della Corte suprema del Canada, coeva rispetto alla n. 238/2014, *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran* (2014 SCC 62), nella quale una corte tradizionalmente attivista come quella canadese ha optato per il rispetto della discrezionalità del legislatore, che ha scelto di dare ingresso nell'ordinamento canadese al principio della immunità anche nel caso di crimini internazionali.

A ciò si aggiunge un quadro politico assai difficile, nel quale la Germania è apparsa ben decisa nel difendere le sue posizioni, non solo di fronte alla CIG ma anche nei negoziati col governo italiano e lo stesso legislatore italiano ha dimostrato una insolita sollecitudine nell'adempimento della sentenza della CIG attraverso la legge ordinaria.

Infine, come è stato messo in rilievo dalla dottrina (A. Ruggeri, cit.), scarse sono le possibilità che le vittime o i loro eredi possano essere risarciti

all'esito di questa vicenda, e quindi che la sentenza produca concreti effetti. Il rischio che rimanga priva di effettività è elevato.

3. Una storia di tempi lunghi

Tutto ciò posto, l'interrogativo che sorge è: perché? Perché una Corte costituzionale sceglie di dare interpretazioni ardite del testo costituzionale, di superare i propri precedenti, di mettersi contro tutti: giurisdizioni internazionali, stati stranieri, legislatore nazionale, attraverso una decisione che ha ben poche probabilità di ripristinare i diritti violati? Chi sono i suoi alleati, o i suoi interlocutori, in quella che appare come una vera e propria corsa solitaria? È sufficiente l'appoggio della dottrina internazionalistica (italiana e non solo, che si è sempre detta favorevole alla perdita dell'immunità in caso di violazioni di *ius cogens*: ad es. Conforti, A. Cassese, Ronzitti) e dei giudici comuni italiani (non solo della Corte d'appello rimettente, ma soprattutto della Corte di Cassazione, la cui giurisprudenza, il celebre caso *Ferrini*, era stata all'origine della sentenza della CIG) per determinare una base di consenso, per assicurare un seguito, per evitare che la pronuncia si traduca in un ramo secco?

Chi studia la giustizia costituzionale, in Italia e altrove, sa bene che la principale preoccupazione delle Corti costituzionali è proteggere la propria legittimazione (per una panoramica su questo approccio, L. Epstein, T. Jacobi, *The Strategic Analysis of Judicial Decisions*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2010, pp. 341 ss.), e che la domanda chiave che serpeggia nella camera di consiglio, come molti ex-giudici hanno raccontato nelle loro testimonianze e memorie, è: "come ne usciamo?" (G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2004). La Corte costituzionale ha spesso mostrato la propensione a cercare di sbarazzarsi dei casi più difficili, che possono minare la sua legittimazione, utilizzando le categorie processuali, o cercando di affidare la decisione ai giudici comuni o alle corti sovranazionali.

Nel caso in esame, è evidente che le scappatoie per evitare di infilarsi in questo ginepraio erano molteplici. Allora, la domanda che non possiamo evitare di porci è "perché"? Occorre precisare che si tratta di un "perché" sistemico e istituzionale, che va oltre le contingenze legate alla composizione dei collegi, al coagularsi delle maggioranze, alle ambizioni dei presidenti o alle personali attitudini dei relatori. Al di là di qualsiasi contingenza, attraverso una sentenza come questa è la giustizia costituzionale italiana che parla e che si posiziona rispetto al contesto "ostile" che ho cercato sinteticamente di descrivere.

Senza dover ricorrere a una sorta di "psicologia" della giustizia costituzionale, è unicamente attraverso l'esame della motivazione che possiamo cercare di trovare una risposta. Peraltro, si tratta di una motivazione complessa, non lineare, a volte inutilmente ripetitiva, a volte sovrabbondante, nel senso che

si dipana in mille rivoli non sempre funzionali ad argomentare la soluzione scelta, in un susseguirsi di *obiter dicta* che rendono difficile individuare la *ratio decidendi* e gli argomenti a suo sostegno. Una motivazione nella quale si avvertono tante mani, tante sensibilità. Questa non è una novità nell'ambito della giustizia costituzionale italiana, che frequentemente ricorre a motivazioni discorsive o basate su due o più linee argomentative (definite "multi-legged": A. Jakab, *Judicial Reasoning in Constitutional Courts. A European Perspective*, in *German Law Journal*, 2013, p. 1215 ss.): si tratta infatti di una conseguenza del principio di collegialità e in particolare della impossibilità per i giudici di esprimere opinioni dissidenti o concorrenti (come abbiamo cercato di dimostrare in un recente lavoro: T. Groppi, I. Spigno, *Constitutional Reasoning in the Italian Constitutional Court*, in *Rivista A.I.C.*, n. 4/2014).

Volendo provare a dipanare la complessa matassa degli argomenti utilizzati (che includono anche un riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia in veste di "giurisprudenza straniera": mi riferisco al richiamo del caso *Kadi* contenuto nel par. 3.4 del Considerato in diritto), mi pare di poter rintracciare l'argomento portante della decisione laddove (proprio nel lungo paragrafo 3.4) si afferma che l'immunità, se ha un senso logico, si deve collegare, nella sostanza e non solo nella forma, con l'esercizio della funzione sovrana dello Stato straniero. Questa funzione sovrana non può mai esplicarsi in atti come la deportazione, i lavori forzati, gli eccidi, atti riconosciuti come crimini contro l'umanità. O, meglio, la Corte non dice proprio così, non può dirlo, non spetta a lei accertare l'esistenza della norma internazionale, come essa stessa a più riprese sottolinea, trattandosi "di una norma di diritto internazionale, dunque esterna all'ordinamento giuridico italiano, la cui applicazione da parte dell'amministrazione e/o del giudice, in virtù del rinvio operato nella specie dall'art. 10, primo comma, Cost., deve essere effettuata in base al principio di conformità, e cioè nell'osservanza dell'interpretazione che ne è data nell'ordinamento di origine, che è l'ordinamento internazionale" e in particolare secondo la interpretazione offerta da quel qualificato interprete che è la CIG (Cons. dir., par. 3.1). Dice piuttosto che tali atti, nell'ambito dell'ordinamento interno, non possono giustificare il sacrificio totale della tutela dei diritti delle vittime: come è stato messo in rilievo, la Corte pare affermare che tali atti determinano "a breach in the domestic ius cogens" e pertanto non possono mai essere coperti da immunità (F. Fontanelli, *I know it's wrong but I just can't do right. First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in www.dirittocomparati.it, 28 ottobre 2014).

La Corte accede a una impostazione secondo la quale i due piani, processuale (immunità) e sostanziale non possono essere ritenuti separati. Impostazione che non ha finora ritenuto di seguire in altre materie, come quella dell'insindacabilità dei parlamentari, ove non ha fatto proprio, fin qui, l'approccio seguito dalla giurisprudenza costituzionale tedesca (secondo la quale le offese personali e gratuite non possono mai ritenersi coperte da insindacabilità).

Soprattutto, risuona forte l'eco di una posizione minoritaria nella dottrina internazionalistica, accolta nella lunga opinione dissidente del giudice Cançado Trindade nella sentenza della CIG. Mosso dal supremo valore della ricerca della giustizia, egli aveva affermato che i crimini compiuti in violazione di norme internazionali di *ius cogens*, come il diritto internazionale umanitario e dei diritti umani, non sarebbero mai da qualificare come "*acta imperii*" ma piuttosto come "*delicta imperii*" e non possono mai ritenersi coperti da immunità (CIG, Germania c. Italia, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, p. 133) : l'immunità dello Stato non è un diritto, ma una prerogativa o un privilegio e non può essere assicurata quando conduce a una ingiustizia manifesta. Offrendo la sua testimonianza personale di ex giudice prima, e presidente della Corte interamericana dei diritti dell'uomo poi, che lo porta ad avere una sensibilità molto diversa da quella della maggior parte dei componenti della CIG, egli si era opposto in modo fermo al "positivismo giuridico" e al formalismo della CIG, che aveva basato la sua sentenza su quella che egli definisce "la incongrua giurisprudenza dei tribunali nazionali" (ivi, p. 189).

In altre parole, con questa sentenza la Corte costituzionale italiana ha deciso, nonostante il contesto ostile, di chiamarsi fuori da tale "incongrua giurisprudenza" (L. Gradoni, *Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 novembre 2014), per dare un segno di tipo diverso, basato appunto su un valore di giustizia. Non un valore astratto, ma positivizzato nei principi supremi della costituzione italiana, in particolare negli artt. 2 e 24, che peraltro parlano il medesimo linguaggio del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani. Contribuendo in tal modo ad una "auspicabile, e da più parti auspicata, evoluzione dello stesso diritto internazionale" (Cons. dir, par. 3.3, *in fine*), come mostra l'ampio spazio dedicato nella motivazione al ruolo sollecitatorio svolto dalla giurisprudenza delle corti nazionali (e tra esse quelle italiane) nella evoluzione giurisprudenziale delle corti internazionali o sovranazionali (in questo senso il richiamo alla risalente giurisprudenza italiana e belga sulla limitazione della immunità degli Stati per gli atti *iure gestionis*, Cons. dir., par. 3.3 e a quella della Corte costituzionale italiana relativa al differimento degli effetti favorevoli delle sentenze della Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale, Cons. dir., par. 3.4).

Non mi pare un caso che la prima attivazione dei controlimiti sia avvenuta non per una astrusa questione di diritto europeo, ma per una grande e tragica vicenda storica, fondante ad un tempo per il nostro ordinamento e per il sistema internazionale di tutela dei diritti umani.

Quante volte diciamo ai nostri studenti che in quello spiraglio, tra la fine della seconda guerra mondiale e l'inizio della guerra fredda, le costituzioni degli Stati nazionali fondate sulla dignità dell'uomo e la Dichiarazione universale dei diritti umani della Nazioni Unite hanno cercato di aprire la strada verso un mondo nuovo (per usare il titolo del libro di Mary Ann Glendon, *Verso un mondo nuovo. Eleanor Roosevelt e la dicharazione universale dei*

diritti umani, trad. it. Liberilibri, Macerata, 2001)? Che i protagonisti straordinari di quell'epoca eccezionale (da Giuseppe Dossetti a Lelio Basso, da Eleanor Roosevelt a René Cassin) hanno lottato e lavorato proprio per questo?

Come ha scritto Norberto Bobbio, un ideale come quello dei diritti dell'uomo rovescia completamente il senso del tempo, perché si proietta sui tempi lunghi, e solo alcuni "segni premonitori" possono farci presagire l'esito, secondo la kantiana visione profetica della storia (N. Bobbio, *I diritti dell'uomo, oggi*, in Id., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990 p. 269).

I tempi lunghi dei diritti dell'uomo sono fatti di piccoli segni, iniziano dai "piccoli luoghi vicino a casa", potremmo dire citando proprio Eleanor Roosevelt (M. A. Glendon, *Verso un mondo nuovo*, p. 408), piccoli segni che possono essere l'opinione dissidente di un giudice illuminato dalle sofferenze dei casi che ha dovuto giudicare, possono essere sentenze isolate e dalla motivazione non del tutto lineare di corti costituzionali di paesi periferici.

La risposta alla domanda "perché", in definitiva, è che a volte le corti costituzionali riescono a leggere i segni dei tempi e a farsi esse stesse segno, comprendendo che se vogliono continuare ad essere "*viva vox*" delle loro costituzioni, debbono muoversi guidate da quei valori di giustizia in cui tali costituzioni affondano le radici.

Il che non vuol dire necessariamente che riescano ad offrire effettivo rimedio alla violazione dei diritti. Accanto e oltre la costituzione normativa, esse risultano garanti, in tali casi, di una costituzione che è soprattutto simbolica. È quella simbolica una dimensione della costituzione la cui importanza tendiamo a dimenticare, guidati dalla pur comprensibile preoccupazione per la difesa della sua normatività.

In queste occasioni è come se le corti costituzionali percepissero che la loro legittimazione si fonda nella storia dei tempi lunghi, nella proclamazione dei valori fondanti dell'ordinamento, più che nella loro concreta tutela, e tutto ciò facesse passare in secondo piano, bollandola come formalistica, qualsiasi ulteriore considerazione.

Quali siano i prezzi da pagare, in termini di coerenza con i precedenti, di forzature interpretative, di lascito per il sistema costituzionale nel suo complesso, per diventare "segno" di un mondo nuovo (ovvero, qui, di un nuovo diritto internazionale consuetudinario che circoscriva l'immunità degli Stati di fronte alle violazioni di *ius cogens*), possiamo valutarlo soltanto sulla base del carattere più o meno persuasivo, più o meno coerente delle motivazioni che esse ci offrono.

In conclusione, l'operazione che la Corte costituzionale italiana ha voluto compiere è abbastanza chiara, le modalità con cui lo ha fatto sono aperte alla valutazione della comunità degli interpreti della Costituzione.

ORDINE DI INVESTIGAZIONE EUROPEO E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI*

di Roberto E. Kostoris

Sommario: 1. Premessa. – 2. Quattro prospettive da cui esaminare i diritti fondamentali nell'o.e.i. – 3. Il richiamo al rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 6 TUE. – 4. I diritti fondamentali nella cornice del rapporto tra *lex fori* e *lex loci*. – 5. Tutela dei diritti fondamentali e motivi di rifiuto. – 6. L'o.e.i. richiesto dalla difesa. – 7. Il diritto di reclamo dell'o.e.i. – 8. Giusto processo e regole di valutazione della prova. – 9. Diritti fondamentali e vaglio di proporzionalità. – 10. L'o.e.i. come strumento paradigmatico di gestione del diritto europeo.

1. Premessa

La direttiva sull'ordine europeo di indagine (d'ora in poi o.e.i.) 2014/41 UE, che è entrata in vigore il 22 maggio 2017, rappresenta il primo tentativo di disciplinare attraverso uno strumento unitario la raccolta transnazionale della prova, che precedentemente era frammentata in una pluralità di strumenti di assistenza giudiziaria. Da questo punto di vista, non può che essere salutata con favore, quale strumento di semplificazione nel quadro della cooperazione giudiziaria.

Essa però non è stata concepita nella prospettiva di un'armonizzazione in materia probatoria. Anche se, come diremo, non è escluso che, almeno in certe sue parti, possa indirettamente favorire prassi uniformanti delle legislazioni nazionali, è indubbio che non si è dato seguito agli auspici del Trattato di Lisbona, il quale esplicitamente prevede (art. 82.2 TFUE) che, per facilitare il mutuo riconoscimento e la cooperazione giudiziaria, si possano varare norme minime comuni sull'"ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri" , che tengano conto delle differenti tradizioni giuridiche nazionali. I tempi non erano ancora maturi – e, del resto, oggi lo sembrano ancor meno – per compiere un passo di questo tipo, essendo ancora troppo forti le resistenze degli Stati membri a cedere porzioni di sovranità in un campo nevralgico e "sensibile" come quello delle prove penali. Per questo si è scelto con l'o.e.i. uno strumento – assai meno "invasivo" – di mutuo riconoscimento, peraltro "temperato" da profili che si rifanno alle logiche dell'assistenza giudiziaria.

---

* Testo in versione italiana della relazione su "*Orden europea de investigación y garantías fundamentales*" tenuta all'*Istituto de Estudios Europeos* dell'Università di Valladolid il 28 settembre 2017 al Convegno internazionale "*Garantías procesales de investigados y acusados: situación actual en el ámbito de la Unión europea"* organizzato nell'ambito del progetto di ricerca *"Garantias procesales de investigados y acusados: la necesidad de armonizacion y fortalecimiento en el ambito union europea*" (DER2016-78096-P) finanziato dal Governo spagnolo.

Naturalmente, le conseguenze della mancata scelta di fondo per l'armonizzazione non tardano ad affiorare. Non seguendo la logica dicotomica che una scelta di armonizzazione normativa avrebbe potuto promuovere (regole probatorie comuni riservate ai casi transnazionali, regole probatorie nazionali per i casi interni) [1], l'o.e.i, al di là della intrinseca non facile lettura del suo articolato, propone soluzioni regolative che, nel cercare di contemperare le ragioni della legge dello Stato richiedente (secondo il modello del mutuo riconoscimento) con quelle della legge dello Stato di esecuzione (secondo la vecchia logica delle rogatorie)[2], si fondano su presupposti quanto mai vaghi e indefiniti (il rispetto dei diritti fondamentali, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato di esecuzione), i quali riceveranno inoltre una particolare modulazione sia attraverso il vaglio di proporzionalità dell'o.e.i., sia a seguito degli "accordi" e delle "consultazioni" che è previsto avvengano tra le autorità di esecuzione e quelle di emissione dell'o.e.i. per giungere a soluzioni condivise. Inutile dire come tutto ciò possa produrre ricadute negative sul piano della prevedibilità, conoscibilità e chiarezza delle regole da applicare.

Trattandosi di una direttiva, il quadro normativo di riferimento si deve naturalmente completare alla luce delle disposizioni di recepimento nazionale da parte dei vari Stati membri. È in questa sede che fisiologicamente dovrebbero essere destinate a trovare maggiore specificazione le regole procedurali applicabili sia per il caso in cui il singolo Stato agisca nella veste di autorità emittente, sia per il caso in cui agisca invece in veste di autorità esecutiva di un o.e.i. Non è detto però che questa normativa di implementazione contribuisca a chiarire sempre il senso dei riferimenti generici che si sono ricordati. Quella italiana (d.lg. 21 giugno 2017, n. 108), ad esempio, riproduce simili formule in modo automatico. Molto resta dunque in ogni caso demandato all'ulteriore azione integratrice della giurisprudenza. Sarà questo il vero banco di prova per verificare il grado effettivo di tutela delle garanzie nell'o.e.i.

2. Quattro prospettive da cui esaminare i diritti fondamentali nell'o.e.i.

Alla luce del quadro normativo che emerge dalla direttiva ci sembra che, per ricostruire nei suoi tratti di fondo la fisionomia delle tutele previste dalla

---

[1] Una logica di questo tipo implicherebbe di adottare una prospettiva parafederale, anche se realmente federale sarebbe solo un assetto che prevedesse un livello di reati euro unitari e un apparato giudiziario UE deputato a perseguirli.

[2] Pone in evidenza la difficoltà di contemperare modelli di prova di ordinamenti diversi L. Lupària, *Note conclusive nell'orizzonte di attuazione dell'Ordine europeo di indagine*, in T. Bene, L. Lupària, L. Marafioti (a cura di), *L'Ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 255.

disciplina dell'o.e.i., che forma oggetto di questa relazione, sia opportuno prendere in considerazione almeno quattro aspetti centrali: *a*) la nozione di diritti fondamentali a cui spesso fa riferimento la direttiva; *b*) i rapporti che vengono tracciati tra *lex fori* e *lex loci*; *c*) alcune specifiche garanzie contenute nella direttiva che rimandano alla lesione di diritti fondamentali; *d*) l'anatomia e la portata del vaglio di proporzionalità dell'o.e.i.

3. Il richiamo al rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 6 TUE

Iniziando dal primo profilo, nella direttiva figurano molteplici richiami all'obbligo di rispettare i diritti fondamentali sanciti dall'art. 6 TUE[3]. Sono certamente richiami pleonastici, dato che ogni strumento di diritto derivato UE deve in ogni caso conformarsi necessariamente a quei diritti, che comprendono i diritti contenuti nella Carta dei diritti fondamentali e nella Cedu, in connessione a quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Nondimeno, si tratta di richiami utili, perché pongono esplicitamente l'accento sull'esigenza che la disciplina della raccolta transnazionale di atti investigativi e probatori[4] non sia sbilanciata sulle esigenze repressive.

Sono molteplici le tipologie di diritti che possono venire in gioco su questo terreno. Si tratta certamente e in primo luogo dei diritti difensivi, nella duplice prospettiva della difesa tecnica e dell'autodifesa, ma vi si aggiungono anche il diritto alla dignità umana, alla tutela della libertà personale, alla presunzione di innocenza, al *ne bis in idem*, alla riservatezza e alla protezione dei dati personali, alla tutela del domicilio, della proprietà, dei segreti e delle immunità, della libertà di stampa e di espressione del pensiero. Ai diritti indicati dall'art.6 TUE si devono inoltre aggiungere anche quelli previsti dalle direttive di armonizzazione sui diritti di imputati o indagati, che dunque vanno coordinati con la disciplina dell'o.e.i.[5].

Ma quali dovranno essere, in particolare, i contenuti specifici di questi diritti da rispettare nell'ambito dell'o.e.i.? La loro individuazione rappresen-

---

[3] Cfr. artt. 1.4; 11.1, f); 14.2; 14.7.

[4] La direttiva accomuna in una disciplina unitaria il compimento di atti di indagine e di atti probatori. Alcuni ordinamenti, come quello italiano, distinguono però in modo netto la fase delle indagini da quella di raccolta e formazione delle prove. Di ciò, naturalmente, sono destinate a farsi carico le normative nazionali di recepimento della direttiva sull'o.e.i: in Italia il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 regola infatti separatamente la procedura di richiesta di un o.e.i, dove i due aspetti (attività di indagine e compimento o raccolta di atti probatori) vengono disciplinati in modo diverso, dalla procedura di esecuzione di un o.e.i., dove invece i due aspetti vengono considerati in un'ottica cumulativa.

[5] Cfr. il Considerando n.15. Esso, per la verità, menziona solo le direttive 2010/64/UE, 2012/13/UE e 2013/48/UE, cioè quelle uscite prima della direttiva sull'o.e.i. Ma è ovvio che occorre far riferimento anche a quelle successive.

ta, in effetti, un'operazione particolarmente complessa. Il richiamo dell'art. 6 TUE alla Carta dei diritti fondamentali e alla Cedu e la clausola di corrispondenza contenuta nell'art. 52.3 Carta tra i diritti tutelati dalla medesima e i diritti Cedu implica che sia quest'ultima a rappresentare il parametro di fondo delle tutele che devono essere garantite in genere nel diritto UE, e, per quanto qui interessa, dall'o.e.i. Ed è un parametro che, come noto, risulta integrato dall'interpretazione che i diritti convenzionali ricevono da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si tratta di un riferimento che, se, per un verso, ha portato a importanti specificazioni soprattutto delle garanzie che ruotano intorno al concetto di equità processuale[6], patisce, tuttavia, per altro verso, di un limite che è intrinseco alla stessa fisionomia della Corte europea, la quale compendia in sé il doppio ruolo di "interprete ufficiale" della Convenzione, e quindi di organo a vocazione nomofilattica, e di giudice dei casi concreti: ruolo, quest'ultimo, che la porta ad avere invece un approccio parametrato sulle peculiari caratteristiche della vicenda giudiziaria sottoposta al suo vaglio, che essa conduce inoltre attraverso una visione olistica e non frazionata del caso, ragionando, in questa prospettiva, anche in un'ottica di "garanzie compensative"[7]. Ciò può condurre – e, come si è osservato, di recente sempre più ha condotto[8] – a soluzioni diverse rispetto a situazioni in astratto simili, ma connotate da componenti fattuali differenti, operando mutamenti di giurisprudenza e, quindi, di interpretazione delle medesime garanzie, che non possono non creare disorientamento nel momento in cui il *case law* della Corte di Strasburgo viene considerato come parametro generale di riferimento per l'individuazione dei diritti fondamentali anche in rapporto al diritto dell'Unione[9].

Occorre poi precisare che a questa possibile fluidità di indicazioni convenzionali si aggiungeranno a valle due ulteriori e non secondari fattori: il vaglio di proporzionalità effettuato dalle autorità nazionali, dove verrà operato uno specifico bilanciamento tra i diritti fondamentali che potranno venire in gioco ai fini dell'emissione dell'o.e.i. e le "consultazioni" tra autorità emittenti e autorità esecutive, alla stregua delle quali si potrebbero produrre ulteriori aggiustamenti e mutamenti in ordine alle regole applicabili.

---

6 Cfr. R.E. Kostoris, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di* civil law, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 1653 ss.

7 Per una sintesi sul punto, R.E. Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di Procedura penale europea*, 3a ed., Giuffrè, 2017, p. 51 s.

8 M. Caianiello, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 25 (2017), p. 283 ss.

9 Occorre anche non dimenticare che, per ricostruire correttamente gli insegnamenti della Corte europea, è necessario rifarsi ai termini giuridici che essa impiega, i quali possono presentare significati diversi rispetto a quelli che i medesimi termini possono assumere nei vari ordinamenti nazionali.

Detto questo, non va comunque dimenticato che i diritti Cedu forniscono solo standard "minimi" di tutela. In questa prospettiva, la clausola del rispetto dei diritti fondamentali nell'o.e.i. giocherà soprattutto a vantaggio degli imputati e indagati in Paesi emittenti i cui ordinamenti siano scarsamente garantistici: tali Paesi potranno infatti essere indotti ad alzare il livello dei loro sistemi di tutele per non vedersi opporre un rifiuto di eseguire l'o.e.i. da parte delle autorità dello Stato di esecuzione, motivato da un'incompatibilità con l'art. 6 TUE (art. 11.1, f). Il vincolo del rispetto dei diritti fondamentali non gioverà invece agli imputati che si trovino in Paesi che già presentino alti livelli di tutele; semmai, l'esigenza di operare un *self restrain* nella scelta delle regole della *lex loci* da richiedere per l'esecuzione dell'o.e.i, in ragione di un'esigenza di massima semplificazione nella cooperazione e l'ibridazione delle regole nazionali che l'o.e.i. è suscettibile di operare nel tempo[10] potrebbero portare quegli ordinamenti ad un abbassamento generale dei loro livelli di garanzia. È vero che l'art. 53 Carta dei diritti fondamentali fissa il principio secondo il quale tra diversi livelli di tutela europea e nazionale deve prevalere quello più elevato, e che un analogo principio di "non regressione" compare – oltre che nella Cedu – anche nelle direttive di armonizzazione sui diritti di imputati e indagati. Tuttavia, la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia non sembra tranquillizzare del tutto al riguardo, avendo fatto prevalere il più basso livello di garanzie dell'Unione quando una diversa soluzione avrebbe rischiato di compromettere il primato, l'unità e l'effettività del diritto eurounitario[11]. Inoltre, si deve osservare che la direttiva sull'o.e.i. non fissa comunque alcuna specifica clausola di non regressione[12].

4. I diritti fondamentali nella cornice del rapporto tra lex fori e lex loci

Consideriamo ora la tutela delle garanzie sotto il profilo dei rapporti tra *lex fori* e *lex loci*.

La *lex fori*, cioè la legge processuale dello Stato di emissione dell'o.e.i., è quella che in linea di principio deve essere osservata da parte delle autorità dello Stato di esecuzione (art. 9.2). È dunque a questa legge – o meglio, a quelle tra le sue prescrizioni che specificamente saranno indicate dall'autorità di emissione – che si dovrà far capo per individuare le regole di

---

[10] Esamineremo questi aspetti nel prossimo paragrafo.

[11] Cfr. C.giust., 26 febbraio 2013, *Melloni,* C-399/11. M. Daniele, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, Cedu e sistemi nazionali,* in *Dir. pen. cont.*, 2016, 10 sostiene come il criterio possieda una sua logica ove la previsione UE fosse tassativa (come accadeva nel caso *Melloni*), dato ciò dovrebbe ritenersi indice della volontà degli Stati a rinunciare agli standard nazionali di garanzia.

[12] Resta solo il principio della tutela dei principi fondamentali della *lex loci*.

ammissibilità[13] e di formazione della prova. È una scelta funzionale al fatto che l'utilizzazione delle prove raccolte con l'o.e.i. dovrà poi essere effettuata all'interno dello Stato emittente[14].

La regola della *lex fori* trova però un contemperamento nell'esigenza di rispettare comunque i "principi fondamentali" del diritto dello Stato di esecuzione, cioè della *lex loci* (art. 9.2).

Tale esigenza ripropone sul piano della raccolta della prova transfrontaliera un meccanismo di "contro limite" che lo Stato di esecuzione può opporre allo Stato di emissione a tutela di un suo inderogabile spazio di sovranità.

Anche qui ci troviamo di fronte ad un riferimento alquanto vago e indeterminato[15] per identificare l'area protetta. Certamente è da ritenere che essa non possa *tout court* coincidere con quella dei "diritti fondamentali" tutelati dall'art. 6TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali: altrimenti l'obbligo di rispettare questi ultimi riassorbirebbe già automaticamente l'obbligo di cui si discute. In questo caso dovrebbero invece entrare in gioco regole positive dello Stato di esecuzione, quand'anche queste possano trovare la loro matrice prima in diritti fondamentali. Qualche utile indicazione per individuarne almeno qualcuna potrebbe senz'altro venire dalle leggi nazionali di adeguamento alla direttiva, che, nonostante talora riprendano in modo automatico lo stereotipo riferimento al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato di esecuzione[16], non mancano comunque di esplicitare alcuni profili irrinunciabili da osservare nella procedura esecutiva, anche se questi possono risultare a loro volta talora confusi con le modalità operative di compimento dell'atto istruttorio diverse da quelle specificamente richieste dall'autorità di emissione, che, secondo le esplicite indicazioni della direttiva (art. 9.1), seguiranno anch'esse la *lex loci*, dovendo coincidere con quelle previste per l'atto interno omologo.

In tale prospettiva, potrebbero, ad esempio, essere considerati principi fondamentali – e quindi irrinunciabili – della *lex loci* la riserva di giurisdizione per il compimento di certi atti o la disciplina degli avvisi al difensore, con

---

[13] Cfr. M. Daniele, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2016, 2016, 3, p. 65.

[14] I. Armada, *The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence,* in *New Journal of European Criminal Law,* 6, I, 2015, p. 21 sottolinea come il rispetto della *lex fori* possa anche favorire le garanzie della difesa meglio della *lex loci*, poiché non imporrebbe a quest'ultima di doversi muovere nel quadro di un diverso sistema giuridico come quello dello Stato di esecuzione.

[15] C. Heard, D. Mansell, *The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence-Gathering in EU Cross-Border Cases*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2 (4), 2011, p. 360.

[16] Può essere interessante notare che nella legge di implementazione italiana non si richiede nemmeno che siano principi "fondamentali": cfr. art. 4.2 d.lg. n. 108/2017.

o senza preavviso, del compimento dell'atto, come prevede, ad esempio, la legge di implementazione italiana (art. 5 e 4 d.lg. n. 108/2017).

La direttiva autorizza l'autorità di esecuzione a disattendere le prescrizioni dell'autorità emittente che fossero in conflitto con i principi fondamentali della *lex loci* (art. 9.2), ma tace sulle conseguenze che tale conflitto potrebbe produrre: è ipotizzabile che in tal caso si venga ad integrare un motivo non tipizzato di non esecuzione o di rifiuto dell'o.e.i.? In teoria si dovrebbe rispondere di sì, ma a scongiurare una simile evenienza dovrebbero previamente soccorrere le consultazioni tra autorità di esecuzione e autorità emittenti, previste in generale dall'art. 11.4, che dovrebbero consentire di trovare un accordo che salvaguardi quei principi, bilanciandoli con l'esigenza dello Stato di esecuzione di poter comunque utilizzare l'atto istruttorio all'interno del proprio sistema; il che potrebbe anche essere ottenuto facendo ricorso ad un altro atto che possa avere effetti corrispondenti a quelli dell'atto richiesto.

Al di là di tutto però, e in una prospettiva più ampia, si dovrebbe ritenere che l'obbligo di osservare la *lex fori* abbinato al rispetto dei principi fondamentali dello Stato di esecuzione possa – e, anzi, debba mirare a – favorire l'elaborazione di soluzioni ermeneutiche condivise, in grado di propiziare la cooperazione e, con essa, anche un ravvicinamento in via interpretativa dei sistemi processuali in materia probatoria, preparando così il terreno per una meno traumatica fissazione futura da parte del legislatore euro unitario di regole comuni secondo le prospettive aperte dall'art. 82 TFUE. In quest'ottica, le autorità emittenti dovrebbero aver cura di chiedere a quelle di esecuzione di rispettare le sole disposizioni della *lex fori* davvero indispensabili per garantire l'utilizzabilità dell'atto [17], semplificando al massimo le loro pretese, per non mettere di fronte a troppe difficoltà nell'esecuzione dell'o.e.i. e, al contempo, limitare al massimo anche il rischio di errori. L'ampia possibilità che i magistrati dello Stato emittente affianchino quelli dello Stato di esecuzione durante il compimento degli atti istruttori (art. 9.4) dovrebbe anch'essa favorire una sempre più approfondita reciproca conoscenza delle regole nazionali, che potrebbe portare gradualmente a una loro ibridazione nella prassi[18].

Prospettive di uniformizzazione dovrebbero a maggior ragione aprirsi in rapporto ad alcuni specifici strumenti istruttori disciplinati in quella che si potrebbe definire la "parte speciale" della direttiva. È verosimile che le più dettagliate previsioni che compaiono nell'o.e.i., ad esempio in materia di videoconferenze o di intercettazioni, possano rappresentare modelli dai quali ai legislatori nazionali non converrà discostarsi troppo nelle loro normative

---

[17] F. Siracusano, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *www.archiviopenale.it*, 2, 2017, p. 10.

[18] M. Caianiello, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. e giust.,* 2015, 3, 10.

interne, anche nella prospettiva di ottenere una più facile fruibilità della prova nei contesti di cooperazione giudiziaria[19].

5. Tutela dei diritti e motivi di rifiuto

Oltre a richiedere il rispetto dei diritti fondamentali e quello dei principi fondamentali della *lex loci*, da intendere come forma di tutela non solo della sovranità dello Stato di esecuzione, ma anche delle maggiori garanzie eventualmente apprestate da quest'ultimo rispetto a quelle dello Stato emittente[20], la direttiva prevede poi alcune più specifiche tutele.

Al riguardo vanno anzitutto ricordati i casi di rifiuto dell'o.e.i. motivati da specifiche esigenze di garanzia dei diritti fondamentali. Si pensi all'esistenza di immunità o privilegi (vi dovrebbero rientrare le situazioni di esenzione dalla testimonianza, ma forse anche il diritto al silenzio dell'imputato, peraltro ricompreso anche tra le garanzie di equità processuale) o a norme relative a limitazioni di responsabilità penale a tutela della libertà di comunicazione previste dalla *lex loci* che fossero incompatibili con l'esecuzione dell'o.e.i. (art. 11.1 a); si pensi ancora alla violazione del *ne bis in idem* che l'esecuzione dell'o.e.i. potrebbe causare (art. 11.1 d), al mancato rispetto del principio della doppia incriminazione, con l'eccezione di alcuni reati di "lista," e salvo che l'o.e.i. riguardi atti non coercitivi (art. 11.1 g,2), e, ancora, alla mancanza del consenso della persona rispetto al compimento di certi atti istruttori che implicano il suo coinvolgimento, come il trasferimento temporaneo di un detenuto nello Stato di emissione o un'audizione in video o teleconferenza (artt. 22.2.a e 24.2.a). Si pensi, infine, all'ipotesi generale di chiusura in cui vi sia il rischio che l'esecuzione possa comportare una violazione dei diritti fondamentali previsti dall'art. 6 TUE e dalla Carta di Nizza da parte dello Stato di esecuzione (art. 11.1.f). Qui si tocca con mano come la presunzione che gli ordinamenti dei vari Stati membri siano conformi alle garanzie minime del diritto euro unitario (e in definitiva, come dicevamo, del diritto Cedu) sia in partenza considerata del tutto relativa e superabile[21]. Si fornisce insomma agli organi dello Stato di esecuzione la possibilità di evitare di dar corso a una richiesta di o.e.i. da parte di Stati i cui sistemi giuridici lascino traspari-

---

[19] La ragione di questa maggiore vocazione armonizzatrice, sia pure indiretta, appare soprattutto di tecnica legislativa: è questa, infatti, la parte in cui la direttiva, fornendo indicazioni più specifiche in merito a taluni atti istruttori, sembra adottare prescrizioni più vicine al modello delle regole che a quello dei principi; in quanto tali, dunque, più facilmente identificabili e recepibili dagli ordinamenti nazionali.

[20] È difficile pensare all'ipotesi contraria in cui lo Stato di esecuzione imponga il rispetto di regole meno garantistiche di quelle richieste dallo Stato emittente, identificandole come capisaldi inderogabili del proprio ordinamento.

[21] Cfr. l'inequivoco tenore del *Considerando* 19.

re in concreto, e quindi anche solo sul piano della prassi giurisprudenziale, livelli di tutele inferiori a quelle garantite dalla Cedu[22].

6. L'o.e.i. richiesto dalla difesa

Sotto un diverso profilo va poi considerata la possibilità per la difesa di domandare l'emissione di un o.e.i, che può essere esercitata secondo le regole applicabili al riguardo dallo Stato emittente. Gli effetti della richiesta dipenderanno quindi dalle norme nazionali, che dovranno anzitutto stabilire se essa determini o meno specifici obblighi in capo all'autorità[23].

Certamente, la direttiva non sembra alludere a un'indagine transnazionale difensiva, intesa come possibilità per il difensore di gestire in modo autonomo la raccolta della prova all'estero e i rapporti con l'autorità straniera incaricata di compiere l'atto. L'emissione della richiesta di o.e.i. resterà infatti in ogni caso riservata all'autorità giudiziaria competente, che dovrà effettuare il controllo di ammissibilità e proporzionalità della misura, mentre l'attività investigativa o probatoria sarà posta in essere dall'autorità dello Stato di esecuzione, eventualmente con la partecipazione di quella di emissione. In un siffatto contesto, si dovrebbe ritenere che una partecipazione attiva del difensore possa essere eventualmente ammessa solo ove sia prevista dalla *lex fori*, venga esplicitamente richiesta dall'autorità emittente e risulti in ogni caso compatibile con i principi generali dello Stato di esecuzione.

In conclusione, la possibilità offerta alla difesa di domandare l'emissione di un o.e.i. rappresenta senz'altro un'innovazione positiva nel quadro della cooperazione giudiziaria[24], ma non è tale da apparire ancora soddisfacente, perché non assicura alcuna parità delle armi con l'accusa[25]. La logica in cui si muove resta infatti quella della c.d. "canalizzazione" dell'atto verso le autorità pubbliche, con l'effetto di obbligare la difesa a scoprire le proprie carte e le proprie strategie di fronte all'autorità investigativa emittente, normalmente rappresentata proprio dal pubblico ministero, cioè dal suo antagonista naturale.

---

[22] Cfr. L. Marafioti, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. Bene, L. Lupària, L. Marafioti (a cura di), *L'Ordine europeo*, cit., p. 12.

[23] Anzitutto, in ordine al dovere o meno di pronunciarsi di fronte alla domanda della difesa. Non bisogna dimenticare che l'attivazione dell'o.e.i. comporta in ogni caso oneri economici e organizzativi.

[24] In Italia, ad esempio, la giurisprudenza ha sempre negato che l'indagine difensiva possa svolgersi all'estero: in questa prospettiva, la direttiva sull'o.e.i. fornisce una prima base per giungere al superamento di questa visione nazionalistica.

[25] L. Bachmaier, *Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters,* in *Eucrim*, 2015, 2, p. 50.

Infine, e al di là di tutto, non sfugge che la richiesta di un o.e.i. da parte della difesa presuppone che quest'ultima sia comunque al corrente dell'esistenza di prove all'estero che merita acquisire; il che implica che disponga di una rete di informazioni normalmente non facilmente accessibili ai privati[26].

7. Il diritto di reclamo dell'o.e.i.

Un'ulteriore importante garanzia è rappresentata inoltre dalla possibilità di impugnare l'atto richiesto con l'o.e.i., che dovrà avvenire attraverso uno strumento equivalente a quello disponibile in un caso interno analogo (art. 14.1). È da ritenere che il reclamo possa essere proposto non solo dall'imputato e dall'indagato, ma anche da chi possa subire un pregiudizio dall'esecuzione di un o.e.i, come, ad esempio, il proprietario di un bene sottoposto a sequestro. Il ricorso avrà come destinataria l'autorità emittente, qualora riguardi ragioni di "merito" del provvedimento, e l'autorità di esecuzione limitatamente alle doglianze che riguardino il rispetto dei diritti fondamentali.

La possibilità di contestare l'emissione dell'o.e.i. presuppone peraltro che l'interessato non solo sia a conoscenza di questo suo diritto, ma abbia anche accesso agli elementi conoscitivi che gli consentano di esercitarlo in modo concreto. L'art. 14.3 si limita a prescrivere al riguardo che, compatibilmente con le esigenze di riservatezza delle indagini, sia l'autorità di emissione, sia quella di esecuzione[27] gli debbano fornire – in tempo utile per esercitare il diritto di reclamo – solo le informazioni del primo tipo che siano "disponibili ai sensi del diritto nazionale". Ma la difesa parte per definizione in una posizione nettamente svantaggiata nei casi transnazionali, non solo perché deve operare con le sue sole forze, destreggiandosi tra ordinamenti con regole, prassi e lingue diverse, dovendo fronteggiare l'operato di autorità giudiziarie di Stati diversi, ma anche perché spesso non conosce gli elementi a carico raccolti dagli organi investigativi. Né – con riguardo all'o.e.i. – è a conoscenza di quei flussi di informazioni che formano oggetto delle trasmissioni di dati e delle "consultazioni" tra autorità di emissione e autorità di esecuzione che tanto rilievo possono avere nell'ambito delle attività investigative[28]. Sarebbe dunque necessario pervenire a un'interpretazione estensiva degli obblighi di informazione all'interessato tale da ricomprendervi anche

---

[26] M. Caianiello, *La nuova direttiva UE*, cit., p. 7.

[27] Mentre gli avvisi da parte dell'autorità emittente dovrebbero già essere previsti dal diritto nazionale del processo (*lex fori*) quelli dell'autorità di esecuzione potrebbero non essere previsti o potrebbero essere previsti in modo diverso dalla *lex loci*. La direttiva non impone che necessariamente siano seguite al riguardo le stesse prescrizioni della *lex fori*, ma richiede che vengano comunque fornite indicazioni tali da assicurare un'informazione completa e tempestiva sulle modalità di reclamo nello stato di esecuzione.

[28] M. Caianiello, *La nuova direttiva UE*, cit.. p. 8.

la *disclosure* degli elementi di merito che riguardino l'atto istruttorio impugnabile: lo richiede, del resto, la giurisprudenza della Corte europea, che considera tale elemento come fondamentale espressione della partità delle armi e della *fairness* processuale[29].

8. Giusto processo e regole di valutazione della prova

Infine, la direttiva pone un particolare accento sul rispetto dei diritti della difesa nei processi penali davanti allo Stato di emissione e sull'esigenza di applicare le garanzie del giusto processo nella valutazione delle prove acquisite con o.e.i.

Un primo rilievo da fare al riguardo concerne ciò su cui invece la direttiva tace completamente: la partecipazione della difesa alla fase di raccolta delle prove di fronte allo Stato di esecuzione[30]. Dovrebbero valere in linea di principio anche a questo proposito le regole della *lex fori* (e, in tale prospettiva, il richiamo al rispetto dei diritti difensivi nei processi davanti allo Stato emittente potrebbe suonare comunque come un *caveat*), ma poi, a rendere più incerto il quadro di riferimento, entrano anche in gioco, come sappiamo, i principi fondamentali della *lex loci*. La lacuna dunque può essere fonte di preoccupazione, anche se dovranno comunque applicarsi pure a questo riguardo le minimali garanzie della Cedu., come il diritto all'esame dei testi e il diritto alla controprova[31].

Quanto alla valutazione delle prove raccolte con o.e.i., la direttiva fissa un'unica regola espressa in tema di inutilizzabilità delle intercettazioni di comunicazioni (art. 31.3 *b*), disponendo che qualora l'intercettazione non sia ammessa in un caso interno analogo, l'autorità dello Stato membro nel cui territorio essa avviene (Stato notificato) possa avvertire quella dello Stato membro di intercettazione che la medesima non può essere effettuata e che eventuali risultati dell'intercettazione già ottenuti non possono essere utilizzati o possono esserlo solo alle condizioni da essa specificate. Si tratta di una strana regola di inutilizzabilità a geometria variabile, che sembra rappresentare in un certo senso una specificazione particolare del criterio della prevalenza dei principi fondamentali della *lex loci*. Ma che, dipendendo dalle istruzioni di volta in volta impartite dall'autorità dello Stato notificato, non presenta alcun grado di conoscibilità preventiva.

---

[29] Cfr. C.eur. 16 febbraio 2000, *Fitt v. United Kingdom*. Sul punto v. M. Daniele, *L'impatto*, cit., p. 70.

[30] V. S. Ruggeri, *Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues*, in ID (a cura di) *Transnational Evidence and Multicultural Inquires in Europe*, Springer, 204, p. 14 ss.

[31] Su cui v. A. Balsamo, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R.E. Kostoris (a cura di) *Manuale di Procedura penale europea*, 3° ed., Giuffrè, 2017, p. 146 ss.

Certo è possibile individuare nella direttiva qualche regola implicita di inutilizzabilità sempre sul fronte dell'ammissibilità della prova: ad esempio per violazione della *lex fori* quando non si rispettino nell'o.e.i. le regole di ammissibilità a cui deve sottostare l'atto interno analogo, o quando comunque vengano violate o eluse specifiche prescrizioni della direttiva[32].

Meno agevole individuare regole di inutilizzabilità che riguardino le modalità con cui deve essere effettuato l'atto istruttorio. La giurisprudenza Cedu ne prevede alcune: il pensiero corre subito alla *sole or decisive rule* elaborata in proposito dalla Corte di Strasburgo[33], alla luce della quale una condanna non si può fondare in misura esclusiva o determinante su dichiarazioni rese da persone che l'accusato non ha mai avuto la possibilità di esaminare; ma sono regole di valore comunque minimale ed inoltre cangevole a seconda del contesto (la stessa *sole or decisive rule* non vale in assoluto, potendo scolorarsi alla luce di eventuali garanzie compensative[34]). In un contesto inevitabilmente fluido, che costringe a ripensare alle categorie giuridiche tradizionali di ascendenza codicistica, si è dunque proposto di individuare regole "flessibili" di inutilizzabilità dell'o.e.i. rapportate alla violazione dei diritti fondamentali, che colpirebbero le prove "raccolte sulla base di modalità tali da determinare una violazione sproporzionata dei diritti fondamentali"[35].

9. Diritti fondamentali e vaglio di proporzionalità

Un ruolo nevralgico nel quadro della tutela dei diritti fondamentali nell'o.e.i. è giocato infine dal principio di proporzionalità.

Evocando l'idea di un bilanciamento, il test di proporzionalità è stato visto da alcuni come uno strumento di indebolimento o di svuotamento dei diritti fondamentali[36], perché farebbe loro perdere quella assolutezza e quella garanzia di inviolabilità che sembrerebbero doverli caratterizzare. Sennonché i diritti non vivono mai isolatamente ma si trovano a convivere, e quindi a doversi contemperare, con altri diritti. Il giudizio di proporzionalità diventa dunque, sia a monte, in sede di scelte legislative, sia a valle, in sede di scelte giudiziali, uno strumento regolativo indispensabile per gestire questa convivenza[37]. Ed è uno strumento prezioso, sia perché è capace di donare 'flessibi-

---

[32] M. Daniele, *L'impatto*, cit., p. 71 porta l'esempio della prassi di trasmissione informale delle prove già in possesso dello Stato richiesto, che invece deve avvenire nelle forme dell'o.e.i., o della pratica del c.d. instradamento delle intercettazioni.

[33] C. eur., 24 aprile 2004, *Carta v. Italia*.

[34] C. eur., 15 dicembre 2011, *Al Khawaja and Tahery v. United Kingdom*.

[35] M. Daniele, *L'impatto*, cit. p. 77 s.

[36] S. Tsakyrakis, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2009, 7, p. 468 ss.

[37] Cfr. i rilievi di G. Pino, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion*

lità' alla decisione, sia perché richiede che la ponderazione degli interessi in gioco sia fatta in modo razionale e argomentato.

Sotto entrambi i profili, il principio di proporzionalità si presta ad essere applicato nei più diversi contesti normativi. Si può, anzi, ricordare come sia stato concepito originariamente all'interno di sistemi 'rigidi' di *civil law*, caratterizzati da un diritto formulato per fattispecie[38]. Nondimeno, è chiaro che esso è destinato ad acquistare ancora maggior rilievo nel contesto di un diritto come quello europeo, prevalentemente formulato per principi[39], in quanto tale, soggetto a intrinseche modulazioni applicative.

Non stupisce, dunque, che tale vaglio sia previsto in via generale dall'art. 52.1 Carta dei diritti fondamentali e sia espressamente disciplinato dalla direttiva (art. 6.1, *a*), come snodo cruciale del procedimento di emissione di un o.e.i.[40].

Come noto, il giudizio di proporzionalità si deve comporre di un triplice test, avente ad oggetto rispettivamente: *a*) l'idoneità della misura richiesta a raggiungere lo scopo dichiarato dalla norma; *b*) la sua indispensabilità per raggiungere quello scopo; *c*) la giustificabilità del sacrificio che impone, tenendo in considerazione la gravità del reato e della pena[41], i diritti dell'imputato e dell'indagato, ma anche quelli appartenenti a soggetti terzi che possano comunque ricevere pregiudizio dall'atto istruttorio[42].

Il controllo di proporzionalità spetta in prima battuta all'autorità di emissione (art. 6.1 *a*), ma, sia pur attraverso una formula non del tutto perspicua[43], sembra essere affidato dalla direttiva anche all'autorità di esecuzione;

---

pratica, dicembre 2014, p. 541 ss.

38 Nasce infatti in Germania, elaborato in un primo momento in ambito amministrativo, per diventare poi un criterio generale di controllo delle scelte legislative, anche in materia penale (per una ricostruzione dei parametri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale tedesca sul punto, cfr. E.R. Belfiore, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Giuffrè, 2005, p. 280 ss.). Inoltre, è codificato in Italia dall'art. 275 c.p.p. nell'ambito dei criteri di scelta che il giudice deve seguire nell'applicazione delle misure cautelari.

39 M. Caianiello, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 143 ss.; M. Khosla, *Proportionality: An Assault on Human Rights?: A reply,* in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, 8, 2, 298.

40 Pur non menzionandolo espressamente, al principio di proporzionalità sembrano riferirsi, in altro ambito, pure gli artt.8.2, 9.2, 10.2 e 11.2 CEDU, dove il parametro di valutazione è rappresentato dalla necessità della misura "in una società democratica".

41 L'esperienza del mandato d'arresto europeo, dove il principio di proporzionalità non è stato espressamente previsto dal legislatore, in effetti, ha fatto registrare richieste anche per reati di lieve entità.

42 L. Bachmaier, *Towards the Transposition of Directive 2014/41*, cit., p. 52 fa rientrare nel bilanciamento del giudizio di proporzionalità anche i costi economici che possono derivare da un o.e.i., i quali dovrebbero essere sopportati in linea di principio dallo Stato di esecuzione. Il profilo economico verrebbe, dunque, in gioco soprattutto nel controllo di proporzionalità affidato a quest'ultimo.

43 L'art. 6.3 vi allude riferendosi al fatto che l'autorità di esecuzione possa avere "motivo di ritenere che le condizioni (di emissione dell'o.e.i.) non siano state rispettate".

e questo è un ulteriore aspetto che allontana l'o.e.i dalla rigida logica del mutuo riconoscimento. Lo conferma anche l'esito di questo controllo: ove non ritenesse corretto il test di proporzionalità, l'autorità esecutiva dovrà darne comunicazione all'autorità di emissione, attraverso consultazioni, che potrebbero portare quest'ultima a decidere di ritirare l'o.e.i. (art. 6.3)[44].

Il rispetto dei diritti dell'imputato e dell'indagato e la loro minore compressione possibile, ricercando eventualmente modalità di raccolta della prova meno invasive, rappresentano dunque un obiettivo centrale dell'o.e.i. Ma è chiaro che il principio di proporzionalità implica di conferire a tal fine al giudice un ineliminabile margine di discrezionalità, poiché gli demanda il compito di operare dosaggi di valori che non sono quantificabili e predeterminabili in modo chiaro e definito in astratto[45].

Peraltro, è anche vero che, nonostante nel contesto di un diritto strutturato prevalentemente per principi come quello europeo non si possano ragionevolmente coltivare le stesse aspettative di "certezza" che ci si possono attendere da un diritto costruito per fattispecie, come quello che caratterizza gli ordinamenti nazionali di tradizione continentale, il principio di proporzionalità mira comunque a restringere gli spazi di discrezionalità giudiziale, non certo ad ampliarli. Esso richiede infatti che il giudice fornisca una motivazione rigorosa e razionale delle scelte effettuate in relazione ad ognuno dei tre vagli a cui è chiamato. Sotto diverso profilo, non è da escludere che il giudizio di proporzionalità, grazie alla flessibilità che lo contraddistingue, possa prestarsi anche a fare da argine contro interpretazioni troppo restrittive delle garanzie fondamentali[46] del tipo di quelle operate dalla Corte di giustizia per assicurare il primato e l'unità del diritto dell'Unione e promuovere le prioritarie esigenze della cooperazione giudiziaria[47].

---

[44] Sul mancato rispetto del principio di proporzionalità da parte dello Stato emittente e sull'impossibilità di impiego di una differente misura investigativa come motivo di rifiuto dell'o.e.i. v. A. Mangiaracina, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, vol. 10, n. 1, p. 127.

[45] Sulla carenza di determinatezza del controllo di proporzionalità v., sotto un profilo generale, E.R. Belfiore, *Giudice delle leggi*, cit., p. 289. L. Bachmaier, *Towards the Transposition of Directive 2014/41*, loc. ult. cit. sottolinea la difficoltà del test di proporzionalità, rilevando come la direttiva non fornisca alcuna guida su come effettuarlo, né fissi livelli minimi, sotto i quali considerare automaticamente sproporzionata la richiesta di o.e.i.

[46] V. ancora M. Daniele, *L'impatto,* cit. loc.cit.

[47] Cfr. C.giust., 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*. Sul punto v. le riflessioni di T. Rafaraci, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. e giust.*, 2014, p. 4.

10. L'o.e.i. come strumento paradigmatico del diritto europeo

Quest'insieme di considerazioni porta a ritenere che l'o.e.i. rappresenti davvero uno strumento emblematico del diritto europeo.

La vera cifra che caratterizza quest'ultimo e che disegna una diversa concezione di legalità a forte componente "giudiziale"[48] è infatti rappresentata da quel bilanciamento di valori e da quelle modulazioni applicative che si esprimono in modo precipuo nel canone di proporzionalità, sul quale ruota la disciplina dell'ordine investigativo europeo.

In un contesto fluido come quello del diritto europeo, che si presenta come un'espressione regionale di globalizzazione giuridica, il test di proporzionalità si presta ad essere, da questo punto di vista, pur nella delicatezza che lo contraddistingue, una risorsa per controllare l'operato del giudice e quindi per 'governare' al meglio l'evanescenza delle regole. Più si approfondirà dunque l'anatomia di questo strumento, più si potranno costruire efficaci antidoti contro arbitri ed eccessi nella gestione del diritto europeo[49].

Il rischio di possibili anarchie interpretative potrebbe essere evitato se, come è accaduto in altre occasioni, la Corte di giustizia finirà per "tipizzare" almeno nei loro profili di fondo certi modelli di bilanciamento, identificando parametri di giudizio sufficientemente uniformi, a cui potranno attingere le Corti di vertice nazionali e, a seguire, i giudici interni[50]. Ne uscirebbe così tutelata, almeno nei suoi profili di fondo, quella componente irrinunciabile del principio di legalità che la Corte europea dei diritti dell'uomo da tempo individua nel requisito della sufficiente conoscibilità delle regole e della conseguente prevedibilità delle decisioni giudiziarie[51], anche se, indubbiamente, i parametri di riferimento risalirebbero in questo caso a scelte giudiziali, prive, in quanto tali, di formale legittimazione democratica.

---

[48] Per più ampie considerazioni sul punto rinvio a R.E. Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 71.

[49] Ovviamente, il vaglio di proporzionalità avverrà nell'ambito delle misure previste dal legislatore.

[50] Le norme nazionali di recepimento della direttiva sull'o.e.i. rendono quei giudizi di bilanciamento parte integrante del diritto interno. Per l'Italia cfr. l'art. 7 d.lg. 21 giugno 2017, n. 108.

[51] Concetto fermo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: cfr. C.eur., 24 marzo 1993, Kokkinakis c. Grecia.

NAVIGARE A VISTA. IL GIURISTA ITALIANO E LA MATERNITÀ SURROGATA

di Elisabetta Lamarque

SOMMARIO: 1. Codesto solo oggi possiamo dirti: ciò che non siamo, ciò che non vogliamo - 2. Una coordinata costituzionale in più per una navigazione sicura. - 3. Navigare a vista tenendo la rotta.

1. Codesto solo oggi possiamo dirti: ciò che non siamo, ciò che non vogliamo[1]

Confesso che ho trovato particolarmente impegnativo arrivare a formulare queste poche righe di riflessione sulla maternità surrogata perché il fenomeno, oltre a essere profondamente distante dalla mia personale sensibilità, si presenta molto complesso dal punto di vista sia tecnico- scientifico che psico-sociale.

Per inquadrarlo mi sono state necessarie molte letture, anche non giuridiche, delle quali qui non è neppure utile dare conto. Soltanto in un secondo momento ho potuto rivestire nuovamente i panni del costituzionalista, del tecnico del diritto, per esaminare la realtà di questo fenomeno così come da qualche anno si presenta nelle aule giudiziarie del nostro paese, nel tentativo di individuare le possibili coordinate a cui potrebbero rifarsi le risposte – giudiziarie o anche eventualmente legislative – alle domande che sempre più spesso investono i nostri giudici.

La sfida che questo tema pone è straordinaria. Non c'è un solo caso giudiziario, tra quelli finora sorti, che non abbia le caratteristiche drammatiche dell'*hard case*.

A differenza che in altri ambiti del cosiddetto biodiritto, tuttavia, in tema di maternità surrogata l'interprete italiano non può seriamente lamentarsi dell'inerzia del legislatore, perché la scelta legislativa c'è ed è chiarissima nel senso del divieto assoluto, assistito dalla sanzione penale[2].

Questa scelta così rigorosa, inoltre, oltre a essere piuttosto diffusa nel panorama internazionale, è dai più ritenuta adeguata alla nostra realtà sociale e compatibile con il nostro quadro di valori culturali di riferimento. La maggior parte di coloro che sono intervenuti in argomento, infatti, pur muovendo da posizioni ideologiche e culturali molto distanti tra loro, guarda con estremo

---

[1] E. MONTALE, *Non chiederci la parola*, in *Ossi di seppia*, Piero Gobetti, Torino, 1925.

[2] L'art. 12, c. 6, della l. n. 40 del 2004 dispone che "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza […] la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro".

sospetto almeno la pratica commerciale, e cioè quella che prevede un corrispettivo economico a favore della donna che mette a disposizione il proprio corpo per portare a compimento una gravidanza per conto di altri e che si impegna a cedere il nato ai 'committenti'.

C'è poi anche un altro motivo che induce numerosi autori a ritenere che al legislatore italiano non si possa chiedere di più e di meglio, ed è il seguente: tutti gli *hard cases* riguardano le conseguenze in Italia del ricorso a tale tecnica da parte di cittadini italiani in paesi dove la surrogazione di maternità è ammessa. È difficile sostenere che un legislatore nazionale che ragionevolmente vieta penalmente una condotta debba poi premurarsi di regolare tutte le possibili conseguenze civili e penali della medesima azione commessa fuori dal territorio italiano.

Almeno sulla irrilevanza penale in Italia della pratica lecitamente compiuta all'estero, tra l'altro, la giurisprudenza italiana, dopo varie oscillazioni, è giunta ormai a un punto fermo che a me pare condivisibile. La Corte di Cassazione è intervenuta sul tema per la prima volta l'anno scorso, e lo ha fatto in modo dirimente affermando che: *a)* non sussiste il reato previsto dall'art. 12, c. 6, della legge sulla procreazione medicalmente assistita a causa dell'errore di diritto inevitabile ai sensi dell'art. 5 c.p. da parte della coppia che si reca in un paese dove la pratica è lecita, dato che resta controversa in giurisprudenza la questione se, per punire il reato commesso all'estero, l'art. 9 c.p. richieda o meno la 'doppia incriminabilità'; e *b)* non sussiste nemmeno il delitto di alterazione di stato previsto dall'art. 567, c. 2, c.p. perché non è dato cogliere alcuna alterazione dello stato civile del minore nato all'estero e all'estero registrato come figlio della coppia di italiani quando "l'atto di nascita risulta perfettamente legittimo alla stregua della normativa nella quale doverosamente è stato redatto"[3].

Fino a un certo momento, allora, l'unica certezza che mi è sembrato possibile coltivare ha riguardato proprio la maternità surrogata a titolo oneroso, in relazione alla quale mi pare che sussista un vero e proprio obbligo costituzionale di *non eliminare* il divieto.

Due autorevoli colleghi hanno illustrato questa posizione molto meglio di quanto non possa fare io, con parole che condivido totalmente: "La mercificazione della maternità e la 'contrattualizzazione' della consegna dei neonati ai 'committenti' dietro pagamento di una somma di denaro determinano un'incisione intollerabile sulla dignità della gestante, trasformando in *mezzo* il grembo femminile, e sulla dignità dei bambini, ridotti a *beni commerciabili*, così che tali pratiche non possono in alcun caso considerarsi lecite nel

[3] Cass., sez. V pen., 5 aprile 2016, n. 13525. Sul quadro anteriore a questa pronuncia rinvio, per tutti, a M. Dova, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. it. med. leg*, 2015, pp. 917 ss.

nostro ordinamento, nemmeno quando le madri surrogate dichiarino di accettare liberamente di sottoporsi all'inseminazione"[4].

La tentazione è stata allora quella di non andare oltre, per evitare di addentrarmi nell'esame delle numerose ipotesi di utero in affitto che generano problemi giuridici di volta in volta differenti circa la posizione e i diritti dei diversi soggetti coinvolti[5].

Se avessi deciso di fermarmi a questa unica conclusione, tra l'altro, sarei stata in ottima compagnia. Anche il Comitato Nazionale di Bioetica ha approvato, il 18 marzo 2016, una mozione sulla sola maternità surrogata a titolo oneroso, condannandola con fermezza sotto il profilo bioetico in una stringata mozione di poche righe, mentre ha preferito sospendere il giudizio sul più delicato e controverso argomento della surrogazione di maternità senza corrispettivo economico, riservandosi di esaminarlo "in uno specifico parere più ampio e articolato"[6].

2. Una coordinata costituzionale in più per una navigazione sicura

Nel momento in cui ho distolto l'attenzione dalla donna gestante e mi sono concentrata sulla posizione del nato, tuttavia, ho scoperto l'esistenza

---

[4] A. Ruggeri e C. Salazar, *"Non è lecito separarmi da ciò che è mio": riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consulta Online*, n. 1/2017, p. 143.

[5] Per un quadro delle delicate questioni finora sorte si rinvia, per tutti, a R. Bin, *Maternità surrogata. Ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, ai contributi pubblicati nel medesimo numero della Rivista e a B. Liberali, *problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 136 ss.

[6] Questo il testo della mozione: "Il CNB si è espresso più volte contro la mercificazione del corpo umano (Mozione sulla compravendita di organi a fini di trapianto, 18 giugno 2004; Mozione sulla compravendita di ovociti, 13 luglio 2007; Parere sul Traffico illegale di organi umani tra viventi, 23 maggio 2013). In questi documenti il CNB ha ricordato e fatto proprio il disposto dell'art. 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina (1997): "Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto", disposto che, ribadito dall'art. 3 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali (2000), costituisce uno dei principi etici dell'Unione europea. Il CNB ricorda che la maternità surrogata è un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione. Il CNB ritiene che tale ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia, sia in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali che emergono anche dai documenti sopra citati". La mozione e le posizioni di dissenso si leggono all'indirizzo http://bioetica.governo.it/media/170978/m17_2016_surroga_materna_it.pdf.

di una ulteriore coordinata di ordine costituzionale, finora inesplorata, in questa delicata materia.

Mi riferisco alla necessità, sulla base dell'art. 2 Cost., di considerare colui che nasce a seguito di una pratica di surrogazione di maternità sempre come *persona*, e mai come oggetto.

Le conseguenze che discendono, a mio parere, da questa nuova prospettiva sono due.

La prima è l'incompatibilità con il nostro ordinamento costituzionale della maternità surrogata *tout court*, a qualunque titolo avvenga la cessione del nato, e quindi anche di quella offerta gratuitamente, e cioè intrapresa da una donna per puro spirito altruistico e di solidarietà nei confronti di chi, più facilmente un'amica o una parente, non può portare a termine una gravidanza.

Non mi riferisco qui alla difficoltà pratica di distinguere un atto di cessione gratuito con rimborso spese da una compravendita di un bambino, che a qualcuno consiglia di vietare, per prudenza, qualsiasi tipo di maternità surrogata. Né tantomeno intendo richiamare la difficilissima

questione antropologica, psicologica e forse anche filosofica, circa l'esistenza di doni che non contemplino un corrispettivo (oppure non implichino l'attesa di un corrispettivo) sia pure di tipo relazionale o comunque non economico[7].

Semplicemente ritengo che nella prospettiva costituzionale il nato, in quanto persona, non solo non può essere venduto o comprato, ma neppure può essere ceduto gratuitamente ad altri, perché anche in questo secondo caso la persona viene ridotta a *oggetto* (del dono)[8].

Se ci si pensa bene, invece, ciò una donna è in grado di donare – in senso proprio e pieno e con assoluta gratuità – è la vita a colui che porta dentro di sé. Cosa che accade nel momento in cui la gestante decide di non interrompere la gravidanza.

Ma donare la vita *al* feto, consentendogli di nascere a costo di un proprio sacrificio personale, fisico ed emotivo, è cosa ben diversa dal donare la vita *del* feto, sia pure a una coppia che desidera averlo come figlio.

Se questo è vero, si potrebbe allora paradossalmente sostenere che l'unica forma di 'maternità surrogata' – se così vogliamo osare chiamarla – ammessa dalla nostra Costituzione, perché non implica la riduzione a oggetto della persona del figlio, è l'adozione da parte di una coppia di aspiranti

---

[7] Illuminante la lettura, suggeritami da Gustavo Zagrebelsky, che ancora ringrazio, del risalente testo dell'antropologo M. Mauss, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, 1923-1924, trad. it. Einaudi, Torino, 1965.

[8] E in ciò risiede a mio parere una ulteriore, dirimente, differenza con la donazione di organi, a cui a volte impropriamente (M. Nisticò, *Gestazione per altri: l'improprio paragone con la donazione di organi*, in *Quad. cost.*, 2016, pp. 373 ss.) la maternità surrogata a fini altruistici viene equiparata.

genitori di un bambino nato da una donna che, dopo avere scelto di portare a termine la gravidanza, chiede di non essere nominata nell'atto di nascita.

La seconda conseguenza attiene alla posizione nei confronti dei 'committenti' del nato da una eventuale surrogazione di maternità avvenuta all'estero oppure in Italia in violazione del divieto.

Dalla sicura qualificazione del nato come persona deriva, a mio parere, che non sia possibile appoggiarsi, neanche implicitamente, all'argomento secondo cui non si dovrebbe premiare, assegnando loro il figlio, coloro che hanno consapevolmente aggirato o violato il divieto.

Anche considerare il nato come un 'premio' o viceversa come una 'sanzione' per un comportamento altrui, infatti, lo riduce a *oggetto*, e di conseguenza lede la sua dignità di persona umana.

3. Navigare a vista tenendo la rotta

Chiuderei quindi così il mio ragionamento. Poiché ritengo non probabile né dovuto un ulteriore intervento del nostro legislatore in tema di maternità surrogata, penso che davanti ai casi complessi che via via si presenteranno ai giudici italiani essi debbano rassegnarsi a navigare a vista, tenendo però sempre presente la seconda delle due coordinate fondamentali sopra esposte, che vieta loro in ogni caso di servirsi della persona nata da surrogazione di maternità per punire, in mancanza di altra sanzione, chi l'ha 'commissionata'.

Nel senso che la Costituzione italiana non ammetta meccanismi che facciano ricadere sui figli le colpe (anche penali) dei padri e delle madri, tra l'altro, sembra andare anche la giurisprudenza costituzionale. Si pensi alle sentenze che hanno ritenuto contraria a Costituzione l'automatica decadenza dalla responsabilità genitoriale di coloro che sono stati condannati per i delitti di alterazione e soppressione di stato e alla sentenza che ha giudicato incostituzionale il divieto posto al figlio dal codice civile del 1942 di fare dichiarare giudizialmente la paternità o la maternità incestuosa[9]. Senza contare che il risultato raggiunto da quest'ultima sentenza è stato successivamente consolidato e addirittura ampliato dalla riforma legislativa del 2013 che, pur mantenendo in vita il reato di incesto, ha introdotto la possibilità di riconoscimento del figlio da parte del genitore incestuoso, sia pure "previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio"[10].

---

[9] Rispettivamente Corte cost., sentt. n. 31 del 2012, n. 7 del 2013 e n. 494 del 2002.

[10] Art. 251, c. 1, cod. civ. su cui si veda, per tutti, P. Morozzo della Rocca, *La nuova disciplina sui figli dell'incesto*, in *Minorigiustizia*, n. 2/2015, pp. 136 ss.

L'ultima riflessione riguarda la rotta tenuta finora dai giudici italiani, che è a mio parere ineccepibile.

Ricordo solo i due interventi giurisprudenziali più significativi.

Il primo è una nota sentenza della Corte di Cassazione del 2014. Di fronte a una maternità surrogata praticata in modo non conforme alle norme del paese estero in cui era avvenuta, e dunque in presenza di un certificato di nascita nullo già ai sensi della legge di quel paese, e pronunciandosi su un neonato privo di un legame biologico con tutti e due i cittadini italiani che si dichiaravano suoi genitori, la Cassazione ha confermato lo stato di abbandono e quindi l'adottabilità del neonato motivando come segue: "il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse [l'interesse del minore] si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo delle parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto"[11]. Il secondo intervento giurisprudenziale da ricordare è di una questione di costituzionalità sollevata nel 2016 dalla Corte d'Appello di Milano e a oggi non ancora decisa dalla Corte costituzionale[12].

Il caso concreto era diverso, perché riguardava un neonato nato all'estero a seguito di una surrogazione di maternità conforme alla legge straniera, dotato di un atto di nascita regolare e per di più figlio biologico di colui che nell'atto di nascita era indicato come padre legale, e il giudice era chiamato a pronunciarsi sulla impugnazione, proposta dal curatore speciale del neonato, per difetto di veridicità del riconoscimento da parte della cittadina italiana che nell'atto di nascita risultava come madre.

Mentre le parti del giudizio insistevano nell'eccepire l'incostituzionalità del divieto legislativo assoluto di maternità surrogata, il collegio ha ritenuto che tale divieto fosse senz'altro da mantenere in casi come quello di specie, nel quale la surrogazione non era certo avvenuta a fini altruistici e la maternità era stata anzi offerta a pagamento "nel contesto di un mercato [quello indiano] notoriamente all'epoca deregolato". Di conseguenza, il collegio ha respinto con ampia motivazione le eccezioni di costituzionalità sollevate dai difensori della madre legale e dal curatore speciale del minore. Contemporaneamente, tuttavia, ha sollevato d'ufficio una diversa questione di costituzionalità, relativa all'art. 263 cod. civ. "nella parte in cui non prevede che

---

[11] Cass., sez. I civ., 11 novembre 2014, n. 24001. Per un esame della nozione di 'interesse del minore' abbracciata da questa pronuncia si consenta il rinvio a E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2016, pp. 13-19.

[12] Corte App. Milano, ord. 25 luglio 2016, R.O. n. 273 del 2016 (u.p. non ancora fissata).

l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minorenne possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso", assumendo come parametri costituzionali interni gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. e denunciando, tramite l'art. 117, c. 1, Cost., la contrarietà della norma alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 8 Cedu.

Così formulata, la questione di costituzionalità proposta dalla Corte d'Appello di Milano coglie perfettamente nel segno.

Non desidero qui soffermarmi sui parametri invocati, che appaiono pertinenti e completi, e sui profili di illegittimità costituzionale illustrati nell'ordinanza di rimessione, tutti ben motivati.

Mi interessa ora soltanto rilevare che l'effetto di una futura declaratoria di incostituzionalità nel senso indicato dal giudice remittente realizzerebbe contemporaneamente due apprezzabili esigenze di carattere costituzionale. Da una parte, l'accoglimento della questione offrirebbe finalmente alla Corte costituzionale l'occasione di affermare, nella *motivazione* della sua sentenza, la assoluta contrarietà al nostro quadro costituzionale della pratica della surrogazione di maternità. Le consentirebbe, in altre parole, di dare una chiara indicazione al legislatore italiano e un contributo di civiltà al dibattito europeo, offrendo magari uno spunto in questo senso a future pronunce della stessa Corte di Strasburgo, che finora non ha mai voluto prendere posizione[13] sulla compatibilità o meno con la Cedu della stessa maternità surrogata per finalità di lucro.

Dall'altra parte, e soprattutto, una dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma codicistica sul disconoscimento della paternità o maternità che consentisse al giudice di valutare caso per caso l'idoneità della famiglia in cui andrebbe a collocarsi il minore nato da surrogazione di maternità garantirebbe al giudice la necessaria flessibilità nei casi concreti[14], consentendogli di non fare ricadere sulle spalle dei figli innocenti il peso insopportabile della somma delle mancanze dei loro genitori biologici e delle colpe dei loro genitori legali e sociali.

---

[13] C. Honorati, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente*, in *forumcostituzionale.it*, 2 marzo 2017.

[14] Nel senso che sia dubbio che chi ha voluto essere genitore tramite un accordo in frode alla legge debba essere automaticamente ritenuto inadeguato al ruolo genitoriale v., per tutti, E. Crivelli, *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità ed affettività*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, ESI, Napoli, 2016, p. 222.

PER UNO STATUTO UNITARIO DELL'APPREZZAMENTO DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE
LE MISURE DI PREVENZIONE A METÀ DEL GUADO?

di Raffaello Magi

Sommario: 1. I dubbi sulla nozione di pericolosità sociale e sulla sua traduzione normativa. – 2. Alcune ragioni per il suo mantenimento nel sistema integrato. – 3. Le tendenze normative in tema di prevenzione. – 4. In particolare la confisca disgiunta e le sue forme di realizzazione. – 5. La risposta della giurisprudenza ai nuovi temi ed alcune proposte per l'adeguamento ai principi costituzionali e convenzionali. – 6. Conclusioni.

1. I dubbi sulla nozione di pericolosità sociale e sulla sua traduzione normativa

Recenti assetti interpretativi emersi in sede sovranazionale, sia sul versante giurisdizionale[1] che su quello della progettualità nor-

---

[1] Il riferimento è da intendersi a Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, su cui F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *questa Rivista*, 3 marzo 2017; A.M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per mancanza di qualità della legge, ma una rondine non fa primavera*, in *questa Rivista*, 6 marzo 2017. La decisione, come è noto, sanziona l'Italia in relazione ad un caso di avvenuta applicazione, nell'anno 2009 e per 221 giorni, di una misura di prevenzione personale (data l'esecutività del decreto di primo grado) per ritenuta pericolosità 'semplice' (art. 1 l. n. 1423/56) affermando come sussistente la violazione dell'art. 2 del Prot. n. 4 in tema di restrizioni alla libertà di circolazione. La violazione della Convenzione è riconosciuta in rapporto alla scarsa qualità della legge, tale da aver determinato un *deficit* di prevedibilità delle conseguenze sfavorevoli del proprio agire. In particolare, viene constatato che « nonostante la Corte Costituzionale sia intervenuta a più riprese al fine di precisare i criteri da impiegare per valutare la necessità di misure di prevenzione, l'applicazione delle stesse resta legata ad una valutazione prospettica delle giurisdizioni interne, stante che né la legge né la Corte costituzionale hanno identificato chiaramente gli 'elementi fattuali' o i comportamenti specifici che devono essere presi in considerazione per valutare la pericolosità sociale dell'individuo e che possono dare luogo alla valutazione di tali misure. Pertanto, la Corte stima che la legge in questione non prevedeva in maniera sufficientemente dettagliata quali comportamenti dovevano essere considerati come socialmente pericolosi [...] In definitiva, la Corte considera che, non avendo definito con la chiarezza richiesta la portata e le modalità di esercizio del considerevole potere discrezionale così conferito alle giurisdizioni interne, la legge in vigore all'epoca pertinente (articolo 1 della legge del 1956) non era formulato con una precisione sufficiente per offrire una tutela contro le ingerenze arbitrarie e permettere al richiedente di regolare la sua condotta e di prevedere con un grado sufficiente di certezza l'applicazione delle misure di prevenzione». Inolte. la Corte Edu evidenzia come alcune delle prescrizioni imposte al soggetto destinatario della misura (vivere onestamente nel rispetto delle leggi e

mativa[2], impongono a studiosi ed operatori una riflessione profonda e scevra da preconcetti sul tema della pericolosità sociale, della sua cittadinanza sistematica e dei suoi *sostenibili* contesti di accertamento.

Nozione controversa, accusata di scarsa base scientifica e dai contorni descrittivi sovente inafferrabili[3], la pericolosità sociale è parte consistente dell'attuale quadro normativo in campo penale e *para*-penale.

Lo è in campo penale in virtù del fatto che la anticipazione della tutela finale cui è ispirato il sistema cautelare (personale e reale) la ricomprende (art. 274 co. 1 lett. c/art. 321 co. 1 e co. 2 c.p.p.) secondo una logica di attribuzione alla specifica condotta di reato (incidentalmente valutata nei modi di cui all'art. 273 c.p.p.) ove connotata da particolari modalità di manifestazione – unite alla considerazione globale della personalità – del carattere di *indice rivelatore* di una concreta tendenza alla reiterazione delle condotta illecita[4].

---

non destare sospetti) siano da ritenersi eccessivamente generiche e che la previsione del divieto di partecipare a pubbliche riunioni sia previsto in modo assoluto, con eccesso di limitazione di tale facoltà. L'accertamento di tali violazioni ha reso supeflua l'ulteriore verifica della coerenza dell'aspetto finalistico delle misure personali rispetto all'obbligo di proporzione con le esigenze giustificatrici tutelate dallo stesso art. 2 del Prot. n. 4.

[2] Il riferimento è alla *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e confisca*, del 21 dicembre 2016 oggetto di analisi in *questa Rivista* da parte di A.M. Maugeri, il 21 febbraio 2017. In tale proposta si tende ad ampliare la possibilità di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna – rispetto ai contenuti della direttiva n. 42 del 2014 – purché assunti in un procedimento penale e con le relative garanzie applicate nella legislazione interna.

[3] In chiave di analisi storica, F. Tagliarini voce *Pericolosità*, EDD, Milano 1983. La complessità dell'operazione valutativa è descritta da P. Nuvolone voce *Misure di Prevenzione*, EDD, Milano 1976.

[4] La cittadinanza processuale – e costituzionale – della esigenza cautelare di tutela della collettività tramite il contenimento della pericolosità soggettiva, venne affermata da Corte Cost. n. 1 del 1980. In tale occasione, dopo aver evidenziato che l'affievolimento della presunzione di non colpevolezza è operazione costituzionalmente legittima lì dove venga basata sull'analisi di un concreto 'presupposto cognitivo' rappresentato dagli indizi di colpevolezza (…dovendosi ridurre al minimo il rischio che l'anticipato sacrificio della libertà personale si riveli ingiustificato…), la Corte ritenne possibile il riferimento alla 'tutela della collettività' come esigenza di tipo processuale e finì con l'assecondare gli automatismi applicativi dell'epoca, peraltro basandosi sulle specifiche finalità dell'intervento normativo allora scrutinato (legge n. 152 del '75): «… dietro l'intervento legislativo vi sono recenti, gravissimi episodi di criminalità comune e politica per lo più caratterizzati dall'uso di violenza, dalla riferibilità ad organizzazioni criminose, ed in definitiva dall'impatto sulle condizioni di sicurezza della vita civile o politica del paese… in questo contesto storico e normativo la clausola generale adottata nel terzo comma dell'art. 1 si riempie di un significato ben definito… la tutela della collettività che l'intera legge 152 del '75 intende assicurare, è posta in pericolo dai reati aventi taluna tra le caratteristiche sopra citate: uso di armi o di altri mezzi di violenza verso le persone, riferibilità ad organizzazioni criminali comuni o politiche, direzione lesiva verso le condizioni di base della sicurezza collettiva o dell'ordine democratico; recuperato in tal modo alla clausola generale, di cui alla norma

Lo è in campo *para*-penale, ove si consideri che l'applicazione di misure di sicurezza (personali e reali) e misure di prevenzione (personali e patrimoniali) basa la sua legittimazione costituzionale non solo sul rispetto formale della riserva di legge ma – soprattutto – sui contenuti fattuali del giudizio e sull'aspetto finalistico del contrasto (in funzione limitatrice) alla ritenuta pericolosità sociale del destinatario, accertata in forme partecipate.

Dunque con il tema non solo è necessario confrontarsi, ma l'occasione fornita dal particolare momento storico può essere preziosa per porre mano ad alcune riconsiderazioni di carattere sistematico, specie sul terreno delle forme e dei contenuti di tale particolare giudizio.

Il terreno, inutile dirlo, è alquanto scivoloso. La tentazione di svincolare gli strumenti di «controllo della devianza» dai binari classici del giudizio penale (tassatività e determinatezza delle previsioni regolatrici/giurisdizionalità piena dell'accertamento fattuale/ onere della prova sull'accusa/rivedibilità della prima decisione con effetto sospensivo sulla eseguibilità, solo per dirne alcune) è sempre stata fortemente coltivata dal legislatore (il testo originario della legge n. 1423 del '56 ne rappresenta il paradigma) e corrisponde ad esigenze di rassicurazione immediata della collettività su cui si fonda il consenso elettorale, alimentato da campagne mediatiche tese a far emergere da un lato l'imponenza dei fenomeni dall'altro l'adeguatezza delle forme di contrasto offerte da chi governa (campagne alimentate da interessi propagandistici che, per il vero, non appaiono coltivati esclusivamente dalla classe politica in senso stretto).

2. Alcune ragioni per il suo mantenimento nel sistema integrato

La prima domanda da porsi è, pertanto, non di carattere dogmatico ma di politica legislativa: si può pensare di fare a meno della nozione normativa di pericolosità sociale, intesa quale qualificazione soggettiva – *pur transitoria* – di un individuo e derivante da una duplice operazione valutativa, quella di apprezzamento delle condotte pregresse (la parte ricostruttiva del giudizio) da cui prende le mosse un affidabile giudizio prognostico sulle condotte future?

Per quanto delicato sia il tema della regolamentazione della base cognitiva di tale giudizio – unico modo per rispettare le previsioni costituzionali e rinnegare un inaccettabile soggettivismo valutativo – la prospettiva abolizionista affiderebbe esclusivamente alla 'pena criminale' il compito promiscuo di contenimento delle (eventuali) tendenze alla ripetizione di condotte peri-

---

denunciata, un campo di interpretazione ben determinabile per via di interpretazione sistematica, il dubbio di illegittimità costituzionale rimane privo di oggetto…».

colose per i beni giuridici protetti[5], in una con l'obbligatoria offerta rieducativa che, costituzionalmente, la caratterizza (art. 27 co. 3 Cost.).

Prospettiva di certo non priva di fascino e tranquillizzante per l'ovvio incremento delle garanzie individuali del destinatario, ma che tenderebbe a posporre temporalmente l'effetto di 'contenimento' della eventuale pericolosità soggettiva (con rischio di aggressione *medio tempore* di beni giuridici di elevato valore la cui tutela è parimenti compito dello stato assicurare[6]) in termini socialmente difficilmente accettabili, determinando effetti di sfiducia verso il monopolio statale della punizione e verosimile crescita di tendenze alla autotutela privata di cui, dolorosamente, si iniziano a percepire avvisaglie.

Il sistema penale in senso stretto, sovraccaricato di compiti e rallentato – nei suoi approdi – da problemi strutturali (carenza di risorse) e ontologici (obbligatorietà dell'azione / eccesso di fattispecie incriminatrici / inevitabili complessità procedimentali correlate al sistema delle impugnazioni) rappresenta una macchina dagli esiti scarsamente prevedibili e di certo temporalmente diseguali in stretta proporzione con la complessità degli affari trattati (ad affari semplici si tende a dare risposta sollecita mentre lì dove cresce la complessità ricostruttiva la risposta è – per forza di cose – tardiva).

Dunque appare difficilmente realizzabile, nell'attuale momento storico, un totale abbandono della pur controversa categoria giuridica[7], per quanto difficile sia realizzare un modello di compatibilità costituzionale – e convenzionale – tra il suo accertamento e la tipologia di conseguenze, da un lato, e i valori di effettività dei diritti dell'individuo, dall'altro.

3. Le tendenze normative in tema di prevenzione

Se questo è vero, compito del giurista appare quello di ricondurre a logica il sistema, analizzando l'attuale contenuto delle previsioni di legge – nonché il modo in cui le stesse vengono generalmente applicate – e proponendo soluzioni di compatibilità tali da coniugare le diverse esigenze in rilievo.

---

[5] Quantomeno per i soggetti imputabili, posto che per i non imputabili il compito resterebbe affidato alle misure di sicurezza personali, con eventuale applicazione provvisoria *ex* art. 312 c.p.p.

[6] Ai sensi della stessa Convenzione ed in particolare degli artt. 2 e 3, per come interpretati dalla Corte Edu in numerosi arresti relativi agli obblighi positivi di protezione dei diritti alla vita e alla integrità fisica, tra cui *Opuz c. Turchia* del 9.6.2009 e, di recente, *Talpis c. Italia* del 2.3.2017.

[7] La cui descrizione compiuta in termini normativi resta ancorata al testo dell'art. 203 cod. pen., norma che scinde l'operazione logica in una fase constatativa (il fatto o i fatti commessi, ove previsti dalla legge come reato) e in una correlata fase prognostica tesa ad individuare (dalle caratteritiche di quei fatti e dalla personalità complessiva dell'autore) la probabilità di reiterazione delle condotte illecite.

Gli strumenti normativi hanno vissuto – nell'ultimo decennio – una imponente fase di accrescimento, specie, in prevenzione, sul terreno della moltiplicazione delle forme di aggressione ai patrimoni che si assumono formati illecitamente, da parte di soggetto che vive – oppure ha vissuto – una condizione definibile in termini di pericolosità, sia essa di tipo generico o qualificato[8].

Ciò deriva da una idea di fondo, elaborata sul terreno della prevenzione patrimoniale *antimafia* (legge n. 575 del 1965, come modificata dalla legge n. 646 del 1982) e consistente nella constatazione della efficacia dissuasiva dello strumento della confisca dei beni illecitamente accumulati, essendo l'accumulazione il principale obiettivo della gestione di quel potere – sempre più trasversale – che sin dagli anni '60 del secolo scorso abbiamo qualificato come mafioso.

Non è questa la sede per analizzare la trasformazione funzionale delle organizzazioni di questo genere, sempre più tese a divenire strumenti di alterazione della *par condicio* sui fronti della concorrenza e dell'accesso a risorse pubbliche (attraverso forme di partenariato imprenditoriale e/o di sostegno a cordate politico/amministrative) ma sta di fatto che l'evoluzione normativa sembra aver seguito tale mutamento di rotta dei potentati mafiosi (dalla *intimidazione* alla *infiltrazione*) ponendo in crisi lo strumentario

---

[8] È storia nota quella della estensione dell'area della confiscabilità, realizzata con le riforme degli anni 2008 e 2009 e recepita dalla normazione avvenuta sulla base della legge-delega n. 136 del 13.8.2010 che ha dato vita all'attuale testo legislativo rappresentato dal D.Lgs. n.159 del 2011. In particolare, la introduzione della confisca cd. disgiunta consente di provvedere alla ablazione patrimoniale anche lì dove il destinatario dell'azione abbia perso – *medio tempore* – la qualità di soggetto pericoloso, limitatamente agli incrementi patrimoniali realizzati in costanza del 'periodo di pericolosità'. Inoltre, dette riforme hanno ampliato la platea dei potenziali destinatari delle misure personali e patrimoniali (attuale art. 4 del d.lgs. n. 159) nonché reso possibile l'applicazione della misura patrimoniale nei confronti di tutti i soggetti iscrivibili (con valutazione incidentale) nelle categorie normative della cd. pericolosità generica (art. 1 della legge n.1423 del '56, attuale art. 1 del D.Lgs. n. 159 del 2011). Sul tema, gli interventi chiarificatori delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione adottati con le decisioni n. 13426/2010 e n. 4880 del 2015 (ud. 26.6.2014) ric. *Spinelli*. Va ricordato, peraltro, che l'estensione di aspetti tipici della prevenzione antimafia (legge n. 575 del 1965) alle ipotesi 'generiche' di pericolosità è stata ritenuta costituzionalmente legittima – in rapporto a quanto allora previsto dalla legge n.152 del 1975 – da Corte Cost. n. 675 del 1988. In tale importante decisione si affermò che «… tale estensione non appare irragionevole, essendo dettata dalla medesima *ratio* di impedire, anche in relazione alle predette fattispecie, l'eventuale ingresso nel mercato del denaro ricavato dall'esercizio di attività delittuose o di traffici illeciti». Tale tema – ossia la tutela del mercato dalle forme di possibile reinvestimento di profitti geneticamente illeciti –verrà ripreso in numerose decisioni successive, sia della Corte Costituzionale (ad es. la n.21 del 2012 sul tema della confisca disgiunta in danno degli eredi del soggetto pericoloso) che della Corte di Cassazione (la stessa Sez. Un. *Spinelli*) ed assume carattere di ragione giustificatrice sistematica anche della cd. confisca disgiunta.

repressivo (*post* 1992) basato sulla semplificazione del cd. *doppio binario* e suggerendo l'adozione di nuove forme di tutela.

Ciò perché la evoluzione degli strumenti giuridici di contrasto è stata imponente proprio nella direzione della estensione del campo operativo delle misure di prevenzione patrimoniale e/o della cosiddetta confisca allargata in campo penale (art. 12-*sexies* l. 356/92 e succ.mod.) ad aree tradizionalmente indenni dalle semplificazioni dimostrative e dall'ampliamento della stretta pertinenzialità, correlata all'uso di tali strumenti di contenimento della pericolosità.

Le riforme operate tra il 2008 ed il 2009 nel campo della prevenzione, unite all'incremento del numero e del tipo di reati 'spia' di accumulazioni illecite all'interno del citato art. 12-*sexies*, hanno infatti creato una nuova 'classe normativa' di soggetti potenzialmente pericolosi (il corruttore abituale, il corrotto abituale, l'evasore fiscale abituale, il truffatore seriale etc..) molto diversa, nell'impatto sociale dei momenti applicativi, dalle precedenti, verso cui si è diretta l'azione giudiziaria, non soltanto penale.

Al contempo, nessuna reale novità è stata introdotta, in sede di prevenzione, in tema di contenuti finalistici delle misure personali[9], rimasti sostanzialmente ancorati – nei contenuti – al tipo di devianza originaria che erano tenuti a limitare, in funzione di mero controllo di macro-comportamenti (obbligo di dimora, divieti di incontro con pregiudicati, rispetto generalista delle leggi *et similia*) ed all'evidente fine di creare le premesse di attrazione del destinatario in un microcircuito penalistico stigmatizzante (attuale art. 75 del d.lgs. n. 159 del 2011).

Nel frattempo, in campo strettamente penale, il legislatore – oltre alla costante espansione delle tipologie di confisca non pertinenziali – ha invece coltivato l'idea di forme alternative del contenimento della pericolosità in sede cautelare[10] così come ha incrementato l'accesso a strumenti deflattivi in chiave risocializzante[11] o di alternativa al trattamento penale custodiale[12].

---

[9] Essendo stata unicamente abolita – nel transito dalla legislazione previgente al testo del D.lgs. n. 159 del 2011 – la vaga prescrizione del '*non dare ragioni di sospetto*'. Ciò, in minima parte, rende non più attuale la censura contenuta nella citata decisione Cedu De Tommaso.

[10] Introduzione del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-*ter* c.p.p.) con d.l. n.11 del 2009.

[11] Introduzione dell'istituto della messa alla prova per adulti, con sospensione del procedimento (art. 168-*bis* c.p.) avvenuta con legge n. 67 del 2014.

[12] Art. 186 co. 9-*bis* del codice della strada (legge n. 120 del 2010), con ampliamento delle ipotesi di applicabilità della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità.

4. In particolare la confisca disgiunta e le sue forme di realizzazione

Dunque è dato intravedere una tendenza diseguale dello sviluppo dei temi, specie nel campo della prevenzione, ove il punto di maggiore sviluppo è stato quello della dilatazione operativa della confisca attraverso lo strumento della valutazione incidentale di pericolosità (anche generica) e della confisca *disgiunta* per constatata e argomentata *correlazione temporale* tra accumulazione e *durata* della condizione soggettiva di pericolosità. Che ciò abbia o meno alterato la fisionomia della confisca di prevenzione, caricandola di un compito sostanzialmente *recuperatorio* di un patrimonio formatosi attraverso costante attività illegale è argomento tuttora controverso[13], ma sta di fatto che tale tipologia di giudizio accresce la portata ricostruttiva della decisione, posto che il giudizio prognostico viene formulato, per definizione, in senso negativo sulla persona (non più pericolosa al momento finale del giudizio) ed assume la veste di giudizio storico (sul rapporto tra attività illegale e incremento patrimoniale ingiustificato) giustificativo della ablazione di beni *espressivi* della pericolosità pregressa, il cui utilizzo tende ad alterare le condizioni di legalità del sistema economico.

Al contempo, va anche ricordato che la confisca estesa di cui all'art. 12-*sexies*, secondo l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[14] è realizzabile anche in sede di mero incidente di esecuzione (decisione definitiva su uno dei reati che funge da presupposto della ablazione), il che – ferme restando talune differenze strutturali tra i due istituti – rende tale tipologia di procedimento molto affine ad una misura di prevenzione patrimoniale *post-delictum*, per il vero realizzata con più basso «tasso di garanzia» procedimentale rispetto al procedimento di prevenzione in senso proprio.

---

[13] La citata decisione Sez. Un. ric. *Spinelli* ritiene di escludere la mutazione genetica della confisca disgiunta in sanzione in senso proprio, confermandone la natura atipica di misura di sicurezza correlata all'accertamento incidentale di pericolosità soggettiva, come attributo condizionante l'accumulazione patrimoniale confiscabile. Sul tema, v. anche Cass. Sez. I n. 23641/2014 ric. *Mondini* e Cass. Sez. I n. 48882 del 2013, ric. *San Carlo Invest*.

[14] Il riferimento è alla decisione n. 29022 del 17 luglio 2001 ric. *Derouach*. In tale decisione, peraltro, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione – con opzione non sempre ripresa negli arresti successivi ma ad avviso di chi scrive ampiamente condivisibile – evidenziavano la *marcata affinità* tra lo strumento della confisca speciale *ex* art. 12-*sexies* e la confisca prevista dalle leggi in tema di misure di prevenzione. L'estensione dell'ablazione a beni diversi da quelli strettamente correlati al reato commesso (con elisione del tradizionale nesso pertinenziale) è infatti giustificata dalla presunzione di derivazione illecita del patrimonio non giustificato (con sottostante ipotesi di derivazione da ulteriori reati rispetto a quello oggetto di giudizio) in modo niente affatto dissmile da quanto accade in sede di prevenzione, lì dove si esplichi la valutazione di pericolosità in rapporto alle pregresse attività *contra legem* del soggetto attenzionato.

5. La risposta della giurisprudenza ai nuovi temi ed alcune proposte per l'adeguamento ai principi costituzionali e convenzionali

L'interprete, dunque, se guarda al sistema nel suo «essere» fa obiettiva fatica a rintracciare le linee razionali che dovrebbero regolamentare il rapporto tra intervento statale di recupero dei patrimoni di accertata formazione illegale (in chiave sanzionatoria o meramente dissuasiva) e statuto garantistico di modalità di accertamento dei presupposti fattuali e giuridici di quell'intervento.

Ora, va ricordato però che la giurisprudenza interna (anche di costituzionalità), al di là delle mere classificazioni dogmatiche, si è ampiamente confrontata con il nuovo assetto della materia prevenzionale, *post* 2008/2009.

In estrema sintesi, lo ha fatto in più occasioni, sollecitata dalle nuove questioni emerse, attraverso:

a) la riaffermazione della necessaria base cognitiva del giudizio di pericolosità espresso in sede di prevenzione (secondo gli insegnamenti di Corte Cost. n. 177 del 1980 e n. 23 del 1964), con valorizzazione dell'assenza di presunzioni legali di pericolosità e necessità di motivazione espressa sull'attualità di tale condizione in caso di applicazione di misura personale[15];
b) l'avvicinamento sempre più marcato tra misure di prevenzione e misure di sicurezza, con obbligo di rivedibilità *ex officio* della condizione di pericolosità al momento della esecuzione di una misura di prevenzione rimasta sospesa[16];
c) il recupero dei connotati di tassatività delle previsioni legislative descrittive dei presupposti di iscrizione nelle categorie della pericolosità generica, ove desumibili dai contenuti della norma[17];

---

[15] Si veda, sul tema, Sez. I n. 23641 del 2014, ric. *Mondini* e successive, tra cui Sez. VI n. 50128 del 2016 ric. *Aguì* e Sez. VI n. 51666 del 2016, ric. *Rindone*.

[16] Si veda, sul tema, la decisione Corte Cost. n. 291 del 2013, con cui si è introdotto l'obbligo *ex officio* di rivalutazione della pericolosità – in chiave di necessaria attualità – come presupposto per l'eseguibilità della misura di prevenzione rimasta sospesa per stato detentivo del destinatario. Tale decisione, peraltro, riafferma la comune finalità di misure di sicurezza e misure di prevenzione, volte entrambe a prevenire la commissione di reati da parte di soggetti socialmente pericolosi e a favorine il recupero all'ordinato vivere civile... *al punto di poter essere considerate due species di un'unico genus*… ferme restando le differenze di struttura, settore di competenza e modalità applicative.

[17] Si veda, in particolare, Sez. I n. 31209 del 2015, ric. *Scagliarini* (nonchè Sez. I n. 43720/2015 ric. *Pagone)*. La decisione *Scagliarini*, in effetti, analizza il testo della previsione di legge in tema di pericolosità generica di cui all'art. 1 co. 1 lett. b d.lgs. n. 159/2011 (…*coloro che per la condotta e il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose*..) in chiave tassativizzante, sostenendosi che la norma impone di constatare – anche in via autonoma, ma

d) l'obbligo di analisi del momento genetico della accumulazione patrimoniale in chiave di limitazione alla confiscabilità di beni estranei alla contestuale manifestazione di pericolosità[18];
e) il consolidamento del tasso di giurisdizionalità interno al procedimento con ampliamento delle ipotesi di diritto alla prova così come del *favor* alla partecipazione personale del sottoposto e la inibizione all'utilizzo di materiali cognitivi formati in sede procedimentale penale in violazione dello statuto di legalità della prova[19];
f) la riduzione del disvalore penale di alcune ipotesi di inosservanza delle prescrizioni non correlate in via diretta alle finalità primarie della sottoposizione[20];
g) la valorizzazione della correlazione tra gli esiti del giudizio penale svoltosi sui fatti presi ad indicatori della pericolosità e gli esiti del giudizio di prevenzione, pur in assenza – allo stato – di applicazioni concrete della norma di cui all'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011[21].

Esaminando tali arresti – anche alla luce dei contenuti della sentenza Cedu De Tommaso[22] – è evidente che il bicchiere ben può essere ritenuto 'mezzo vuoto' e che la concretizzazione giurisprudenziale di alcuni principi è di per sé aspetto che non assicura (nonostante gli auspici di cui all'art. 65 ord. pen.) l'andamento in senso costituzionalmente e convenzionalmente orientato di tutti i procedimenti in corso.

Tuttavia, è possibile scorgere – nella descritta dimensione applicativa – delle linee di tendenza che possono fornire, almeno in parte, risposta ai dubbi di compatibilità oggi sul tappeto.

---

non contrastante con gli esiti del correlato giudizio penale – la ricorrente commissione di un delitto (attività delittuose) produttivo di reddito illecito, quale presupposto per la iscrizione del soggetto nella categoria criminologica di riferimento. Ciò ha determinato, nel caso scrutinato, l'annullamento della decisione di merito.

[18] Per tutte, la già citata Sez. Un. ric. *Spinelli*.

[19] Si vedano, in particolare, Sez. I n. 49180/2016 ric. *Barberio*; Sez. I n. 48661 del 2015 ric. *Valle*; Sez. Un. n. 13426/2010.

[20] In riferimento alla omessa esibizione della carta precettiva (ritenuta condotta sanzionabile esclusivamente *ex* art. 650 c.p.), si veda Sez. Un. n. 32923 del 29.5.2014.

[21] Si vedano, in particolare, Sez. V n. 1831/2015, ric. *Mannina*, Sez. VI n. 921/2014, ric. *Gelsomino*, Sez. I n. 7585/2014, ric. *Bonavota*, Sez. I n. 36301/2015 ric. *Di Somma*, Sez. I n. 31209/2015 ric. *Scagliarini*.

[22] Decisione che obiettivamente evidenzia un contrasto tra il principio di tassatività e il contenuto della previsione di legge in tema di pericolosità generica, specie sul tema della selezione dei materiali cognitivi illustrativi della base fattuale del giudizio e funzionali alla formulazione della prognosi di pericolosità e che pone ineludibilmente il tema della soluzione del medesimo (in virtù degli obblighi di osservanza sanciti dalla stessa Convenzione, lì dove la decisione abbia individuato una violazione correlata alla scarsa qualità della legge), potendosi tuttavia discutere circa le modalità di risoluzione di tale contrasto, se in via normativa, giurisprudenziale o *mista*.

Per intendersi, alcuni limiti del sistema della prevenzione – per come resta disegnato nel testo vigente – non sono certo emendabili in via interpretativa e, dunque, giurisprudenziale.

Ciò in particolare – ad avviso di chi scrive – va affermato per quanto concerne i contenuti prescrittivi della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (misura personale) che resta ancorata ad un modello di contenimento della devianza generalista e disfunzionale, che andrebbe modificato dal legislatore con abolizione di previsioni inutili e inserimento di misure graduali e maggiormente correlate alla necessità di inibire specifiche manifestazioni di pericolosità (come è avvenuto nel caso delle manifestazioni sportive) e promuovere l'adesione a valori generalmente condivisi.

Ma sul terreno dei presupposti e delle modalità di accertamento della pericolosità, pare essere già avvenuta (almeno in parte) una consistente modifica di approccio che – pure a legislazione invariata – avvicina il procedimento di prevenzione ad un modello di giurisdizionalità piena, con recupero proprio di quei connotati di tassatività *in concreto* posti in dubbio nella recente decisione sovranazionale.

In particolare, la formalizzazione del giudizio di pericolosità secondo connotati di compatibilità costituzionale, mutuati da Corte Cost. 177 del 1980, ha consentito, lì dove la previsione di legge contenga agganci espressivi tassativizzanti[23] di elaborare una visione che tende a rinnegare – in concreto

---

[23] Connotazione già perfettamente inquadrata da Corte Cost. n. 177 del 1980, nella parte in cui si affermava la necessità di rispettare e di riempire di contenuti la fattispecie legale di descrizione delle categorie soggettive, motivo per cui venne dichiarata incostituzionale, per eccesso di discrezionalità nella individuazione dei presupposti, la previsione legale della proclività: «…decisivo è che anche per le misure di prevenzione, la descrizione legislativa, la fattispecie legale, permetta di individuare la o le condotte dal cui accertamento nel caso concreto possa fondatamente dedursi un giudizio prognostico, per ciò stesso rivolto all'avvenire. Si deve ancora osservare che le condotte presupposte per l'applicazione delle misure di prevenzione, poiché si tratta di prevenire reati, *non possono non involgere il riferimento, esplicito o implicito, al o ai reati o alle categorie di reati della cui prevenzione si tratta, talché la descrizione della o delle condotte considerate acquista tanto maggiore determinatezza in quanto consenta di dedurre dal loro verificarsi nel caso concreto la ragionevole previsione (del pericolo) che quei reati potrebbero venire consumati ad opera di quei soggetti*. [...] I presupposti del giudizio di 'proclività a delinquere' non hanno qui alcuna autonomia concettuale dal giudizio stesso. La formula legale non svolge, pertanto, la funzione di una autentica fattispecie, di individuazione, cioè, dei 'casi' (come vogliono sia l'art. 13, che l'art. 25, terzo comma, Cost.), ma offre agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità». Simile assetto è di recente ripreso da Cass. Sez. I, ric. *Scagliarini*, cit., lì dove, in particolare, si afferma che «…nessuna misura di prevenzione può essere applicata lì dove manchi una congrua ricostruzione di 'fatti' idonei a determinare l'inquadramento (attuale o pregresso) del soggetto proposto in una delle categorie specifiche di pericolosità espressamente 'tipizzate' dal legislatore all'art. 1 o all'art. 4. […] Ora, prima ancora di passare ad esaminare il complesso fenomeno della successione nel tempo di norme regolatrici è il caso di soffermarsi sulla distinzione tra

– l'etichetta di 'pene del sospetto' e che – decisamente – si sposta verso una marcata valorizzazione della componente ricostruttiva del giudizio, elaborata su materiali cognitivi emersi in procedimenti penali, siano essi in corso o definiti.

In ciò, la responsabilizzazione della magistratura – sempre più specialistica – che si dedica al tema, pare aver determinato una consapevolezza di sistema, specie lì dove le conseguenze della misura di prevenzione consistano nella privazione dei beni tendenzialmente definitiva, recuperando la valenza del principio di tassatività ed anticipando, nei fatti, le ricadute della previsione legislativa in tema di revocazione che vanifica il provvedimento di

---

'parte constatativa' e 'parte prognostica' del giudizio di prevenzione. Affermare la attualità della pericolosità sociale di un individuo (in un dato momento storico) è infatti operazione complessa che nel giudizio di prevenzione non si basa esclusivamente sulla ordinaria "prognosi di probabile e concreta reiterabilità" di qualsivoglia condotta illecita – così come previsto in via generale dall'art. 203 cod. pen. (norma che non distingue la natura della violazione commessa a monte e postula la semplice commissione di un reato) – ma implica il precedente inquadramento del soggetto in una delle categorie criminologiche tipizzate dal legislatore, sicché la espressione della prognosi negativa deriva, appunto, dalla constatazione di una specifica inclinazione mostrata dal soggetto (dedizione abituale a traffici delittuosi, finanziamento sistematico dei bisogni di vita almeno in parte con i proventi di attività delittuose, condotte lesive della integrità fisica o morale dei minori o della sanità, sicurezza o tranquillità pubblica, indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose e altre ipotesi tipiche) cui non siano seguiti segni indicativi di un tangibile ravvedimento o dissociazione. Dunque parlare di pericolosità sociale come caratteristica fondante del giudizio di prevenzione se da un lato è esatto, in quanto si intercetta il valore sistemico della misura di prevenzione, che è strumento giuridico di contenimento e potenziale neutralizzazione della pericolosità, dall'altro può essere fuorviante lì dove tale nozione venga intesa in senso del tutto generico, senza tener conto della selezione normativa delle specifiche categorie di pericolosità. Le indicazioni del legislatore sono infatti da ritenersi 'tipizzanti' e determinano la esclusione dal settore in esame di quelle condotte che pur potendo inquadrarsi come manifestazione di pericolosità soggettiva risultino estranee al "perimetro descrittivo" degli attuali artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159 del 2011. Trattandosi, infatti, di applicare in via giurisdizionale misure tese a delimitare la fruibilità di diritti della persona costituzionalmente garantiti, o ad incidere pesantemente e in via definitiva sul diritto di proprietà, […] il che impone di ritenere applicabile il generale principio di tassatività e determinatezza della descrizione normativa dei comportamenti presi in considerazione come "fonte giustificatrice" di dette limitazioni. Da ciò deriva la considerazione della ineliminabile componente "ricostruttiva" del giudizio di prevenzione, tesa a rappresentare l'apprezzamento di "fatti" idonei (o meno) a garantire l'iscrizione del soggetto proposto in una delle categorie tipizzate di cui sopra. Il soggetto coinvolto in un procedimento di prevenzione, in altre parole, non viene ritenuto "colpevole" o "non colpevole" in ordine alla realizzazione di un fatto specifico, ma viene ritenuto "pericoloso" o "non pericoloso" in rapporto al suo precedente agire (per come ricostruito attraverso le diverse fonti di conoscenza) elevato ad 'indice rivelatore' della possibilità di compiere future condotte perturbatrici dell'ordine sociale costituzionale o dell'ordine economico e ciò in rapporto all'esistenza delle citate disposizioni di legge che 'qualificano' le diverse categorie di pericolosità...».

confisca lì dove "...i fatti accertati con sentenze penali definitive.. escludano in modo assoluto l'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca"[24].

È dunque lo stesso legislatore ad aver creato un obbligo di correlazione tra gli esiti delle pronunzie emesse nei due campi in esame, sicché non appare azzardato ipotizzare l'avvenuta assegnazione normativa (più o meno volontaria) all'intero procedimento di prevenzione non già di compiti impropri di 'recupero' di materiali cognitivi vacui, atipici e inidonei alla costruzione di una contestazione formale – ispirata ai principi di tassatività e determinatezza –, quanto una funzione marcatamente specialistica e, alfine, *anticipatoria* di forme di contenimento della pericolosità sociale apprezzate in sede giurisdizionale sulla base di indicatori non dissimili – anche in caso di pericolosità generica – da quelli che il legislatore considera in fattispecie incriminatrici di parte speciale.

Le condotte di reato, in altre parole, sono poste a monte della valutazione di pericolosità sociale perché ricomprese nella selezione normativa delle fattispecie astratte di pericolosità generica, fermo restando che il giudice della prevenzione apprezza tali condotte (già giudicate o giudicabili) in via autonoma e per finalità diverse da quelle della applicazione di una pena.

6. Conclusioni

Un cambiamento di pelle dell'intero settore, da *pene del sospetto* a strumento di verifica giurisdizionale incidentale – ma necessaria – di comportamenti illeciti *già realizzati* in chiave di esame soggettivo di connotati di pericolosità reiterativa (in modo non dissimile dalla valutazione incidentale cautelare di pericolosità prevista dall'art. 274 co. 1 lett c, inserita nel procedimento di accertamento della singola violazione), con anticipazione di conseguenze inibitorie e/o limitatrici di tale pericolosità andrebbe – ove si condivida l'analisi qui abbozzata – solo consolidato e perfezionato, attraverso l'amputazione di previsioni non più rispondenti a simile assetto e il rafforzamento degli obblighi di correlazione all'esito di giudizi penali 'incidenti', anche per quanto riguarda le misure puramente personali[25].

Dunque dalla usuale – e sovente erronea, se si guarda alla dimensione *in action* – considerazione delle misure di prevenzione come misure *ante delictum* prive di reale base cognitiva, alla presa d'atto della natura di misure

---

[24] Art. 28 co. 1 lett. b del d.lgs. n. 159 del 2011, norma dalla portata applicativa ancora scarsa, anche in virtù della ritenuta inapplicabilità immediata dell'istituto, ai sensi dell'art. 117 del medesimo d.lgs.

[25] Va di certo sollecitata l'introduzione di un meccanismo riparatorio di tipo indennitario, lì dove la pericolosità venga esclusa *post*-sottoposizione (ed anche in sede di impugnazione), analogo a quello previsto e regolamentato dall'art. 314 c.p.p., data la immediata esecutività della decisione di primo grado in materia personale.

ante nova delicta, con apprezzamento di risultanze obiettive – pur autonomo ma non in contraddizione con gli esiti del giudizio penale – sì da avvalorare l'idea della esistenza di uno statuto unitario delle prognosi di pericolosità, comune ai vari settori dell'ordinamento, cui ricollegare le conseguenze dissuasive o di contenimento.

Si potrebbe, dunque, realizzare, anche in aderenza ai contenuti della decisione Cedu De Tommaso, un intervento *misto*, fatto di condivisi affinamenti interpretativi e modifiche normative.

Alla modifica dei contenuti prescrittivi delle misure personali andrebbe – ad esempio – aggiunta la soppressione di strumenti di duplicazione delle procedure attivabili in campo patrimoniale (si pensi al ricorso allo strumento della confisca *ex* art. 12-*sexies* in sede esecutiva penale, di cui si è detto) sì da concentrare presso un giudice specializzato e gestore di un modello partecipativo più consono all'apprezzamento e alla tutela dei molteplici interessi coinvolti (si pensi alle tematiche dell'intervento dei terzi, a quelle di tutela delle posizioni creditori, alle tematiche gestionali) la trattazione dei procedimenti tesi alla applicazione di misure dal contenuto e dalla finalità analoga. I due sistemi, penale in senso stretto e di prevenzione, devono – insomma – parlarsi di più, senza timori di cadere, per ciò solo, in una comune classificazione sanzionatoria, essendo dirimente l'aspetto finalistico (oltre, ovviamente al grado di afflittività) dell'intervento adottato.

La direzione può apparire ambiziosa (e forse lo è) e necessita di sinergie non facili da pronosticare come esistenti. In tal senso si ritiene di offrire spunti di riflessione ovviamente precari e di certo suscettibili di approfondimento.

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE CONSTITUTIONAL COURTS AND THE SUPREME COURTS. IN PARTICULAR, THE ITALIAN EXPERIENCE*

Giovanni Mammone

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Constitution and constitutionalism in the social-historic evolution of Europe. – 3. Supreme Courts and Constitutional Courts. – 4. The Supreme Courts and the multi-level legal system. – 5. The dialogue among the Courts. – 6. Constitutional Courts and European Courts: the driving role of the Supreme Courts. – 7. The Constitution as written rule? – 8. The systems of constitutional justice. – 9. The Italian Constitutional Court. – 10. The systems of constitutional justice in Europe: centralised review and interlocutory access, the role of the Supreme Courts. – 11. The systems of constitutional justice in Europe. – XII. The interpretation of the law as the meeting point of the constitutional and the ordinary jurisdiction? – XIII. Conclusions.

1. Introduction

The Italian Constitution provides for the creation of the Constitutional Court (Articles from 134 to 137) and asserts that "the Judiciary is a body independent of any other power" (Article 104, first Paragraph).

The Italian Court of Cassation – which was already governed by the Rules on the Judiciary [*Ordinamento giudiziario*] – has been explicitly made by the new Constitution the Court competent to deal with points of law, positioned at the apex of the so-called ordinary jurisdiction. The Court is also competent to rule on questions concerning the definition of the jurisdiction limits between ordinary judges, administrative judges and accounting judges; when it exercises this competence the Court of Cassation is properly the "Supreme Court" in the national system.

The Court's "mission" is to ensure the fair application of the Italian legislation in the judicial decisions. Its task is to carry out a general review of the questions of law relevant to the decisions rendered by lower courts. This function progressively develops the so-called "*nomofilacy*" – *nomoV* (rule) and jula*x* (guardian) – and turns the general and abstract rules into legal principles provided by its rulings (the "precedents") which, being repeatedly stated, gradually contribute to what is called "living law".[1] By fulfilling this task, the Court of Cassation takes a second, informal, "Supreme Court" role.

---

* This text is a reduction of the keynote lecture at the opening works of the Network of the Presidents of the Supreme Judicial Courts of the European Union 2018 Colloquium, 27-29 September, Karlsruhe. Many thanks to justice Irene TRICOMI, councilor of the Court of Cassation, for her cooperation.

[1] The expression "living law" indicates the established interpretation of a legislative text given in constant and consistent judicial decisions.

This function is qualified as a constitutional safeguard by Article 111 of the Italian Constitution, whereby judgments and decisions on personal liberty handed down by ordinary or special jurisdictional bodies can always be challenged before the Italian Supreme Court for violations of the law.

2. Constitution and constitutionalism in the social-historic evolution of Europe

The Italian legal system, as the other European democratic systems, is based on the fundamental principles of the Constitutional rule of law: human dignity, personal rights, political participation, the division of powers, the rule of law, welfare, and judicial independence.

After the Second World War, the gradual democratisation of politics, the focus on participation, the complex social fabric have all contributed to implementing constitutionalism in the relevant Constitutions.

Europe has undergone a period of significant development where the adoption of new constitutional texts has had a marked influence on social evolution.

The Constitution is no longer a limit on the power of the sovereign/legislator nor is it an organisational criterion ensuring citizens' rights vis-à-vis the Government and affirming a separation between the Legislature, the Executive and the Judiciary (as contemplated in Article 16 of the "*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*" of 1789: «*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*»). Instead, the Constitution contains the whole set of the values on which society is founded and is the fundamental text empowering the State and, in Italy, the Republic.

Therefore, social complexity has transformed both the role of the Constitution, which can no longer be traced back to formal legality, and the concept of primacy, which no longer refers to an exclusively hierarchical vision of sources.

This is due to the fact that the democratic Constitutions operate through choices in principle (though this does not exclude their preceptive character, as affirmed by the Italian Constitutional Court in judgment No. 1 of 1956) that lead positive law back to the correctness of its source of production, and also to its consistency, adequacy, proportionality and reasonableness.

The Italian Constitution, like the other democratic and contemporary pluralist Constitutions, require the jurist to balance principles and fundamental rights, without claiming absoluteness for any of them.[2] The balance, being

[2] Italian Constitutional Court, decision No. 85 of 2013.

dynamic and not pre-determined, has to be assessed by the legislator when prescribing the provisions of law and by the Law-supervising Court through its review, by applying the criteria of proportionality and reasonableness in order to avoid destroying their essence.

To this regard it is worth mentioning the gradual broadening of the proportionality review,[3] which is frequently carried out today in the decisions of the EU Court of Justice and of the European Court of Human Rights[4] and falls within the competence of the Constitutional Courts.

The origins of the proportionality principle date back to the German law concerning police law, but only through the decisions of the EU Court of Justice this principle later on spread into other national legal systems.[5]

In German law the proportionality principle derives from the unification of three elements: suitability (*Geeignetheit*), necessity (*Erforderlichkeit*) and proportionality strictly meant (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).

In the decisions of the EU Court, the proportionality review is applied both to legislative measures and to administrative measures adopted by EU institutions, bodies and organisms and notably by the Commission.

Besides, the proportionality principle also operates for the legislative and administrative measures adopted by the Member States when performing the obligations set forth by the EU law.

In this case, the CJEU's case law – in addition to examining the appropriateness of a measure adopted by a Member State in pursuing the declared public interest – also verifies the necessity of the measure, in the sense that there are no equivalent instruments in terms of their result, which are less restrictive of the freedom or fundamental right in question.[6]

---

[3] The notion of proportionality was originally defined in *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten* of 1794, as a general criterion for the application of punishments and police measures.

[4] In a recent decision rendered on 26 April 2018 by the ECtHR, Čakarević v. Croatia, the Court ruled that, in a case concerning social rights, it was necessary to ascertain the substistence of the necessary balance between the general interest of the public and the protection of the applicant, whether a disproportionate and eccessive burden had been imposed on him/her (Paragraph 77: "The Court must examine whether the interference struck the requisite fair balance between the demands for the general interest of the public and the requirements of the protection of the applicant's right to the peaceful enjoyment of her possessions, and whether it imposed a disproportionate and excessive burden on the applicant").

[5] See the first judgments given by the ECJ: 16.7.1956, in C-8/55, *Fédération Charbonnière*; 14.12.1962, in joined cases C-5-11, 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*; ECJ, 19.3.1964, in C-18/63, *Schmitz*.

[6] The legal literature has pointed out that, while the principle of proportionality that operates in the German legal system is based on a subjectively oriented judicial protection - which therefore takes into account primarily the extent to which the measure adopted has affected the applicant's legal sphere - the EU principle, on the other hand, is essentially based on an objective model of judicial protection, which chiefly takes into account

The Italian Constitutional Court has recognised this significant development in the case law, pointing out[7] that the test of proportionality – which is used by many of the European constitutional courts often in conjunction with the test of reasonableness – requires to assess whether the provision under review, in consideration of the measure and the manner in which it is applied, is expedient and appropriate for achieving lawfully pursued objectives. The test shall consider whether, among several appropriate measures, that provision prescribes the measure that is the least restrictive of the rights in question and imposes burdens that are not disproportionate to the achievement of those objectives.

Furthermore it can be stressed that the Charter of Fundamental Rights of the European Union considers the principle of proportionality as expression of a shared value.

In addition to the relationship between "penalties" and "criminal offence" («The severity of penalties must not be disproportionate to the criminal offence», Article 49 CFREU), the proportionality principle constitutes a general guarantee clause with respect to the limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by this Charter, that can be decided only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others (Artciole 52 CFREU).

The notion of proportionality is also present, although with a different significance, in the case law of ordinary courts and, therefore, of Supreme Courts.

In the Italian private law, the principle of proportionality is taken into account as a criterion for interpreting the so-called general clauses (such as the *bona fides* "good faith and fairness", or the diligence of the *bonus pater familias*) that need to be made real by the interpreter of the law, in connection with a specific historical-social background. This is done through the appraisal of external factors pertaining to overall public awareness, as well as principles tacitly referred to in the relevant clause.

A distinctive application of this principle characterizes the Italian labour law, concerning the general clause of the "fair cause" in the case of disciplinary dismissal: the lawfulness of the termination of the contract by the employer, in fact, must be examined in terms of the proportionality between the disciplinary misconduct committed by the worker and the sanction imposed.

In relation to the Italian public law, a test of proportionality is performed by the reasonableness assessment carried out, in practice, by the administrative judge over the exercise of discretion by the Public Administration.

---

the interests actually at stake, without giving a decisive weight to the extent of the sacrifice endured by a single person.

[7] Italian Constitutional Court, judgment No. 1 of 2014.

According to Hans Kelsen's doctrine, the Law is a hierarchical structure of norms, which has its unity in the fundamental norm – *Grundnorm*. Any political unit has a Constitution as the very structure of its own organised political community, regardless of any reference to its actual content.

Nowadays, however, the Constitution is no longer neutral and, as mentioned above, can be traced back to Constitutionalism, as the technique of freedom. The citizens are guaranteed the exercise of their individual rights and the State is able not to violate them.

The Italian Constitution contains, moreover, some supreme principles that cannot be subverted or modified in their essential content, not even by laws of constitutional amendment or by other constitutional laws. According to the supreme principles the Republican form of the state cannot be subject to constitutional amendment (Article 139) and such principles pertain to the essence of the supreme values on which the Italian Constitution is based.[8]

The constitutional dimension of each European State must then measure itself against the pluralism of supranational regulatory systems, such as generally recognised norms of international law, international treaties and the law of the European Union.

The matter of the adaptation of the internal legal systems to a set of multi-level safeguards is in fact a highly complex issue when the judge is unable to follow the course of adaptive interpretation.

3. Supreme Courts and Constitutional Courts

Constitutional Courts, being bodies vested with the power to verify – after their promulgation – the conformity of laws with the Constitution, and to annul the laws contrasting with it with effect *erga omnes*, are undoubtedly Supreme Courts. This is because Constitutional matters are "supreme", the Constitutional Courts' techniques of interpretation are specific and their pronouncements are not subject to any review.

However, the expression Supreme Courts is typical of the Courts found at the apex of the judicial organisation, which ensure the observance of the law and uniformity of interpretation by the courts and as such are not subject to review on appeal.

In the exercise of their function to ensure the observance of the law (*nomofilacy*), the Supreme Courts must guarantee the equal treatment of the citizens involved in a lawsuit, as well as – also in the *civil law* system – the predictability of the court decisions on the basis of the case law formed over the enforcement of a given legal provisions.

---

[8] Judgment of the Italian Constitutional Court No. 1146 of 1988.

The central importance of this function, even in the absence of the *stare decisis* principle, meets the need for predictability in the resolution of disputes and, in economic terms, for the "calculability of the law". However, it must be pointed out that this cannot be done without taking into account the system of principles and values that underlie the legal system.

Therefore, the "supreme" character of the Courts refers to their respective Orders, and to the scope of their powers, given that the jurisdictional function is exercised by the judges and that judges are subject only to the law.

4. The Supreme Courts and the multi-level legal system

The relationship between the European Supreme Courts and Constitutional Courts – due to its extensive aspects – requires to be demarcated so as to take into account the present complexity of the "globalised" legal world. A world characterized, *inter alia*, by multi-level regulatory systems.

In the debate on the European constitutional identity, the impact of the globalisation processes has been highlighted for quite some time, resulting in a tendency to accept both the principles of the constitutional state on a large scale and to compare national cultures.

In Europe, the constitutional area of each individual State that is dedicated to fundamental rights in some ways dialogues, and in other ways integrates, with the fundamental principles of the European legal system, as enshrined in the founding treaties, the European Convention on Human Rights, the European Social Charter and the Nice Charter.

National legislation has been being complemented for a long time by secondary European legislation based on Article 288 TFEU (former Article 249 TEC).

It is noteworthy that the Treaty of Lisbon of 13 December 2007[9] gave binding legal effect to the Charter of Fundamental Rights of the European Union – proclaimed at Nice on 7 December 2000 and adapted at Strasbourg on 12 December 2007 – and gave it the same legal value as the Treaties (Article 6(1) of the Treaty on European Union).

The Charter of Fundamental Rights forms part of Union law and has a typically constitutional content.[10]

It is the very Charter of Nice in its Preamble which recognises, *inter alia*, the rights upheld by the case law of the Court of Justice of the European Communities and that of the European Court of Human Rights, on the premise that the European Union contributes to the preservation and devel-

---

[9] Ratified and enforced in Italy by Law No. 130 of 2 August 2008.

[10] As highlighted by the Italian Constitutional Court in judgment No. 269 of 2017.

opment of common values, while respecting the diversity of the cultures and traditions of the European peoples.

In this context, in addition to the traditional sources (which have become very diversified), jurisprudential law – which constitutes and coordinates the various levels of the law – is becoming more important in the national legal systems, as a living law that is concretely applied whenever the intervention of the judge is requested for the protection of an individual's rights.

In the presence of a plurality of sources of legislation having differing levels and effectiveness, there is a strong need for legal certainty, for the safeguarding of legitimate confidence, as well as for equal treatment under the law, all of which are fundamental values of legal civilisation that are typical of constitutional States.

In this context, it is clear that the jurisdiction of the Supreme Courts is of paramount importance, as they are called upon to give further impetus to the mission of ensuring the uniform application of national law and the widespread application of the European law.

5. The dialogue among the Courts

The Supreme Courts, which are at the apex of jurisdiction, when interpreting the law must take into account the Constitution, international law and supranational law, and enunciate a "living law" that puts them into relation, thus contributing to the implementation of the constitutional guarantee of rights.

In some States[11](Italy, France, Germany, Spain), the Constitutional Court is beginning to dialogue directly with the Court of Justice of the European Union, thus taking on the role of the ordinary court.

---

[11] Belgium: reference for a preliminary ruling to the CJEU, in accordance with Article 234 of the EC Treaty, made by decision of 19 April 2006 of the *Cour d'arbitrage*, subsequently *Cour constitutionnelle*, in a dispute between different federal entities of the Kingdom of Belgium, which was decided by the CJEU in Case C-212/06;
France: reference for a preliminary ruling from the *Conseil constitutionnel*, decision No. 2013-314P QPC, 4 April, 2013, M. Jérémy F.;
Spain: Reference for a preliminary ruling from the Spanish *Tribunal constitucional* (TC) by order (auto) No 86/2011 and continued with the judgment of the Court of Justice of the European Union of 26 February 2013 in case C-399/11, Melloni v Ministerio Fiscal.
Italy: Reference for a preliminary ruling from the Corte costituzionale (Italian Constitutional Court) by order No 103 of 2008, in a main action, and by orders Nos 207 of 2013 and 24 of 2017, in interlocutory cases;
Germany: Reference for a preliminary ruling made by the Bundesverfassungsgericht by decision of 14 January 2014 on a number of technical features regarding the Eurosystem's outright monetary transactions in secondary sovereign bond markets.

The relations among Supreme Courts and Constitutional Courts in each State must, therefore, be seen in the light of the relations between the National Courts (Supreme and/or Constitutional) and the European Courts, and vice versa.

In the overall interaction of the procedural mechanisms, the national Supreme Courts, in the exercise of the nomophylactic *iuris-dictio*, contribute to define the structure of the legal system as a regulatory framework – not only national – but enhanced by supranational sources and the case law of the European Courts.

6. Constitutional Courts and European Courts: the driving role of the Supreme Courts

It is well known that, in line with the principles established by the judgment of the Court of Justice of 9 March 1978 in Case C-106/77 (Simmenthal), when national law conflicts with a provision of the European Union, it is for the ordinary court, and thus also for the Supreme Courts, to apply directly the provision of the European Union having direct effects; this complies at the same time with the principle of the primacy of the European Union law and also with the very principle of the submission of the judge only to the law.

In addition, there is the control of conformity with the ECHR Convention, to which the Supreme Courts contribute in a significant way, given that the protection of fundamental rights is a principle that underpins the judicial process and the culture of the judiciary.

In Italy, the Constitutional Court has reaffirmed[12] that when a provision of domestic law diverges from provisions of the European Union that have no direct effect – as also happens with the provisions of the European Convention on Human Rights – it is necessary for the ordinary court to raise the issue of unconstitutionality, which is reserved to the exclusive competence of the Constitutional Court. The latter carries out a "systemic interpretation" that allows to balance it with other constitutionally protected interests.

A similar arrangement has been affirmed by the Italian Constitutional Court with respect to the Charter of Fundamental Rights of the European Union, since the principles and rights set out in it largely intersect the principles and rights enshrined in the Italian Constitution, as well as in the other national constitutions of the Member States.[13]

It is this very contribution of the Supreme Courts to the implementation of the European Union law that has prompted the Constitutional Courts to

---

[12] Previously, the judgments of the Italian Constitutional Court Nos. 348 and 349 of 2007.
[13] Judgment of the Italian Constitutional Court No. 269 of 2017.

pay greater attention to the protection of fundamental rights as reflected not only in the national Constitutions, but also in the European Convention on Human Rights.

7. The Constitution as a written rule?

In Italy, as in most European countries, the Constitution is a written, normative document.

A written Constitution may not cover the whole of "constitutional matters", and "materially constitutional" norms and principles may be customary, or even unwritten, as in the experience of the United Kingdom where constitutional law is largely customary and in any case uncodified.

Over the centuries, principles of a customary or normative nature have taken on a substantial role as the supreme norms of the legal system and are considered essential for the good functioning of the system. These principles are not static and immutable but evolve slowly to adapt to new social and political needs.

The Italian Constitution, like the other written and rigid constitutions, holds a "supreme" position in the legal system. The law cannot modify it, and the law must not conflict with it in order to be lawful.

The constitutional norms stand at the apex of the hierarchy of sources, in the same way as any other provisions of constitutional rank, and they express the standards of legitimacy and interpretation of the national legal system.

Any amendment of any constitutional provision, whether or not that provision is of principle, can only take place in the form and within the limits of the constitutional revision process.

The rigidity of the Constitution is ensured by providing for a check on the constitutional lawfulness of legislation.

The advent of the rigid Constitutions and of the review of the constitutionality of legislation have not only involved the setting-up of a new and specific form of jurisdiction (the constitutional one), but have also had clear repercussions on the system of the sources of law and their interpretation by Judges, who increasingly play a central role in ensuring the effectiveness of constitutional rights, in a European dimension.

8. The Systems of constitutional Justice

The origin of constitutional justice is generally associated with the American model in relation to the famous *Marbury v. Madison* case in 1803 (which was preceded by the *Bonham* case in 1610 in the United Kingdom) and the Kelsenian model endorsed by the Austrian Constitution in 1920.

The Judicial Courts have held, since the beginning of the nineteenth century, that they could conduct the Constitutional Review.

In the *Marbury v. Madison* case, which I mentioned, the Supreme Court of the United States held that the Constitution is also a law, superior to all other laws. As long as it is not modified by special and complex procedures, the other ("ordinary") laws must abide by the Constitution; and that, if they do not abide by it, they are null and void; and any judge has the power and duty not to abide by them.

Instead, the establishment of a specific constitutional court characterises the so-called Kelsenian model, that found application in Austria.

The Austrian Constitutional Court was founded in 1919, and has been the model for all other European Constitutional Courts established after 1945.

The difference between these two models is the result of the traditional classification of constitutional justice systems into a diffused system, entrusted to Judges, and a centralised system, entrusted to a special constitutional court.

However, these systems do not allow for rigid classifications, since it is the circulation of those models that has favoured many contaminations that have originated different categories.

In Europe, also thanks to the work of the European Commission for Democracy through Law established in the 90's, the so-called "Venice Commission", there has been increasing awareness that the protection of the fundamental rights promulgated by the Constitutions also requires a review of the laws. And, in general, it has been deemed that this review should be carried out by a specific Court.

Some European states, despite having a written Constitution, or fundamental Laws having a Constitutional status, as Sweden, do not have a specific Constitutional Court, but have a diffused form of constitutional review, exercised in different ways and with different effects either in an exclusive way or through other forms of control.

9. The Italian Constitutional Court

The Italian Constitution was promulgated on 27 December 1947 and entered into force on 1 January 1948.

Constitutional Law No. 3 of 18 October 2001 (Amendments to Title V of Part Two of the Constitution) made significant amendments to the Constitution, reshaping the distribution of legislative powers between the State and the Regions.

The Italian Constitutional Court is composed of 15 justices, who have a nine-year term of office.

The justices are appointed for one-third by Parliament in joint session, one-third by the President of the Republic and one-third by the Superior

Jurisdictions (three justices are appointed by the Court of Cassation, one by the Council of State and one by the Court of Auditors). The President of the Constitutional Court is appointed by the justices of the Court. The variety of the justices' provenances and designation bodies contributes to a diversification of their experience and expertise, as well as of their approaches and perceptions.

The Italian Constitutional Court also judges disputes relating to the constitutional compliance of the laws, and legal instruments having the force of law, adopted by the State and the Regions, which the judges refer to it for review.

In fact, the Italian constitutional justice system is characterized by the interlocutory access to the Constitutional Court. This model provides for a centralised control, but access to the Court is through the judges examining a case at any stage of the relevant proceedings.

In order to be raised as an interlocutory question, pursuant to Article 1 of Constitutional Law No. 1 of 9 February 1948, the constitutional legality issue must be "not considered to be manifestly unfounded by the judge".

The assessment of the relevance of the case and enforcement of the decision that the case is not manifestly unfounded are the competence of the Judicial Authority. However, when the order of referral institutes the Constitutional review, it is subject to an assessment of validity that the Constitutional Court carries out respecting the autonomy and independence of the referring judge.

In Italy, the rulings declaring the unconstitutionality of a legal provision are effective *erga omnes* and *ex tunc,* save as for the effects of the *res iudicata*.

Over time, the Italian Constitutional Court has developed a variety of decision, both of procedural and substantive nature.

The first ones are decisions declaring the issue inadmissible, or ordering that the case-file be remitted to the referring court for reformulation; the second ones include interpretative rulings and additive rulings.

The additive rulings are those that uphold the unconstitutionality of the issue and add to the censored legislative provision a legal rule that the Legislator had omitted and which could not be inferred through an extensive interpretation or by analogical application of the law.

In some cases, the Court has deferred the enforcement of the rulings on unconstitutionality, in order to prevent that the Court's decision, while aiming at restoring the constitutional legality infringed, would in reality create a state of further regulatory uncertainty, due to the legislative vacuum resulting from the declaration of unlawfulness.

10. The systems of constitutional justice in Europe: centralised review and interlocutory access. The role of the Supreme Courts

In Italy, both the Constitutional Court and the Court of Cassation are involved in the review of the constitutionality of the law.

As already mentioned, in the so-called interlocutory procedure, in general, the question of the constitutionality of a law or of a legal instrument having the force of law can be raised by the Judge in the course of the proceedings, raising the issue of a violation of "constitutional standards".[14]

Therefore, the interlocutory system, as interpreted in the various European legal systems, gives the ordinary Judge a considerable responsibility and requires the cooperation between the ordinary Judge and the Constitutional Court both in the phase of the submission of the question and in that of the implementation of the constitutional rulings.

11. The systems of constitutional justice in Europe

It is worth highlighting some important examples in Europe of direct access to constitutional justice. This possibility is not envisaged by the Italian Constitution.

The German legal system provides for the direct appeal of individuals "*Verfassungbeschwerde*" to the Federal Constitutional Court (BVE) that was introduced in 1951 with the entry into force of the law on the Federal Constitutional Court.

In Spain, the *Tribunal constitucional* has issued many rulings on the *recurso de amparo*, which can be brought by natural or legal persons within strict time limits, provided they have exhausted the ordinary appeals. The *Defensor del Pueblo* and the Public Prosecutor are also entitled to institute the procedure.

Some European countries such as Norway, Denmark, Finland, the Netherlands and Sweden do not have a Constitutional Court, and usually, the Supreme Courts or any Court may declare a rule to be unconstitutional and decide not to apply it.

12. The interpretation of the law as the meeting point of the constitutional and ordinary jurisdictions?

The considerations made so far show that the mission of the Court of Cassation, which is at the apex of ordinary jurisdiction, differs from that of the Constitutional Court.

---

[14] Constitutional standard" indicates the term of reference used to establish the constitutionality of legal provisions.

The Court of Cassation verifies the correctness of the jurisprudential interpretation of the law in relation to a specific case, and in interpreting the law it affirms principles of law which guide the judiciary (the so-called "*nomofilacy*").

The Constitutional Court is the guarantor of the Constitution and its decisions are severable from the specific case and are binding *erga omnes*.

In reality, the interpretation activity that the two courts are required to perform highlights some areas where their respective competences intersect.

The hermeneutical activity of the ordinary judge and, therefore, of the Supreme Courts, contributes to:

- identifying consolidated case law principles having the character of a "living law" which may be the subject of a constitutionality review;
- solving in the ordinary courts any doubts of constitutionality on the basis of the interpretation of constitutionally appropriate law;
- enhancing the role played by the ordinary judge allowing access to constitutional review and raising the constitutionality issue indicating the constitutional parameters that the national law allegedly infringes.

It is a complex hermeneutical activity, since some constitutional provisions[15] must be complemented by data, national legal sources having the force of law, or supranational sources, as well as the case law of the ECHR and the CJEU, which have to be determined by the judge who raises the issue.

The Constitutional Court, in turn, interprets the law in accordance with the Constitution. In this respect, I would like to recall:

- the interpretative rulings[16] in which the Constitutional Court, instead of feeling bound by the interpretation of the law proposed by the Judges raising the issue, indicates a different interpretation of the provision that is suitable to avoid the claimed conflict with the constitutional parameters indicated;
- the additive rulings to which I have already referred.

These progressive "contaminations" highlight the objective difficulty of regulating, and therefore governing, a complex society such as the one we are living in. The mediation of conflicts often tends to move from the mo-

---

[15] In particular, in Italy, Articles 3, 11 and 117 of the Constitution provide for the principles of equality, of the subdivision of the legislative power between the State and the Regions, and of the respect of the obligations derived from Community law and international ties.

[16] Judgment No. 8 of 1956 of the Italian Constitutional Court.

ment of the creation of the legal rule to that of its application, in an ordinary or constitutional forum.

13. Conclusions

Constitutions, even those that are rigid and guaranteed, and in general the constitutional issue, have a dynamic perspective, in the sense that they must take up the challenge of history and of change.

And this is the challenge that also the Supreme Courts must take up. Indeed, since they have to exercise their jurisdiction with methodical coherence but also with consideration for the new problems raised by the multilevel legal system and the evolution of the values that underpin the constitutional principles.

The Supreme Courts are today the cornerstone of two autonomous and complementary legal systems.

The European Union system and the national systems, as modelled by the Constitutions, are distinct from one another, yet also coordinated.

The Supreme Courts, addressing the Constitutional Courts or acting as bodies of diffused constitutional guarantee and protection of the fundamental rights, in order to ensure an effective guarantee of the rights recognized by the legal systems, exercise the "*nomofilacy*" and carry out a dialogue with the European Courts for a correct balance between the constitutional identity and the law of the Union.

AIUTO A MORIRE, DIGNITÀ DEL MALATO, LIMITI DELL'INTERVENTO PENALE*

di Vittorio Manes

1. La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi, per la prima volta, sul tema vertiginoso del "suicidio assistito", in un caso contrassegnato da peculiari specificità, ossia l'assistenza al suicidio prestata a soggetto, Fabiano Antoniani, affetto da malattia gravissima (tetraplegia con cecità bilaterale corticale, dunque permanente; con mancanza di autonomia nella respirazione, necessitando, seppur non continuativamente, dell'ausilio di un respiratore e di periodiche aspirazioni del muco; mancanza di autonomia nell'alimentazione, essendo gravemente disfagico sia della fase orale sia di quella deglutitoria, e necessitando di nutrizione intraparietale; e mancanza di autonomia nell'evacuazione).

Una tale condizione di infermità, accompagnata da prognosi di ragionevole irreversibilità medicalmente comprovata e da sofferenze gravissime non era medicalmente governabile neppure attraverso la somministrazione di massicci trattamenti farmacologici: soltanto, la sedazione profonda avrebbe potuto lenire lo stato di sofferenza di Fabiano Antoniani[1].

Un caso, dunque, di malattia gravissima ed irreversibile accompagnata da sofferenze inumane in soggetto, Fabo, lucido e *compos sui* che – autonomamente e consapevolmente – decide di voler rinunciare alla vita ritenendola non più dignitosa, nonostante la indomita presenza di affetti da cui era circondato, ponendovi termine in una clinica svizzera, il 27 febbraio 2017.

Si è trattato, quindi, di un caso non solo "eticamente sensibile", ma che, più laicamente, attratto al campo di gravitazione di aspettative di tutela "nella fase terminale della vita" concernenti "aspetti essenziali dell'integrità e dell'i-

---

* È il testo, riveduto e corredato di richiami bibliografici essenziali, della discussione svolta all'udienza pubblica della Corte costituzionale, il 23 ottobre 2018 ("È ancora suicidio?"); testo solo minimamente aggiornato all'esito dell'ordinanza n. 207 del 2018 e della sentenza n. 242 del 2019.

1 Le condizioni fisiche in cui versava Fabiano Antoniani sono drammaticamente descritte nella richiesta di archiviazione della Procura della Repubblica di Milano del 2 maggio 2017, in cui i Pubblici Ministeri evidenziavano che la patologia lo aveva privato della vista e del movimento, pur senza renderlo insensibile al dolore: "[…] il corpo, inerte, era percorso da insostenibili spasmi di sofferenza più e più volte al giorno. La respirazione era assistita da un tubo tracheale che doveva essere costantemente aspirato dalle secrezioni per impedirgli di soffocare. La capacità di deglutire era limitata a sostanze liquide e semiliquide. Appositi sacchetti, a cui era stabilmente collegato, gli fornivano la nutrizione o ne raccoglievano le evacuazioni. Un corpo inerte, che soggetti compassionevoli pulivano, accudivano, nutrivano. E dolore fisico, tanto dolore".

dentità della persona" (così la sentenza n. 262 del 2016) che come tali aspirano ed anelano ad essere riconosciute come diritti fondamentali, con tutto il travaglio del bilanciamento a cui tali diritti sono esposti; e dove nella stessa prospettiva laica ci si domandava – questo il *punctum crucis* – se il diritto penale avesse un legittimo spazio di intervento, senza che abbiano un peso convinzioni intime e personali, né convenzioni ideologiche o confessionali.

2. Come spesso accade al cospetto di questioni di costituzionalità complesse, la dottrina che si è pronunciata[2] sul punto ha prospettato molte e diverse possibili soluzioni che la Corte avrebbe potuto intraprendere, attingendo al bagaglio delle variegate tecniche decisorie di cui essa dispone: dall'accoglimento parziale, al rigetto; dal rigetto semplice, al rigetto con interpretazione (o "interpretativa mascherata"); dalla vera e propria sentenza "interpretativa di rigetto", all'"inammissibilità interpretativa", sino all'inammissibilità *tout court*.

Già questo ricco caleidoscopio delle possibili pronunce della Corte fa emergere in modo evidente come nessuna strada sia stata davvero inaccessibile, nessuna soluzione preclusa ed ognuna percorribile, di fronte ad una questione che non si lasciava imbrigliare in contenitori formali, in freddi ostacoli processuali, in formule vuote che non renderebbero ragione ad una questione così seria e grave. Solo una opzione, in effetti, *non* meritava a nostro avviso di essere considerata, proprio per le ragioni che rendono questo caso così complesso, vertiginoso ed atteso: quella del *non liquet*, magari nascosto dietro la paratìa processuale della inammissibilità di una questione che sottende una richiesta di avallo ermeneutico da parte del rimettente, della inammissibilità per omesso esperimento di una possibile interpretazione conforme (che tuttavia si sarebbe scontrata con l'orientamento più recente

---

[2] Si vedano in particolare gli atti del *Seminario preventivo* dedicato a *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, Università di Bologna, 12 ottobre 2018, a cura di A. Morrone (visionabile in https://www.radioradicale.it/scheda/554071/il-caso-cappato-davanti-alla-corte-costituzionale); in precedenza, sul tema, v. tra gli altri M. D'Amico, *Sulla illegittimità costituzionale della norma che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del* caso Cappato, in www.giurisprudenzapenale.com; D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo – Riv. trim.*, n. 7/2018, 57 ss.; R. Bartoli, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, ivi, n. 10/2018, 97 ss.; P. Fimiani, *Le responsabilità nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 maggio 2018; A. Massaro, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, ivi, 14 giugno 2018; inoltre, e più in generale sul tema, A. Nappi, *Principio personalistico e binomi indissolubili*, Napoli, 2018, in ptc. 149 ss., 214 ss.

della Corte costituzionale[3]), per carenza di "rime costituzionali obbligate"[4], o per qualche profilo di ambiguità ravvisabile nel *petitum*.

Si è trattato di uno di quei casi dove l'*esprit de geometrie* non poteva soffocare la gravità e l'urgenza dei temi e dei problemi posti all'attenzione della Corte, l'*ethos* che li attraversa; la forma non poteva sopraffare la sostanza, specie per una Corte che, in molti casi analoghi – e analogamente "sensibili" – ha dimostrato di prendere i diritti "sul serio", aprendosi a soluzioni innovative e coraggiosamente "manipolative" (sin dalla nota decisione in tema di aborto, la sentenza n. 27 del 1975), senza farsi frenare dall'assenza di "rime obbligate".[5]

In questa cornice, del resto, anche una inammissibilità accompagnata da un qualche "*monito*" avrebbe avuto il retrogusto amaro di una olimpica indifferenza, e avrebbe lasciato le aspettative deluse con tutto il rimpianto dell'impotenza, la "*nostalgie de l'impuissance*".

Ed è anche per questo, verosimilmente, che la Corte ha deciso di intervenire, e lo ha fatto per il tramite di una originale tecnica decisoria.

3. Venendo al nucleo della questione di legittimità costituzionale, può evidenziarsi come la fattispecie dell'art. 580 c.p., al contatto con l'"immane concretezza" della vicenda di Dj Fabo, abbia dimostrato le lacerazioni e le crepe inferte da un tempo che l'ha allontanata da una realtà incalzata dalla tecnologia – che ha moltiplicato le possibilità di sostegno e le terapie *quoad vitam* –, e da casi sempre più complessi e drammatici, e dimostri dunque – per taluni aspetti – una notevole obsolescenza. Non solo quella obsolescenza che si intravede scandagliando una impostazione – molto cara al codice Rocco del 1930 – "statocentrica" e "statolatrica", dove la vita era concepita non tanto come "diritto personalissimo", ossia come diritto fondamentale e primordiale dell'individuo, quanto come "interesse sociale", proiettato in una

---

[3] Ad es., sentenza n. 221 del 2015, secondo la quale è sufficiente per il giudice motivare in modo non implausibile la scelta di non seguire una interpretazione che supera i dubbi di costituzionalità e che la fondatezza delle diverse interpretazioni attiene al merito della questione.

[4] Come nella sentenza sul "crocefisso": sentenza n. 389 del 2004, giudicata "una delle pagine più infelici della giurisprudenza costituzionale" da A. Pugiotto (*Variazioni processuali sul "caso Cappato"*, in A. Morrone (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, cit., in nota 1, 40 ss.).

[5] La cui necessaria presenza appare ormai superata nella giurisprudenza, secondo un orientamento che va consolidandosi: v. in ptc. le sentenze n. 236 del 2016, n. 222 del 2018, n. 233 del 2018, n. 40 del 2019.
Più in generale, per l'insegnamento in base al quale se "[q]ualunque decisione di accoglimento produce effetti sistemici", "[…] questa Corte non può tuttavia negare il suo intervento a tutela dei diritti fondamentali per considerazioni di astratta coerenza formale" nell'ambito del sistema, si veda ad esempio la sentenza n. 317 del 2009, e, su quella traccia, la sentenza n. 149 del 2018.

dimensione meta-individuale, utilitaristica, riferibile alla collettività e, *lato sensu*, alla *nazione*[6]. In sostanza, nell'assetto del codice del 1930 si punivano istigazione e agevolazione al suicidio soprattutto perché – con le parole di Vincenzo Manzini – identificavano "un fatto pericoloso a causa dell'esempio suggestivo che offre a coloro che male sopportano i mali della vita"[7]; in un contesto dove peraltro lo Stato ben poteva consentire la morte del singolo impegnato in azioni belliche, potendo dunque disporre di un bene la cui disponibilità era tuttavia sottratta al titolare del bene stesso[8].

E una simile impostazione già colpisce e ferisce al cospetto del rovesciamento assiologico imposto dalla Costituzione, della impostazione "personocentrica" che la caratterizza, costruita su una gerarchia dove la persona è al centro, e l'individuo "è fine e mai mezzo". Ma non ci riferiamo solo a questa distonia, ed a questo evidente "ritardo": ci riferiamo piuttosto a quell'obsolescenza ed a quella incongruenza che si intravede misurando la vicenda concreta che ha dato spunto alla questione con la *materia criminis* che la fattispecie astratta dell'art. 580 c.p. intendeva disciplinare, sanzionando appunto chi prestasse aiuto a realizzare il proposito suicidiario "*a coloro che male sopportano i mali della vita*".

Qui, a nostro avviso, si scorge una più evidente e sostanziale asimmetria, tra il concetto di *suicidio come scelta drammatica e tragica per porre fine alle sofferenze dell'anima*, al tedio interiore, per dar sfogo ai sensi di colpa o alle più diverse pulsioni[9] esitate nell'incapacità di sopportarle o nel folle desiderio di supportarle con un gesto estremo – una scelta che spesso rimanda ad una sindrome psicotica[10] – e il *suicidio medicalmente assistito come scelta*

---

[6] Al riguardo, v. ora A. Nappi, *Principio personalistico*, cit., 17 ss., 157 ss., 164 ss., rilevando come "[l]'affermazione del principio personalistico concorre a spiegare l'inadeguatezza del codice Rocco che, mediante una disciplina improntata all'utilitarismo, nega ai diritti fondamentali della persona il loro ontologico carattere originario, che li rende preesistenti ad ogni riconoscimento statuale".

[7] Così V. Manzini, *Diritto penale*, vol. VIII, Torino, 1951, p. 96.

[8] Cfr. ancora V. Manzini, *Diritto penale*, cit., p. 97: "Si è già accennato che non sono suicidi, in senso giuridico, le azioni individuali belliche e simili. Anche quando non sono doverose, ma volontarie, esse sono legittimate dal consenso dello Stato. Così è, ad es., degli "uomini-siluro", e dei piloti che si gettano con l'aeromobile sull'apparecchio o sulla nave del nemico".

[9] Per una tassonomia del suicidio, v. ad es. L. Cornacchia, Placing care. *Spunti in materia di paternalismo penale*, in *Criminalia*, 2011, 239 ss., distinguendo – con acute osservazioni – tra "suicidio liberatorio (ad es. per debiti), espiatorio (dovuto a sensi di colpa), per motivi religiosi (secondo le prescrizioni di una setta, di un guru, in linea con una interpretazione di testo sacro), ideologico (per protesta contro una certa situazione politica), umanitario (per spirito di immolazione, es. sperimentazione del medico su se stesso), sentimentale (per creare sensi di colpa alla persona amata che non ricambia), ludico (per imitazione di personaggi famosi, o per gioco estetizzante), per mero capriccio".

[10] E che rimanda a ragioni o pulsioni che persino gli analisti faticano ad indagare: cfr. J. Hilmann, *Il suicidio e l'anima*, Milano, 2010, 33 ss.

tragica e terminativa per porre fine alle sofferenze del corpo, di un corpo che è diventato prigione dell'anima[11].

Sia chiaro: noi non intendiamo certo rivolgerci né rispondere ad una delle domande che la filosofia annovera tra i quesiti fondamentali, quella che aspira a stabilire se la vita valga o non valga la pena di essere vissuta, e se abbia senso e quando porvi fine[12]: intendiamo solo interrogarci sul "se" il concetto di suicidio a cui si riferisce il codice penale, nell'art. 580 c.p., sia tale da ricomprendere casi come quello di cui ci si è occupata la Corte costituzionale. Muoviamo da un dato, che permette di evidenziare questa dissimmetria: nel suicidio la *pulsione di morte* ha il sopravvento sulla *pulsione di vita*, mentre nei casi come quello *de quo* non siamo in presenza di una devastante pulsione di morte, ma di una incontenibile voglia di vivere che Fabiano Antoniani tenta di esercitare in ogni modo, ma che purtroppo si scontra con l'irreversibilità di uno *status* che, alla fine, ad egli pare insostenibile per le condizioni in cui versa la sua vita resa possibile, in sostanza, solo dalle macchine che sostengono il suo organismo, ed al prezzo di sofferenze insopportabili[13]. Se è così, dobbiamo insomma domandarci: è ancora suicidio il congedo dalla vita scelto, dolorosamente, drammaticamente, da chi vive una situazione in cui il corpo si è ormai congedato dalla persona?

È ancora suicidio la richiesta di aiuto nelle modalità del proprio trapasso di chi versa in una condizione in cui lo spirito si trova rinchiuso, prigioniero, in una mera oggettività organica inerte, che non risponde se non alle sollecitazioni di qualche macchina?

È ancora suicidio l'atto di chi chiede di essere aiutato a spirare perché fronteggia non una *malattia della psiche* (come la follia che può condurre, e spesso conduce, a gesti inconsulti, per ragioni insondabili come lo sono solo i paesaggi dell'anima), e neppure una più o meno grave *malattia fisica* (magari terminale, come può essere un tumore particolarmente aggressivo ed invincibile), ma una autentica dissociazione dal corpo capace di trasformarsi in una *malattia dello spirito*, che porta alla disperazione delle Ecclesiaste, al sentimento di vuoto e dell'assurdo?

È ancora classificabile nella categoria del suicidio la scelta di un individuo che non è più tale, perché l'individuo – l'*in-dividum* – ha perso la sua indivisibilità poiché è ormai scisso separato, fratto, e non aderisce più a quei

---

[11] Ci richiamiamo ad una riflessione di S. Canestrari, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 marzo 2019, nonché in F.S. Marini-C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato: riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019.

[12] Un interrogativo le cui pieghe sono ben descritte da A. Camus, *Il mito di Sisifo. Saggio sull'assurdo*, Parigi, 1942.

[13] Cfr., al riguardo, U. Galimberti, *Il segreto della domanda. Intorno alle cose umane e divine*, Milano, 2008, 71 ss.

volumi di senso in cui il nostro corpo si esprime?

Se la vita è, essenzialmente, biografia costante di un progetto, che si rinnova quotidianamente e quotidianamente si rigenera nel domani che si fa oggi; se la vita è reperimento e continua costruzione di un senso, spazio ed esercizio di libertà e decisione, è ancora suicidio la ricerca del trapasso e della quiete operata da un individuo che "nelle residue possibilità biologiche del suo corpo non riconosce più alcuna immagine di sé", e si limita a porre fine a una progettualità a cui il destino ha già precluso ogni strada?

Dove l'uomo, ormai ridotto a un "rivo strozzato che gorgoglia", o a una "foglia incartocciata e riarsa", si sente trascinato e spinto non all'*essere*, ma al *non-essere*, all'anti-natura, all'anti-senso, all'anti-uomo, incatenato ad un corpo cui solo lo strapotere della tecnica assicura qualche frammento di vitalità?

Dove l'uomo fatica persino a recitare il verso di Terenzio, il verso più semplice e disarmato, ma al contempo più forte e profondo che un uomo possa pronunciare: "*homo sum*, *et nihil umani a me alienum puto*"? Perché ormai reputa aliena a sé ogni esperienza di ciò che è umano, ed è prostrato da una condizione nella quale si è smarrito persino quel clima di attesa che è la vita, perché il tempo lineare dell'attesa è diventato un tempo circolare e afinalistico, il tempo piatto di "quella notte buia determinata dall'irreversibilità della propria condizione che non attende più nessuna alba[14]"? Siamo sicuri, insomma, di fronte a questo iato tra anima e corpo, che la situazione di fatto di chi – in condizioni analoghe a quelle in cui versava Fabo – può legittimamente rinunciare a terapie di sostegno o a terapie *quoad vitam* (ivi comprese nutrizione e idratazione artificiali: art. 1, comma 5, l. n. 219 del 2017[15]), e purtuttavia non può provvedere da solo alla sua dipartita, coincida ancora con il concetto di suicidio a cui si riferiva l'art. 580 c.p., dove il soggetto a cui era prestato aiuto era anzitutto una persona vulnerabile e debole, dall'animo ammalato ed annoiato della vita, o persino "una vittima – con le parole di Vincenzo Manzini – della malvagità del colpevole"? E siamo sicuri che chi si presta a raccogliere la richiesta di aiuto a morire, chi si dispone ad un atto di solidarietà umana, debba essere considerato un "agevolatore del suicidio", ai sensi dell'art. 580 c.p., e meriti di essere sanzionato con la pena draconiana della reclusione da cinque a dodici anni?

Le asimmetrie giuridiche possono essere misurate anche da diversa prospettiva: se il soggetto avrebbe potuto legittimamente rifiutare le cure (art. 1, comma 1, l. n. 219 del 2017) – in forza di un "diritto all'autodetermina-

---

[14] U. Galimberti, *Il segreto della domanda*, cit., 72.

[15] Alimentazione e idratazione artificiale, ai sensi dell'art. 1, comma 5, l. n. 219 del 2017, non sono più considerati meri "presidi di cura", o "sostentamenti ordinari di base", bensì "trattamenti sanitari", con la conseguenza che il paziente può, legittimamente, rinunciare ad esse (in questi termini, v. ad es. A. Nappi, *Principio personalistico*, cit., 197 ss.).

zione" già in precedenza acquisito[16] al quale voci autorevoli riconoscono la consistenza del "diritto all'intangibilità della propria sfera corporea"[17] –, e ora rifiutare *ex lege* persino l'alimentazione o l'idratazione artificiali (art. 1, comma 5, l. cit.); se il soggetto, dunque, ha diritto di rifiutare ogni sostegno terapeutico e vitale, per poi affrontare lo stillicidio di una morte lenta ed atroce, chiedendo un protocollo di sedazione profonda[18], siamo sicuri che esista davvero, ancora, una differenza etica tra il comportamento del medico che, richiesto, doverosamente interrompe le tecniche strumentali di sostegno delle funzioni vitali in un soggetto affetto da una gravissima ed irreversibile patologia come quella di Dj Fabo, accompagnata da intollerabili sofferenze, disponendo la terapia del dolore, e chi, sotto controllo medico, predispone i mezzi per un trapasso meno dilaniante, o persino di limita ad accompagnarlo presso la clinica dove questo accadrà, e – soprattutto – che questa differenza debba essere misurata al metro di una asprissima sanzione penale? Di fronte a questa diastasi tra concetto e contenuto, tra fattispecie e *species facti* che alla stessa si riconducono, tra una *materia criminis* indiscriminatamente abbracciata dalla disposizione incriminatrice ed un referente fattuale (e criminologico) così eterogeneo, si scorge forse l'aspetto di maggior obsolescenza e si percepisce la evidente sovra estensione del tipo legale (*overbreadth*), la sua irragionevole "eccedenza punitiva", che giunge a colpire – annichilendole o "congelandole" – delle aspettative legittime soggettive, che nell'attuale assetto sono inevitabilmente soffocate da una assoluta prevalenza riconosciuta al "bene-vita".

---

[16] Non solo alla luce dell'art. 32/2 Cost.: per tutti, A. Vallini, *Introduzione al focus (I). Menomazioni gravi della salute: "diritto di vivere" o "diritto di morire"? Questioni aperte circa le dichiarazioni di rifiuto delle terapie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 495 ss.

[17] Un diritto che implica quello di "vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà" (S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 84).

[18] Sempre che alla stessa sia dato accesso (nei termini di cui all'art. 2, comma secondo, l. n. 219 del 2017): su presupposti e limiti della sedazione profonda, e sul rapporto tra la sua attivazione e la sospensione delle cure che costituiscono la continuità terapeutica propria dell'assistenza al malato terminale, garantita attraverso la continuità delle funzioni vitali sostenute artificialmente (es. ossigenoterapia, idratazione, alimentazione artificiali, etc.), aperta ad una valutazione "caso per caso", v. il documento del *Comitato nazionale di bioetica* su "*Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*", 29 gennaio 2016, in ptc. 7 ss., ispirato ad una posizione di cautela, sintetizzata nel rilievo per cui "[…] un paziente che è ancora in grado di alimentarsi e idratarsi o per il quale è indicato e riceve un supporto nutrizionale e/o idratazione non è di norma trattabile con una sedazione profonda e continua in quanto verosimilmente la morte non è attesa in breve tempo", e tuttavia concludendo – nella *Raccomandazione* n. 2 – che "anche il paziente, che si inserisce in un processo di fine vita a seguito del rifiuto o rinuncia di uno o più trattamenti o all'uso di tecniche strumentali di sostegno delle funzioni vitali *ha diritto di beneficiare della terapia del dolore e, in caso di sofferenze refrattarie, della sedazione profonda e continua*" (corsivi nostri).

Aspettative soggettive che meritano considerazione secondo un diverso bilanciamento che non sacrifichi irragionevolmente l'autodeterminazione individuale, in taluni peculiari casi, garantendogli uno spazio di tutela che appare legittimo, e doveroso, perché la "dignità del morire" non è meno importante della "dignità di vivere".

E aspettative che – proprio in casi come quello di Dj Fabo – meritano di essere quanto meno liberate dal peso opprimente della sanzione penale, anche a prescindere dal fatto che ad esse sia da riconoscere la consistenza di un "diritto fondamentale" (come sembrerebbe potersi desumere – secondo diverse voci – dal percorso evolutivo della giurisprudenza della Corte EDU, che ha riconosciuto come proiezione del diritto al rispetto della vita privata "*il diritto di un individuo di decidere con quali mezzi ed a che punto la propria vita finirà*"[19]).

Certo viene naturale chiedersi di quale diritto stiamo parlando: a questo riguardo, un passo di Hans Jonas sembrerebbe già sgretolare alcuni convincimenti eccessivamente semplificanti: "*Il diritto di morire non ha a che fare con il suicidio. L'essere in presenza di una malattia incurabile come causa di morte ci consente di distinguere tra il non contrastare la morte e il suicidarsi, tra il lasciarsi morire e il provocare la morte*"[20].

Tuttavia, non si è chiesto alla Corte costituzionale di riconoscere un lugubre "diritto di morire", né di affidare la vita alla completa autodeterminazione dell'individuo; perché al più viene in rilievo e merita di essere discusso un "*diritto ad un aiuto nel morire*"[21], anzi, più precisamente, un diritto ad essere "aiutati a morire di mano propria", proprio come accaduto nel caso di Fabiano Antoniani: un diritto, in particolare, ad essere aiutati nel compiere ed eseguire la scelta di fine vita, per chi, come Fabo, era lucido e consapevole, ma impossibilitato a provvedere perché rinchiuso nella "prigionia di un corpo" ridotto a mero sostrato organico, che non risponde più se non per trasmettere assurde sofferenze.

Qui, come è chiaro, la libertà di autodeterminazione non viene in rilievo "in quanto tale", in chiave generalizzata ed illimitata, ma si colora in termini diversi alla luce della istanza di solidarietà che la accompagna e del principio di eguaglianza.

E tuttavia, come si è accennato, qui non si discute solo o tanto del rango/valore/*status* da attribuire ad un tale "diritto" o all'autodeterminazione individuale, ma si discute in realtà solo dell'opportunità di garantire uno "spazio

---

[19] Corte EDU, 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, ma soprattutto Corte EDU, 14 maggio 2013, *Gross c. Svizzera.*

[20] H. Jonas, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità,* Torino, 1997.

[21] Su questo profilo molto ha insistito M. Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 marzo 2017, in ptc. § 6.

libero dal diritto penale", di liberare cioè questa pretesa di dignità dal giogo della sanzione penale, alla luce di una doverosa revisione teleologica della disposizione incriminatrice, ed una rilettura in punto di offensività che tenga conto quantomeno della situazione in cui l'aiuto al suicidio è prestato a chi potrebbe legittimamente rifiutare le cure necessarie *quoad vitam*, o, comunque, legittimamente chiedere la sospensione di alimentazione e idratazione artificiali[22]. Se non fosse riconosciuto questo "spazio libero da diritto penale", il risultato sarebbe che chi versa in quella drammatica situazione dovrebbe fronteggiare – non solo una scelta personale tragica, ma addirittura una "scelta crudele" (una "*cruel choice*", per riprendere l'espressione della Corte suprema canadese, richiamando le parole di Ms. Taylor, nella sentenza *Carter c. Canada*, 2015, § 13[23]), ossia una scelta declinata in una triplice, assurda possibilità:

a) accettare la prigionia materiale e spirituale a cui un destino avverso lo ha consegnato, in presenza di condizioni che rendono la vita insopportabile, sacrificando il diritto di autodeterminarsi liberamente, ed al contempo subendo una evidente ed irragionevole disparità di trattamento rispetto a chi può provvedere da solo a por fine alla propria vita non più dignitosa;

b) in alternativa, optare necessariamente e forzosamente per un percorso di fine vita mediante sospensione dei sostegni vitali, se del caso accompagnato da sedazione profonda, ossia optare per una scelta che lo esporrebbe ad una agonia del corpo difficile da accettare persino da chi a quel corpo è stato costretto per sorte a rinunciare, ma soprattutto difficilissima da sopportare per i parenti o gli affetti che devono assistervi, ed accompagnarla nel suo travagliatissimo ed interminabile decorso, visto che – insegnano i filosofi – "si vive con gli altri, ma si muore agli altri";

c) ovvero, ancora, optare per la scelta di inoltrare una richiesta di solidarietà – come appunto ha fatto Fabiano – consapevole però che, come conseguenza inevitabile, ciò esporrebbe chi accoglie quella richiesta di aiuto, per passione civile o per compassione umana, ad una gravissima censura, ad una

---

[22] "Nei casi in cui sarebbe doverosa (per il medico) l'interruzione del trattamento rifiutato, ancorché necessario *quoad vitam*, l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non risponde ad una reale funzione di tutela della vita. In questo specifico caso ha senso parlare di non offensività dell'aiuto al suicidio, rispetto alla vita di chi lo abbia richiesto invece di chiedere (come pure avrebbe potuto) l'interruzione del cure che lo tengono in vita": così D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 71; in senso analogo, R. Bartoli, *Ragionevolezza e offensività*, cit., 98 ss.

[23] Cfr. *Supreme Court of Canada*, 6 febbraio 2015, *Carter c. Canada*, § 13, che rievoca appunto le parole di Ms. Taylor, espressamente contrapponendo la "*ugly death*" al diritto "*to die peacefully*", e sottolineando come la stessa, al cospetto dell'incriminazione di assistenza al suicidio prevista nel *Criminal Code* – e poi dichiarata incostituzionale –, così come della mancanza di risorse economiche per recarsi in Svizzera, si sentisse posta di fronte alla "scelta crudele" "*between killing herself while she was fisically capable of doing so, or giving up the ability to exercise any control over the manner and timing of her death*".

pena draconiana, come risposta cieca e ferma, di un paternalismo esasperato, intransigente ed indiscriminato.

È proprio di fronte alla assurdità di questa triplice scelta, tanto tragica quanto crudele, che si scorge l'irragionevole eccedenza nel *divieto* ancor prima che l'irragionevolezza della *pena* (e della parificazione sanzionatoria tra condotte dal disvalore evidentemente non assimilabile[24]) della fattispecie che è stata vagliata, e dichiarata, dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 242/2019.

In vicende come questa, del resto, è persino difficile scorgere l'obiettivo di tutela: quale sarebbe, infatti, il "bene giuridico" che in questi casi la legge penale vuole tutelare?

Ebbene, non la vita come valore, primordiale e inviolabile, né la vita come *diritto*; ma la vita come "diritto obbligato", come "diritto per forza", ovvero – più sinceramente – la vita come *dovere*; insomma il dovere di vivere il proprio dramma esistenziale *coûte que coûte* (un dovere che però si scontra con l'emersione legislativa del diritto al rifiuto di trattamenti terapeutici anche quando il trattamento consiste in sostegni vitali); o, persino il dovere di morire secondo un certo *iter*, secondo un certo protocollo (quello offerto dalla rinuncia ai trattamenti salvavita o di sostegno in un contesto, al più, di sedazione profonda palliativa).

Con il risultato di imporre al soggetto la violazione della sua più intima garanzia, quella dell'intangibilità della propria sfera corporea, l'*habeas corpus*[25]: costringendolo – se vuole davvero il proprio trapasso per porre fine alla condizione insopportabile a cui la sorte lo ha destinato – ad accettare una coartazione fisica, anzi una profonda violenza, forse non solo fisica.

Da questa prospettiva, sembra difficile negare che in gioco vi sia – ancora e sempre – la libertà personale, che appunto verrebbe negata se si imponesse la prigionia del corpo, in certe condizioni, e quindi la sopportazione *perinde ac cadaver* come gesto doveroso; una libertà negata che, nondimeno, può essere riacquistata solo al prezzo del sacrificio di un'altra libertà, quello di accettare *ob torto collo* la violenza lenta e oscura di una morte che

---

[24] A più riprese segnalata dalla dottrina più attenta: tra gli altri, A. Manna, *Artt. 579-580. Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in *Reati contro la persona*, a cura di Id., Torino, 2007, 47 ss.; L. Risicato, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 79 ss.; M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 9; ma anche, più in generale, S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., 97 ss., rilevando come "[l]'assenza nell'ordinamento italiano di una disciplina specifica dell'eutanasia, e la conseguente applicazione delle figure generali dei delitti contro la vita, danno luogo a esiti sanzionatori di rigore così intenso da apparire assolutamente censurabili sotto il profilo della ragionevolezza-proporzione".

[25] Su tale principio, come fondamento del diritto di rifiutare le cure e i sostegni vitali, v. in particolare le già citate riflessioni di S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., 80 ss.

si trascina nel travaglio senza coscienza di sé della sedazione profonda[26] costringendo l'individuo a privarsi persino della possibilità di "conservare un contatto con il mondo che lo circonda o vivere fino in fondo anche il momento della morte".

In entrambi i casi, un frammento significativo di libertà personale – l'unico che residua in chi è ormai prigioniero del corpo – sarebbe negato sull'altare del dovere di vivere, imposto mediante minaccia di pena, anche al costo di generare profonde diseguaglianze, tra chi per sorte è in grado di provvedere da sé, sino alla morte, e chi, più debole e sfortunato, è impossibilitato ad agire da sé, e chiede solidarietà; anche al costo di avallare, insomma, un "diritto penale diseguale", che manifesta tutta la sua perentorietà proprio nei casi più drammatici, dimostrandosi "debole con i forti" e "forte con i deboli" (e così, peraltro, rischiando di sollecitare pratiche di clandestinità, e di spingere i cittadini ad una disobbedienza tanto sommersa quanto, pare, diffusa).

Anche alla luce di queste considerazioni, come si sa, una nota pronuncia della Corte suprema canadese è giunta ad affermare l'illegittimità di una fattispecie analoga, nella citata sentenza *Carter vs Canada*, la quale ha ribaltato l'orientamento tradizionalmente dichiarando l'illegittimità del reato di aiuto al suicidio [art. 241 (b), *Criminal Code*, ai sensi del quale si puniva chi "*aids a person to die by suicide*"[27]]. Il confronto con questa pronuncia permette di dar persino maggior corpo ai diversi profili di irragionevolezza del *precetto/divieto* prima ancora che della *pena* insiti nell'art. 580 c.p.: l'intervento che si chiedeva alla Corte costituzionale italiana, invece, era solo quello di limitare questa eccedenza punitiva, restringendo il campo operativo di questo irragionevole divieto penale:

a) con una sentenza di accoglimento (una "interpretativa di accoglimento"), che ospitasse un intervento manipolativo tale da introdurre una norma

---

[26] Che peraltro, secondo la letteratura medica, non abbrevia la vita, giacché i pazienti sedati non hanno – a quanto consta – una sopravvivenza minore rispetto ai pazienti non sedati: cfr. ancora il documento del Comitato nazionale di bioetica su "Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte", 29 gennaio 2016, cit., p. 9.

[27] Nella decisione del 6 febbraio 2015, *Carter v. Canada*, la Corte inquadra il problema della contrarietà dell'art. 241 (b) rispetto alla *Section* 7 e 1 della Carta dei diritti fondamentali, e questa volta decide all'unanimità ritenendo il reato di aiuto al suicidio incostituzionale perché viola il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza individuale; si evidenzia che il diritto alla vita rappresenta valore sociale fondamentale ma la tutela della dignità e integrità della persona deve persistere pure "nel passaggio verso la morte" (successivamente, la pratica del suicidio assistito è stata resa lecita dal *Medical Assistence in Dying Act*, in vigore dal 17 giugno 2016). Peraltro, il precedente rovesciato, *Rodriguez v. British Columbia*, conteneva una *dissenting opinion* di estremo interesse per il caso italiano, che poi sarà presagio – come spesso capita – del futuro *overruling*: nella opinione dissenziente si riteneva infatti integrare la violazione del fondamentale diritto di eguaglianza impedire ai disabili di compiere un gesto che le persone fisicamente abili possono invece compiere (anche a fronte della non punibilità del tentativo di suicidio).

specifica con effetti *erga omnes* (la soluzione più consona se si accreditasse la tesi che la sentenza della Cassazione sia "diritto vivente"; procedendo, dunque, allo scrutinio di legittimità costituzionale della norma censurata, per come interpretata dal "diritto vivente");

b) con una sentenza interpretativa di rigetto, che avrebbe avuto comunque una notevole funzione orientativa per l'autorevolezza dell'interprete[28], pronuncia che non sembrava certo preclusa da un "diritto vivente" che appare, nel nostro caso, davvero molto fragile, ben lontano dal costituire un "*acquis interprétatif*", perché quella "norma" – frutto di una pronuncia di vent'anni fa, ed "in splendido isolamento"[29] – non sembrava effettivamente "vivere" nell'applicazione giudiziale (soluzione che poi la Corte ha escluso – sin dall'ordinanza n. 207 del 2018 – in ragione del ravvisato limite imposto da un rigoroso rispetto della *littera legis*).

4. Dunque, in conclusione, ciò che davvero è stato chiesto alla Corte è stato, anzitutto, di non "abbassare gli occhi", e trincerarsi dietro all'indifferenza di qualche freddo ostacolo processuale, senza accogliere un liberalismo sfrenato, dove tutto è (rimesso al) consenso (*volenti non fit iniuria*) e tutto è consentito[30] né di eliminare una fattispecie che – agganciata ai referenti criminologici originari, ed in casi "ordinari" – era plausibile ritenere che conservasse tutta la sua funzione, se e dove andava a colpire comportamenti effettivamente meritevoli e bisognosi di tutela penale, rappresentando ancora, per molti aspetti, un doveroso freno general-preventivo, anche contro "derive di rottamazione consensuale di soggetti deboli"[31].

Nulla di tutto questo: piuttosto, ciò che è stato chiesto alla Corte era di rinunciare ad un paternalismo irragionevole e cieco, come quello che ispirava un codice che non sapeva (più) distinguere tra situazioni che possono essere concretamente molto diverse tra loro, e che non possono essere omologate indistintamente sotto un'unica, obsoleta fattispecie, assegnando un generico

---

[28] Come è stato puntualmente rilevato, l'utilità, in specie, di una sentenza interpretativa di rigetto discende dal fatto che, da un lato, ne deriverebbe un vincolo negativo in capo al giudice rimettente, a cui sarebbe precluso applicare a Marco Cappato l'art. 580 c.p. nella lettura datane dalla Corte di Cassazione penale e sottoposta a giudizio di costituzionalità; e, dall'altro, che tale pronuncia avrebbe comunque indubbi effetti *erga alios*, visto che l'interpretazione esclusa dalla Corte potrebbe trovare un seguito nella giurisprudenza successiva, e se non rispettata condurre all'incostituzionalità, secondo il meccanismo della c.d. doppia pronuncia (v. A. Pugiotto, Variazioni processuali sul "caso Cappato", 40 ss.).

[29] Così A. Pugiotto, Variazioni processuali sul "caso Cappato", cit., 43.

[30] Sull'approccio liberista, à la Feinberg, v. ancora, D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 61 ss.

[31] Riprendiamo l'espressione di L. Eusebi, *Introduzione al focus (I). Menomazioni gravi della salute: "diritto di vivere" o "diritto di morire"? Questioni aperte circa le dichiarazioni di rifiuto delle terapie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 483 ss., 487.

ed indistinto disvalore a comportamenti non assimilabili. Ciò che si è chiesto alla Corte, in definitiva, era di accogliere un "*diritto penale del rispetto*", equidistante dalle ideologie e dai convincimenti etici soggettivi, intimi, personali: del rispetto per chi abbia deciso "per la vita ad ogni costo", sopportando con coraggio e abnegazione, o magari anche solo per rassegnazione, la prigionia del corpo ridotto a puro sostrato organico, assieme a condizioni fisiche e patologiche gravosissime; ma anche del rispetto per chi autonomamente e consapevolmente decide per la dignità di vivere, o per la dignità del morire, ed aspira al proprio trapasso – con le parole di Fabo – come "liberazione" dalle catene di un corpo ormai inerte, afinalistico, capace solo di trasmettere dolore ed angoscia[32]; e del rispetto, dunque, per chi in queste drammatiche condizioni si limita ad invocare una alternativa pietosa, un "aiuto nel morire", ed una solidarietà che l'ordinamento giuridico non può censurare con la scure della sanzione penale.

5. La risposta della Corte, anticipata dall'ordinanza n. 207 del 2018 e poi confermata nella sentenza n. 242 del 2019, è stata – per innovatività della tecnica decisoria "intermedia" e coraggio delle scelte affermate – capace di ergersi al livello della complessità, vertiginosa, che il caso prospettava: una decisione "alta", a nostro sommesso avviso, che pur non è andata esente da letture semplificanti, o persino da reazioni – come spesso capita di fronte a questioni "ad altissima sensibilità etico-sociale" – banalizzate a colpi di slogan.

È bene quindi evidenziare con nettezza che la Corte non ha riconosciuto alcuna indiscriminata libertà di suicidio, né alcun lugubre diritto – illimitato ed arbitrario – di morire, e neppure un generico diritto "di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto nel morire"[33].

Come si è visto, si fronteggiava, in effetti, un tema distinto e distante: la possibilità da parte del malato di chiedere un "aiuto nel morire di mano propria", in situazioni del tutto peculiari di malattia irreversibile accompagnata da gravi sofferenze, dove l'esistenza è protratta grazie a sostegni vitali, situazioni contrassegnate e – verrebbe da dire – "inchiodate" agli ulteriori contrassegni di specificità espressamente indicati nella sentenza n. 242 del 2019 (e già anticipati nell'ordinanza n. 207 del 2018).

---

[32] Sulla doverosa tutela della "posizione legittima" di coloro "che non accettano più di proseguire nei tormenti, e dunque il diritto fondamentale dei (medesimi) malati che non intendono (più) limitarsi ad allontanare, limitare o preparare la prospettiva della morte, ma chiedono di morire come liberazione dal male", v. ancora M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 2 ss.

[33] Con riguardo al rischio che la decisione della Corte costituisca un «indebita fuga in avanti», si rinvia alle riflessioni di M. Romano, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *Sistema penale*, 8 gennaio 2020, p. 10.

5.1. Peraltro, la questione di costituzionalità prospettata – lo si è succintamente evidenziato – riguardava un aspetto ancora diverso e più circoscritto, che in parte è rimasto sullo sfondo, ma che in realtà è il vero *punctum crucis*, specie nella prospettiva cara a chi ha a cuore un modello di diritto penale liberale: se sia legittimo sottoporre a pena il comportamento di chi accoglie questa richiesta di aiuto, per passione civile o per compassione umana, e se sia legittimo sottoporre tale condotta ad una pena draconiana – la reclusione da cinque a dodici anni, ossia la stessa pena prevista per chi istiga altri al suicidio – nel quadro di una incriminazione, l'art. 580 c.p., che peraltro la stessa Corte ha pienamente confermato nella sua legittimità per tutti i casi "ordinari" e diversi dalle peculiari ipotesi simili a quella di Fabiano Antoniani, ritenendolo in generale – e nei casi ordinari, appunto – un importante presidio a tutela dei soggetti deboli e/o vulnerabili[34]; e ravvisando dunque (solo) "una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa, corrispondente segnatamente ai casi in cui l'aspirante suicida si identifichi – come nella vicenda del giudizio a quo – in una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostengo vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli[35]»".

5.2. In ogni caso, il fulcro della *ratio decidendi* di questa importante decisione sembra muovere dall'esigenza di rispondere all'interrogativo – e al difetto di ragionevolezza – più evidente e graffiante, prima evidenziato: se è vero che l'ordinamento giuridico consente già – nelle ipotesi contrassegnate dalla "tetralogia" di criteri indicati dalla Corte – di rinunciare alle terapie di sostegno vitale, nelle quali vanno ricomprese anche – per espressa previsione già della l. n. 219 del 2017 – idratazione e alimentazione artificiale, consentendo altresì di aderire ad un protocollo di sedazione palliativa profonda, perché costringere un individuo a morire secondo un certo *iter*, obbligato ed

---

[34] Sia nell'ordinanza n. 207 del 2018, sia nella sentenza n. 242 del 2019, infatti, la Corte "ha escluso che […] l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, ancorché non rafforzativo del proposito della vittima, possa ritenersi di per sé in contrasto con la Costituzione", confermando che la *ratio* dell'art. 580 c.p. "può essere agevolmente scorta, alla luce del vigente quadro costituzionale, nella «tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere» (ordinanza n. 207 del 2018)" (sentenza n. 242 del 2019).

[35] Così, sulla traccia dell'ordinanza n. 207 del 2018, la sentenza n. 242 del 2019, § 2.3 del Considerato in diritto.

imposto dalla legge come unica strada per congedarsi da una vita che non ritiene più compatibile con il proprio concetto di dignità? Perché imporre a chi vive il dramma di una malattia e di una sofferenza dolorosissima un itinerario di morte coatto, con un ricatto che mette a repentaglio – persino – l'intangibilità della propria sfera fisica, costringendolo ad accettare una modalità di congedo dalla vita che spesso il malato rifiuta radicalmente?

In non pochi casi – come si è accennato – il malato terminale considera l'agonia della morte per interruzione dei sostegni vitali e l'eclissi di coscienza della sedazione palliativa profonda incompatibili con il proprio concetto di dignità, e non accetta – soprattutto – l'idea che a questa straziante agonia debbano assistere parenti e affetti.

E così era, nel caso di specie, per Fabiano Antoniani, che aveva espressamente considerato e perentoriamente rifiutato questa ipotesi[36].

Ed allora: è giusto privare il malato di questa ultima, drammatica scelta, in un momento in cui resta davvero poco da scegliere, e negargli anche questo estremo, intimo frammento di libertà?

Di fronte a questi interrogativi la Corte, già nell'ordinanza n. 207 del 2018 aveva dato alcune risposte, ribadite nella recente decisione: bisogna riconoscere al malato la libertà di poter scegliere una "alternativa reputata maggiormente dignitosa", perché in questi casi la sua aspirazione a congedarsi dalla vita non ha nulla a che vedere con una folle pulsione di morte, né con un assurda volontà di autoannientamento, ma è semplice pretesa di rispetto della dignità del morire, che non è meno importante della dignità di vivere.

Analoga la chiosa della sentenza n. 242 del 2019 (§ 2.3): "La conclusione è dunque che entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli un'unica modalità per congedarsi dalla vita".

---

[36] Come rimarca già l'ordinanza n. 207 del 2018: "[s]secondo quanto ampiamente dedotto dalla parte costituita, […] l'interessato richiese l'assistenza al suicidio, scartando la soluzione dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale con contestuale sottoposizione a sedazione profonda (soluzione che pure gli era stata prospettata), proprio perché quest'ultima non gli avrebbe assicurato una morte rapida. Non essendo egli, infatti, totalmente dipendente dal respiratore artificiale, la morte sarebbe sopravvenuta solo dopo un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni: modalità di porre fine alla propria esistenza che egli reputava non dignitosa e che i propri cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo". Al riguardo – aggiunge la sentenza n. 242 del 2019 – "occorre in effetti considerare che la sedazione profonda continua, connessa all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale – sedazione che rientra nel *genus* dei trattamenti sanitari – ha come effetto l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso. Si comprende, pertanto, come la sedazione terminale possa essere vissuta da taluni come una soluzione non accettabile".

5.3. L'esito di questo itinerario argomentativo, dunque, è che in tali situazioni – ed alle condizioni fissate dalla disciplina "di risulta" richiamata come specifico "punto di riferimento", ossia gli artt. 1 e 2 della l. n. 219 del 2017 – l'ordinamento giuridico deve fare un passo indietro: ed anche il diritto penale deve rinunciare a minacciare una sanzione che rischierebbe solo di isolare il dramma individuale nella prigionia di una ulteriore, assurda solitudine sociale.

Questa ritrazione dell'intervento punitivo risponde – del resto – al ruolo che dovrebbe avere un diritto penale laico e secolarizzato, che appunto – in linea con la lezione di Beccaria e dell'illuminismo giuridico – non vuole farsi "braccio secolare" di un determinato convincimento etico o religioso, e rifugge forme di paternalismo esasperato, pur senza dover abbracciare modelli di smodato liberalismo giuridico.

E si tratta, senza dubbio, di una ritrazione dell'intervento punitivo da salutare con favore – se non con positivo stupore, specie nella temperie attuale del "populismo penale": perché ha il coraggio di riaffermare i limiti di utilizzo di uno strumento ormai considerato irrinunciabile misura rimediale per ogni problema sociale, surrogato necessario di politiche pubbliche inconsistenti o inefficienti, persino metro e sostitutivo dell'etica pubblica.

Da questa angolatura, peraltro, "spazio libero dal diritto penale" non significa certo "spazio libero dal diritto *tout court*": anzi, nel varco aperto dalla sentenza della Corte, e "nelle more" colmato dalle evocate disposizioni della l. n. 219 del 2017[37], che si presta a dare risposta (solo) "a buona parte delle esigenze di disciplina poste in evidenza nell'ordinanza n. 207 del 2018" è urgente che intervenga – come la stessa Corte sottolinea spazio libero dal diritto *tout court* il legislatore[38], per dirimere con la legge i delicati bilanciamenti che si pongono, e il conflitto tra i valori supremi della vita e della dignità umana[39].

Solo tre considerazioni, a questo riguardo.

---

[37] Con riguardo alla individuazione della l. 219 del 2017 quale referente normativo già presente nel sistema, si veda C. Cupelli, *Il parlamento decide di non decidere e la corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sistema penale*, 12, 2019, p. 42; C. Tripodina, *La "circoscritta area" di non punibilità di aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2019, p. 12 ss.

[38] Quanto alla opportunità che fosse in primis il legislatore a intervenire, si rinvia alle riflessioni di A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, 27 novembre 2019.

[39] Mette in luce le torsioni tra la nuova normativa e il canone di determinatezza che sovraintende alla materia penale, M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019*), in *AIC, Osservatorio costituzionale*, 1, 2020, p. 296.

La prima, più generale, è che nello Stato costituzionale di diritto non sono le libertà personali, ma le rispettive limitazioni a dover essere giustificate. Il principio di fondo dovrebbe essere costituito dal rispetto della libera scelta della persona, principio a cui lo Stato può derogare per tutelare interessi di pari rango o anche per tutelare la stessa persona qualora la stessa versi in condizioni di vulnerabilità che impediscano la formazione di una volontà davvero libera e consapevole.

La seconda – più immediatamente riferibile alla "scelta tragica" tra i valori in gioco – è che la indiscutibile primazia del valore della vita, quando si inquadra in un contesto di malattia, sofferenza e dolore, si misura con una condizione nella quale la scelta di morire non è manifestazione di una truculenta volontà di autoannientamento come espressione cieca di massima libertà, ma richiama in campo, piuttosto, un valore altrettanto primigenio e fondativo della stessa persona quale, appunto, la dignità del malato, secondo un concetto che ha basi oggettive ma che è inevitabilmente aperto a valutazioni soggettive di chi è protagonista di una esperienza di dolore eccezionalmente drammatica, aggrappato ad una esistenza sorretta da presidi tecnologici che non considera più dignitosa.

La terza è che una tecnologia senza umanità e senza *pietas* diventa tecnocrazia, dove la stessa vita umana è funzione dello strapotere tecnico, e non più il contrario: un mondo in cui – ha ragione Paul Ricoeur – all'ipertrofia dei mezzi corrisponde spesso l'atrofia dei fini.

5.4. Non pare, peraltro, cogliere nel segno chi voglia intravedere esiti edonistici o materialistici come ineluttabile deriva rispetto a questa decisione, se si rispettano le specifiche condizioni che la Corte ha chiarito nella sua "tetralogia" (malattia irreversibile, protratta grazie a sostegni vitali, accompagnata da sofferenze fisiche o psicologiche, in soggetto lucido e consapevole): non è certo una valutazione puramente soggettiva, rimessa all'arbitrio, all'edonismo o al nichilismo del singolo, ma è ancorata – e verrebbe da dire, "inchiodata" – a criteri oggettivi che fondano, e limitano, lo spazio di questa possibilità di scelta drammatica[40].

Possibilità di scelta che non evoca certo – lo si ribadisce ancora – un "dovere di morire" e neppure, forse, un "diritto di prestazione", ma una libertà di chiedere un aiuto nel congedarsi da un vita non più dignitosa, a cui corrisponde – alle condizioni oggettive e soggettive precisate – la liceità della scelta di chi accoglie la richiesta, dunque una libertà parallela in chi presta assistenza, pur dovendosi riconoscere una pari libertà di rifiutare l'aiuto al suicidio da parte del medico che eventualmente – per convinzioni personali,

---

[40] Osserva come la Corte costituzionale abbia evitato di riconoscere la «prevalenza dell'autodeterminazione sulla vita» R. Bartoli, *Brevi riflessioni sul fine vita a partire dai concetti di uomo, individuo e persona*, in *Criminalia*, 2018, p. 184.

etiche o religiose – non condivide quella scelta[41].

L'"indispensabile intervento del legislatore" – come ha evidenziato ancora la Corte – dovrà disciplinare molti di questi aspetti, precisando anche opportunamente – magari – i criteri anticipati dai giudici, ed operando appunto un delicato ma doveroso bilanciamento, attento alla specificità dei singoli casi, tra tutti i diritti fondamentali coinvolti, la nostra unica *religio civilis*.

[41] Con particolare riguardo alla «contrapposizione basilare e irriducibile» che si annida entro la nozione di "vulnerabilità", si veda A. Vallini, *Il "discorso" giuridico in tema di "persona": abbozzo di un lessico*, in *Criminalia*, 2018, p. 227 s.

CORTI COSTITUZIONALI (O SUPREME) E "DISOBBEDIENZA FUNZIONALE"
CRITICA, DIALOGO E CONFLITTI NEL RAPPORTO FRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO DELLE CONVENZIONI (CEDU E CONVENZIONE AMERICANA SUI DIRITTI UMANI)

di Giuseppe Martinico

Sommario: Introduzione. – 1. Oltre la 49/2915: uno sguardo al diritto comparato. – 2. La disobbedienza funzionale dei giudici nazionali: definizione, esempi e "tecniche". – 3. L'America latina. – 4. Conclusioni (aperte).

Introduzione

Per questa bellissima iniziativa coordinata dall'amico Davide Galliani, ho scelto un saggio pubblicato su *Diritto penale contemporaneo* nel (lontano) 2015. Ci sono due ragioni che spiegano questa scelta. La prima è l'importante opinione in parte concorrente e in parte dissenziente del giudice Paulo Pinto de Albuquerque nel caso Varvara, che ha rappresentato un fondamentale momento critico, a mio parere, all'interno della Corte europea dei diritti dell'uomo. Penso che quell'opinione ben rappresenti la complessità e la ricchezza del pensiero di Paulo Pinto de Albuquerque, una personalità che, come ricordava Davide Galliani, "si è battuto (e si batte) per una Europa Umana".

In secondo luogo perché, al di là dei parziali chiarimenti occorsi dopo la sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia della Grande Camera del 28 giugno 2018, la questione della disobbedienza funzionale, come ho cercato di chiamarla nel saggio riproposto, come veicolo di pluralismo permane.

1. Oltre la 49/2915: uno sguardo al diritto comparato

La sentenza 49/2015 della Corte costituzionale ha riaperto il dibattito sul rapporto fra giudici nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo. Particolare attenzione ha suscitato il passaggio in cui la Consulta distingueva fra giurisprudenza consolidata e non della Corte EDU, sostenendo che "sarebbe errato, e persino in contrasto con queste premesse, ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato"[1].

---

[1] Corte costituzionale, sentenza n. 49/2015.

Il presente contributo non vuole offrire un'analisi della già autorevolmente commentata[2] decisione della Corte costituzionale italiana; si cercherà, piuttosto, di contestualizzare questa decisione in un quadro più ampio. Facendolo, come spesso accade grazie al dato comparato, si relativizzerà l'impatto di questa pronuncia.

Nel presente scritto si cercherà di: 1) presentare la sentenza n. 49/2015 come un esempio di disobbedienza "funzionale" (o disobbedienza "buona"); 2) compararla a recenti decisioni di altre Corti costituzionali o supreme (europee e non).

Per realizzare questo duplice obiettivo l'articolo sarà strutturato in tre parti: nella prima si ricostruirà il concetto di disobbedienza funzionale (concetto solo parzialmente legato a quello ben più nobile e studiato di disobbedienza civile[3]); nella seconda parte dell'elaborato si cercherà di sottolineare come i conflitti creati dalla disobbedienza funzionale delle Corti non siano dovuti ad una improvvisa – e contraddittoria – *chiusura* delle corti statali ma, anzi, siano conflitti dovuti all' *apertura* al diritto della Convenzione. Come tali questi conflitti sono suscettibili di avere un impatto sistemico (integrato) positivo, fungendo da incentivo a vere e proprie dinamiche dialogiche.

Nell'ultima parte dello scritto si cercherà di andare oltre il contesto europeo, per dimostrare come conflitti di questo tipo siano presenti anche in ambito latino-americano.

Le conclusioni ci permetteranno di rivedere la teorica contrapposizione fra conflitti e dialogo e di riabilitare la funzione "critica" dei giudici nazionali in un sistema come quello della Convenzione che ha di recente prodotto interessanti innovazioni in questo senso (ci si riferisce, ovviamente, ai noti Protocolli 15 e 16[4]) che tendono a valorizzare l'idea secondo cui i giudici

---

[2] Si vedano: Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *questa Rivista*, 2 aprile 2015; Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *questa Rivista*, 30 marzo 2015; Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *questa Rivista*, 30 marzo 2015; Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, *in questa Rivista*, 13 aprile 2015; Conti, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *Consulta OnLine*, 2015; Russo, *La "confisca in assenza di condanna" tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti*, in *Osservatorio sulle fonti,* Mori, *Il "predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della 'normalizzazione' dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in *SIDIBlog*, 2015.

[3] Su cui, ovviamente, si veda: Thoreau, *Disobbedienza civile*, De Donato, Bari, 1968; Arendt, *Crises of the Republic: Lying in Politics, Civil Disobedience, On Violence, Thoughts on Politics and Revolution*, 1972, Harcourt, New York, 201 s.; Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1971, 333 s.

[4] Gragl, *(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure*

nazionali e la Corte EDU hanno una "shared judicial responsibility" nell'applicazione della Convenzione[5].

Prima di procedere oltre si ritiene necessario prendere posizione sulla natura dell'obbligo di interpretazione conforme[6]: come il diritto comparato dimostra l'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno alla luce della CEDU – e della giurisprudenza della Corte EDU – è di natura procedurale[7] o, detto in altre parole, non si tratta di un obbligo di risultato ma di mezzo[8].

Affermare il contrario avrebbe come risultato (paradossale) quello di ammettere che il giudice nazionale sia obbligato a "trovare" un'interpretazione conforme anche a costo di andare contro la lettera della disposizione nazionale (o contro la giurisprudenza consolidata dell'interprete supremo della Convenzione). Del resto i diversi sistemi nazionali *aprendosi* al diritto della CEDU hanno anche ideato la sanzione all'eventuale impossibilità di concludere per una lettura armonica fra testo nazionale e disposizione convenzionale, vuoi riconoscendo l'opzione della disapplicazione "diffusa" (Olanda *ex* art. 94 della *Grondwet*[9], Francia *ex* art. 55 della Costituzione[10]), vuoi attraverso il coinvolgimento della Corte costituzionale, come nel disegno delle sentenze gemelle del 2007[11].

---

as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16, in *European Law Review*, 2013, 229 s.; Pollicino, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014; Fabbrini, *The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity: A Comparison*, in *iCourts Working Paper Series* No. 15, 2015.

5 Corte EDU, *Dialogue between judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2014 Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?*, 2014.

6 Per due diverse visioni dell'interpretazione conforme (con riferimento al diritto europeo) si vedano: Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, l'interpretazione 'conforme a'*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 2007; Ruggeri, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, 2010. Per una visione d'insieme: Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione,* Giuffrè, Milano 2006 e Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Aracne, Roma, 2011.

7 Espressamente si veda: E. Lamarque, *L'interpretazione conforme alla CEDU da parte dei giudici comuni*, 2011.

8 Celotto-Pistorio, *Interpretazione comunitariamente e convenzionalmente conformi*, *Giur.it*, 2010, 1983 s.

9 Art. 94: "Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions"

10 Art. 55: "I trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno, appena pubblicati, un'efficacia superiore a quella delle leggi, con la riserva, per ciascun accordo o trattato, della sua applicazione dall'altra parte contraente".

11 Per una rassegna comparata: Martinico-Pollicino, *The Interaction between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham-Nor-

Si tratta di un elemento che mi pare chiarissimo fin dalle sentenze gemelle del 2007: come si ricordava in un'interessante relazione dell'ex Presidente Gallo (datata 2012)[12], il giudice nazionale deve interpretare la normativa interna in modo conforme alla CEDU "a pena di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, qualora detto tentativo non sia reso impossibile dal vincolo testuale dalla *littera legis* e non si sia formato un diritto vivente di segno contrario all'interpretazione che si conforma alla CEDU"[13].

Conferme della natura procedurale dell'obbligo di interpretazione conforme si ritrovano, come anticipato, nel diritto comparato: ad esempio in una famosa ordinanza del 2004 della Corte costituzionale tedesca[14], all'indomani della pronuncia *Görgülü c. Germania*, n. 74969/01 della Corte EDU[15] e, soprattutto, nella sezione 3 dello *Human Rights Act* del 1998, secondo cui l'obbligo di interpretazione conforme avviene "so far as it is possible to do so".

2. La disobbedienza funzionale dei giudici nazionali: definizione, esempi e "tecniche"

Il concetto di disobbedienza funzionale è stato sviluppato soprattutto dagli studiosi interessati alla teoria dell'organizzazione o agli studi manageriali. Volendo partire da una definizione, si potrebbe dire che la disobbedienza funzionale "is a response to explicit or implicit instructions from above that are interpreted as requiring one to engage in some unsavory practice"[16].

---

thampton, Elgar, 2012; Martinico, *Is The European Convention Going To Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR And EU Law Before National Courts*, in *European Journal of International Law*, 2012, 401 s.

[12] Gallo, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU, Bruxelles*, 24 maggio 2012.

[13] L'ex Presidente Gallo citava le seguenti decisioni a sostegno: 257, 236, 187, 181 e 113del 2011, 93 del 2010, 311 e 239 del 2009, 39 del 2008, 349 e 348 del 2007; ordinanza n. 180 del 2011.

[14] 2 BvR 1481/04. Un cittadino turco, ma residente in Germania, si era visto negare l'affidamento del figlio, nato al di fuori del matrimonio, che era stato dato in adozione dalla madre subito dopo la nascita. Il padre presentava senza successo un ricorso diretto al Tribunale costituzionale tedesco, quindi provava la strada del ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che riteneva che le decisioni dei giudici tedeschi (che avevano negato l'affidamento, anche temporaneo, del figlio, e la possibilità di vederlo) si fondassero su una violazione del diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU). Sulla base di quanto deciso dalla Corte EDU, il giudice di prima istanza riconosceva in via provvisoria l'affidamento al ricorrente, ma la Corte d'Appello lo sospendeva sostenendo di non essere vincolata dalla pronuncia della Corte di Strasburgo. In seguito a tale decisione della Corte d'Appello, il ricorrente presentava un nuovo ricorso al Tribunale costituzionale tedesco. Su questa decisione si veda: Palermo*, Il Tribunale costituzionale federale e la teoria «selettiva» dei controlimiti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2004.

[15] Corte EDU, Görgülü c. Germania, del 26 febbraio 2004.

[16] Brief- Buttram-Dukerich, *Collective Corruption in the Corporate World: Towards a Process Model*, in Turner (ed), *Groups at Work: Theory and Research, Lawrence Erlbaum Associa-*

Come si può notare si tratta di un tipo di disobbedienza "qualificata", ovvero dovuta a ragioni particolari e non, quindi, fine a sé stessa.

Applicandola al nostro contesto si potrebbe dire che un giudice nazionale si rende protagonista di un atto di disobbedienza funzionale quando decide di non seguire ("declines to follow") la soluzione derivata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, disobbedendo, appunto, sulla base di una serie di argomenti volti a indurre la Corte EDU ad una interpretazione diversa da quella precedentemente fornita (perché poco rispettosa del margine di apprezzamento[17] o perché fondata su una erronea ricostruzione del "consenso"[18]). Atti di disobbedienza funzionale danno origine a disaccordi interpretativi (conflitti) e si caratterizzano per i seguenti elementi: apertura, distinzione fra interpretazione e argomentazione, funzionalità e dialogo.

a) *Apertura*. Nella decisione del giudice disobbediente l'interpretazione del dato normativo interno non avviene solo alla luce del testo costituzionale nazionale ma facendo espresso riferimento agli strumenti di diritto internazionale (nello specifico, nei casi analizzati in questa sede, alla luce della CEDU o della *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Si tratta di una "mossa" spiegabile alla luce di diversi fattori. A volte il giudice nazionale trova la fonte dell'obbligo di interpretazione conforme in disposizioni costituzionali (art. 16 della Costituzione portoghese[19], art. 10.2 della Costituzione

tes, Mahwah, NJ, 2001, 471 s., 492.

[17] Sul margine di apprezzamento si veda: Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp-Cambridge, 2002; Shany, *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, in *European Journal of International Law*, 2006, 907 s.; Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in *New York University Journal of International Law and Politics* 1998/1999, 843 s.; Hutchinson, *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International Comparative Law Quarterly*, 1999, 638 s.; de la Rasilla del Moral, *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*, in *German Law Journal*, 2006, 611 s.; Letzas, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, 705 s.

[18] Dzehtsiarou, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, 1730 s.

[19] Art. 16: "1. The fundamental rights enshrined in this Constitution shall not exclude such other rights as may be laid down by law and in the applicable rules of international law. 2. The provisions of this Constitution and of laws concerning fundamental rights shall be interpreted and construed in accordance with the Universal Declaration of Human Rights".

spagnola[20], art. 20 della Costituzione rumena[21], art. 5 della Costituzione bulgara[22]. In America latina è il caso dell'art. 75 p. 22 della Costituzione argentina[23], dell'art. 93 della Costituzione colombiana[24], dell'art. 7 della Costituzione

---

[20] Art. 10: (2) The norms relative to basic rights and liberties which are recognized by the Constitution shall be interpreted in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and the international treaties and agreements on those matters ratified by Spain". Su questa previsione costituzionale si veda: A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*. A. Saiz Arnaiz, *El articulo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999).

[21] Art. 20: "Constitutional provisions concerning the citizens' rights and liberties shall be interpreted and enforced in conformity with the Universal Declaration of Human Rights, with the covenants and other treaties Romania is a party to.
Where any inconsistencies exist between the covenants and treaties on the fundamental human rights Romania is a party to, and the national laws, the international regulations shall take precedence, unless the Constitution or national laws comprise more favourable provisions".

[22] Art. 5: "4. Any international instruments which have been ratified by the constitutionally established procedure, promulgated, and come into force with respect to the Republic of Bulgaria, shall be considered part of the domestic legislation of the country. They shall supersede any domestic legislation stipulating otherwise".

[23] Art. 77 "22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.
La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.
Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

[24] Art. 93: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohiben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales

del Costarica[25], formalmente anche l'art. 23 della Costituzione venezuelana[26]). A volte l'obbligo di interpretazione conforme è frutto di acquisizioni giurisprudenziali, specie in contesti caratterizzati da disposizioni costituzionali più "neutre" verso gli accordi internazionali in materia di diritti umani (l'Italia è un buon caso, anche dopo la riforma che ha portato al nuovo art. 117 della Costituzione, non avendo nel nostro testo costituzionale, come noto, una disposizione analoga a quella dell'art. 10.2 spagnolo, per esempio). Da ultimo, tale apertura al possibile valore aggiunto – in sede interpretativa – offerto dal dato esterno può essere offerta da disposizioni di rango formalmente primario[27], come nel caso della sezione 3 dello *Human Rights Act*[28].

b) Distinzione fra interpretazione e argomentazione. Il fatto che il giudice nazionale prenda le mosse dalla lettura integrata del dato interno alla luce di quello esterno non lo obbliga, proprio per la natura "procedurale" dell'interpretazione conforme, a concludere come la Corte di Strasburgo ha fatto nel caso richiamato. Il giudice, dopo aver letto il dato normativo interno alla luce della CEDU (o dei *Convention Rights* nel caso del Regno Uniti) può discostarsi dalla giurisprudenza di Strasburgo, motivando il proprio dissenso, dando quindi argomenti[29] per una diversa lettura del dato convenzionale alla luce, per esempio, delle particolarità del contesto nazionale.

---

por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él".

[25] Art. 7: "Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.
Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán de la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto".

[26] Art. 23: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

[27] Formalmente perché è nota la giurisprudenza che qualifica come di rango "costituzionale" lo *Human Rights Act*, per esempio: *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] 1 CMLR 50.

[28] Sect. 3 (Interpretation of legislation): "(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.
(2) This section (a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted; (b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility".

[29] Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

c) Funzionalità. Come anticipato, questi atti di disobbedienza non devono essere visti come ritorno al passato, come nostalgiche torsioni verso la sovranità che fu ma sono, appunto, comportamenti tendenti ad un obiettivo concreto: indurre un ripensamento giurisprudenziale. Tali atti sono, infatti, funzionali alla *miglior interpretazione possibile* del testo delle Convenzioni (quella più aderente ad una lettura "pluralista" e non "egemonica"[30]).

d) Dialogo. Questi atti di disobbedienza innescano fenomeni di *dialogo*. Qui si potrebbe aprire un vero e proprio "vaso di Pandora", tanto è contestata la validità scientifica di tale concetto. Per evitare di riaprire discussioni meramente teoriche, basti in questa sede ricordare che esiste dottrina che ha seriamente definito cosa intendere per dialogo[31]. Rinviando a questa scrupolosa letteratura – e condividendo, allo stesso tempo, lo scetticismo di Maestri del diritto che hanno giustamente espresso dubbi con riferimento all'abuso del concetto[32] – si definisce dialogo proprio questo scambio di argomenti fra soggetti dotati di pari dignità ed accettati dai rispettivi interlocutori[33]).

Dopo avere sommariamente definito cosa intendere per disobbedienza funzionale, è giunto il momento di guardare ad alcuni casi concreti provenienti dall'esperienza inglese.

Come noto, negli ultimi anni i giudici nazionali del Regno Unito sono stati protagonisti di accesi scambi con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed in questo senso non sembrano essere servite – *a prima vista almeno* – le disposizioni dello *Human Rights Act* del 1998 che dovevano, in teoria, alimentare dinamiche giudiziali di tipo cooperativo. Ci si sta riferendo, ovviamente, alla famosa sezione 2 dello *Human Rights Act* del 1998 che stabilisce quanto segue:

> "A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any—
> (a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights,
> (b) opinion of the Commission given in a report adopted under Article 31 of the Convention,
> (c) decision of the Commission in connection with Article 26 or 27(2) of the Convention, or
> (d) decision of the Committee of Ministers taken under Article 46 of the Convention,

---

[30] Delmas Marty, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit* du Seuil, Parigi, 2006 e Delmas Marty, *Lo spazio giudiziario e giuridico europeo: verso un pluralismo ordinato*, in *Astrid online*, 2004.

[31] Torres Pérez, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 118 s.

[32] De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Il Mulino, Bologna, 2010.

[33] Torres Pérez, *Conflicts of Rights*, cit., p. 118 s.

> whenever made or given, so far as, in the opinion of the court or tribunal, it is relevant to the proceedings in which that question has arisen".

L'ambigua formula "take into account" è stata oggetto di varie interpretazioni, che differiscono per il margine riconosciuto al giudice nazionale di andare oltre ("outpace") o di discostarsi ("depart") da un precedente della Corte europea[34]. Ha contribuito a chiarire il contenuto della sezione 2 la Corte suprema del Regno Unito in due famosi casi decisi fra il 2009 ed il 2010.

La prima decisione a cui si fa riferimento è il famoso caso *Horncastle*[35], in cui la Corte suprema ha chiarito la necessità di distinguere fra il mero obbligo (procedurale) di "take into account" la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e la possibilità, per i giudici nazionali, di discostarsi dalla soluzione avanzata dalla Corte europea, dando argomenti che permettano alla stessa Corte di Strasburgo di riconsiderare la propria decisione:

> "[t]he requirement to 'take into account' the Strasbourg jurisprudence will normally result in this Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court. This is such a case"[36].

Analizzando questo famosissimo passaggio si possono trarre alcune interessanti riflessioni: la Corte suprema inizia il proprio ragionamento adempiendo all'obbligo procedurale previsto dalla sezione 2 dello HRA ma, allo stesso tempo, si premura di distinguere fra interpretazione dei *Convention rights* (che deve, appunto, avvenire alla luce della giurisprudenza di Strasburgo) ed applicazione del principio stabilito dall'interprete della Convenzione al caso concreto. Quando la Corte di Strasburgo avrà dimostrato di non avere sufficientemente apprezzato le peculiarità del contesto interno, la Corte suprema potrà decidere – spiegando le proprie ragioni – di non seguire la soluzione adottata dalla Corte EDU. Si tratta, a ben vedere, di una forma di disobbedienza funzionale ad una miglior interpretazione del dato convenzionale, come si affretta a chiarire la stessa Corte suprema, in quanto volta

---

[34] Sulle possibili letture del concetto di "take into account" si veda: Fenwick, *What's Wrong with s.2 of the Human Rights Act?*, in *UK Const. L. Blog*, 2012.

[35] UK Supreme Court R v Horncastle and Others [2009] UKSC 14.

[36] UK Supreme Court R v Horncastle and Others [2009] UKSC 14.

al raggiungimento di uno scambio di argomenti (la Corte del Regno Unito utilizza espressamente il termine "dialogo"[37]), finalizzato ad una interpretazione più "pluralista", e quindi meno "egemonica", della Convenzione (per recuperare le categorie di Delmas Marty[38]). Si possono quindi identificare due grandi argomenti addotti a sostegno di atti di disobbedienza funzionale: una non corretta lettura del dato interno (che può, a sua volta, sfociare sia nella ricostruzione errata del consenso a livello statale sia nella negazione del margine di apprezzamento) oppure una interpretazione del dato convenzionale che produce risultati irragionevoli una volta "trapiantata" in ambito statale (sull'immagine del "trapianto" si tornerà a breve).

In entrambi i casi si tratta di reazioni volte a suscitare un adeguamento dell'interpretazione della Convenzione, essendo il principio pluralista (su cui si innesta anche la nota dottrina del margine di apprezzamento) un pilastro del sistema della CEDU[39].

Nella seconda decisione cui prima si faceva riferimento la stessa Corte suprema andava oltre, utilizzando alcune espressioni che potrebbero richiamare alla memoria la terminologia utilizzata dalla Corte costituzionale tedesca nella famosa saga *Solange*[40]:

---

[37] Si veda: Murphy, *Human Rights Law and the Perils of Explicit Judicial Dialogue*, in *Jean Monnet Working Paper*, 10/12, 2012; Si veda anche: Bratza, *The relationship between the UK courts and Strasbourg*, in *European Human Rights Law Review*, 2011, p. 505 s.; Lambrecht, *Bringing Rights More Home: Can a Home-grown UK Bill of Rights Lessen the Influence of the European Court of Human Rights?*, in *German Law Journal*, 2014, p. 407 s.

[38] Delmas Marty, *Le pluralisme ordonné*, cit.

[39] Di nuovo il riferimento è a: Delmas Marty, *Le pluralisme ordonné* cit.

[40] Ci si riferisce alla famosa saga iniziata con la nota decisione *Solange I*, in cui il giudice tedesco si dichiarava competente a sorvegliare il processo di integrazione europea "as long as the integration process has not progressed so far that Community law receives a catalogue of fundamental rights decided on by a parliament and of settled validity, which is adequate in comparison with the catalogue of fundamental rights contained in the Basic Law" (BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 *Solange I-Beschluß*). I pilastri su cui si fondava l'assunto della Corte costituzionale tedesca erano l'assenza di un catalogo di diritti e di un parlamento democraticamente eletto, elementi questi riconducibili all'essenza della più famosa definizione di Costituzione (separazione dei poteri e protezione dei diritti) in Europa, quella contenuta nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

Era evidente in quelle parole una presa di posizione circa la superiorità del modello costituzionale statale sul processo integrativo, come le considerazioni fatte dalla Corte tedesca sul deficit democratico sovranazionale dimostrano: "The Community still lacks a democratically legitimated parliament directly elected by general suffrage which possesses legislative powers and to which the Community organs empowered to legislate are fully responsible on a political level". *Solange I* rappresentava, del resto, una reazione a distanza alla pronuncia *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, in *Racc.*, 1970, 1125, in cui la Corte di giustizia non aveva ammesso deroghe (nemmeno dettate dai principi costituzionali nazionali) all'uniforme applicazione del principio del primato: le Corti costituzionali nazionali hanno risposto ponendo il veto dei diritti fondamentali (si pensi

> "This Court is not bound to follow every decision of the [ECtHR]. Not only would it be impractical to do so: it would sometimes be inappropriate, as it would destroy the ability of the Court to engage in the constructive dialogue … which is of value to the development of Convention law. Of course, we should usually follow a clear and constant line of decisions ... But we are not actually bound to do so or (in theory, at least) to follow a decision of the Grand Chamber … Where, however, there is a clear and constant line of decisions whose effect is not inconsistent with some fundamental substantive or procedural aspect of our law, and whose reasoning does not appear to overlook or misunderstand some argument or point of principle, we consider that it would be wrong for this Court not to follow that line." [41]

Al di là delle differenze esistenti fra le due pronunce, rimane il nucleo comune rappresentato dal riferimento esplicito all'idea di dialogo e dalla distinzione fra "interpretazione" ed "argomentazione"[42].

Si tratta di decisioni che si innestano in un contesto articolato, in cui non sono mancate esplicite accuse contro il giudice di Strasburgo, reo di essere andato al di là del proprio mandato; basti qui, ad esempio, ricordare le polemiche seguite alla decisione *Hirst*[43] (che avrebbe messo in discussione la stessa idea di supremazia parlamentare) o richiamare le famose parole di Lord Hoffmann nel corso della *Judicial Studies Board Annual Lecture* del 2009[44].

Come noto, anche alla luce di questi fenomeni, è iniziato un complesso processo di ripensamento della stessa funzione della Corte europea dei diritti dell'uomo e della sua relazione con i giudici nazionali, che ha portato alla stesura del Protocollo n. 15, documento che introduce un esplicito riferimen-

---

anche alla sentenza 183/1973 della Corte costituzionale italiana).

[41] UK Supreme Court, Manchester City Council v Pinnock [2010] UKSC 45.

[42] Su questa distinzione, fra gli altri, si veda: Alexy, *Interpretazione giuridica*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Treccani, Roma, 1996.

[43] Hirst v the United Kingdom (No 2) [2005] ECHR 681.

[44] "The fact that the 10 original Member States of the Council of Europe subscribed to a statement of human rights in the same terms did not mean that they had agreed to uniformity of the application of those abstract rights in each of their countries, still less in the 47 states which now belong. The situation is quite different from that of the European Economic Community, in which the Member States agreed that it was in their economic interest to have uniform laws on particular matters which were specified as being within European competence. On such matters, the European institutions, including the Court of Justice in Luxembourg, were given a mandate to unify the laws of Europe. The Strasbourg court, on the other hand, has no mandate to unify the laws of Europe on the many subjects which may arguably touch upon human rights…The proposition that the Convention is a "living instrument" is the banner under which the Strasbourg court has assumed power to legislate what they consider to be required by 'European public order'", Lord Hoffmann, *Judicial Studies Board Annual Lecture, The Universality of Human Rights*, 2009.

to al concetto di margine di apprezzamento e di sussidiarietà.

Sarebbe un errore pensare che si tratti di fenomeni limitati al contesto inglese: rileggendo con attenzione le parole utilizzate dalla Corte suprema non possono che venire in mente quelle usate anche dalla nostra Corte costituzionale nella decisione 49, specialmente nella parte in cui la Consulta rivendicava il ruolo di interlocutrice per una migliore interpretazione del testo convenzionale, utilizzando la metafora del dialogo[45] (come già aveva fatto la Corte suprema del Regno Unito in *Horncastle*):

> "È perciò la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra. Né tale prospettiva si esaurisce nel rapporto dialettico tra i componenti della Corte di Strasburgo, venendo invece a coinvolgere idealmente tutti i giudici che devono applicare la CEDU, ivi compresa la Corte costituzionale. Si tratta di un approccio che, in prospettiva, potrà divenire ulteriormente fruttuoso alla luce del Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione stessa, ove il parere consultivo che la Corte EDU potrà rilasciare, se richiesta, alle giurisdizioni nazionali superiori è espressamente definito non vincolante (art. 5). Questo tratto conferma un'opzione di favore per l'iniziale confronto fondato sull'argomentare, in un'ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l'imposizione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali"[46].

Del resto, come la dottrina ha più volte sottolineato[47], non è la prima volta che la nostra Corte costituzionale cerca di esercitare una funzione "critica" in senso proprio, tentando di valorizzare il "limite"[48], il confine fra essa e la

---

[45] "È, pertanto, solo un 'diritto consolidato', generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo.
Del resto, tale asserzione non solo si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte EDU sul senso da attribuire ai diritti dell'uomo, ma si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo. Esso infatti si articola per sezioni, ammette l'opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera", Corte costituzionale, sentenza n. 49/2015.

[46] Corte costituzionale, sentenza n. 49/2015

[47] Ruggeri, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale*, 2012.

[48] In qualche modo coerentemente con l'insegnamento kantiano: ci si riferisce alle nozioni di limite (*Grenze)* e di linea di confine (*Grenzlinie*). Su questo si veda: Gentile, *Ai confini della ragione. La nozione di limite nella filosofia trascendentale di Kant*, Studium, Roma 2004.

Corte EDU e rivendicando, allo stesso tempo, un ruolo nel sistema "complesso" del diritto europeo[49].

È molto indicativa, in questo senso, una relazione presentata dall'ex Presidente della Corte costituzionale, Prof. Franco Gallo, a Bruxelles nel 2012[50].

Nel testo presentato, il Prof. Gallo chiariva immediatamente il valore aggiunto (quello che la stessa Corte costituzionale descrive come il "plus di tutela"[51]) offerto dalla CEDU; tuttavia, in apertura di relazione l'ex Presidente Gallo si soffermava anche sulle difficoltà di "judicial transplant" (utilizzava proprio la formula inglese) di alcune delle soluzioni prospettate a Strasburgo e sulle differenze esistenti fra la Corte costituzionale e la Corte EDU.

Tali differenze venivano riassunte in quattro punti: il "differente rilievo del caso"[52], la diversità di "tecniche argomentative e di strategia di legittimazione" (formalismo della Corte costituzionale *versus* approccio "sostanzialista" della Corte EDU), le diversità inerenti alla "esternazione del processo formativo della decisione" (l'assenza/presenza di *dissenting* e *concurring opinion*) e la questione dell'"uso del metodo comparativo" (ancora poco usato dalla nostra Corte[53] – salvo alcune recenti eccezioni[54] – e, invece, molto impiegato dalla Corte di Strasburgo).

Le differenze ricordate dall'ex Presidente Gallo sono utili a tratteggiare una vera e propria lista di tecniche attraverso cui la Corte costituzionale italiana (ma lo stesso vale per altre Corti costituzionali) esprime il proprio dissenso.

Infatti, nella seconda parte della relazione presentata a Bruxelles, veniva-

---

[49] Per ragioni di spazio sia permesso rinviare a: Martinico, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe*, Routledge, Abingdon, 2012.

[50] Gallo, *Rapporti fra Corte costituzionale* cit.

[51] "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 [nazionale] dei diritti fondamentali", Corte costituzionale, sentenza n. 317/2009.

[52] "Il caso esprime, perciò, solo la necessaria concretezza di un giudizio costituzionale, che ha però per oggetto la norma nella sua formulazione generale-astratta e che, pertanto, assume la fattispecie da cui sorge l'incidente di costituzionalità nella sua dimensione idealtipica, universalizzabile. Per la Corte EDU, invece, il caso è l'unica direzione di senso del *dictum*. La decisione, strettamente calibrata sulle vicende della fattispecie concreta, non aspira a definire massime di giudizio indefinitamente valide pro futuro", Gallo, *Rapporti fra Corte costituzionale*, cit. Subito dopo l'ex Presidente Gallo chiariva che questa differenza in parte sfuma nel caso delle sentenze pilota.

[53] Almeno in maniera espressa. Si vedano però i casi richiamati da Pegoraro, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, in *Quaderni Costituzionali*, 1987, 901 s.; Baldassarre, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 983 s.; Ridola, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, 2006.

[54] Per esempio si veda: Corte costituzionale, sentenza n. 10/2015.

no ricordati sia casi di convergenza fra Roma e Strasburgo (il caso *Dorigo*[55], le sentenze gemelle[56]) sia casi di divergenza interpretativa, variamente giustificati, proprio alla luce delle differenze prima richiamate.

Prima di passare all'analisi di queste "tecniche di disobbedienza", vale la pena di chiarire altri due punti: 1) si tratta di dinamiche evincibili dall'analisi di alcune sentenze ma non vi è alcune pretesa di esaustività, potendo le corti dissentire anche in altri modi. 2) Non tutti i casi riportati dall'ex Presidente Gallo sono definibili come disobbedienze funzionali ma vale, comunque, la pena di ricordarli proprio per la neutralità delle tecniche utilizzate: nulla vieta, cioè, che uno stesso modo di procedere possa essere usato anche in (più recenti, ad esempio) decisioni della stessa Corte mosse dall'intento di arricchire (e non semplicemente di contrastare) la giurisprudenza della Corte EDU.

Un primo modo, per esempio, per giustificare l'allontanamento dalla soluzione ad un caso simile già deciso a Strasburgo è quello che fa perno sul diverso modo di ricostruire e operare il bilanciamento. L'esempio che l'ex Presidente Gallo fa è quello relativo alla giurisprudenza sull'insindacabilità delle opinioni dei parlamentari:

> "Questo diverso apprezzamento del nesso funzionale può essere parzialmente spiegato alla luce degli interessi da contemperare nelle diverse sedi di giudizio in cui le due Corti rendono le pronunce sulla insindacabilità delle opinioni del parlamentare: per la Corte costituzionale, la sede è il conflitto di attribuzione fra poteri, in cui è preminente l'interesse oggettivo all'integrità delle attribuzioni costituzionali dei poteri dello Stato in conflitto e non l'interesse della parte privata offesa; per la Corte EDU, la sede è il giudizio specificamente rivolto alla tutela dell'interesse soggettivo di una parte, che lamenta la violazione di un proprio diritto fondamentale"[57].

Si tratta di un discorso fatto proprio anche dalla Corte costituzionale tedesca nella già ricordata ordinanza post-*Görgülü*: come ricordava Palermo, nel suo commento ai par. 57 s. dell'ordinanza, infatti, il diverso modo di costruire e operare il bilanciamento è dovuto innanzitutto alla "struttura del processo davanti alla Corte di Strasburgo, in cui le parti sono diverse e meno numerose rispetto al processo nazionale, non essendo rappresentati tutti i titolari dei diritti oggetto di valutazione bilanciata ma solo (almeno come parti principali) il ricorrente contro lo Stato. Ciò può condurre a un eccesso di semplificazione nel bilanciamento dei diritti davanti alla Corte europea, dovuto alla mancata rappresentanza processuale di tutti gli interessi

---

[55] Corte costituzionale, sentenza n. 113/2011.
[56] Corte costituzionale, sentenze 348 e 349/2007.
[57] Gallo, *Rapporti fra Corte costituzionale*, cit,

in gioco"[58]. Ciò vale soprattutto per una serie di ambiti che, attraverso quella che è stata chiamata una "teoria selettiva dei controlimiti"[59], la Corte costituzionale tedesca richiamava.

Questa ordinanza va letta alla luce della saga *Hannover*[60] e del caso *Axel Springer*[61], in cui giudici tedeschi e Corte di Strasburgo si erano confrontati a distanza, scambiandosi argomenti sul diverso modo di intendere il concetto di "personaggio pubblico" e sul differente modo di bilanciare libertà di stampa e riservatezza[62].

Fra le altre tecniche di disobbedienza possiamo ricordare quella facente perno sulla distinzione fra il quadro fattuale e giuridico della causa pendente dinanzi alla Corte costituzionale e quello che ha dato origine ad una precedente pronuncia della Corte di Strasburgo.

Secondo questo modo di procedere, dopo aver richiamato la pronuncia della Corte EDU (vale anche qui la distinzione fra interpretazione e argomentazione), la Corte costituzionale si affretta a chiarire che, in realtà, la propria giurisprudenza risponde allo spirito di quella di Strasburgo ma che la non esatta corrispondenza del quadro fattuale comporta la necessità di staccarsi parzialmente dalle conclusioni del giudice EDU. Si tratta di un modo di argomentare fondato sul già richiamato "differente rilievo del caso" nei due giudizi; un buon esempio è quello relativo alla questione della estensione del principio di retroattività delle leggi penali: nella 236/2011, infatti, la nostra Corte ha ricordato come la sentenza *Scoppola*[63] "ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio (…) resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata"[64].

Proprio ricordando la 236/11 l'ex Presidente Gallo, sempre nel corso della relazione del 2012, ribadiva la competenza della Corte costituzionale italiana "a trarre dalla puntualità della casistica giurisprudenziale i princìpi

---

[58] Palermo, *Il Tribunale costituzionale federale*, cit.

[59] Palermo, *Il Tribunale costituzionale federale*, cit.

[60] In quell'occasione i due giudici avevano dato interpretazioni profondamente diverse del diritto alla riservatezza e del diritto alla personalità, sconfessandosi a vicenda. Il Tribunale costituzionale tedesco approfittava allora dell'ordinanza qui richiamata per chiarire i rapporti di forza. Per la prima volta (e, non a caso forse, in un terreno lontano dal consueto) il Tribunale tedesco specificava quali fossero gli ambiti *off limits*: il diritto degli stranieri, il diritto di famiglia e il diritto della personalità. Corte EDU, von Hannover v Germany I app. no. 59320/00, decisione del 24 giugno 2004; von Hannover v Germany II app. no. 40660/08 e 60641/08, decisione del 7 febbraio 2012; von Hannover v Germany III app. n. 8772/10, decisione del 19 settembre 2013.

[61] Corte EDU, Axel Springer, app. no. 39954/08, decisione del 7 gennaio 2012.

[62] Sulle interazioni giudiziali (anche dialogiche) fra giudici tedeschi e Corte EDU in questa saga si veda: Centre for Judicial Cooperation, *Judicial Interaction Tecniques.Their Potential and Use in European Fundamental Rights Adjudication*, 2014.

[63] Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, in causa n. 10249/03

[64] Corte costituzionale, sentenza n. 236/2011

atti ad essere trasposti nell'ordinamento giuridico nazionale"[65].

Queste parole ci riportano alla metafora del *judicial transplant*[66]: come è noto, infatti, i contesti giuridici che ricevono un trapianto giuridico non sempre reagiscono nel modo previsto; a volte i trapianti in questione possono produrre "legal irritants"[67]. È compito della Corte costituzionale evitare questo tipo di conseguenze, tenendo conto delle ragioni del "sistema"[68] di ricezione del principio proveniente da Strasburgo.

Un'altra tecnica di disobbedienza usata dalla Corte costituzionale italiana consiste nell'uso di concetti "polisemici": è il caso di nozioni quali "pubblica utilità" o "pubblico interesse", che vengono, non a caso, ricordati dall'ex Presidente Gallo nella sua relazione a proposito delle divergenze relative alle leggi di interpretazione autentica.

Conviene riportare l'intero passaggio e sottolineare il riferimento al dialogo inteso anche come dialettica fra interlocutori che non hanno necessariamente posizioni di partenza (e di arrivo) coincidenti:

> "La perentorietà con cui le ragioni di interesse pubblico che motivano il ricorso all'interpretazione autentica sono state ritenute insussistenti – in aperto contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 311 del 2009 – pone un problema interpretativo circa le nozioni di "pubblica utilità" e "interesse pubblico" assunte dalla Corte EDU e circa le diverse conseguenze che essa fa derivare dalla insussistenza dell'una o dell'altra […]E ciò senza tener conto che almeno per il diritto italiano, anche dal punto di vista lessicale, i termini "utilità" e "interesse" non sono antitetici e sono comunque resi omogenei dal loro carattere 'pubblico', e cioè dalla riferibilità di entrambi a una valutazione eminentemente politica meglio apprezzabile dall'autorità nazionale. È sulla soluzione di questo dubbio interpretativo che in futuro si dipanerà probabilmente il dialogo fra le Corti in tema di retroattività delle leggi e affidamento".[69]

Un'ultima notazione meritano dei casi non richiamati (perché più recenti) nella relazione, in cui la Consulta ha deciso di risolvere la questione alla luce del solo dato costituzionale interno, non utilizzando quindi la CEDU come norma interposta.

---

[65] Gallo, *Rapporti fra Corte costituzionale*, cit.

[66] Sul problema dei trapianti giuridici si vedano Watson, *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, Philadelphia, University of Pennsylvania, 1993; Legrand, *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, 111 s.

[67] Per riprendere l'espressione di Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, in *Modern Law Review*, 1998, 11 s.

[68] Corte costituzionale, sentenza n. 264/12 e sentenza n. 85/13

[69] Gallo, *Rapporti fra Corte costituzionale*, cit.

Si tratta, ad esempio, delle decisioni n. 278/2013[70] e 162/2014[71]. Pur condividendo i dubbi di molti illustri commentatori[72], credo sia necessario sottolineare anche in questa decisione una differenza che la distingue dai casi di *disobbedienza cattiva*: nelle decisioni 278/2013 e 162/2014 la Corte riconosce espressamente nella Corte di Strasburgo un interlocutore, perché cita la sua giurisprudenza (*Godelli*[73] e *S.H. c. Austria*[74]). Secondo lo schema argomentativo seguito dalla Consulta nel momento in cui "è sufficiente" il parametro interno per raggiungere il risultato di espellere una norma dall'ordinamento – nell'ottica di quello che è stato chiamato il "garantismo competitivo"[75] – non vi è bisogno di utilizzare la CEDU per integrare il parametro.

Quest'ultima osservazione ci riporta all'idea presentata in apertura di relazione dall'ex Presidente Gallo che, citando la decisione n. 317/09, scriveva di un "plus di tutela" offerto dalla CEDU, Anche in questi casi, comunque, sarebbe errato parlare di un totale ritorno indietro o di una contraddizione rispetto all'apertura delle sentenze gemelle del 2007.

Il fatto che la Corte costituzionale non sia tornata indietro è dimostrato proprio dall'attenzione alla giurisprudenza della Corte EDU: se la Consulta avesse davvero deciso di contraddirsi non avrebbe nemmeno citato gli argomenti della Corte di Strasburgo, piuttosto avrebbe fatto precedere la scelta di affidarsi al solo parametro nazionale da un *legal reasoning* tutto basato di argomenti di diritto interno. Alcuni casi di questo tipo sono rinvenibili, per esempio, nelle decisioni della Corte suprema russa (almeno stando ad un importante studio del 2004[76] ma lo scenario non sembra essere molto cambiato anche alla luce di lavori più recenti pubblicati nel 2013[77]), in cui i riferimenti

---

70 Corte costituzionale, sentenza n. 278/2013.

71 Corte costituzionale, decisione n. 162/2014.

72 Ruggeri, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al 'dialogo' con la Corte Edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; Ciervo, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, 2014; Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta OnLine* 2014, Frontoni, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, 2013,

73 Corte EDU, Godelli c. Italia del 25 settembre 2012.

74 Corte EDU S.H. e altri c. Austria del 3 novembre 2011.

75 Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo* cit.

76 Burkov, *Implementation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in Russian Courts*, in *Russian Law: Theory and Practice*, 2006, 68 s., 69; Nussberger , *The Reception of the European Convention on Human Rights in Europe*, in Stone Sweet- Keller (eds), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 603 s., 622.

77 Burkov, *How to Improve the Results of a Reluctant Player: The Case of Russia and the European Convention on Human Rights*, in Flogaitis-Zwart-Fraser (eds), *The European*

alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte EDU sono sporadici.

Questo punto è cruciale perché per esempio aiuta a distinguere il caso italiano da veri casi di totale chiusura verso il diritto internazionale dei diritti umani.

Nel prossimo paragrafo si guarderà ad altri casi interessanti offerti dal diritto comparato, anche e soprattutto per analizzare alcuni esempi di disobbedienze *non funzionali*.

3. L'America latina

Casi analoghi a quelli appena ricordati si possono ritrovare nell'altro grande sistema "convenzionale": quello del Patto di San José. È qui necessario un *caveat* di tipo metodologico. È noto che i sistemi interamericano ed europeo dei diritti dell'uomo presentino differenze, fra queste ne ricordiamo solo due eclatanti: l'assenza di un ricorso diretto nel meccanismo della Convenzione americana e la mancanza – secondo molti – di una vera e propria dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte interamericana[78].

Tuttavia, sono molte anche le analogie e numerosi gli studi che hanno iniziato – da anni ormai – a comparare i due sistemi[79]. Anche la Commissione di Venezia ha recentemente pubblicato uno studio in cui i due sistemi vengono messi espressamente e confronto[80]. Chiarito questo, si possono ritrovare degli interessanti esempi di disobbedienza funzionale anche nel sistema interamericano.

È il caso di una sentenza del 2013 in tema di restrizione di diritti politici[81], in cui la Corte colombiana: 1) prendeva le mosse dall'apertura dell'ordinamento colombiano ai trattati internazionali in materia di diritti umani

---

Court Of Human Rights And Its Discontents Turning Criticism into Strength, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2013, 147 s., 150-151.

78 "La Corte di Strasburgo, ad esempio, ha potuto fare affidamento, sin dall'epoca della sua introduzione, sullo standard di tutela offerto dagli ordinamenti nazionali. La differenza si manifesta, solo per fare un esempio, nel ruolo svolto dal margine di apprezzamento nella giurisprudenza di Strasburgo, margine che, come vedremo, è quasi assente nella giurisprudenza di San José", Su queste differenze si veda nello specifico il capitolo di Cappuccio, *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali: una bussola per gli Stati*, in Cappuccio-Lollini-Tanzarella, *Le Corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 123 s., 142.

79 Per esempio il bel libro di Ubeda de Torres, *Democracia y Derechos Humanos En Europa y En América: Estudio Comparado de Los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de Los Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

80 CDL-AD(2014)036-Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts, adopted by the Venice Commission at its 100th plenary session, 2014.

81 Corte costituzionale colombiana Sentencia SU712/13.

per ricordare l'importanza che la Convenzione ha nella giurisprudenza costituzionale; 2) citava espressamente una precedente decisione della Corte interamericana (*López Mendoza c. Venezuela*[82]; 3) sottolineava le differenze "giuridiche e fattuali" caratterizzanti il caso pendente dinanzi a sé; 4) suggeriva una lettura alternativa dell'art. 23 della Convenzione americana, motivando la decisione di non seguire in tutto e per tutto la soluzione offerta dalla giurisprudenza della Corte[83]:

> "Teniendo en cuenta que la Convención hace parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo previsto en el artículo 93-2 de la Constitución, según el cual, los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", es preciso examinar el alcance de su artículo 23 […] Sin embargo, de dicha disposición no se infiere una prohibición a los Estados para que en sus ordenamientos internos consagren otro tipo de restricciones a los derechos políticos, menos aun cuando emanan directamente de sus propias constituciones. En otras palabras, lo que hace el artículo 23 de la Convención es fijar una serie de pautas bajo las cuales el Legislador puede regular los derechos allí señalados, pero no establece una relación cerrada (numerus clausus) en cuanto a las eventuales restricciones que constitucionalmente pueden ser impuestas a su ejercicio […]En este apartado también es necesario hacer referencia expresa a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Mendoza contra Venezuela, aun cuando, como se explica a continuación, ello ocurrió en un contexto fáctico y jurídico diferente"[84].

L'America latina ci offre, però, anche interessanti spunti di disobbedienza non funzionale. Si distingue in questo, senza dubbio, la Corte suprema brasiliana; basti pensare ad alcuni casi relativi al tema delle leggi di amni-

---

[82] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Mendoza vs. Venezuela, sentenza de 1 settembre 2011

[83] Meno pacifica è la lettura di un recente caso della Corte suprema di Uruguay, relativa al tema delle leggi di amnistia, oggetto di accordi politici fra esponenti dei vecchi e dei nuovi regimi, e frequente bersaglio della giurisprudenza della Corte interamericana (nella misura in cui, ad esempio, queste leggi ostacolino le indagini necessarie al raggiungimento della verità). Suprema Corte de Justicia del Uruguay, sentenza n. 20 del 22 febbraio 2013. Si tratta di un *follow up* al noto caso *Gelman c. Uruguay*. Si veda la risposta della Corte interamericana nella resolución relativa alla "Supervision de complimiento de sentencia" in cui si riconosce la parziale bontà degli argomenti sollevati dalla Corte suprema di Uruguay: "57. En este sentido, si bien en la decisión de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte se realizan una serie de reflexiones dirigidas a cumplir la Sentencia dictada en este caso por la Corte Interamericana, dada la manera en que están expuestas, en particular sobre una interpretación de la obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, esas consideraciones podrían tener el efecto de obstaculizar o hacer ilusorio el cumplimiento de la misma".

[84] Corte costituzionale colombiana Sentencia SU712/13.

stia[85], in cui la Corte non faceva quasi riferimento alla copiosa giurisprudenza della Corte interamericana e si rifiutava di entrare nel merito della questione, proprio perché tali leggi erano state oggetto di accordi politici fra gli attori della transizione.

Proprio l'esclusiva rilevanza prestata al dato normativo e politico interno e l'aver deliberatamente ignorato la rilevante giurisprudenza della Corte interamericana rendono il caso brasiliano un esempio perfetto di *disobbedienza cattiva*. Per altro, come notato da Daly[86], la Corte suprema brasiliana non è nuova a questo tipo di comportamento: se, da un lato, essa si distingue per i generosi richiami alle Corti costituzionali o supreme straniere (Corte suprema statunitense, Corte costituzionale tedesca[87]) o alla Corte EDU, dall'altro lato, sembra molto restia a citare giurisprudenza della Corte interamericana (forse proprio perché percepisce in quest'ultima un attore "scomodo").

Questo atteggiamento ondivago è stato descritto da Daly con la formula "differential openness to external jurisprudence"[88]. Proprio una delle decisioni relative alle leggi di amnistia[89] rappresenta, per Daly, un perfetto esempio di "chiusura":

> "For present purposes, the decision was striking for two reasons. First, despite the Inter-American Court's significant jurisprudence on amnesty laws, and its clear relevance in the case, only one judge (Justice Lewandowski) cited the relevant case law, leading him to vote against the continuing validity of the amnesty law. The majority of the Court, as Marcello Torelly has noted, cast the case as entirely a domestic matter, to be decided within the parameters of domestic constitutional law. Second, though some emphasis was placed on the case-law of other South American courts, such

---

[85] Ad esempio: Supremo Tribunal Federal, ADPF 153/ DF-Distrito Federal, decisione del 29 aprile 2010.

[86] Daly, *The Differential Openness of Brazil's Supreme Federal Court to External Jurisprudence*, 2014.

[87] "In a 2003 decision (HC 82424/RS-Rio Grande do Sul, Plenary Judgment, 17 September 2003) concerning the prosecution of author Siegfried Ellwanger for publishing and selling anti-Semitic material, including A Jewish or German Holocaust? The Creators of the Lie of the Century, the Court grappled with the meaning of 'racism' in legal-constitutional terms, and its relationship with the right to freedom of expression, enshrined in Article 5.IV of the Constitution. In the course of their public discussion and voting in the case, running to 500 pages of text, the judges drew variously on case-law of the US Supreme Court, the House of Lords, the Constitutional Court of Germany, the Constitutional Tribunal of Spain and, notably, the European Court of Human Rights (Justice Gilmar Mendes citing the Court's well-known decision in Jersild v. Denmark). Though citing US case-law most extensively, in their votes the justices appeared to side more clearly with the 'European' camp, recognising that free speech is not absolute, and that publishing books with discriminatory ideologies constitutes racism which lies beyond the scope of the right to freedom of expression", Daly, *The Differential Openness* cit.

[88] Daly, *The Differential Openness*, cit.

[89] Supremo Tribunal Federal, ADPF 153/ DF-Distrito Federal, decisione del 29 aprile 2010

> as the supreme courts of Argentina, Chile and Uruguay, in finding support for the position that the amnesty law was valid and should not be struck down as unconstitutional, the Brazilian decision in fact runs counter to the regional trend: in most neighbouring states the supreme and constitutional courts have, based on the Inter-American Court's jurisprudence, invalidated national amnesty laws or divested them of legal application"[90].

Un altro esempio di disobbedienza cattiva (disobbedienza *non funzionale*) è quello relativo ad una decisione della Corte suprema di Venezuela, in cui i giudici venezuelani sostenevano che: "la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana […] afectaría principios y valores esenciales del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela y pudiera conllevar a un caos institucional en el marco del sistema de justicia […]" e in cui, sempre la Corte suprema venezuelana, scriveva di "evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana […] con el fallo objeto de la presente decisión"[91].

Il caso venezuelano risulta interessante anche per un'altra ragione: come abbiamo visto in precedenza, il Venezuela è caratterizzato da una disposizione costituzionale di grande apertura, l'art. 23 della Costituzione. A dispetto della lettera di quest'articolo, che conferisce "jerarquía constitucional" agli accordi in materia di diritti umani conclusi dal Venezuela, la Corte suprema venezuelana è stata autrice di una decisione davvero ostile verso le ragioni della Convenzione. Da un punto di vista metodologico questo conferma la necessità di andare oltre quanto disposto dalla lettera delle previsioni costituzionali e di coniugare ad una lettura del testo formale (approccio statico) l'attenzione alla *law in action* (approccio dinamico)[92].

4. Conclusioni (aperte)

Come si è cercato di dimostrare la decisione n. 49/15 può essere letta alla luce di un quadro ampio, in cui vari giudici nazionali (non solo in Europa) interagiscono su base regolare con carte e corti formalmente appartenenti ad ordinamenti esterni ma, in realtà, parte del complesso normativo che sono tenuti a prendere in considerazione (*take into account*) e, nei limiti del possibile, ad applicare.

Con questo primo studio sulla disobbedienza funzionale si è cercato di valorizzare il ruolo che i giudici nazionali svolgono in quanto "primi frui-

---

[90] Daly, *The Differential Openness*, cit.

[91] Tribunal Constitucional de República Dominicana, TC/0256/14.

[92] Per un approccio simile si vedano: Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Giappichelli, Torino, 2002 e Pollicino, *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee*, Giuffrè, Milano, 2010.

tori" della Convenzione, come ricordato del resto anche dal Protocollo 15, secondo cui gli Stati "in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto".

È inevitabile, allora, che all'assunzione di questa responsabilità corrisponda, per i giudici nazionali, anche la possibilità di svolgere una funzione "critica", inducendo la Corte di Strasburgo a ripensare decisioni che vengono percepite come non basate su adeguate ricostruzioni o non fondate su un esatto apprezzamento del dato interno. In questo caso il conflitto interpretativo può agire come motore per l'evoluzione del sistema integrato piuttosto che come causa di rottura della continuità inter-ordinamentale. Non si tratta di esaltare i conflitti ma solo di riconoscere ad alcuni di essi una funzione sistemica, coerentemente con quelle letture che scorgono nei conflitti elementi talvolta positivi[93].

Queste riflessioni ci riportano agli studi sull'organizzazione ricordati in apertura e all'importanza che la dialettica fra ordine e disordine ha con riferimento a ciò: "Organization without disorder leads to a sterile, homogenous system where no change and innovation is possible. Complete disorder without order precludes organization"[94].

Si tratta quindi di responsabilizzare a pieno il ruolo dei giudici nazionali, specie delle Corti supreme e costituzionali senza garantire loro, però, la possibilità di celare posizioni retrograde e sovraniste dietro il pretesto di una dialettica di facciata.

Si tratta, al contrario, di disaccordi interpretativi che a volte effettivamente riescono ad indurre un ripensamento nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: basti comparare le già citate *Hannover I* e *Hannover II*[95], oppure ricordare il recente caso *Hutchinson*[96] in materia di ergastolo.

---

[93] Knight, *Institutions and social conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992; Si pensi alla nozione di "pluralismo agonistico": Mouffe, *The Return of the Political*, Verso, Londra, 1993; Mouffe, *The Democratic Paradox*, Verso, Londra, 2000; Mouffe, *On the Political*, Routledge, Abingdon, 2005. In italiano si veda la traduzione *Sul politico. Democrazia e rappresentazione dei conflitti*, Mondadori, Milano, 2007. Si veda, ovviamente, anche: Dahrendorf, *Toward a Theory of Social Conflict*, in *the Journal of Conflict Resolution*, 1958, 170 s.

[94] Montuori, *Foreword: Edgar Morin's path of complexity*, I-XLIV, XXXIV, 2008.

[95] Come notato anche da Peters, *The Rule of Law Effects of Dialogues between National Courts and Strasbourg: An Outline*, 2014: "In the follow up case von Hannover No. 2, the ECtHR conceded to some of these arguments. First, it pointed out that national courts enjoyed a margin of appreciation on balancing the particular rights involved in the case. Second, the Court established that it could reconsider this balancing only in cases where the balancing that had resulted was artificial and arbitrary".

[96] Corte EDU, Hutchinson v. the UK (Application no. 57592/08) del 3 febbraio 2015. Il passaggio è il seguente: "In the circumstances of this case where, following the Grand Chamber's judgment in which it expressed doubts about the clarity of domestic law, the national court

Per distinguere fra casi di disobbedienza "funzionale" e "non", sarà necessario allora prestare attenzione al *legal reasoning* delle corti nazionali e questo mi riconduce al punto relativo alla natura procedurale dell'obbligo di interpretazione conforme. Anche qui il diritto comparato ci offre soluzioni: nella più volte richiamata ordinanza post-*Görgülü* il Tribunale costituzionale tedesco ricordava come la *Legge fondamentale* (art. 23 e 24), riconoscendo un *favor* alle disposizioni internazionali e sovranazionali, sia un testo "aperto". Ciò comporta l'obbligo per il giudice tedesco di tenere in debito conto la normativa e la giurisprudenza CEDU e dunque di interpretare le norme interne in maniera conforme ad esse ma solo quando l'interpretazione sia metodologicamente sostenibile, con tanto di obbligo di motivazione in caso di elusione di interpretazione conforme (motivazione sindacabile dalla Corte costituzionale tedesca[97]).

Definendo quindi "procedurale"[98] l'obbligo di interpretazione conforme non intendo sminuire assolutamente l'incombenza spettante al giudice statale; al contrario, si tratta proprio di rendere riconoscibile e trasparente (nei limiti dati dall'assenza – talvolta – di opinioni dissenzienti o concorrenti) il percorso argomentativo seguito dal giudice che, rendendo *pubbliche* le scelte di seguire o di non seguire una certa interpretazione, si espone, così, ad un vero e proprio controllo. È questa l'idea di chi vede nel dialogo fra giudici appartenenti a livelli diversi una concretizzazione del principio del *checks and balances*[99].

---

has specifically addressed those doubts and set out an unequivocal statement of the legal position, the Court must accept the national court's interpretation of domestic law (see, mutatis mutandis, Cooper v. the United Kingdom [GC], no. 48843/99, § 125, ECHR 2003-XII). Further, as the Grand Chamber observed in Vinter and Others, the power to release under section 30 of the 2003 Act, exercised in the manner delineated in the Court of Appeal's judgments in Bieber and Oakes, and now R. v. Newell; R v. McLoughlin, is sufficient to comply with the requirements of Article 3 (and compare, also, the review mechanisms accepted by the Court to be Article 3-compliant in Kafkaris, cited above, §§ 100-105 [and] Harakchiev and Tolumov, cited above, §§ 257-261. n conclusion, there has been no violation of Article 3 in the present case". La Court of Appeal, all'indomani della nota decisione *Vinter* della Corte EDU (Corte EDU, Vinter e altri c. Regno Unito (Applications nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10), aveva espresso il proprio dissenso ricostruendo in maniera corretta il dato normativo interno.

97 Palermo, *Il Tribunale costituzionale federale* cit

98 Lamarque, *L'interpretazione conforme alla CEDU* cit.

99 Torres Pérez, *The Dual System of Rights Protection in the European Union in Light of US Federalism*", in. Cloots, De Baere, Sottiaux (eds), *Federalism in the European Union*, Hart Publisher, Oxford, 2012, 110 s., 124. Si veda anche: Friedman, *The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 2000, 93 s.

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO SUI DIRITTI DEI DETENUTI TRA ISTANZE GARANTISTE E COMPROMESSI POLITICI*

di Anna Maria Maugeri

Sommario: 1. Premessa. – 2. La violazione dell'art. 2. – 3. La violazione dell'art. 5. – 4. L'art. 3 CEDU: divieto di tortura e di trattamento o pena disumano o degradante come principio fondamentale e assoluto. La tutela della dignità umana. – 4.1. Ambito di applicazione. – 4.2. Obblighi negativi e positivi derivanti dal divieto di tortura e trattamento disumano o degradante – 5. Obblighi negativi. La distinzione tra tortura e trattamenti disumani e degradanti; il criterio della gravità. – 5.1. Misure che incidono sulla libertà residua del condannato: i regimi speciali e il sovraffollamento carcerario. – 5.2. La violazione del diritto alla salute come trattamento disumano e degradante. – 5.3. Il divieto di estradizione e il rifiuto di esecuzione del mandato di arresto europeo connesso al rischio di violazione dell'art. 3 CEDU. – 6. Obblighi positivi: tutela effettiva, indagine effettiva e giusto processo. – 6.1. Onere della prova. – 7. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sull'ergastolo ostativo. – 7.1. La *contraddittoria* giurisprudenza della Corte Edu dopo *Vinter*. – 8. La violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare). – 9. Conclusioni.

1. Premessa

Lo scopo del presente lavoro è analizzare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul rispetto dei diritti fondamentali dei detenuti al fine di verificare le problematiche emergenti nella prassi dei paesi europei in termini di violazione dei diritti fondamentali e allo stesso tempo lo statuto di tali diritti delineato da tale giurisprudenza, che dovrebbe rappresentare il quadro minimo delle condizioni di una detenzione conforme ai principi di uno Stato di diritto nella civiltà europea.

L'affermazione dei diritti riconosciuti dalla CEDU e dalla giurisprudenza della relativa Corte rappresenta la condizione imprescindibile per affermare la legalità della pena[1].

Non solo ma se la pena, quale affermazione del diritto (nella hegeliana concezione) deve tendere non solo alla retribuzione ma anche innanzitutto alla rieducazione, come riconosciuto dalla stessa Corte europea nel caso *Vinter and Others* del 2013[2], nel carcere non solo devono essere vietati i

---

* Questo articolo è la versione aggiornata del lavoro *La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos acerca de los derechos de las personas privadas de libertad: entre garantismo y compromisos políticos*, in Carmen Juanatey Dorado-Natalia Sánchez-Moraleda, *Derechos del Condenado y Necesidad de Pena*, Aranzadi, 2018.

1 V. Onida, R*estrizioni e legalità*, *Carcere e Dirittti*, 2006; Id., *Carcere e legalità*, in *Dignitas*, 2002, n. 11/12, 20.

2 GC, *Vinter e a. Regno Unito*, 9/7/2013, n. 66069/09, §§108-110.

trattamenti disumani e degradanti, ma si devono creare le condizioni per l'affermazione dei diritti del detenuto, – a partire dal diritto al rispetto della dignità sino a quello alla rieducazione –, e il loro esercizio, con conseguente predisposizione, tra l'altro, di strumenti idonei per la tutela giurisdizionale di tali diritti. Il carcere è (deve essere) luogo della legalità, pena legale (e non arbitraria) per un delitto[3].

La pretesa di un trattamento conforme al senso di umanità (art. 3 Cedu) implica, infatti, il necessario rispetto della personalità e della dignità del detenuto, e quindi il necessario rispetto e la concreta possibilità di esercizio di tutti quei diritti che non siano incompatibili con lo stato di detenzione e con le esigenze di ordine del carcere[4].

Come ha scritto la Corte costituzionale italiana nella sent. n. 349 del 1993, «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale». Ne consegue che tutte le restrizioni all'esercizio dei diritti che non siano puntualmente giustificate da esigenze di ordine e sicurezza devono ritenersi contrarie alla finalità rieducativa della pena.

Vale per tutti, senza distinzioni di sorta, e quindi anche per i detenuti il principio, tratto dalle Carte costituzionali (per es. artt. 2 e 3 Cost.italiana) in base al quale lo sviluppo della personalità di ciascuno comporta la rimozione degli ostacoli che si frappongano alla piena espressione delle sue potenzialità[5]. Tale principio, con riguardo ai detenuti, ha riscontrati effetti benefici sul piano del positivo reinserimento sociale, come dimostrano i dati sul tasso di recidiva, che cala sensibilmente per quei detenuti che abbiano partecipato ad attività di formazione, lavorative e culturali, durante l'espiazione della pena[6].

A livello sovrannazionale le regole minime relative ai diritti dei detenuti sono state sancite dall'ONU con le *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* adottate il 30 agosto 1955; nel 1987 furono emanate le regole penitenziarie europee poi aggiornate con la Raccomandazione R(2006)2 del 11 gennaio 2006. Le regole minime affermano che la privazione della libertà costituisce una punizione in sé e che le condizioni della prigione e il regime detentivo non devono aggiungere, pertanto, ulteriori sofferenze. Addirittura si prevede che per assicurare tale principio si dovrebbe ridurre al minimo la differenza tra la vita in carcere e quella del mondo libero. Tali regole penitenziarie europee riconoscono i diritti inalienabili del detenuto, a

---

[3] A. Gori, *L'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo,* 2015, in http://www.adir.unifi.it/rivista/2015/gori/cap2.htm.

[4] M. Ruotolo, *Il rischio che la pena si trasformi in delitto*, in *Ristretti orizzonti* 2015, n. 3.

[5] Cfr. A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli 2015, 170.

[6] G. Di Gennaro, *Il trattamento penitenziario*, in V.Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 103.

partire dall'art. 1 che sancisce che "tutte le persone private della libertà devono essere trattate con rispetto per i loro diritti umani" e "conservano tutti i diritti che non sono esplicitamente limitati dalla sentenza di condanna"; il riferimento ai diritti umani viene considerato un richiamo alle convenzioni in materia e quindi alla Carta europea dei diritti fondamentali (at. 6, c. 1 T.U.E.) e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo cui aderisce l'U.E. (art. 6, c. 2 T.U.E.). Nel 1987 è stata, inoltre, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti.

Anche se la Convenzione europea non contiene norme sui diritti dei detenuti e sulla loro tutela giurisdizionale, la Corte Edu si è dichiarata competente in materia proprio perché *il testo convenzionale contiene norme di tutela dei diritti dell'uomo (sia libero sia detenuto), che potrebbero essere violati nel corso della sua permanenza in carcere*. La Corte europea ha fatto riferimento nelle sue sentenze di volta in volta a una pluralità di diritti sanciti nella Convenzione: dalla previsione dell'art. 2, che tutela il diritto alla vita, all'art. 13 relativo al diritto a un ricorso effettivo, all'art. 3 sull'interdizione della tortura e delle pene nonché dei trattamenti inumani e degradanti, all'art. 5 sul diritto alla libertà e alla sicurezza, all'art. 6 sul diritto a una procedura equa, all'art. 8 sul diritto al rispetto della vita privata e familiare[7].

La Corte europea è pervenuta a sottrarre alla discrezionalità degli Stati la materia del trattamento penitenziario soltanto all'esito di un percorso contrassegnato da numerose incertezze. La prima giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo non solo registra pochissimi casi relativi alla violazione dei diritti del detenuto, ma tali casi si sono per lo più conclusi con pronunce che hanno dichiarato la manifesta infondatezza dei ricorsi.

Nel caso Golder[8], invece, la Corte ha specificato che la privazione della libertà personale non comporta, di per sé, il venire meno dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, con il conseguente divieto di sottoporre i diritti delle persone recluse a restrizioni che non siano giustificate dalle "normali e ragionevoli" esigenze di custodia proprie della detenzione[9]; "la giustizia non si ferma dinanzi alla porta del carcere", come precisato nel caso Campbell[10], e anzi, come precisato nel caso Kudla, si riconosce il diritto di tutti i detenuti a condizioni dignitose di detenzione[11].

---

[7] A. Esposito, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. Pen. Crim.*, 2012, 156, nota 4; Id., *Il diritto penale flessibile*, Torino 2008, 126; A. Martufi, *op. cit.*, 154

[8] *Golder c. Regno Unito,* 21/2/1975, n. 18/75.

[9] Id., §45; D. Van Zyl Smith-S. Snaecken, *Principles of european prison law and policy*, Oxford 2009, 11-78; A. Martufi, *op. cit.*, 164.

[10] 28/6/1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, § 69.

[11] 26/10/2000, *Kudla c. Polonia*, n. 30210/96, § 92.

Nel prosieguo saranno considerate le violazioni della Cedu prese in considerazione dalla Corte di Strasurgo in relazione ai soggetti sottoposti a detenzione.

2. La violazione dell'art. 2

In virtù dell'art. 2 il diritto alla vita dei detenuti si ritiene violato non soltanto nei casi di morte, ma anche nel caso in cui durante la detenzione sia sorto un effettivo pericolo di vita.

Nonostante l'art. 2 ammetta la condanna alla pena di morte, tale pena è vietata in tempo di pace dall'art. 1 del VI Prot. Add., e in tempo di guerra dall'art. 1 del XIII Prot. Add.. Poiché tutti gli Stati firmatari della Cedu hanno abolito la pena di morte il problema più rilevante riguarda la concessione dell'estradizione ovvero l'espulsione di un soggetto nei confronti di un paese che non aderisce alla CEDU e in cui si corra il rischio della pena capitale. In questo caso la giurisprudenza della Corte Edu ha sempre escluso la consegna o l'espulsione, tranne qualora lo Stato richiedente fornisca adeguate garanzie in merito alla non sottoposizione del soggetto alla pena di morte[12]. Per il resto la Corte Edu non ha dichiarato la pena di morte di per sé incompatibile con l'art. 2, ma solo con l'art. 3 Cedu[13] – anche se nel caso Cipriani c. Italia ammette che tale pena si ponga in contrasto con l'art. 2 come emendato dal Prot. VI e XIII[14] –.

In positivo la Corte Edu ha riconosciuto l'obbligo degli Stati membri di fornire una protezione rafforzata a soggetti in stato di detenzione al fine di adottare le misure idonee a minimizzare i rischi per la vita e garantire indagini efficaci in caso di morti non riconducibili a cause naturali, con inversione dell'onere della prova a carico dello Stato, come si esaminerà nel prosieguo[15].

In particolare tale obbligo, ricondotto in dottrina a una posizione di garanzia in capo alle autorità competenti[16], è stato riconosciuto con riferimento a istinti suicidi e atti autolesionistici manifestati da soggetti in stato di deten-

---

[12] *Soering c. Regno Unito*, 7/7/1989, n. 14038/88, § 88; *Kaboulov c. Ucraina*, 19/11/2009, n. 41015/04.

[13] Così R. Orlandi, *Detenzione (principi Cedu in materia di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, 2015, 210.

[14] *Cipriani c. Italia*, 30 /3/2010, n. 22142/07. Per un recente caso in cui si contesta la violazione dell'art. 2 (in combinato disposto con l'art. 1) nella fase dell'arresto, C. eur. Dir. uomo, 23 maggio 2019, Chebab c. Francia, n. 542/13, in cui si contesta la violazione dell'art. 2 come obbligo positivo di indagini rapide ed effettive anche quando la vita di una persona viene messa in pericolo (§ 88) (indagini su iniziativa del ricorrente, lacune, irregolarità procedurali) (§ 85 ss. – 95 – 101)

[15] *Carabulea c. Romania*, 13/10/2010, n. 45661/99, RIDPP 2010, 1817.

[16] R. Orlandi, *op. cit.*, 211.

zione, come nel caso *Renolde c. Francia*[17] oppure *Jasinka c. Polonia*[18].

La Corte non ha individuato una violazione dell'art. 2 nel mancato impedimento dell'evento infausto in seguito a volontario sciopero della fame dei detenuti in quanto la decisione del deceduto non avrebbe potuto non essere rispettata in considerazione della libera e personale autodeterminazione del soggetto[19]. Tuttavia nel caso *Rappaz c. Svizzera*[20], la Corte ha ritenuto legittima l'alimentazione forzata di un detenuto in sciopero della fame (per costringere le autorità a concedergli misure alternative alla detenzione), dichiarando inammissibile il ricorso perché manifestamente infondato[21].

3. La violazione dell'art. 5

L'art. 5 riconosce il diritto alla libertà personale come diritto non assoluto e derogabile ex art. 15 Cedu, che può essere limitato in base alle sei possibili ragioni elencate nella stessa norma[22], fermo restando il diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo sulla legalità della detenzione (anche provvisoria, *ex* art. 5 c. 4 Cedu[23]). In particolare in materia emerge l'attenzione della Corte al rispetto del principio di proporzione e stretta necessità.

Non realizza una violazione di tale disposizione la privazione della libertà in base ad una condanna legittima da parte di un tribunale competente (art. 5 § 1 a). La Corte ha ritenuto, invece, *arbitraria*, in quanto *sproporzionata*, la detenzione per otto mesi in un centro di detenzione ordinaria di un soggetto, in attesa di un posto in un ospedale psichiatrico[24], la misura di sicurezza consistente nella reclusione in una struttura specializzata per problemi psichici in mancanza dei presupposti previsti dalla legge[25]; o rappresenta una violazione della legalità della detenzione, come riconosciuto nel caso Khayrullina c. Russia[26], il trattenimento privo di giustificazione del marito della ricorrente presso il commissariato (ivi deceduto, a causa delle violenze

---

[17] *Renolde v. France*, 16/10/2008; *Kilinc v. Turkey*, 7/6/2005, n. 40145/98; *De Donder e De Clippel v. Belgium*, 6/12/2011, n. 8595/06; *Ketreb v. France*, 9/7/2012, n. 38447/09; *Coselav v. Turkey*, 9/10/2012, n. 1413/07.

[18] *Jasinka c. Polonia*, 1/6/2010.

[19] D. Harris-M. Boyle-Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009, 38 s.

[20] 26/3/2013, *Rappaz c. Svizzera*; Ceesay c. Austria, 14/11/2014, n. 72126/14.

[21] Sull' l'obbligo degli Stati di tutelare la società contro i delitti di detenuti in regime di semilibertà *Maiorano c. Italia*, 15/12/2009, n. 28634/06; *Mastromatteo c. Italia*, 24/10/2002, n. 37703/97.

[22] Harizanov c. Bulgaria, 5/12/2017, n. 53626/14.

[23] Stergiopoulos c. Greece, 7/12/2017, n. 29049/12.

[24] *Mocarska c. Polonian*, 6/12/2007, n. 2617/05.

[25] T.B. c. Svizzera, 30.4.2019, n. 1760/15

[26] Khayrullina c. Russia,19/12/2017, n. 29729/09.

subite ad opera della polizia), nonché l'omessa redazione di un verbale del trattenimento[27], o come nel caso Mityanin e Leonov c. Russia la custodia cautelare in mancanza di base legale[28].

Nel recente caso Makarenko c. Ucraina [29] la detenzione, dapprima, è stata disposta in assenza di una base legale (tre ore di fermo), e successivamente, la misura della custodia cautelare in carcere è stata disposta sulla base di un generico pericolo di inquinamento probatorio di difficile individuazione nella vicenda in oggetto e senza indicare le ragioni per le quali non si potesse applicare nel caso in esame una misura meno afflittiva (violazione dell'art. 5, c. 3)[30].

4. L'art. 3 CEDU: divieto di tortura e di trattamento o pena disumano o degradante come principio fondamentale e assoluto. La tutela della dignità umana

Il divieto di tortura e di trattamento inumano o degradante, sancito dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, costituisce, come sancito dalla Corte, "*un principio fondamentale delle società democratiche*" ("one of the most fundamental values")[31] e uno dei traguardi più importanti delle società moderne, "a value of civilisation closely bound up with respect for human dignity"[32]. Si tratta di un principio ribadito in tutti gli strumenti internazionali di tutela dei diritti dell'uomo e in gran parte delle Costituzioni moderne; da ultimo anche nella *Carta europea dei diritti dell'uomo* (art. 4).

La Corte ha riconosciuto innanzitutto la violazione dell'art. 3 per la prima volta nel caso *Soering c. Regno Unito*, riconoscendo nel divieto in questione un *principio fondamentale* che rappresenta uno standard accettato a livello internazionale, come si evince dal *Patto internazionale del 1966 sui diritti civili e politici* e dalla *Convenzione americana sui diritti umani 1969*, oltre che da altri strumenti convenzionali. A partire dal 1989, i giudici hanno cristallizzato questo principio, dapprima in maniera più sporadica, poi sempre più sistematica, fino a richiamare il carattere fondamentale dell'art. 3 all'in-

---

[27] *Antonio Messina c. Italia*, IV Sezione, 24/3/2015, n. 39824/07.

[28] Mityanin e Leonov c. Russia, 7.5.2019, § 77 ss. (detenzione mantenuta pur dopo la perdita di efficacia del titolo cautelare, in assenza di un provvedimento di proroga).

[29] Makarenko c. Ucraina, 30/1/2018, n. 622/11.

[30] Non si ravvisa violazione nel caso Stanculeanu c. Romania, 9/1/2018, n. 26990/15.

[31] *Soering*, cit., § 88; *Selmouni v. France* [GC], 4/12/1995, n. 25803/94, § 95; *Labita*, 6/4/2000, n. 26772/95, § 119; *Gäfgen c. Germany* [GC], 1/6/2010, n. 22978/05, § 87; *El-Masri c. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], 13/12/2012, n. 39630/09, § 195; *Mocanu v. Romania* [GC], 17/9/2014, n. 10865/09 e a., § 315.

[32] GC, *Bouyid v. Belgium*, 28/9/2015, n. 23380/09; *Khlaifia c. Italia*, 15/12/2016, n. 16483/12, 158.

terno dei principi generali richiamati nelle sentenze rese[33].

Tale principio si pone a tutela della dignità della persona umana. Come recentemente ribadito[34], sebbene la Convenzione non menzioni il concetto di "dignità", – parola che si trova in molti strumenti internazionali e regionali –, salvo che nel preambolo del protocollo n. 13 concernente l'abolizione della pena di morte, da una parte la Corte ha sempre enfatizzato la considerazione che la dignità della persona umana forma parte della vera essenza della Convenzione in tutte le circostanze, così come la libertà personale[35]. Dall'altra, la Corte ha evidenziato la stretta connessione che sussiste tra i concetti di «"degrading" treatment or punishment within the meaning of Article 3 of the Convention and respect for "dignity"». Già nel 1973 la Commissione aveva sottolineato che l'espressione "degrading treatment" mostra che lo scopo di quella previsione è prevenire gravi violazioni della dignità umana[36], e nel caso Tyrer la Corte in relazione al concetto di "punizione degradante" enfatizza proprio come lo scopo dell'art, 3 sia quello di tutelare la dignità della persona umana ("although the applicant did not suffer any severe or long-lasting physical effects, his punishment – whereby he was treated as an object in the power of the authorities – constituted an assault on precisely that which it is one of the main purposes of Article 3 to protect, namely a person's dignity and physical integrity", § 33)[37].

In tale direzione la dottrina evidenzia due accezioni della nozione di dignità: la prima come *irrinunciabile attributo della persona umana*, come una sorte di dote inalienabile della persona che comporta il divieto di usare l'essere umano come un mero strumento, come fosse un "mezzo" o un dato fungibile[38] e questa sembra la nozione presa in considerazione dalla Corte

---

[33] Cedu, *Soering*, cit., § 88.

[34] GC, *Bouyid*, cit., §§ 89-90.

[35] GC, *Bouyid, cit*., §§ 89 ss.; *Svinarenko e Slyadnev*, 17/7/2014, n. 32541/08 e 43441/08, § 118; *C.R. v. the United Kingdom*, 22/11/1995, no. 20190/92, § 42; *S.W. v. the United Kingdom*, 22/11/1995, n. 20166/92, § 44; *Pretty v. the United Kingdom*, 27/7/2002, n. 2346/02, § 65.

[36] *East African Asians c. the United Kingdom*, 14/12/1973, n. 4403/70 e ss., § 192.

[37] *Kudła v. Poland* [GC], 26 ottobre 2000, n. 30210/96, § 94; *Valašinas v. Lithuania*, no. 44558/98, § 102; *Yankov v. Bulgaria*, no. 39084/97, § 114; *Svinarenko e Slyadnev*, cit., § 138. In questa direzione A. Ruggeri-A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in V. Angiolini, *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, 225; G. Zellick, *The rights of prisoners and the European convention*, in *Modern law review*, 1975, 683 ss.; H. Müller-Dietz, *Menschrechte und Strafvollzug*, in H. Müller-Dietz-H. Jung, *Langer Freiheitsentzug – wie lange noch? Plädoyer für eine antizyklische Kriminalpolitik*, 42; S. Trechsel, *Human rights of persons deprived of their liberty,* in *Proceeding of the 7th International colloquy on the Europena Convention of Human rights*, 1990, Copenaghen, 4 ss.

[38] Cfr. G. Dürig, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde,* in *Archiv des offentlichen Rechts*, 1956, 117; P. Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano 2003, 14 ss.; A. Martufi, *op. cit*., 65.

Europea quando pone a fondamento del divieto di cui all'art. 3 il rispetto della dignità della persona umana. Nella seconda accezione, invece, si connette la dignità al principio di uguaglianza, con la conseguenza che il principio della pari dignità sociale vincola lo Stato a intervenire per garantire il pieno sviluppo della persona umana[39].

Tale principio è assoluto ai sensi dell'art. 15 Cedu, non rientrando tra i principi che ammettono eccezioni o deroghe persino in caso di guerra o di pericolo pubblico per gli interessi della nazione[40]. Secondo l'orientamento prevalente della Corte, il divieto di cui all'art. 3 oltre a non poter essere bilanciato con ragioni inerenti la sicurezza nazionale, non deve nemmeno subire eccezioni in base al tipo di *condotta tenuto dalla persona sottoposta a privazione della libertà, né in base al reato da questi compiuto*, come precisato nel risalente caso *Irlanda*[41] *c. Regno Unito* (presunti affiliati all'organizzazione terroristica IRA, *Irish Republican Army*), o nel caso *V. c. Regno Unito*[42] (due bambini di dieci anni avevano rapito e picchiato a morte un altro bambino di due anni, per poi lasciarlo sulle rotaie del treno perché venisse travolto) e *Gäfgen c. Germania*[43] (rapimento e omicidio di un bambino).

Il divieto in esame non trova impedimenti neppure ai fini della lotta al terrorismo o alla criminalità organizzata, come ribadito nel recentissimo caso *Kanciał v. Poland*[44] o Portu Juanenea e Sarasola Yarzabal c. Spagna[45] per il terrorismo, anche nel caso di legami con gruppi islamisti[46], o *Labita c. Italia*[47] per il crimine organizzato. Nel caso *Saadi c. Italia* si afferma "la Corte nota innanzitutto che in questo periodo gli Stati incontrano considerevoli difficoltà per proteggere la propria popolazione dalla violenza terroristica ... Ciò non dovrebbe tuttavia rimettere in discussione il carattere assoluto dell'articolo 3"[48].

---

[39] Così A. Martufi, *op. cit.*, 65; cfr. M. Ruotolo, *Carcere e rispetto della dignità della persona*, in M. Amisano-M. Caterini, *Persona, pena, processo*, Napoli 2012, 227 s.

[40] P. Pustorino, *Art. 3* , in *Comm. br. Conv. eur. dir. uomo*, a cura di Bartole-De Sena-Zagrebelsky, Padova, 2011, 66.

[41] *Ireland v. the United Kingdom*, 18/1/1978, n. 5310/71.

[42] *V. c. Regno Unito*, GC, 16/12/1999, n. 24888/94, § 69.

[43] (GC), *Gäfgen c. Germania*, 1/6/2010, n. 22978/05.

[44] *Kanciał v. Poland*, 23.5.2019, n. 37023/13, § 74.

[45] *Portu Juanenea e Sarasola Yarzabal c. Espagne***,** 13/2/2018, n. 1653/13; 9/1/2018, X. c. Svezia, n. 36417/16; A.M. c. Francia, 29.4.2019, n. 12148/18, § 112.

[46] *Ramirez-Sanchez v. France*, 4/7/2006, n. 59450/00, §116; *Saadi c. Italia*, 28/2/2008, n. 37201/06, §127.

[47] *Labita c. Italy*, 6/4/2000, n. 26772/85, § 119; cfr. GC, *Bouyid*, cit.; *Khlaifia c. Italia*, 15/12/2016, n. 16483/12, 158; *Chahal,* 15/11/1996, n. 22414/93, § 79; *Georgia v. Russia* (I) [GC], 3/7/2014, n. 13255/07, § 192; *Svinarenko e Slyadnev*, cit., § 113.

[48] *Saadi*, cit., § 137; *Ben Khemais c. Italia*, 6/7/2009, n. 246/07; *Trabelsi c. Italia*, 30/3/2010, n. 22142/07; *Nasr et Ghali c. Italia*, 23/2/2016, n. 44883/09; M. Mariotti, *La condanna della Corte di Strasburgo contro l'Italia sul caso Abu Omar*, in *DPC*, 28/2/2016; B. Giorna-

4.1. Ambito di applicazione

L'art. 1 della Convenzione stabilisce che ogni persona soggetta alla giurisdizione di uno Stato membro, gode dei diritti sanciti nella Carta. Corollario di questo principio è la responsabilità dello Stato per gli atti lesivi compiuti dai propri organi sul territorio sul quale esercita la giurisdizione, tanto più se le condotte vietate costituiscono una violazione sistematica dell'art. 3 della Convenzione. L'espansione dell'applicazione *ratione loci* operata dalla Corte ha interessato anche violazioni compiute in zone di guerra, dove lo Stato membro stava esercitando un controllo e disponeva di un'amministrazione locale subordinata.

Per quanto riguarda, invece, l'applicazione extraterritoriale dell'art. 3, la norma prevede che in caso di estradizione, espulsione o allontanamento dal territorio di uno Stato firmatario, vige un obbligo positivo per tale Stato di assicurarsi che il soggetto allontanato non rischi di subire un trattamento contrario all'art. 3, tale profilo sarà esaminato nel prosieguo.

Secondo un'applicazione letterale dell'art. 3, la Corte ha poi stabilito che essa abbia un'applicazione *verticale*, ovvero che essa vieti atti di tortura o trattamenti/pene disumani e degradanti, commessi da organi nazionali. Con un'interpretazione estensiva, la Corte, ha individuato un'applicazione *orizzontale* della norma, ovvero ha riconosciuto una responsabilità statale anche in caso di violazioni compiute da privati ai danni di altri privati, come affermato nel caso *A. c. Regno Unito*[49] in cui la Corte ha ritenuto responsabile del trattamento disumano e degradante lo Stato convenuto per il fatto di non aver saputo tutelare un giovane dai maltrattamenti subiti dal patrigno.

4.2. Obblighi negativi e positivi derivanti dal divieto di tortura e trattamento disumano o degradante

In ragione dell'art. 3 della Convenzione, grava sugli Stati membri, innanzitutto, un *obbligo negativo di astensione*, che sancisce il divieto di infliggere agli individui un trattamento disumano o degradante oppure un atto di tortura.

Al fine di garantire una applicazione effettiva del dispositivo di cui all'art. 3 e di proteggere l'integrità psico-fisica della persona privata della libertà, l'attività interpretativa della Corte si è orientata verso la derivazione di *obblighi positivi* in capo agli Stati, del tutto innovativi, fondati su tale disposi-

---

TI, *Limiti all'estradizione per reati di terrorismo davanti agli obblighi di tutela dei diritti umani*, in *DPC*, n. 1, 2017, 239.

[49] *A. c. Regno Unito*, 23/9/1998, n. 25599/94, § 20.

zione: obblighi *di fare*, volti a prevenire e, in caso di violazione, a reprimere i comportamenti vietati ai sensi dell'art. 3. Il contenuto di tali obblighi è in continua evoluzione e può variare sulla base delle circostanze dei singoli casi. Tale interpretazione si fonda, innanzitutto, sull'art. 1 della Cedu che impone agli Stati di garantire ai cittadini i diritti riconosciuti dalla Convenzione, e quindi nel caso di specie il diritto a non subire tortura e trattamenti disumani e degradanti[50].

5. Obblighi negativi. La distinzione tra tortura e trattamenti disumani e degradanti; il criterio della gravità

La Corte EDU ha elaborato una ricca giurisprudenza in relazione alla violazione dell'art. 3 CEDU nei confronti di soggetti sottoposti a restrizioni della libertà personale, e in particolare di detenuti.

La Corte precisa, innanzitutto, che non tutte le violazioni all'integrità di una persona costituiscono di per sé un trattamento vietato ai sensi dell'art. 3 della Convenzione, le condotte illecite sono quelle che superano un livello minimo di gravità[51]. La Corte utilizza *il criterio della gravità sia come limite esterno, che come limite interno.*

Nella prima direzione, i giudici precisano che "il maltrattamento deve attenersi ad un livello minimo di gravità per rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 3"[52] e deve essere tale da frustrare l'umanità e la dignità della persona. Si deve trattare di *trattamenti inumani deliberatamente provocanti gravi e crudeli sofferenze.*

I giudici di Strasburgo precisano che la sola sofferenza e umiliazione insita naturalmente nella punizione non sarà sufficiente a integrare una violazione dell'art. 3[53]. Come precisato nella sentenza *Tyrer c. Regno Unito* "*un individuo può essere umiliato per il solo fatto di essere stato condannato penalmente*", ma "*sarebbe assurdo sostenere che ogni pena giudiziaria [...] abbia carattere 'degradante' ai sensi dell'articolo 3*"[54].

---

[50] F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale*, V. Manes-V. Zagrebelsky, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., 248; A. Mowbray, *The development of positive obligations on human rights by the European Court of Human Rights*, Oxford 2004; D. Xenos, *The positive obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, London 2012, 111 ss.; A. Esposito, *Il diritto penale flessibile*, Torino 2008, 126 ss.

[51] *Tomasi v. France*, 27/8/1992, n. 12850/87, §162; *Klaas c. Germania*, 22/9/1993, n. 15473/89, §§23; *Hurtado c. Svizzera*, 28/1/1994, n. 17549/90, § 12.

[52] *Contrada c. Italia (n. 2)*, 11/2/2014, n. 7509/08; *Kudla*, cit.; per un caso relativo alle condizioni di detenzione, presso un centro di accoglienza J.R. e altri c. Greece, 25/1/2018, n. 22696/16.

[53] Cfr., *mutatis mutandis*, *Tyrer v. Regno Unito*, 25/4/1978, serie A n. 26, 15, § 30; *Soering*, cit., § 100; *Contrada c. Italia* (n. 2), cit.; *Kudla*, cit.

[54] *Tyrer c. Regno Unito*, cit., §30-33.

In altre parole, la Corte riconosce che nel potere dello Stato di infliggere una sanzione, esiste una violenza che non si può scindere dall'atto istituzionale, che per la propria natura punitiva non può non tendere all'umiliazione e all'afflizione; sarà poi l'evoluzione della coscienza sociale a determinare la soglia minima di tolleranza dell'afflittività della pena e per questo motivo il concetto di condotta vietata ai sensi dell'art. 3 è in continua evoluzione[55]. Del resto, come precisato nel *leading case Tyrer c. Regno Unito*, "the Convention is a *living instrument* which, ..., must be interpreted in the light of present-day conditions[56]".

I giudici di Strasburgo hanno elaborato due macro-criteri per la valutazione del superamento della soglia minima di gravità, un criterio legato alle *circostanze oggettive del fatto,* quali la natura e il contesto del trattamento, le modalità e il metodo della sua esecuzione, la sua durata e la gravità, i suoi effetti fisici o psichici; e un *criterio richiamante le qualità soggettive della vittima*, come ad esempio l'età, il sesso, le condizioni psicologiche, le condizioni di salute, l'appartenenza della vittima a un gruppo "svantaggiato e vulnerabile" o la sua qualità di richiedente asilo[57]. La Corte ha sottolineato la necessità di prendere in considerazione, inoltre, lo *scopo* perseguito con il maltrattamento, insieme con *l'intenzione* e la motivazione che le stanno dietro[58], sebbene l'assenza della volontà di umiliare in capo all'autore non esclude il carattere degradante del trattamento inflitto ai sensi dell'art. 3 Cedu[59]. Un particolare rilievo assumono, ancora, per la più recente giurisprudenza "il contesto in cui il maltrattamento è stato inflitto, come una atmosfera di tensione ed emozione particolarmente alta", nonché la situazione di vulnerabilità della vittima, normale nel caso di persone private della loro libertà[60].

Recentemente i giudici, in considerazione dell'evoluzione della sensibilità sociale in merito al trattamento dei detenuti, hanno riscontrato una violazione dell'art. 3 nel caso di una visita ginecologica ad una detenuta, eseguita

---

[55] *Nechiporuc e Yonkalo c. Ucraina*, 21/4/2011, n. 42310/04; *Sevastyanov c. Russia*, 22/4/2010, n. 37024/02.

[56] Corte, sentenza Tyrer c. Regno Unito, 25/4/1978, n. 5856/72, § 31.

[57] *Oršuš e a. c. Croazia*, cit.; *Raninen v. Finlandia*, 16/12/1997, n. 20972/92, § 55; *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, n. 5310/71, § 162; *Jalloh c. Germania*, 11/7/2006, n. 54810/00, § 67; *Gäfgen c. Germania*, 1/6/2010, n. 22978/05, § 88; *El-Masri*, cit., § 196; *Svinarenko* e *Slyadnev*, cit., § 114; da ultimo 24/5/2018, N.T.P. et autres c. France, n. 68862/13, § 42.

[58] *Bouyid*, cit., § 86; *Aksoy v. Turkey*, 18/12/1996, n. 21987/93, § 64; *Egmez c. Cyprus*, 21/12/2000, n. 30873/96, § 78: *Krastanov c. Bulgaria*, 30 September 2004, n. 50222/99, § 53; *Gäfgen*, cit., § 88; *El-Masri*, cit., § 196.

[59] V. v. the United Kingdom [GC], cit., § 71; Peers v. Greece, 19 aprile 2001, n. 28524/95, §§ 68 and 74; Price c. Regno Unito, 10/7/2001, n. 33394/96, § 24; *Svinarenko e Slyadnev*, cit., § 114.

[60] *Kanciał v. Poland*, cit., § 74; *Bouyid*, cit., § 86; *Salman v. Turkey* [GC], 27/6/2000, n. 21986/93, § 99; *Ciğerhun Öner c.Turchia*, 23/11/2010, n. 2858/07, § 89

in presenza di agenti di custodia di sesso maschile e senza averle tolto le manette[61], o nel caso di accertamenti medici non necessari e non rispondenti agli standard delineati dal CPT, cui la Corte fa riferimento[62].

Nel caso *Boyudin* la Grande Camera ha stabilito che anche lo schiaffeggiamento rappresenta un abuso di potere da parte degli ufficiali di polizia giudiziaria. Due elementi, l'esercizio di uno stato di controllo sulla vittima e la condizione di vulnerabilità della stessa, assumono un ruolo fondamentale nella valutazione della Grande Camera. Con questi presupposti anche uno schiaffo rappresenta "un serio attacco alla dignità dell'individuo". Nei confronti di una persona che è privata della sua libertà o, comunque, si confronta con le forze dell'ordine, "any recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct diminishes human dignity and is, in principle, an infringement of the right set forth in Article 3"[63]. In questa sentenza la Corte equipara alla condizione del detenuto quella del soggetto sottoposto a custodia di polizia, anche nell'ipotesi in cui siano portati nella stazione di polizia per un controllo o un interrogatorio. La Corte individua in positivo l'obbligo delle autorità di proteggere gli individui in queste condizioni.

Per quanto riguarda il concetto di limite interno, l'intensità della gravità del maltrattamento consente di distinguere tra loro le tre categorie individuate dai redattori della Convenzione, ovvero, tortura, trattamento o pena disumana, trattamento o pena degradante. Per raggiungere la soglia minima del carattere *degradante*, si deve trattare, come recentemente ribadito, di un trattamento che umilia o mortifica un individuo, in quanto mostra una mancanza di rispetto per la sua dignità, o addirittura la sminuisce, o suscita in lui sentimenti di paura, angoscia o inferiorità che possono abbattere la sua resistenza morale e fisica[64]; in mancanza della prova di gravi sofferenze fisiche e mentali il trattamento non può essere definito inumano, o *a fortiori*, tortura[65].

In relazione alla nozione di tortura la Corte adotta nel leading case *Irlanda c. Regno Unito* 1978 la definizione della *Dichiarazione di principi* dell'Assemblea Generale dell'ONU (1975, *risoluzione* n. 3452 (XXX)), che rappresenta il primo riferimento a livello pattizio della nozione di tortura e ha costituito successivamente il fondamento per la stesura della *Convenzione ONU contro la tortura*. Il testo definisce la tortura come "*an aggravated and*

---

[61] *Filiz Uyan v. Turkey*, 8/1/2009, n. 7496/0.

[62] *Salmanoglu e Polattaş v. Turkey*, 17/3/2009, n. 15828/03, § 80 – §§ 95-98.

[63] *Bouyid*, cit., § 88; *Ribitsch*, 4/12/1995, n. 18896/91, § 38; *Mete and Others*, 19/2/2009, n. 3455/05, § 106; *El-Masri*, cit., § 207.

[64] Cedu, 24/5/2018, N.T.P. et autres c. France, n. 68862/13, § 43; M.S.S., précité, § 220, El-Masri, cit., § 202, CEDH 2012; Svinarenko e Slyadnev, cit., § 115.

[65] Cedu, 24/5/2018, N.T.P. et autres c. France, n. 68862/13, § 112.

deliberate form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment".

In questa sentenza la Corte pretende la sofferenza fisica per parlare di tortura[66]. Il giudice Zekia, – richiamando l'art. 5 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, l'art. 7 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966, e l'art. 1 della risoluzione dell'Assemblea Generale del 1975 –, ha riconosciuto che *anche forme di maltrattamento che ledono la psiche e non il fisico, possono integrare il livello di gravità richiesto per rientrare nelle categorie dell'art. 3 e persino nella nozione di tortura*. Tale nozione verrà accolta dalla successiva giurisprudenza della Corte Edu a partire dagli anni novanta e dal caso *Tomasi c. Francia*[67], precisando che l'art. 3 tutela l'integrità della persona privata della libertà, a prescindere che questa sia stata lesa nel corpo o nella mente[68].

La *Convenzione ONU* (CAT) offre, poi, una definizione di tortura ben più corposa rispetto alla risoluzione del '75, da cui prende le mosse, pretendendo innanzitutto il perseguimento di un elenco di specifiche finalità: ottenere informazioni o confessioni; punire l'individuo o terzi soggetti per atti compiuti (o sospettati di essere stati compiuti) dal primo o dai secondi; intimidire o esercitare pressioni sul soggetto o sui terzi: istigare terrore o infliggere dolore in ragione di una qualsiasi forma di discriminazione. Sotto il profilo soggettivo, l'autore deve essere un pubblico ufficiale, ovvero un soggetto che agisce a titolo ufficiale o che è stato istigato o ha ottenuto il consenso dal pubblico ufficiale stesso.

L'articolo si conclude con una clausola che fa salve le sofferenze e i patimenti inflitti da o in ragione di una sanzione legittima. Tale clausola deve essere interpretata nel senso di *non* rappresentare una deroga al divieto di cui all'art. 3[69], ma semplicemente di riconoscere , come affermato dalla stessa Corte Edu, che il divieto richiede una sofferenza che eccede quella connaturata alla punizione, fermo restando il carattere relativo di tale valutazione, come evidenziato del resto dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo, anche in considerazione dell'evolversi della sensibilità sociale e, da ultimo, anche del carattere multietnico della popolazione in stato di detenzione (ad esempio impedire ad un musulmano di seguire la propria dieta dovrebbe rappresentare una sofferenza ingiustificata).

---

[66] Corte, *Ireland v. the United Kingdom*, cit., §167.
[67] *Tomasi v. France*, cit.
[68] *Aksoy v. Turkey*, 18/12/1996, n. 21987/93, §64.
[69] *Contra* **[COMPLETARE NOTA?]**

5.1. Misure che incidono sulla libertà residua del condannato: i regimi speciali e il sovraffollamento carcerario come forme di violazione dell'art. 3 CEDU

Negli ultimi anni la Corte Edu si è occupata delle misure che incidono sulla libertà residua del condannato, a partire dai regimi speciali sino alle condizioni della detenzione (sovraffollamento, igiene,...).

In relazione ai primi la Corte ritiene che il regime speciale può essere applicato solo se sia compatibile con le particolari condizioni del detenuto (età, salute, ecc.) e nella misura strettamente necessaria a soddisfare gli scopi perseguiti, che non possono essere estranei a quelli connessi alla pena (come, invece, ad esempio ottenere informazioni o confessioni)[70].

Nel recente caso Simenoni c. Bulgaria[71], la Grande Camera ha ritenuto che il regime speciale cui era assegnato il detenuto (23 ore in cella, in condizioni deprecabili sotto il profilo dell'igiene e della mancanza di luce; il tutto protratto per molti anni) rappresentasse un calvario, ampiamente eccedente la sofferenza inerente l'esecuzione di una pena detentiva[72].

In relazione al regime speciale previsto nell'ordinamento italiano dall'art. 41 *bis* ord. pen. (l. 152/75) e introdotto dalla l. 279/'92, la Corte Europea ha negato, innanzitutto la violazione dell'art. 3 non ritenendo raggiunta la soglia minima di gravità[73], in quanto esso determina un isolamento sociale relativo che sarebbe giustificato dalla pericolosità del soggetto e dalla necessità di reciderne i collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza[74], e anche le restrizioni alle visite e le perquisizioni sarebbe proporzionate agli scopi perseguiti[75]. In tale giurisprudenza emerge la tendenza della Corte a piegare l'affermazione dei principi ad esigenze di politica criminale e di realismo politico nei rapporti con gli Stati. Fermo restando che la Corte ha condannato l'Italia per degli episodi di maltrattamento di soggetti sottoposti a tale regime, come nel caso Labita e Indelicato[76], per lo meno sotto il profilo dell'inosservanza dell'obbligo positivo di condurre indagini effettive ed adeguate (art. 13 e 6)[77].

In generale la Corte ritiene che anche per detenuti pericolosi, i periodi di isolamento devono essere brevi, per quanto possibile poiché "complete sen-

---

[70] Cfr. R. Orlandi, *op. cit.*, 215.
[71] Simenovi v. Bulgaria, 12/5/2017, n. 21980/04.
[72] Idem, § 88. *Harakchiev and Tolumov*, §§ 203-214
[73] *Natoli c. Italia*, 9/1/2001, n. 26161
[74] *Ospina Vargas c. Italia*, 14/10/2004, n. 40750/98; *Ganci c. Italia*, 30/10/2003, n. 41576/98; *Viola c. Italia*, 29/6/2006, n. 8316/02; *Messina c. Italia*, 11/7/2006, n. 18059/06; *Indelicato c. Italia*, 6/7/2000, n. 31143/96; *Gallico c. Italia*, 28/7/2005, n. 53723/00.
[75] *Salvatore c. Italia,* 9/1/2001, n. 37827/97.
[76] *Labita*, cit., 130 ss; *Indelicato*, cit., § 36 ss.
[77] *Ganci*, cit., 19 ss; *Musumeci c. Italia*, 11/1/2005, n. 33695/96, § 32 ss.; *Enea c. Italia*, GC, 17/9/2009, n. 74912/01, § 71 ss.

sory isolation coupled with total social isolation can destroy the personality and constitute a form of inhuman treatment which cannot be justified by the requirements of security or any other reason"[78].

In relazione alle condizioni di detenzione la Corte ha individuato una violazione dell'art. 3 laddove non viene garantita la possibilità di accesso alla passeggiata all'aperto[79]; l'uso della toilette in privato[80]; areazione adeguata; l'accesso alla luce e all'aria naturali; acqua potabile o corrente; o a causa di pessime condizioni di trasporto[81]. Da ultimo ha condannato la Romania, con una sentenza pilota (a fronte di un evidente problema strutturale) avendo riscontrato quali criticità endemiche la mancanza di condizioni igieniche e sanitarie adeguate, la carenza di adeguati servizi, di pulizia nelle celle nonché la mancanza di luce[82]; da ultimo è stato condannato anche il Belgio per condizioni simili verificatesi a causa di uno sciopero del personale[83].

La Corte Europea, in particolare, ha poi esteso la tutela dell'art. 3 alle situazioni di *sovraffollamento carcerario*[84]. La negazione del diritto del detenuto a uno spazio vitale incomprimibile stravolge la pena trasformandola in un'autentica punizione corporale, che pregiudica "i connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale"[85]. Dopo la sentenza *Sulejmanovic c. l'Italia*[86], la Corte nel caso Torreggiani decide di intervenire con una sentenza pilota (articolo 46.1 della CEDU), in considerazione del problema strutturale e sistematico di sovraffollamento del sistema carcerario italiano per il quale è stato dichiarato uno stato di emergenza nel 2010[87]. Il problema del sovraffollamento carcerario è stato oggetto di sentenze pi-

---

[78] *Iorgov v. Bulgaria*, 7/7/2004, n. 40653/98.

[79] *Mathew v. Netherlands*, 29/9/2005, n. 24919/03.

[80] Cfr. da ultimo Stănculeanu c. Romania, 9/1/2018, n. 26990/15.

[81] Cfr. Dudchenko c. Russia, 7/11/2017, n. 37717/05; Kavkazskiy c. Russia, 28/11/2017, n. 19327/13; Pukhachev e Zaretskiy c. Russia, 7/11/2017, n. 17494/16; Valentin Baştovoi c. Repubblica di Moldavia, 28/11/2017, n. 40614/14; Domján v. Hungary, 23/11/2017, n. 5433/17.

[82] *Rezmives e altri c. Romania*, 25/4/2017, n. 61467/12.

[83] Clasens c. Belgio, 28.5.2019, n. 26564/16.

[84] F. Cecchini, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *DPC*, 23/1/2017.

[85] Corte Cost. n. 279/2013; A.Pugiotto, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici,* in *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa*, a cura di A. Bernardi-M. Venturoli, 2018,100. Su tale questione in Spagna, cfr. C. Rodriguez Yagüe, *Sobreplobación penitenciaria y estrategias de intervención: el caso español*, ivi, 297-310 ss., e su come la questione venga affrontata sia attraverso la costruzione di nuovi centri di detenzione sia attraverso riforme legislative che limitano l'intervento penale.

[86] *Sulejmanovic v. l'Italia*, 16/7/2009, n. 22635/03; cfr. M. Bortolato, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani e degradanti*, in *Questione giustizia*, 2009, n. 5, 111.

[87] *Torreggiani e Altri v. Italia*, 8/1/2013, n. 43517/09; *Stella e altri c. Italia*, 25/9/2014, n. 49169/09; *Rexepi e altri c. Italia*, 25/9/2014, n. 47180/10, in *DPC*, 7/11/2015, con nota di A. Martufi.

lota anche contro la Bulgaria, l'Ungheria[88], la Polonia[89].

Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e il trattamento o la pena disumana o degradante nelle sue relazioni annuali generali ha sottolineato diverse volte che il sovraffollamento è una questione di rilevanza diretta per il suo mandato. Secondo la valutazione del CPT, una cella dovrebbe essere di 7 m.q., 2 m. o più tra le pareti e 2,5 m. tra piano e soffitto, e nelle celle a più posti una superficie di almeno 4 mq[90].

La Corte Europea non accoglie le indicazioni del CPT e individua nei 3 mq il valore limite sotto il quale la mancanza di spazio in sé stessa – a prescindere dalla presenza di altri elementi negativi – è tale da violare l'art. 3 C.e.d.u.[91]; quando la superficie sia pari o superiore al limite dei 3 mq, ma inferiore a quello di 4 mq – auspicato dal C.p.t. –, può configurarsi un trattamento inumano o degradante a condizione che, oltre all'esiguità dello spazio, siano riscontrabili anche altre significative carenze (ad es., l'insufficiente aerazione o illuminazione della cella, i tempi di permanenza all'aperto eccessivamente limitati …)[92].

Non sono mancate incertezze, tuttavia, nella giurisprudenza della Corte laddove, ad esempio nel caso *Muršič c. Croazia*, ha rimesso in discussione che la detenzione in uno spazio inferiore ai 3 metri rappresenti un'automatica violazione dell'art. 3 Cedu, imponendo una valutazione multifattoriale che consideri il dato temporale, specialmente se il detenuto ha vissuto in condizioni inadeguate per periodi contenuti e non consecutivi[93]. La giurisprudenza di Strasburgo, inoltre, ammette deroghe al limite minimo dei tre metri, in particolare laddove il detenuto gode di una grande libertà di movimento per tutta la struttura detentiva[94], pur ribadendo che «regime

---

[88] *Neshkov c. Bulgaria*, 27/1/2015, n. 36925/10 e ss., §§ 282 ss.; *Varga v. Hungary*, 10/3/2015, n. 14097/12 e ss., § 105.

[89] *Orchowski v. Poland*, 22/10/2009, n. 17885/04; *Sikorski v. Poland,* 22/10/2009, 17599/05; Ananyev v. Russia, 10/1/2012, n. 42525/07 e 60800/08; *Vidish v. Russia*, 15/3/2016, n. 53120/08; *Zakshevskiy v. Ucraina*, 17/3/2016, n. 7193/04; Bigović v. Montenegro, 19.3.2019, n. no. 48343/16.

[90] Cfr. *Khuroshvili v. Greece*, 12/12/2013, n. 58165/10, § 82. Cfr. C.Rodriguez Yague, cit., 309.

[91] *Sulejmanovic*, cit., § 43; *G.C. v. Italia*, 22/04/2014, n. 73869/10, § 76; *Telissi c. Italia,* 5/3/2013, n. 5097/08, § 50; sulle incertezze della Corte Edu circa l'opportunità di tenere conto nel calcolo dello spazio del mobilio o dei servizi igienici, cfr. A. Albano-F. Picozzi, *Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell'arte*, in *AP*, 2015, 1 ss.; Id., *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario,* in *CP*, 2014, 2398; *Le modalità di computo dello spazio individuale minimo intramurario*, in *CP*, 2017, 2875 ss.

[92] *Moiseyev v. Russia*, 9/10/2008, n. 62936/00; *Vlasov v. Russia*, 12/6/2008, n. 78146/01; *István Gábor Kovács v. Hungary*, 17/1/2012, n. 15707/10; *Belevitskiy c. Russia*, 1/3/2007, n. 72967/01, §§ 73-79.

[93] *Muršič c. Croazia*, 12/3/2015, n. 7334/13; A. Pugiotto, *La parabola del sovraffollamento*, cit., 97; F. Fiorentin, *Il vaso di Pandora scoperchiato*, in *Arch. Pen*., 2015, n. 3, 1 ss.

[94] *Valasinas v. Lithuania*, 24/7/2001, n. 44558/98, §§ 103 e 107; cfr. *Dulbastru c. Romania*, 8/7/2014, n. 47040/11, § 34

semi-aperto [...] non può costituire di per sé una soluzione alla mancanza di spazio individuale»[95].

5.2. La violazione del diritto alla salute come trattamento disumano e degradante

Pur non essendo previsto un diritto alla salute nella Convenzione Edu, la Corte di Strasburgo ha però progressivamente esteso la tutela convenzionale anche a questo diritto, tramite una interpretazione evolutiva ed estensiva di altre disposizioni della Convenzione (art. 2, art. 8), e soprattutto dell'art. 3[96]. Si tratta, tuttavia, di una forma di tutela indiretta, di riflesso, che sconta la mancata individuazione di un «*nucleo irriducibile del diritto*»[97]. In materia la Corte ha elaborato una serie di principi.

La Corte riconosce, innanzitutto, che le misure che privano una persona della sua libertà possono spesso compromettere il diritto alla salute, pur precisando che l'art. 3 Cedu non può essere interpretato nel senso che prevede l'obbligo generale di liberare un detenuto per ragioni di salute o di collocarlo in un ospedale civile per consentirgli di ottenere un particolare tipo di trattamento medico[98]; lo Stato, piuttosto, deve assicurare che, pur nelle condizioni imposte dalla reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano adeguatamente garantiti, tra l'altro, fornendogli la necessaria assistenza medica[99].

Si deve tener conto, in particolare, di tre elementi per esaminare la compatibilità delle condizioni di salute con lo stato di detenzione: a) la condizione del detenuto, b) la qualità dell'assistenza e c) la compatibilità della continuazione della detenzione con lo stato di salute del ricorrente[100]. Corrispondentemente il diritto alla salute si specifica per la Corte in tre «*obligations particulières*»: verificare che il detenuto sia in condizioni di salute tali da poter scontare la pena, somministrargli le cure mediche necessarie e adattare, ove necessario, le condizioni generali di detenzione al suo particolare stato di salute[101] (rientra in quest'ultimo l'obbligo di rimuovere gli ostacoli

---

[95] *Bujorean c. Romania*, 10/6/2014, n. 13054/12, §§ 28, 29 e 30

[96] A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu)*, in DPC Riv. Trim., 214; A.Martufi, cit. 179;

[97] Così F. Cecchini, op. cit.

[98] *Contrada c. Italia (n. 2)*, cit., § 93; *Sakir c. Greece*, 24/3/2016, n. 48475/09.

[99] Cfr. *Aerts V. Belgium*, 30/7/1998, n. 61/1997/845/1051, §§ 64 e ss.; *Contrada c. Italia (n. 2)*, cit., § 79 ss.; Petukhov v. Ucraina, cit., § 139 ss.

[100] *Farbtuhs v. Lettonia*, 2/12/2004, n. 4672/02, § 53 e *Sakkopoulos v. Greece*, 15/1/2004, n. 61828/00, § 39.

[101] *Xiros v. Greece*, 9/9/2010, n. 1033/07, § 73. Cfr. F. Cassibba-A. Colella, *Art. 3. Proibizione della tortura*, in G. Ubertis-F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino 2016, 74-75.

che impediscono alle persone affette da gravi handicap fisici di provvedere ai propri bisogni quotidiani, a tutela della propria integrità morale[102]). Qualora tali elementi conducano ad un esito negativo della verifica, nessun rilievo assume l'eventuale mancanza, in capo alla *publica potestas*, di una volontà di umiliare o degradare: l'art. 3 CEDU ben può essere violato da «inazione o […] mancanza di diligenza»[103].

La Corte ha invece escluso il raggiungimento della soglia minima di gravità nel caso Enea, relativo all'applicazione prolungata del regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit, nei confronti di un detenuto «affetto da più patologie […] costretto a spostarsi su una sedia a rotelle [la cui] salute è peggiorata nel tempo»[104]. In questo caso, come emerge dalla *dissenting opinion* dei giudici Kovler e Gyulumyan, sembra che la valutazione delle condizioni di salute del detenuto subisca un'attenuazione in considerazione della sua pericolosità sociale e di esigenze di ordine pubblico[105].

La Corte fa rientrare nel diritto alla salute la garanzia di un ambiente salubre e caratterizzato da condizioni igieniche adeguate[106], questione che si pone spesso insieme alla problematica del sovraffollamento.

5.3. Il divieto di estradizione e di esecuzione del mandato di arresto europeo connesso al rischio di violazione dell'art. 3 CEDU

A partire dalla metà degli anni Ottanta si comincia a discutere il rapporto tra l'art. 3 della Convenzione *e il potere di estradizione e di espulsione dello Stato di allontanare dalla propria giurisdizione un individuo detenuto*. Nelle sentenze *Altun c. Repubblica Federale di Germania*[107], rispettivamente degli anni 1983 e 1984, la Commissione afferma per la prima volta che esiste una responsabilità per lo Stato membro, ai sensi dell'art. 3, in ordine ai pre-

---

[102] *Vincent v. France*, 24/10/2006, n. 6253/03, § 104 ss.; Price, cit., § 29; A.Martufi, *op. cit.*, 186.

[103] *Scoppola v. Italy*, 10/6/2008, n. 50550/06, § 49; cfr. *Blokhin c. Russia*, 23/3/2016, n. 47152/06; *Cara-Damiani c. Italia*, 7/2/2012, n. 2447/05; *Cirillo v. Italia*, 29/1/2013, n. 36276/10; *Contrada v. Italia* (n. 2) 11/2/2014, *n. 7509/08*; *Butrin c. Russia*, 22/3/2016, n. 16179/14; *Prestieri c. Italia*, 29/1/2013, nn. 66640/10; *Telissi c. Italia,* 5/3/2013, n. 5097/08. Cfr. V. Manca, *La Corte dei diritti dell'uomo torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti*, in *DPC*, 7/11/2014.

[104] *Enea v. Italy*, GC, cit., § 61-65.

[105] Cfr. A. Colella, *op. cit.*, 241-242, che cita anche *Raffray Taddei v. France*, 21/12/2010, n. 36435/07.

[106] *Kouzmin c. Russia*, 18/3/2010, n. 58939/00; *Vlassov c. Russia*, 12/6/2008, n. 78146/01; *Kantyrev c. Russia*, 21/6/2007, n. 37213/02, § 50-51; Rooman v. Belgium, 18/7/2017, no. 18052/11.

[107] Commissione, 3.5.1983, n. 10308/83, pp. 219-220; *Kirkwood c. Regno Unito* (Commissione), 12.03.1984, n. 10479/83, 183.

vedibili maltrattamenti cui andrebbe incontro il detenuto che venisse espulso o estradato in un paese terzo. Si può trattare del rischio di subire tortura (in ci rientrano, ad esempio le pene corporali in Iran[108]), ma anche trattamenti disumani e degradanti[109]. Il rischio deve essere attuale e concreto, come si legge nella già ricordata sentenza *Soering c. Regno Unito*[110], vero e proprio *leading case* in materia. La Corte con un'interpretazione estensiva, ha progressivamente adottato un approccio più garantista verso la persona oggetto della misura di allontanamento, riducendo la soglia minima di rischio ai fini dell'individuazione della violazione. Nella sentenza *Saadi c. Italia*[111], infatti, la Corte ha riconosciuto una responsabilità dello Stato parte per il solo fatto di avere esposto un individuo al rischio di violazioni, mentre nella sentenza *Abdolkhani e 444 c. Turchia*[112], si individua una responsabilità anche nell'ipotesi in cui lo Stato membro abbia conoscenza (o sia ragionevole pensare che l'abbia) del fatto che il luogo di destinazione finale della persona allontanata non sia il primo Paese indicato (tappa intermedia), bensì un altro successivo (luogo definitivo) in cui il rischio di condotte lesive sia reale e attuale[113].

In altri casi la Corte ha applicato l'ulteriore criterio fondato sull'esame di un rischio *speciale*, legato specificatamente alla persona ricorrente. Nel caso *A. c. Paesi Bassi*[114], oggetto della sentenza era una possibile espulsione del ricorrente verso la Libia dove in passato aveva militato nel partito politico di opposizione; questi obiettava che a causa delle rivelazioni fatte sul gruppo politico di appartenenza, avrebbe rischiato di subire maltrattamenti contrari all'art. 3[115]. Tale approccio è confermato in un momento in cui il rinvio in Paesi noti per la pratica di tortura e maltrattamenti avviene con una frequenza preoccupante in nome della "*guerra al terrorismo*"[116].

Anche l'impossibilità di ricevere cure adeguate[117] o, come affermato nel caso Soering, di subire le condizioni connesse al *sovraffollamento* carcerario possono integrare un *serio* rischio, purchè sia *concreto e attuale*, e non una mera possibilità (come precisato nel caso D.L. c. Austria in relazione alla

---

[108] G.S. c. Bulgaria, 4.4.2019, n. 36538/17.
[109] G.S., cit., § 81; *Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom*, 10.4.2012, n. 24027/07, §§ 169-76; *Harkins and Edwards v. the United Kingdom*, 17.1.2012, n. 9146/07 and 32650/07, §§ 121-28.
[110] *Soering*, cit., §88; da ultimo G.S. , cit., § 86; A.M., cit., § 117.
[111] *Saadi*, cit., 126.
[112] *Abdolkhani e Karimnia v. Turkey*, 22/9/2009, n. 30471/08, § 88.
[113] *Mamatkulov e Abdurasulovic v. Turkey*, 6/2/2003, n. 46827/99 s.; *Chamaïev e 12 altri c. Georgia e Russia*, 12/4/2005, n. 36378/02.
[114] *A. c. Paesi Bassi*, 27/07/2010, n. 4900/06, §141 e ss.
[115] Nel caso 19/12/2017, A. c. Svizzera; 1/2/2018, M.A. v. France, n. 9373/15; 6/2/2018, Akimenkov c. Russia, n. 2613/13 and 50041/14.
[116] *Saadi*, cit., § 126.
[117] *D. c. Regno Unito*, 2/5/1997, n. 30240/96, §§ 54.

violazione potenziale delle garanzie convenzionali – artt. 2 e 3 – sul presupposto – criticato dalla Corte – che le prigioni kosovare siano, nel loro complesso, il teatro di violenza diffusa o sistematica nei confronti dei prigionieri).

Nella realtà delle carceri a livello globale è inverosimile trovare una struttura detentiva che non abbia in sé i sintomi del sovraffollamento o in cui lo stato di detenzione sia impeccabile, specie nelle carceri delle grandi metropoli americane, sudamericane e asiatiche. La Corte dunque si è trovata sempre più spesso a dover trovare un equilibrio tra il principio della sentenza *Soering* e la realtà delle condizioni di reclusione nei Paesi extra europei, al punto che sembra che la Corte adotti criteri meno severi laddove debba decidere sui rischi di subire trattamenti vietati dall'art. 3 al di fuori dei confini di competenza della Cedu[118].

Anche la Corte di Giustizia ha stabilito che l'esecuzione di un mandato di arresto europeo debba essere rinviata se sussiste un rischio concreto di trattamento inumano o degradante a causa delle condizioni di detenzione dell'interessato nello Stato membro di emissione del mandato[119] *e in particolare verso paesi condannati per sovraffollamento carcerario*[120]. Occorre ricordare che l'art. 1 § 3, l'art. 5 e l'art. 6 § 1 della decisione quadro 2002/584 /GAI relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI, devono essere interpretati nel senso che, in presenza di elementi obiettivi, affidabili, precisi e aggiornati che dimostrino l'esistenza di carenze nelle condizioni detentive, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve verificare in modo concreto e preciso se sussistano motivi seri e fondati per ritenere che la persona, oggetto del MAE, corra il rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti, ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in caso di consegna allo Stato membro di emissione. La Corte di Giustizia insiste sulla "individualizzazione" del rischio: la presenza di deficienze sistemiche nel sistema penitenziario di uno Stato Membro non basta di per sé a legittimare una deroga all'ordinario svolgimento della procedura del mandato d'arresto europeo, laddove, ad esempio, lo Stato emittente garantisca la collocazione della persona all'interno di un istituto non soggetto a tale problema[121].

La dottrina evidenzia, però, la portata essenzialmente *procedimentale* del principio affermato dalla Corte, nel senso che la constatazione del rischio di

---

[118] A. Dias Vieira, *Significado de Penas e Tratamentos Desumanos, Análise Histórico-Jurisprudencial Comparativa em Três Sistemas Jurídicos: Brasil, Europa e Estados Unidos*, 2007.

[119] Corte di Giustizia Ue, GC, 5/4/2016, *Aranyosi e Caldararu*, cause C-404/15 e C-659/15 PPU.

[120] *Varga e altri v. Hungary*, 10/3/2015, nn. 1409/12, ss.; *Bujorean v. Romania*, n. 13054/12, *Burlcu Constantin Aureliano v. Romania, n.* 51318/12, *e Mihai Laurentiu Marin v. Romania*, n. 13054/12, 10/6/2014.

[121] Corte di Giustizia, *Aranyosi e Caldararu*, cit., §§ 93-94.

violazione dei diritti fondamentali attiva in prima battuta un obbligo di consultazione tra le due autorità giudiziarie coinvolte. Se tale scambio di informazioni non consenta di escludere l'esistenza di un rischio individuale, la principale conseguenza non è l'abbandono immediato dell'esecuzione del mandato, bensì il suo rinvio (§ 98); la Corte ammette il rifiuto laddove l'esistenza del rischio non possa essere esclusa o superata "dans un délai raisonnable[122].

6. Obblighi positivi: tutela effettiva, indagine efficace e giusto processo

L'art. 3 della Convenzione, così come è stato interpretato dal giudice di Strasburgo, fa sorgere in capo agli Stati contraenti l'obbligo di avviare un'inchiesta effettiva ed ufficiale ogni qual volta vi sia la denuncia o il *sospetto ragionevole*[123] che siano stati compiuti atti di tortura o trattamento disumano o degradante ai danni di una persona sottoposta a custodia. Una qualsiasi violazione della tutela procedurale ha come diretta conseguenza l'annullamento degli effetti garantisti del divieto di tortura o trattamenti inumani o degradanti previsto dall'art. 3 della Convenzione, sul piano sostanziale "*Any deficiency in the investigation which undermines its ability to establish the cause of injury or the person responsible will risk falling foul of this standard*"[124].

L'obbligo positivo in analisi trova un riscontro normativo nella stessa *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* nell'art. 13 Cedu, il quale sancisce il diritto ad ottenere un *ricorso effettivo* contro qualsiasi violazione della Convenzione e nell'art. 6, che regola il diritto ad un *giusto processo*. Un ulteriore riferimento normativo è rappresentato dalla *Convenzione ONU contro la tortura* 1984, in cui all'art. 12 è possibile leggere, "*Ogni Stato Parte vigila affinché le autorità competenti procedano immediatamente ad un'inchiesta imparziale, ogni volta che vi siano motivi ragionevoli di ritenere che un atto di tortura sia stato commesso su qualsiasi territorio sottoposto alla sua giurisdizione*". La Corte nelle proprie sentenze ha spesso richiamato l'art. 12, statuendo che pur non essendo presente nella Cedu una disposizione parimenti esplicita non si può non interpretare lo strumento del ricorso effettivo come comprendente anche l'obbligo di indagine in ipotesi di maltrattamento, altrimenti le tutele sostanziali *ex* art. 3 perderebbero di forza. Non è ammissibile secondo la Corte che le autorità possano abusare degli individui posti sotto la loro custodia e rimanere impuniti a causa di un'indagine scarsa o mai avviata[125].

---

[122] Si veda F. Cancellaro, *La Corte di Giustizia si pronuncia sul rapporto tra mandato d'arresto europeo e condizioni di detenzione nello Stato emittente*, in *DPC*, 18/4/2016

[123] *Ay v. Turkey*, 22/03/2005, n. 30951/96, §§ 59-60.

[124] *Bati e a. v. Turkey*, 3/6/2004, n. 33097/96, 57834/00, §136.

[125] *Aksoy*, cit., §98. Da ultimo Krsmanović c. Serbia, 19/12/2017, n. 19796/14; Clasens c. Bel-

La Corte precisa, ad esempio nel caso *Bati e a. c. Turchia*[126], che lo Stato deve garantire un'indagine anche laddove manchi *una denuncia, ma comunque sussistano indicazioni sufficientemente chiare che il maltrattamento abbia avuto luogo.* Tale previsione, secondo la Corte, è particolarmente necessaria nei confronti di violenze su detenuti, poiché costoro versano in una condizione di forte vulnerabilità che può provocare un sentimento di paura, tale da frenare una denuncia[127]. Si prevede *un obbligo di avviare l'indagine d'ufficio*, indipendentemente dal verificarsi di condizioni di procedibilità (*Çağlayan c. Turchia*[128]), nonché l'obbligo di *instaurazione* del processo, qualora i risultati dell'indagine supportino una richiesta di rinvio a giudizio come evidenziato nel caso *Okkali c. Turchia*[129].

Inoltre, la Corte ricostruisce l'obbligo positivo in esame, a partire dall'art. 13 CEDU, come obbligo per gli Stati di avviare indagini *approfondite* ed *efficaci*, nonchè *tempestive* e *imparziali*, ogni volta vi sia una denuncia credibile da parte del detenuto[130]. Un'indagine efficace deve essere in grado di condurre all'identificazione e alla punizione dei responsabili, come precisato nel caso citato *Labita c. Italia*. A tal fine si pretende la *rapidità* dell'indagine e del giudizio[131]. Come corollario del requisito della celerità la Corte ha statuito che, in caso di prescrizione del reato durante il processo, si debba ritenere comunque violato l'obbligo positivo derivante dall'art. 3, poiché il rimedio in cui consiste il procedimento penale non è stato sufficiente per la vittima della violenza[132]; ciò avviene in particolare quando la prescrizione è conseguenza di una ingiustificata procrastinazione del procedimento penale[133].

In tale direzione la Corte ha sancito che in caso di violazione sostanziale dell'art. 3 da parte di agenti di polizia, la concessione di un'amnistia o di indulto non dovrebbe essere permessa[134]; non dovrebbe essere ammissibile una conclusione del processo a seguito di cause di estinzione del reato o della pena, ma si dovrebbe ottenere una sentenza nel merito[135]. In ogni caso, si ritiene che l'intervenuta amnistia nello Stato in cui si sono verificati gli epi-

---

gio, 28.5.2019, n. 26564/16; *Kanciał*, cit., § 89 ss.

[126] *Bati e a. v. Turkey*, 3/6/2004, n. 33097/96 57834/00, §133

[127] *Stanimirovic c. Serbia*, 18/10/2011, n. 26088/06, §§ 36-40; cfr. *Aksoy v. Turkey*, cit., §§ 97-100.

[128] *Çağlayan v. Turkey*, 21/10/2008, n. 30461/02, §§ 50-52.

[129] *Okkali v. Turkey*, 17/10/2006, n. 52067/99, § 65.

[130] *Zalyan and others v. Armenia*, 17/3/2016, n. 36894/04.

[131] *Slimani v. France*, 27/07/2004, n. 57671/00, § 27-32; *Selmouni*, cit. *Tomasi v. France*.

[132] *Erdal Aslan v. Turkey*, 2/12/2008, n. 25060/02 e 1705/03, §17; *Keser e Kömürkü v. Turkey*, 23/06/2009, n. 5981/03, §§ 15-17; *Alkes v. Turkey*, 16/2/2010, n. 3044/04, §§ 15-17.

[133] *Aşici v. Turkey*, 16/3/2010, n. 26625/04.

[134] *Okkali v. Turkey*, cit., §76; *Yeşil e Sevim v. Turkey*, 5/6/2007, n. 34738/04, § 38; *Yılmaz Erdoğan and others v. Turkey*, 14/10/2008, n. 19374/03, § 56; *Müdet Kömürcü v. Turkey n. 2*, 21/07/2009, n. 40160/05, § 29.

[135] *Turan Cakir v. Belgium*, 10/3/2009, n. 44256/06, § 42 e ss.

sodi 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, a partire dalla CAT e dall'art. 3 CEDU[136]. Gli indagati non dovrebbero poter rimanere in servizio, sarebbe più appropriata una sospensione in attesa della definizione delle loro responsabilità; a maggior ragione, in caso di comprovata colpevolezza, tali agenti dovrebbero essere licenziati[137].

La Corte evidenzia, poi, l'importanza dell'indipendenza e imparzialità dell'organo inquirente[138]. Nelle sentenze *Ipek c. Turchia* e *Çağlayan c. Turchia*, i giudici hanno ritenuto inadeguato l'organo inquirente perché subordinato gerarchicamente al Governatore, il quale a propria volta era legato alle forze di sicurezza nei cui confronti veniva svolta l'indagine[139].

Fermo restando che come si sottolinea nella sentenza *Antipenkov c. Russia*, "*an obligation to investigate is not an obligation of result, but of means*"[140] ovvero che non tutte le indagini possono concludersi positivamente o rispecchiare le affermazioni del ricorrente; non è deprecabile un'inchiesta che si conclude con un nulla di fatto se questa è stata condotta con serietà e diligenza.

In casi recenti la Corte ha condannato l'Italia, tra l'altro, per la mancanza di indagini efficaci nei confronti di forze dell'ordine accusate di tortura come nel caso Cestaro[141].

La Grande Camera richiama, infine, gli Stati al dovere positivo di fornire la formazione necessaria alle forze dell'ordine in modo che nessuno venga sottoposto a tortura o trattamenti in contrasto con l'art. 3 CEDU[142].

6.1. Onere della prova

L'impegno della Corte ad assicurare l'avvio delle indagini ogni qualvolta vi sia una denuncia da parte di un soggetto *in vinculis* è strettamente legata

---

[136] *Ould Dah v. France*, 17/3/2009, n. 13113/03, p.16 ss.

[137] *Yeşil and Sevim v. Turkey*, 5/6/2007, n. 34738/04, § 37.

[138] *Bati and a. v. Turkey*, cit., §135; vedi anche *Mikheyev c. Russia*, 26/1/2006, n. 77617/01, §§ 108-110.

[139] *Ipek v. Turkey*, 17/2/2004, n. 25764/94, §174; *Çaglayan*, cit., § 49; *M. e a. c. Italia and Bulgaria*, 31/7/2012, n. 40020/03.

[140] *Antipenkov v. Russia*, 15/10/2009, n. 33470/03, § 62.

[141] *Cestaro v. Italy*, 7/07/201, n. 6884/11. Sui meccanismi previsti per garantire tale obbligo positivo in Italia cfr. G. Giostra, *Un pregiudizio 'grave e attuale'? a proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35*-ter *ord. penit.*, in *DPC*, 24/1/2015; C. Masieri, *La natura dei rimedi di cui all'art. 35*-ter *ord. pen*, ivi 22/7/2015.

[142] 23/2/2016, n. 44883/09; *Davydov and Others v. Ukraine*, 31/8/2010, n. 17674/02 e 39081/02; Bouyidin, cit.

alla giurisprudenza dell'organo europeo in tema di onere probatorio.

In considerazione della gravità dell'accusa in esam, la Corte ha dapprima imposto all'accusa una rigorosa prova della condotta lesiva, in base allo standard penalistico dell' "*oltre ogni ragionevole dubbio*", perlomeno attraverso indizi gravi, precisi e concordanti ("*such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact*", come previsto, ad esempio, dall'art. 192 c.p.p. italiano) come affermato nel risalente caso *Irlanda c. Regno Unito*[143]. A partire dagli anni Novanta, la Corte ha mutato il proprio orientamento con le sentenze *Tomasi c. Francia* (e poi *Selmouni c. Francia*)[144], nelle quali stabilisce una "*presunzione di responsabilità*" in capo alle autorità statali, ripartendo l'onere della prova tra ricorrente e Stato convenuto. Il primo deve provare le violenze subite in base allo standard dell'oltre *ogni ragionevole dubbio*, anche attraverso *un insieme di indizi o di presunzioni, non contestate dalla contro-parte, sufficientemente gravi, precisi e concordanti*[145]. Il *nesso causale* intercorrente tra le lesioni così dimostrate e la condotta degli agenti di polizia penitenziaria, è coperto dalla *presunzione della responsabilità*; spetta allo Stato convenuto provare che i fatti si siano svolti diversamente[146] rispetto a quanto affermato dal ricorrente (dimostrare che le violenze inflitte alla vittima non erano tali da integrare la gravità minima necessaria per la violazione dell'art. 3; oppure che le lesioni erano pregresse all'arrivo in carcere o auto procurate durante la detenzione, ovvero inflitte in un contesto in cui l'uso della forza si era qualificato come necessario e proporzionato)[147].

La Corte giustifica l'uso di simili presunzioni in base alla considerazione che le persone in custodia sono in una posizione vulnerabile e le autorità hanno il dovere di proteggerle[148]. Una simile presunzione opera, come precisato dalla Grande Camera, anche nel caso di soggetto sottoposto a un controllo di identità o all'interrogatorio che ne consegue[149].

---

[143] *Ireland v. the United Kingdom*, cit., § 162.

[144] *Tomasi*, cit., § 110; *Selmouni*, cit., § 87 s.; *Ribitsch*, cit., § 34; *Khadzhialiyev and o. v. Russia*, 6/11/2008, n. 3013/04, § 80-86; *Nikolay Fedorov v. Russia*, 5/4/2011, n. 10393/04; P. Pustorino, *Commento all'art. 3*, cit., 76; A. Colella, *op. cit.*

[145] *Irlanda c. Regno Unito*, cit. §161; *Aydin v. Turkey*, 25/9/1997, n. 23178/94, § 73; *Selmouni*, cit., §88; *Pantea c. Romania*, 3/6/2003, n. 33343/96, §181.

[146] Cfr. A. Esposito, *op.* cit., pp. 238-239; A. Colella, *C'è un giudice a Strasburgo*, in *RIDPP* 2009, 1801.

[147] Bouyidin, cit., § 83; *Kanciał*, cit., 73; Salman, cit., § 100; *Rivas v. France*, 1/4/2004, n. 59584/00, § 38; *Turan* Çakır *v. Belgium*, 10/3/2009, n. 44256/06, § 54, 10; Sadkov v. Ukraine, 6/7/2017, n. 21987/05; *Mete and Others v. Turkey*, 4/10/2012, n. 294/08, § 112; *Gäfgen*, cit., § 92; *El-Masr*i, cit., § 152.

[148] Bouyidin, cit., § 83.

[149] Bouyidin, cit., § 83. Per un recente caso in cui si contesta la violazione dell'art. 2, C. eur. Dir. uomo, 23 maggio 2019, Chebab c. Francia, n. 542/13, in cui pur considerando legittimo ai sensi dell'art. 2 l'uso della forza da parte della polizia (§ 84), si contesta la violazio-

Con ogni probabilità, a fondamento dell'evoluzione dello standard probatorio vi è la considerazione della Corte per cui, in un sistema chiuso e isolato come quello carcerario, è più facile per l'amministrazione penitenziaria raccogliere elementi sufficienti a dare prova del reale svolgimento dei fatti, anziché per la vittima delle violenze, vera e propria parte debole della vicenda. In tale direzione emerge, allora, una interconnessione biunivoca tra l'obbligo positivo di avviare un'indagine adeguata ed efficace in caso di denuncia di maltrattamenti da parte di soggetti detenuti e lo standard probatorio richiesto in sede di giudizio affinché si possa ritenere violato il divieto di cui all'art. 3. Uno Stato che volontariamente conduca una indagine scarsa in merito alle doglianze di un detenuto, potrebbe provocare una carenza di prove in sede dibattimentale, tale da non soddisfare l'onere probatorio richiesto, rischiando al massimo una condanna per violazione di obblighi positivi e non di diritto sostanziale[150].

La Corte sottolinea che l'inversione dell'onere della prova non esime il ricorrente dal provare i maltrattamenti, ma ammette che ciò avvenga con i pochi mezzi a disposizione del detenuto; ha dato particolare rilievo alla qualità delle prove fornite dallo Stato per confutare le accuse, nonché ai rapporti del CPT e alla casistica precedente, circa le condizioni di detenzione, riguardante lo Stato accusato[151].

7. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sull'ergastolo ostativo

Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte europea l'ergastolo non è di per sé incompatibile con l'art. 3 Cedu a condizione che non sia gravemente sproporzionato rispetto al fatto commesso; che la sua esecuzione sia funzionale ad uno degli scopi della pena e, soprattutto, che nell'ordinamento sussista la possibilità *de iure* o *de facto* che l'ergastolano sia rimesso in libertà[152], concedendo dei meccanismi di uscita che saranno definiti (atecnicamente) liberazione condizionale, facendo riferimento non al solo istituto della riduzione della pena detentiva per effetto della buona condotta, ma altresì a qualsiasi forma di anticipazione del fine-pena rispetto a quello fissato con il provvedimento di condanna.

---

ne dell'art. 2 in combinato disposto con l'art. 1 come obbligo positivo di indagini rapide ed effettive anche quando la vita di una persona viene messa in pericolo (§ 88) (indagini su iniziativa del ricorrente, lacune, irregolarità procedurali) (§ 85 ss. – 95 – 101).

[150] Cfr. *Labita c. Italia*, cit.

[151] *Ananyev and o. v. Russia*, 10/1/2012, n. 42525/07, §§ 121-130; *Isayev and o. v. Russia*, 21/6/2011, n. 43368/04, §§ 122-133; *Vilvarajah v. The United Kingdom*, 30/10/1991, n. 13163/87, § 111.

[152] A. Pugiotto, *Una* quaestio, cit., 11.

In diverse sentenze la Corte EDU, pur sancendo che l'ergastolo senza possibilità o speranza di liberazione costituisse un trattamento inumano o degradante in contrasto con l'art. 3 della CEDU[153], considerava la scelta di uno Stato di adottare uno specifico sistema di giustizia penale, compresi i meccanismi sulla revisione della pena e l'eventuale liberazione, come non sottoposti alla sua competenza, cosicché la semplice possibilità di una decisione del potere esecutivo con cui si ordina la liberazione di un soggetto detenuto a vita veniva considerata sufficiente per scongiurare la violazione dell'art. 3[154], anche se si trattava di *una decisione arbitraria da parte del ramo esecutivo dello Stato e non* si contemplava nessun obbligo di comunicare le ragioni del rifiuto e nessun controllo giudiziario della decisione[155].

Nel caso *Vinter e altri*[156] del 2013, la Grande Camera pronuncia una sentenza storica, assumendo un orientamento più rigoroso in termini di rispetto dei diritti del detenuto. La Corte stabilisce, dopo un esame – anche comparativo – del diritto europeo ed internazionale in materia, che in relazione alla pena dell'ergastolo l'art. 3 debba essere interpretato nel senso che impone la riduzione della pena, attraverso un riesame che consenta alle autorità nazionali di valutare se si sia verificato nella vita del detenuto un cambiamento così significativo, nonché un tale progresso in termini di riabilitazione durante l'esecuzione della pena, da non poter più giustificare la prosecuzione della detenzione per legittimi motivi penitenziali.

In questa sentenza si è affermato che *la riabilitazione (rieducazione) costituisce un obiettivo fondamentale della pena*, che sarebbe impossibile da perseguire se la pena dell'ergastolo non venisse mai riesaminata.

La Corte, inoltre, impone la *prevedibilità* della revisione della pena dell'ergastolo proprio al fine di "confermare la riabilitazione come scopo della pena.....(§ 101)". Il principio della *prevedibilità* della pena, unitamente al principio di legalità, impone la *prevedibilità della revisione* della pena dell'ergastolo, incoraggiando così la partecipazione del detenuto al programma di riabilitazione; nel caso in cui la pena fosse irriducibile secondo il diritto interno, sarebbe arbitrario pretendere che il detenuto si adoperi per rieducarsi senza sapere se, in una data futura, non specificata, sarà introdotto un meccanismo che gli permetterà, sulla scorta di quella riabilitazione, di essere

---

[153] *Sawoniuk v. United Kingdom*, 29/5/2001, n. 63716/00*; Einhorn v France,* 19/7/2001, n. 71555/01; *Leger v France*, 11/4/2006, 19324/02, § 92; *Kafkaris v Cyprus*, GC 12/2/2008, n. 21906/04; *Harkins and Edwards v. United Kingdom*, 17/1/2012, in *DPC*, 4/4/2012, con nota di F. Viganò; *Babar Ahmad v. United Kingdom*, 10/4/2012, n. 24027/07 ss., in *DPC*, 14/5/2012, con nota di C. Parodi.

[154] A. Demetriades-S. Bartolini-T. Christodoulidou, *Life Imprisonment as Inhuman and Degrading Treatment*, in *EHRLR*, 2008, 656-660: *Harkins and Edwards*, cit.; *Vinter v. United Kingdom*, 17/1/2012, n. 9146/07 e 32650/07.

[155] Id., 660.

[156] *Vinter and others v. United Kigdom*, GC, 9/7/2013, n. 66069/09, 130/10/3896/10, cit.

ammesso alla liberazione. Ne consegue che, se la legislazione nazionale non prevede la possibilità di un siffatto riesame, la pena della detenzione per tutta la vita non sarà conforme agli *standard* di cui all'art. 3 della Convenzione.

La violazione dell'articolo 3 si potrà ritenere sussistente solo quando si dimostra: (i) che la prosecuzione della detenzione del ricorrente non può più essere giustificata per legittimi motivi penitenziali (come la punizione, la deterrenza, la protezione della collettività o la rieducazione); e (ii) la pena è irriducibile, *de facto* e *de iure*. La pena dell'ergastolo rimane riducibile e di conseguenza compatibile con l'articolo 3 quando esiste sia la "prospettiva della liberazione che la possibilità di revisione".

Sebbene non spetti alla Corte prescrivere la *forma* (esecutiva o giurisdizionale) che tale revisione debba avere, o determinare *quando* debba realizzarsi, nondimeno qualora la legislazione nazionale non preveda la possibilità di una tale revisione, la pena della detenzione a vita non si conforma agli *standard* dell'art. 3 della Convenzione[157].

La Grande Camera contesta, quindi, la mancanza di chiarezza dell'attuale normativa dell'Inghilterra e del Galles sulla prospettiva della liberazione dei soggetti condannati all'ergastolo; il *Prison Service Order* prevede che il rilascio sarà ordinato solo in "circostanze eccezionali" e "on compassionate grounds", vale a dire se un prigioniero è malato terminale o fisicamente incapace. Secondo la Grande Camera, queste sono condizioni molto restrittive che finiscono per negare agli ergastolani tanto una "prospettiva di liberazione" fondata su presupposti sufficientemente chiari e certi, quanto la "possibilità di revisione" del caso. La Corte ha espresso, inoltre, dei dubbi sul fatto che il rilascio compassionevole per il malato terminale o il soggetto fisicamente incapace possa essere considerato liberazione a tutti gli effetti o se invece non abbia semplicemente il significato di consentire al detenuto di morire a casa o in un ospedale, piuttosto che fra le mura di un carcere. Infatti, a giudizio della Corte, il rilascio compassionevole non rappresenta ciò che si intende con '*prospect of release*' (prospettiva di liberazione)[158]. La prospettiva di liberazione deve essere reale, sebbene non debba essere equivalente alla certezza del rilascio[159] e devono essere chiari i criteri in base ai quali può essere concessa in modo da risultare prevedibile.

Un altro principio emerge in questa sentenza, quello per cui, esaurita la funzione rieducativa della pena detentiva perpetua, debba cessarne l'esecuzione; ma, come evidenziato in dottrina, tale principio viene più chiaramente individuato sulla base di quella giurisprudenza della Corte che si è occupata della compatibilità convenzionale di sistemi che prevedevano meccanismi di revisione della condanna attivabili solo dopo lassi di tempo molto lunghi

---

[157] *Vinter*, 17/1/2012, cit., § 107-121.
[158] § 130.
[159] *Marek Szydlo, Case Note: Free Life after Life Imprisonment as a Human Right*, in *EuConst*, 9 (2013).

(30-40 anni): da tali pronunce emerge come la funzione retributiva della pena sia considerata dalla Corte un "legitimate penological ground for incarceration", ma che al tempo stesso tale funzione non possa mai giustificare, di per sé sola, una reclusione di durata superiore a 25 anni. Dopo tale termine, l'unica legittima funzione è quella rieducativa[160]. Del resto una pena detentiva troppo lunga rappresenta un ergastolo mascherato[161].

I principi espressi dalla Grande Camera in Vinter sono stati poi ripresi e specificati in una serie di altre sentenze, a partire dall'importante sentenza della grande camera Murray c. Paesi Bassi[162], che compendia e chiarisce i contenuti della Vinter sulla base di *cinque principi vincolanti*: il rispetto del principio di legalità (inteso, secondo i consueti parametri di Strasburgo come chiarezza e certezza del diritto applicabile); il principio dell'accertamento del fondamento funzionale per la prosecuzione della pena detentiva; il principio dell'accertamento entro scadenze predefinite (per i detenuti a vita, il termine di riferimento è di 25 anni); il principio delle giuste garanzie procedurali; il principio del diritto ad una revisione giurisdizionale delle decisioni in materia di early release.

Tali principi sono successivamente applicati da singole sezioni della Corte[163], negando la violazione dell'art. 3 CEDU perché la normativa scrutinata contempla un meccanismo idoneo a escludere l'effettività dell'ergastolo[164]; o accertandone l'incompatibilità convenzionale perché pena perpetua non riducibile[165]. Assolutamente condivisibile sembra la sentenza T.P. e A.T. c. Ungheria[166], in cui la Quarta Sezione considera in contrasto con l'art. 3 Cedu il sistema ungherese che preveda la revisione della sentenza di condanna all'ergastolo solo dopo quarant'anni di reclusione[167] o la recente sentenza

---

[160] Bodein v. France, 13/11/2014, n. 40014/10; *T.P. e A.T. v. Hungary*, 4/10/2016, n. 37871/14 e 73986/14.

[161] Cfr. N.Bernaz, *Life Imprisonment and the Prohibition of Inhuman Punishments in International Human Rights Law: Moving the Agenda Forward,* in *Human Rights Quarterly* 2013, 472.

[162] Murray v. The Netherlands, GC, 26/4/2016, n. 10511/10.

[163] Trabelsi, cit.; Lázló Magyar v. Hungary, 20 /5/2014, n. 73593/10; T.P. e A.T., cit.

[164] *Bodein*, cit.; *Čačko c. Slovacchia*, 22/7/2014, n. 49905/08.

[165] Öcalan v. Turkey (n.2), 18/3/2014, n. 24069/03 ss.; *László Magyar*, cit.; *Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria*, 8/7/2014, n. 15018/11 s.; *Kaytan v. Turkey*, 15/9/2015, n. 27422/05; Murray v. The Netherlands, cit.; *Trabelsi*, cit.

Trabelsi, cit.; *Harkins and Edwards*, cit.; *Laszlo Magyar*, cit.

[166] *T.P. e A.T. v. Hungary*, cit.; cfr. P. Bernardoni, *Ancora in tema di ergastolo e art. 3 CEDU: la Corte di Strasburgo pone un limite al margine di apprezzamento degli Stati?*, in *DPC*, 28/11/2016.

[167] Il procedimento "ordinario" di perdono presidenziale era già stato ritenuto incompatibile con la Convenzione nel caso Lázló Magyar, cit.; il mandatory pardon procedure è stato introdotto nel diritto interno proprio a seguito di tale giudizio (nel 2013, modificato nel 2015).

contro l'Ucraina[168], che prevede l'ergastolo senza alcuna prospettiva di revisione o di rilascio anticipato, tranne in caso di gravissima malattia o dell'intervento del provvedimento presidenziale di grazia, caratterizzato da indeterminatezza, imprevedibilità, e assenza di garanzie procedurali.

Da ultimo alla luce della precedente giurisprudenza la Corte Edu nel caso Viola ha dichiarato il contrasto con l'art. 3 CEDU della disciplina dell'ergastolo ostativo italiano (art. 4 *bis* ord. pen., l. 354/75, introdotto dalla l. 356/92) che subordina alla collaborazione giudiziaria (art. 58 *ter* ord. pen) l'accesso alla liberazione, in relazione a soggetti condannati per gravi reati, innanzitutto associazione di stampo mafioso e terrorismo, in base a una presunzione assoluta di pericolosità del soggetto che non collabora; presunzione che, come evidenzia la Corte (§ 27), ha l'effetto di privare il ricorrente di qualsiasi prospettiva realistica di liberazione [169]. Per contro la Corte ritiene correttamente che la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata soltanto dalla persistenza dell'adesione ai «valori criminali» e al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza, come riconosciuto – del resto – dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 306/1993, ma ad esempio può anche essere dovuta alla preoccupazione di non mettere in pericolo la propria vita e quella dei familiari. La Corte osserva che, mantenendo l'equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale, il regime vigente riconduce in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i reati sono stati commessi, senza tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi eventualmente compiuti a partire dalla condanna (§ 128). La Corte evidenzia che "la lotta contro questo flagello [la mafia] non può giustificare deroghe alle disposizioni dell'articolo 3 della Convenzione, che vieta in termini assoluti le pene inumane o degradanti". La domanda di grazia presidenziale e la domanda di sospensione della pena per motivi di salute non corrispondono "a ciò che ricomprende l'espressione «prospettiva di liberazione» utilizzata a partire dalla sentenza Kafkaris" (§ 133). In conclusione la Corte ritiene che «ergastolo ostativo» "limiti eccessivamente la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità di un riesame della sua pena. Pertanto, tale pena perpetua non può essere definita riducibile ai fini dell'articolo 3 della Convenzione" (§ 137); tale strumento di privazione coercitiva della libertà senza consentire il reinserimento e la possibilità di recuperare la

---

[168] Petukhov v. Ucraina (No. 2), 12.3.2019, 41216/13, § 168 ss. nella sua opinione dissenziente il giudice Albuquerque vorrebbe che ex art. 41 si prevedesse un sistema di riesame affidato all'organo giurisdizionale.

[169] Cfr. A.M. Maugeri, *La disciplina dell'ergastolo in Italia alla luce della giurisprudenza della Corte Edu: tra istanze abolizioniste e lotta al crimine organizzato*, en J. De León Villalba-B. López Lorca, *op. cit.*, 465 ss.-476 ss.; L. Eusebi, *L'ergastolo "ostativo". Traendo spunto dalla lettura del libro di Carmelo Musumeci*, in *Criminalia*, 2010, 675.

libertà viola "la dignità umana, che si trova al centro stesso del sistema messo in atto dalla Convenzione" (§ 136)[170]. Il 23 ottobre 2019 la Corte costituzionale italiana ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 bis, c. 1, ord. pen. nella parte in cui non prevede la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata[171]. Sempre che, ovviamente, il condannato abbia dato piena prova di partecipazione al percorso rieducativo. In virtù della pronuncia della Corte, la presunzione di "pericolosità sociale" del detenuto non collaborante non è più assoluta ma diventa relativa. Uno degli argomenti fondamentali contro la legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo è rappresentato dalla violazione del principio della rieducazione.

7.1. La contraddittoria giurisprudenza della Corte Edu dopo Vinter

Dopo la sentenza *Vinter* della Grande Camera, nella sentenza pronunciata dalla Court of Appeal in composizione ampliata nel caso McLoughlin, gli stessi giudici inglesi hanno affrontato il problema della conformità della disciplina nazionale in materia con l'art. 3 CEDU, ribadendo quanto affermato dalla giurisprudenza nazionale pre-Vinter; si sostiene che la violazione dichiarata dalla Grande Camera nel 2013 sia stata frutto di un errore di comprensione della normativa inglese da parte dei giudici europei.

In seguito a questa sentenza la Grande Camera della Corte Europea nel caso Hutchinson c. Regno Unito[172] ritorna a valutare la conformità della normativa britannica con l'art. 3 Cedu, giungendo alla conclusione che tale sentenza della Court of Appeal rende la normativa interna chiara e prevedibile, avendo superato il contrasto tra l'obbligo di applicazione "convenzionalmente orientata" della liberazione anticipata "*on compassionate grounds*", prevista dall'ordinamento in esame, e le restrittive disposizioni del Lifer Manual, emanato dal Secretary of State, contrasto che era stato la ragione principale della pronuncia di condanna emessa nei confronti del Regno Unito in Vinter.

---

[170] Nella sentenza n. 149/2018 la Corte dichiara l'incostituzionalità dell'art. 58 *quater* c. 4 ord. penit., – poiché determina l'"appiattimento all'unica e indifferenziata soglia di ventisei anni per l'accesso a tutti i benefici penitenziari indicati nel primo comma dell'art. 4 *bis* ord. penit." –, proprio alla luce della finalità rieducativa della pena; E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 7, 146.

[171] **[INSERIRE TESTO NOTA].**

[172] *Hutchinson v. United Kingdom*, GC, 17/1/2017, n. 57592/08.

La Grande Camera, pur riaffermando i principi della sentenza Vinter[173], ritiene che la natura *amministrativa* della procedura di revisione della condanna a pena perpetua non pone problemi di compatibilità convenzionale, trattandosi di aspetto rimesso alla discrezionalità del legislatore nazionale; i parametri-guida della revisione, – la Section 30 del Crime Act 1997 che attribuisce al Secretary of State il potere di liberare i condannati all'ergastolo quando ricorrano "*circostanze eccezionali"* "on compassionate grounds", sono considerati sufficienti, alla luce delle rassicurazioni fornite dalla sentenza McLoughlin in base alle quali l'espressione "exceptional circumstances" sarebbe fonte di un preciso obbligo per il Segretario di Stato di procedere ad una revisione della pena in ogni occasione in cui, alla luce dei progressi compiuti dal prigioniero nel percorso rieducativo, essa divenga priva di legittimo fondamento funzionale (in particolare, § 57). Il Segretario di Stato deve basarsi sulla giurisprudenza di Strasburgo nel compiere le sue valutazioni; tale obbligo, espressamente previsto dalla Court of Appeal, sarebbe fonte di chiarezza per i condannati a pena perpetua. Infine, per quanto riguarda il parametro temporale, il Segretario di Stato non ha l'obbligo di avviare d'ufficio la procedura di revisione. Tuttavia, la possibilità per il detenuto di rivolgersi a lui in qualsiasi momento sulla base della Section 30 garantisce, secondo la Corte, la compatibilità del sistema con l'art. 3 CEDU anche sotto tale profilo.

Questa sentenza sembra piuttosto discutibile in termini di rispetto dei principi della *rieducazione* della pena (che pretende la reale garanzia della liberazione condizionale) e della *certezza* del diritto, per quanto interpretato elasticamente alla luce di un sistema di *common* law, funzionali alla garanzia della libertà (per lo meno della speranza di libertà) e della dignità del detenuto ergastolano; rappresenta un passo indietro rispetto alla Vinter e ancora una volta esprime mere esigenze di opportunità politica nei rapporti tra la Corte e gli Stati.

Come osservato nella sua opinione dissenziente dal giudice Pinto de Albuquerque (cui aderisce in toto anche il giudice Sajó), non dovrebbero essere posti limiti alla penetrazione dei diritti umani nei sistemi interni. In particolare si osserva che la tesi sostenuta dalla Court of Appeal in McLoughlin contrasta con la lettera della legge vigente in quel paese: mentre la Section 30 del Crime (Sentences) Act del 1997 consente la liberazione solo "on compassionate grounds", la Court of Appeal vorrebbe che tale disposizione venisse interpretata come volta a garantire la liberazione del condannato a vita in tutti i casi in cui non sussista più alcun "legitimate penological ground for continued imprisonment", secondo quanto richiesto dalla giurisprudenza Vinter. Tale interpretazione non è compatibile con alcuna possibile lettura dell'espressione "compassionate grounds" e rimane aperto il problema della

---

[173] Id., §§ 42-45. Cfr. P. Bernardoni, *Molteplici volti della compassione: la Grande Camera della Corte di Strasburgo accetta le spiegazioni dei giudici inglesi*, in *DPC*, 11/4/2017.

chiarezza dei criteri a cui il Segretario di Stato deve fare riferimento nell'esercizio del suo potere di early release. Ad ulteriore conferma di quanto sostenuto, infine, il giudice Pinto propone diversi stralci di decisioni, tutte successive alla sentenza McLoughlin, nettamente orientate nel senso di ritenere l'imposizione del whole life order come una pena realmente perpetua, tale per cui "the defendant will die in prison"[174]. Si conferma come in tale decisione della Grande Camera siano prevalse discutibili esigenze di compromesso politico, su quelle della tutela dei diritti fondamentali.

8. La violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare)

La violazione dell'art. 8 Cedu è stata riconosciuta dalla Corte in relazione alle restrizioni dei contatti con il mondo esterno imposte ai detenuti; ad esempio le generalizzate restrizioni all'orario e alle modalità di visita dei familiari e le costanti intercettazioni degli incontri[175]. La Corte pretende, innanzitutto, che tali restrizioni siano realizzate nel rispetto delle prescrizioni e delle finalità imposte dallo stesso art. 8, § 2, e siano «necessarie, in una società democratica» per raggiungerli (il trattamento cautelare deve essere "individualizzato")[176]. Ad esempio è stata considerata necessaria in base al bilanciamento degli interessi in gioco il diniego di recarsi ai funerali del padre a una persona detenuta per crimini legati all'appartenenza all'organizzazione terroristica ETA[177].

In alcuni casi contro la Polonia, la Corte ha ritenuto che le disposizioni risultavano formulate in maniera troppo ampia finendo per conferire una discrezionalità pressoché illimitata all'autorità giudiziaria[178]; in alcune l'Italia è stata condannata per l'ingerenza delle autorità in violazione del diritto del ricorrente al rispetto della corrispondenza (8 § 1)[179].

---

[174] Cfr. D. van Zyl Smit-C. Appleton, *Life imprisonment and human rights*, Oxford 2016, 217 ss., i quali oltre a criticare tale esito della vicenda, evidenziano da una parte che anche dopo il rilascio il soggetto continua a essere sottoposto al controllo del probation service e può rientrare in prigione se sussistono indicazioni che rappresenti "a risk for public"; la sentenza della Supreme Court Osborn v The Parole Board nel 2013 ha sancito, comunque, il diritto a un esame di fronte al Parole Board affinchè consideri la possibilità di rilascio; gli autori esaminano anche un altro discutibile forma di ergastolo prevista nell'ordinamento inglese, l'"imprisonment for public protection", sections 224-236 Criminal Justice Act 2003.

[175] Chaldayev c. Russia, 28.5.2019, n. 33172/16, §59 ss.; Andrey Smirnov c. Russie, 13.12.208, n. 43149/10, § 38.

[176] Chaldayev ,cit., § 62-64.

[177] Guimon c. Francia, 11.4.2019, n. 48798/14.

[178] Gradek c. Polonia, 8/6/2010, n. 39631/06, § 45.

[179] *Annunziata v. Italy*, 7/7/2009, n. 24423/03, § 19**;** *Labita*, cit., §§ 175-185; *Calogero Diana v. Italy*, 15/11/1996, n. 15211/89, § 28-§ 33; *De Pace c. Italy*, 17/7/2008, n. 22728/03, §

In relazione a soggetti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41 *bis* ord. pen. la Corte ha per lo più riconosciuto che le restrizioni dell'art. 8 sono orientate a recidere i legami con l'organizzazione criminale d'origine, e costituiscono misure "opportune e proporzionate" rispetto al legittimo scopo di contrastare la criminalità organizzata di tipo mafioso[180].

Perché vi sia un'interferenza con il diritto del detenuto al rispetto della sua vita familiare, non è necessario un divieto assoluto alle visite familiari ma una limitazione non necessaria in una società democratica (due visite al mese dei genitori, da svolgersi sotto la supervisione della polizia penitenziaria e attraverso un vetro divisorio)[181].

La Corte ha individuato una violazione dell'art. 8 Cedu (anche se non si raggiungeva la soglia di gravità prevista dall'art. 3) nel caso *Dejnek c. Polonia*[182], in cui il ricorrente lamentava di essere stato sottoposto ad una serie di perquisizioni personali altamente invasive (cosiddette "*strip searches*") nel corso della detenzione.

9. Conclusioni

Nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento dei detenuti, come esaminato, vengono in considerazione diverse norme convenzionali, ma soprattutto l'art. 3. Dall'analisi svolta emerge come occorra distinguere a seconda che la violazione accertata sia la conseguenza della *pena concretamente eseguita* ovvero rilevi già sul piano *dell'astratta comminatoria edittale*.

Nella seconda direzione la Corte si occupa, innanzitutto, dell'ergastolo.

In relazione al primo profilo, grazie anche alla preziosa attività ispettiva del Comitato di Prevenzione della Tortura (CPT), la Corte ha progressivamente ampliato l'ambito di tutela dell'art. 3, divieto di trattamenti disumani e degradanti, fino a ricomprendervi anche le condizioni detentive. Per essere conforme al diritto convenzionale, l'esecuzione della pena deve garantire: il diritto del detenuto a non subire trattamenti disumani e degradanti laddove le *condizioni detentive* siano in contrasto con l'art. 3 Cedu; il riconoscimento di tutti gli altri diritti riconosciuti dalla Convenzione, ad eccezione del diritto alla libertà personale purchè sia legittimamente compresso ai sensi dell'art. 5

56; *Domenichini v. Italy*, 15/11/1996, n. 15943/90, § 28; *Petra v, Romania*, 23/9/1998, n. 27273/95, p. 2853, § 36; *Musumeci*, 11/1/2005, n. 33695/96, § 56. Tale normativa è stata modificata con l'entra in vigore dell'art. 18 *ter* ord. Pen. introdotto dalla legge n. 95/2004.

[180] Commissione Edu, Natoli c. Italia, 9/1/2001; Messina c. Italia, 28/9/2000, § 59 ss.; Argenti c. Italia, 10/11/2005, § 24 ss. Cfr. A. Martufi, *op. cit.*, 190.

[181] Andrey Smirnov c. Russia; violazione del diritto a a incontrare la figlia 29/1/2013, *Lombardo v. Italia*, n. 25704/11; *Cirillo v. Italia*, n. 36276/10.

[182] 1° /6/2017, *Dejnek c. Polonia*.

Cedu. La Corte ha precisato che le limitazioni dei diritti dei detenuti "previste dalla legge" debbono rispondere alle normali esigenze della detenzione, ma, per essere legittime, queste debbono altresì risultare *necessarie a conseguire uno scopo*, anch'esso, legittimo, con conseguente esclusione delle misure che importano un maggior sacrificio del diritto in questione[183] (principio di proporzione). In base alla più recente giurisprudenza una pena è "legittima" solo quando, in conformità all'art. 3, una persona sia detenuta "in condizioni che siano compatibili con il rispetto per la sua *dignità umana,* che le modalità e il metodo dell'esecuzione detentiva non lo sottopongano a stress o sofferenze di un'intensità eccedente l'inevitabile livello di sofferenza connessa alla detenzione e che, in considerazione delle pratiche necessità della condizione detentiva, la sua salute e il suo benessere siano adeguatamente assicurati"[184].

Il diritto alla dignità è la condizione previa, bilancia degli altri diritti, quale coscienza di avere il diritto di avere diritti[185].

Si distingue quindi la problematica delle misure che incidono sulla libertà residua del condannato, a partire dai regimi speciali alle condizioni della detenzione, dalle problematiche relative alle altre misure che limitano i diritti delle persone recluse.

La Corte, inoltre, ritiene imprescindibile per garantire effettivamente i diritti dei detenuti non solo riconoscere al detenuto il diritto ad agire in giudizio a tutela dei diritti violati da modalità restrittive qualificate come inumane e degradanti, ma anche imporre agli Stati l'obbligo *positivo* di perseguire le violazioni dei diritti in questione attraverso indagini diligenti, effettive, rapide, nonchè un processo giusto che raggiunga una sentenza nel merito.

Ma nonostante il ruolo di promotrice dei diritti dei detenuti svolto dalla Corte Edu (basti pensare alla condanna del sovraffollamento carcerario, del riconoscimento del diritto alla salute e all'integrità fisica, del diritto del detenuto ai rapporti con il mondo esterno), non mancano ancora oggi incongruenze e passi indietro nella sua giurisprudenza, – permessi dal suo modo di decidere fondato sul caso concreto e su tecniche argomentative quali il distinguishing che permette di valutare diversamente la fattispecie oggetto del caso e, se del caso, mutare orientamento interpretativo, ma soprattutto in virtù di un legal reasoning che supera il modello classico del sillogismo giudiziario in favore di strutture di ragionamento giuridico quali il bilanciamento degli interessi o il ricorso al test di proporzionalità.

---

[183] D. Van Zyl Smith-S. Snaecken, *Principles of european prison and policy*, Oxford 2011, 78; Y. Aray-Takahashi, *The margine of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the ECHR*, Intersentia Publishers 2002, 78.

[184] Kudła, cit., §§ 92-94; Rahimi v. Greece, no. 8687/08, § 60, 5 April 2011; 17/9/2009, Scoppola c. Italia, (n.2), § 42.

[185] Così N. Mazzamuto, *Ridentem dicere verum: quid vietat?*, in *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa*, cit., 127.

Basti pensare da una parte, all'importante riconoscimento della *finalità rieducativa* come funzione *della pena* con la sentenza Vinters v. United Kingdom della Grande Camera, seguita da Murray e altre, con la conseguente affermazione del contrasto con l'art. 3 Cedu della pena dell'ergastolo in mancanza di meccanismi giuridici certi e prevedibili che garantiscano il fine pena e l'uscita dal carcere (la liberazione condizionale), e, quindi, la stessa finalità rieducativa che presuppone appunto la *speranza* di uscire dal carcere; e per contro la successiva sentenza della grande camera Hutchinson c. Regno Unito[186], che si accontenta delle debolissime argomentazioni della Court of Appeal inglese in base alle quali la normativa inglese in materia sarebbe chiara e prevedibile.

In un'ottica di superamento strutturale dei problemi connessi alla detenzione e, in particolare, di quello che risulta un problema assolutamente diffuso come il sovraffollamento carcerario, sembrano infine assolutamente apprezzabili, e dovrebbero rappresentare delle direttive per ciascun legislatore, le indicazioni del Comitato dei Ministri con la Raccomandazione (99)22 che hanno evidenziato la necessità di una strategia volta a prevenire il sovraffollamento attraverso, innanzitutto, una politica criminale coerente e razionale diretta alla prevenzione della delinquenza e al reinserimento sociale dei deliquenti, fondata su cinque principi basici: la utilizzazione della pena detentiva come extrema ratio solo quando le altre sanzioni siano inefficienti; la risposta al problema del sovraffollamento con la costruzione di nuovi centri di detenzione deve essere eccezionale non offrendo una soluzione definitiva al problema ("la popolazione carceraria aumenta parallelamente all'incremento della capacità acquisita dagli istitituti carcerari"); la previsione di un sistema adeguato di sanzioni e misure applicate nella comunità e la motivazione della magistratura al loro utilizzo; la decriminalizzazione di determinati tipi delittivi o la riforma per sottoporli a sanzioni alternative alla pena privativa della libertà; la previsione di una strategia coerente contro il sovraffollamento a partire da un'analisi delle fattispecie che prevedono pene detentive di lunga durata; la necessità di stabilire la capacità massima delle istituzioni penali al fine di evitare livelli eccessivi di sovrafollamento[187].

---

[186] Hutchinson c. Regno Unito, cit..
[187] C. Rodriguez Yague, *op. cit.*, 305.

OPERARE GIUSTIZIA NEGLI AMBITI DELLA RESTRIZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE

di Mauro Palma

Sommario: 1. A partire dalla giustizia. – 2. Il confine labile tra restrizione e privazione della libertà. – 3. Il paradosso della privazione della libertà in vari contesti.

Desidero innanzitutto ringraziare l'Università degli Studi "Roma Tre", il Dipartimento di Giurisprudenza, il Senato accademico e, in particolare, il Magnifico Rettore per l'onore del conferimento di questo riconoscimento accademico. Ringrazio altresì il Professore Ruotolo per la stima e la lunga esperienza di riflessione e ricerca attiva sviluppata in comune in questi anni; nonché tutte le persone – molte delle quali oggi presenti – che in questi anni hanno tenuto viva l'attenzione sul tema dei diritti di coloro che, per storie e motivi diversi, ne vivono il rischio della compromissione, nella contingente situazione dell'impossibilità di disporre del proprio tempo e del proprio autonomo agire: nonché tutti coloro che a tali persone dedicano professionalità e attenzione ai diversi livelli di azione di lavoro o di impegno volontario.

Con voi oggi presenti, voglio condividere alcune riflessioni sul tentativo di operare giustizia nel complesso e multiforme ambito della restrizione della libertà personale.

1. A partire dalla giustizia

"Giustizia" è parola che induce timore e che esige impegno. Parola da pronunciare con modestia, discrezione e con la consapevolezza del suo mai compiuto raggiungimento, così come della sua assoluta centralità in ogni contesto sociale che possa definirsi civile. Per questo chi si occupa dei sistemi normativi sia di natura etica, sia di natura giuridica deve sempre misurarsi con il tema della giustizia e chi ha il compito di vigilare sull'effettività dei diritti affermati deve focalizzare la propria azione sulla tendenza alla massima giustizia possibile. La giustizia ha a che vedere con il comportamento umano rispetto ad altri uomini, individualmente o collettivamente considerati, e con le reciproche relazioni tra l'individuo e l'organizzazione sociale di cui è parte. Le norme che tentano di rendere definito e certo il terreno dell'esercizio di giustizia, attraverso l'individuazione di un sistema di diritti tali che il comportamento dell'uno possa ritenersi 'giusto' nella misura in cui rispetta i diritti degli altri, devono avere nella definizione un carattere di generalità assoluta, pur nella loro evoluzione storicamente determinata, e nell'applicazione un carattere di misura e relazione. Chi vigila sulla loro applicazione e sui relativi esiti deve sempre tenere chiari questi due assi di riferimento: la

effettiva tassatività anche formale della norma e la sua capacità di modularsi nella situazione in esame, da cui discendono gli effetti della sua applicazione.

La Giustizia è sempre maestosa nella raffigurazione che ci viene consegnata da chi cerca di rappresentare allegoricamente l'ordine armonico dei rapporti tra le persone. Una affermazione maestosa che però è tanto più esplicita e resa simbolicamente evidente, quanto meno in realtà praticata nel contesto in cui vive chi la rappresenta. L'ideale di giustizia acquista visibilità iconica accentuata laddove rappresenta una tensione e non una situazione in atto. Lo era per le rappresentazioni classiche, così come lo è nel nostro misurarci con ciò che viene definito esercizio di giustizia attuato con gli strumenti del diritto.

Così Ambrogio Lorenzetti, per esempio, ci rappresenta il legame tra Sapienza, Giustizia e Concordia, ponendo la figura della Giustizia in trono – in modo simile anche a quanto rappresentato da Giotto una trentina di anni prima nella Cappella degli Scrovegni – quasi in una posizione di immutabile fermezza, promanata dalla Sapienza che la sovrasta; ed è quest'ultima a tenere la bilancia che la Giustizia è chiamata a far agire. L'autore, nel suo allegorico *Buon governo*, pone a coronamento il primo versetto del *Liber Sapientiae* – «Amate la giustizia voi che governate il mondo» – che anche Dante fa comparire in cielo nella formazione che le trentacinque anime tracciano via via come un disegno che si compone in trentacinque lettere ("*Mostrarsi dunque in cinque volte sette vocali e consonanti; ed io notai le parti sì, come mi parver dette*").

Dalla Sapienza discende l'amministrazione sia della giustizia distributrice, regolatrice in termini di proporzione dei rapporti pubblici, sia della giustizia commutativa che regola in equità aritmetica i rapporti tra singoli. Ma, nel grande affresco di Lorenzetti, dalla bilancia scendono due corde che vanno a dare senso alla Concordia – non una virtù, ma un obiettivo – posta a livello della terra, eppure nella proporzione, non reale ma simbolica, ben più grande delle figure che sono sul suo stesso piano rispetto all'osservatore. La Concordia, nel suo dare indicazione alla processione delle ventiquattro figure che rappresentano le città del territorio senese, riceve, appunto, le corde della Giustizia. È il suo naturale esito: accentuato proprio dalla presenza delle due corde, forse – come è stato osservato da Chiara Frugoni[1] – anche per un erroneo etimo della parola stessa come proveniente da *cum chorda* o per una implicita citazione ciceroniana nel *De Republica*, dove appunto l'armonia nel suono, anche di strumenti a corda, è assimilata al buon accordo nella città.

La Giustizia, quindi, proviene dalla Sapienza e determina la Concordia. Questa immagine ci interroga e pone subito la connotazione *relazionale*

---

[1] C. Frugoni, *Sentimenti e immagini del Medioevo*, in «Iter», n. 4, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 1999.

che il concetto stesso di giustizia porta con sé. Non è ancora la Giustizia strettamente punitiva, che misura con la sua bilancia mali e punizioni corrispondenti; quella Giustizia della misura retributiva che insegue falsamente la possibilità di un equilibrio, sempre asimmetrico tra aggressione subita, male sofferto e punizione dell'autore, a cui molte rappresentazioni successive e soprattutto molto dibattito del presente ci hanno assuefatto. Un'idea riduttiva dell'esercizio di giustizia, questa, che non considera l'impossibilità di un equilibrio, con solo due piatti e con strumenti uguali tra chi accede alla misura della bilancia da condizioni sociali, soggettive, relazionali totalmente dissimili. Alla Giustizia della bilancia così interpretata si può chiedere al più di non amplificare – come invece oggi accade – le differenze sostanziali che caratterizzano gli individui nella scena pubblica e che accedono alla sua misura. Si può – e si deve – invece chiedere alla Giustizia una capacità di regolazione tale che il suo esercizio effettivo si caratterizzi per la funzione inclusiva propria della diminuzione di tali differenze, ben conoscendo comunque la difficoltà che essa possa agire in tal senso in un contesto sociale che sulle disuguaglianze fonda i propri rapporti di costruzione materiale, simbolica e relazionale.

La giustizia agita, può essere solo un'approssimazione della Giustizia ipotizzata e ricercata. Un'approssimazione che avviene attraverso gli ordinamenti che la società è in grado di darsi nei diversi contesti storici del suo evolversi, attraverso lo strumento del diritto. Ma, tale strumento limitato ha un riferimento fissato in valori sapienziali, che sono da un lato le connotazioni della Giustizia e dall'altro le sue tensioni: sono frutto di storia e, quindi, mobili nella loro diacronia, ma intoccabili in ciascuno dei momenti in cui si enunciano.

Questi valori sapienziali sono racchiusi, nella mia visione dell'approssimazione che il diritto ci dà della Giustizia a cui un ordinamento deve tendere, nelle elencazioni dei diritti fondamentali che le Costituzioni fissano, quali diritti civili, sociali, politici in cui la comunità si riconosce, nonché, e soprattutto, quei diritti che attengono alla persona in quanto tale, all'*human being*, nudo rispetto a ogni altra connotazione. Questi diritti rappresentano il nocciolo del riconoscimento della persona stessa e, in una ipotesi classificatoria che riprendo da Luigi Ferrajoli[2], sono definibili come *diritti primari attinenti alla persona naturale*. La loro mobilità diacronica dipende, come ho già detto, dal loro essere frutto di vicende e lotte costruttrici di culture e dal loro potenziale evolversi, sicché qualcosa che oggi non riconosciamo come diritto proprio di ogni persona – per esempio il diritto all'altrove in ogni luogo, indipendentemente dai limiti posti dal confine e dalla sovranità – potrà esserlo domani. Ma, al contempo, sono assoluti nella loro sincronia

[2] L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Laterza, Bari, 2007, pp. 731-737.

attuale perché ciò che la contemporaneità ha portato ad affermare come diritto umano lo affermiamo per ogni persona in ogni luogo.

Difficile pensare in un contesto pre-contemporaneo all'affermazione che «tutti gli uomini nascono liberi e uguali in dignità e diritti» come impossibile non pronunciarla oggi per ogni persona e non misurare le norme che i nostri ordinamenti si sono dati e che via via adottano senza tenere salda l'assolutezza di tale affermazione. Un'affermazione che chi ha il compito di verificare le condizioni della privazione della libertà o di quelle restrizioni della stessa talmente rilevanti e dure da non permettere di fatto l'espressione della propria autodeterminazione, è chiamato a ribadire oggi con sempre maggiore frequenza e incisività.

Ma, la rappresentazione iconografica della Giustizia ha anche visto nel corso del tempo alcuni cambiamenti o accentuazioni simboliche indicativi del mutare delle attenzioni poste al concetto stesso di giustizia. Non solo il mutamento del significato della bilancia, da regolativo delle relazioni pubbliche e private a valutativo di un equilibrio tra punizione e male commesso; o anche una maggiore accentuazione della simbolica della spada che della Giustizia rappresentata costituisce un frequente attributo. Ha visto anche gli occhi bendati. Molti autori hanno scritto sulla rappresentazione bendata della Giustizia, dopo la sua comparsa derisoria, nell'incisione di autore ignoto – forse, per taluni, Albrecht Dürer – nell'opera dell'umanista alsaziano Sebastian Brant *La nave dei folli* (*Narrenshiff*) apparsa verso la fine del quindicesimo secolo (1494). La Giustizia è qui rappresentata con i consueti attributi di bilancia e spada ma è bendata da un folle posto dietro di lei. Ha osservato Adriano Prosperi, che a quella rappresentazione iconografica della Giustizia bendata ha dedicato un corposo saggio, che quell'immagine ha avuto un inatteso seguito nei secoli: «È tornata di continuo alla ribalta della comunicazione simbolica, con valori e significati diversi, addirittura opposti: nata […] come critica dei difetti dell'amministrazione della giustizia, fu ripresa e poi continuamente riproposta con valore positivo a indicare un modello ideale degno di approvazione: e i due modi di leggerla, quello negativo e critico e quello propositivo e propagandistico, si sono intrecciati in vario modo»[3]. Perché la benda è divenuta segno dell'imparzialità, sempre più ricercata via via che la società complessa e l'affermarsi di nuovi e diversi poteri hanno posto l'accento sul rischio di parzialità di chi giudica.

La cecità, che all'epoca di Brant era vista come difetto per chi doveva amministrare un compito che richiedeva sguardo ben acuto – da cui l'incisione derisoria – è stata poi letta diversamente dal non vedere in quanto bendati proprio per evitare il rischio dell'accecamento prodotto dall'esterno distraente; la benda è divenuta così protettiva perché «un giudizio senza benda

[3] A. Prosperi, *Giustizia bendata*, Einaudi, Torino, 2008, p. 8.

cede a quelli che cercano di corrompere la sua integrità perché li riconosce come *fautores*, *amici*, *consanguinei*, *familiares*, *divites*» – scrive il giurista Joos Damhouder nel commentare una incisione olandese del XVII secolo in cui la Giustizia ha due volti uno bendato e l'altro no[4], quello a occhi aperti è rivolto a un gruppo di autori di un furto, l'altro è bendato perché non vuol sapere chi siano le vittime.

Ma, osserva sempre lo stesso autore, se fosse solo bendata rischierebbe di essere soltanto ostile. La commistione – commenta un altro autore e giurista che si è interessato al tema, Mario Sbriccoli – indica la doppia necessità e il doppio rischio[5].

Oggi non sappiamo se la Giustizia sia bendata quando le telecamere sono nell'aula processuale. Vorremmo che lo fosse per assicurare il suo non essere influenzata dalla teatralizzazione della scena del processo. Ma, vorremmo che avesse occhi ben aperti per cogliere le differenze dei soggetti che a lei guardano nel desiderio di avere giustizia, per modulare le forme concrete dell'esecuzione delle sentenze che dal suo esercizio discendono e che, nell'astrattezza di un concetto bendato di uguaglianza applicato alla concretezza di soggetti diversi nella loro consistenza sociale e individuale, producono maggiori differenze e maggiore esclusione.

L'idea ordinamentale dell'esercizio di giustizia – di una Giustizia che abbia occhi per comprendere pur rimanendo bendata di fronte a un'invadenza di altri sguardi che la vogliono di fatto accecare – la ritrovo nelle parole di Hans Kelsen nella sua ultima lezione del 17 maggio 1952 quando afferma: «La 'mia' giustizia è […] la giustizia della libertà, della democrazia: in breve, è la giustizia della tolleranza»[6].

Questa è la lente attraverso la quale va costruita l'osservazione dei luoghi di privazione della libertà, nell'aspirazione di tendere a una migliore espressione del valore della giustizia. È lo stesso sguardo, nel periodo recente, del *Garante nazionale delle persone detenute o private della libertà personale verso* la vasta platea di persone oggetto del proprio compito di vigilare, con occhio preventivo, sulla effettività dei diritti che Costituzione e Convenzioni internazionali assicurano a ogni persona, nonché di quelli che discendono dalla condizione di minorità specifica che la restrizione o la privazione della libertà comportano. Ricercando così un esercizio di giustizia volto alla democrazia, alla tolleranza, al riconoscimento dell'essenzialità dei diritti della

---

[4] J. Damhouder, *Praxis rerum criminalium, elegantissimis iconibus ad materiam accommodis illustrata, praetoribus, propraetoribus, consulibus, proconsulibus, magistratibus, reliquisque id genus iusitiariis ac officiariis, non modo utlis sed et necessaria***.** Antuerpiae, apud Ioannem Bellerum, 1556.

[5] M. Sbriccoli, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal Medioevo all'Età moderna*, in Id. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti*. Giuffrè, Milano, 2009.

[6] H. Kelsen *What is Justice?*, California Press University, Berkley, 1957, p. 24.

persona, sia essa libera o detenuta, per ragioni penali o amministrative, o ricoverata in una struttura sanitaria e sottoposta a trattamenti non volontari oppure ospitata in luoghi dove la sua disabilità viene fatta vivere come ostacolo a un qualsiasi esercizio di autonomia. Ben sapendo che – come ricorda lo stesso indiscusso esponente del normativismo giuridico nei suoi *Studia philosophica*, «la giustizia assoluta non è conoscibile alla ragione umana» e, quindi non raggiungibile. «Dobbiamo accontentarci di valori possibili di giustizia»[7].

2. Il confine labile tra restrizione e privazione della libertà

Il concetto attorno a cui ho cercato di dedicare studio e impegno attivo per un tratto ampio della vita e, più recentemente, nel contesto dell'attività di prevenzione del *Garante nazionale* è quello di *privazione della libertà*. Sembra un concetto semplice da definire, regolato nella sua concretizzazione da un vincolo di necessità assoluta, quale misura estrema, e da un principio di proporzionalità, nelle forme e nella durata, rispetto alla situazione specifica che ne ha determinato il ricorso.

Un concetto e una concretizzazione presidiati solidamente dall'articolo 13 della nostra Carta, che, riconoscendo il valore fondamentale della libertà della persona – bene inviolabile – pone garanzie forti non solo sul fondamento legale del suo possibile sacrificio e su chi è autorizzato ad agire in tal senso, ma anche sul perché e sul come esso possa attuarsi. Fino a richiedere esplicitamente la punibilità di chi non rispetta l'integrità fisica e psichica della persona che a tale misura è soggetta – una richiesta che, unica nel testo costituzionale, dà l'indicazione di una fattispecie penale.

Il Costituente non ha però inteso riferirsi soltanto alla totale perdita di quel bene che la Dichiarazione universale indica come connaturante ogni individuo alla sua nascita, ma ha esteso la necessità di tutela anche alle forme limitative, allargando il riferimento dal concetto di *privazione* a quello di *restrizione*, riconoscendo che già la restrizione richiede per sé, appunto, presidi forti.

Come più volte accade nel testo della nostra Carta – ma in modo particolare nell'articolo 13 – l'analisi delle scelte linguistiche è molto importante. Essa aiuta a distinguere tra principi e regole: i primi indicano l'orizzonte entro cui le seconde hanno esplicitazione coerente. Se, quindi, il primo comma dell'articolo 13 indica il principio dell'inviolabilità assoluta della libertà ed è destinato ad

accogliere all'interno di tale concetto tutte le modulazioni secondo cui la libertà si estrinseca in un contesto di evoluzione sociale, i commi successivi

---

[7] H. Kelsen, *Ibidem*, p. 25.

delimitano il campo della potestà normativa affinché questa sia coerente con il principio enunciato. Il principio è assoluto ed espresso in emblematica unicità – sia la Convenzione europea per i diritti umani che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea invece lo congiungeranno alla sicurezza.

Qualcuno forse ricorda che nel dibattito in Assemblea costituente fu Giuseppe Dossetti – con una proposta sostenuta anche da Palmiro Togliatti, Giovanni Lombardi e Aldo Moro – a volere tale enunciazione di principio che definisce il limite deontologicamente non superabile del successivo insieme regolativo; un insieme che egli definì come «norme pratiche a garanzia del diritto enunciato»[8]. La discussione sull'articolo 3 e su quelli immediatamente successivi del Progetto – da cui deriveranno l'articolo 13 e in parte anche l'articolo 27 del testo finale – ha portato a configurare le eventuali restrizioni, non escluse in via di principio, all'interno di quel perimetro intangibile del principio definito come primo comma e, aventi, quindi, una loro modulazione che deve rispondere al principio stesso. Da qui la puntuale previsione legislativa tassativa dei 'casi' e dei 'modi' e di ogni aspetto di tale restrizione – la cosiddetta riserva di legge –, l'indispensabilità di un atto motivato dell'autorità giudiziaria – la cosiddetta riserva di giurisdizione –, limitando la possibilità di assunzione di provvedimenti restrittivi della libertà personale da parte dell'autorità di pubblica sicurezza solo ai casi in cui essi «abbiano natura servente rispetto alla tutela di esigenze previste dalla Costituzione [...] tali da giustificare nel bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale in vista dell'intervento dell'autorità giudiziaria» - così nella sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 2004.

Così la nostra Carta apre di fatto a uno sguardo che non si limiti alla *privazione* della libertà, ma che si estenda alle stesse *restrizioni*, soprattutto perché nella sua impostazione la persona non è monade, scissa o isolata dal tessuto sociale in cui è inserita, ma che si definisce proprio attraverso i rapporti sociali e relazionali che la connotano in ogni attimo e in ogni azione e che sono aggrediti o affievoliti da qualsiasi restrizione. La restrizione della libertà può avere forme e intensità non solo soggettive, ma può consistere anche nell'interruzione del contesto relazionale che intrinsecamente definisce la persona, così che possa essere vista come una forma 'di fatto' privativa comunque in grado di recidere o almeno interrompere temporalmente questa sua essenziale connotazione.

Sul piano internazionale, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nel suo articolo 5, dal titolo *Diritto alla libertà e alla sicurezza*, fa riferimento invece essenzialmente alla *privazione* e non introduce il termine *restrizione*. Il testo non costituisce cer-

---

[8] Assemblea Costituente, seduta del 10 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica, nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati, Segretariato generale, Roma, 1970.

tamente «un universo linguistico a sé, autosufficiente»[9], come del resto quasi mai i testi elencativi di diritti fondamentali date le reciproche risonanze che legano tra loro i vari articoli, e nell'interpretazione dell'enunciato dell'articolo 5 data dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo emergono gli echi provenienti dalle situazioni concrete, in particolare proprio per quanto riguarda quel confine labile che separa le modalità restrittive da una situazione di fatto privativa della libertà. Come avviene, per esempio, relativamente al trattenimento di persone per fini formalmente identificativi all'interno di strutture anfibie quali i cosiddetti *hotspot*, valutato in casi posti all'esame della Corte come effettiva *privazione* della libertà senza adeguata possibilità di ricorso di fronte a un'autorità giudiziaria.

Nel riferirsi a forme non privative, ma duramente restrittive, viene alla mente l'immagine dei *burlaki*, i lavoratori stagionali che trascinavano i battelli del Volga contro corrente e che il pittore Ilja Repin volle ritrarre colpito dal fatto che intorno a loro che faticosamente portavano l'enorme carico, tutti passeggiavano tranquillamente.

Era il tardo Ottocento, non erano privati della libertà da alcun potere, non erano schiavi, avevano anche una loro rappresentazione collettiva, ma erano fortemente limitati nella loro libertà non solo dalle condizioni materiali della vita e del lavoro, ma anche dalle regole a cui dovevano attenersi in una sorta di vita collettiva controllata. L'immagine è forse eccessiva, anche se il lavoro servile è tornato ad abitare i nostri territori, ma dà senso a una restrizione che diviene, per una serie di circostanze una privazione di fatto della libertà.

Il testo della Convenzione europea, del 1950, dopo aver enunciato nel suo ben noto articolo 3 il principio che indica in negativo l'assoluta inderogabile tutela dell'integrità fisica e psichica di ogni persona nonché della sua dignità mai degradabile, fissa regole, volte a definire il rifiuto dell'arbitrio, elencando nel citato articolo 5, in sei punti le possibilità 'giustificative' della privazione della libertà. Ne definisce un'articolazione che, per esempio, proprio nel sesto di tali punti apre alla detenzione di una persona irregolarmente presente nel territorio in funzione della sua espulsione, oltre che della sua estradizione. Alle regole di garanzia espresse nei vari paragrafi è premessa l'affermazione della libertà e della sicurezza. poste congiuntamente come diritto di ogni persona.

---

[9] G. Zagrebelsky, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in «Giurisprudenza Costituzionale», vol. 15, n. 1, 1970, p. 913: «La Costituzione non è un universo linguistico a sé, autosufficiente. Non è tale e neppure potrebbe esserlo il corpo legislativo più completo che si possa immaginare». Sul tema cfr. I. De Cesare, *Ritorno alla Costituzione: dall'integrazione valoriale alla centralità del testo. Una rilettura dell'interpretazione letterale*, Dottorato di ricerca in Diritto pubblico, Università di Pavia, XXXI ciclo, 2018.

Più volte la Corte è intervenuta sulla questione della distinzione e delle zone di permeabilità osmotica dei due termini *restrizione* e *privazione*. Ma, se il terreno è apparentemente più semplice nel contesto dell'affermazione delle garanzie in ambito penale, la questione diviene più scivolosa quando ci si misura con l'introduzione di concetti e locuzioni più ambigui – presenti nella recente legislazione italiana e non solo in questa – quali il *trattenimento*, la *non inoffensività* di una nave che cerca l'ingresso nelle acque territoriali o l'utilizzo a fini del trattenimento stesso di locali genericamente indicati *idonei*, senza che per essi la norma dia ulteriori tassative specificazioni e regole. Ipotesi, queste, distanti da quella previsione del 1950, i cui estensori certamente non ipotizzavano che l'inserimento di quella sesta possibilità di privazione della libertà nel paragrafo 1 dell'articolo 5 – cioè la detenzione in funzione di una pendente procedura di espulsione – divenisse strumento legittimante e anche a volte strutturante le politiche adottate dai Paesi parti della Convenzione in funzione di una presunta regolazione dell'incidenza sociale delle migrazioni nel proprio territorio.

Nella sua evoluzione casistica, la Corte di Strasburgo ha chiaramente definito parametri indicativi della *privazione* della libertà, nel significato a essa attribuito dal citato articolo della Convenzione, distinguendola dalla *restrizione*, attraverso la considerazione di più fattori che includono sia un elemento oggettivo del confinamento di una persona in un particolare luogo chiuso per un tempo non insignificante, sia un elemento soggettivo relativo all'impossibilità per la persona di allontanarsene volontariamente – così, per esempio, nelle sentenze *Stork c. Germania* e *Stanev c. Bulgaria* – e ha indicato, in più sentenze, che anche un fattore coercitivo nell'esercizio di azioni di polizia è indicativo di privazione della libertà, indipendentemente dalla sua durata – per tutte cito la sentenza *Guillan e Quinton c. Regno Unito* del 2010. D'altro canto, la Corte ha affermato che nessun unico fattore può di per sé configurare una data restrizione della libertà come effettiva privazione, poiché è il loro insieme che deve essere tenuto in considerazione – così, tra le altre nella sentenza *De Tommaso c. Italia*, dove la Corte ha considerato la situazione in esame sotto il profilo dell'articolo 2 del quarto Protocollo alla Convenzione, relativo alla libertà di movimento e non sotto il più esigente articolo 5.

Non diversa la situazione nel diritto comunitario ove la distinzione tra questi due termini – *restrizione* e *privazione* – emerge. Se è vero che la Carta dei diritti dell'Unione nel suo articolo 6 fa un riferimento largo in quanto enuncia il diritto alla libertà, anche in tale testo tenuto insieme a quello alla sicurezza, è però anche vero che il *praesidium* della Carta indica, relativamente a questo articolo che: «I diritti di cui all'articolo 6 corrispondono a quelli garantiti dall'articolo 5 della Convenzione europea per i diritti umani, del quale, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3 della Carta, hanno pari significato e portata. Ne consegue che le limitazioni che possono legittimamente essere apportate non possono andare oltre i limiti consentiti dall'articolo

5 della Cedu» e successivamente recita i punti di quell'articolo della Convenzione. Nella sentenza 28 luglio 2016 della Corte di giustizia, del resto, viene posto l'accento proprio sulla differenza tra *restrizione* e *privazione* precisando che «i termini "custodia" e "privazione della libertà" sono da considerarsi espressioni simili, entrambe richiamanti una situazione in cui una persona è rinchiusa o incarcerata, e non una mera restrizione della libertà di movimento»[10]. L'aggettivo «mera» attribuito alla restrizione della libertà, differenzia quest'ultima da una situazione del tutto privativa.

Ma, nonostante queste distinzioni, la complessità dell'oggi tende a rompere i limiti rigidi. Il confine tra *restrizione* e *privazione* diviene, infatti, labile quando ci si misura con situazioni nuove, privative *de facto* della libertà, pur non essendolo *de iure*. Nuova è stata, infatti, la situazione di persone – in particolare i migranti – fermate, trattenute in un limbo in attesa di un approdo che rappresenti la conclusione vera dell'operazione di salvataggio di chi li ha raccolti nelle acque: così Bansky ha reinterpretato nell'attuale contesto *La zattera della fregata 'Meduse'* di Théodor Géricault e l'approdo di salvataggio è la nave in distanza che li porterà in un porto.

Relativamente nuova è anche la situazione di persone trattenute in strutture formalmente di snodo, non deputate a accoglierle e ospitarle, ma solo a provvedere a una loro frettolosa registrazione identificante, per essere poi avviate ad altre strutture e che invece spesso permangono in esse, ristrette, trattenute, senza alcuna tutela di natura giurisdizionale: un ulteriore limbo materiale e giuridico.

Poco conta che tutto ciò possa avvenire a fini protettivi, la restrizione è un'effettiva privazione. La stessa Corte di Strasburgo lo ha, infatti, riconosciuto nella nota sentenza *Khlaifia e altri c. Italia* della fine del 2016, precisando che anche le misure adottate per la protezione delle persone o prese nel loro interesse possono configurare di fatto una privazione della libertà. Qui le situazioni nuove hanno posto una necessaria estensione all'interpretazione stretta del concetto di *privazione*, verso una piegatura semantica che include, appunto, situazioni formalmente di restrizione. Si legge nella citata sentenza che «Alla luce delle restrizioni imposte agli interessati dalle autorità, la Corte è del parere che i ricorrenti siano stati privati della loro libertà nel Centro di soccorso e prima accoglienza di Contrada Imbriacola – il futuro *hotspot* di Lampedusa – e a bordo delle navi *Vincent* e *Audacia* ai sensi dell'articolo 5 della Convenzione, e che pertanto tale disposizione è applicabile al caso di specie». Per questa conclusione la Corte ha tenuto in considerazione quanto constatato da una delegazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa in occasione di una visita a Lampedusa e ha fatto sua l'affermazione che «le condizioni erano molto simili alla detenzione e alla privazione

[10] Sentenza citata relativa alla causa C-294/2016.

della libertà» e che le persone trattenute erano «*de facto* detenute, senza accesso a un giudice».

Le considerazioni circa la situazione che in concreto si realizza sono, quindi, determinanti a far muovere quel confine apparentemente rigido tra *restrizione* e *privazione*. Ne consegue che nuovi luoghi divengono oggetto di visita e vigilanza per chi ha il compito di monitoraggio e controllo, a fini preventivi, affinché l'integrità fisica e la dignità delle persone a vario titolo trattenute siano rispettate e i loro diritti tutelati in concreto. Per questo, il Garante nazionale ha inserito 'la nave' all'interno dell'elenco dei luoghi dove la libertà è compressa e di fatto privata, e su tale luogo si è soffermato nella sua *Relazione al Parlamento* di quest'anno.

La nave: da ausilio per quel navigare che da Ulisse a Internet è verbo che indica desiderio e spinta di conoscenza, per quell'andar per mare che richiede strumenti di intuizione delle insidie, di lettura del sistema connesso delle terre e delle isole come arcipelaghi per una navigazione sicura; la nave che induce l'utopia dell'altrove e che forse tale è stata – seppure in forma di sconnesso barcone – per chi nel mare si è addentrato, è divenuta luogo della staticità, dell'impossibilità del decidere del proprio oggi e del proprio domani; luogo del trattenimento e dell'essere in balia non solo delle onde materiali, ma anche delle onde emotive e politiche di chi non concede approdo. Riecheggiano i versi del Primo libro dell'Eneide quando il poeta nell'approssimarsi di Enea alla costa di Cartagine, inizialmente ostile, si interroga su quale barbara patria permetta di negare di porre piede sul proprio lido[11].

Ma, questi nuovi luoghi – la cui genesi ci ricorda l'istallazione *Odyssey* di Ai Weiwei– dove il restringere confina col privare permette a noi di ampliare l'ambito della necessaria tutela, di estendere il confine di quell'esercizio di Giustizia che misura con la sua bilancia non più solo i comportamenti dei singoli, ma la nostra complessiva cultura sociale e ordinamentale e che così assume una nuova funzione distributiva in quella regolazione che costituisce la sua espressione più alta.

3. Il paradosso della privazione della libertà in vari contesti

Con questa volontà di comprendere con il proprio sguardo la vulnerabilità intrinseca alla restrizione della libertà, nelle sue diverse forme, chi ha il compito di tutelare e prevenire si rivolge alle tre principali ipotesi che vengono formulate all'origine di un esercizio così violento, quale è quello, appunto, di ridurre o privare della libertà un'altra persona. Una violenza necessaria in determinate situazioni, ma che deve postulare sempre la consape-

[11] Virgilio, *Eneide*, libro I, vv. 538-540, traduzione di R. Calzecchi Onesti, Einaudi, Torino, 1967.

volezza dell'asimmetria drammatica del suo attuarsi e la considerazione della maggiore necessità di tutela dei diritti della persona che la subisce, richiesta dalla sua contingente situazione.

Le aree sono essenzialmente tre: innanzitutto quella della libertà ristretta *in conseguenza* di ciò che la persona destinataria della misura ha commesso, o è supposta di aver commesso, per la necessità di preparare un possibile ritorno che tuteli la collettività e l'autore dal suo ripetersi; in secondo luogo quella della libertà ristretta *in funzione* di uno scopo di espulsione o di respingimento della persona che una realtà sovrana, per vari e anche legittimi motivi, ritiene non possa essere accolta; infine la libertà ristretta, per la *presunta tutela* di una persona ritenuta non in grado di tutelarsi da sola e per proteggere gli altri dalle conseguenze di questa sua presunta incapacità di autodeterminarsi. Quest'ultima, forse, la più problematica.

Sono tre ipotesi diverse, una di area penale, una di area amministrativa e l'altra di area sanitaria, a cui corrispondono luoghi e strutture del tutto diversi nonché programmi, ipotesi e atteggiamento della collettività esterna, anch'essi del tutto diversi. Luoghi previsti da norme di rango primario e regolati in aspetti di dettaglio, come è ovvio, da norme secondarie e regolamenti che però ne determinano la concretezza, con limitazioni sempre più specifiche che finiscono col restringere lo spazio dell'autonomia decisionale, in un processo di tipo implosivo, fino a ridurlo quasi al nulla – metaforicamente nel linguaggio della fisica parleremmo dell'evoluzione della massa in buco nero. Per capire quale possa essere la Giustizia agita lungo tali diverse ipotesi, quantunque in via tendenziale, approssimata e sempre mutevole, è forse necessario partire da ciò che accomuna la loro attuazione, in queste tre aree. Non da ciò che le differenzia.

Anche in altre occasioni, ho sintetizzato un loro tratto comune nella logica della *sottrazione* in un contesto che avrebbe invece bisogno di *addizione*. La logica che spesso sottende gli interventi nell'ambito della progressiva riduzione della libertà, infatti, è quella del togliere: si toglie non solo la libertà stessa, ma anche relazioni, spazio, cose, a volte suppellettili, a volte abiti. Si finisce per togliere diritti e anche soggettività. Spesso ciò è formalmente motivato dalla necessità di avere regole comuni in collettività complesse; altre volte dalla volontà di proteggere la persona da gesti auto o etero-aggressivi. Il risultato è in regole e norme di tipo precettivo, la cui definizione non ha nulla di relazionale e comunicativo – dimensione che invece in una realtà para-comunitaria come è comunque la vita ristretta potrebbe diminuire tensioni e dare luogo a una connotazione discorsiva della produzione di regole o anche autoregolativa, favorendo un sistema di autorganizzazione, pur controllata, capace di responsabilizzare le persone ristrette. Al contrario, si preferisce un sistema regolativo formale, spesso ipertrofico e burocratico, che effettua progressive selezioni nell'attribuzione di responsabilità e richiede soltanto obbedienza. In ciò sottraendo progressivamente autonomia.

La logica del normare sottraendo si nutre di pericoli presunti, di imperativi etici, di opportunità utilitaristiche, di ipotizzate necessità e finisce col concretizzarsi, oltre che nella riduzione di contatti e relazioni, anche nella riduzione dello spazio fisico. Così si giunge negli Istituti di detenzione alla collocazione in stanze prive di suppellettili – che non a caso vengono dette nel micro linguaggio interno «celle lisce» – nei Centri per migranti a gabbie non munite di alcuna cosa, se non di tavoli in cemento, nei luoghi deputati ad accogliere le difficili vite nelle strutture sanitarie a stanze vuote. Per questo, ho voluto includere nella *Relazione al Parlamento* di quest'anno il *locale vuoto* tra gli ambienti della privazione della libertà. Un locale caratterizzato dall'assenza, al contrario di come si caratterizza ogni altro spazio della vita: assenza di oggetti, di stimoli; da qui, assenza di sogni[12].

Per questo – abbiamo scritto in quella *Relazione* che «il locale 'vuoto' ci dice molto di quali siano le strategie adottate per risolvere le criticità: da quelle più ordinarie dello spaesamento subìto dopo la privazione della libertà a quelle più eccezionali della crisi. Ci informa della capacità o meno di saper armonizzare le conflittualità che inevitabilmente un microsistema sociale chiuso pone. Certamente il 'vuoto', come nuova collocazione della persona in crisi, sotto lo sguardo preoccupato e smarrito di chi si trova impropriamente affidata la responsabilità di vigilare sulle sue reazioni, è la falsa soluzione»[13].

Invece occorrerebbe agire sull'*addizione*: maggiori possibilità di relazioni con i propri affetti esterni, più frequenti norme che definiscano in positivo ciò che deve connotare la quotidianità nelle istituzioni chiuse, un maggiore riconoscimento di legittimi interessi, oltre che la scrupolosa effettività dei diritti, una produzione discorsiva delle regole interne.

Un secondo tratto, connesso al precedente, è il rapporto tra una globalità affermata e un localismo vissuto: abbiamo ormai tutti uno sguardo globale, che supera non solo muri, ma confini e oceani, percettivamente e materialmente, e la produzione normativa si affanna invece attorno a percorsi limitativi e confinanti quando è chiamata a trattare delle difficoltà sociali. Qui si potrebbe richiamare il rapporto tra la razionalità giuridica e la sua espressione linguistica: la prima governata necessariamente dall'incidenza degli aspetti relazionali, sui quali deve fondarsi, la seconda regolata da aspetti semantici che però determinano in concreto l'azione della norma: la possibile scissione tra questi due ineludibili costruttori di ogni norma è alla base, in particolare quando si tratta di regolare la restrizione della libertà, di un normativismo di dettaglio che spesso incide in negativo sulla *ratio* che era all'origine della norma stessa, finendo col codificare un localismo che nega quello sguardo globale essenziale alla comprensione del presente.

---

[12] Garante nazionale, *Relazione al Parlamento 2019*, Camera dei Deputati 27 marzo 2019, p. 106.

[13] Garante nazionale, *Ibidem*, p. 107.

Lo sguardo globale, la mobilità del pensiero verso luoghi lontani, ma virtualmente prossimi, grazie a una tecnologia che si pone come estensione della propria capacità concettuale sono, infatti, la dimensione relazionale del presente e una persona non può perdere tale dimensione, qualsiasi sia la situazione contingente in cui viene a trovarsi, pena il fatto di rimanere esclusa da qualsiasi possibilità di appartenenza al presente stesso e di comprensione delle sue dinamiche e del suo sviluppo: una comprensione senza la quale non potrà esercitare la propria capacità analitica e critica e quindi avere una vita piena quale soggetto portatore di diritti. Eppure le tecnologie informative e comunicative sono precluse quasi sempre laddove la libertà è ristretta, così rendendo volatile ogni riferimento alla ricostruzione possibile di un proprio percorso. Inoltre, proprio la globalizzazione e la mobilità di massa hanno avuto un impatto profondo sulla giustizia penale e sulla dimensione del suo espandersi nella realtà contemporanea, nonché sulle sue forme: dalla previsione in molte giurisdizioni di nuovi reati connessi con l'immigrazione e la sua irregolarità, all'utilizzo della privazione della libertà come forma di controllo all'accesso ai luoghi e ai territori; dall'enfasi sul rischio di radicalizzazione, rafforzato dalle difficoltà di comprensione linguistica e culturale, allo sviluppo di una penalità sempre più orientata a individuare tipologie di autori.

Questa riflessione si amplia a considerare il significato che assegniamo al tempo ristretto, quello, in particolare, che caratterizza l'esecuzione di una pena. Il tempo della privazione della libertà è proposto come tempo vuoto o come tempo 'altro' rispetto al suo fluire esterno. Spesso è proposto come tempo dell'afflizione. Qui l'immagine della Giustizia sembra essere attualmente molto distante dalla ferma e serena attitudine della figura femminile rappresentata da Lorenzetti nel suo *Buon governo* e anche da quella altrettanto maestosa di Giotto nella Cappella degli Scrovegni.

Proprio nello specifico dell'esecuzione penale in carcere, infatti, le considerazioni che ho sommariamente sviluppato per tutte le aree della privazione della libertà diventano ancor più evidenti. Il pendolo dello sguardo oscilla nella nostra attualità penalistica – e nelle politiche messe in campo nell'ambito delle pene e della loro esecuzione – tra il tendere al futuro e il volgersi al passato, tra istanze di prevenzione, tendenze alla rieducazione e riflessi retributivi, senza ritrovare solidamente quel baricentro tra questi tre vertici di un ipotetico triangolo che la Carta ha voluto indicare. Anche perché questo pendolo è fortemente mosso, influenzato, dal vento del desiderio di soddisfare una presunta opinione pubblica. Questa, con l'abbandono dell'esercizio attivo, educante del pensiero politico e il suo retrocedere alla ricerca di consenso immediato, lo muove, spostandolo verso uno o l'altro dei vertici. Il principio legittimante soprattutto l'adozione di misure esecutive alternative alla secca detenzione rischia così di essere di natura consensuale, più che di stretta legittimazione legale e il presunto consenso va sempre nella direzione di proporre una linearità tra il delitto e il castigo. Ma, la complessità del come rispondere al reato è invece tema non lineare; lo era già dall'antichità, in un

contesto che ricorreva al castigo come sola risposta possibile e che tuttavia non escludeva gli interrogativi che ritroviamo nelle parole di Protagora, nella elaborata descrizione che Platone riporta di ciò che noi oggi, con qualche forzatura semantica, potremmo leggere come necessità di deterrenza e rieducazione: «Chi cerca di punire- dice il filosofo – ragionevolmente castiga non a causa dell'ingiustizia trascorsa, poiché non potrebbe ristabilire come non avvenuto ciò che è stato fatto, ma in vista del futuro, affinché né il colpevole, né chi lo vede punire commettano più ingiustizia»[14].

Qui si condensa il valore ricompositivo che le pene devono avere. Senza ricomposizione, senza una sua previsione e senza azioni volte alla sua progettazione, la scena penale e il processo restano un teatro dell'esercizio del potere esclusivo di violenza da parte dello Stato e della costruzione di un consenso legittimante sul piano delle politiche della giustizia: un teatro che si realizza attorno alla sofferenza dei suoi attori. Attori sofferenti, tutti: la vittima in primo luogo che affida a quella scena una parte possibilmente lenitiva del proprio dolore o della rabbia per il torto subito e che invece è di fatto espropriata di una presenza, il reo che nel momento stesso dell'apparire sulla scena processuale è di per sé soggetto 'debole', delegato ad altri che parlano per lui e che vedono in lui la reificazione del reato e non il soggetto, la collettività esterna a cui è lasciato il ruolo di spettatore o a volte di tifoso, che comunque osserva a distanza.

La teatralità è l'opposto della ricomposizione, che ha invece bisogno di capire: forse anche di silenzi. Senza ricomposizione la scena processuale diviene versione aggiornata del vecchio luogo del 'supplizio': certo non più epifania del martirio del corpo a cui dare dolore, così come rappresentato in molti quadri della tradizione moderna, come quello del fiammingo Cornelis de Wael che mostra la misericordia di visitatori impassibili in un ambiente di persone ai ceppi.

Ma, pur sempre supplizio implicito nel corpo ristretto e soprattutto nella restrizione dell'estensione possibile del pensiero. Scrisse Gabriel Bonnot De Mably nel periodo dell'Illuminismo e del passaggio dalla pena corporale alla detenzione: «Che il castigo, se così posso dire, colpisca l'anima, non il corpo»[15]. La teatralità concede qualcosa ai residui di vendetta e il linguaggio corrente sul «gettare le chiavi» o altre espressioni ormai utilizzate liberamente ce lo ricordano – perché una idea corporea della pena permane nella nostra contemporaneità, anche se avvolta dall'incorporeo di una penalità centrata sull'astratta neutralità del tempo sottratto come misura del castigo.

L'assenza di prospettiva ricompositiva, oltre a dare nuovamente spazio a quella teatralità che Michel Foucault richiama come sistema regolativo che si

---

[14] Platone, *Protagora*, in *Dialoghi filosofici*, Utet, Torino, vol I, p. 323.

[15] G. Bonnot de Mably, *De la législation ou Principes de lois* (1776) in *Oeuvres complètes*, Amst ed., Lausanne, tomo IX, p. 326.

rivolge al reo e all'esterno con funzione ammonitrice e disciplinante dei comportamenti sociali, apre inoltre alla funzione estensiva dell'uso del diritto penale[16]. Perché il teatro richiede sempre più spettatori: è a loro che si rivolge ciò che avviene sulla scena. Soprattutto quando mancano altre situazioni nel sociale che funzionino come elemento regolativo: che nel regolare e dirimere i conflitti, producano anche coesione. Il sistema penale strettamente punitivo si espande così con consenso laddove altri sistemi regolativi non funzionano: il suo ampliarsi è indice di altre assenze, di mediazione sociale e soprattutto politica e, a sua volta, agisce come base per ulteriori ampliamenti.

In questa corporeità residua rimane il nucleo della sanzione punitiva come sofferenza: la pena detentiva può divenire falsamente in discontinuità con l'antica pratica e persistente invece nel desiderio vendicativo: questo si concretizza, per le sue modalità esecutive, per i suoi elementi accessori, per la sua indifferenza al ritorno e all'inclusione. Per questo abbiamo bisogno di ritornare ad alcuni fondamenti: il primo è che la detenzione in carcere non è lo spazio per la pena possibile, perché è essa stessa il contenuto della pena. Il secondo è che non può esistere pena senza che a essa sia connesso un percorso. La stessa Corte costituzionale lo ha da sempre ricordato nell'aiutare a interpretare quella finalità rieducativa a cui la Carta afferma che le pene debbano tendere. Tale tendenza al reinserimento sociale – racchiuso nel termine «rieducazione» – non è elemento aggiuntivo, secondario rispetto alla struttura delle pene, ma un principio di orientamento delle pene stesse perché, scrive la Corte nella nota sentenza n. 313 del 1990 «se la finalizzazione venisse orientata verso diversi caratteri [*affilittività*, *retributività*], anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione. È per questo – aggiunge la Corte – che, in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena».

Un principio a cui ritornare e verso cui la nostra Corte costituzionale, recentemente come sempre, ha indicato la direzione. Ma, abbiamo anche bisogno forse di ripensare in sé il paradigma che lega il negativo del reato al negativo della punizione. Rinunciando a quella benda che indica il non voler vedere, abbiamo bisogno di un nuovo umanesimo dell'esercizio di giustizia, in particolare della giustizia penale. La bilancia torna così a misurare la nostra capacità di incamminarci in questo percorso: lo ricorda Lorenzo Lotto in una delle sue splendide tarsie di Santa Maria Maggiore a Bergamo.

---

[16] M. Foucault, *Sorvegliare e punire* (1975), trad. it. Einaudi, Torino, 1976.

GLI EFFETTI DELLA SENTENZA DE TOMMASO SULLA DISCIPLINA DELLE MISURE DI PREVENZIONE DOPO LE RECENTI POSIZIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di Marco Pelissero

Sommario: 1. Il consolidamento delle misure di prevenzione. – 2. Lo sviluppo giurisprudenziale tra riscoperta delle misure di prevenzione e argini di garanzia. – 3. La natura non punitiva delle misure di prevenzione: la tassatività debole e il carattere ripristinatorio della confisca di prevenzione. – 4. La fattispecie a pericolosità generica salvata dalla sent. n. 24 del 2019. – 5. Il limite della proporzione nel sequestro e nella confisca. – 6. La fattispecie a pericolosità generica incostituzionale. – 7. L'incostituzionalità delle prescrizioni generiche della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza. – 8. Osservazioni conclusive.

1. Il consolidamento delle misure di prevenzione

Le misure di prevenzione costituiscono da sempre il nervo scoperto della politica criminale: sul presupposto che non si tratta di sanzioni penali, perché non conseguono ad un fatto previsto dalla legge come reato, si sono sempre collocate su un terreno accidentato quanto a garanzie individuali. Dallo Stato liberale di fine Ottocento sino ad oggi, perpetuano la logica del doppio livello di difesa, più forte per il diritto penale, meno stringente per il diritto della prevenzione.

La disciplina italiana è stata oggetto di una recente condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia) che ha dichiarato in contrasto con le garanzie convenzionali due fattispecie a pericolosità generica (art. 1, lett. *a)* e *b)*, d.lgs. n. 159 del 2011) e la disciplina delle prescrizioni generiche che accompagnano la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza. A questa pronuncia sono seguite due importanti sentenze della Corte costituzionale (n. 24 e n. 25 del 2019), che, al di là delle questioni specifiche risolte, sviluppano alcune considerazioni generali sulla disciplina delle misure di prevenzione di estremo interesse anche in prospettiva futura, in quanto possono operare sia come limite agli interventi del legislatore, che ha invece imboccato la strada del progressivo ampliamento della strategia preventiva, sia come criteri direttivi per la giurisprudenza in sede di applicazione.

Le misure di prevenzione sono transitate dalla legislazione della seconda metà dell'Ottocento, attraversando il fascismo, che ne valorizzò le potenzialità per neutralizzare gli oppositori politici, per consolidarsi infine anche nell'ordinamento repubblicano (legge n. 1423 del 1956), passando il vaglio della Corte costituzionale che non ha mai dubitato della legittimità di misure *praeter delictum*, ritenute compatibili con il quadro dei principi costituzionali che attribuisce allo Stato compiti di tutela dei diritti individuali e collettivi

(art. 2 Cost.). Non è questa la sede per tornare sulla dibattuta questione del fondamento costituzionale delle misure di prevenzione (variamente individuato negli artt. 2, 13 e 25, comma 3, Cost.)[1], se non per affermare che nell'attuale temperie storica sarebbe fallimentare una prospettiva che partisse dal presupposto di voler *tout court* delegittimare l'apparato preventivo. Sarebbe fallimentare, non solo perché la Corte costituzionale ha giustificato la presenza nel sistema di queste misure, ma anche perché nella stessa direzione si è mossa la Corte europea dei diritti dell'uomo: le due corti, in un dialogo che anche su questo terreno si è fatto intenso e proficuo, sono piuttosto intervenute su specifici profili di disciplina in contrasto con i principi costituzionali e sovranazionali. L'impianto preventivo è, dunque, rimasto, ma ne sono stati fissati alcuni limiti, a definire i quali hanno contribuito anche le riflessioni critiche, talvolta radicali, della dottrina.

A partire dalla metà degli anni sessanta del secolo scorso abbiamo assistito alle opposte tendenze dell'espansione della politica penale preventiva e del puntello delle garanzie.

Della prima tendenza sono espressione le scelte di politica legislativa che hanno rafforzato il ricorso alla prevenzione *praeter delictum* nel contrasto alla criminalità organizzata, dapprima sul versante della prevenzione personale (l. 31 maggio 1965, n. 575), poi su quello, ben più efficace, della prevenzione patrimoniale (l. 13 settembre 1982, n. 646). Le misure di prevenzione sono state estese anche alla criminalità di tipo politico (art. 19, l. 22 maggio 1975, n. 152) e terroristico, arrivando ad agganciare la disciplina italiana a quella delle *black list* sovranazionali [v. ora art. 16, comma 1, lett. *b*), d.lgs. n. 159 del 2011]; sono state utilizzate anche per contrastare la violenza in occasione di manifestazioni sportive (l. 13 dicembre 1989, n. 401), per prevenire la violenza nei contesti domestici (art. 3, l. 15 ottobre 2013, n. 119) o gli atti persecutori [art. 8, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. dalla l. 23 aprile 2009, n. 38; si veda altresì art. 4, lett. *iter*), d.lgs. n. 159 del 2011 introdotto dalla legge n. 161 del 2017 e modificata dalla legge n. 69 del 2019] o i maltrattamenti in famiglia; a tutela della sicurezza delle città e del decoro urbano (d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito dalla l. 18 aprile 2017, n. 48); anche il contrasto alla corruzione ha visto l'impiego di tali misure [art. 4, comma 1, lett. *i-bis)*, d.lgs. n. 159 del 2011 inserito dalla legge n. 161 del 2017]. Abbiamo assistito all'espansione pervasiva delle misure di prevenzione al punto che nemmeno l'opera di sistematizzazione delle stesse entro il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione*) è riuscita a

[1] Ampiamente T. Padovani, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa University Press, Pisa 2015; D. Petrini, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure* praeter delictum, Napoli 1996. Per una sintesi, v. F. Consulich, *Le misure di prevenzione personali tra costituzione e convenzione*, in *Legisl. pen.*, 18 marzo 2019, a cui si rinvia per l'ampio quadro delle garanzie applicabili alle misure di prevenzione.

contenerle tutte, rimanendo alcune al di fuori di questo testo organico (in particolare la disciplina del Daspo, prevista dalla legge n. 401 del 1989; la misura dell'ammonimento per il contrasto allo *stalking e* alla violenza domestica, disciplinata dalle leggi n. 38 del 2009 e n. 119 del 2019; i divieti di stazionamento e frequentazione di cui al d.l. n. 17 del 2014)[2].

In specifico, il versante della prevenzione patrimoniale è stato oggetto di attenzione da parte del legislatore che lo ha potenziato, intervenendo su diversi profili di disciplina: *a*) vi è stata la sovrapposizione tra i destinatari della prevenzione personale e patrimoniale (v. artt. 1, 4 e 16, d. legisl. n. 159 del 2011); *b*) sono stati ampliati i presupposti della confisca di prevenzione, perché se originariamente tale misura era applicabile solo se il giudice aveva motivo di ritenere che i beni fossero di provenienza illecita, dal 1993 si è data autonoma rilevanza al requisito della sproporzione dei beni da confiscare rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta (l. 24 luglio 1993, n. 256); *c*) le misure di prevenzione patrimoniali, che nel vigore della disciplina originaria del 1982 potevano essere disposte se nei confronti della persona era proposta l'applicazione di una misura di prevenzione personale, sono state rese autonome, potendo il giudice applicarle anche disgiuntamente da una misura personale o nei confronti degli eredi o aventi causa, in caso di morte del proposto sopraggiunta nel corso del procedimento (d.l. n. 92 del 2008); *d*) non è richiesta la pericolosità attuale del proposto, in quanto le misure di prevenzione patrimoniali possono essere applicate «indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione» (legge n. 94 del 2009). Con riferimento a quest'ultimo requisito, sul quale tornerò oltre, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno tuttavia chiarito che, in relazione alle misure di prevenzione patrimoniali, la pericolosità sociale, sebbene non debba esser accertata al momento dell'applicazione della misura, deve sussistere comunque all'atto dell'acquisto del bene, ossia nello stesso arco temporale in cui devono sussistere il requisito della sproporzione e l'incapacità del soggetto proposto di giustificare la legittima provenienza del bene[3].

---

[2] Su questi sviluppi si rinvia all'ampio volume curato da V. Maiello, *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino 2015, p. 299 ss. Per un recente commento al d.lgs. n. 159 del 2011, v. G. Spangher-A. Marandola (a cura di), *Commentario breve al Codice antimafia e alle altre procedure di Prevenzione*, Milano 2019.

[3] Cass. pen., sez. un., 26 giugno 2014-2 febbraio 2015, n. 4880, in *Dir. pen. contemp. – Riv. trim.*, 2015, n. 4, con nota di F. Mazzacuva, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*.

2. Lo sviluppo giurisprudenziale tra riscoperta delle misure di prevenzione e argini di garanzia

A fronte di questo articolato sviluppo normativo, la giurisprudenza si è mossa in due direzioni che in parte si affiancano alla tendenza espansiva delle scelte del legislatore, in parte esprimono l'esigenza di fissare i limiti di garanzia nel contesto di una disciplina che presenta maggiori margini di indeterminatezza.

È indubbio che la giurisprudenza abbia riportato le misure di prevenzione al rispetto di alcuni principi di garanzia che la logica preventiva tendeva a marginalizzare. In questa direzione si segnalano, sul terreno sostanziale, la fondamentale sentenza con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della figura soggettiva dei "proclivi a delinquere" per violazione del principio di determinatezza[4] e che ha posto le basi per la delimitazione delle figure di pericolosità generica con la riforma di cui alla l. 3 agosto 1988, n. 327.

Sulla disciplina italiana hanno inciso altre due importanti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. La sentenza Guzzardi ha chiarito che le misure di prevenzione personali sono compatibili con le garanzie convenzionali, purché non abbiano carattere detentivo; possono prevedere, alle condizioni previste dall'art. 2, Prot. 4, CEDU, limitazioni della libertà personale, ma non così consistenti da tradursi di fatto in privazione della stessa[5].

Più recentemente, nella sentenza De Tommaso[6], la Corte europea dichiara non conformi alla libertà di circolazione, come tutelata dall'art. 2, Prot. 4, CEDU, le fattispecie di pericolosità generica dei soggetti abitualmente dediti a traffici delittuosi e di coloro che vivono, anche in parte soltanto, con i proventi di attività delittuose (fattispecie confluite nell'art. 1, lett. *a)* e *b)*, d.lgs. n. 159 del 2011), perché, pur essendo previste dalla legge, non è assicurata la sufficiente prevedibilità delle condotte cui consegue l'applicazione della misura di prevenzione: la legge e la giurisprudenza non sono state in grado di *identificare chiaramente* «gli "elementi fattuali" né le specifiche tipologie di condotta che devono essere prese in considerazione per valutare la pericolo-

---

[4] Corte cost. 22 dicembre 1980, n. 177.

[5] Corte Edu, Guzzardi c. Italia, 6 novembre 1980, in *Foro it.*, 1981, IV, 1. Sulla posizione della giustizia sovranazionale, v. M. Pelissero, *Le misure di prevenzione nel contrasto alla criminalità organizzata. Efficienza e garanzie nella prospettiva sovranazionale*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli 2017, p. 675 ss.

[6] Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia. Sul punto v. V. Maiello, *De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.* 2017, p. 1039 ss.; F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. contemp.* 3 marzo 2017.

sità sociale dell'individuo»; mancano «previsioni sufficientemente dettagliate su che tipo di condotta sia da considerare espressiva di pericolosità sociale» (§ 117 della motivazione). Un secondo profilo di incompatibilità della disciplina italiana con le garanzie convenzionali risiede nelle prescrizioni generiche di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" che obbligano i soggetti sottoposti alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (art. 8, d.lgs. n. 159 del 2011): tali prescrizioni, risolvendosi in un «illimitato richiamo all'intero ordinamento giuridico italiano», senza fornire «alcuna chiarificazione sulle norme specifiche la cui inosservanza dovrebbe essere considerata quale ulteriore indicazione del pericolo per la società rappresentato dall'interessato» (§§ 119-122) contrastano con la necessaria prevedibilità delle limitazioni della libertà personale che un provvedimento giudiziario deve assicurare ai sensi dell'art. 2, Prot. 4, CEDU come interpretato dai giudici di Strasburgo.

Infine, sempre nella direzione del rafforzamento delle garanzie individuali, si è mossa la giurisprudenza della Corte di cassazione[7] che ha proposto una interpretazione tassativizzante delle figure di pericolosità generica, con particolare riguardo alle lett. *a*) e *b*) dell'art. 1, d.lgs. n. 159 del 2011: il riferimento del dato normativo alle attività "delittuose" impone di fondare gli elementi di fatto non su meri sospetti di attività illecite, ma sui precedenti penali costituiti dalla commissione di delitti[8]; inoltre, non è sufficiente un solo fatto per disporre la misura, in quanto l'avverbio "abitualmente" previsto in entrambe le lettere dell'art. 1 cit. impone di prendere in considerazione attività delittuose non episodiche[9].

Al contempo, però, la giurisprudenza ha espresso un orientamento che va nella stessa direzione intrapresa dal legislatore di rafforzare l'apparato preventivo: alle fattispecie di pericolosità generica si è fatto ricorso per contrastare forme di criminalità estranee ai tradizionali settori di destinazione, criminologicamente connotati da marginalità sociale[10]; le figure di chi è dedito a traffici delittuosi o di chi vive abitualmente dei proventi di tali attività si prestano, in considerazione della loro genericità, ad essere utilizzate anche

---

[7] A riguardo v. F. Basile, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *Dir. pen. contemp.* 20 luglio 2018; F. Menditto, *Misure di prevenzione e Corte europea, in attesa della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. contemp.* 22 ottobre 2018; V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. pen. contemp.*, 17 gennaio 2018, p. 21 ss.; F. Consulich, *op. cit.*, p. 32 ss.; R. Magi, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 499 ss.

[8] Cass. pen., sez. I, 19 aprile 2018 – 3 ottobre 2018, n. 43826.

[9] Cass. pen., sez. I, 15 giugno 2017 – 9 gennaio 2018, n. 349.

[10] Sulla marginalità sociale dei tradizionali delle misure di prevenzione personali, v. D. Petrini, *Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia*, *Annali 12. La criminalità*, Torino 1997, p. 893 ss.

nei confronti della criminalità economica[11], con il vantaggio di estendere a questo settore l'applicazione della confisca di prevenzione che, rispetto a quella *post delictum*, presenta potenzialità applicative più elastiche. Le figure di pericolosità generica sono diventate così uno strumento duttile di contrasto alla criminalità economica e anche alla criminalità organizzata, specie laddove non si riesca a disporre di indizi di appartenenza ad una associazione di tipo mafioso.

In questo contesto, normativo e giurisprudenziale, qui sommariamente sunteggiato, si collocano le due importanti pronunce della Corte costituzionale, nn. 24 e 25 del 2019. Entrambe sono accomunate dalla capacità di intessere un dialogo stringente sia con la Corte di cassazione che con la Corte europea. Con particolare riguardo al rapporto con le Corti sovranazionali, abbiamo assistito a dialoghi dal tenore assai diverso da parte della nostra Corte costituzionale: quello del "braccio di ferro" con la Corte di Giustizia nella vicenda Taricco[12]; quello della riduzione della portata delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, vincolanti solo nella misura in cui esprimono un diritto consolidato, nelle questioni che hanno interessato la disciplina della confisca urbanistica[13].

Nelle sentenze nn. 24 e 25 del 2019, invece, la Corte costituzionale si muove in termini di parziale consonanza tanto con la Corte europea, quanto con la Corte di cassazione, sebbene, come vedremo tra breve, non sviluppi nella loro portata massima espansiva i principi di garanzia fissati nella sentenza De Tommaso.

3. La natura non punitiva delle misure di prevenzione: la tassatività debole e il carattere ripristinatorio della confisca di prevenzione

Per comprendere gli effetti della sentenza n. 24 del 2019, è necessario partire dal principio qui ribadito, secondo il quale le misure di prevenzione non hanno natura sanzionatoria: pur possedendo una «indubbia dimensione afflittiva», questa è la mera «conseguenza collaterale di misure il cui scopo essenziale è il controllo»[14]. Si tratta di un punto essenziale che si salda con

---

[11] Trib. Chieti 12 luglio 2012, in *Dir. pen. contemp.*, (3 settembre 2012). Ampiamente v. V. Maiello, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata*, cit., p. 332 ss.

[12] Corte cost. 26 gennaio 2017, n. 24; importanti spunti di riflessione in D. Pulitanò, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in *Dir. pen. contemp.*, 19 aprile 2017.

[13] Corte cost. 26 marzo 2015, n. 49; a riguardo v. D. Pulitanò, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir pen. contemp.*, 22 giugno 2015.

[14] Punto 9.7.1. della motivazione. Per un commento a questa sentenza, v. V. Maiello, *La prevenzione* ante delictum *da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e*

il costante orientamento della stessa Corte costituzionale, con la prevalente giurisprudenza della Corte di cassazione[15] e della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, ancora da ultimo confermata nella sentenza De Tommaso. L'accoglimento di questo inquadramento teorico si traduce nella contrazione delle garanzie applicabili. Vediamo in che termini.

Da un lato, le misure di prevenzione, non essendo sanzioni penali, non godono della copertura degli artt. 25, comma 2, Cost. e 6 CEDU; i referenti costituzionali e sovranazionali vanno rinvenuti, per le misure di prevenzione personali, nell'art. 13 Cost. e nel Prot. 4 CEDU e, per le misure patrimoniali, nell'art. 42 Cost. e nel Prot. 1 CEDU. È importante, tuttavia, sottolineare che la Corte costituzionale, pur negando natura sanzionatoria alle misure di prevenzione, riconosce che debbano operare le garanzie tanto della Convenzione quanto della Carta costituzionale che, in questo àmbito, sono superiori a quelle assicurate dalla CEDU, perché l'art. 13 Cost. assicura per qualsiasi provvedimento limitativo della libertà personale anche la riserva di giurisdizione[16].

Il profilo di maggiore interesse delle argomentazioni della Corte costituzionale in relazione allo statuto delle garanzie delle misure di prevenzione risiede nell'aver accolto una tassatività "debole", proprio partendo dal presupposto che tali misure non avrebbero natura sanzionatoria penale. La Corte, infatti, traccia due diversi livelli di determinatezza: quando si è fuori dalla materia propriamente penale, «non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione»[17]; *a contrario*, sembra dunque potersi affermare – anche se la Corte non esplicita questo passaggio – che nel definire i limiti delle norme penali un ruolo preminente spetta, invece, alla formulazione legislativa, a completare la quale può intervenire in modo più marginale il diritto vivente. In tal modo si tracciano due livelli di garanzia inediti per la giurisprudenza della Corte costituzionale: la tassatività sostanziale del settore "non penale" che può essere anche di fonte giurisprudenziale, purché "costante e uniforme", a fronte della formulazione più incerta della

---

interpretazione tassativizzante, in *Giur. cost.*, 2019, p. 332 ss.; N. Pisani, *Misure di prevenzione e pericolosità "generica", tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, *ivi*, p. 322 ss.

[15] Cass. pen., sez. un., 26 giugno 2014-2 febbraio 2015. *Contra*, isolatamente Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012-25 marzo 2013, n. 14044.

[16] Punto 9.7.3 della motivazione.

[17] Punto 12 della motivazione.

norma. Dal punto di vista teorico, si giustifica così il supporto che l'interpretazione tassativizzante[18] dà al principio di determinatezza nella disciplina delle misure di prevenzione. Vedremo con quali conseguenze sull'esito del giudizio di legittimità costituzionale. La natura non punitiva delle misure di prevenzione ha un'ulteriore importante conseguenza in relazione alla confisca, alla quale la Corte riconosce «carattere meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene»: è l'acquisizione illecita del bene a fondare «un vizio genetico nella costituzione dello stesso diritto di proprietà» e a giustificare, di conseguenza, il provvedimento ablatorio. Siamo, dunque, agli antipodi della natura sanzionatoria.

Queste affermazioni della Corte costituzionale portano ad interrogarsi sulle funzioni riconosciute alle diverse forme di confisca: se si riconosce natura ripristinatoria alla confisca di prevenzione, allora lo stesso ragionamento dovrebbe essere svolto anche in relazione alle forme di confisca *post delictum*, sia a quella diretta del prezzo, del prodotto o del profitto del reato (discorso diverso meriterebbe la confisca degli strumenti utilizzati o destinati a commettere il reato) sia a quella c.d. allargata da poco transitata nell'art. 240-*bis* c.p., tanto più che quest'ultima è assimilata a quella di prevenzione dalla stessa sent. n. 24 del 2019 che le considera «*species* di un unico *genus*»[19]. In tutte queste ipotesi l'acquisizione del bene è sempre illecita (in forza di un rapporto di derivazione diretta dal reato o, come nella confisca di prevenzione e in quella allargata, di una presunzione) e il vizio genetico di costituzione è in grado di fondare sempre il carattere ripristinatorio della misura ablativa.

Quando, però, la giurisprudenza si misura con la confisca per equivalente non esita a riconoscerle natura punitiva, con ciò che ne consegue sul terreno delle garanzie applicabili (*in primis* il principio di irretroattività)[20]. La contraddizione si acuisce alla luce dell'art. 25, d.lgs. n. 159 del 2011 che prevede per il sequestro e la confisca di prevenzione anche l'esecuzione in forma equivalente: mi parrebbe contraddittorio riconoscere alla confisca di prevenzione in forma diretta natura ripristinatoria e a quella per equivalente natura punitiva[21]. Se partiamo dal presupposto che la confisca per equivalente, che tende sempre più spesso ad accompagnare l'introduzione di nuove forme di confisca, è essenzialmente uno strumento antielusivo delle pratiche di sottrazione di proventi illeciti, allora, se alla confisca diretta si attribuisce una funzione ripristinatoria, anche alla confisca per equivalente dovrebbe

---

[18] Critico sulla integrazione giurisprudenziale per la materia "non penale", V. Maiello, *La prevenzione*, cit., p. 335 ss., il quale ritiene questa posizione della Corte costituzionale in contrasto con la riconduzione delle misure di prevenzione alla garanzia dell'art. 13 Cost.

[19] Punto 10.3 della motivazione.

[20] Corte cost. 2 aprile 2009, n. 97, in tema di confisca per equivalente nei reati tributari.

[21] Sulla contraddittorietà tra la natura giuridica della confisca per equivalente (sanzionatoria) e la confisca di prevenzione (non sanzionatoria), v. anche V. Maiello, *La prevenzione*, cit., p. 343.

essere riconosciuta la medesima funzione, in quanto è comunque finalizzata ad acquisire un bene, nell'impossibilità di aggredire i proventi di derivazione diretta: svolge sempre una funzione compensatoria di riequilibrio economico che ha a monte il vizio genetico di acquisizioni patrimoniali illecite.

4. La fattispecie a pericolosità generica salvata dalla sent. n. 24 del 2019

La questione di legittimità costituzionale affrontata dalla sent. n. 24 del 2019 investiva le fattispecie a pericolosità generica previste dall'art. 1, comma 1, lett. *a)* e *b)*, d.lgs. n. 159 del 2011, che indicano come destinatari delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali, «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi» (lett. *a*) e «coloro che per la condotta e il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» (lett. *b*). La questione era stata sollevata per violazione dell'art. 117 Cost., attraverso le norme interposte di cui all'art. 2, Prot. 4 e art. 1, Prot. 1 CEDU, stante che la sentenza della Corte europea nel caso De Tommaso aveva considerato le due figure di pericolosità prive di una base legale idonea a limitare la libertà personale e ad incidere sui beni patrimoniali (base necessaria ai sensi dei protocolli citati), perché, pur essendo previste dalla legge, non sono determinate e prevedibili le condotte richieste per l'applicazione di una misura di prevenzione, né la giurisprudenza sarebbe riuscita a dare indicazioni sufficientemente precise.

Sulla base di queste argomentazioni, la Corte costituzionale avrebbe potuto giustificare la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle citate lett. *a)* e *b)*, in quanto i giudici di Strasburgo avevano ritenuto non conforme alle garanzie convenzionali il modo in cui sono individuati i destinatari delle misure di prevenzione, a prescindere dalla tipologia di misura applicabile. La Corte costituzionale giunge, invece, ad una soluzione che limita gli effetti della pronuncia per due ordini di ragione. In primo luogo, la Corte si pronuncia sulle fattispecie a pericolosità generica indicate solo ai fini dell'applicazione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e delle misure patrimoniali del sequestro e della confisca: ne consegue che tali fattispecie continuano ad essere vigenti in relazione alle misure, meno afflittive, di competenza del questore. L'avviso orale e il foglio di via obbligatorio continuano, pertanto, a presidiare le forma di marginalità sociale cui queste misure, di fatto, si applicano.

In secondo luogo, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della lett. *a*), ma non della lett. *b*). Vediamo attraverso quali argomenti per capire quanto sia fondata la divergenza di esito del giudizio.

La lett. *b*) viene salvata in forza dell'interpretazione giurisprudenziale tipizzante data dalla più recente giurisprudenza italiana, innanzi richiamata,

e tale da garantire quella precisione e prevedibilità necessarie a soddisfare le garanzie costituzionali (artt. 13 e 42 Cost.) e sovranazionali (la base legale prevista dai Protocolli nn. 1 e 4 CEDU nella interpretazione data dalla Corte europea). La lettura restrittiva data alla lett. *b*) garantirebbe il rispetto della *tassatività sostanziale*, che investe l'oggetto da provare (e che va tenuta distinta dalla *tassatività processuale* che attiene invece al *quomodo* della prova)[22]. L'interpretazione giurisprudenziale tipizzante delimita l'applicazione della lett. *b*) in forza di tre elementi: i proventi devono derivare da "attività delittuose", ossia da delitti e non da qualsiasi attività illecita; il fatto che debba trattarsi di soggetti che vivono "abitualmente", anche in parte soltanto, dei proventi implica la realizzazione non episodica delle attività delittuose; infine, il termine "proventi" rinvia alla realizzazione di attività delittuose produttive di profitto[23]. Questi elementi consentirebbero di individuare in modo sufficientemente preciso il genere di delitti la cui commissione fonda la fattispecie a pericolosità generica[24]. Su questa base va poi formulato il giudizio di pericolosità sociale che, quando si tratta di misure di prevenzione personali, deve essere espresso al momento della loro applicazione[25]; in relazione, invece, alle misure di prevenzione patrimoniali, la pericolosità va riferita non al momento di applicazione della misura, ma al tempo dell'acquisto del bene. Attività delittuose, giudizio di pericolosità e giudizio di sproporzione rispetto al reddito o alle capacità economiche del proposto, vanno, quindi, riportati al momento dell'acquisto, in modo che vi sia congruenza tra pericolosità del soggetto (allora) e giustificazione dell'applicazione della misura finalizzata a neutralizzare l'arricchimento illecito.

Il supporto dell'interpretazione giurisprudenziale tassativizzante per salvare la lett. *b*) si spiega con il ragionamento che la Corte costituzionale sviluppa a monte sulla natura non penale di queste misure e sul conseguente accoglimento di una tassatività "debole" che può essere riempita – come già evidenziavo – da una giurisprudenza costante e uniforme, capace di sopperire al *deficit* di determinatezza del testo legislativo. Mi pare, tuttavia, che la Corte qui non consideri che gli elementi di origine giurisprudenziale che la

---

[22] Punto 12.1 della motivazione. Per la valorizzazione di questa differenza sul terreno delle garanzie, v. i puntuali rilievi di N. Pisani, *Le fattispecie di pericolosità* "*generica*", cit., p. 326 ss.

[23] Cass. pen., sez. I, 19 aprile 2018-3 ottobre 2018, n. 43826, in *Dir. pen. contemp.*, (22 ottobre 2018), con nota di F. Menditto, *Misure di prevenzione e Corte europea, in attesa della Corte costituzionale.*

[24] Punto 11.4 della motivazione.

[25] Sulla distinzione tra fattispecie di pericolosità sociale e accertamento della concreta pericolosità per la sicurezza pubblica, v. già chiaramente Corte cost. n. 177 del 1980: «decisivo è che anche per le misure di prevenzione, la descrizione legislativa, la fattispecie legale, permetta di individuare la o le condotte dal cui accertamento nel caso concreto possa fondatamente dedursi un giudizio prognostico, per ciò stesso rivolto all'avvenire».

stessa definisce tassativizzanti trovano un avallo già nella formulazione linguistica delle norme oggetto di scrutinio; tuttavia, per quanto l'interpretazione proposta dalla giurisprudenza sia l'unica in linea con il dettato normativo, la Corte europea l'aveva ritenuta inidonea a garantire la prevedibilità delle condotte alle quali segue l'applicazione di una misura di prevenzione.

Aver proposto un modello debole di tassatività non tiene conto del fatto che le misure di prevenzione incidono su beni fondamentali della persona, comportando la limitazione della libertà personale o l'ablazione di beni patrimoniali in modo analogo alle sanzioni propriamente penali (fatta eccezione per la privazione della libertà personale che non può caratterizzare il contenuto di una misura di prevenzione).

5. Il limite della proporzione nel sequestro e nella confisca

C'è un ultimo passaggio della motivazione che risulta poco chiaro, ma che può invece essere foriero di significativi effetti sul piano applicativo. La Corte, infatti, introduce un ulteriore limite al sequestro e alla confisca di prevenzione, non previsto né dalla legge né dalla interpretazione tassativizzante data dalla giurisprudenza. Dopo aver ribadito – in conformità all'insegnamento delle Sezioni Unite[26] – che la fattispecie di pericolosità sociale e il giudizio prognostico devono essere accertati nel periodo temporale nel quale si è verificato l'illecito incremento patrimoniale, perché la misura si giustifica proprio sulla base della ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività delittuose, la Corte costituzionale aggiunge che «l'ablazione patrimoniale si giustificherà se, e nei soli limiti in cui, le condotte criminose compiute in passato dal soggetto risultino essere state effettivamente fonte di profitti illeciti, in quantità ragionevolmente congruente rispetto al valore dei beni che s'intendono confiscare, e la cui origine lecita egli non sia in grado di giustificare»[27].

Viene introdotto il limite della proporzione, perché il *quantum* da confiscare deve essere "ragionevolmente congruente" al *quantum* di proventi illeciti che le attività delittuose svolte all'epoca dell'acquisizione dei beni avevano presumibilmente prodotto. Questo significa che in sede di procedimento di prevenzione sarà necessario provare: che il bene fosse entrato nella disponibilità del proposto in un arco temporale corrispondente a quello dello svolgimento di attività delittuose produttive di profitto; che il proposto fosse a suo tempo pericoloso; che vi fosse, sempre nello stesso arco temporale, la sproporzione del bene da acquisire rispetto al reddito o alle capacità economiche del proposto; infine, che quest'ultimo non sia in

[26] Cass. pen., sez. un., 26 giugno 2014-2 febbraio 2015, n. 4480.
[27] Punto 12.2 della motivazione.

grado di giustificare la legittima provenienza del bene. A seguito di questo accertamento, però, la confisca non potrà investire tutti i beni in presenza del requisito della sproporzione e della mancata giustificazione, ma solo quelli che appaiono congruenti con i proventi che l'attività delittuosa svolta in quel periodo poteva aver prodotto.

Se così è, però, si determina una trasformazione radicale del meccanismo della confisca di prevenzione. Il requisito della proporzione menzionato dalla Corte costituzionale annulla di fatto la riforma operata dalla legge n. 256 del 1993 che, in relazione ai presupposti per disporre il sequestro e la confisca, aveva reso autonomo il criterio della sproporzione al reddito o alle capacità economiche del soggetto da quello degli indizi sufficienti per ritenere che i beni siano frutto di attività illecita o ne costituiscano il reimpiego. Se, stando alle considerazioni sviluppate dalla Corte costituzionale, ora si richiede un giudizio di ragionevole congruenza tra i beni da confiscare e i proventi dell'attività illecita svolta nel periodo di acquisizione di tali beni, vuol dire che il presupposto della sproporzione non riesce più ad operare in modo autonomo, perché la proporzione ha senso solo rispetto al requisito degli indizi di provenienza illecita dei beni. D'altra parte è la stessa Corte costituzionale, in un altro passo della motivazione della sentenza, a sottolineare la *ratio* unitaria della confisca di prevenzione e a svalutare l'impatto della riforma del 1993: «la circostanza che la sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito o all'attività economica, da mero indicatore dell'origine illecita dei beni (come era nella disciplina originaria del 1982), sia stato elevato, a partire dal 1993, a requisito alternativo e autonomo rispetto alla dimostrazione dell'origine illecita stessa, non modifica la *ratio* delle misure in parola: la verifica giudiziale della sproporzione, infatti, continua ad avere senso in quanto idonea a fondare una ragionevole presunzione relativa all'origine illecita del bene, allorché contestualmente risulti la pregressa attività criminosa di colui il quale abbia la disponibilità del bene e – in sede di valutazione dei presupposti della confisca – non riesca a giustificarne la legittima provenienza»[28]. Se non che un conto è ravvisare, correttamente, una *ratio* unitaria, altro è invece introdurre un requisito che di fatto riporta il testo a quello precedente alla riforma del 1993.

Neutralizzata l'autonomia del requisito della sproporzione, è come se la confisca di prevenzione consentisse, ora, di aggredire beni provento di attività delittuose rispetto ai quali, a suo tempo, non era stata disposta la confisca: una sorta di confisca *ex post*, connotata però dall'affievolimento della prova del nesso di derivazione dallo specifico fatto delittuoso, in quanto è sufficiente che sussista "congruenza" tra i delitti in passato commessi e i proventi che è ragionevole presumere siano derivati dagli stessi. La proporzione

[28] Punto 10.3 della motivazione.

introduce, quindi, un limite che, per quanto ragionevole, entra in insanabile collisione con il dettato normativo degli artt. 20 e 24, d.lgs. n. 159 del 2011.

A questi rilievi si aggiungono anche le difficoltà di accertamento dei requisiti richiesti dalla Corte di cassazione e dalla Corte costituzionale per disporre la confisca di prevenzione, in particolare con riguardo alla pericolosità per la sicurezza pubblica e al limite della proporzione. Quanto alla prima, se già il giudizio prognostico è complesso quando si colloca nel presente, diventa di difficile formulazione se lo si deve collocare all'epoca dell'acquisizione del bene; è allora prevedibile che tale giudizio, lungi dall'essere autonomo rispetto agli elementi fondanti la fattispecie di pericolosità generica, finisca di fatto per appiattirsi sugli stessi, ossia sull'accertamento di attività delittuose generatrici di provento e collocate nell'arco temporale di acquisto del bene[29]. Quanto al limite della proporzione tra *quantum* da confiscare e proventi delle attività delittuose svolte in passato, il giudice non potrà che procedere in modo indiziario sulla base di un generico rapporto di congruenza.

6. La fattispecie a pericolosità generica incostituzionale

La Corte costituzionale ritiene, invece, che contrasti con il principio di sufficiente determinatezza e prevedibilità la lett. *a*), dell'art. 1, d.lgs. n. 159 del 2011 ai fini dell'applicazione delle misure della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, del sequestro e della confisca, in quanto la giurisprudenza non sarebbe riuscita ad elaborare una uniforme e costante interpretazione capace di sopperire all'imprecisione del dettato legislativo. All'espressione "traffici delittuosi" sono state date letture differenti che non si identificano necessariamente nella sola commissione di delitti produttivi di arricchimenti illeciti[30], ma anche in più generiche «condotte *lato sensu* negoziali e intrinsecamente illecite»[31].

Ha ragione la Corte nel concludere che «simili genericissime (e tra loro tutt'altro che congruenti) definizioni di un termine geneticamente vago come quello di "traffici delittuosi", non ulteriormente specificato dal legislatore, non appaiono in grado di selezionare, nemmeno con riferimento alla concretezza del caso esaminato dal giudice, i delitti la cui commissione possa

---

[29] Sul giudizio di pericolosità sociale v. M. Ceresa Gastaldo, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile* deficit *di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Dir. pen. contemp.*, 3 dicembre 2015; M. Pelissero, *I destinatari della prevenzione* praeter delictum*: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *R. it. d. proc. pen.*, 2017, p. 456 ss.; A. Quattrocchi, *Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. contemp. – Riv. trim.*, 2018, n. 1, p. 51 ss.

[30] In tal senso v. Cass. pen., sez. II, 19 gennaio 2018, n. 11846.

[31] Cass. pen., sez. VI, 21 settembre 2017, n. 53003.

costituire il ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità del potenziale destinatario della misura»[32]; tuttavia, la soluzione non è pienamente convincente, perché a mio avviso non del tutto congruente con le argomentazioni che hanno condotto al salvataggio della lett. *b*).

La Corte costituzionale avrebbe, infatti, potuto proporre una interpretazione restrittiva del termine "traffici delittuosi", limitandolo, in coerenza con quanto rilevato a proposito della lett. *b*), ai soli delitti (non dunque qualsiasi illecito) produttivi di provento. In tal modo avrebbe salvato interamente l'impianto di disciplina dell'art. 1, d.lgs. n. 159 del 2011.

Peraltro, sono convinto che la soluzione più in linea con i principi affermati dalla sentenza De Tommaso sarebbe stata quella di dichiarare l'illegittimità costituzionale di entrambe le fattispecie a pericolosità generica (semmai anche solo ai fini dell'applicazione delle misure di competenza del tribunale), perché entrambe sono inficiate da indeterminatezza.

In altri termini, sarebbe stato più coerente un ragionamento che avesse mantenuto unitario il destino delle lett. *a*) e *b*)[33]. La Corte costituzionale, invece, nel differenziare l'esito del giudizio di legittimità costituzionale raggiunge un duplice obiettivo: in primo luogo, non entrare in conflitto pieno con la Corte europea, situazione che si sarebbe di certo creata, se la Consulta avesse optato per il salvataggio di entrambe le norme; in secondo luogo, salvare la fattispecie di pericolosità generica che presenta più ampio spazio applicativo, anche laddove non si riescano ad avere elementi sufficienti per fondare la base indiziaria in ordine all'appartenenza ad una associazione di tipo mafioso [art. 4, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. n. 159 del 2011].

In conclusione, l'impatto della sentenza n. 24 sarà scarso o nullo in relazione alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della lett. *a*); quanto al salvataggio della lett. *b*), bisognerà vedere come la giurisprudenza leggerà quel passaggio della motivazione (che non costituisce parte integrante del dispositivo) che richiede il rapporto di congruenza del *quantum* da confiscare con i proventi delle attività delittuose realizzate nell'arco temporale di acquisizione del bene.

7. L'incostituzionalità delle prescrizioni generiche della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza

Più lineare e pienamente condivisibile è l'esito della sent. n. 25 del 2019 alla luce delle considerazioni sviluppate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso De Tommaso.

---

[32] Punto 12.3 della motivazione.

[33] Critico anche sulla soluzione diversificata, N. Pisani, *op. cit.*, p. 331; V. Maiello, *La prevenzione*, cit., p. 339.

La sorveglianza speciale di pubblica sicurezza è una misura di prevenzione il cui contenuto è in buona parte rimesso al giudizio del tribunale che fissa le prescrizioni: l'art. 8, d.lgs. n. 159 del 2011 ne indica alcune più specifiche (tra queste: darsi, entro un congruo termine, alla ricerca di un lavoro; fissare la dimora e darne conoscenza all'autorità di pubblica sicurezza; non allontanarsi dalla dimora senza preventivo avviso all'autorità locale di pubblica sicurezza; non associarsi abitualmente alle persone che hanno subito condanne e sono sottoposte a misure di prevenzione o di sicurezza; limitazioni negli orari di uscita e rientro a casa), mentre ampi e generici sono gli obblighi di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi". Queste prescrizioni non solo limitano la libertà personale dei destinatari della misura, ma condizionano di riflesso anche l'ampiezza delle fattispecie previste dall'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011 che ne sanzionano la violazione (come contravvenzione, al comma 1, e come delitto, al comma 2 applicabile in caso di sorveglianza con obbligo o divieto di soggiorno)[34].

Sulla disciplina in oggetto sono intervenute tre importanti sentenze di cui la Consulta ha tenuto debito conto agli effetti del giudizio.

La prima pronuncia è della stessa Corte costituzionale che aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale (allora sollevata con riferimento alla disciplina pregressa, poi confluita negli artt. 8 e 75, d.lgs. n. 159 del 2011) relativamente alle prescrizioni di vivere onestamente e rispettare le leggi, sostenendo che il riferimento alle leggi dovesse essere limitato alle sole leggi a contenuto prescrittivo, mentre l'altra locuzione avrebbe mero valore rafforzativo[35].

La lettura proposta non era, in verità, così restrittiva come riteneva la Corte, perché il carattere prescrittivo è riferibile a qualsiasi violazione di leggi cui consegua una qualsiasi sanzione, con l'effetto di dare rilevanza a violazioni amministrative del tutto estranee alle ragioni di tutela della sicurezza pubblica cui la misura è destinata e di produrre un effetto abnorme sul piano sanzionatorio: la violazione amministrativa commessa dal sorvegliato fonda anche un illecito penale; la commissione di un reato comporta la duplicazione del trattamento sanzionatorio, perché il soggetto sottoposto alla misura risponde del reato commesso e anche della violazione della prescrizione generica di "rispettare le leggi".

Se la Corte costituzionale si era mossa nel segno della conservazione dell'impianto sanzionatorio, quasi in preda ad una sorta di *horror vacui*, la Corte europea nella sentenza De Tommaso si muove in una prospettiva opposta, in quanto la genericità di quelle prescrizioni non assicura il rispetto dell'art. 2, Prot. 4, CEDU relativo alle limitazioni della libertà personale, che

---

[34] Su questa disciplina v. V. Maiello, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., p. 353 ss.

[35] Corte cost. 23 luglio 2010, n. 282.

devono avere una base legale consistente non solo nella previsione legale (soddisfatta dalla disciplina italiana), ma anche nella prevedibilità del loro contenuto che per la Corte europea non è assicurato nemmeno dalla lettura restrittiva proposta dalla Corte costituzionale nella sent. n. 282 del 2010.

Con questa pronuncia il destino delle prescrizioni generiche era irrimediabilmente segnato, come emerge dalla terza importante sentenza di cui la Corte costituzionale tiene conto. Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, poste di fronte al quesito se la trasgressione delle prescrizioni generiche possa fondare il precetto di cui all'art. 75, d.lgs. n. 159 del 2011, hanno dato risposta negativa, avanzando una interpretazione restrittiva di tale precetto che può essere integrato soltanto da quegli obblighi e quelle prescrizioni a contenuto determinato: il richiamo agli obblighi e alle prescrizioni contenuto nell'art. 75 cit. «può essere riferito soltanto a quegli obblighi e a quelle prescrizioni che hanno un contenuto determinato e specifico, a cui poter attribuire valore precettivo»; questi caratteri mancano nelle prescrizioni di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" che sono prive di contenuto precettivo, «dal momento che non impongono comportamenti specifici, ma contengono un mero ammonimento "morale", la cui genericità e indeterminatezza dimostra l'assoluta inidoneità ad integrare il nucleo di una norma penale incriminatrice»; al più tali prescrizioni possono rilevare ai fini dell'eventuale aggravamento delle prescrizioni della sorveglianza speciale[36].

La sentenza delle Sezioni Unite non ha convinto parte della dottrina, che ha considerato l'intervento della Corte di cassazione un'invasione di campo delle competenze della Corte costituzionale, dinanzi alla quale avrebbe dovuto essere sollevata la questione di legittimità costituzionale. La pronuncia va invece apprezzata, perché si sforza di dare una interpretazione restrittiva della norma penale in conformità al principio di determinatezza e in linea con la sentenza De Tommaso[37].

In questo contesto, l'esito della questione di legittimità costituzionale non poteva che essere la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 75, d.lgs. n. 159 del 2011 per violazione dell'art. 2, Prot. 4, CEDU rilevante come parametro interposto ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui punisce come delitto l'inosservanza delle prescrizioni di "vivere one-

---

[36] Cass. pen., sez. un, 27 aprile 2017-5 settembre 2017, n. 40076. Sulla sentenza v. V. Maiello, *La violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" tra "abolito" giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 777 ss.; G. Bondi, *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto* ex *art. 75, comma 2, d. legisl. n. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa*, in *Dir. pen. contemp. – Riv. Trim.*, 2017, n. 10, p. 163 ss.

[37] In tal senso v. F. Viganò, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *Dir. pen. contemp.*, 13 settembre 2017.

stamente" e di "rispettare le leggi" da parte del soggetto sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale: ribadire la soluzione data dalla Corte costituzionale nel 2010 sarebbe stato impossibile, considerato che la stessa sentenza De Tommaso l'aveva considerata inadeguata a garantire la prevedibilità delle limitazioni della libertà personale; non rimaneva che la via della consonanza con la sentenza della Corte europea e il dialogo con la sentenza delle Sezioni Unite, di cui la Consulta valorizza lo sforzo di adeguamento alla pronuncia dei giudici di Strasburgo. A differenza della sentenza delle Sezioni Unite, la pronuncia della Corte costituzionale ha efficacia *erga omnes* ed è in grado di incidere sulle sentenze di condanna *ex* art. 75, d.lgs. n. 159 del 2011 passate in giudicato attraverso il procedimento dinanzi al giudice dell'esecuzione.

Di questa sentenza va sottolineato ancora un passaggio, laddove la Corte si chiede se il principio di determinatezza possa essere bilanciato rispetto ad altri interessi meritevoli di tutela, nel caso di specie la sicurezza pubblica cui è funzionale la sorveglianza speciale. Garantire il principio di determinatezza attraverso la parziale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 75, d.lgs. n. 159 del 2011 non pregiudica affatto la tutela della sicurezza pubblica che è ampiamente soddisfatta attraverso le prescrizioni specifiche previste dall'art. 8; si evita al contempo di fare dell'art. 75 il volano per la criminalizzazione di mere violazioni amministrative o la base per l'irragionevole aggravamento della risposta sanzionatoria in caso di trasgressione di una norma penale.

8. Osservazioni conclusive

Dobbiamo chiederci quali possano essere gli effetti di queste sentenze sul terreno della disciplina delle misure di prevenzione.

Quanto alla fattispecie di pericolosità generica di cui all'art. 1, lett. *c*), d.lgs. n. 159 del 2011 (riferita a «coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, comprese le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'art. 2, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica») si presenta alquanto generico il riferimento ai reati offensivi della sicurezza o anche solo della tranquillità pubblica. Peraltro il d.l. n. 14 del 2017 ha potenziato questa ipotesi attraverso il rinvio ai divieti di frequentazioni previsti a tutela della sicurezza e del decoro nelle città.

Gli argomenti sviluppati dalla Corte, anche attraverso l'ampio affresco sullo sviluppo delle misure di prevenzione, non toccano mai il delicatissimo àmbito delle fattispecie a pericolosità specifica (*in primis* gli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso o terroristico): questa parte

della disciplina delle misure di prevenzione non è, dunque, interessata dalla pronuncia in oggetto.

L'interpretazione tipizzante seguita dalla Corte di cassazione relativa alla lett. *b*) e valorizzata dalla Consulta, ancorando le misure di prevenzione ad un dato indiziario riferito ad attività "delittuose" produce una trasformazione delle misure di prevenzione che sono sempre meno *preater delictum* e sempre più, di fatto, *post delictum*: quando la fattispecie di pericolosità generica è fondata sui delitti commessi, le misure di prevenzione sembrano sempre più misure di sicurezza; la confisca di prevenzione è assimilabile ad una confisca allargata, applicabile, tuttavia, ben oltre l'elencazione tassativa delle fattispecie previste dal vigente art. 240-*bis* c.p.

Quanto alla dichiarazione di illegittimità costituzionale relativa alle prescrizioni generiche, effetti indiretti ci sono stati in due sentenze delle Sezioni Unite della Corte di cassazione che hanno proposto letture restrittive dell'amplissima formulazione dell'art. 75, d.lgs. n. 159 del 2011: è stata escluso il reato nei confronti del destinatario della sorveglianza speciale, la cui esecuzione sia stata sospesa per effetto di una detenzione di lunga durata, in assenza della rivalutazione dell'attualità e della persistenza della pericolosità sociale[38]; la prescrizione del divieto di partecipare a pubbliche riunioni (art. 8, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2011) è stata riferita solo alle riunioni in pubblico[39].

Pur con i recenti interventi della Corte costituzionale, il terreno delle misure di prevenzione continua a rimanere scosceso e sconnesso per le garanzie individuali. Se nel migliore dei mondi possibili non ci sarebbe spazio per le misure di prevenzione, nella realtà dell'ordinamento attuale è illusorio pensare alla loro espunzione dal sistema; ne vanno, piuttosto, contenuti gli effetti espansivi che le ansie preventive del legislatore rincorrono. Se non possiamo realisticamente fare a meno delle fattispecie a pericolosità specifica nel contrasto alla criminalità organizzata e terroristica, sulle fattispecie a peri-

---

[38] Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2018-13 novembre 2018, n. 51407, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1070 ss., con nota di A. Quattrocchi, *Prevenzione personale e detenzione di lunga durata: per le sezioni unite è necessaria la rivalutazione della pericolosità*.

[39] Cass. pen., sez. un., 28 marzo 2019 (sentenza non ancora depositata): la Corte ha in tal modo dato risposta negativa al quesito «se la partecipazione del soggetto, sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, ad una manifestazione sportiva tenuta in luogo aperto al pubblico, integri il reato di violazione delle prescrizioni di cui agli artt. 8 e 75 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 15». Sull'ordinanza di rimessione, v. E. Zuffadda, *Alle Sezioni unite una nuova questione relativa alla configurabilità del reato di cui all'art. 75 cod. antimafia, questa volta in caso di trasgressione del divieto di partecipare a pubbliche riunioni*, in *Dir. pen. contemp.*, 6 marzo 2019. Si veda altresì F. Amarelli, *Ulteriormente ridotta la tipicità del delitto di violazione degli obblighi inerenti alla misura di prevenzione: per la Cassazione anche il divieto di partecipare a pubbliche riunioni contrasta con il principio di determinatezza*, in *Dir. pen. contemp.*, 19 luglio 2018.

colosità generica la Corte costituzionale avrebbe potuto essere più coraggiosa, proseguendo nell'assestare il duro colpo inferto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione; avrebbe potuto dichiarare più ampiamente l'incostituzionalità dell'art. 1, lett. *a*) e *b*), d.lgs. n. 159 del 2011, invece di limitarla alla sola lett. *a*) e nei soli limiti in cui si tratti di applicare le misure della sorveglianza speciale, del sequestro e della confisca. Ne sarebbe derivato di certo un maggior tributo ai principi di garanzia, senza scalfire le esigenze di tutela della sicurezza pubblica.

L'EFFICACIA CONFORMATIVA DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO SULLA TUTELA NAZIONALE DEL DIRITTO ALLA *PRIVACY*[*]

di Francesco Perrone

Sommario: 1. Il caso *López Ribalda* dinanzi alla giurisdizione nazionale. – 2. Profili di incompatibilità con l'art. 8 Cedu: il principio di proporzione nel giudizio di bilanciamento. – 3. La tutela della *privacy* del lavoratore in luogo pubblico. – 4. Il giudizio di bilanciamento dell'art. 8, par. 2 Cedu e l'adempimento da parte dello Stato dell'obbligo conformativo: spunti comparatistici. – 5. Il ruolo del *soft law* nell'adempimento dell'obbligo conformativo da parte dello Stato. In particolare il valore giuridico delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali. – 6. La sentenza *Libert c. Francia*: il giudizio di bilanciamento in un caso di accesso a *files* "personali". In particolare, il ruolo della *policy* aziendale. – 7. L'adempimento dell'obbligo conformativo da parte dello Stato italiano: l'art. 4, comma 3 dello Statuto dei Lavoratori. – 8. Profili di incompatibilità con l'art. 6 Cedu: l'utilizzazione in giudizio dei dati personali.

1. Il caso *López Ribalda* dinanzi alla giurisdizione nazionale

A quattro mesi dalla decisione del caso *Bărbulescu c. Romania* della Grande Camera,[1] la Corte di Strasburgo torna a pronunciarsi sul tema della protezione del diritto alla *privacy* nel contesto dei controlli a distanza sul lavoratore (c.d. tecnologici), nonché sull'utilizzabilità in giudizio dei dati raccolti per mezzo di essi: prima con la sentenza con la sentenza *López Ribalda c. Spagna* (ricorso n. 1874/13) del 9 gennaio 2018, poi con la sentenza *Libert c. Francia* (ricorso n. 588/13) del 22 febbraio 2018.

I fatti di causa rilevanti del *López Ribalda* possono essere così sintetizzati: il datore di lavoro, gestore di un supermercato, riscontrava una serie di

---

[*] Il presente saggio rappresenta un ampliamento del saggio di Perrone F. (2018) "*La tutela della privacy sul luogo di lavoro: il rinnovato dialogo tra Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e giurisdizione nazionale dopo la sentenza Bărbulescu 2*", già pubblicato in *Labor*, 3, 283 ss.

[1] Sitzia A. (2017), *I limiti del controllo della posta elettronica del lavoratore: una chiara presa di posizione della Grande Camera della Corte eur. dir. uomo*, in *Nuova Giurisprudenza Commentata*, 12, 1651 ss.; C. Carta (2017), *Corte europea dei diritti dell'uomo: la Grande camera torna sul (e difende il) diritto alla privacy del lavoratore*, in *Labor*, http://www.rivistalabor.it/wp-content/uploads/2017/09/Barbulescu.pdf; Buffa F., *Il controllo datoriale delle comunicazioni elettroniche del lavoratore dopo la sentenza Barbulescu 2 della Cedu*, in *Questione Giustizia*, 2017, http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-controllo-datoriale-delle-comunicazioni-elettro_18-10-2017.php; Dallacasa M. (2018), *La sentenza Barbulescu e la regola aurea del bilanciamento di interessi in materia di controlli sull'uso degli strumenti informatici da parte dei dipendenti*, in corso di pubblicazione su *LG*, 5.

discrepanze tra il livello delle scorte di magazzino e gli incassi di fine giornata. Sospettando che ciò dipendesse da illecite condotte appropriative di beni e/o denaro aziendale poste in essere da uno o più dipendenti, provvedeva ad installare all'interno del negozio dei dispositivi di videoripresa. Ne collocava alcuni, in posizione ben visibile, a sorveglianza dei varchi d'uscita. Ne occultava altri, all'insaputa dei lavoratori, in posizione utile alla sorveglianza generalizzata ed indistinta di tutto il personale di volta in volta addetto al bancone di cassa (*covert video surveillance*). Ciò avveniva nonostante il codice per la protezione dei dati personali spagnolo imponesse, senza apparenti deroghe, l'obbligo di farne comunicazione ai lavoratori in modo chiaro ed esauriente, nonché l'obbligo di compiuta informazione circa le modalità di trattamento dei dati personali acquisiti con tale mezzo. Grazie ai filmati così ottenuti, venivano individuati e licenziati i responsabili delle accertate sottrazioni. Costoro adivano le corti nazionali lamentando la lesione del proprio diritto alla *privacy* (art. 8 Cedu) nonché, sotto il profilo processuale, la violazione del diritto di difesa asseritamente cagionato dall'utilizzazione in giudizio dei dati occultamente carpiti quali prova a loro carico (art. 6 Cedu). Le corti nazionali rigettavano ogni domanda ritenendo che la condotta datoriale denunziata, considerate le circostanze del caso, fosse da reputarsi lecita e proporzionata all'entità dei fatti posti a giustificazione dei licenziamenti: sia in quanto imposta dalla necessità di assicurare adeguata protezione ai diritti patrimoniali del datore di lavoro, sia in quanto l'unica in grado di preservare l'interesse alla conservazione del patrimonio aziendale comportando al contempo il minor sacrificio possibile dei diritti dei lavoratori destinatari dell'attività di sorveglianza.

L'approccio seguito dai giudici spagnoli ricorda, per certi versi, il percorso giurisprudenziale che in Italia ha condotto all'elaborazione della teoria dei c.d. controlli difensivi. Tale categoria tipologica comprende, come noto, quelle attività di sorveglianza a distanza, quali ad esempio il monitoraggio degli accessi alla rete *Internet* o del sistema di posta elettronica aziendale, poste in essere per mezzo di strumenti tecnologici non allo scopo di verificare l'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali da parte dei lavoratori – in quanto tale tradizionalmente vietato dalla formulazione letterale dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori[2] – bensì al fine di accertare la commissione di condotte illecite lesive del patrimonio aziendale ovvero pericolose per la sicurezza del luogo di lavoro. Sono emblematiche, a tale riguardo, la storica sentenza della Corte di Cassazione n. 4746 del 3 aprile 2002 pronunciata in un caso di controllo sull'utilizzo extraprofessionale della rete telefonica aziendale, ritenuto lecito in quanto strumentale alla tutela del patrimonio aziendale, nonché la sentenza della Corte di Cassazione n. 10955 del 27

[2] Articolo recentemente sostituito dall'art. 23, comma 1, d.lgs. 24 settembre 2016, n. 185.

maggio 2015 riguardante un caso di accesso all'*account* personale *Facebook* di un dipendente, ritenuto lecito in quanto strumentale alla tutela della sicurezza dello stabilimento messa a repentaglio dall'inceppamento di un macchinario verificatosi durante l'allontanamento ingiustificato del lavoratore[3].

Si tratta di fattispecie in cui la giurisprudenza ha elaborato in via pretoria – sostanzialmente *praeter legem* – un'area immune ai vincoli di legittimità imposti dall'art. 4 stat. lav. Analogamente, nel caso *López Ribalda* i giudici nazionali giudicavano la condotta datoriale legittima nonostante la legge spagnola non prevedesse alcun esplicito esonero dall'adempimento dell'obbligo di offrire ai lavoratori sottoposti a controllo una compiuta informazione preventiva.

2. Profili di incompatibilità con l'art. 8 Cedu: il principio di proporzione nel giudizio di bilanciamento

Come noto, l'art. 8 Cedu, così come gli altri diritti convenzionali c.d. "non assoluti" – quali, ad esempio, l'art. 9 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione), l'art. 10 (libertà di espressione) l'art. 11 (libertà di riunione e di associazione), ovvero l'art. 2 del Protocollo n. 4 (libertà di circolazione) – presenta una struttura bipartita. Esso è costituito da un primo paragrafo enunciante il contenuto del diritto tutelato ("*ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza*"), e da un secondo paragrafo che enuclea i tre presupposti in presenza dei quali ogni Stato membro è legittimato a sottoporre a restrizioni (*interferences*) l'esercizio del diritto definito dal primo paragrafo: a) che la restrizione trovi fondamento nella legge (*in accordance with the law*); b) che la restrizione sia giustificata dalla necessità di perseguire almeno una delle finalità legittime tassativamente elencate dalla norma (*a legitimate aim*); c) che la restrizione sia necessaria in una società democratica (*necessary in a democratic society*).

Nel caso *López Ribalda* i ricorrenti non hanno sollevato specifica questione né in merito all'effettiva esistenza di una base normativa di diritto interno giustificativa della restrizione, evidentemente data – forse un po' troppo – per scontata, né in merito all'esistenza di un fine legittimo a giustificazione della restrizione, essendo quest'ultimo effettivamente individuabile, senza eccessive difficoltà, nella necessità di assicurare "*protezione dei diritti* […] *altrui*", identificabili negli interessi patrimoniali dell'imprenditore.

La *ratio decidendi* della sentenza concentra piuttosto il proprio fulcro sull'ultimo dei tre presupposti contemplati dall'art. 8, par. 2 Cedu, il cui nucleo sostanziale è rappresentato dal principio di proporzione che deve inter-

[3] V. altresì, *ex multis*, Cass. n. 4746/2002, n. 4375/2010, n. 2722/2012, n. 16622/2012.

correre tra una determinata restrizione del diritto autorizzata dallo Stato e il fine (legittimo) concretamente perseguito. La Corte Edu ha rilevato che, nel caso di specie, l'attività di "sorveglianza occulta" si è risolta in una misura di controllo diretta a colpire indistintamente l'intero *staff* impiegato presso il punto vendita, in quanto tale sproporzionata rispetto al fine (in sé legittimo) di tutelare l'interesse organizzativo-patrimoniale del datore di lavoro. Ha pertanto ritenuto che lo Stato convenuto, omettendo di sanzionare tale sproporzione, abbia fallito il giudizio di bilanciamento imposto dall'art. 8, par. 2 Cedu.

La valutazione di sproporzione operata dalla Corte è ulteriormente fondata sul rilievo che la legge spagnola espressamente disciplina un articolato bagaglio di strumenti normativi a protezione della *privacy* sul luogo di lavoro, idoneo a fondare un ragionevole affidamento di tutela da parte dei ricorrenti. Tale particolare spunto motivazionale dimostra come, nella prospettiva convenzionale, l'esistenza nell'ordinamento domestico di una compiuta disciplina legislativa rilevi non solo quale base legale su cui fondare una determinata limitazione di un diritto fondamentale (*in accordance with the law*), ma anche quale elemento costitutivo dell'affidamento dei destinatari della garanzia convenzionale, in quanto tale rilevante alla stregua di autonoma struttura di bilanciamento del giudizio di necessità in una società democratica.

È utile ricordare a tale proposito che la Corte, nella sentenza *Bărbulescu 2*, ha individuato l'elenco delle garanzie che l'ordinamento nazionale deve necessariamente assicurare nella protezione del diritto alla *privacy* sul luogo di lavoro, pena la violazione degli *standards* di tutela stabiliti dall'art. 8 della Convenzione, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte Edu. Si impone pertanto la verifica:

«(i) se il dipendente sia stato preventivamente informato della possibilità che il datore di lavoro controlli la corrispondenza e altre comunicazioni e dell'attuazione di tali misure;
(ii) quale sia l'estensione del controllo da parte del datore di lavoro e il grado di intrusione nella *privacy* del dipendente, distinguendo in proposito tra il monitoraggio del flusso delle comunicazioni e del loro contenuto, nonché il carattere totale o parziale dei dati monitorati, la durata nel tempo del monitoraggio, il numero di persone che hanno avuto accesso ai risultati, l'esistenza o l'assenza di limiti spaziali del monitoraggio;
(iii) se il datore di lavoro abbia fornito motivazioni legittime per giustificare il monitoraggio delle comunicazioni e l'accesso ai loro contenuti effettivi, posto che il monitoraggio del contenuto delle comunicazioni è per natura un metodo chiaramente più invasivo, richiede una giustificazione più ampia;
(iv) se fosse stato possibile istituire un sistema di monitoraggio basato su metodi e misure meno intrusivi che non accedere direttamente al contenuto delle comunicazioni del dipendente, e se dunque l'obiettivo perseguito

dal datore di lavoro avesse potuto essere raggiunto senza accedere direttamente all'intero contenuto delle comunicazioni del dipendente;

(v) quali siano le conseguenze del monitoraggio per il lavoratore subordinato e quale l'uso da parte del datore di lavoro dei risultati dell'operazione di monitoraggio, in particolare se tale uso sia conforme con lo scopo perseguito e dichiarato, e se sia necessario in relazione allo stesso;

(vi) se siano state predisposte adeguate misure di salvaguardia in favore del lavoratore, in particolare quando le attività di controllo del datore di lavoro siano di natura intrusiva, prevedendosi ad esempio che il datore di lavoro non possa accedere al contenuto effettivo delle comunicazioni, a meno che il lavoratore non sia stato avvisato in anticipo di tale eventualità».

3. La tutela della *privacy* del lavoratore in luogo pubblico

Con la sentenza *López Ribalda* la Corte ha ulteriormente chiarito i confini del perimetro applicativo dell'art. 8 Cedu, precisando che il concetto di vita privata ben può includere anche attività di natura professionale che abbiano svolgimento sul luogo di lavoro (vedi, sempre in materia di controlli a distanza e c.d. "tecnologici", *Halford c. Regno Unito*, n. 20605/92; *Copland c. Regno Unito*, n. 62617/00; *Köpke c. Germania*, n. 420/07; *Bărbulescu c. Romania* [GC], n. 61496/08). Ciò vale a sgomberare per l'ennesima volta il campo dall'idea, non di rado sottesa alle impostazioni difensive dei datori di lavoro costituiti in giudizio, che il lavoratore, per il solo fatto di trovarsi all'interno dei locali aziendali o impegnato nell'utilizzazione di beni strumentali aziendali (ad esempio l'*e-mail* o un *laptop* aziendale), non possa avanzare alcuna pretesa di protezione del proprio diritto alla vita privata. Sulla stessa scia, nella recentissima sentenza del 22 febbraio 2018 pronunciata nel caso *Libert c. Francia* (ricorso n. 588/13) la Corte Edu ha affermato il principio secondo cui, ricorrendo circostanze particolarmente qualificanti, anche dati di natura extraprofessionale, qualora chiaramente contrassegnati come "privati", possono conservare una correlazione giuridicamente rilevante con l'ambito concettuale della "vita privata" tutelata dall'art. 8 Cedu seppur inseriti all'interno di un computer aziendale. La stessa Corte di Cassazione italiana, nel decidere un caso strutturalmente analogo a *Bărbulescu*, ha avuto modo di precisare con sentenza n. 13057 del 28 ottobre 2015 che anche nell'ambito del sistema informatico pubblico la casella di posta elettronica del dipendente, purché protetta da una *password* personalizzata ed identificata da un *account* registrato presso il *provider* del servizio, rappresenta un "domicilio informatico" assistito da *ius excludendi omnes alios*, sicché deve reputarsi illecito l'accesso alla stessa da parte di chiunque, ivi compreso il superiore gerarchico.

La sentenza *López Ribalda* segue, a stretto giro, la sentenza *Antović e Mirković c. Montenegro* del 18 novembre 2017 (ricorso n. 70838/13). Due

professori universitari lamentavano che costituisse un'indebita violazione del loro diritto alla *privacy* la decisione assunta dall'Università del Montenegro di installare videocamere di sorveglianza nelle aule d'insegnamento all'asserito scopo di proteggere l'incolumità delle persone e il patrimonio dell'Università. Le corti domestiche rigettavano ogni domanda risarcitoria affermando il principio che non può porsi un problema di tutela della vita privata in relazione a condotte poste in essere in luogo pubblico.

La Corte Edu, pronunciandosi sul ricorso, ha voluto demarcare i limiti dell'ambito applicativo dell'art. 8 Cedu: a giudizio dalla Corte, la mera circostanza che la prestazione lavorativa (l'insegnamento) abbia svolgimento in luogo pubblico non vale ad escluderne l'ambito applicativo. Altrimenti detto, anche quando il luogo di lavoro è pubblico (o anche aperto al pubblico, secondo la nostra terminologia giuridica nazionale) l'aspettativa di protezione del diritto alla *privacy* del lavoratore non svanisce per ciò solo (v., in tema di videosorveglianza in luogo pubblico, la decisiva sentenza del 28 gennaio 2003 *Peck c. Regno Unito*, n. 44647/98). Se diversamente fosse, il mero fatto di trovarsi in luogo pubblico determinerebbe *de plano* una declaratoria di inammissibilità del ricorso per incompatibilità *ratione materiae* con la Convenzione ai sensi dell'art. 35, par. 3, lett. a) Cedu.

La decisione *Antović e Mirković* presenta un ulteriore profilo di interesse: la Corte, pur non escludendo che gli scopi perseguiti dal datore di lavoro montenegrino fossero in sé legittimi, ha ritenuto che le dichiarate finalità protettive dell'incolumità pubblica e del patrimonio dell'ente non fossero di rilevanza tale da poter efficacemente bilanciare le misure restrittive adottate dall'Università datrice di lavoro, in quanto quest'ultima avrebbe ben potuto impiegare differenti mezzi a sua disposizione, meno invasivi ma ugualmente idonei ad assicurare il perseguimento di detti scopi. Non è valso a bilanciare tale giudizio di sproporzione il rilievo che l'attività di videosorveglianza, a differenza di quanto avvenuto in *López Ribalda*, fosse stata effettuata in modo palese a seguito di una compiuta informazione dei lavoratori.

4. Il giudizio di bilanciamento dell'art. 8, par. 2 Cedu e l'adempimento da parte dello Stato dell'obbligo conformativo: spunti comparatistici

È altresì utile puntualizzare la rilevante differenza che intercorre tra il caso *López Ribalda* e il caso, per certi versi simile, *Köpke c. Germania* (ricorso n. 420/07). Analogamente a quanto avvenuto in López Ribalda, a fronte di una serie ammanchi verificatisi all'interno del deposito bevande di un supermercato il datore di lavoro decideva di porre sotto videosorveglianza, all'insaputa dei dipendenti, il locale adibito a deposito bevande e la postazione di cassa. Tuttavia nel caso tedesco i sospetti e le conseguenti attività di controllo si concentravano su due particolari lavoratori, anziché indirizzarsi indistintamente alla generalità dell'organico aziendale.

La Corte ha ritenuto che le corti tedesche, riconoscendo che lo scopo legittimo di tutela del patrimonio aziendale fosse stato in concreto perseguito – contrariamente a quanto avvenuto in López Ribalda – facendo uso di misure restrittive le meno invasive tra quelle disponibili, avessero effettuato un corretto bilanciamento degli interessi in gioco[4].

Se ne deduce che, nella prospettiva convenzionale, assume una notevolissima rilevanza discretiva la circostanza che l'atto di controllo sia circoscritto ad un novero di destinatari determinati, piuttosto che indiscriminatamente esteso ad un gruppo indistinto di lavoratori.

La sentenza *Köpke* offre un utile spunto di riflessione anche in merito all'esame delle modalità conformative prescelte dagli Stati membri nell'adempimento degli obblighi di protezione imposti dalla Convenzione. Come noto, sullo Stato grava non solo l'obbligazione negativa di impedire ogni arbitraria intromissione nella vita privata da parte della pubblica autorità, bensì anche l'obbligazione positiva di adottare ogni misura necessaria a garantire il rispetto della vita privata nelle relazioni intersoggettive orizzontali (vedi, *ex multis*, *Von Hannover c. Germania* (no. 2) [GC], nn. 40660/08 e 60641/08). In questa prospettiva, come noto, l'art. 8 Cedu impone allo Stato l'obbligazione positiva di adottare le misure legislative necessarie a munire di una valida base legale le restrizioni del diritto alla *privacy* che lo Stato ritenesse di autorizzare. Tuttavia si osserva che, nella prospettiva convenzionale, una certa restrizione del diritto alla *privacy* può e deve essere considerata *in accordance with the law* non solo in presenza di un fondamento legale certo ed esaustivo, bensì anche in presenza di orientamenti interpretativi giurisprudenziali consolidati i quali, così come avvenuto in *Köpke*, permettano di colmare l'eventuale *deficit* di accessibilità e/o prevedibilità del dato legislativo formale.

Nel caso López Ribalda la Corte è invece pervenuta a conclusioni opposte, evidentemente ritenendo che la decisione finale assunta dalla giurisdizione spagnola non fosse adeguatamente fondata su alcuna prassi interpretativa giurisprudenziale consolidata, e forse anzi tale da cogliere per così dire "di sorpresa" il soggetto passivo della violazione.

Tale approccio interpretativo, che valorizza fortemente la valenza regolativa propria della fonte giurisprudenziale, non è affatto scontato per un giurista di *civil law*, nella cui tradizione giuridica il valore precettivo della norma scritta riveste un peso assolutamente preponderante rispetto al ruolo meramente interpretativo riconosciuto all'elaborazione giurisprudenziale. Emblematica, a questo riguardo, la sentenza della Corte Costituzionale del

---

[4] V., nello stesso senso, la *dissenting opinion* espressa alla sentenza *López Ribalda* dal giudice *Dedov*, il quale ha espressamente invocato il precedente *Köpke* a sostegno della tesi che anche le misure di sorveglianza disposte in López Ribalda fossero le uniche disponibili e comunque proporzionate alla gravità del fatto.

12 ottobre 2012, n. 230 la quale, pronunciandosi in merito all'impatto della pronuncia *Del Rio Prada c. Spagna* (sentenza del 21 ottobre 2013, [GC], no. 42750/09) sull'istituto della revoca della sentenza penale di condanna in caso di *overulling* giurisprudenziale sopravvenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ha riaffermato con forza che negli ordinamenti di *civil law* il principio di legalità è fondato sulla forza percettiva della norma scritta, giammai sulla valenza puramente dichiarativa, per quanto autorevole, del precedente giurisprudenziale[5].

Nella prospettiva convenzionale, possono costituire valido veicolo conformativo strumenti di implementazione appartenenti tanto alla sfera del diritto positivo di livello costituzionale e legislativo primario (quali le clausole costituzionali che tutelano il diritto alla *privacy* nella vita personale e familiare, il diritto all'onore e alla reputazione, il diritto al segreto delle comunicazioni, nonché i codici legislativi sulla *privacy* e le relative norme protettive di natura civile, penale, amministrativa, lavoristica), tanto alla sfera regolativa propria delle autorità amministrative preposte alla protezione di particolari diritti convenzionali (prime tra tutte, le autorità garanti della *privacy*) ovvero dell'autoregolamentazione privatistica (contratti collettivi, accordi sindacali, linee guida, codici di buone pratiche, codici etici adottati dalle associazioni di categoria, prassi consolidate sancite da codici di autoregolazione aziendale), tanto all'azione regolativa promanante dal bagaglio giurisprudenziale consolidato nella giurisdizione nazionale.

Nel quadro comparatistico degli Stati membri della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo è rinvenibile un'ampia gamma tipologica di misure conformative dell'obbligo di bilanciamento cui l'art. 8, comma 2 Cedu rinvia.

Taluni ordinamenti impongono il compimento di adempimenti procedimentali preventivi rispetto all'avvio dell'attività di sorveglianza, controllo ovvero monitoraggio sul luogo di lavoro, quali l'obbligo di comunicazione preventiva di una particolare *policy* aziendale concernente l'uso a fini extraprofessionali della rete *Internet* o del sistema *e-mail* (ad esempio in Estonia), l'obbligo di preventivo avviso del compimento di atti di ispezione (ad esempio in Austria, Norvegia, Polonia), l'obbligo di notifica preventiva agli organi nazionali di protezione dei dati personali del compimento di attività di trattamento o raccolta di dati (ad esempio in Lussemburgo), l'obbligo di preventivo avviso dei lavoratori interessati ovvero delle loro associazioni rappresentative di un sopravveniente atto di monitoraggio dei dati (Norvegia).

---

[5] V. Napoleoni (2112), *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Diritto Penale Comparato*, https://www.penalecontemporaneo.it/d/1767-mutamento-di-giurisprudenza-in-bonam-partem-e-revoca-del-giudicato-di-condanna-altola-della-consult.

Altri ordinamenti impongono l'adozione determinate misure di garanzia destinate a disciplinare lo svolgimento del procedimento di controllo, ad esempio circoscrivendone l'oggetto e/o le finalità ovvero limitandone la durata. Quanto alle misure contenitive delle finalità del controllo, le legislazioni nazionali sovente distinguono tra sorveglianza "automatica" (*automatic monitoring*) e controlli individualizzati (*spot checks*). Di regola, esse prescrivono per le forme di sorveglianza automatica e/o generalizzata presupposti legittimanti più stringenti – sino a prevederne l'interdizione assoluta – rispetto a quelli stabiliti per gli *spot checks*. Come noto, in Italia (ma anche in Liechtenstein) l'*automatic monitoring* finalizzato al controllo delle modalità esecutive della prestazione contrattuale da parte dei lavoratori è radicalmente vietato, mentre è consentito qualora diretto al perseguimento di specifici scopi stabiliti dalla legge (esigenze organizzative e produttive, sicurezza del lavoro, tutela del patrimonio aziendale) ed assistito da particolari garanzie procedimentali di concertazione sindacale ovvero di autorizzazione amministrativa (art. 4, comma 1 stat. lav.). In Lussemburgo vale il principio della c.d. "sorveglianza graduale", tale per cui l'intensificazione dell'attività di controllo sugli strumenti di lavoro tecnologici è ammessa solo in presenza di sospetti ragionevoli e circostanziati della commissione di condotte illecite.

Quanto alle misure limitative dell'oggetto del controllo, le legislazioni nazionali spesso distinguono tra comunicazioni private e comunicazioni professionali. In taluni ordinamenti il datore di lavoro ha il diritto di accesso, ma non di lettura, delle *e-mail* espressamente contrassegnate come "private" o "personali", talvolta anche nel caso in cui ne sia stata espressamente vietata l'utilizzazione a fini personali (ad esempio in Portogallo, Francia, Germania). In altri ordinamenti è consentito al datore di lavoro l'accesso alle *e-mail* "private" dei dipendenti solo se giustificato dalla necessità di accertare la commissione di un reato (ad esempio in Svezia). Vi sono poi ordinamenti in cui il potere di accesso è limitato alla cronologia del *browser Internet*, senza possibilità di visualizzazione della *web page* visitata dall'utente (Danimarca). Vi sono infine ordinamenti che prevedono misure limitative peculiari, quali la presenza obbligatoria di un testimone ovvero dell'amministratore di sistema che assista alle operazioni di controllo, l'obbligo di redazione di un *report* che dia conto delle operazioni di controllo svolte, l'obbligo di coinvolgere i rappresentanti dei lavoratori nelle procedure di verifica, l'obbligo di applicazione del principio del "*last intrusive means*" (Austria).

5. Il ruolo del *soft law* nell'adempimento dell'obbligo conformativo da parte dello Stato. In particolare, il valore giuridico delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali

Non semplicemente il diritto comparato, ma il *soft law* nel suo complesso assume una crescente influenza conformativa sugli ordinamenti nazionali

per mezzo del ruolo precipuo che ad esso viene riconosciuto dalla giurisprudenza delle corti europee nell'interpretazione del contenuto degli obblighi scaturenti dal diritto dell'Unione e dalla CEDU. Obblighi internazionali che ciascuno Stato membro nel suo insieme – vale a dire nella sua articolazione legislativa, amministrativo-esecutiva e giurisdizionale – è chiamato ad adempiere.

Si consideri, in particolare, l'importante effetto di orientamento interpretativo esercitato dal *soft law* sulla struttura argomentativa delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in relazione alla determinazione sia del significato convenzionale delle clausole della CEDU e dei suoi Protocolli addizionali, sia del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri. Nella giurisprudenza della Corte EDU, il *soft law* gioca un ruolo cruciale rispetto quanto meno a due rilevantissimi aspetti.

Quanto al primo profilo, il principio caratterizzante l'approccio interpretativo della Corte EDU è il cosiddetto metodo "autonomo" di interpretazione[6]. Esso impone che le clausole della Convenzione siano interpretate nel loro autonomo significato convenzionale ("*within the meaning of the Convention*", "*au sens de la Convention*"), il quale non necessariamente corrisponde a quello attribuito alle stesse nozioni legali negli Stati contraenti. Si considerino i casi *König c. Germania* (sentenza del 28 giugno 1978) e *Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portogllo* (sentenza di Grande Camera del 6.11.2018), ove la Corte ha definito la nozione di "autorità e indipendenza del potere giudiziario" avendo presente, oltre che un'ampia ed approfondita ricognizione comparativa del significato concretamente assunto dal concetto di "indipendenza" nei diversi Stati membri del Consiglio d'Europa, anche gli elementi interpretativi offerti da una vastissima gamma di strumenti di diritto internazionale, *cogens* e *soft*, quali ad esempio, solo a citarne alcuni, le risoluzioni del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, i *reports* degli *Special Rapporteurs* delle Nazioni Unite, i rapporti e le opinioni della *Venice Commission*, le raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, le decisioni di organi giurisdizionali non facenti parte degli ordinamenti sovranazionali europei (ad esempio la Corte Interamericana dei Diritti Umani). In questa prospettiva, financo l'analisi comparatistica presenta una notevolissima potenzialità d'impatto, come emblematicamente dimostrato dalla sentenza *Engel* (*Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, §§ 82-83), ove la Corte ha stabilito che la nozione di "accusa penale" prevista dall'art. 6 CEDU deve essere intesa nel suo autonomo significato convenzionale. Le analisi di diritto comparato ed internazionale, ma anche di diritto giurisprudenziale sui precedenti della stessa Corte EDU, svolgono spesso un ruolo sinergico ai fini dell'istruzione del caso *sub iudice*. L'interrelazione

---

[6] Sudre F. (1998), *Le recours aux notions autonomes*, in Sudre F., *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant: Bruxelles, 99 ss.

dei tre profili tematici è ben percepibile nella motivazione della sentenza di Grande Camera *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 24 gennaio 2017, il cui fulcro decisorio fondamentale è costituito dall'individuazione della linea di demarcazione intercorrente tra i concetti di "vita privata" e "vita familiare", entrambi contemplati dall'art. 8 della Convenzione. La Corte ha ritenuto di ricostruirne il significato facendo tesoro sia del proprio bagaglio giurisprudenziale in tema di vincoli *de facto* rilevanti ai fini della costituzione di una "vita familiare" nell'inteso dall'art. 8, sia dell'esame comparatistico dei differenti regimi legali, più o meno permissivi, adottati dagli Stati europei in materia di gestazione per conto terzi[7]. Ma si osservi anche l'importanza strategica rivestita dall'analisi delle fonti del diritto internazionale sviluppata nell'opinione concorrente dei giudici *Vincent De Gaetano*, *Paulo Pinto De Albuquerque*[8], *Krzysztof Wojtyczek* e *Dmitry Dedov* la quale, muovendo dall'esame di alcuni principi di diritto contenuti in particolare nella Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e nel Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, giunge a conclusioni ancor più rigorose, per quanto adesive, rispetto a quelle cui è pervenuta la Grande Camera (v. anche sentenze *Mennesson c. Francia*, n. 65192/11, §§ 40-42, 26 giugno 2014, e *Labassee c. Francia*, n. 65941/11, §§ 31-33, 26 giugno 2014, nonché l'*advisory opinion* del 10 aprile 2019 in tema di maternità surrogata).

Quanto al secondo aspetto, il caso *Parrillo c. Italia*, deciso con sentenza del 27 agosto 2015, mostra l'influenza conformativa concretamente esercitata dagli strumenti di *soft law* rispetto alla determinazione del margine di apprezzamento (*marge of appreciation* nel lessico della CEDU, *marge of discretion* nel lessico della CGUE) riconosciuto agli Stati membri nel discostarsi dal *trend* europeo nella regolamentazione delle situazioni ricadenti nell'ambito applicativo della Convenzione, a seconda che esista o meno un *consensus* tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa[9]. Nel caso *Parrillo* la Corte, nel riconoscere agli Stati membri un ampio margine di apprezzamento in merito alla scelta di introdurre restrizioni legali alla distruzione di embrioni umani a fini di ricerca scientifica, ha ancorato la propria discrezionalità decisionale, in una materia eticamente molto sensibile, al solido fondamento oggettivo della

---

[7] Enrich Mas M. (2013), *Le droit comparé dans la cohérence interne du système de la Convention européenne des droits de l'homme: liber amicorum Vincent Berger*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 151 ss.; Dzehtsiarou K. Lukashevivh V. (2012), *Informed decision-making: the comparative endeavours of the Strasbourg Court*, in Netherlands quarterly of human rights, 30, 3, 272 ss.

[8] V. anche la *partly dissenting opinion* del giudice *Pinto De Albuquerque* nel caso *Bărbulescu c. Romania*, no. 61496/08, sentenza del 12 gennaio 2016.

[9] Elens-Passos F. (2018), *Le consensus européen est-il tendance? Human rights in a global world: essays in honour of judge Luis López Guerra/Guido Raimondi*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 5 ss.

riscontrata assenza di un *consensus* europeo sulla questione (v. in particolare §§ 174-198), così come risultante dall'analisi di diritto comparato e di diritto internazionale, entrambe ampiamente approfondite in studi elaborati *ad hoc* dai servizi di ricerca specializzati della Corte[10].

In questo senso deve pertanto essere interpretato il valore giuridico dei richiami effettuati da talune decisioni della Corte EDU alla Carta Sociale Europea e, soprattutto, alle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali (v., *ex multis*, *Ognevenko c. Russia*, n. 44873/09, 20 novembre 2018, pendente richiesta di rinvio alla GC; *Adyan and others c. Armenia*, n. 75604/11, 12 ottobre 2017; *Vörður* Ólafsson *c. Iceland*, n. 20161/06, 27 aprile 2010). Merita rilevare che tra Corte di Strasburgo e Comitato Europeo dei Diritti Sociali esiste una particolare vicinanza istituzionale, atteso che entrambi gli organi sono incardinati in seno all'ordinamento proprio del Consiglio d'Europa.

La questione del valore giuridico delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali assume un interesse di particolare attualità anche in ragione della sentenza n. 194/2018, ove la Corte per un verso ha riconosciuto l'idoneità delle disposizioni della Carta Sociale Europea ad assumere valenza propria di parametro interposto rispetto all'art. 117 Cost., così rompendo il confinamento della Carta Sociale Europea nell'opaca nebulosa del *soft law* per ammetterla a pieno titolo nel mondo proprio del diritto cogente, per altro verso ha escluso che le decisioni assunte dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali, per quanto autorevoli autorevoli, possano essere ritenute giuridicamente vincolanti per i giudici nazionali. Se muoviamo invece dall'innegabile ruolo conformativo giocato dagli strumenti di *soft law* nella determinazione del contenuto degli obblighi internazionali di fonte CEDU - così come definiti in tutti i loro risvolti sostanziali dalla giurisprudenza di Strasburgo - che ciascuno Stato membro nel suo insieme è chiamato ad adempiere, non sembra coerente con la logica strutturale del sistema integrato delle fonti *multi level* escluderne radicalmente ogni efficacia conformativa sull'attività interpretativa dei giudici nazionali. E difatti, essendo il prodotto deliberativo del Comitato Europeo dei Diritti Sociali una fonte di *soft law* pienamente valorizzata dalla giurisprudenza della Corte EDU, appare coerente riconoscerne l'attitudine conformativa sulla discrezionalità decisionale del giudice nazionale, atteso che anche in relazione al contenuto di tali parametri assiologici, seppur mediati dal recepimento giurisprudenziale da parte della Corte

---

[10] S. Piedimonte Bodini (2019), *Metodo* comparativo *nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo: la teoria, la pratica ed il ruolo della Divisione Ricerca*, in corso di pubblicazione in *Quaderno di Questione Giustizia-Speciale CEDU*; Ambrus M. (2009), *Comparative law method in the jurisprudence of the European Court of Human Rights in the light of the rule of law*, Erasmus law review, 2, 359 ss.; Mahoney P. (2014), *The comparative method in judgements of the European Court of Human Rights : reference back to national law*, in G. Canivet, M. Andenas e D. Fairgrieve (2014), *Comparative law before the courts*, British Institute of International and Comparative Law, 136 ss.

EDU, è verificata la conformità convenzionale degli ordinamenti interni degli Stati membri. Ciò non significa investire le decisioni del Comitato della forza vincolante propria del *ius cogens*, come invece avviene per l'interpretazione delle clausole convenzionali fatta della Corte EDU in forza dell'art. 32, § 1 e 46 CEDU, bensì riconoscerne, più semplicemente, un peso orientativo suscettibile di indirizzare l'interpretazione-applicazione giudiziale del diritto interno.

6. La sentenza *Libert c. Francia*: il giudizio di bilanciamento in un caso di accesso a *files* "personali". In particolare, il ruolo della *policy* aziendale

La recente sentenza *Libert c. Francia* (ricorso n. 588/13) del 22 febbraio 2018 offre un'ulteriore interessante occasione per verificare le concrete modalità con cui tali strutture di bilanciamento, così come variamente tratteggiate nel quadro comparatistico europeo, sono in grado di operare nell'ambito del giudizio di compatibilità rispetto all'art. 8 Cedu.

Datore di lavoro è la società che gestisce i trasporti ferroviari francesi (SNCF), ente di diritto pubblico sottoposto alla vigilanza dello Stato ed operante in regime di monopolio nell'erogazione di un pubblico servizio. Allo Stato francese è anche riservato il potere di nomina del direttore generale dell'ente. La società datrice di lavoro, per mezzo di un'ispezione mirata sul computer aziendale del lavoratore effettuata all'insaputa di quest'ultimo, ha avuto accesso a *files* fotografici e video di carattere asseritamente pornografico collocati dal lavoratore all'interno di una cartella in condivisione, contrassegnata dal nome di *default* "*D:/données*" ("dati") ed abitualmente utilizzata per la conservazione di documenti di lavoro dall'intero *staff* aziendale. Anteriormente al compimento dell'atto di controllo il lavoratore aveva provveduto a ridenominare sul proprio computer personale tale cartella attribuendole il nuovo titolo "*D:/données personnelles*" ("dati personali").

La legge francese in vigore all'epoca dei fatti stabiliva che il datore di lavoro fosse autorizzato dall'aprire qualsivoglia *file* presente all'interno del computer aziendale, eccetto il caso che il *file* fosse chiaramente identificato come "privato". L'accesso a *files* "privati" era ammesso nel solo caso di "grave rischio ovvero in circostanze eccezionali", e a condizione che il lavoratore fosse presente all'apertura ovvero fosse stato debitamente informato. La *policy* aziendale di SNCF, nella sostanza allineandosi ai principi di legge regolatori della materia, prevedeva che i lavoratori potessero occasionalmente utilizzare gli strumenti informatici aziendali per scopi privati, nel rispetto di alcune particolari regole interne, e comunque con la prescrizione che le informazioni a carattere privato dovessero essere chiaramente identificate come tali per mezzo dell'opzione "*privato*" presente tra gli strumenti di *Outlook*.

Le corti francesi hanno ritenuto che nel caso di specie la condotta tenuta

dal datore di lavoro fosse giustificata in quanto la mera apposizione sulla cartella della dicitura "personale" non è idonea ad identificare in modo sufficientemente chiaro ed univoco la natura privata dei *files* ivi contenuti, né tale da impedire l'equivoco, in cui poi la società ha asserito di essere incorsa, che si trattasse piuttosto di *files* sì "personali", ma pur sempre afferenti attività lavorativa di interesse aziendale, e quindi non "privati".

Innanzi tutto, emerge una differenza macroscopica rispetto al caso *Bărbulescu*, ove il datore di lavoro era un soggetto di diritto privato: nel caso *Libert* la Corte ha ritenuto che SNCF, in ragione del suo stretto collegamento strutturale con lo Stato francese, dovesse essere qualificata alla stregua di pubblica autorità. Pertanto, la Corte ha proceduto all'analisi delle ragioni di doglianza sollevate dal ricorrente sotto l'angolo non dell'obbligazione positiva di adottare ogni misura necessaria a garantire il rispetto della vita privata nelle relazioni intersoggettive orizzontali, bensì dell'adempimento dell'obbligazione negativa di impedire ogni diretta arbitraria intromissione da parte della pubblica autorità.

Quanto al merito della lamentata violazione dell'art. 8 Cedu la Corte ha ritenuto che, considerate tutte le circostanze del caso, le autorità nazionali abbiano individuato un corretto punto di bilanciamento degli interessi in gioco, senza eccedere i limiti del margine di apprezzamento loro riservato.

Nell'ambito del giudizio di bilanciamento, il concetto di necessità dell'ingerenza in una società democratica implica che l'interferenza posta in essere dallo Stato, o comunque da questi autorizzata, sia fondata su un bisogno sociopolitico imperativo e sia proporzionata rispetto al fine legittimo perseguito. Come noto, la Corte non impone agli Stati membri un parametro di proporzione mezzi-fini predefinito in modo rigido, bensì riconosce un certo margine di apprezzamento nell'individuazione dello standard interno di proporzione, purché compatibile con i limiti stabiliti dalla Convenzione. L'ampiezza del margine di apprezzamento assume una geometria variabile la quale tendenzialmente rispecchia – seppur non in misura esattamente matematica – l'ampiezza dell'eventuale consenso esistente tra gli Stati membri in merito al significato di un determinato elemento costitutivo della fattispecie convenzionale.

Esistono anche ambiti convenzionali alla radice sottratti a qualsivoglia margine di apprezzamento da parte degli Stati. Si consideri ad esempio la decisione di cosa costituisca "tortura". La valenza semantica del termine "tortura", così come definita per la prima volta dalla sentenza *Irlanda c. Regno Unito* del 18 gennaio 1978, è sottratta alla disponibilità definitoria degli Stati sull'assunto del carattere assoluto del diritto a non subire trattamenti disumani e degradanti previsto dall'art. 3 Cedu[11]. Diversamente, nella ricostruzione

[11] A questo proposito sarà interessante analizzare i prossimi sviluppi giurisprudenziali al fine di verificare se e in che limiti la nozione di tortura delineata dall'art. 613 *bis* c.p., introdotto dalla l. 14 luglio 2017, n. 110, sia rispettosa del nucleo definitorio indisponibile stabilito dalla Corte Edu.

dell'ambito applicativo dell'art. 8 Cedu, in virtù della natura relativa del diritto da esso previsto, la giurisprudenza della Corte ha tradizionalmente riconosciuto agli Stati un certo margine di apprezzamento dell'individuazione della valenza semantica e sostanziale dei concetti di "vita privata" (art. 8, par. 1), "sicurezza nazionale", "pubblica sicurezza", "benessere economico del paese", "difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati", "protezione della salute o della morale", "protezione dei diritti e delle libertà altrui" (art. 8, par. 2), le cui definizioni non sono quindi rigidamente indisponibili.

A questo proposito la sentenza *Libert* offre uno spunto di particolare interesse sistematico. Il giudizio di bilanciamento formulato dalla Corte, lungi dall'atteggiarsi alla stregua di astratta verifica di compatibilità della norma domestica rispetto al parametro convenzionale, si mostra fortemente radicato sulla valutazione in concreto dell'insieme degli elementi fattuali rilevanti, i quali vengono indifferentemente assunti in ponderazione comparativa pur essendo tra loro eterogenei. La metodologia giuridica espressa da un tale approccio può risultare tutt'altro che familiare agli occhi di un giurista di *civil law*. La Corte infatti, nel verificare se i motivi allegati a propria difesa dallo Stato francese siano "pertinenti e sufficienti" a giustificare una tale ingerenza nella *privacy* del ricorrente, orienta il fuoco del proprio sindacato sia sul contenuto sostanziale del diritto positivo nazionale (le leggi in materia di *privacy* sul luogo di lavoro), sia sulla struttura dei parametri di proporzione concretamente applicati dalla giurisdizione domestica, sia su elementi di puro fatto che nulla hanno a che vedere col diritto di fonte statuale (normativo e giurisprudenziale che sia), quali le regole previste dalla *policy* aziendale della società datrice di lavoro. Tanto che quest'ultime, nella parte in cui prescrivono l'etichettatura dei *files* "privati" quale misura di garanzia a fronte di accessi arbitrari a documenti personali, hanno svolto un decisivo ruolo di bilanciamento nell'economia del complessivo giudizio di proporzione operato dalla Corte (v. *Libert c. Francia*, § 52).

Sotto il profilo comparatistico, nel quadro europeo sono presenti numerosi Stati i quali non si limitano a disciplinare i presupposti e le modalità di trattamento dei dati personali del lavoratore, bensì impongono particolari requisiti e/o limitazioni per il possibile contenuto delle *policies* aziendali in materia di utilizzazione di *Internet* e tutela della *privacy*. Taluni ordinamenti prevedono infatti che le *policies* non possano essere adottate se non con il coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori (quali ad esempio gli organismi sindacali aziendali): in alcuni casi le legislazioni nazionali subordinando la possibilità di legittima sorveglianza dei lavoratori all'acquisizione del consenso da parte dei loro organizzazioni rappresentative (Austria, Belgio e Finlandia), in altri casi esse impongono che qualsivoglia *policy* aziendale in materia di utilizzazione di *Internet* e tutela della *privacy* non possa essere adottata se non per mezzo di un accordo collettivo (Croazia). Altri ordinamenti, in senso opposto, prevedono quale misura di garanzia una sorta di principio di "decontrattualizzazione" della tutela. La Corte costituzionale del-

la Repubblica Ceca, ad esempio, ha escluso che le tutele previste dal codice del lavoro nazionale a protezione del lavoratore possano essere derogate per mezzo di accordi contrattuali individuali o collettivi. Analogamente, il codice del lavoro del Lussemburgo esclude che il consenso eventualmente prestato dal lavoratore possa costituire un criterio valido ai fini dell'autorizzazione dell'attività di sorveglianza.

7. L'adempimento dell'obbligo conformativo da parte dello Stato italiano: l'art. 4, comma 3 dello Statuto dei Lavoratori

Nell'ambito del quadro normativo italiano, l'art. 4, comma 3 stat. lav., così come novellato dall'art. 23, comma 1 del decreto legislativo n. 151/2015 (c.d. *Jobs Act*), consente l'utilizzabilità "a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro" sia delle informazioni raccolte per mezzo di strumenti di sorveglianza "dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori" (fermo il rispetto delle garanzie procedurali stabilite dal comma 1), sia dei dati rilevati per mezzo di strumenti di lavoro tecnologici e di strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze (comma 2). Tale facoltà è subordinata a una duplice condizione: che sia fornita al lavoratore "adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli" e che ciò avvenga "nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196"[12].

Per mezzo di tale rinvio al codice della *privacy* viene veicolato nell'ambito del giudizio ordinario del lavoro l'articolato sistema delle fonti regolative promananti dall'Autorità Garante della *privacy* (quali linee guida, deliberazioni, prescrizioni, provvedimenti di tutela paragiurisdizionale emessi all'esito della procedura di ricorso *ex* artt.145 ss. del *codice privacy*). Come noto, si tratta molto spesso di atti amministrativi di natura provvedimentale o generale, ma privi di efficacia normativa tecnicamente intesa, i quali prescrivono ovvero raccomandano l'adozione delle più svariate misure di protezione della *privacy* sul luogo di lavoro. Si considerino, ad esempio, il provvedimento del Garante della *privacy* del 2 aprile 2008, il quale stabilisce che anche il solo trattamento dei nominativi dei mittenti e/o dei destinatari delle *e-mail* concreta trattamento dei dati personali, nonché le Linee guida del Garante, le quali ad esempio stabiliscono che la mancanza di una specifica *policy* che disciplini l'utilizzo della posta elettronica aziendale "può determinare una legittima aspettativa del lavoratore, o di terzi, di confidenzialità rispetto ad alcune forme di comunicazione".

Si tratta di provvedimenti i quali, in ragione del loro contenuto dispositivo, ben possono rilevare alla stregua di strutture di bilanciamento ai sensi dell'art. 8, comma 2 Cedu, così rivestendo un rilevantissimo ruolo nella com-

[12] Sitzia A. (2016), *Poteri di controllo e privacy*, Ipsoa: Padova, 111 ss.

plessiva dinamica conformativa dello Stato rispetto a tale particolare obbligo convenzionale. Si pone allora una questione cruciale: se e in che limiti i provvedimenti del Garante della *privacy* sono vincolanti, o comunque utilizzabili, nell'ambito del giudizio instaurato dinanzi al giudice del lavoro?

Secondo i tradizionali principi della teoria generale, trattandosi di atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, essi sono privi di valore tecnicamente normativo, ed esorbitano dal novero delle fonti del diritto. A stretto rigore, a tali provvedimenti potrebbe essere tutt'al più riconosciuta una generica attitudine ad orientare l'interpretazione giudiziale delle disposizioni sostanzialmente normative, *in primis* quelle di legge, ma non un valore tecnicamente vincolante per il giudice. Insomma, nell'ambito del giudizio di bilanciamento i provvedimenti del Garante della *privacy* giocherebbero un ruolo del tutto secondario, comunque non tale da competere con l'efficacia vincolante propria delle norme di legge. È evidente che la portata conformativa del giudizio di bilanciamento effettuato dal giudice ne risulterebbe fortemente ridimensionata.

Nemmeno deve darsi per scontato che il giudice sia istituzionalmente tenuto ad effettuare tale specifico giudizio di bilanciamento, come fosse un compito ineluttabile della giurisdizione. Le condizioni di adesione dello Stato alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo fanno gravare l'obbligo conformativo sullo Stato del suo complesso, non necessariamente sulla sua articolazione giurisdizionale, spettando semmai alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta degli strumenti – legislativi, amministrativi, giurisdizionali – di implementazione del diritto della Convenzione.

In questa prospettiva, deve essere valorizzato come tutt'altro che pleonastico il rinvio fatto dall'art. 4, comma 3 stat. lav. al codice della *privacy* il quale, anche in virtù di una doverosa lettura costituzionalmente (tramite l'art. 117 Cost.) e convenzionalmente orientata, fornisce una chiara base legale per l'ingresso a pieno titolo nel processo del lavoro dei provvedimenti del Garante, riconoscendone un ruolo primario nel processo conformativo rispetto all'art. 8 Cedu.

In secondo luogo, tale rinvio al codice della *privacy* nella sua integralità attribuisce un nuovo valore sistematico alla norma cardine prevista dall'art. 11 cod. priv., in particolare nella parte in cui al comma 2 prevede la sanzione dell'inutilizzabilità dei dati personali trattati in violazione delle norme del codice, la cui applicabilità nel giudizio del lavoro è stata tradizionalmente esclusa in conseguenza dell'autosufficiente circolo interpretativo-applicativo di cui agli artt. 4 stat. lav. e 114 cod. priv.

In tale prospettiva, si consideri l'impatto giurisdizionale che il recente provvedimento adottato dal Garante per la protezione dei dati personali n. 139 dell'8 marzo 2018 è suscettibile di determinare. Con tale decisione il Garante ha ritenuto che il *software* aziendale di gestione clienti CRM (*Customer Relationship Management*) non debba essere annoverato tra gli "strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione", quindi impiegabile senza obbligo di procedura autorizzativa ai sensi dell'art. 4 stat. lav., bensì tra gli strumenti "dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'at-

tività dei lavoratori". Tale *software* consente lo sviluppo di elaborazioni di dati personali riferibili all'attività dei singoli operatori, tra cui l'estrazione di *report* giornalieri relativi alla durata delle chiamate, al numero di telefonate ricevute e alla causale della chiamata. È evidente l'impatto che tale decisione è suscettibile di produrre sia sulle prassi aziendali (si pensi alla diffusa utilizzazione di *software* comparabili a CRM, quali *Super Scout* e *Blue's*), sia sul contenzioso giurisdizionale che potrebbe scaturirne.

È illuminato da nuova luce anche il provvedimento n. 53 dell'1 febbraio 2018 con il quale il Garante della *privacy*, in tema di proporzionalità del trattamento dei dati, ha enunciato il principio secondo cui il trattamento, quando effettuato per finalità di tutela dei propri diritti in giudizio, deve riferirsi a contenziosi in atto o a situazioni precontenziose, non ad astratte e indeterminate ipotesi di possibile difesa o tutela dei diritti[13].

Suscita infine particolare interesse la disposizione introdotta in ambito eurounitario dall'art. 6, par. 1, lett. f) del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016 sul trattamento dei dati personali (c.d. codice europeo della *privacy*), il quale stabilisce quale condizione di liceità del trattamento che quest'ultimo sia "necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore". Il legislatore dell'Unione europea ha voluto espressamente introdurre nell'ordinamento con norma *self-executive*, e quindi immediatamente vincolante per gli Stati membri in ogni loro articolazione (legislativa, amministrativa, giurisdizionale), il principio di bilanciamento dell'interesse – sempreché legittimo – cui è funzionalmente connessa l'attività di trattamento con il concorrente interesse alla protezione delle libertà fondamentali del titolare dei dati trattati. Sembra pertanto aprirsi, quanto meno nelle materie comprese nella sfera di competenza del diritto dell'Unione, un ampio margine di immediata sindacabilità giurisdizionale nell'ambito del quale il giudice dispone di un diretto potere di bilanciamento.

8. Profili di incompatibilità con l'art. 6 Cedu: l'utilizzazione in giudizio dei dati personali

La sentenza *López Ribalda* prende posizione anche in merito alla prospettata violazione dell'art. 6, comma 1 Cedu (diritto a un equo processo). Secondo la prospettazione dei ricorrenti, l'utilizzazione come prova in giudizio a loro carico dei filmati ottenuti grazie all'attività di videosorveglianza occulta ha comportato la privazione a loro danno della facoltà di esercitare i diritti di accesso, rettificazione, cancellazione e contestazione garantiti dall'art. 5 del

[13] Vedi anche i provvedimenti del 19 marzo 2015, del 20 febbraio 2014 e del 4 giugno 2009.

codice per la protezione dei dati personali spagnolo. Come noto, l'art. 6 Cedu riconosce il diritto ad una *fair hearing*[14] quale attributo imprescindibile del "giusto processo", ma non prescrive specifiche regole di ammissibilità ovvero criteri di valutazione delle prove, la cui disciplina è demandata alla normativa domestica e alla prassi applicativa delle corti nazionali. Compito della Corte Edu è invece quello di verificare se le modalità di svolgimento del giudizio dinanzi all'autorità nazionale siano state tali da determinare l'iniquità del procedimento complessivamente considerato (*as a whole unfair*). In tale prospettiva, in *López Ribalda* la Corte Edu ha rilevato come i ricorrenti abbiano avuto comunque modo di contestare in giudizio l'autenticità delle registrazioni prodotte come prova a loro carico, e come tali filmati non siano stati la sola prova sulla quale ha trovato fondamento la decisione domestica sfavorevole ai ricorrenti, avendo quest'ultima tenuto debitamente conto anche delle dichiarazioni rese da testimoni regolarmente assunti in contraddittorio.

Nella sostanza, la Corte ammette che nel processo del lavoro ben possono concorrere rimedi compensatori in grado di porre rimedio al *vulnus* provocato dalla violazione di una particolare garanzia processuale.

È utile ricordare che il contenzioso italiano dinanzi alla Corte Edu già conosce una nutrita serie di precedenti giurisprudenziali riguardanti la valutazione di equità complessiva del processo, seppur principalmente riguardanti il processo penale. Nella sentenza *Ben Moumen c. Italia* del 23 giugno 2016, pronunciata in un caso di condanna fondata sulla lettura delle dichiarazioni rese da un testimone poi divenuto irreperibile, la Corte Edu ha ritenuto che il diritto di difesa dovesse essere bilanciato con l'interesse pubblico e l'interesse delle vittime al perseguimento dei reati. Pertanto, l'applicazione da parte della giurisdizione nazionale di adeguati rimedi compensatori, quali l'assunzione a fondamento della condanna di ulteriori elementi probatori (ad esempio dati medico-legali) e la prudente valutazione di attendibilità del dichiarante fatta dal giudice, è in grado di bilanciare l'omessa osservanza di una determinata garanzia processuale.

Diversamente, nel caso *Cafagna c. Italia*, sentenza 12 ottobre 2017, la Corte Edu ritenuto violato l'art. 6 della Convenzione proprio in quanto l'utilizzazione delle dichiarazioni rese dal denunciante, poi resosi irreperibile, quale prova decisiva a carico dell'imputato definitivamente condannato non è stata bilanciata da alcun rimedio compensatorio sufficiente ad escludere che il giudizio risultasse nel suo complesso iniquo[15].

---

[14] Il testo italiano della Convenzione traduce *fair hearing* in "diritto a che la sua causa sia esaminata equamente".

[15] V, altresì, *Lorefice c. Italia*, sent. 29 giugno 2017, in un caso di omesso riesame in appello del teste determinante ai fini del giudizio di condanna e *Fornataro c. Italia*, sent. 19 ottobre 2017, in un caso di omessa assunzione della psicologa minorile in giudizio celebrato con rito abbreviato e prevalente consenso dell'imputato nella scelta di un rito di natura premiale.

L'"AUTUNNO CALDO" DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN TEMA DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN RETE E LE SFIDE DEL COSTITUZIONALISMO ALLE PRESE CON I NUOVI POTERI PRIVATI IN AMBITO DIGITALE

di Oreste Pollicino

1. Con due sentenze, tra la fine di settembre[1] e l'inizio di ottobre[2] dello scorso anno, poco tempo fa dunque, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha riportato in voga una questione in realtà mai totalmente sopita, ovvero la persistente rilevanza delle categorie classiche del diritto costituzionale nella soltanto apparentemente eterea ed allergica a qualsiasi tentativo di regolamentazione dimensione digitale. Territorio, sovranità e potere sono concetti assolutamente attuali nel diritto di internet, con cui bisogna fare i conti, nonostante spesso una narrativa semplificante tenda, colposamente o dolosamente, a ignorarne la rilevanza.

In particolare, è la dimensione territoriale il primo elemento di connessione tra le due decisioni prima ricordate di questo autunno caldo.

Nella prima, la Corte di Lussemburgo ha a che fare con la fissazione dei limiti territoriali all'esercizio di quel diritto all'oblio, o meglio alla deindicizzazione, invenzione giurisprudenziale da parte della stessa Corte nel 2014[3], che è stato poi codificato dall'articolo 17 del GDPR. Più in particolare, la controversia nazionale da cui origina il rinvio pregiudiziale del Conseil d'Etat è tra la Commissione nazionale francese per l'informatica (CNIL) e Google, relativamente a una sanzione economica irrogata dalla prima nei confronti di quest'ultimo, a causa del rifiuto da parte del motore di ricerca di accogliere una domanda di deindicizzazione riguardante tutte le estensioni del nome di dominio del suo motore di ricerca. In altre parole, su scala globale.

Tra le varie domande che il supremo organo di giustizia amministrativa francese pone alla Corte di giustizia, la più (costituzionalmente) rilevante è la prima, che ha proprio a che fare con i limiti territoriali del diritto all'oblio: è possibile ipotizzare un ordine di rimozione di carattere *worldwide* o non possono oltrepassarsi i confini geografici del diritto applicabile dell'Unione?

---

[1] Corte di giustizia dell'Unione europea, sent C-507/17, Google LLC contro Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), 24 settembre 2019.

[2] Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. C-18/18, Eva Glawischnig-Piesczek contro Facebook Ireland Limited, 3 ottobre 2019.

[3] Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. C-131/12, Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, 13 maggio 2014.

La seconda decisione vede quale protagonista un altro dei giganti digitali, Facebook. In particolare, in questa occasione, la Corte suprema austriaca chiede alla Corte di Lussemburgo quale sia oggi il portato interpretativo, in una prospettiva sostanziale e territoriale, dell'esenzione a favore degli *hosting provider* prevista dalla direttiva sul commercio elettronico del 2000 (la n. 31).

In particolare, il giudice austriaco investe i giudici europei di tale chiarimento interpretativo in occasione di una controversa che vedeva Facebook contrapposto a una esponente del gruppo austriaco dei verdi che chiedeva al primo la rimozione delle espressioni a contenuto diffamatorio pubblicate da un utente sul *social network*, come segnalate dalla stessa esponente. La ricorrente chiedeva inoltre la richiesta di rimozione dei contenuti diffamatori che, seppure non totalmente identici, erano sostanzialmente equivalenti, rispetto a quelli espressamente identificati. Se, da un lato, il *social network* rimuoveva i contenuti espressamente indicati, dall'altro, si rifiutava di fare lo stesso per quelli di natura equivalente non indicati, in quanto, a suo dire, così facendo si sarebbe scontrato con quanto previsto dall'art. 15 della direttiva sul commercio elettronico prima richiamata, a norma del quale l'*hosting provider* non ha alcun obbligo di monitoraggio preventivo rispetto a quanto ospitato sulle sue pagine.

Il dilemma del giudice austriaco è quindi, fondamentalmente, di doppia natura.

In primo luogo: è compatibile con un'interpretazione, per cosi dire, tecnologicamente orientata della direttiva richiamata un'ingiunzione da parte di una corte nazionale nei confronti del *social network* di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita?

In secondo luogo, tale ordine di rimozione può avere una natura globale o è solo limitata all'estensione del territorio europeo (*melius* degli stati membri parte dell'Unione)?

Le risposte della Corte di giustizia potrebbero sembrare, a prima lettura, contraddittorie, quasi rivelatrici di una schizofrenica natura della sua giurisprudenza, visto il limitato lasso di tempo che separa le due decisioni. Con riferimento infatti alla prima domanda, quella relativa ai limiti territoriali del diritto all'oblio, la risposta della Corte è che il diritto dell'Unione rilevante[4] deve essere interpretato nel senso che il gestore di un motore di ricerca, quando accoglie una domanda di deindicizzazione, è tenuto ad effettuare la rimozione dei *link* non in tutte le versioni del suo motore di ricerca, ma nelle versioni di tale motore corrispondenti a tutti gli Stati membri. Quindi, in sin-

[4] La corte si riferisce al diritto dell'unione rilevante che nel momento della domanda pregiudiziale era la direttiva del 95, mentre nel momento della decisione è il GDPR. Dunque, la Corte guarda a entrambi i parametri.

tesi, l'estensione territoriale relativa all'esercizio del diritto all'oblio è quella che coincide con il territorio dell'Unione e non ha natura globale.

Qualche giorno dopo, la Corte, con riferimento alla seconda questione rilevante che si è prima prospettata, cioè quella relativa alla portata territoriale dell'ingiunzione giudiziale di rimozione di contenuti diffamatori presenti su Facebook, afferma come, tanto in relazione ai contenuti identici, quanto a quelli equivalenti rispetto a quelli identificati da chi richiede la rimozione (seppur in quest'ultimo caso con alcune cautele), la portata dell'ingiunzione abbia invece una natura globale.

2. Schizofrenia giudiziale all'estrema potenza?

Non esattamente.

Una diagnosi di questo tipo si fonderebbe su analisi parallela sì, ma anche superficiale e riduttiva delle due decisioni, in cui l'unico unico ponte di interconnessione identificato è quello relativo alla dimensione territoriale[5], mentre invece il quadro è assai più problematico, e non può essere ignorata la rilevanza "digitale", come si faceva emergere in apertura, di altre categorie portanti del diritto costituzionale: sovranità e, specialmente, come si dirà in seguito, potere.

Ma anche senza tirare in ballo tali categorie, due riflessioni possono forse aiutare a fare emergere una minore contraddittorietà tra i due casi prima richiamati.

La prima è ovvia: la Corte di giustizia, come qualsiasi altro giudice, si pronuncia su quanto richiesto. È vero, i giudici della Corte europea, specie in ambito digitale, tendono a farlo con una certa creatività e audacia, fino a superare, come si è cercato di dimostrare, la sottile linea rossa che separa interpretazione da manipolazione[6]. Cionondimeno, la lettura del portato finale delle due decisioni non può non farsi rientrare entro gli argini delle specifiche caratteristiche fattuali che contraddistinguono le controversie che hanno dato origine ai due rinvii pregiudiziali.

La seconda riflessione, forse meno banale, è quella di una necessaria contestualizzazione delle pronunce che si stanno commentando all'interno

---

[5] Anche guardando esclusivamente al fattore territoriale la dicotomia dimensione europea verso dimensione globale non è del tutto convincente. Perché se è vero che i giudici europei affermano che il diritto dell'Unione non obbliga che la deindicizzazione verta su tutte le versioni del motore di ricerca in questione, aggiungono anche che l'ordine di rimozione di natura globale non è neppure vietato. Pertanto, si specifica gli stati membri restano competenti ad effettuare un bilanciamento tra, da un lato, il diritto della persona interessata alla tutela della sua vita privata e alla protezione dei suoi dati personali e, dall'altro, il diritto alla libertà d'informazione e, al termine di tale bilanciamento, di richiedere, se del caso, al gestore di tale motore di ricerca di effettuare una deindicizzazione di natura globale.

[6] O. Pollicino, *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in *Federalismi*, 3, 2014.

di un quadro diacronicamente più ampio, in cui ciò che può apparire azione, è in realtà una reazione.

Meno enigmaticamente, il *reasoning* della sentenza del 2014 in cui di fatto la Corte ha estratto dal cilindro della sua creatività giurisprudenziale, senza averne una solida (diciamo inesistente) base giuridica nella direttiva del 1995, il c.d. diritto all'oblio, aveva due punti deboli. Entrambi frutto di una mancata attenzione all'ammonimento dell'Avvocato generale Jääskinen che, nelle sue conclusioni[7], in quella circostanza, aveva fatto notare che «*la costellazione particolarmente complessa e difficile di diritti fondamentali che questo caso presenta osta alla possibilità di rafforzare la posizione giuridica della persona interessata ai sensi della direttiva riconoscendole un diritto all'oblio. Ciò vorrebbe dire sacrificare diritti primari come la libertà di espressione e di informazione. Inoltre, inviterei la Corte a non concludere che questi interessi concorrenti possono essere ponderati in modo soddisfacente in situazioni individuali sulla base di una valutazione caso per caso, lasciando la decisione ai fornitori di servizi di motore di ricerca su Internet*»[8].

I due rischi paventati dall'Avvocato generale si tramutano in realtà nella decisione della Corte in *Google Spain*, il cui risultato pratico è stato, come si sa, da una parte, quello di una gerarchizzazione tra tutela della privacy digitale e protezione del diritto ad essere informati (statuendo che, di regola, salvi casi particolari, la prima esigenza di tutela dovesse essere considerata prevalente sulla seconda), dall'altra, l'attribuzione di un ruolo para-costituzionale al motore di ricerca, vero e proprio arbitro (privato) della risoluzione di conflitti (di natura ovviamente costituzionale) tra diritti fondamentali.

È comprensibile da parte dei giudici europei, nella prima decisione che si commenta sulla portata territoriale del diritto all'oblio, la volontà di attenuare le implicazioni sistemiche più problematiche discendenti da *Google Spain*, e, quindi, di confinare al territorio dell'Europa sia il bilanciamento asimmetrico tra diritto alla privacy digitale e diritto a essere informati, sia il fatto che spetti ad un operatore privato il compito di effettuare in concreto tale bilanciamento.

Da una parte però, è assai paradossale che proprio il costituzionalismo europeo, culla della protezione dei diritti fondamentali e della loro tutela da parte di un complesso meccanismo che vede protagonisti corti ed altri organi di controllo e di garanzia, conosca tale anomalia in ambito digitale, per quanto riguarda il diritto all'oblio.

Dall'altra parte, se pure se ne capiscono le ragioni sostanziali, non è del tutto convincente la ragione (pretesto?) formale che la Corte di giustizia adduce per limitare la portata territoriale del meccanismo della rimozione.

All'indomani della decisione del 2014, infatti, si era subito posto il pro-

---

[7] Conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen, 25 giugno 2013, caso C-131/12.

[8] *Ibidem*, para. 133.

blema, la cui soluzione effettivamente non emergeva chiaramente dal testo della stessa pronuncia, se la natura dell'ordine di rimozione dei *link* lesivi del diritto all'oblio dell'utente avesse una natura limitata al solo territorio europeo o invece spiegasse effetti di matrice globale.

Sul punto si erano avute due risposte diametralmente opposte. Da una parte, l'*advisory council* nominato, per l'occasione, dallo stesso Google, aveva proposto, non con sorpresa eccessiva, di limitare tale ordine ai confini dell'Unione europea[9]. Dall'altra parte, il Working Party Article 29, un organismo consultivo indipendente, composto, tra gli altri, da un rappresentante delle varie Autorità garanti nazionali (oggi sostituito dal Comitato europeo per la protezione dei dati) aveva invece affermato che, al fine di tutelare adeguatamente e effettivamente i diritti degli utenti titolari del diritto alla protezione dati, l'ordine non doveva essere limitato ai domini europei (ad esempio, ".it", ".eu", ecc.) ma doveva considerarsi applicabile a tutti domini rilevanti, compreso il ".com"[10].

La Corte decide di non seguire l'interpretazione proposta dall'organo indipendente dell'Unione europea, in quanto, pur ammettendo che "*in un mondo globalizzato l'accesso da parte degli utenti di Internet, in particolare quelli localizzati al di fuori dell'Unione, all'indicizzazione di un link, che rinvia a informazioni concernenti una persona il cui centro di interessi si trova nell'Unione, può produrre effetti immediati e sostanziali sulla pena in questione anche all'interno dell'Unione*"[11], aggiunge «*che molti Stati terzi non riconoscono il diritto alla deindicizzazione o comunque adottano un approccio diverso per tale diritto*»[12].

In altre parole, un "vorrei ma non posso". La *best option* sarebbe quella dell'applicazione globale del diritto alla deindicizzazione, ma si tratterebbe, a detta della Corte, quasi di una colonizzazione giuridica europea nel segno di un'egemonia culturale nei confronti di altri paesi che attribuiscono un diverso valore alla privacy digitale.

Si tratta in realtà di una forzatura argomentativa, perché proprio la giurisprudenza dato-centrica[13] della Corte tra il 2014 e il 2015, a cui si affianca

---

[9] The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, https://static.googleusercontent.com/media/ archive.google.com/it//advisorycouncil/ advisement/advisory-report.pdf.

[10] Working Party Article 29, Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union Judgment on "Google Spain and Inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González" C-131/12, 26 novembre 2014.

[11] C-507/17, para. 57.

[12] Ibidem, para. 59.

[13] Il riferimento è ovviamente a Corte giustizia., cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.* (2014), Corte giustizia causa C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*

l'entrata in vigore del GDPR, ha fatto sì che il modello europeo di tutela della privacy, ed in particolare del c.d. diritto all'oblio, sia stato (non ovviamente coattivamente esportato) volontariamente importato da corti e legislatori extraeuropei, pur evidentemente non vincolati dagli effetti della decisione del 2014, che avevano iniziato rispettivamente ad applicare spontaneamente il portato di quella sentenza[14], o a adottare normative che in qualche modo riproponessero tale diritto[15].

Vi è stata, in altre parole, una "migrazione"[16] spontanea dell'idea della deindicizzazione oltre i confini europei che ha confermato il ruolo di modello di riferimento dell'Unione europea in tema di protezione dei dati. Nella decisione che si commenta la Corte di giustizia fa un passo indietro rispetto a questo modello, con una argomentazione in parte condivisibile, legata in qualche modo alla necessità di rimediare agli errori precedenti, nella convinzione che «*il diritto alla protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità*»[17].

Una soluzione di compromesso che però non giova alla effettività della tutela del diritto in questione. Non è un caso che le linee guida del gruppo di lavoro indipendente prima richiamate avessero fatto notare che «*in order to give full effect to the individual's rights in accordance with the CJEU decision, limiting the de-listing to EU domains (…) cannot be considered a sufficient means to satisfactorily guarantee the rights of data subjects according to the ruling. In practice, this means that in any case de-listing should also be effective on all relevant .com domains*»[18]. Di fatti, non si può escludere che un utente possa continuare ad accedere a informazioni che, seppur rimosse nel territorio dell'Unione, continuano a essere accessibili attraverso gli altri domini offerti da Google, portando quindi a uno svuotamento del diritto alla deindicizzazione. In altre parole, la rimozione territoriale a livello europeo

---

(2014). e Corte giustizia, causa C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner* (2015).

[14] Si veda in particolare il caso canadese Equustek Solutions Inc. v. Jack, [2014] B.C.S.C. 1063 (Can.).s.

[15] Ad esempio, è possibile menzionare i casi di Canada, Colombia, Cile, Israele, Perù, Messico, Kenya, Russia e Indonesia. Per uno sforzo ricognitivo v. O.G. Strein, *The Judgment That Will Be Forgotten. How the ECJ Missed an Opportunity in Google vs CNIL (C-517/17)*, in *Verfassungsblog.de*, 25 settembre 2019. Per una prospettiva più universale si veda D. Erdos, K. Garstka, *The 'Right to be Forgotten' Online within G20 Statutory Data Protection Frameworks*, SSRN, 2019.

[16] K. Kowalik-Bańczyk, O. Pollicino, *Migration of European Judicial Ideas Concerning Jurisdiction Over Google on Withdrawal of Information*, in *German Law Journal*, 17, 3, 2015, 315 ss.

[17] C-507/17, para. 60.

[18] Working Party Article 29, *op. cit.*

non costituirebbe un rimedio efficace tale da garantire l'irreperibilità di un *link* derivante dai risultati di ricerca offerti da Google.

3. Cosi contestualizzata la prima decisione oggetto di analisi, sembra poter emergere come non sia solo quella legata alla dimensione territoriale la prospettiva di indagine attraverso cui misurare il livello di contraddizione, presente certamente, ma non radicale, tra tale pronuncia e quella di pochi giorni dopo, relativa alla interpretazione della portata sostanziale e territoriale dell'ordine di rimozione di un contenuto diffamatorio.

Vi è infatti almeno una prospettiva alternativa, legata alla distinzione tra la disciplina a tutela dei dati, a oggetto nella prima decisione, e quella relativa a moderazione dei contenuti su cui si concentra invece la seconda pronuncia, e la conseguente volontà da parte della Corte di non creare, per quanto riguarda il secondo campo di gioco (contenuti), distorsioni e anomalie che caratterizzano, come si è visto, per certi versi, proprio a causa della giurisprudenza della stessa Corte, il primo, quello relativo alla protezione dei dati.

Per moltissimo tempo i due regimi hanno avuto una sorta di vita parallela, come dimostra anche l'articolo 1, comma 5, lettera b della direttiva e-commerce del 2000 a detta della quale ad essa non si applicano le questioni relative ai servizi della società dell'informazione oggetto della direttiva privacy del 1995. In realtà la distinzione è assai meno netta di quello che potrebbe apparire, e nell'era dell'algoritmo, protezione dati e regolazione di contenuti sembrano seguire percorsi giuridici (ed ancor prima tecnologici) tendenti alla convergenza[19].

Ma la differenza concettuale tra i due regimi rimane se la Corte in *Google Spain*, per "inchiodare" Google al suo ruolo di *data controller* ha ritenuto irrilevante l'obiezione di quest'ultimo per cui il gestore di un motore di ricerca non potrebbe essere considerato come "responsabile" di tale trattamento (ai sensi della direttiva sui dati personali del 1995) dal momento che egli non ha conoscenza dei dati in questione e non esercita alcun controllo su di essi (ai sensi della direttiva e-commerce).

Con riguardo al regime legato alla protezione dei dati personali in generale, e al diritto all'oblio in particolare, si ha dunque una regionalizzazione della tutela, una conseguente ineffettività della protezione accordata al diritto all'oblio ed una attribuzione ad un soggetto privato del potere a bilanciare tale diritto con quello relativo al diritto ad essere informato.

Non sembrano esserci dubbi che la Corte di giustizia nel caso austriaco relativo a Facebook, la seconda delle decisione oggetto di indagine in queste

---

[19] G. De Gregorio, *The e-Commerce Directive and GDPR: Towards Convergence of Legal Regimes in the Algorithmic Society?* Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. RSCAS 2019/36.

pagine, cerchi, da una parte, di attualizzare l'interpretazione della direttiva del 2000 in tema di esenzioni dei *providers* e, dall'altra, facendolo, di evitare che gli aspetti problematici prima evidenziati che caratterizzano il regime europeo sulla protezione dei dati (ed in particolare l'ineffettività della tutela e attribuzione di un potere discrezionale in capo all'operatore privato) vadano a intaccare anche la disciplina relativa alla (ir)responsabilità degli ISP per i contenuti da essi ospitati, di per sé assai problematica.

Problematica in quanto il "testo madre", risale, come si diceva, al 2000, distante quasi una era geologica dai tempi attuali, alla luce dell'accelerazione spasmodica dell'evoluzione tecnologica. Quei soggetti che aveva in mente la direttiva sul commercio elettronico quando prevedeva quella esenzione a determinate condizioni, in 19 anni, sono cresciuti, cambiati, hanno mutato forma e a volte sostanza.

Nella decisione che si commenta sul caso austriaco, la Corte di giustizia prova a trarre le conseguenze di tale mutamento, ritenendo che non sia in contrasto con il mancato obbligo di sorveglianza previsto dalla direttiva ricordata che un giudice, nell'inerzia del *social network*, faccia quello che l'esponente politico austriaco gli ha richiesto di fare, ovvero ordinare allo stesso *social network* di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita. A patto che però siano rispettate due condizioni. In primo luogo, la sorveglianza e la ricerca delle informazioni oggetto di tale ingiunzione devono essere limitate a informazioni che veicolano un messaggio il cui contenuto deve rimanere sostanzialmente invariato rispetto a quello che ha dato luogo all'accertamento d'illiceità e che contiene gli elementi specificati nell'ingiunzione. In secondo luogo, le differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto a quella che caratterizza l'informazione precedentemente dichiarata illecita non devono essere tali da costringere il prestatore di servizi di *hosting* a effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto.

La seconda condizione sembra confermare quanto si diceva prima, vale a dire il voler evitare da parte del giudice di Lussemburgo che, anche con riferimento al regime legato alla regolazione dei contenuti in rete, sia commesso quel peccato originario già noto in relazione alla protezione dati – e solo in parte ridotto, dal punto di vista territoriale, dalla delimitazione europea dei confini operata dalla sentenza *Google v. CNIL* prima ricordata – di attribuzione di un potere discrezionale a un operatore privato in caso di bilanciamento o comunque di scelte che hanno a che fare con la protezione dei diritti fondamentali[20].

---

[20] Come fatto notare da Monti vi è una differenza, con riguardo alla rimozione di contenuti equivalenti rispetto tra l'approccio dell'Avvocato Generale che nelle sue conclusioni ritiene che un'estensione dell'obbligo di rimozione di contenuti equivalenti postati da altri utenti «richiederebbe la sorveglianza della totalità delle informazioni diffuse attraverso

4. La Corte, nel caso Facebook che si commenta, ha inoltre stabilito che tale ordine di rimozione debba avere una portata di natura globale, e non valevole solo per il territorio dell'Unione.

Una contraddizione con quanto si è visto in riferimento alla soluzione in materia di esercizio del diritto all'oblio adottata dai giudici nel caso Google, oggetto parallelo di indagine?

Non così apparente come sembra, per almeno tre motivi.

In primo luogo, come si diceva prima, le autorità garanti nazionali sono libere, secondo la stessa sentenza Google v. CNIL, di ordinare la rimozione del link anche oltre i confini del territorio europeo.

In secondo luogo, la Corte non poteva fare molto di più se, come lei stessa ricorda (par. 49), la direttiva 2000/31 non prevede a tal riguardo alcuna limitazione, segnatamente territoriale, alla portata dei provvedimenti che gli Stati membri hanno diritto di adottare conformemente alla direttiva in parola.

In terzo luogo, ed è forse la ragione più rilevante, l'apparente contraddizione si risolve in una corretta reazione a un'iniziativa, anche in questo caso di natura globale, intrapresa da Facebook poco tempo fa. Come si diceva prima, infatti, a ben vedere, alcuni percorsi giurisprudenziali relativi alla tutela dei diritti fondamentali in internet hanno una dimensione reattiva che spesso viene sottovalutata. In particolare, in questo caso, l'impressione è che la Corte di giustizia abbia voluto reagire al lancio, annunciato recentemente, come si diceva, da parte di Facebook, di un Indipendent Oversight Board, una sorta di "consiglio globale di supervisione" che si autodefinisce indipendente.

«La libertà di espressione è sovrana, ma ci sono momenti in cui i contenuti possono essere in contrasto con autenticità, sicurezza, privacy e dignità. Alcune forme di libera parola possono mettere a rischio l'abilità di altre persone di esprimersi liberamente. Quindi bisogna trovare un bilanciamento». Queste le parole di Facebook che hanno accompagnato la notizia del lancio di tale organismo.

Si tratta di una decisione che, come tutte quelle adottate oggi dalle grandi piattaforme digitali, sempre più, come si dirà in sede conclusiva, veri e propri poteri privati che esercitano funzioni para-costituzionali, ha delle ripercussioni di grande rilevanza pubblicistica, e a prima vista piuttosto problematiche.

---

una piattaforma di rete sociale" (par. 73) e la Corte di giustizia che sembra legittimare una rimozione dei contenuti equivalenti postati dei soggetti terzi "a due condizioni: 1) che siano le corti di merito a individuare i termini integranti una "equivalenza"; 2) che non vi siano obblighi in capo a un servizio di *hosting* a provvedere autonomamente a questo tipo di valutazioni». Cfr. M. Monti, *La Corte di giustizia, la direttiva e-commerce e il controllo contenutistico online: le implicazioni della decisione C 18-18 sul discorso pubblico online e sul ruolo di Facebook*, in *Medialaws.eu*, 15 ottobre 2019.

Due sono i punti che destano più perplessità. Il primo riguarda i criteri di nomina dello stesso organismo, mentre il secondo il ruolo che sarà giocato da quest'ultimo.

In primo luogo, è assai problematica la questione relativa alle modalità di nomina dei membri dell'Indipendent Oversight Board che viene definito, come si diceva, indipendente, ma la cui indipendenza è tutta da dimostrare. A leggere, infatti, quanto scrive il *social network* presentando tale organismo, Facebook, consapevole del fatto che non sarebbe opportuno nominare tutti i suoi membri, "selezionerà un piccolo gruppo iniziale di componenti che aiuterà nel processo di selezione dei membri restanti". È fin troppo evidente che, nonostante la citata consapevolezza del *social network*, si è ben lontani dal minimo richiesto perché ci sia una effettiva indipendenza dell'organo in questione nei confronti del *social network* le cui decisioni lo stesso organo è competente a valutare e se del caso a cassare. Quando è in gioco, come in questo caso, la tutela dei diritti fondamentali, il livello richiesto di indipendenza del decisore deve essere massimo, tanto più all'interno, come si diceva, di un sistema giustizia di matrice privatistica.

In secondo luogo, per quanto riguarda il ruolo che dovrebbe giocare questo organismo, esso avrà, di fatto, l'ultima parola sulle operazioni di bilanciamento tra diritti fondamentali in gioco operate dal *social network*. Una sorta di istanza di appello a cui potranno rivolgersi gli utenti per mettere in discussione le decisioni di Facebook relative alla permanenza o rimozione di determinati contenuti. Si tratta di un esercizio di delicatezza massima, perché non si dimentichi che la prima operazione di bilanciamento su cui il nuovo organo dovrà pronunciarsi, è condotta, "in primo grado", da un operatore privato, parte del gioco, che compie un esercizio di ponderazione tra diritti fondamentali che, nel costituzionalismo moderno, è in genere affidato ad autorità giurisdizionali o comunque di rilevanza pubblicistica.

Ora, con la decisione di Facebook di istituire tale nuovo organismo, sembra compiere un passo avanti quel processo di privatizzazione della "giustizia digitale". Si crea di fatto un giudizio d'appello in cui si dovrà decidere, a livello globale, è questo che il termine "oversight" sembra suggerire, su questioni legate a hate speech, tutela dei minori, conflitti tra libertà di informazione e privacy.

Allora, a proposito di azioni e reazioni, non può forse stupire che rispetto all'ipotesi di una privatizzazione della giustizia digitale su scala globale, la Corte di giustizia, nel caso Facebook che si commenta, abbia risposto con la possibilità di un'applicazione globale dell'ingiunzione giudiziale relativa alla rimozione di contenuti illeciti.

Sarà anche vero, come ha dichiarato, subito dopo la decisione, il Direttore di Article 19, organizzazione non governativa paladina della libertà di espressione, che: «the ruling also means that a court in one EU member state will be able to order the removal of social media posts in other countries». Ma forse, potrebbe essere questa la conclusione dei giudici di Lussemburgo,

meglio che l'ultima parola al riguardo spetti comunque ad un organo giurisdizionale anche non nazionale ma, auspicabilmente, indipendente, che ad un operatore privato od un organismo nominato in parte da tale operatore.

5. In conclusione emerge, come si diceva inizialmente, quanto le categorie classiche del diritto costituzionale rilevino, eccome, anche nella dimensione digitale.

Si è detto della dimensione territoriale, ma anche della sovranità (digitale) che l'Unione europea, ed in particolare la Corte di giustizia, esercitano quando costruiscono una fortezza continentale, inespugnabile internamente in materia di protezione dei dati personali, ma che rischia di non avere quei ponti levatoi che consentano un'effettività extraterritoriale della disciplina europea preposta alla tutela della privacy digitale. Sembra proprio che ci sia la volontà di esercitare una sovranità europea digitale alla base del processo in corso ad opera dei giudici di Lussemburgo di europeizzazione di Internet, la cui natura transnazionale di portata globale non sembra supportare il successo, con riferimento, appunto, alla effettività della tutela apprestata, dei tentativi, seppure comprensibili e financo lodevoli negli intenti, di radicale regionalizzazione della protezione. Regionalizzazione, quest'ultima, che rischia di trasformarsi, peraltro, come si diceva, in una segmentazione e perfino balcanizzazione dei meccanismi di protezione.

Infine, si è parlato di potere, ed in particolare di nuovi poteri privati che, in ambito digitale, competono con i classici poteri pubblici.

Occorre quindi chiedersi, a questo proposito: quale è il momento in cui alcune forme di iniziativa economica, specialmente in ambito digitale, si trasformano tecnicamente in potere? E, conseguentemente: quale strumentario offre oggi il diritto costituzionale per reagire a tale trasformazione?

Tali quesiti conclusivi a cui non si fornirà risposta in questa sede risultano tuttavia fondamentali dal momento che toccano una premessa fondamentale, del diritto pubblico, quella per cui l'unico potere legittimo è quello pubblico.

Tuttavia, le domande non si esauriscono solo alla fase di comprensione del fenomeno ma è necessario riflettere anche, come si diceva, sugli strumenti interpretativi oggi a disposizione del diritto costituzionale ed, in particolare, della teoria dei diritti fondamentali. Di fronte a eventuali abusi di potere di nuovi potenti soggetti privati, quali i possibili rimedi che siano in grado di assolvere, anche in ambito digitale, alla missione originaria del costituzionalismo, limitare e incanalare il potere (originariamente esclusivamente di natura pubblicistica)?

Una prima risposta sembra quella di poter contare sulla efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, da applicare quindi anche alle relazioni *inter privatos* e nei confronti, conseguentemente, di nuovi poteri privati in ambito digitale.

Ora, si potrebbe sostenere, come fa Robert Alexy[21], che la questione relativa agli effetti orizzontali dei diritti fondamentali previsti dalle Carte costituzionali o dai *Bills of rights* non possa essere concettualmente scissa dal problema più generale del riconoscimento di un effetto diretto agli stessi diritti. In altre parole, se è riconosciuto ad un diritto fondamentale effetto diretto, tale riconoscimento dovrebbe essere caratterizzato da una doppia dimensione: quella verticale (autorità vs. libertà) e quella orizzontale (nei rapporti tra privati)[22].

Il problema è che tale assunto, convincente da un punto di vista teorico, passando dall' "olimpo" dei filosofi all'"arena" dello *ius dicere*, rischia di non superare il *test* del diritto costituzionale comparato, perché, come si vedrà tra un momento, le scelte delle corti costituzionali e supreme possono divergere, su questo aspetto, in base al paradigma costituzionale al quale esse si ispirano che fa da architrave, da *humus* assiologico culturale.

Negli ultimi vent'anni, osservando diverse esperienze nazionali in chiave comparata, la questione dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali è stata affrontata in diversi ordinamenti anche fuori dall'Europa. Partendo dal Canada, come testimoniato dalla Canadian Charter of Rights and Freedoms del 1982[23], passando per il Sud Africa prima sotto la Costituzione *ad interim* del 1993 e poi con la Costituzione finale del 1996[24] per poi giungere all'Irlanda[25] nonché ad Hong Kong con la Bill of Rights Ordinance del 1991, è possibile constatare la rilevanza transnazionale della questione relativa all'efficacia dei diritti fondamentali[26].

---

[21] R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 570-571.

[22] G. Romeo, *Federalising and constitutionalising a legal order: the case for (still) entrusting the bill of rights with the task of full integration,* in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, forthcoming.

[23] V. in particolare il caso *Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd*., 2 S.C.R. 573 (1986).

[24] L'art. 8(2) della Costituzione sudafricana stablisce: "*A provision of the Bill of Rights binds a natural or juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking account of the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right*". Inoltre, l'art. 9(4) impone l'obbligo per i privati di non discriminazione.

[25] A differenza dell'approccio verticalistico statunitense, la Corte Suprema dell'Irlanda ha riconosciuto un ampio effetto orizzontale delle norme costituzionali. Come osservato dal giudice Walsh nel caso del 1973 *Meskell v. Coras lompair Eireann* 1965 WJSC-HC 5078: "[I]*f a person has suffered damage by virtue of a breach of a constitutional right or the infringement of a constitutional right, that person is entitled to seek redress against the person or persons who infringed that right*". E come chiarito dal giudice Costello in *Hosford v. John Murphy & Son*s, 1987 ILRM 300 (HC): "*Uniquely, the Irish Constitution confers a right of action for breach of constitutionally protected rights against persons other than the State and its officials*". Tra i vari diritti a cui è stata riconosciuta un'efficacia orizzontale, si menzionano qui la libertà di associazione (*Meskell v. Coras lompair Eireann*, cit.) e discriminazione in base al sesso (*Murtagh Props. Ltd. v. Cleary,* 1972 I.R. 330 (Ir. H. Ct.).

[26] M. Hunt, *The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act*, in *Public Law*, 1998, 423.

Spostandosi in particolare nello scenario statunitense, per quanto riguarda l'applicazione dei diritti previsti dagli Emendamenti della Costituzione introdotti a partire dal 1791, e con particolare riferimento al I Emendamento che riconosce la libertà di espressione (*right to free speech*), l'efficacia orizzontale (*inter privatos*) dello stesso è negata dall'applicazione della c.d. *state action doctrine*[27], in forza della quale le garanzie previste dai diritti sanciti dal *Bill of Rights* federale possono essere fatte valere soltanto nei confronti dei poteri pubblici e non dei privati[28].

La ragione alla base della resistenza alla accettazione di una generale efficacia orizzontale dei diritti previsti dalla Costituzione federale si spiega perché l'architrave e, ancor prima, il terreno culturale che fa da *humus* al costituzionalismo statunitense è basato sui valori di *liberty* e *individual freedom* che costituiscono il fondamento dell'autonomia privata. In altre parole, come ha osservato Mark Tushnet, the "*judicialisation of relations between private persons [is] as an intolerable intrusion of the state into the sphere of private autonomy*". Questo approccio di fatto impedisce la penetrazione delle garanzie costituzionali nelle dinamiche intersoggettive rendendo impossibile la trasformazione dei *constitutional rights* in istanze direttamente azionabili.

Un tale *humus* costituzionale rende di fatto impossibile l'attecchimento in terra statunitense della teoria di matrice tedesca dell'effetto orizzontale (*Drittwirkung*)[29] che dopo aver preso il via dalla giurisprudenza coraggiosa, per l'appunto, delle corti tedesche a partire dagli anni '50[30], è diventata

---

[27] V. in particolare, S. Gardbaum, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, in *Michigan Law Review,* 102, 2003, 388-458; M. Tushnet, *The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*, *in International Journal of Constitutional Law*, 1, 2003, 79-98; W.R. Huhn, *The State Action Doctrine and The Principle of Democratic Choice,* in *Hofstra Law Review*, 84, 2006, 1380-1456.

[28] A tal proposito, un esempio di applicazione orizzontale dei diritti fondamentali è fornito dal caso della Corte Suprema degli Stati Uniti *Shelley v. Kraemer* 334 U.S. 1 (1948). Il caso di specie riguardava una clausola contrattuale secondo cui gli afroamericani potevano vendere le case acquistate soltanto ai bianchi. In particolare, la controversia emersa riguardo tale previsione contrattuale portava la Corte Supreme a rivedere la decisione della *lower Court*. Ritenendo una tale restrizione lesiva della *equal protection clause*. Tuttavia, la dottrina costituzionale degli Stati Uniti ritiene che le disposizioni costituzionali non hanno effetti orizzontali. In particolare, v. M. Tushnet, *Shelley v. Kraemer and Theories of Equality*, in *New York Law School Law Review*, 33, 1988, 383-408.

[29] M. Kumm, *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in *German Law Journal*, 7(4), 2006, 341-370.

[30] BVerfGE 7, 198. Il caso Lüth riguardava un esponente della classe politica che si era opposto alla distribuzione del film antisemita "Jüd Jüss". In particolare Lüth veniva condannato a risarcire i danni che aveva causato attraverso la sua attività di boicottaggio. A seguito di tale decisione, Luth si appellava alla Corte costituzionale lamentando la violazione della sua libertà di espressione. La Corte costituzionale tedesca affrontava quindi una questione attinente all'estensione dei diritti costituzionali nei rapporti *inter privatos*. In tale occasione, la Corte tedesca per la prima volta ha sostenuto che i diritti costituzionali non

familiare anche per altre corti costituzionali europee ma anche per la Corte europea dei diritti dell'uomo[31] nonché, come si dirà più dettagliatamente in seguito, per la Corte di giustizia dell'Unione europea. Anche le nuove Costituzioni post-comuniste dell'Est Europa si occuparono – seppur sulla base di presupposti diversi – della questione[32].

In altre parole, nel costituzionalismo europeo non è un tabù parlare di efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, il che non può stupire se si riflette sul DNA caratterizzante lo spirito di detto costituzionalismo alla cui base risiede, il meta-principio di dignità umana, che non solo ricorre formalmente in molte disposizioni delle costituzioni europee[33] e costituisce il Titolo I della Carta dei diritti fondamentali ma plasma sin dalle fondamenta detto spirito in reazione, ovviamente, a quell'annichilimento della dignità che ha caratterizzato i regimi totalitari ed autoritari[34].

Proprio tale *humus* consente, in Europa, di non considerare di per sé costituzionalmente intollerabile ogni processo di "giudizializzazione" delle relazioni *inter privato*s in cui entra in gioco l'applicazione orizzontale dei diritti previsti dal *bill of right*s di riferimento. Al contrario lo stesso *humus*, ponendo la tutela della dignità[35] quale valore paradigmatico ammette, in astratto, un'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali quando questa sia funzionale alla protezione più ampia dei diritti in gioco. Lo stesso concetto di abuso del diritto, di fatto sostanzialmente estraneo alla teoria costituzionale statunitense ed invece non solo noto al costituzionalismo europeo, ma

---

costituiscono soltanto delle pretese dell'individuo nei confronti dello Stato ma formano un insieme di valori che si applicano in tutte le aree del diritto fornendo indicazioni assiologiche al potere legislativo, esecutivo e giudiziario. Nel caso di specie, la tutela della libertà di espressione non si sviluppa soltanto in senso verticale nei confronti dello Stato, ma anche in senso orizzontale visto che le norme di diritto civile devono essere interpretate secondo lo spirito della carta costituzionale.

31 Si veda in particolare CEDU, *X e Y c. Paesi Bassi*, n. 91 (1985).

32 C.R. Sunstein, *Against Positive Rights*, in A. Sajo (ed), *Western Rights? Post-Communist Application*, 1996, 225-232.

33 Risulta particolarmente rilevante che l'art. 1 della Costituzione tedesca sancisca l'intangibilità della dignità dell'uomo prevedendo il dovere di ogni potere statale di rispettarla e proteggerla. Per alcune riflessioni critiche sul tema si veda G. Bognetti, *The Concept of Human Dignity in European and American Constitutionalism*, in G. Nolte (ed), *European and United States Constitutionalism*, Cambridge, 2005.

34 Sul tema dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali della Carta si vedano, in particolare, D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018; S. Walkila, *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, Amsterdam, 2016; E. Frantziou, *The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality*, in *European Law Journal* 21, 2015, 657 ss.; D. Leczykiewicz, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 38, 2013, 479 ss.

35 A. Ruggeri, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta online*, 2, 2018.

anche codificato dalle due Carte dei diritti paneuropee (art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 17 della Convenzione EDU) sembra remare nella stessa direzione

Che poi la Corte di giustizia sia stata coerente con tale impostazione teorica ed abbia ammesso pacificamente l'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali della Carta di Nizza, è tutta un'altra questione che non può essere qui affrontata, ma la cui risposta, almeno riguardo all'ammissione pacifica, non può essere del tutto positiva[36].

Certo, però, bisogna aggiungere che la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in tema di tutela dei diritti fondamentali in ambito digitale offre un laboratorio interessante, per mettere alla prova le reali intenzioni dei giudici europei che sembrano propensi, di fronte all'emersione nuovi poteri privati, ad ammettere con minore difficoltà, anche se senza quella chiarezza necessaria, l'applicazione orizzontale degli artt. 7 ed 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

In particolare, come è notissimo, i giudici comunitari, con tre decisioni tra il 2014 e il 2015, hanno fatto emergere la chiara volontà, da parte degli stessi giudici, di prendere (forse troppo) sul serio la protezione di un nuovo *digital right to privacy* andando oltre un approccio meramente formalistico e assicurando un ampio livello di protezione degli articoli 7 ed 8 riconosciuti dalla Carta, anche a discapito di altri diritti di rango pari-ordinato, come, in primo luogo, libertà di espressione, e di fatto, spesso, surrettiziamente, applicando orizzontalmente tali disposizioni della Carta dei diritti fondamentali.

In particolare, ed è davvero la domanda finale, è sufficiente riflettere sulla dottrina dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali oppure è necessario pensare alla enucleazione di nuovi diritti che rafforzino la posizione (al momento assai debole) degli individui-utenti rispetto ai nuovi poteri (privati) della società algoritmica?

---

[36] Cfr. per una analisi meno superficiale al riguardo, O. Pollicino, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in V. Piccone, O. Pollicino (a cura di), *La Carta dei Diritti Fondamentali dell'unione Europea*, Editoriale Scientifica, 2018, 263-300

LA PARABOLA DEL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO E I SUOI INSEGNAMENTI COSTITUZIONALISTICI*

di Andrea Pugiotto

Sommario: 1. Promossi? – 2. Anomia normativa. – 3. Tono costituzionale. – 4. Fallacia normativistica. – 5. Nulla è falso ma tutto è finto. – 6. Tabù demagogico. – 7. Deludente giurisprudenza.

1. Promossi?

Comincio dalla fine. L'8 marzo scorso, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ci ha fatto uscire da dietro la lavagna, dov'eravamo in castigo da tre anni[1]. Lodando i risultati ottenuti attraverso le riforme introdotte, e riconoscendo gli impegni assunti verso «una soluzione definitiva del problema», il Comitato ha deciso di chiudere il fascicolo aperto nei confronti dell'Italia per un sovraffollamento carcerario valutato, in precedenza, dalla Corte EDU come strutturale e sistemico.

Segnali di fumo egualmente orientati si erano già visti nel cielo sopra Strasburgo: le sentenze *Stella* e *Rexhepi* c. *Italia* (16 settembre 2014), con la loro sostanziale approvazione delle misure introdotte[2]; le sentenze-pilota

---

* Il testo riproduce, arricchito dall'apparato di note, l'intervento svolto nell'Aula Magna del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara il 14 aprile 2016, in occasione del Convegno *La lotta al sovraffollamento carcerario. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata,* a conclusione del progetto di ricerca europeo "*Prison overcrowding and alternatives to detention*".

1 Notizia della risoluzione – con cui il Comitato «accoglie con favore la risposta data dalle autorità italiane» alla sentenza della Corte EDU, *Torreggiani e altri* c. *Italia,* 8 gennaio 2013, divenuta definitiva il 27 maggio 2013 – si legge, con ampi stralci testuali, in *Carceri: sovraffollamento, Consiglio d'Europa "promuove" Italia. Comitato ministri chiude monitoraggio in seguito varo riforme* (Ansa, Strasburgo, 8 marzo). Per i relativi commenti a caldo vedi S. Marietti, *Sovraffollamento delle carceri: la Cedu chiude il caso, ma il caso non è per niente chiuso*, in *il Manifesto*, 9 marzo 2016; G. Meroni, *Carceri: diminuisce il sovraffollamento, non spariscono i problemi,* in *Vita,* 10 marzo 2016; M. Solani, *Carceri, ecco perché l'Europa ha promosso l'Italia*, in *l'Unità*, 12 marzo 2016.
In precedenza, per ben due volte (nel giugno 2014 e nel giugno 2015), il Consiglio d'Europa ci aveva "rimandati" all'anno successivo, pur salutando come benvenuti («*welcomed*») i provvedimenti nel frattempo assunti dall'Italia: cfr. C. Mazzucato, *Sovraffollamento carcerario e differimento dell'esecuzione penale*, in *Criminalia*, 2013, 484, postilla; P. Sechi, *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 234 nota 118.

2 Corte EDU, Sez. II, *Stella e altri* c. *Italia,* 25 settembre 2014 (ric. n. 49169/09); Id., Sez. II, *Rexepi e altri* c. *Italia,* 25 settembre 2014 (ric. n. 47180/10), in *DPC,* 7 novembre 2014, con nota di A. Martufi, *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai*

contro la Bulgaria (27 gennaio 2015) e contro l'Ungheria (10 marzo 2015), dove il nostro Paese è indicato come esempio da seguire nell'affrontare il tema del sovraffollamento[3]. Si trattava, tuttavia, di valutazioni provvisorie e condizionate, valide "allo stato". Ora, invece, l'archiviazione è definitiva e l'Italia non è più osservata speciale: da qui la legittima soddisfazione del Guardasigilli[4]. Dunque, tutto è bene quel che finisce bene?

Inviterei a non cedere al trionfalismo. A mio avviso, la decisione espressa in seno al Consiglio d'Europa è ispirata alla categoria del verosimile, che è una delle grandi insidie della contemporaneità. Il verosimile, infatti, non è il vero, perché sta alla verità come un dipinto all'oggetto rappresentato. Da qui la sua insidiosità: il verosimile è pericoloso proprio perché apparentemente attendibile[5].

Ciò che possiamo riconoscere è che, dopo tre anni, siamo riusciti a soddisfare i parametri CEDU nel rapporto capienza/presenze: nei 193 istituti penitenziari nessun detenuto è più ristretto in uno spazio inferiore a tre metri quadri[6]. Traduco? Nessun essere umano è costretto a vivere sulla superficie di un montacarichi, sotto la quale la presunzione di una detenzione disumana è – per gli *standard* europei – pressoché automatica.

Ciò che dobbiamo continuare a dire è che il problema del sovraffollamento, non più generalizzato, persiste invece all'interno di numerosi istituti penitenziari. Gli ultimi dati ministeriali (aggiornati al 31 marzo 2016) fotografano una capienza regolamentare stimata in 49.545 posti, occupati da 53.495 detenuti, registrando così ancora 3.950 unità in soprannumero. Scorporando i dati per singoli istituti penitenziari, sono solo 86 quelli che registrano una presenza entro la capienza regolamentare. Nei rimanenti 107 istituti non è ancora così. E se per alcuni lo *spread* è ridotto a qualche decina di detenuti

---

detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento. Vedi anche F. Fiorentin, *Strasburgo approva le riforme attuate dall'Italia sul piano organizzativo e ordinamentale*, in *Guida al Diritto*, 2014, n. 42, 97 ss.

[3] Corte EDU, Sez. IV, *Neshkov e altri* c. *Bulgaria,* 27 gennaio 2015, (ric. nn. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12, 9717/13), §§ 282 e 286; Id., Sez. II, *Varga e altri* c. *Ungheria,* 10 marzo 2015, (ric. nn. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, 64586/13), § 105. Cfr. V. Manca, *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, in *DPC,* 1° aprile 2015.

[4] Cfr. *CEDU promuove Italia su carceri: Orlando, oggi buona notizia* (Ansa, 8 marzo 2016).

[5] La suggestione è attinta, pressoché alla lettera, da L. Violante, *Politica e menzogna*, Einaudi, Torino, 2013, 5-6.

[6] Cfr. *Giustizia: Consolo (DAP); recuperati 2.000 posti, più nessun detenuto in spazi sotto i 3 mq* (Ansa, 13 febbraio 2015). Ma già prima, secondo le informazioni trasmesse alla Corte EDU dal Governo, «non esiste attualmente in Italia alcun detenuto che abbia a disposizione uno spazio personale inferiore a 3 mq» (Corte EDU, Sez. II, *Stella e altri* c. *Italia,* cit., § 13). Su queste cifre ministeriali vedi l'interrogazione a risposta scritta del 24 luglio 2014, Giachetti, A.C. n. 4/05664, rivolta al Ministro della giustizia (il cui *iter* è ancora in corso).

in più, persistono molte realtà dove supera le centinaia: qualche esempio? Napoli Poggioreale (+357 detenuti); Napoli Secondigliano (+300 detenuti); Bologna (+278 detenuti); Roma Regina Coeli (+259 detenuti); Milano San Vittore (+279 detenuti); Milano Opera (+354 detenuti); Lecce N.C. (+254 detenuti); Taranto (+205 detenuti); Firenze Sollicciano (+223 detenuti).

Da ultimo, sarà bene rammentare agli entusiasti che al calo degli indici di sovraffollamento non corrisponde automaticamente il rispetto dell'art. 3 CEDU. Come insegnato a Strasburgo, infatti, anche quando lo spazio garantito al detenuto supera la superficie minima dei tre metri quadri, la carenza di altri fattori ambientali vitali (aria, luce naturale, igiene) può comportare comunque una detenzione inumana e degradante.

Se così è (ed è così), questo solo si può dire dello stato delle carceri in Italia, oggi: siamo passati dal superlativo di un superlativo (sovraffollamento) ad un semplice superlativo. Ma sempre di affollamento carcerario si tratta[7]. È questo il primo insegnamento della nostra parabola.

2. Anomia normativa

La progressiva diminuzione della popolazione carceraria è un risultato che va ora messo in sicurezza[8].

Come tanti operatori del catasto, abbiamo tutti scoperto che l'ordinamento penitenziario registra un'anomia normativa: né la legge n. 354 del 1975 né il regolamento d'esecuzione n. 230 del 2000 dispongono alcunché circa la superficie intramuraria da garantire a ciascun detenuto[9]. Tutte le loro disposizioni pertinenti, infatti, sono caratterizzate «più da *genericità* che da generalità»[10], a causa di un anomalo rapporto internormativo imputabile a una vera e propria omissione legislativa, rispetto alla discrezionalità rico-

---

[7] Per una panoramica europea del problema (alla luce dei rapporti SPACE I-2014 e SPACE II-2014 su carcere e alternative alla detenzione) cfr. E. Dolcini, *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità*, in *DPC*, 16 marzo 2016. Per una visione d'insieme sul piano internazionale cfr. P. Barzanò, *Il sovraffollamento carcerario: un problema diffuso*, in *Rass. Penit. e Crim.*, 2015, n. 1, 317 ss.

[8] Ci prova, sul piano amministrativo, il DAP, circolare 1° aprile 2016, PU-0112223, *Disposizioni per contenere e migliorare il trend delle presenze negli istituti penitenziari.*

[9] Cfr. Cass., Sez. I pen., 27 novembre 2014, n. 53011. Quanto alla legge, l'art. 6, comma 1, o.p. si limita a parlare di «ampiezza sufficiente», senza ulteriori specificazioni né all'art. 5 o.p. («gli istituti penitenziari devono essere realizzati in modo tale da accogliere un numero non elevato di detenuti o internati») né all'art. 14 o.p. («il numero dei detenuti e degli internati negli istituti e nelle sezioni deve essere limitato e, comunque, tale da favorire l'individualizzazione del trattamento»). Quanto al d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, i suoi pertinenti artt. 6-8 sono egualmente muti sul punto.

[10] A. Toscano, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 246.

nosciuta agli organi di produzione del diritto dall'art. 27, comma 3, Cost[11]. In ragione di ciò, l'amministrazione penitenziaria ha potuto giostrare il dato delle presenze in cella all'interno di una doppia contabilità: quella di una capienza *regolamentare* (ricalcata sulla superficie delle stanze da letto nelle abitazioni civili)[12] e quella ossimorica di una capienza *tollerabile* (misurata, presumo, con l'elastico)[13].

Tale anomia legislativa non può dirsi colmata – come invece ritengono due circolari DAP del 2009 e del 2014[14] – attraverso l'immediata precettività dell'art. 3 CEDU per come letto dalla Corte di Strasburgo. Intendiamoci: la sua cogenza interna è certa, vuoi in forza della legge di esecuzione n. 848 del 1955, vuoi sulla base del rinvio mobile ora contenuto nell'art. 35-*ter* o.p. Il problema è nell'andamento contraddittorio – perché necessariamente casistico – della giurisprudenza di Strasburgo, che con la recente sentenza *Muršič* c. *Croazia* ha fin'anche rimesso in discussione l'unico suo perno: l'automatica violazione dell'art 3 CEDU quando la superficie della cella è inferiore a quella di un fazzoletto di tre metri quadri[15]. Ora la Corte EDU spinge verso

---

[11] «Il legislatore, in altre parole, non ha mai concretizzato la discrezionalità riconosciutagli dal Costituente»: così, ancora, A. Toscano, *La funzione della pena*, cit., 247.

[12] Cfr. Ministero della Sanità, d.m. 5 luglio 1975, il cui art. 2 indica la superficie minima di una stanza da letto nei locali di abitazione in 9 mq, se per una persona, e in 14 mq, se per due persone. Tale misura convenzionale è adoperata come base di calcolo dall'amministrazione penitenziaria: «la capienza regolamentare viene calcolata rispetto a un parametro secondo il quale in una camera detentiva di 9 mq è prevista la presenza di un detenuto […] mentre in quelle più grandi è prevista l'allocazione di un detenuto per ogni ulteriori 5 mq da aggiungere ai 9 mq di partenza» (*Audizione del Ministro della Giustizia, Anna Maria Cancellieri, sulle tematiche oggetto del messaggio del Presidente della Repubblica trasmesso alle Camere il 7 ottobre 2013*, in A.C., XVII Legislatura, Commissione II (Giustizia), 17 ottobre 2013, seduta n. 3, resoconto stenografico, pp. 2-3).

[13] «Individuata, orientativamente, nel doppio di quella regolamentare» (F. Cascini, *Analisi della popolazione detenuta e proposte di intervento*, in *Rass. Penit. e Crim.*, 2013, n. 1, t. II, 3), la c.d. capienza tollerabile è criterio empirico arbitrario laddove pretende di elevare a regola un'anomala normalità, tracciando così una linea di demarcazione all'interno di un divieto – quello dell'art. 3 CEDU – che invece non ammette soluzione di continuità (cfr. A. Pugiotto, *La clemenza necessaria,* in *DPC,* 10 dicembre 2013, 2).

[14] Cfr. DAP, circolare 25 agosto 2009, *Capienza istituti di pena-standard minimi di vivibilità stabiliti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*; DAP, circolare 18 aprile 2014, *Contenzioso ai sensi degli articoli 35*-ter *e 60 o.p. Reclami in tema di calcolo dello spazio detentivo pro capite.*

[15] Per l'individuazione nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo di almeno quattro differenti approcci alla questione dello spazio vitale minimo disponibile a detenuto – oltre che per l'assenza di una chiara metodologia nell'applicazione del criterio presuntivo circa la violazione dell'art. 3 CEDU – cfr. la *dissenting opinion* del giudice Sicilianos alla sentenza della Corte EDU, Sez. I, *Muršič* c. *Croazia*, 12 marzo 2015, (ric. n. 7334/13), in *Arch. Pen.*, 2015, n. 3, 22 ss.
Si giustifica, dunque, l'affermazione secondo la quale «le incertezze della giurisprudenza di Strasburgo attingono la stessa forza della presunzione di disumanità della pena sofferta sotto

una valutazione multifattoriale delle condizioni detentive in cui anche il dato temporale entra in gioco, specialmente se il detenuto ha vissuto in condizioni inadeguate (cioè disumane) per periodi contenuti e non consecutivi[16].

Di più. Le contraddittorie soluzioni interpretative non riguardano solo il problema di *quale sia* la superficie minima vitale da garantire al detenuto, ma anche di *come* calcolarla: includendo o escludendo i muri perimetrali? Computando o meno i servizi igienici? Al lordo o al netto degli arredi? E di quali arredi? Di un simile labirinto interpretativo è specchio fedele la giurisprudenza della nostra magistratura di sorveglianza, con i suoi distinguo – metro alla mano – tra «spazio abitabile», «spazio vitale», «spazio calpestabile»[17]: sul punto, più che provvedimenti giurisdizionali, sembra di leggere pagine di riviste d'arredamento per interni.

In assenza di un adeguato intervento nomofilattico delle Sezioni Unite di Cassazione[18], neppure la Corte costituzionale ha potuto rimettere ordine nella materia: l'anomia legislativa, infatti, le preclude un qualsiasi innesto manipolativo[19]. Così come l'assenza di un diritto vivente sull'art. 3 CEDU è

---

la soglia minima dei tre metri quadrati» (D. Verrina, *L'orizzonte delle interpretazioni in materia di rimedi compensativi alla disumanità della pena*, in *Quest. Giust.*, 3 agosto 205, 9).
In tema, per una visione d'insieme, cfr. M. Orlandi, *Detenzione (principi Cedu in materia di)*, in *Dig. Discipl. Pen.*, agg. VII, 2013, 204 ss.

16 A commento della sentenza CEDU, 12 marzo 2015, *Muršič* c. *Croazia*, vedi F. Fiorentin, *Il vaso di Pandora scoperchiato: la violazione dell'art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento "multifattoriale" e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, Muršič* c. *Croazia*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 3, 1 ss.; D. Ranalli, *Recenti interventi della Corte europea dei diritti umani: qualche spunto per riflettere sul sovraffollamento*, in *Rass. Penit. e Crim.*, 2014, n. 3, 169-173. La novità della sentenza non è sfuggita all'amministrazione penitenziaria: cfr. DAP, Ufficio Studi Ricerche Legislazione e Rapporti Internazionali, 23 marzo 2015, nota avente ad oggetto *Sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (CEDU) 12 marzo 2015, Muršič* v. *Croatia*.

17 Cfr. A. Albano, F. Picozzi, *Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell'arte*, in *Arc. Pen.*, 2015, n. 1, 8-15.

18 In difetto di adeguata base legislativa, la Cassazione ha escluso la sindacabilità - per violazione di legge - di quanto deciso dal giudice di sorveglianza in tema di sottoposizione a trattamento inumano e degradante: cfr. Cass., Sez. I, 19 dicembre 2013, n. 5728; Id., 27 novembre 2014, n. 53012. È un orientamento criticato in dottrina, perché non metterebbe a valore adeguatamente l'integrazione ordinamentale derivante dall'art. 3 CEDU alla luce dell'interpretazione datane a Strasburgo: cfr, A. Albano, F. Picozzi, *Considerazioni sui criteri di calcolo dello spazio detentivo minimo*, in *Cass. Pen.*, 2014, 2679.
Non sono tuttavia mancati *obiter dicta* della Cassazione in ordine all'entità dello spazio vitale minimo a detenuto, ora contrari (Cass., Sez. I, 27 settembre 2013, n. 42901), ora favorevoli (Cass., Sez. I, 19 dicembre 2013, n. 5728; Id., Sez. I, 19 dicembre 2013, n. 5729) allo scomputo degli arredi fissi dalla base di calcolo.

19 L'inerzia legislativa, traducendosi in una discrezionalità (non esercitata) che la Corte costituzionale è comunque tenuta a rispettare, «ha messo per così dire fuori gioco la giustizia costituzionale» (A. Toscano, *La funzione della pena,* cit., 249). Che il mondo delle pene sia, per sua natura, abitato da valutazioni politiche discrezionali del legislatore, è quanto

d'ostacolo a un'additiva avente ad oggetto l'art. 6 o.p. «nella parte in cui non prevede» almeno tre metri quadri pro capite[20]. Nelle condizioni date, oltre a un monito rivolto al legislatore, il Giudice delle leggi non può spingersi.

Tutto ciò fa problema, ed è un problema serio. Non si tratta, infatti, di una vicenda meramente catastale, ma di una questione di diritto decisiva, perché dalla sua soluzione dipende l'effettività e, prima ancora, la stessa configurazione di una garanzia elementare: il diritto del detenuto a uno spazio minimo *incomprimibile.*

Viceversa, la sua mancata soluzione trascina con sé conseguenze penitenziarie pericolose. Tre soli esempi, tra i tanti: [1] l'assenza totale di prevedibilità, dunque di certezza del diritto, quanto agli esiti dei ricorsi giurisdizionali ora introdotti dai nuovi artt. 35-*bis* e 35-*ter* o.p.[21]; [2] l'eterogenesi di fini cui viene piegato il nuovo modello di «sorveglianza dinamica» penitenziaria: dato che l'aumento delle ore di detenzione *extra moenia* ridimensiona il fattore geometrico *intra moenia,* diventa possibile barattare (impropriamente) più tempo fuori dalla cella con meno spazio dentro la cella[22]; [3] l'affermarsi di cattive prassi difensive da parte dell'amministrazione penitenziaria, sotto forma di trasferimenti periodici del detenuto da un istituto all'altro, al fine di evitare il consolidarsi di situazioni diacronicamente suscettibili d'integrare una violazione dell'art. 3 CEDU[23].

---

segnala D. Pulitanò, *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, in *DPC*, 23 ottobre 2013, 5.

[20] Cfr. A. Toscano, *La funzione della pena*, cit., 248-249. *Contra:* M. Ruotolo, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2013, n. 2, 5-7, sulla base di una interpretazione dell'art. 27, comma 3, Cost., rafforzata dalla previsione dell'art. 3 CEDU e della giurisprudenza europea che si è venuta formando a partire da esso.

[21] Non solo. L'assenza di criteri condivisi per quanto riguarda il calcolo degli spazi detentivi calamita, come un magnete, anche «una maggiore difficoltà di acquisire le informazioni nell'ambito dei procedimenti *ex* artt. 35-*bis* e 35-*ter* legge n. 354 del 1975 e rischia di determinare un incremento del numero di impugnazioni con conseguente protrarsi delle procedure» (DAP, Ufficio Studi Ricerche Legislazione e Rapporti Internazionali, *Scheda sulla capienza degli istituti penitenziari – Recepimento nell'ordinamento interno delle indicazioni CEDU e CPT*, 17 aprile 2015).

[22] Sul modello di sorveglianza dinamica v. DAP, circolare 25 novembre 2011, n. 3594/6044, in *DPC* 30 novembre 2011, commentata da A. Della Bella, *Una rivoluzionaria circolare dell'Amministrazione penitenziaria che introduce un regime "aperto" per i detenuti comuni e che propone una nuova strategia per prevenire il rischio suicidario all'interno delle carceri.* Secondo il DAP, «il 95% dei detenuti è in "custodia aperta" e trascorre tra le otto e le dieci ore in spazi comuni, fuori dalle camere di pernottamento, impegnati in attività trattamentali e di sostegno. La custodia aperta progressivamente si sta estendendo anche ai detenuti dell'alta sicurezza» (*Il DAP: "emergenza sovraffollamento superata, il 95% dei detenuti è in custodia aperta"*, Ansa, 11 febbraio 2016).

[23] Il pericolo è segnalato da F. Fiorentin, *Il vaso di Pandora*, cit., 9. Sulla scia della giurisprudenza della Corte di Strasburgo D. Ranalli, *Recenti interventi,* cit., 167, ridimensiona il rischio, poiché «il trasferimento del detenuto in diversi istituti penitenziari non è suscet-

Che fare, allora? Avanzo una modesta proposta: introdurre una disposizione che misuri – in metri quadri e in metri cubi – il diritto del detenuto a uno spazio vitale incomprimibile. Una soglia valida *erga omnes*, capace di distinguere quanto è semplicemente rimproverabile da quanto è invece assolutamente intollerabile. Una soglia che auspicherei ricalcata sulle indicazioni del CPT, meno asfittiche di quelle ricavabili dalla giurisprudenza della Corte EDU[24].

Propongo di chiamarla capienza *costituzionale,* rubrica normativa capace di evocare natura umanitaria e funzione rieducativa della pena, cui lo spazio della cella deve essere strumentale. Una rubrica avente anche il pregio di non farsi astringere nella mera contabilità dei posti letto (veri o presunti, sempre più a castello).

Propongo, altresì, che tale disposizione venga introdotta dal Parlamento con legge, integrando il concetto di «ampiezza sufficiente» di cui all'art. 6 o.p. Diversamente, pavento un intervento del Governo, pure tentato di modificare il decreto del Ministero della Sanità 5 luglio 1975, attuale fonte in materia[25]. Quello governativo, infatti, minaccia di essere una *reformatio in peius*, dato che l'amministrazione penitenziaria – da tempo, a più riprese, anche con martellanti interventi dottrinali[26] – lamenta come l'Italia, nel confronto con gli altri Paesi, sia attualmente penalizzata in ragione di parametri detentivi nazionali più generosi degli indici internazionali[27].

---

tibile di interrompere la violazione se, durante il periodo detentivo considerato nel suo complesso, l'interessato è stato ristretto in condizioni di detenzione contrarie alle esigenze della Convenzione».

[24] Secondo il documento sulle condizioni di detenzione negli istituti penitenziari adottato il 15 dicembre 2015 (CPT/inf (2015), il Comitato di prevenzione della tortura raccomanda che la cella occupata da un solo detenuto misuri non meno di 6 mq, cui aggiungere 4 mq per ogni ulteriore detenuto in cella: cfr. da ultimo, Cpt, *25° Rapporto generale, 1° gennaio-31 dicembre 2015*, 44-45 (nella versione inglese). Si tratta di *standard* superiori a quelli indicati nei suoi precedenti rapporti annuali: cfr. A. Tamietti, M. Fiori, N. De Santis, F. Di Nicola, D. Ravalli, V. Ledri, *Note a margine della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Torreggiani e altri*, in *Rass. Penit.e Crim*., 2013, 56.

[25] Vedi, *supra,* nota 12. Della necessità di introdurre, con decreto interministeriale, «un parametro diverso e inferiore rispetto a quello previsto dal sopra citato d.m. del 1975» parla, espressamente, l'Ufficio Studi Ricerche Legislazione e Rapporti Internazionali del DAP, *Scheda sulla capienza degli istituti penitenziari*, cit., §4.

[26] Il riferimento è ai numerosi contributi, a quattro mani, pubblicati in tema da Alessandro Albano e Francesco Picozzi: cfr. Id., *Considerazioni sui criteri di calcolo*, cit., 2014, 2672 ss.; Id., *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, in *Cass. Pen*., 2014, 2398 ss.; Id., *Non serve negare il "pluralismo interpretativo" in tema di superficie intramuraria*, in *www.personaedanno.it*, 2 gennaio 2015; Id., *Contrasti giurisprudenziali*, cit., 1 ss.; Id., *Buone nuove da Strasburgo: il CPT amplia i criteri sullo spazio vitale in carcere, ma l'Italia è già avanti*, in *www.personaedanno.it*, 24 gennaio 2016.

[27] Cfr. C. R. Piscitello-A. Albano-F. Picozzi, *Avvertenze per la lettura delle statistiche europee sul sovraffollamento delle carceri*, in *Cass. Pen*., 2015, 2144 ss.

Fare una legge, farla bene, farla presto: questo, è il secondo insegnamento della nostra parabola.

3. Tono costituzionale

La negazione del diritto del detenuto a uno spazio vitale incomprimibile stravolge la pena, trasformandola in autentica punizione corporale: il sovraffollamento carcerario, infatti, non è tanto mancanza di spazio, quanto piuttosto costrizione fisica all'interno di ambienti già saturi[28]. Nasce da qui la sua attitudine «a pregiudicare i connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale»[29]. Ecco il terzo insegnamento della nostra parabola: la presa di coscienza che il problema del sovraffollamento carcerario ha tono costituzionale.

È una consapevolezza a lungo mancata. Si vada a rileggere, ad esempio, l'intervento dell'Avvocatura dello Stato nel giudizio costituzionale definito dalla appena citata sentenza n. 279/2013: il sovraffollamento carcerario è derubricato a questione nata «per ragioni che nulla hanno di giuridico», mera «circostanza di fatto e transitoria», superabile «con una diversa disciplina amministrativa» dell'organizzazione penitenziaria. È un ritardo di cultura giuridica imputabile anche alla dottrina: se i penalisti hanno tradizionalmente anteposto per importanza lo studio dell'aspetto precettivo della norma a quello sanzionatorio[30], tendenzialmente noi costituzionalisti ce ne siamo addirittura disinteressati[31].

È stato un grave peccato di omissione, perché sono davvero tante le criticità costituzionali che prendono forma all'interno di istituti penitenziari *sold out*. Il catalogo è questo: [1] la scissione tra la dimensione deontica della pena (il suo fine rieducativo) e la sua dimensione ontica (il divieto di trattamenti inumani), in violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.[32]; [2] l'inevi-

---

[28] Similmente, A. Toscano, *La funzione della pena*, cit., 236; è così che «la convivenza, da opportunità di arricchimento reciproco, si trasforma in condizione di mutua ed insopportabile sofferenza e insofferenza» (*ivi*, 237).

[29] Corte costituzionale, sent. n. 279/2013 (sulla quale vedi, *infra*, nota 45).

[30] L'autocritica è in D. Pulitanò, *Il messaggio del Presidente Napolitano*, cit., 5.

[31] A tale accidia l'AIC ha posto rimedio con il Seminario di Roma, Casa circondariale di Rebibbia Nuovo Complesso, 28 maggio 2014, i cui atti sono ora pubblicati nel volume *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, a cura di M. Ruotolo, Napoli, 2014. Vedi anche il numero monografico della rivista *Costituzionalismo.it*, 2015, fasc. 2, dedicato al tema *I diritti dei detenuti,* aperto dall'editoriale di M. Ruotolo, *La detenzione e i diritti dei detenuti come tema costituzionalistico*.
Da tempo, ma isolatamente, sono stati segnalati anche gli intrecci tra esecuzione penale e diritto amministrativo: cfr. G. Nespoli, *Rilievi sulla funzione amministrativa nel rapporto di esecuzione penitenziaria*, in *Rass. Crim. e Penit.*, 1981, 35 ss.

[32] Secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, infatti, natura umanitaria e finalità rieducativa della pena – entrambe delineate nell'art. 27, comma 3, Cost. – si muovono all'interno di «un contesto unitario, non dissociabile», perché «un trattamento penale ispirato

tabile pregiudizio a diritti fondamentali del detenuto (salute, sicurezza, vita) derivante dall'insana coesistenza di troppi corpi prigionieri, accatastati come tronchi in una legnaia, in violazione degli artt. 2 e 32 Cost.[33]; [3] una detenzione inumana e degradante quale pena ulteriore e aggiuntiva a quella inflitta dal giudice, dunque priva di base legale e di titolo esecutivo, in deroga all'art. 25, comma 2, Cost.[34]; [4] la violazione strutturale e sistemica dell'art. 3 CEDU, come se un divieto inderogabile in Europa potesse essere travalicato quotidianamente nella realtà dei nostri istituti di pena, contro gli artt. 13, comma 4, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost.[35]; [5] la perdita di affidabilità

---

a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato» (sent. n. 279/2013: ma già prima le sentt. nn. 12/1966 e 376/1997).
Sui tradimenti del disegno costituzionale delle pene come originariamente concepito vedi, da ultimi, P. Faraguna, M. Gialuz, *Il carcere e la promessa tradita della Costituente*, in *il Mulino*, 2012, 993 ss.

33 Lo stato di emergenza nazionale dovuto al sovraffollamento carcerario è dichiarato (e reiterato più volte) proprio in ragione dei pregiudizi ai diritti fondamentali dei detenuti: cfr. d.P.C.M., 13 gennaio 2010 – il primo della serie – laddove riconosce che «la predetta situazione di criticità determina un grave rischio per la salute e l'incolumità dei soggetti detenuti presso gli istituti di pena», ravvisando perciò «la necessità di procedere in termini di somma urgenza […] al fine di assicurare la tutela della salute e la sicurezza dei detenuti».
La serietà del problema ha indotto ad occuparsene, con un apposito studio, lo stesso CNB: cfr. C. Piciotti, *«La salute "dentro le mura"»: commento al rapporto del Comitato nazionale per la bioetica sulla salute in carcere (27 settembre 2013)*, in *Studium Iuris*, 2014, 845 ss.

34 Il principio di legalità penale si specchia nel divieto di pene contrarie al senso di umanità, e viceversa: da qui l'esigenza che il reo non subisca una pena più grave di quella comminata. Esigenza, questa, contraddetta da una carcerazione che, se scontata in prigioni sovraffollate, si traduce in un "di più" di punizione legalmente ingiustificato: infatti, «non di pena legale si tratta, ma di trattamento inumano e degradante. Perché la pena detentiva in Italia, così come definita dalla legge e dal regolamento penitenziario, oltre che dalla Costituzione, è ben altra cosa» (V. Zagrebelsky, *Intervento,* in Atti del Convegno *La clemenza necessaria. Amnistia indulto e riforma della giustizia*, Roma, Sala Zuccari, Palazzo Giustiniani, 4 dicembre 2013, 11).
È quanto, in controluce, ammette la stessa Corte EDU, *Torreggiani* c. *Italia*, cit., §§78-79, laddove – nel giudicare ammissibili i ricorsi – riconosce che «le condizioni detentive in questione, tenuto conto anche della durata della carcerazione dei ricorrenti, abbiano sottoposto gli interessati ad una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente la detenzione». È l'assunto da cui muove una sensibile dottrina, fino a prefigurare nella detenzione patita in condizioni di sovraffollamento carcerario gli estremi del delitto di maltrattamenti, *ex* art. 572 c.p.: A. Gargani, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. Pen.*, 2011, 1259 ss.

35 È noto che il divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti *ex* art. 3 CEDU è assoluto e sottratto a ogni condizione, né é ammissibile una sua deroga *ex* art. 15 CEDU neppure in caso di pericolo per la sicurezza dello Stato, né (secondo costante giurisprudenza della Corte EDU) è suscettibile di bilanciamento con altri valori o obiettivi generali pur meritevoli di tutela da parte degli Stati parte. La sostanziale equivalenza tra la portata dell'art. 3

internazionale dell'Italia, specialmente in ambito UE e CEDU, sul versante di una collaborazione giudiziaria interdetta dalle condizioni inumane e degradanti delle nostre carceri, con conseguente violazione degli obblighi di cooperazione derivanti dagli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.[36]; [6] in apice, è in gioco lo stesso principio supremo della dignità personale, che va riconosciuta anche al più cattivo tra i cattivi, perché la dignità «non si acquista per meriti e non si perde per demeriti»[37].

Se puniamo qualcuno perché ha violato la legge, non possiamo – punendolo – violare la nostra Costituzione, la CEDU, l'ordinamento penitenziario e fin'anche il suo regolamento di esecuzione. Ma siamo in Italia. Siamo l'Italia. Dunque ciò che non è cosa da paese normale, è cosa normale nel nostro

---

CEDU e il divieto costituzionale *ex* art. 27, comma 3, di pene contrarie al senso di umanità è riconosciuto dalla Corte EDU, Grande Camera, *Saadi* c. *Italia*, 28 febbraio 2008 (ric. n. 37201/06).

[36] In ambito CEDU il problema si è posto quando, a causa dell'elevato rischio di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, alcune Corti inglesi hanno negato l'estradizione in Italia di soggetti condannati: cfr. V. Manca, *Ricadute della sentenza Torreggiani sulla scena internazionale: i giudici inglesi denunciano il rischio di trattamenti inumani e degradanti nelle carceri italiane*, in *DPC*, 7 ottobre 2014; A. Mangiaracina, *Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione*, ivi, 2 dicembre 2014, 3-5; sulla scia del rifiuto da parte del Regno Unito, vedi anche la riflessione comparata di C. Mancuso, *Uno sguardo "oltremanica": strategie di contrasto del sovraffollamento carcerario nel modello inglese*, ivi, 16 dicembre 2014. Con il progressivo superamento delle condizioni di sovraffollamento carcerario, il problema è venuto risolvendosi, come attesta il successivo diverso orientamento della magistratura svizzera: cfr. V. Manca, *Ricadute della sentenza Torreggiani: i giudici svizzeri concedono l'estradizione, valutando positivamente gli sforzi compiuti dal legislatore italiano per ridurre il sovraffollamento*, ivi, 4 novembre 2014.
In ambito UE, il problema si pone sul versante dell'esecuzione di mandati di arresto europei emessi dalle autorità giudiziarie italiane, dovendo lo Stato interpellato accertarsi che le condizioni detentive dello Stato emittente siano conformi (all'art. 3 CEDU e) all'art. 4 della Carta di Nizza che vieta pene o trattamenti inumani o degradanti (cfr. Corte di Giustizia UE, Grande Camera, 5 aprile 2016, *Aranyosi e Caldararu*, C-404/15 e C-659/15 PPU, annotata da F. Cancellaro, *La Corte di Giustizia si pronuncia sul rapporto tra mandato d'arresto europeo e condizioni di detenzione nello Stato emittente*, ivi, 18 aprile 2016; in tema, vedi anche L. Trucco, *Sovraffollamento e politica carceraria europea. Alcune prime notazioni*, in *www.dirittticomparati.it*, 11 dicembre 2014, 1 ss.), con il rischio di una possibile condanna dell'Italia per mancata attuazione di direttive nell'ambito della cooperazione politico-giudiziaria (come paventa R. Montaldo, *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani, gli esiti e l'effettività delle riforme*, in *Forum QC*, 3 febbraio 2016, 16-17).
Il problema dei diritti del detenuto come limite e obiettivo della cooperazione giudiziaria europea è fatto ora oggetto di ricostruzione sistematica da A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, 211 ss.

[37] G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Il senso della pena*, cit., 178. Sull'intersezione tra dignità del detenuto e volto costituzionale della pena vedi – con ampi svolgimenti e ricchi riferimenti bibliografici – M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, II ed., Napoli, 2014; A. Martufi, *Diritti dei detenuti*, cit., 55 ss.

paese: ecco perché è stato necessario un impulso *esterno* per recuperare una legalità smarrita da tempo. Non è bastata la sentenza *Sulejmanovic*, che pure ci ha svelati all'Europa bugiardi rispetto ai nostri obblighi, interni e sovranazionali[38]; abbiamo atteso la sentenza *Torreggiani*, che ci ha condannati come crudeli seriali, per decidere di correre ai ripari[39].

È stato così per il Quirinale che, pur sollecitato un anno prima, solo dopo la condanna-pilota ha esercitato il suo potere di messaggio alle Camere[40]. È

---

[38] Corte EDU, Sez. II, *Sulejmanovic* c. *Italia*, 16 luglio 2009, definitiva 16 luglio 2009, (ric. n. 22635/03). A commento della sentenza cfr., almeno, M. Bortolato, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani e degradanti (La Cedu condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti)*, in *Quest. Giust.*, 2009, 111 ss.; P. Comucci, D.F. Meddis, *Divieto di trattamenti inumani o degradanti e sovraffollamento*, in *Criminalia*, 2009, 449 ss.; L. Eusebi, *Ripensare le modalità della risposta ai reati. Traendo spunto da CEDU 19 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. Pen.*, 2009, 4938 ss.

[39] Corte EDU, Sez. II, *Torreggiani e altri* c. *Italia*, 8 gennaio 2013, definitiva 28 maggio 2013, (ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10). A commento della sentenza cfr., almeno, M. Alfieri, *Sovraffollamento carcerario e ultimatum di Strasburgo: l'Italia chiamata all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Rass. Penit. e Crim.*, 2013, n. 1, 83 ss.; P. Corvi, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 1794 ss.; M. Dova, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio,* ivi, 2013, 948 ss.; G. Forti, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Dir. Umani e Dir. Internaz.*, 2013, 237 ss.; M. Maffei, *Gli interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sovraffollamento penitenziario. Rimedi per una esecuzione conforme al dettato costituzionale*, in *Rass. Penit. e Crim.*, 2013, n. 1, 119 ss.; M. Pelissero, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *DPC*, 2013, 261 ss.; F. Romoli, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano e degradante*, in *Giur. It.*, 2013, 1188 ss.; G. Tamburino, *La sentenza Torreggiani ed altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. Pen.*, 2013, 11 ss.; A. Tamietti, M. Fiori, N. De Santis, F. Di Nicola, D. Ravalli, V. Ledri, *Note a margine*, cit., 49 ss.; F. Viganò, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *DPC*, 9 gennaio 2013, 1 ss.; C.M. Volino, *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, ivi, 26 marzo 2013, 1 ss.; P. Zicchittu, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quad. Cost.*, 2013, 161 ss.

[40] La lettera aperta al Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano (*«Una questione di prepotente urgenza» sempre più prepotentemente urgente)* affinché – esercitando il suo potere di messaggio alle camere – sollecitasse formalmente il Parlamento a dare risposte (anche clemenziali) alla drammatica condizione carceraria, è del giugno 2012 (la si può leggere in appendice al volume *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, Roma, 2012, 257 ss.). È del settembre 2012 l'incontro tra una delegazione dei firmatari di quella lettera e il Presidente Napolitano, nel corso del quale il Capo dello Stato motivò la sua riluttanza ad esercitare le proprie prerogative *ex* art. 87, comma 2, Cost. (cfr. F. Corleone e A. Pugiotto, *Non solo sovraffollamento carcerario*, in *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, Roma, 2013, 11-15). Dell'intera vicenda riferisce F. Lanchester, *Tra clemenza e giustizialismo: il moto oscillato-*

stato così per il Governo, che ha dichiarato lo stato di emergenza nazionale solo a seguito delle condanne a Strasburgo[41]. È stato così per il Parlamento, la cui aritmia riformatrice in materia ha seguìto, e non preceduto, i *dicta* della Corte EDU[42]. È stato così anche per la magistratura di sorveglianza: il tentativo dei giudici di Lecce e di Cuneo di percorrere la strada di una tutela risarcitoria (poi interdetta dalla Cassazione civile) è successivo alla sentenza *Sulejmanovic*[43]; così come l'incidente di costituzionalità sull'art. 147 c.p. promosso dai giudici di Venezia e Milano[44] (poi risolto dalla già citata pronuncia

---

rio, in *Quad. Cost.*, 2012, 861 ss.
Ci vorrà «il fatto di eccezionale rilievo costituito dal pronunciamento della Corte europea dei diritti dell'uomo» (*Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano sulla questione carceraria*, in *www.quirinale.it*, 8 ottobre 2013) nel caso *Torreggiani* e altri *c. Italia*, per indurre il Capo dello Stato, all'inizio del suo secondo mandato, a mutare atteggiamento. Peraltro già la citata lettera aperta – con facile previsione – paventava il rischio di una sentenza-pilota contro l'Italia in ragione di un sovraffollamento carcerario oramai strutturale e sistemico (se ne accorgono A. Albano, F. Picozzi, *Contrasti giurisprudenziali*, cit., 4, nota 19; M. Alfieri, *Sovraffollamento carcerario*, cit., 83 nota 1).

41 Il primo provvedimento del Presidente del Consiglio dei ministri, decretante lo stato di emergenza nazionale conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio, risale al 13 gennaio 2010 (vedi, *supra*, nota 33), all'indomani della sentenza *Sulejmanovic* c. *Italia*, cit.

42 L'antologia delle misure, legislative e organizzative, introdotte nell'ordinamento italiano si può leggere in Corte EDU, *Stella e altri* c. *Italia*, cit., §§1-9. I seguiti legislativi alle condanne italiane a Strasburgo per sovraffollamento carcerario sono ora ripercorsi da A. Guazzarotti, *Obbligo di rimediare alle violazioni della CEDU e logiche emergenziali*, in *DPCE*, 2015, 1053-1056. Per una valutazione a consuntivo cfr. E. Dolcini, *La "questione penitenziaria, nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 1655 ss.

43 Cfr. Mag. sorv. Cuneo, 12 gennaio 2010, in *Quest. Giust.*, 2010, n. 2, 184 ss., con nota di E. Renoldi, *I diritti del detenuto tra amministrazione penitenziaria e magistratura di sorveglianza*; Mag. sorv. Lecce, ord. 9 giugno 2011, in *Cass. Pen.*, 2012, 249 ss., con nota di A. Mari, *La tutela dei diritti dei detenuti*; Id., ord. 8 febbraio 2012, inedita (segnalata da A. Toscano, *La funzione della pena*, cit., 284 nota 86).
L'intervento nomofilattico che riconduce la tutela risarcitoria nell'ambito esclusivo della giurisdizione civile (sottraendola così alla magistratura di sorveglianza) è in Cass., Sez. I pen., 15-30 gennaio 2013, in *DPC,* 18 gennaio 2013, sulla quale vedi L. Cesaris, *Prassi giudiziarie e sovraffollamento*, in *Rass. Penit. e Crim.*, 2013, n. 1, 161-163; F. Viganò, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, in *DPC*, 20 febbraio 2013. L'eclissi del tentativo giurisprudenziale compiuto a Cuneo e Lecce è registrato anche in Corte EDU, *Torreggiani c. Italia*, cit., §§20-22.

44 Cfr. Trib. sorv. Venezia, ord. 18 febbraio 2013, n. 67 (in *G.U.*, I serie speciale, n. 16 del 2013); Trib. sorv. Milano, ord. 18 marzo 2013, n. 82 (in *G.U.*, I serie speciale, n. 18 del 2013), entrambe miranti a rendere possibile il differimento (facoltativo) della pena detentiva se la sua esecuzione è da scontarsi in condizioni di sovraffollamento carcerario.
A commento della prima vedi F. Della Casa, *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave "anti-overcrowding". La parola alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2013, 997 ss.; G. Dodaro, *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio* extra

n. 279/2013 della Consulta[45]) è successivo alla sentenza *Torreggiani*.

Post hoc, propter hoc. Le migliaia di ricorsi seriali presentati a Strasburgo, dunque, sono stati il *timer* innescato di una mina destinata a esplodere sotto il tavolo di uno Stato-apparato riluttante[46]. Eppure, prendendo sul serio il disegno costituzionale della pena, ciò che è vietato, prima ancora della violazione in atto, è già «il pericolo concreto che una sua lesione abbia elevate possibilità di concretizzarsi a causa delle condizioni generali degli istituti

---

ordinem *contro le violazioni dell'art. 3 CEDU*, in *Quad. Cost.*, 2013, 428 ss.; F. Machina Grifeo, *Carceri sovraffollate: Venezia chiede il rinvio della pena. Avvocati, nuova strada per i diritti*, in *Guida al Diritto*, 19 febbraio 2013; R. Orlandi, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2013, 424 ss.; F. Viganò, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*, in *DPC*, 20 febbraio 2013. A commento dell'ordinanza milanese vedi A. Della Bella, *Sollevata ancora questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p.: il Tribunale di sorveglianza di Milano segue la strada imboccata dal Tribunale di sorveglianza di Venezia per rispondere al problema del sovraffollamento carcerario*, in *DPC*, 28 marzo 2013.

[45] Ampiamente commentata in dottrina: G. Leo, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in *DPC*, 25 novembre 2013; A. Della Bella, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, ivi, 19 dicembre 2013; F. Della Casa, *Il monito della Consulta circa il «rimedio estremo» della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, in *Giur. Cost.*, 2013, 4533 ss.; A. Pugiotto, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)*, ivi, 4542 ss.; M. Ruotolo, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, ivi, 4549 ss.; R. Basile, *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale (sent. n. 279/2013)*, in *Consulta on line*, 2013; A. Ruggeri, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, ivi; G. Sorrenti, *La densità delle carceri: dalle condanne della Corte EDU alla decisione della Corte costituzionale, fino al "seguito" legislativo interno*, ivi; A. Macchia, *Il problema del sovraffollamento nelle carceri: ovvero, aspettando Godot. Note minime attorno alla sentenza della Corte costituzionale n. 279 del 2013*, in *Rass. Penit. e Crim.*, 2013, n. 2, 221 ss.; E. Malfatti, *"Oltre le apparenze": Corte costituzionale e Corte di Strasburgo "sintoniche" sull'(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere*, in *Forum QC*, 16 dicembre 2013; C. Nardocci, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 279 del 2013*, in *Rivista AIC*, 21 marzo 2014; L. Uccello Barretta, *Il sovraffollamento carcerario tra protezione dei diritti fondamentali e discrezionalità legislativa (nota a Corte cost. n. 279/2013)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, marzo 2014; L. Goisis, *Corte costituzionale e overcrowding penitenziario*, in *Studium Iuris*, 2014, 994 ss.; E. Frontoni, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 30 aprile 2014.

[46] Di un attivismo frutto («non di un pensiero politico di civiltà», bensì) dell'«effetto "deterrente" di un *diktat* della Corte europea presidiato da conseguenze stringenti per lo Stato», parla C. Mazzucato, *Sovraffollamento carcerario*, cit., 473.

penitenziari»[47].

Da questa dinamica ricavo il quarto insegnamento della parabola: rientriamo nella legalità sempre fuori tempo massimo, quando oramai la regola ha ceduto il posto a un'emergenza quotidiana, fattasi illegittima regolarità[48].

4. Fallacia normativistica

Sia come sia, ora è il Consiglio d'Europa a promuoverci a pieni voti. Abbiamo fatto diligentemente i compiti a casa. Ne siamo proprio sicuri?

Che cosa ci chiedeva la sentenza *Torreggiani*? Cito testualmente: «Le autorità nazionali devono creare senza indugio […] una combinazione di *ricorsi* che abbiano effetti *preventivi* e *compensativi* e che garantiscano realmente una riparazione *effettiva* delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in Italia» (§99).

Ora, che tali rimedi siano stati introdotti è fuori discussione. Viceversa, che i relativi artt. 35-*bis* e 35-*ter* o.p. veicolino rimedi giurisdizionali effettivi è affermazione – alla lettera – discutibile. L'effettività di un rimedio, secondo i parametri europei, dipende dalla sua accessibilità, tempestività, idoneità al fine: tutti requisiti da misurarsi in relazione (non all'astratta previsione normativa, bensì) alla sua concreta applicazione giurisprudenziale[49]. Mi (e vi) domando: qualcuno, seriamente, ritiene conformi a simili parametri i rimedi

---

[47] A. Toscano, *La funzione della pena*, cit., 281. Negli istituti di pena del nostro Paese siamo andati ben oltre: come è noto, la Corte EDU con la sentenza *Torreggiani* c. *Italia*, cit., §87-89, accerta «il carattere strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario in Italia» che «trae origine da un problema sistemico risultante da un malfunzionamento cronico proprio del sistema penitenziario italiano, che ha interessato e può interessare ancora in futuro numerose persone».
In tali condizioni, benché «nella lunga storia del penitenziario, il ricorso a parole come *crisi* o *emergenza* non costituisce una novità» (P. Ciardello, *Rispetto dei diritti umani in carcere. Dalle mele marce ai cattivi cestini*, in *Quest. Giust.*, 2012, n. 4, 27) appare addirittura etimologicamente improprio parlare di un'*emergenza* carceraria (come concordemente osservano E. Sommario, *Il sovraffollamento delle carceri italiane e gli organi internazionali per il rispetto dei diritti umani*, in *Quest. Giust.*, 2012, n. 5, 33; O. Mazza, *Dalla sentenza Torreggiani alla riforma del sistema penale*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 2, 1).

[48] È esattamente questa la prospettiva da cui guarda (anche) al problema del sovraffollamento carcerario S. Penasa, *Quando l'eccezione diventa regola(rità): garanzie costituzionali negli spazi di restrizione della libertà personale. Carceri e C.I.E.*, in *L'eccezione nel diritto*, a cura di S. Bonini, L. Busatta, I. Marchi, Napoli, 2015, 141 ss.

[49] Il concetto di tutela giurisdizionale effettiva va inteso «non solo come possibilità di reclamare una decisione afflittiva dell'Amministrazione penitenziaria in conformità all'art. 6 CEDU, ma anche di ottenere un'effettiva tutela risarcitoria per gli inumani trattamenti subiti in sede di esecuzione della pena, in applicazione dell'art. 13 letto in connessione con l'art. 3 CEDU» (così, sulla scia della giurisprudenza di Strasburgo, P. Gori, *Art. 3 CEDU e risarcimento da inumana detenzione*, in *Quest. Giust.*, 2 ottobre 2014, 7 e note 32 e 33).

ora introdotti in Italia? Personalmente ne dubito[50].

Quanto al rimedio preventivo[51], la relativa procedura è troppo lunga per garantire il suo scopo: il magistrato di sorveglianza non ha un termine perentorio entro cui decidere; non ha il potere di attuare il provvedimento, neppure in via cautelare; la sua decisione è impugnabile in Cassazione; divenuta definitiva, in caso di inerzia dell'amministrazione penitenziaria, è necessario attivare un procedimento di ottemperanza affidata a un commissario *ad acta*. Calendario alla mano, è una filiera lunga e defatigante, quando invece per l'efficacia di un rimedio preventivo i tempi della decisione sono essenziali. Né va dimenticato che la possibilità di dare realmente seguito all'ordine impartito dal giudice all'amministrazione del carcere è una variabile dipendente dalla condizione complessiva del sistema penitenziario: se nuovamente sovraffollato, quel provvedimento resterà sulla carta.

Quanto al rimedio compensativo[52], la giurisprudenza naviga a vista in

---

[50] Non sono il solo: cfr. F. Fiorentin, *Risarcimento per l'inumana detenzione: bilancio a un anno dall'introduzione dei "rimedi compensativi" di matrice europea*, in *Studium Iuris*, 2016, 267.; G. Giostra, *Un pregiudizio "grave e attuale"? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35*-ter *ord. penit*, in *DPC*, 24 gennaio 2015, 6; D. Verrina, *L'orizzonte delle interpretazioni,* cit., 5; Uff. Mass. Corte Cass., *I nuovi rimedi risarcitori previsti dall'art. 35* ter *ord. penit. nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito*, in *DPC*, 7 maggio 2015, 5 e 24.

[51] Cfr. A. Della Bella, *Emergenza carcere e sistema penale*, Torino, 2014, 137 ss.; A. Martufi, *La Corte EDU dichiara irricevibili*, cit., §9; S. Romice, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati. A proposito del reclamo giurisdizionale* ex *art. 35*-bis *o.p.*, in *DPC*, 14 aprile 2016, e – prima ancora – F. Fiorentin, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane. Note in attesa di un intervento riformatore in linea con la prospettiva delineata dalla Corte EDU con la sentenza Torreggiani e al. c. Italia*, ivi, 25 febbraio 2013, 1 ss.

[52] All'interno di una bibliografia obesa e connotata da una babele di orientamenti interpretativi, si vedano almeno – anche per le opportune esemplificazioni giurisprudenziali - i saggi di R. Braccialini, *Art. 35* ter.*3 Ordinamento Penitenziario; risarcimento o tassa fissa?*, in *Quest. Giust.*, 11 marzo 2015; A. Della Bella, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *DPC*, 13 ottobre 2014; F. Fiorentin, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, ivi, 6 novembre 2014, 1 ss.; Id., *"Rimedi compensativi" per l'inumana detenzione: l'attualità del pregiudizio non è (probabilmente) rilevante per il risarcimento*, in *Cass. Pen.*, 2016, 692 ss.; Id., *Risarcimento per l'inumana detenzione*, cit., 266 ss.; G. Giostra, *Un pregiudizio "grave e attuale"?*, cit., 1 ss.; P. Gori, *Art. 3 CEDU e risarcimento*, cit., 4 ss.; G. Malavasi, *Nota a commento alle ordinanze dell'ufficio di sorveglianza di Bologna in ordine alla concessione del rimedio di cui all'art. 35*-ter *o.p.*, in *DPC*, 20 novembre 2014; A. Mangiaracina, *Italia e sovraffollamento carcerario*, cit., 24 ss.; C. Masieri, *La natura dei rimedi di cui all'art. 35*-ter *ord. pen. Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito*, in *DPC*, 22 luglio 2015; E. Santoro, *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda. Pedanti osservazioni sulla competenza dei magistrati di sorveglianza a riconoscere l'indennizzo* ex *art. 35*-ter *per la detenzione inumana e degradante*, ivi, 22 gennaio 2015; Uff. Mass. Corte Cass., *I nuovi rimedi risarcitori*, cit., 1 ss. D. Verrina, *L'orizzonte delle interpretazioni*, cit., 1 ss.

un «ginepraio interpretativo»[53] di cui il primo colpevole è, senza dubbio, un legislatore frettoloso e approssimativo. A fare problema non è solo la delimitazione delle situazioni integranti il pregiudizio dell'art. 3 CEDU. C'è molto altro. L'incerta natura della responsabilità dell'amministrazione penitenziaria (contrattuale? Aquiliana? Da contatto sociale?) trascina con sé – come il camion con il rimorchio – dubbi applicativi circa il termine di prescrizione, l'onere della prova, la cumulabilità del rimedio compensativo con l'ordinaria azione risarcitoria. Dubbio è se il pregiudizio debba essere ancora in corso o meno e, nel primo caso, se debba sussistere all'atto del reclamo o della decisione. Incerta è addirittura l'area soggettiva di applicazione dell'inedito rimedio, con riferimento agli internati, agli ammessi a misure alternative, agli ergastolani, ai detenuti per titolo esecutivo diverso da quello nel cui periodo ricade il pregiudizio sofferto. Infine, quanto al prezzo basso e fisso della vergogna (8 euro per ogni giorno di detenzione disumana) dubbia è la sua stessa compatibilità con la CEDU per l'inderogabilità del suo art. 3.

Non sorprende, dunque, che i dati statistici ad oggi disponibili (elaborati dal DAP[54] o, autonomamente, dall'UCPI[55]) rivelino una sostanziale ineffettività dei due nuovi rimedi. Entrambi offrono, al più, una garanzia intermittente: qui ma non là, talvolta ma non sempre, per alcuni ma non per tutti.

Della nostra parabola questo è il quinto insegnamento, che riassumo con un termine della filosofia scolastica: fallàcia normativistica[56]. È l'idea errata che una prescrizione giuridica basti a sé stessa, che una previsione normativa sia capace per sé sola di modellare la realtà a sua immagine e somiglianza. Così non è. Per meglio dire: così non è *mai,* specie dietro le sbarre.

5. Nulla è falso ma tutto è finto

Tutto ciò era ben noto agli organi del Consiglio d'Europa chiamati a giudicare l'Italia: perché denunciato alla Camera dei deputati da interrogazioni parlamentari[57]; perché documentato nelle memorie prodotte davanti al Co-

---

[53] L'espressione è di F. Fiorentin, *I nuovi rimedi risarcitori*, cit., 2.

[54] Cfr. *Indagine sulle istanze presentate ai sensi dell'art. 35*-ter *o.p. – Novembre 2014,* curata dal Ministero di Giustizia – Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria del personale e dei servizi – Direzione generale di statistica, in *Proc. Pen. e Giust.*, 2015, n. 3, 150 ss. A commento di tali dati vedi F. Fiorentin, *Risarcimento per l'inumana detenzione*, cit., 267-268.

[55] Cfr. *Indagine elaborata dall'UCPI aggiornata al 27 novembre 2014*, i cui dati sono scomposti e analizzati nella memoria depositata davanti al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa da Radicali Italiani (vedi, *infra,* nota 58).

[56] Come già, in analogo contesto problematico, S. Anastasia, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Roma, 2012, 104.

[57] Cfr. interrogazione a risposta scritta del 14 ottobre 2014, Giachetti, A.C. n. 4/06396, rivolta al Presidente del Consiglio e al Ministro della Giustizia (il cui *iter* è ancora in corso); interrogazione a risposta scritta in Commissione II (Giustizia) del 27 novembre 2014, Romano,

mitato dei Ministri[58]; perché segnalato da un'accorata lettera-appello rivolta pubblicamente al Guardasigilli dal Coordinamento nazionale Magistrati di Sorveglianza, che formula l'esatta previsione secondo cui – cito testualmente – «sarà molto esiguo il numero dei casi decisi e risolti secondo gli *standard* prescritti dalla giustizia europea in termini di effettività, rapidità ed efficacia dei rimedi accordati»[59]. Come mai, allora, siamo stati promossi a Strasburgo? Ipotizzo due spiegazioni, eterodosse ma non ingenue.

Quanto ai giudici di Strasburgo, ricordo che la base normativa della sentenza *Torreggiani* (non è l'art. 3 CEDU violato, bensì) l'art. 46 CEDU, che attesta l'incapacità dell'Italia di dare esecuzione ai giudicati di condanna che la riguardano. Ora, se i *dicta* della Corte sono interdetti da un impedimento strutturale, copiosi e seriali saranno i ricorsi siamesi a Strasburgo[60]. È ciò che i giudici europei hanno inteso evitare: trasformarsi in un'intasata Corte di ultima istanza per un paese – il nostro – incapace di proteggere internamente i diritti dei detenuti[61]. Meglio, allora, accontentarsi di quanto fatto dall'Italia, senza troppo sottilizzare sull'effettività dei nuovi rimedi, *solo presunta* e non realmente verificata[62].

A.C. n. 5/04036, rivolta al Ministro della Giustizia (per la risposta governativa vedi, *infra,* note 62 e 86).

58 Cfr. Radicali Italiani, *Caso Torreggiani e altri contro Italia (No. 43517/09 – sentenza Corte EDU 8 gennaio 2013)*, datata 5 maggio 2015; L'altro diritto ONLUS, *Memoria al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla sentenza Torreggiani e altri contro Italia (ricorso n. 43517/09)*, s.d.
Del tutto differente è la lettura che il Governo ha prospettato al Comitato dei Ministri circa l'effettività del rimedio compensativo alla luce dei dati relativi ai contenziosi *ex* art. 35-*ter* o.p.: cfr. DAP, Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento, Servizio Reclami Giurisdizionali, *Seguito statistiche reclami giurisdizionali* ex *art. 35*-ter *o.p. – considerazioni per Comitato dei Ministri*, 15 ottobre 2015, prot. n. 001126.

59 Cfr. Conams, *Lettera del Comitato Esecutivo al Ministro Orlando*, 13 novembre 2014, in *www.conams.it*.

60 È questa la spinta alla creazione pretoria delle cc.dd. sentenze-pilota, la cui *ratio* è (anche) «ridurre i ricorsi dinanzi alla Corte, in particolare quelli che sono originati dallo stesso problema sistemico» (M. Abbagnale, *Il caso Torreggiani e altri c. Italia*, in *Forum QC*, 13 giugno 2014, 8). In tema, per opportuni approfondimenti sullo strumento decisorio in esame, cfr. F. M. Palombino, *La «procedura della sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2008, fasc. 1, 91-110.

61 Ufficialmente, l'incremento di ricorsi seriali alla Corte EDU è identificato come fattore di rallentamento del suo controllo e, perciò, pregiudizievole per l'effettività dei diritti riconosciuti e garantiti dalla CEDU. In controluce, tuttavia, incentivando l'introduzione di rimedi preventivi e compensativi cui è chiamata l'Italia, la Corte EDU «vuole semplificare il suo stesso compito» mirando alla cessazione di un altrimenti ingente contenzioso (C.M. Volino, *La protezione diretta e indiretta*, cit., 6). In altre parole, dietro l'invocato principio di effettività della tutela giurisdizionale (da garantire attraverso adeguati ricorsi interni) non è estranea la volontà di sgravare la Corte EDU dal peso del contenzioso che l'affligge (cfr. O. Mazza, *Dalla sentenza Torreggiani*, cit., 3).

62 Cfr. Corte EDU, *Stella e altri* c. *Italia*, cit., §34 («la Corte ritiene di non disporre di alcun elemento che le permetta di affermare che i ricorsi in questione non presentano, in linea

Si spiegano così alcune opzioni processuali della Corte EDU – se non inedite, certamente infrequenti – orientate a favorire tale esito. Penso, in particolare, alla sorte degli oltre 3.500 ricorsi pendenti a Strasburgo, dapprima sospesi con la sentenza *Torreggiani*, poi dichiarati irricevibili con le sentenze *Stella* e *Rexephi* per mancato esperimento dei nuovi rimedi nel frattempo introdotti in Italia. Eppure, giuridicamente, non era una scelta obbligata congelarli in blocco, sacrificando così sull'altare della procedura-pilota la garanzia dei diritti individuali violati[63]. Così come ha rappresentato un'anomalia valutare il previo esaurimento delle vie di ricorso interno alla luce del quadro normativo nazionale *sopravvenuto* e non – come di regola – vigente alla presentazione dei ricorsi[64], decretando per tutti una sorta di «irricevibilità

---

di principio, prospettive di riparazione adeguata delle doglianze sollevate relativamente all'art. 3 della Convenzione»).
E così – in un emblematico rovesciamento di ruoli – è il Governo italiano a scudarsi dietro il giudizio prognostico favorevole della Corte EDU, replicando ad una mirata interrogazione parlamentare in tema: «la Corte ha conseguentemente ritenuto che l'Italia possieda ormai un sistema di diritto interno in grado di porre rimedio – preventivamente o, se del caso, compensativamente – alle situazioni» lesive del divieto di pene o trattamenti inumani e degradanti; «nel rigettare i ricorsi, la Corte EDU ha, pertanto, ritenuto come il nuovo articolato dei ricorsi interni sia adeguato alla riparazione della violazione di cui all'art. 3 della Convenzione, con onere per gli interessati di esperire i rimedi previsti dal d.l. n. 92 del 2014, approvato con la l. n. 117 del 2014» (risposta scritta del 27 novembre 2014 all'interrogazione A.C. n. 5/04036, Romano, cit.).

63 Il regolamento di procedura adottato dalla Corte EDU il 21 febbraio 2011, codificando il concetto di causa pilota (art. 61), prevede la *possibilità* di sospendere la trattazione di ricorsi simili nel termine concesso per la rimozione delle violazioni accertate. Né la sospensione dei ricorsi pendenti in materia di sovraffollamento carcerario «rappresenta una costante dell'arresto-pilota» (C.M. Volino, *La protezione diretta e indiretta*, cit., 6, che rammenta la sentenza-pilota della Corte EDU, *Ananyev e altri* c. *Russia*, 10 gennaio 2012, cui *adde* le successive sentenze-pilota nei già citati casi *Neshkov e altri* c. *Bulgaria*, e *Varga e altri* c. *Ungheria*: vedi, *supra*, nota 3).
La finalità deflattiva della sospensione delle richieste risarcitorie già presentate e non ancora comunicate al Governo non può rappresentare, agli occhi della Corte di Strasburgo, la stella polare. Per un verso, la «eventualità che una simile clausola operi in modo indiscriminato rischierebbe di inficiare pericolosamente l'effettiva salvaguardia di un diritto fondamentale protetto in modo assoluto dalla Convenzione» (P. Zicchittu, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani*, cit., 163). Per altro verso, si finirebbe per anteporre le (future) misure generali interne alle (immediate) misure individuali – nella forma della *restituito in integrum* – a favore dei ricorrenti, alterando così la vocazione originaria della Corte EDU «chiamata ad assicurare, come essa ripete, diritti "concreti ed effettivi"» (V. Zagrebelsky, *Allargare l'area dei diritti fondamentali non obbliga a banalizzarli*, in *Quest. Giust.*, 2015, n. 1, 39). Da ultimo, la scelta di non sospendere i ricorsi pendenti spinge lo Stato parte ad una più rapida conformazione alla sentenza-pilota, evitando altresì una discriminazione processuale a danno dei ricorrenti, costretti altrimenti ad esperire un rimedio interno originariamente non previsto (D. Ranalli, *Recenti interventi*, cit., 168).

64 Scelta doppiamente anomala, se solo si considera che, quando è in gioco il divieto assoluto e inderogabile dell'art. 3 CEDU, la Corte di Strasburgo opta per un'interpretazione meno

postuma»[65], nel contempo invadendo un'area di competenza che non appartiene alla Corte EDU[66].

Quanto alla promozione espressa dal Comitato dei Ministri, la sua accondiscendenza trova – a mio avviso – una spiegazione squisitamente politica. Non è solo l'Italia, infatti, ad essere stata condannata per un sovraffollamento carcerario strutturale e sistemico: sentenze-pilota sono state pronunciate anche contro Polonia, Russia, Belgio, Ungheria, Bulgaria[67]. L'ultimo rapporto SPACE I segnala che i paesi *borderline* rispetto agli standard europei in materia, sono ancora più numerosi, includendo anche Lettonia, Slovacchia, Azerbaijan, Bosnia[68].

Comune è il problema, comune è l'interesse politico a uscirne fuori, perché chi giudica oggi sarà giudicato domani per quanto fatto, non fatto, mal fatto. Tutto ciò si traduce in una solidarietà tra Stati europei in sede di esecuzione delle sentenze da parte del Comitato dei Ministri, che di essi è espressione: lo scrutinio a maglie larghe per l'Italia è un precedente che, domani, potrà tornare utile ad altro paese osservato speciale in ragione del proprio sovraffollamento carcerario[69].

Da questa lettura disincantata traggo il sesto insegnamento della nostra parabola: nella valutazione compiuta in seno al Consiglio d'Europa che ha archiviato il "caso Italia" nulla è falso ma tutto è finto, non diversamente dalle quinte di un teatro.

---

rigorosa del requisito preliminare del previo esaurimento delle vie di ricorso interno (cfr. M. Montagna, *Art. 3 CEDU e sovraffollamento carcerario. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il caso dell'Italia*, in *federalismi.it*, 17 maggio 2013, 8).
Nel caso di specie, neppure il governo italiano aveva osato argomentare in tal senso, limitandosi a contestare il mancato esperimento del reclamo *ex* artt. 69 e 35 o.p. «vigente all'epoca in cui sono stati presentati i ricorsi» (Corte EDU, *Stella e altri* c. *Italia,* cit., §5). Peraltro, sono gli stessi giudici di Strasburgo a riconoscere, espressamente, la natura eccezionale (ancorché non priva di precedenti) della scelta processuale compiuta (ivi, § 10).

65 L'espressione è di F. Fiorentin, *Strasburgo approva le riforme attuate dall'Italia*, cit., 98.

66 Vigilare sull'esecuzione di una sentenza-pilota, valutando la congruità delle misure generali adottate dallo Stato convenuto nel proprio ordinamento giuridico interno allo scopo di porre termine alla violazione strutturale accertata e di eliminarne, per quanto possibile, le conseguenze è, infatti, competenza del Comitato dei Ministri, *non* della Corte EDU.

67 Cfr. Corte EDU, *Orchowski* c. *Polonia*, 22 ottobre 2009; Id., *Ananyev e altri* c. *Russia*, cit.; Id., *Vasilescu* c. *Belgio*, 25 novembre 2014; Id., *Varga* c. *Ungheria*, cit.; Id, *Neshkov e altri* c. *Bulgaria*, cit.

68 Cfr. DAP, Ufficio Studi Ricerche Legislazione e Rapporti Internazionali, *Scheda sulla capienza degli istituti penitenziari*, cit., §3.

69 Non diversamente, di «solidarietà» tra gli Stati europei in tema ragiona V. Zagrebelsky, *Allargare l'area dei diritti*, cit., 40, spiegando così la scelta della Corte EDU di rendere monetizzabile il ristoro alla lesione dell'art. 3 CEDU, banalizzandone la natura di divieto assoluto e inderogabile a presidio di un diritto fondamentale.

6. Tabù demagogico

Vado a concludere, formulando gli ultimi insegnamenti di tutta questa vicenda nello spazio di un paio di telegrammi.

Il primo comandamento espresso dalla sentenza *Torreggiani* era di interrompere tempestivamente la violazione in atto dell'art. 3 CEDU. A tal fine, i rimedi ora introdotti si stanno rivelando strumenti «minimi» se non addirittura «minimali»[70]. Il solo strumento adatto allo scopo – perché immediatamente operativo, flessibile nel suo perimetro di applicazione, congruo nel suo stimato effetto deflattivo[71], coerente con gli indirizzi privilegiati della Corte EDU[72] – sarebbe stata una legge di clemenza generale. L'hanno richiesta, motivatamente, il Presidente della Repubblica[73], la Corte costituzionale[74], il vertice dell'Amministrazione penitenziaria[75],

---

[70] Entrambe le citazioni sono di F. Fiorentin, *Risarcimento per l'inumana detenzione*, cit., 1.

[71] Interpellato al fine di poter valutare gli eventuali effetti deflattivi di un provvedimento di indulto triennale, il Ministro della Giustizia aveva rilevato che «a fronte dei 38.625 condannati 9.598 hanno pena residua inferiore ad un anno, 7.735 tra uno e due anni e 5.689 da due a tre anni. Complessivamente sono quindi 23.022 quelli che devono scontare una pena residua inferiore ai tre anni» (A.C., Commissione II (Giustizia), 28 novembre 2013, *Relazione sulle tematiche oggetto del messaggio del Presidente della Repubblica trasmesso alle Camere il 7 ottobre 2013*, p. 62).

[72] La retorica dominante, contraria a misure di clemenza generale, impedisce di vedere come un provvedimento deflattivo di indulto corrisponda agli indirizzi privilegiati della Corte EDU, che manifesta – accanto alla preferenza per rimedi preventivi rispetto a quelli risarcitori – non solo l'inadeguatezza del ristoro monetario rispetto alla lesione del bene tutelato dall'art. 3 CEDU ma, soprattutto, la necessità di impedire il protrarsi della violazione in corso e di una sua rapida interruzione (cfr. D. Ranalli, *Recenti interventi*, cit., 163-164).

È una consapevolezza che, invece, non manca nel *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica,* cit.: laddove afferma che per la Corte EDU «la migliore riparazione possibile è la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti» (p. 2); laddove ribadisce che «la cessazione degli effetti lesivi si ha, innanzitutto, con il porre termine alla lesione del diritto», da cui deriva «il dovere urgente di fare cessare il sovraffollamento carcerario rilevato dalla Corte di Strasburgo, più ancora che di procedere a un ricorso interno idoneo ad offrire un ristoro per le condizioni di sovraffollamento già patite dal detenuto» (pp. 2-3); laddove sottopone all'attenzione del Parlamento «l'inderogabile necessità di porre fine, senza indugio, a uno stato di cose che ci rende tutti corresponsabili delle violazioni contestate all'Italia dalla Corte di Strasburgo» (p. 4).

[73] Cfr. *Messaggio alle Camere*, cit., pp. 7-8.

[74] «Un intervento combinato sui sistemi penale, processuale e dell'ordinamento penitenziario richiede del tempo mentre l'attuale situazione non può protrarsi ulteriormente e fa apparire necessaria la sollecita introduzione di misure specificamente mirate a farla cessare» (sentenza n. 279/2013, §6 del considerato in diritto).

[75] Interrogato circa la necessità di un provvedimento di clemenza generale, l'allora Capo del DAP Giovanni Tamburrino risponde così: «certamente occorre un intervento che possa comportare l'uscita di alcune migliaia di detenuti perché i rimedi che stiamo attuando non sono immediati, ma realisticamente daranno frutto nel giro di uno o due anni, non

finanche il Papa[76].

Non è bastato. La clemenza si è confermata parola di cui non si può né si deve parlare, «un tabù demagogico»[77]. Eppure, amnistia e indulto «figurano non in un esoterico diritto consuetudinario, ad arbitrio del sovrano, ma tra gli strumenti di politica criminale che la Costituzione repubblicana mette a disposizione del legislatore»[78].

Traggo da qui il settimo insegnamento della parabola: la necessità di riformare il mal riformato art. 79 Cost., che oppone «così rilevanti ostacoli»[79]

---

prima. Ma l'Europa ci impone un termine più stretto per metterci in regola» (intervista di L. Milella, *"Un provvedimento di clemenza non riguarderebbe i corruttori"*, ne *la Repubblica*, 10 ottobre 2013).

[76] Cfr. *Lettera del Santo Padre Francesco con la quale si concede l'indulgenza in occasione del Giubileo straordinario della Misericordia,* 1° settembre 2015, sulle reazioni alla quale vedi, volendo, A. Pugiotto, *Amnistia, decalogo del rifiuto alla richiesta del Papa*, ne *il Manifesto*, 9 settembre 2015.
L'appello alle autorità statali a considerare possibile un provvedimento di clemenza a favore dei detenuti, è rinnovato nel *Messaggio del Santo Padre Francesco per la celebrazione della 49.ma Giornata Mondiale della Pace (1° gennaio 2016)*, 15 dicembre 2015, sul quale cfr. A. Gualtieri, *Il Papa chiede l'amnistia per i detenuti e mette in guardia sul carcere preventivo*, in *la Repubblica*, 16 dicembre 2015; C. Cerasa, *L'amnistia del Papa, silenzio (non) strano*, ne *il Foglio*, 17 dicembre 2015; L. Manconi, *"Amnistia". le parole censurate di Papa Francesco,* ne *il Manifesto*, 23 dicembre 2015; oltre all'intervento del Ministro della Giustizia A. Orlando, *Aprire laiche vie di misericordia, anche in carcere*, in *Avvenire*, 18 dicembre 2015.

[77] G. Ferrara, *Napolitano, l'amnistia e la battaglia contro il prepotere della magistratura politicizzata*, ne *il Foglio*, 9 ottobre 2013.
Altrove, ho già ricostruito (criticamente) le ragioni addotte alla Camera dei deputati contro il ricorso a una legge di amnistia e di indulto durante la discussione della relazione della Commissione II (Giustizia) sulle tematiche oggetto del Messaggio del Presidente della Repubblica sulla questione carceraria: cfr. A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Il senso della pena*, cit., 37-38.

[78] Così l'allora Ministro della Giustizia A. M. Cancellieri, *Intervento*, in Atti del Convegno *La clemenza necessaria*, cit., 31. Ivi, alle pp. 29-30, vedi anche le (condivisibili) considerazioni del Ministro contro la falsa rappresentazione di una (presunta) alternativa tra riforme strutturali e clemenza.
A un'efficace e documentata decostruzione complessiva della narrazione dominante delle misure di clemenza generale, a partire dalla vicenda esemplare dell'ultimo provvedimento di indulto (l. n. 241 del 2006), molto si sono dedicati – con contributi scritti a quattro mani – Luigi Manconi e Giovanni Torrente: Id., *Populismo penale e panico morale: il caso del provvedimento di indulto*, in *Dem. Dir.*, 2014, n. 3, 49 ss.; Id., *Clemenza e recidiva: il caso del provvedimento di indulto del 2006*, in *Rass. It. Sociologia*, 2013, 539 ss.; Id., *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Roma, 2015, 19-76.

[79] Così la *Dichiarazione del Presidente Napolitano sul tema della giustizia e della situazione carceraria,* 27 settembre 2012 (in *www.quirinale.it*). Ostacoli non solo procedurali (dovuti alle maggioranze dolomitiche richieste, articolo per articolo e in votazione finale) ma anche politici: «basta che un partito si sfili, candidandosi a usare in modo strumentale il suo rifiuto presso un'opinione pubblica allarmata dal rischio di veder rimessi per strada delinquenti comuni, per bloccare qualsiasi iniziativa in tal senso» (M. Sorgi, *La spinta del*

alla possibile approvazione di una legge di amnistia e indulto[80]. Oppure, sdrammatizzare il problema attraverso l'introduzione legislativa di una sorta di meccanismo automatico, capace d'impedire il periodico rinnovarsi dell'emergenza carceraria: basterebbe utilizzare la capienza massima complessiva degli istituti di pena come "numero chiuso", così da destinare agli arresti domiciliari o a misure alternative alla detenzione chi, in sovrappiù rispetto a tale soglia, deve scontare una pena temporalmente contenuta[81].

7. Deludente giurisprudenza

L'altro telegramma è idealmente indirizzato alla magistratura. Alcune delle cause del sovraffollamento carcerario derivano dalle sue prassi: l'abuso della custodia cautelare, la lunghezza delle pene inflitte, il ridotto ricorso alle misure alternative, il declino della liberazione condizionale[82]. Alcune delle

---

Quirinale alla politica, ne *la Stampa*, 9 ottobre 2013).

[80] Magari secondo le linee guida prospettate dal Tavolo 16 degli Stati generali sull'esecuzione penale: cfr. R. Polidoro, *Trattamento. Ostacoli normativi alla individualizzazione del trattamento rieducativo*, in *Gli Stati generali dell'esecuzione penale visti dall'Osservatorio Carcere dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, prefazioni di A. Orlando, G. Giostra, B. Migliucci, Pisa, 2016, 90-91. L'ipotesi di riforma recepisce quanto a suo tempo proposto da chi scrive, all'interno di una riflessione complessiva sul rinnovato statuto costituzionale degli istituti di clemenza, individuale e collettiva: cfr. A. Pugiotto, *Dopo l'indulto del 2006: tornare a riformare l'art. 79 della Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 2007, 285 ss.; Id., *Dopo la sentenza n. 200/2006: un nuovo statuto per gli atti di clemenza*, ivi, 2007, 769 ss.

[81] Cfr. A.S. 286, disegno di legge 25 marzo 2013, Manconi e altri; A.C. 981, proposta di legge 17 maggio 2013, Gozi e altri; A.C. 1884, proposta di legge 9 dicembre 2013, Gozi. Sulla compatibilità costituzionale di una simile soluzione ordinamentale vedi G. Palombarini, C. Renoldi, *Una consapevole provocazione: pena detentiva e numero chiuso*, in *Quest. Giust.*, 2006, n. 5, 929 ss.; A. Toscano, *La finalità della pena*, cit., 263-268.
È noto come meccanismi simili siano già sperimentati in altri ordinamenti: nello Stato della California (a seguito della sentenza della Corte suprema, *Brown vs. Plata*, 23 marzo 2011); in Germania (per effetto della sentenza della Corte costituzionale tedesca, 1 BvR 409/09, 22 febbraio 2011), in Francia. Per una visione d'insieme di tali esperienze, vedi T. Travaglia Cicirello, *Il rinvio dell'esecuzione della pena detentiva: scelta obbligata nell'attuale condizione del sistema penitenziario?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 915-923, cui *adde* – con specifico riferimento all'esperienza statunitense – C. Salvi, «*La Costituzione non permette questo torto*». *La Corte suprema degli Stati Uniti e il sovraffollamento carcerario*, in *Quest. Giust.*, 2011, n. 6, 205 ss.; E. Grande, *I dannati delle carceri. Una pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti: una lezione da seguire*, in *Historia Magistra*, 2012, vol. 9, 72 ss.

[82] Lo conferma la ricerca empirica delle scienze criminologiche: cfr. L. Goisis, *Del sovraffollamento carcerario, delle sue cause e dei possibili rimedi*, in *Studium Iuris*, 2013, 1333-1334. Ne reca traccia la sentenza della Corte EDU, *Torreggiani* c. *Italia*, cit., §95, laddove – sulla scorta delle raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa – invita lo Stato italiano «ad esortare i procuratori e i giudici a ricorrere il più possibile alle misure alternative alla detenzione e a riorientare la loro politica penale verso il minimo

riforme introdotte agiscono su talune di queste cause cancerogene. Soprattutto, i nuovi rimedi preventivo e compensativo offrono l'occasione per i giudici di sorveglianza di esercitare il proprio ruolo in chiave di tutela dei diritti dei detenuti[83].

Ecco perché delude, fortemente delude che dell'art. 35-*ter* o.p. la magistratura di sorveglianza abbia abbracciato – quasi d'istinto e quasi in blocco – l'interpretazione meno garantista: la prevalenza giurisprudenziale della c.d. tesi *attualista* sulla opposta tesi *non attualista*[84], infatti, espone a seri rischi

---

ricorso alla carcerazione allo scopo, tra l'altro, di risolvere il problema della crescita della popolazione carceraria».
È un invito di cui si trova eco nella circolare emessa dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Edmondo Bruti Liberati, emessa in data 15 gennaio 2013, in *DPC,* 15 gennaio 2013 (laddove raccomanda a tutti i magistrati della Procura di tenere «nel massimo conto, sia in tema di misure cautelari che in fase di esecuzione, gli auspici» della Corte EDU), e nelle critiche del Primo Presidente di Cassazione, Ernesto Lupo, all'abuso del ricorso alla custodia cautelare, formulate nella sua *Relazione dell'amministrazione della giustizia per l'anno 2012*, svolta il 25 gennaio 2013 («le ordinanze cautelari e i provvedimenti di riesame continuano a essere caratterizzati da assoluto squilibrio tra la parte dedicata alla gravità indiziaria e la motivazione in punto di necessità cautelare, troppo spesso dedicando poche stereotipate parole alla valutazione d'inadeguatezza di misure attenuate, che di fatto continuano ad essere adottate in misura percentuale significativamente ridotta (in particolare per stranieri e indigenti)»).

[83] In linea, peraltro, con i *dicta* della Corte costituzionale (cfr. sentt. nn. 26/1999 e 266/2009, cui *adde* il conflitto di attribuzioni tra poteri deciso con sent. n. 135/2013, commentata da M. Ruotolo, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. Cost.*, 2013, 2084; C. Fiorio, *Poteri dell'amministrazione penitenziaria e sindacato di giurisdizionalità*, ivi, 2092 ss.) rimasti pressoché inascoltati per un quindicennio: cfr., per tutti, E. Santoro, *Contra CSM*, cit., 4-6; G. Canzio, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *DPC,* 19 aprile 2016, 12-15. Che la novella rappresenti «un'occasione formidabile per la magistratura di sorveglianza» per ridurre la vittimizzazione dei detenuti tutelandone i diritti, è la (giusta) convinzione di F. Maisto, *Profili processuali dei rimedi risarcitori ai sensi dell'art. 35-*ter *o.p. (*ex *l. 11 agosto 2014, n. 117) e casistica*, relazione per la formazione della Scuola Superiore della Magistratura (Roma, 14 gennaio 2014), *paper*, 10-11.

[84] Le due tesi rispondono in modo opposto all'identico interrogativo: come interpretare l'*attualità* del pregiudizio (*ex* art. 69, comma 6, lett. *b*, o.p., cui rinvia l'art. 35-*ter* o.p.) in presenza del quale il magistrato di sorveglianza è chiamato a provvedere sul rimedio risarcitorio reclamato dal detenuto? In assenza di un pregiudizio attuale, infatti, il risarcimento in forma specifica di competenza del magistrato di sorveglianza (art. 35-*ter*, commi 1 e 2, o.p.) dovrà lasciare il posto al risarcimento pecuniario di competenza del giudice civile (art. 35, comma 3, o.p.).
Secondo la tesi *attualista*, il *discrimen* è nell'*attualità del pregiudizio lamentato,* intesa come violazione in atto al momento della presentazione del ricorso ovvero – secondo un'opzione ermeneutica ancora più selettiva – al momento della decisione del giudice di sorveglianza. Diversamente, secondo la tesi *non attualista,* il *discrimen* è nell'*attualità del pregiudizio subito* in costanza di espiazione della pena.
Su tale dilemma ermeneutico, le sue radici, le differenti strategie argomentative a supporto delle due tesi, cfr., per tutti, G. Giostra, *Un pregiudizio "grave e attuale"?*, cit., 1

d'ineffettività il nuovo rimedio compensativo[85]. Per quanto tale scelta non sia priva di attenuanti[86], restano tuttavia in piedi alcuni ruvidi interrogativi:

---

ss. In assenza (finora) di un intervento legislativo d'interpretazione autentica e di un (necessario) pronunciamento delle Sezioni Unite di Cassazione a scioglimento del nodo interpretativo, si segnala l'incredibile duplice arresto giurisprudenziale – coevo eppure contrastante nell'esito – della Sezione I penale: Id., ud. 11 giugno 2015, pres. Giordano, rel. Novik Adet, sent. n. 43727; Id., ud. 11 giugno 2015, pres. Giordano, rel. Magi, n. 43722, sulle quali vedi F. Fiorentin, *Risarcimento per l'inumana detenzione*, cit., 270-271.

[85] Si può tentare un'antologia dei consistenti problemi di effettività derivanti dalla tesi *attualista*, facendo sintesi delle criticità segnalate dalla dottrina (cfr., *supra*, nota 52): [1] la restrizione dell'area di operatività del rimedio, ridotta ad una platea composta solo da chi, all'atto della presentazione del ricorso (ovvero, all'atto della decisione del magistrato di sorveglianza: vedi, *supra*, nota 84) si trovi in condizioni detentive lesive dell'art. 3 CEDU, con esclusione di tutti coloro che pure hanno patito in passato un'analoga lesione ora non più attuale; [2] la sostanziale disapplicazione del nuovo istituto, in conseguenza dell'altissimo numero di ricorsi giudicati inammissibili per assenza del requisito dell'attualità del pregiudizio; [3] lo svuotamento della modalità del risarcimento in forma specifica, a tutto favore del ristoro per equivalente; [4] l'impossibile applicazione del rimedio per il ricorrente ammesso a misure alternative, mancando – per definizione – il presupposto dell'attualità del pregiudizio; [5] l'esclusione di un'applicazione retroattiva del rimedio, al di fuori del perimetro (soggettivo e temporale) tracciato dalle disposizioni transitorie; [6] l'incompatibilità tra rimedi preventivi e rimedi compensativi, che invece – secondo la Corte EDU – dovrebbero coesistere in modo complementare; [7] il differimento nel tempo (sino alla cessazione dello stato di detenzione) del risarcimento del danno sofferto, nell'ipotesi che l'istanza sia presentata personalmente dal detenuto.

[86] Accanto all'infelice *drafting* legislativo della disposizione, ad ostacolare una piena e corretta implementazione dell'art. 35-*ter* o.p. contribuisce l'«assoluta inadeguatezza delle risorse e dei mezzi di cui dispongono gli Uffici di sorveglianza preposti» chiamati a svolgere istruttorie davvero complesse (cfr. Conams, *Lettera*, cit.).
A tali problemi organizzativi, peraltro, il Governo ritiene di aver posto adeguato rimedio, segnalando come l'Amministrazione penitenziaria «abbia già posto a disposizione della Magistratura di sorveglianza un programma informatico che consente il monitoraggio continuo – e in tempo reale – degli spazi detentivi e delle condizioni in cui si trova ciascun detenuto, con informazioni in ordine al profilo, giuridico e residenziale, di ciascuno. L'applicativo evidenzia, tra l'altro, il numero di giorni in cui ciascun detenuto è stato ristretto "in sofferenza", rapportando il numero degli occupanti alla superficie della cella. In tal modo, il programma consentirà alla Magistratura di sorveglianza di ricostruire le condizioni detentive degli istanti presso l'istituto penitenziario di restrizione. L'Amministrazione, inoltre, sta adottando un protocollo finalizzato a fornire agli istituti penitenziari linee guida – assistite dalla predisposizione di apposita modulistica – concernenti le informazioni da fornire al Magistrato di sorveglianza in merito alle caratteristiche strutturali dell'istituto ed ai cambiamenti intervenuti nel tempo; informazioni che dovranno essere integrate con quelle utili all'istruttoria e alla decisione delle singole istanze» (così la risposta scritta del Vice Ministro della Giustizia Costa, all'interrogazione dell'on. Romano, A.C. n. 5/04036, cit., pubblicata nell'allegato al bollettino della Commissione II (Giustizia), 27 novembre 2014).
Nella prospettiva di un potenziamento della magistratura di sorveglianza va, ora, anche l'ampliamento delle relative piante organiche, disposto con d.m. 11 luglio 2016 (lo si può leggere in *www.giustizia.it*).

perché, invece, non optare per un'interpretazione convenzionalmente orientata del nuovo dato normativo, come sarebbe doveroso[87]? E se davvero si è convinti che la fedeltà al testo legislativo non lasci altra scelta, perché allora non farne oggetto di un incidente di costituzionalità[88]?

La *quaestio* promossa dal giudice di Padova (circa la presunta inapplicabilità dell'art. 35-*ter* o.p. agli ergastolani[89]) è l'eccezione che, come tale, conferma la regola. Una *quaestio,* la sua, che apre meritoriamente un tema cruciale: quello di un limite temporale (e non solo spaziale) alla detenzione, perché *il fine* della pena è, prima di tutto e sopra tutto, *la fine* della pena[90]. Ma questa è una diversa parabola, che meriterà di essere narrata in un'altra occasione.

---

87 Nella scelta tra le due opzioni ermeneutiche possibili dell'art. 35-*ter* o.p., infatti, la bussola da seguire dovrebbe indirizzare verso «un adattamento "convenzionalmente orientato" della disposizione di matrice europea» (F. Fiorentin, *"Rimedi compensativi" per l'inumana detenzione*, cit., §4). E tale è la soluzione interpretativa maggiormente coerente alle prescrizioni della Corte EDU, che privilegiano il risarcimento sotto forma di riduzione di pena, anche in ragione del suo effetto deflattivo carcerario, rispetto alla – già percorribile in precedenza – via del ristoro economico disposto dal giudice civile (cfr., G. Giostra, *Un pregiudizio "grave e attuale"?*, cit., 6).

88 Dovrebbe essere chiaro a tutti – anche ai giudici di sorveglianza che la seguono – come la tesi *attualista* produca conseguenze ordinamentali tali da prefigurare dubbi di costituzionalità dell'art. 35-*ter* o.p. così interpretato, perlomeno «sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento di situazioni omologhe o della violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge» (G. Giostra, *Un pregiudizio "grave e attuale"?*, cit., 5). Se investita della *quaestio,* è peraltro plausibile che la Corte costituzionale, in forza della dottrina dell'obbligo di interpretazione costituzionalmente conforme, pronuncerebbe in modo tale da soppiantare la tesi *attualista* con quella *non attualista* perché costituzionalmente meglio orientata. Una simile decisione a valenza interpretativa sarebbe un grande contributo alla soluzione più auspicabile dell'attuale groviglio giurisprudenziale in tema.

89 Cfr. Mag. di sorv. Padova, ord. 20 aprile 2015 (in *G.U.,* I serie speciale, 2015, n. 37). A commento dell'atto di promovimento vedi F. Fiorentin, *I rimedi compensativi al vaglio della Corte costituzionale*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 3, 1 ss. La questione è stata ora risolta con pronuncia interpretativa di rigetto (sent. n. 204/2016): ferma l'impossibilità di un risarcimento nella forma di una riduzione di pena, la Corte costituzionale – a correzione del presupposto ermeneutico del giudice *a quo* – ha riconosciuto la concedibilità del ristoro economico, dovuto per una pena espiata in condizioni disumane, anche al condannato al carcere a vita.

90 A. Sofri, *Il cosiddetto senso della pena*, in *Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, a cura di S. Anastasia, F. Corleone, L. Zevi, Roma, 2011, 259.

LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

di Guido Raimondi

Le autorità amministrative indipendenti esistono in Europa da una cinquantina d'anni. Vero è che negli ultimi venti anni che esse la loro importanza è costantemente cresciuta.

Spesso create dal potere legislativo o da quello esecutivo, queste autorità costituiscono un mezzo per trattare più rapidamente, con più efficacia e a minori costi, determinati contenziosi specifici, che spesso richiedono per la loro soluzione competenze altamente specializzate.

Da una parte, le autorità indipendenti permettono di dare sollievo ai tribunali tradizionali, così contribuendo a ridurre i tempi di soluzione delle controversie giurisdizionali per così dire "classiche" e, d'altra parte, la loro esistenza consente di provvedere risorse umane e materiali particolarmente specializzate, e quindi più adatte a risolvere vicende che presentano generalmente livelli elevati di tecnicità. Gli esempi più evidenti sono quelli delle autorità preposte al rispetto della concorrenza nei mercati o quelli delle autorità chiamate a regolare e a sorvegliare le attività finanziarie.

Dappertutto in Europa queste autorità sono state dotate di poteri importanti, che si avvicinano molto a quelli giurisdizionali, tanto che la loro comparazione alle giurisdizioni è più che legittima.

Se è così, dal punto di vista della Corte di Strasburgo la questione principale che si pone è quella della salvaguardia delle garanzie che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in seguito: la Convenzione) accorda alle persone interessate dalle procedure delle autorità indipendenti. Queste persone devono poter beneficiare di queste garanzie sia che la loro vicenda venga decisa da una giurisdizione tradizionale, sia che invece sia affidata ad un'autorità indipendente.

Confrontata con questa problematica, a partire dal caso *Sramek c. Austria* del 1984, la Corte si è orientata nel senso di qualificare come "tribunali" ai sensi della Convenzione numerosi organismi amministrativi, indipendentemente dalla loro qualificazione secondo il diritto interno[1]. La Corte ritiene che un "tribunale" si caratterizza, in senso materiale, per il suo ruolo giurisdizionale: quello di risolvere, mediante una procedura organizzata, le questioni rientranti nella sua competenza, sulla base di norme di diritto, ed esercitando pienezza di giurisdizione[2]. Per altro verso, la Corte ha precisato che è ineren-

---

[1] Sramek c. Autriche, § 36.

[2] Chypre c. Turquie [GC], § 233.

te alla nozione di "tribunale", tenuto conto della nozione di "cosa giudicata" il potere di rendere una decisione obbligatoria che non possa essere modificata a danno di una parte da un'autorità non giudiziaria[3].

Applicando questi principi, la Corte ha fatto un uso estensivo della nozione e non ha esitato a qualificare come "tribunali" numerosi organismi, con le conseguenze che ne derivano. In effetti la Corte ha riconosciuto che questa qualificazione si applica ad organismi istituiti per conoscere di questioni che rientrano in settori specifici, anche se questi organismi sono chiamati ad occuparsi un numero limitato di determinate controversie.[4]

Per contro, se la Corte non impone che in ogni caso debba intervenire il sistema giurisdizionale tradizionale, essa esige che queste controversie siano decise in modo adeguato, cioè nel rispetto delle garanzie convenzionali.[5]

La giurisprudenza della Corte ha riconosciuto come "tribunali" ai sensi della Convenzione diversi organi amministrativi o professionali chiamati a intervenire prima che una giurisdizione venga adita[6], delle giurisdizioni «ordinali» o «paritarie», come quelle degli ordini professionali[7], o ancora certi organi parlamentari incaricati di conoscere di sanzioni disciplinari nei confronti di funzionari[8] e, per l'appunto, le autorità amministrative indipendenti[9].

Tenendo conto delle loro specificità, le autorità amministrative sono state all'origine di un interrogativo fondamentale per la Corte: quello relativo alle concrete implicazioni di questa qualificazione.

Questa questione è stata sollevata a proposito degli articoli dlela Convenzione che direttamente si riferiscono alla nozione di «tribunale». Si tratta in particolare dell'articolo 6, relativo all'"equo processo" e all'articolo 4 del protocollo n. 7, che fissa il principio del *ne bis in idem*, cioè il diritto a non essere puniti o anche solo giudicati due volte.

***

A proposito dell'articolo 6, quando le autorità in questione sono state qualificate come «tribunali», il primo comma dell'articolo, relativo in generale all'equità del processo, si applica indipendentemente dalla loro natura, così come dalla natura della legge che disciplina il loro contenzioso[10]. La Cor-

---

[3] Van de Hurk c. Pays-Bas, § 45.
[4] Lithgow et autres c. Royaume-Uni, § 201.
[5] Rolf Gustafson c. Suède, § 45.
[6] Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, § 51.
[7] Albert et Le Compte c. Belgique, § 29 ; Gautrin et autres c. France, § 57; Fazia Ali c. Royaume-Uni, § 75.
[8] Argyrou et autres c. Grèce, no 10468/04, § 24, 15 janvier 2009, Savino et autres c. Italie, nos 17214/05, 20329/05 et 42113/04, §§ 72-75, 28 avril 2009 Oleksandr Volkov c. Ukraine, § 88.
[9] Sramek c. Autriche, § 36.
[10] Georgiadis c. Grèce, § 34; Bochan c. Ukraine (no 2) [GC], § 43.

te valuta la conformità delle loro procedure alle esigenze dell'articolo 6§1 rispetto alle garanzie materiali e di procedura che sono loro proprie[11]: un "tribunale" deve, perché l'articolo 6§1 sia rispettato, soddisfare una serie di condizioni, delle quali diverse sono indicate nello stesso testo dell'articolo[12]. Su queste condizioni vorrei soffermarmi brevemente.

Una precisazione è necessaria. La giurisprudenza della Corte ha in qualche modo attenuato la rigidità di questo principio, stabilendo che questi «tribunali», comprese le autorità indipendenti, possono validamente decidere le controversie loro affidate anche nel caso in cui non tutte le esigenze dell'articolo 6 della Convenzione siano pienamente soddisfatte. In questi casi, però, occorre che queste decisioni possano essere sottoposte al controllo ulteriore di un organo giurisdizionale dotato di "piena giurisdizione" (*full jurisdiction*, *pleine juridiction*)[13]. In altri termini, occorre che queste decisioni siano ricorribili dinanzi ad una vera e propria giurisdizione.

Tra i principi da rispettare vi sono innanzitutto l'indipendenza e l'imparzialità, nozioni che sono evidentemente strettamente connesse tra di loro, tanto è vero che può essere necessario, secondo le circostanze, esaminarle insieme[14].

Questa problematica è particolarmente sensibile per le autorità indipendenti perché le loro modalità di funzionamento e la composizione delle formazioni incaricate delle decisioni non corrispondono agli imperativi della giurisdizione "classica".

Che si tratti di giurisdizioni "classiche" o di autorità indipendenti, perché le esigenze della Convenzione in punto d'indipendenza siano soddisfatte, occorre che esse siano dal punto di vista della loro composizione e da quello del loro funzionamento, indipendenti dal potere legislativo ed esecutivo.[15] Esse devono ugualmente essere indipendenti dalle parti.[16] In effetti, può accadere che le parti, specie quando si tratti di professionisti del settore nel quale l'autorità interviene, abbiano avuto dei rapporti con le persone incaricate di decidere la loro controversia. Normalmente la Corte procede alla verifica del rispetto di questa esigenza facendo ricorso a criteri come le modalità di nomina dei membri dell'organo di decisione dell'autorità, la durata del loro mandato o ancora l'esistenza di garanzie sufficienti contro le pressioni esterne.

---

[11] Rolf Gustafson c. Suède, § 45.

[12] Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, § 55; Chypre c. Turquie [GC], § 233.

[13] Ortenberg c. Autriche, § 31; Zumtobel c. Autriche, §§ 29-32 et Bryan c. Royaume-Uni, § 40 s'agissant des organes corporatifs ; Albert et Le Compte c. Belgique, § 29, Gautrin et autres c. France, § 57 et Fazia Ali c. Royaume-Uni, § 75 s'agissant des juridictions ordinales ou paritaires.

[14] Sacilor-Lormines c. France, § 62; Oleksandr Volkov c. Ukraine, § 107.

[15] Beaumartin c. France, § 38.

[16] Sramek c. Autriche, § 42.

L'imparzialità si definisce normalmente come assenza di pregiudizi (*préjugé ou parti pris*) e può essere apprezzata in diversi modi[17]: L'imparzialità soggettiva riguarda la convinzione personale del giudice e il suo comportamento, mentre l'imparzialità oggettiva si valuta con riguardo alle garanzie offerte dal tribunale, garanzie che devono essere sufficienti per escludere ogni dubbio legittimo sulla sua imparzialità.

In questo quadro la Corte ha giudicato che la presenza di magistrati non professionali in un "tribunale" non è di per sé prova di parzialità. Allo stesso modo, nulla si oppone alla presenza di funzionari, di rappresentanti di gruppi di interesse[18], o anche di esperti[19] in seno alla formazione giurisdizionale dell'autorità.

Per contro, l'insieme dei principi relativi all'imparzialità vale per i magistrati non professionali allo stesso modo che per i magistrati di carriera[20].

Infine, le apparenze quanto all'indipendenza e all'imparzialità sono anche da tenere in conto[21], e chiunque sia investito di un potere giurisdizionale ha il dovere di astenersi dal giudicare se si possa legittimamente temere che egli o ella sia in difetto relativamente all'una o all'altra esigenza[22].

Un'altra problematica di rilievo per le autorità amministrative riguarda le procedure. Le procedure, in effetti, come è richiesto dall'articolo 6§1 a proposito dell'insieme dei "tribunali", devono rispettare i principi della procedura contraddittoria e dell'"uguaglianza delle armi". Questi concetti sono intimamente legati[23] e le esigenze che ne derivano sono in linea di principio le stesse in materia civile e penale[24].

La Corte ha giudicato in particolare che lo scopo di economia e di accelerazione della procedura, che come dicevo spesso è la ragion d'essere di un'autorità indipendente chiamata a dirimere certe controversie in luogo delle giurisdizioni classiche, non può giustificare la compressione del diritto fondamentale ad una procedura contraddittoria[25]. Questo diritto implica, in linea di principio, la facoltà per le parti a un processo di prendere conoscenza di tutti gli atti e delle osservazioni presentate al giudice e di discuterle[26].

Il principio di eguaglianza delle armi, dal canto suo, permette di man-

---

17 Micallef c. Malte [GC], §§ 93-101.
18 Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, §§ 57-58.
19 Pabla Ky c. Finlande, § 32.
20 Langborger c. Suède, §§ 34-35; Cooper c. Royaume-Uni [GC], § 123.
21 Oleksandr Volkov c. Ukraine, § 103.
22 Micallef c. Malte [GC], § 98.
23 Regner c. République tchèque [GC], § 146.
24 Werner c. Autriche, § 66 s'agissant du contradictoire ; Feldbrugge c. Pays-Bas, § 44 s'agissant de l'égalité des armes.
25 Nideröst-Huber c. Suisse, § 30.
26 Ruiz-Mateos c. Espagne, § 63; McMichael c. Royaume-Uni, § 80; Vermeulen c. Belgique, § 33; Lobo Machado c. Portugal, § 31; Kress c. France [GC], § 74.

tenere un "giusto equilibrio" tra le parti. Esso implica l'obbligo di offrire a ciascuna parte una ragionevole possibilità di presentare la sua causa – comprese le prove – in condizioni che non la collochino in una posizione di svantaggio rispetto al suo avversario.[27]

È appena il caso di dire dell'obbligo di motivazione, che evidentemente riguarda tutti i "tribunali"[28], mentre vorrei fermarmi un momento sull'esigenza di trasparenza, che riguarda anche l'attività giurisdizionale delle autorità indipendenti.

Questa esigenza implica che le parti hanno diritto a un'udienza pubblica. Tuttavia quest'obbligo non è assoluto[29]. In particolari circostanze si può ritenere che l'udienza pubblica non sia imposta dalla Convenzione. Questo avviene, in particolare, quando la natura delle questioni in gioco è esclusivamente giuridica o presenta un elevato grado di tecnicità[30]. È un punto importante nel nostro discorso perché per la maggior parte le autorità indipendenti trattano proprio questioni di questo tipo.

Per contro, la tenuta di un'udienza è ritenuta necessaria quando siano in discussione non solo questioni di diritto, ma anche importanti questioni di fatto[31], quando si tratti di stabilire se i fatti siano stati correttamente apprezzati dalle autorità[32], o quando sia necessario per il tribunale di farsi la sua propria idea del giudicabile o per il giudicabile di spiegare la sua situazione personale[33].

Peraltro, in assenza di pronuncia pubblica della decisione, bisogna chiedersi se la pubblicità sia stata sufficientemente assicurata per altra via. Per le autorità amministrative la pubblicazione avviene normalmente in rete, permettendone così una larga diffusione presso il pubblico interessato.

Infine, quando questi organismi sono competenti per infliggere delle sanzioni qualificate "penali" alla stregua della Convenzione, si devono applicare anche il secondo e il terzo comma dell'articolo 6.

Il secondo comma dell'articolo 6 stabilisce il principio della presunzione d'innocenza, che esige, tra l'altro, che il "tribunale" non sia prevenuto sulla questione della responsabilità della persona interessata.

Questo principio implica che l'onere della prova sia a carico dell'accusa e che il dubbio profitti all'accusato. Inoltre esso richiede ai "tribunali" di informare la persona interessata delle accuse contro di lui – al fine di fornirgli l'opportunità di preparare e presentare la sua difesa in conseguenza – e di avere prove sufficienti per fondare una dichiarazione di colpevolezza[34].

---

[27] Regner c. République tchèque [GC], § 146; Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas, § 33.
[28] H. c. Belgique, § 53.
[29] De Tommaso c. Italie [GC], § 163.
[30] Koottummel c. Autriche, § 19.
[31] Fischer c. Autriche, § 44.
[32] Malhous c. République tchèque [GC], § 60.
[33] Andersson c. Suède, § 57.
[34] Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne, § 77; Janosevic c. Suède, § 97.

Si deve poi osservare che l'articolo 6, paragrafo 2, disciplina il procedimento penale nella sua interezza, indipendentemente dall'esito del procedimento, e non solo l'esame del merito del procedimento[35].

Le autorità nazionali devono costantemente garantire che tali requisiti siano soddisfatti. In effetti, come per la nozione di "tribunale", la Corte può riqualificare una sanzione amministrativa del diritto nazionale come sanzione penale ai sensi della Convenzione[36].

Per fare ciò, la Corte valuta la natura della sanzione sulla base di tre criteri identificati dalla giurisprudenza[37], noti come criteri *Engel*. Si tratta della caratterizzazione giuridica del reato nel diritto interno, della natura stessa dell'infrazione e del grado di severità della sanzione che può essere subita dall'interessato. Si noti che il secondo e il terzo criterio sono in linea di massima alternativi, ma che l'adozione di un approccio cumulativo è possibile in caso di difficoltà di qualificazione[38].

***

La riqualificazione di una sanzione da amministrativa a penale comporta molte conseguenze. Lo abbiamo visto per l'articolo 6, per il quale in caso di sanzione penale si applicano le norme procedurali rafforzate, compresa la presunzione di innocenza. Ma esaminiamo ora l'impatto di questa riqualificazione sul principio *ne bis in idem* dell'articolo 4 del protocollo 7.

Per quanto riguarda l'applicabilità territoriale del principio, la Corte ritiene che l'articolo 4 del protocollo 7 si applica solo ai "tribunali dello stesso Stato". La regola non preclude quindi che una persona venga perseguita o punita dai tribunali di uno Stato per un reato per il quale è stato assolto o condannato da una sentenza definitiva in un altro Stato[39].

Per quanto riguarda la sua applicabilità materiale, come indicato nella relazione esplicativa al Protocollo 7, l'articolo 4 si applica solo ai "procedimenti penali". La norma, quindi, non impedisce che la persona interessata sia sottoposta a un'azione di diversa natura (per esempio procedura disciplinare) per lo stesso atto.

La facoltà della Corte di qualificare la sanzione come penale, indipendentemente dalla qualificazione valida per il diritto interno prende qui tutto il suo senso.

---

35 Poncelet c. Belgique, § 50 ; Minelli c. Suisse, § 30; Garycki c. Pologne, § 68.
36 Grande Stevens c. Italie, §§ 94-101 et 222.
37 Engel et autres c. Pays-Bas; Sergueï Zolotoukhine c. Russie [GC], § 53; A et B c. Norvège [GC], §§ 105-107.
38 Sergueï Zolotoukhine c. Russie [GC], § 53; Jussila c. Finlande [GC], §§ 30-31.
39 Krombach c. France, § 36.

In considerazione dell'importanza del principio *ne bis in idem* nello Stato di diritto, la qualificazione giuridica della procedura nel diritto nazionale non può rimanere l'unico criterio pertinente per applicarlo. Ciò equivarrebbe a subordinare la sua applicazione alla discrezionalità degli Stati, il che potrebbe portare a risultati non coerenti con l'oggetto e lo scopo della Convenzione[40].

Per quanto riguarda il contenuto del principio, la Corte distingue i concetti di *bis* e *idem*. Il primo risponde alla domanda "in cosa consiste giudicare di nuovo?". Il secondo alla domanda "in cosa consiste giudicare la stessa cosa?". Il primo concetto vale quindi a stabilire se effettivamente di fronte a un nuovo giudizio, mentre il secondo serve a determinare se l'oggetto di un secondo giudizio coincida con quello del primo.

Per l'*idem*, la Corte considera che "la stessa cosa" corrisponde a un'infrazione derivante da fatti identici o sostanzialmente simili a quelli all'origine di una precedente infrazione. In altre parole, *idem* proibisce alle autorità nazionali di perseguire una persona per la stessa infrazione[41].

Per il *bis*, la Corte ritiene che "di nuovo" corrisponde a una ripetizione di un procedimento penale definitivamente chiuso. Ciò suppone l'esistenza di una prima decisione che sia divenuta definitiva, che cioè sia passata in giudicato. Questo è il caso quando la decisione non è più soggetta a ricorsi ordinari (per esempio, appello), sia se questi ricorsi siano stati esercitati sia se sia scaduto il termine per proporli. I ricorsi straordinari, come la richiesta di riapertura del procedimento, o richiesta di riapertura di un termine scaduto non sono presi in considerazione per decidere sul carattere definitivo di una decisione[42].

D'altra parte, l'applicazione della regola non implica necessariamente l'esistenza di una seconda decisione: il principio del *ne bis in idem* sancisce il diritto di non essere punito due volte, ma anche il diritto di non essere processato due volte. Esso vieta quindi l'apertura di una nuova procedura una volta che la prima sia stata chiusa da una decisione finale[43].

Un caso, molto conosciuto, illustra perfettamente tutti i principi relativi agli articoli 6 della Convenzione e 4 del Protocollo 7 che ho appena menzionato. Si tratta di *Grande Stevens c. Italia*.

In questo caso, i ricorrenti avevano impugnato la sanzione loro inflitta da un'autorità amministrativa indipendente, la Commissione nazionale delle società e la Borsa (CONSOB). Secondo l'accusa essi avevano posto in essere una "manipolazione del mercato", come parte di una transazione finanziaria che coinvolgeva la casa automobilistica FIAT.

---

[40] Sergueï Zolotoukhine c. Russie [GC], § 52.
[41] Sergueï Zolotoukhine c. Russie [GC] §§ 79-82; A et B c. Norvège [GC], § 108.
[42] Sergueï Zolotoukhine c. Russie [GC], §§ 107-108.
[43] Sergueï Zolotoukhine c. Russie [GC], §§ 110-111.

I ricorrenti ritenevano che il procedimento dinanzi alla CONSOB non soddisfacesse i requisiti del diritto a un processo equo e che i procedimenti penali avviati contro di loro nonostante la sanzione inflitta dalla CONSOB non fossero compatibili con il principio del *ne bis in idem*. La Corte ha innanzitutto riqualificato la sanzione amministrativa adottata dalla CONSOB come sanzione penale, alla luce dell'articolo 6 della Convenzione e dell'articolo 4 del Protocollo 7 (§§ 94-101 e 222).

Per l'art. 6, essa ha affermato che, sebbene la sanzione fosse considerata come amministrativa nel diritto italiano, essa aveva in realtà, in considerazione dei criteri *Engel*, carattere penale a causa della sua gravità.

Sull'articolo 4 del Protocollo 7, la Corte ha svolto un ragionamento identico, dopo aver respinto la riserva che era stata formulata dall'Italia – riserva secondo la quale l'articolo 4 del Protocollo 7 era applicabile solo ai reati qualificati come tali dalla legge italiana – per difetto delle condizioni formali previste dall'articolo 57 della Convenzione.

La Corte ha quindi esaminato la doglianza relativa alla violazione dell'articolo 6§1. In questo caso, l'uguaglianza delle armi e l'imparzialità oggettiva erano problematiche. Da un lato, la mancata trasmissione ai denuncianti del documento finale presentato all'organo della CONSOB incaricato di giudicare, ha impedito un giusto equilibrio tra le parti. D'altra parte, l'organizzazione interna della CONSOB, i cui organi incaricati dell'indagine e l'organismo incaricato di giudicare erano certamente separati ma uniti sotto l'autorità dello stesso presidente, lasciavano un dubbio sull'imparzialità e l'indipendenza dei membri della formazione di giudizio.

Malgrado ciò, la Corte ha ritenuto che la decisione della CONSOB non fosse di per sé in contrasto con la Convenzione: sebbene la procedura non soddisfacesse pienamente i requisiti di equità e imparzialità, i richiedenti avevano comunque potuto far esaminare la sanzione da un organo giudiziario con piena giurisdizione che rispondeva a queste esigenze, cioè la Corte d'appello di Torino.

Tuttavia, la Corte ha rilevato che né la CONSOB né la Corte di appello avevano tenuto un'udienza pubblica, mentre questa sarebbe stata necessaria in questo caso, per valutare se determinati fatti fossero stati correttamente accertati dalle autorità. Infatti, anche se il caso sollevava essenzialmente questioni giuridiche e tecniche, sussisteva ancora un dubbio su di una importante questione di fatto, in particolare sul grado di avanzamento delle trattative di un contratto concluso tra uno dei ricorrenti e una banca d'affari, cioè proprio sull'elemento la cui esistenza dava corpo all'accusa di "manipolazione del mercato" contestata ai ricorrenti e riscontrata dalla CONSOB. Poiché il requisito della trasparenza non era stato osservato, la Corte ha riscontrato una violazione dell'articolo 6§1.

La Corte ha quindi esaminato la doglianza relativa alla violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7. Per quanto riguarda il *bis*, è emerso che il procedimento dinanzi alla CONSOB e successivamente alla Corte d'appello di To-

rino aveva dato luogo a una decisione passata in giudicato nel giugno 2009. Pertanto, si sarebbe dovuto ritenere che i ricorrenti fossero già stati condannati. con un giudizio finale. Nonostante questo, nuovi procedimenti penali erano stati aperti e mantenuti contro di loro. Per quanto riguarda l'*idem*, la Corte ha osservato che i ricorrenti erano stati condannati per gli stessi atti di quelli che hanno dato origine a questi nuovi procedimenti penali. Dunque, essendo stati i ricorrenti perseguiti più volte per gli stessi fatti, la Corte ha concluso nel senso che anche l'articolo 4 del protocollo 7 era stato violato.

Un altro caso italiano sulle autoriyà indipendenti, pure molto noto, è *A. Menarini Diagnostics c. Italia*[44]. Qui la la Corte, utlizzando i criteri *Engel* per qualificare una sanzione irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ne ha ritenuto la natura penale, e ha quindi applicato l'articolo 6 § 1 della Convenzione sotto il suo aspetto penale. In questa fattispecie la legittimità della sanzione era stata controllata a livello nazionale dal giudice amministrativo, in ultima analisi dal Consiglio di Stato. Le procedure del giudice amministrativo in questa vicenda sono state quindi vagliate dalla Corte alla stregua delle garanzie dell'art. 6 della Convenzione (penale). Qui la Corte ha concluso nel senso della sufficienza del controllo giurisdizionale operato dal Consiglio di Stato, anche se questo giudice non aveva proceduto a un esame *de novo* delle prove o a una loro autonoma rivalutazione[45], ritenendo quindi conforme a Convenzione l'accertamento dei fatti condotto dall'AGCM.

In chiusura, mi sembra utile accennare ai recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte in materia di *ne bis in idem*, un principio che molto spesso riguarda l'attività giurisdizionale delle autorità amministrative. Questa evoluzione riguarda le procedure cosiddette *miste*, per le quali la questione che si pone riguarda essenzialmente il *bis*, e le procedure cosiddette *concomitanti*, che invece riguardano basicamente l'*idem*.

Relativamente alle procedure concomitanti, il principio del *ne bis in idem* non vieta di condurre più procedimenti allo stesso tempo sulla base degli stessi fatti. In questo caso, il secondo deve essere abbandonato non appena la decisione che chiude il primo è diventata definitiva[46].

Tuttavia, la Corte ha potuto constatare in alcuni casi che, anche se erano state inflitte sanzioni diverse per fatti identici, da diverse autorità e in diversi procedimenti, l'esistenza di un legame materiale e temporale sufficientemente ravvicinato permetteva di considerare che facevano parte della stessa procedura, come nel caso *Maszni c. Romania*[47].

---

[44] Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics c. Italia*, no. 43509/08, 27 settembre 2011.
[45] Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, cit., §§ 63-64.
[46] Tomasović c. Croatie, §§ 29-32; Muslija c. Bosnie-Herzégovine, §§ 36-37; Nykänen c. Finlande, §§ 47-54; Glantz c. Finlande, §§ 57-64.
[47] Maszni c. Roumanie, §§ 68-70.

Seguendo questa logica, la Corte ha esaminato il caso di sanzioni fiscali in diversi ricorsi riguardanti la Finlandia e la Svezia, ma qui è giunta a conclusioni diverse[48]. La Corte ha rilevato che, nei sistemi finlandese e svedese, sanzioni penali e fiscali erano state irrogate da diverse autorità senza che le procedure fossero collegate.

Queste procedure erano state infatti svolte separatamente e in modo indipendente fino alla loro chiusura definitiva. Le sanzioni imposte nell'ambito di una procedura non erano state prese in considerazione nel contesto dell'altra, in particolare sulla questione della gravità e dell'importo della sanzione, e non vi era stata alcuna interazione tra le autorità competenti. Di conseguenza, la Corte ha dichiarato che non vi era alcun nesso materiale e temporale tra il procedimento penale e il procedimento tributario, che non poteva quindi essere considerato come parte della stessa procedura. In realtà, i ricorrenti erano stati oggetto di due condanne penali da parte delle autorità nazionali per gli stessi fatti. La Corte ha quindi riscontrato una violazione dell'articolo 4 del Protocollo. 7.

Per quanto riguarda le procedure miste, come dicevo, la questione riguarda il *bis*. Si tratta di determinare se c'è stata una ripetizione del procedimento sanzionatorio dopo che la prima decisione è diventata definitiva. È su questo punto che è intervenuta la Grande Camera con la sentenza *A. e B. c. Norvegia*. Nel caso di specie la Corte ha esaminato il sistema norvegese di doppio procedimento penale e amministrativo in caso di dichiarazioni fiscali infedeli.

La Corte ha ritenuto che quando i procedimenti congiunti in questione siano collegati da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto ci si trova in presenza di un meccanismo sanzionatorio integrato che non costituisce una ripetizione del procedimento. Innanzitutto, si tratta di dimostrare che le varie procedure mirano a fini complementari, e non allo stesso scopo, e quindi riguardano aspetti diversi dell'atto in questione. Deve quindi essere appurarsi che le procedure miste sono una conseguenza prevedibile, sia nella legge sia nella pratica, del comportamento da sanzionare. È anche importante che le procedure siano organizzate in modo tale da evitare la ripetizione nella raccolta e nella valutazione delle prove. Su questo punto, un'interazione adeguata tra le varie autorità competenti consente di stabilire i fatti relativi alle due procedure. Infine, è essenziale che la sanzione risultante dalla prima procedura sia presa in considerazione nella seconda, in modo da non imporre un onere eccessivo alla persona interessata.

Per quanto riguarda la connessione temporale va specificato che anche quando la connessione materiale è sufficientemente solida, la condizione della prossimità temporale rimane e deve essere soddisfatta.

---

[48] Häkkä c. Finlande, Nykänen c. Finlande, Glantz c. Finlande, Rinas c. Finlande, Österlund c. Finlande, Kiiveri c. Finlande; Lucky Dev c. Suède.

Nello stesso caso, la Corte ha stabilito che le procedure del procedimento misto non devono essere condotte simultaneamente dall'inizio alla fine. Lo Stato deve essere in grado di adottare comportamenti progressivi laddove ciò sia giustificato dalla sollecitudine verso l'efficienza e la buona amministrazione della giustizia, persegua scopi sociali differenziati e non arrechi danno sproporzionato alla persona interessata.

Tuttavia, la prossimità temporale deve essere sufficientemente rispettata in modo che l'interessato non sia in preda all'incertezza o soggetto a ritardi amministrativi e che le procedure non si prolunghino troppo nel tempo.

In applicazione di questi principi, la Corte ha rilevato, in questo caso norvegese, che anche se diverse sanzioni erano state inflitte alle ricorrenti da due diverse autorità in diversi procedimenti, vi era un nesso materiale e temporale tra loro sufficientemente stretto per considerare che esse si inscrivessero in un meccanismo sanzionatorio integrato previsto dalla legge norvegese. La Corte ha quindi ritenuto che questa procedura mista non costituisse una ripetizione del procedimento e ha concluso che non vi era stata violazione dell'articolo 4 del Protocollo 7.

Al contrario, nel caso *Jóhannesson et al. c. Islanda*, la Corte ha stabilito che, sebbene entrambe le procedure che venivano in rilievo avessero obiettivi complementari – per combattere l'inosservanza da parte dei contribuenti dei loro obblighi di dichiarazione fiscale – la natura ampiamente indipendente sia della raccolta delle prove sia della loro valutazione in una e nell'altra dimostrava che non c'era una connessione sufficientemente stretta tra loro. Di conseguenza, i ricorrenti avevano subito un danno sproporzionato per essere stati giudicati e puniti due volte per condotta identica o sostanzialmente identica, in due diversi procedimenti che non erano sufficientemente correlati l'uno all'altro[49].

***

Per concludere, direi semplicemente che, con lo svilupparsi della giurisprudenza della Corte, le autorità amministrative sono state sempre più inquadrate dal diritto europeo dei diritti umani.

Questo inquadramento è stato reso possibile, come abbiamo visto, attraverso il concetto autonomo di "tribunale", sulla base dell'articolo 6 della Convenzione, e il principio del *ne bis in idem*, stabilito dall'articolo 4 del protocollo 7.

In tal modo, la Corte ha creato una terreno giuridico stabile, che certamente riconosce l'utilità dell'istituzione di autorità amministrative specializzate nella composizione di particolari controversie, autorità che sono ne-

[49] *Jóhannesson and others v. Iceland*, (no. 22007/11), 18 mai 2017.

cessarie nelle complesse società moderne, e allo stesso tempo permette alla Corte di svolgere la sua missione protettrice dei diritti fondamentali, in modo da non consentire che venga elusa la necessaria protezione dei diritti delle parti in causa, come previsto dalla Convenzione.

L'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO IN MATERIA DI RECLUSIONE PERPETUA REALE: VERSO LA COSTRUZIONE DI UN AUTONOMO DIRITTO AL REINSERIMENTO SOCIALE*

di Daniela Ranalli

SOMMARIO: Introduzione. – 1. La giurisprudenza *Kafkaris*: il divieto di pene *incomprimibili* (*de jure e de facto*) inteso come astratta speranza di scarcerazione. – 2. Il salto di qualità della giurisprudenza *Vinter:* obbligo di riesame della pena e concreta possibilità di liberazione. – 3. Un passo avanti verso la concreta "prospettiva di liberazione": i casi Öcalan *c. Turchia* e *Trabelsi c. Belgio*. – 4. Un passo avanti (*Murray c. Paesi Bassi*) e uno indietro (*Hutchinson c. Regno Unito*). – 5. Considerazioni conclusive.

Introduzione

In diverse occasioni la Corte EDU è stata chiamata a confrontarsi con la questione della compatibilità con la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo di una pena perpetua senza possibilità di liberazione condizionale.

Nella sentenza *Vinter*[1], la Corte EDU ha sancito il principio per cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e debbono tendere al reinserimento sociale del condannato. La perpetuità "incomprimibile" dell'ergastolo, con i conseguenti effetti desocializzanti e disumanizzanti, frustrerebbe l'obiettivo del reinserimento sociale e contrasterebbe con l'art. 3 della Convenzione.

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte, seppure non in maniera del tutto lineare[2], mostra un progressivo innalzamento della soglia di tutela e

---

* Il presente scritto è una versione ridotta e (parzialmente) aggiornata dell'articolo "*L'ergastolo nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo. Tra astratto 'diritto alla speranza' e concreto accesso alla liberazione condizionale*", pubblicato in *Rassegna Penitenziaria e criminologica* n. 1 del 2015. Tale scritto tiene conto solo parzialmente dell'evoluzione giurisprudenziale successiva al momento della sua prima stesura (2015), tuttavia si è scelto di proporlo in questi termini proprio per mettere in risalto come la posizione del giudice Paulo Pinto de Albuquerque, accolta, seppur parzialmente, dalla giurisprudenza successiva, sia stata fondamentale per l'evoluzione della giurisprudenza e l'estensione della tutela in questa materia. Il ruolo pionieristico del giudice portoghese appare ancor più nitidamente da un esame retrospettivo della giurisprudenza e mostra tutta la sua importanza alla luce della successiva e attuale posizione della Corte EDU in materia di reclusione perpetua reale (si veda, per quanto riguarda il caso italiano, *Marcello Viola c. Italia (n. 2)*, sentenza del 13 giugno 2019, n. 77633/16).

1 *Vinter c. Regno Unito* (GC), sentenza del 19 gennaio 2013, nn. 66069/09, 130/10, 3896/10

2 Ci si riferisce, principalmente, al caso *Hutchinson c. Regno Unito*, sentenza (GC) del 17 gennaio 2017, n. 57592/08, considerato una "nota stonata" nella giurisprudenza della

la progressiva emancipazione dalla logica compassionevole sottesa al, più o meno concreto, "diritto alla speranza", di cui è espressione la giurisprudenza *Kafkaris*[3], per riconoscere qualcosa di più concreto e declinare degli specifici obblighi positivi dello Stato in tema di reinserimento sociale (*Murray*[4]).

L'intento di questo contributo è quello di ripercorrere i passaggi principali dell'evoluzione della giurisprudenza in questa materia, individuando i principi fondamentali e analizzandoli alla luce del contesto in cui sono stati elaborati e dei criteri interpretativi che caratterizzano e guidano la giurisprudenza della Corte e che costituiscono una chiave di lettura imprescindibile per coglierne l'essenza, la portata e le potenzialità.

1. La giurisprudenza *Kafkaris*: il divieto di pene *incomprimibili* (*de jure e de facto*) inteso come astratta speranza di scarcerazione

Nel 2008, la Grande Camera ha avuto l'occasione di pronunciarsi sulla compatibilità con la Convenzione della pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale.

Nel caso in questione, la sola possibilità di liberazione per il ricorrente, condannato alla reclusione perpetua, era quella di fare appello al potere discrezionale del Presidente della Repubblica di concedere la grazia, su raccomandazione *dell'Attorney-General*.

La Grande Camera ha riconosciuto che l'imposizione di una pena perpetua *può* sollevare un problema rispetto all'art. 3 della Convenzione se è *de jure* e *de facto incomprimibile*[5]. È pacifico che l'ergastolo sia in linea con la Convenzione ove il diritto interno preveda la liberazione condizionale e un meccanismo che consenta di verificare il persistere dei motivi di ordine penale che giustificano la detenzione[6]. La Corte ha specificato tuttavia che la Convenzione non attribuisce un diritto alla liberazione condizionale né quello a un riesame della pena al fine di una riduzione o un'interruzione. Scelte di questo tipo sono considerate prerogative della politica penale dello Stato, che sfuggono al sindacato della Corte[7].

Il vaglio della Corte sulla *comprimibilità* dell'ergastolo si è ridotto a un controllo artificiale dell'esistenza di una vuota speranza per l'ergastolano di ritrovare la libertà, non in virtù di un meccanismo (giurisdizionale o amministrativo) che consenta di rivalutare la necessità del protrarsi della detenzione,

---

Corte. Si veda D. Galliani, A. Pugiotto, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatitività dei benefici penitenziari?*, in *AIC*, n. 4/2017.

3 *Kafkaris c. Cipro (GC)*, sentenza del 12 febbraio 2008, n. 21906/04.

4 *Murray c. Paesi Bassi* (GC), sentenza del 26 aprile 2016, n. 10511/10.

5 *Kafkaris c. Cipro*, *cit*., § 97.

6 *Ibidem*, § 98.

7 *Ibidem*, § 99.

ma in forza di un atto discrezionale di clemenza del Presidente della Repubblica. Seguendo questo ragionamento, pur riconoscendo i limiti e le lacune della legislazione cipriota, la Corte l'ha ritenuta conforme alle esigenze convenzionali. La *comprimibilità de jure* sarebbe garantita dalla fonte legislativa del potere di grazia del presidente della repubblica e la mera costatazione che il Presidente ne abbia fatto uso assicurerebbe la comprimibilità *de* facto. A discapito del principio giurisprudenziale per cui la Convenzione garantisce diritti concreti ed effettivi e non astratti e illusori, la Grande Camera ha prediletto un approccio formalistico alla questione litigiosa.

I giudici dissenzienti hanno fortemente criticato questa presa di posizione, facendo leva soprattutto sull'assenza di una concreta possibilità di liberazione anticipata e sul difetto di garanzie procedurali[8].

Il giudice Bratza, nella sua opinione concordante, ha sollevato delle questioni di compatibilità di un simile sistema non soltanto con l'articolo 3 della Convenzione, ma anche con il principio di legalità della privazione della libertà personale, garantito dall'articolo 5 della Convenzione. Il giudice inglese ha sottolineato che, in linea generale, la liberazione condizionale viene accordata quando il periodo di detenzione sofferto soddisfa l'elemento punitivo e la pericolosità sociale del detenuto è valutata negativamente. Si tratta di un giudizio sulla sussistenza o meno di legittime finalità punitive che giustifichino (o meno) la prosecuzione della sanzione. Una valutazione di questo tipo, agli occhi del giudice inglese, non può essere affidata a un organo dell'esecutivo, ma deve provenire da un organo indipendente e offrire delle garanzie procedurali.

2. Il salto di qualità della giurisprudenza *Vinter:* obbligo di riesame della pena e concreta possibilità di liberazione

La giurisprudenza *Kafkaris*, applicata in diverse pronunce successive[9], ha conosciuto una sostanziale innovazione nel caso *Vinter e altri c. Regno Unito*[10]. La Corte ha definito la sua posizione in due tappe: in prima istanza

---

[8] Si veda l'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandstrom, Spielmann e Jebens. *Kafkaris c. Cipro*, cit., pp. 69-73.

[9] *Streicher c. Germania*, decisione del 10 febbraio 2009, n. 40384/04; *Meixner c. Germania*, decisione del 3 novembre 2009, n. 26958/07); *Iogorov c. Bulgaria* (*n. 2*), sentenza del 2 settembre 2010, n. 36295/02; *Todorov c. Bulgaria*, decisione del 23 agosto 2011, n. 19552/05; *Simenov c. Bulgaria*, decisione del 23 agosto 2011, n. 21980/04; *Dimitrov et Ribov c. Bulgaria*, decisione dell'8 novembre 2011, n. 34846/08; *Iordan Petrov c. Bulgaria*, sentenza del 24 gennaio 2012, n. 22926/04; *Kostov c. Bulgaria*, decisione del 14 febbraio 2012, n. 30009/08; *Torkoly c.Ungheria*, decisione del 5 aprile 2011, n. 4413/06.

[10] Il caso è stato oggetto dell'esame della Corte nella sentenza di Camera del 17 gennaio 2012 e nella sentenza di Grande Camera del 19 gennaio 2013, nn. 66069/09, 130/10, 3896/10.

con la sentenza del 17 gennaio 2012 e successivamente con la sentenza della Grande Camera del 9 luglio 2013. La vicenda alla base delle due pronunce è la medesima. L'ordinamento inglese, riformato con una legge del 2003 (*Criminal Justice Act*, 2003), attribuisce al giudice la determinazione del *periodo punitivo minimo* che il reo deve scontare prima di poter beneficiare della liberazione condizionale. Nei casi in cui il reato sia particolarmente grave, il giudice può anche optare per una condanna all'ergastolo *reale*, senza possibilità di liberazione condizionale. In ipotesi di questo tipo, l'unica possibilità di scarcerazione è affidata al potere discrezionale del Ministro, che può concedere la liberazione condizionale per "motivi di umanità". Secondo la legislazione penitenziaria, tali motivi, presupposto per l'esercizio del potere del Ministro, sarebbero riconducibili, tassativamente, alle ipotesi di malattia mortale in fase terminale o grave infermità. Secondo l'interpretazione giurisprudenziale, la nozione avrebbe invece una portata più ampia, estensibile alle ipotesi in cui la detenzione sia contraria all'art. 3 della Convenzione[11].

Il regime previgente, se da un lato offriva minori garanzie procedurali, in quanto attribuiva al Ministro la fissazione del periodo punitivo minimo, dall'altro assicurava, quanto meno nella prassi, un riesame della pena dopo 25 anni.

Nel caso di specie, i ricorrenti, tutti condannati all'ergastolo *reale*, hanno lamentato l'*incomprimibilità* effettiva della pena e l'assenza, dopo la riforma legislativa, di un meccanismo che consenta di riesaminarla dopo 25 anni. Le pronunce della Corte EDU arrivano al termine di una complessa vicenda interna e consentono di rispondere, in due tempi, ad alcuni degli interrogativi rimasti aperti dopo la giurisprudenza *Kafkaris*.

La sentenza di Camera ha affermato i principi seguenti:

a) una *pena nettamente sproporzionata* può costituire un trattamento contrario all'art. 3 della Convenzione (§89).

b) L'applicazione dell'ergastolo presenta dei profili problematici rispetto all'art. 3 della Convenzione se è dimostrato che: i) il mantenimento in detenzione non è giustificato da nessuna finalità legittima della pena; ii) la pena è *de jure* e *de facto incomprimibile.*

Secondo il ragionamento della Camera, finché il mantenimento in detenzione risulta giustificato da una delle finalità della pena, nessun problema si porrebbe sotto il profilo dell'art. 3 della Convenzione e la Corte non sarebbe tenuta a esaminare la questione della *comprimibilità*. La Camera ha espresso seri dubbi quanto alla possibilità di assimilare il potere discrezionale del Ministro a una concreta prospettiva di liberazione, ridotta nel sistema inglese a

---

[11] Ci si riferisce, in particolare, al caso *Bieber*, in cui la Corte d'appello è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della legge del 2003 con i criteri *Kafkaris*. Per la ricostruzione dettagliata del dato giurisprudenziale interno, si veda *Vinter c. Regno Unito (GC)*, cit., §§ 47-58.

una mera possibilità per l'ergastolano di morire a casa o in ospedale piuttosto che in carcere[12]. Nonostante queste premesse, la Camera ha ritenuto tuttavia di non doversi pronunciare sulla questione, dal momento che nessuno dei ricorrenti aveva dimostrato che il mantenimento in detenzione non fosse supportato da nessun legittimo motivo di ordine penale[13] e nessuno si era neppure lamentato di un'eventuale sproporzione della pena. Secondo questa impostazione, l'esigenza di *comprimibilità* non sarebbe una condizione di legittimità della pena da valutare al momento della sua applicazione, ma sorgerebbe soltanto in un momento successivo qualora il detenuto provi che il mantenimento in detenzione sia privo di legittime giustificazioni.

In contrasto con questo approccio, i giudici dissenzienti hanno ritenuto violato l'articolo 3 della Convenzione, nel suo aspetto procedurale, in ragione dell'assenza di un meccanismo adeguato di liberazione condizionale, conoscibile fin dal momento della condanna e che offra una *chance* di liberazione quando il detenuto è ancora in salute per vivere la sua vita fuori dal carcere[14].

Il ragionamento della Camera, ripercorso in maniera pressoché identica nel caso *Harkins e Edwards c. Regno Unito*[15], è stato superato dalla Grande Camera. Sulla scia delle osservazioni dei giudici dissenzienti, il diritto a una prospettiva di liberazione viene specificato e assortito di garanzie procedurali. I giudici della Grande Camera hanno ampliato sostanzialmente il giudizio sulla *comprimibilità* della pena e anticipato il momento in cui questo debba essere effettuato.

Il *diritto alla speranza*, riconosciuto dalla giurisprudenza precedente, si concretizza nel diritto ad avere una *prospettiva di liberazione* e *una possibilità di riesame della pena*. La Grande Camera ha ribadito il principio per cui nessuno possa essere detenuto in assenza di motivi legittimi che giustifichino la prosecuzione della pena. Le giustificazioni esistenti al momento della comminazione della sanzione possono venir meno con il passare del tempo e con i progressi del detenuto, per cui è necessario prevedere un meccanismo che consenta di valutarne la persistenza e ordinare la liberazione ove tali presupposti vengano a mancare. A differenza della Camera, la Grande Camera ha specificato che sebbene l'esigenza di valutazione si presenti necessa-

---

[12] Si veda *Vinter c. Regno Unito*, sentenza di Camera, cit., § 94.

[13] La Corte ha ripreso l'approccio della Corte d'appello inglese nella sentenza *Bieber*, in cui è stato affermato che la pena perpetua reale non pone problemi nel momento in cui viene inflitta, ma può sollevarne nel momento in cui il detenuto ritenga che, per il tempo passato in prigione e per i progressi fatti, la prosecuzione della detenzione sarebbe costitutiva di un trattamento inumano e degradante.

[14] Si veda, in particolare, l'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Garlicki, David Thor Bjorgvinsson e Nicolau. *Vinter c. Regno Unito*, sentenza di Camera, cit., pp. 41 e seguenti.

[15] *Harkins e Edwards c. Regno Unito*, sentenza del 17 gennaio 2012, n. 9146/07 e 32650/07.

riamente in un momento successivo, tuttavia il reo ha il diritto di sapere fin dall'inizio della pena cosa debba fare per ottenere la liberazione condizionale e quali siano le condizioni applicabili. Deve poter conoscere il momento in cui la rivalutazione della pena potrà aver luogo o essere sollecitata e a quali condizioni potrà essere accordata. In assenza di un meccanismo del genere, la pena è *ab initio* incompatibile con l'articolo 3 della Convenzione.

La Grande Camera ha sottolineato l'importanza della finalità rieducativa della pena. Una pena perpetua, senza alcuna prospettiva di liberazione, minerebbe la possibilità di reinserimento sociale del condannato. Questo, non solo, sarebbe contrario alla dignità della persona, ma si porrebbe in contrasto con la tendenza esistente a livello europeo e internazionale, secondo cui il reinserimento sociale deve essere il principale obiettivo della pena, da perseguire sempre, anche nei confronti degli ergastolani.

Sulla scorta di questi principi, la Grande Camera ha ritenuto che la legislazione inglese fosse contraria alla Convenzione in quanto non consentiva di individuare con chiarezza questi elementi. La mancanza di chiarezza deriverebbe, in particolare, dalla controversa interpretazione delle condizioni per la concessione della liberazione condizionale da parte del Ministro, limitate dalla legge alle ipotesi di malattia terminale e gravissima invalidità del detenuto e estesa, in via giurisprudenziale, ai casi in cui il mantenimento in detenzione costituisca un trattamento contrario all'articolo 3 della Convenzione.

La scelta della Grande Camera di riscontrare la violazione nell'assenza di chiarezza del dato normativo sembra voler evitare di prendere posizione sul nodo spinoso del problema. Contrariamente a quanto sperato dai giudici dissenzienti nella sentenza di Camera, la Corte non affronta la *vera questione* della legittimità convenzionale dell'ergastolo: decidere, cioè, se la possibilità di riesame della pena esiga o meno la predisposizione di un vero meccanismo di liberazione condizionale, assortito di adeguate garanzie procedurali. La propensione per l'una o l'altra soluzione interferisce notevolmente sull'effettiva possibilità di liberazione: concreta prospettiva, assortita di garanzie procedurali, in un caso, e speranza, più o meno vana, nel secondo.

3. Un passo avanti verso la concreta "prospettiva di liberazione": i casi Öcalan *c. Turchia* e *Trabelsi c. Belgio*

La posizione della Corte nelle sentenze *Vinter* ha lasciato poche luci e molte ombre sulla questione dell'ergastolo[16]. La definizione della *comprimi-*

[16] F. Viganò, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, diritto penale contemporaneo, 4 luglio 2012.

bilità della pena resta ancora dai confini incerti e non è chiaro quali debbano essere le caratteristiche e le garanzie procedurali che il *meccanismo di riesame* dovrebbe avere. Le pronunce Öcalan *c. Turchia (n. 2)*[17] e *Trabelsi c. Belgio*[18] offrono dei chiarimenti su queste questioni essenziali e puntualizzano degli aspetti importanti riguardanti l'esigenza di *proporzionalità della pena*[19].

Nel caso Öcalan, il ricorrente, accusato di terrorismo, era stato condannato alla pena di morte, commutata, in seguito alla sua abolizione in Turchia, in una pena perpetua *reale* senza possibilità di liberazione condizionale. Le possibilità di liberazione si limitavano alla grazia del Presidente della Repubblica in caso di grave malattia o vecchiaia oppure alla speranza di una legge di amnistia che, a intervalli più o meno regolari, il legislatore turco aveva la prassi di adottare. Entrando, questa volta, nel merito della questione, la Grande Camera ha constatato l'assenza di ogni possibilità di reinserimento sociale del detenuto e di meccanismi di riesame della pena. Sulla base di queste considerazioni, il mero potere di grazia del Presidente della Repubblica o la speranza di una legge di amnistia sono stati giudicati assolutamente insufficienti a soddisfare l'esigenza convenzionale di una *prospettiva di liberazione* per legittimi motivi di ordine penale.

La Grande Camera ha poi richiamato l'attenzione sulla portata assoluta e inderogabile dell'art. 3 della Convenzione, sottolineando che i motivi attinenti alla gravità del reato commesso non potranno mai giustificare un trattamento contrario all'art. 3. Il potere punitivo dello Stato incontra un limite assoluto: la tutela della dignità della persona. Nessuna giustificazione di ordine repressivo o preventivo potrà legittimare un sacrificio dei beni giuridici in questione. In questo modo la Corte ha ribadito un aspetto importante nella valutazione della eventuale *netta disproporzione* della pena ai fini della sua legittimità convenzionale. Se la gravità del reato potrà essere considerata nella valutazione della proporzionalità di una sanzione più o meno afflittiva, non potrà mai giustificare, di per sé, l'applicazione di una pena perpetua *reale* senza possibilità di liberazione e come tale contraria all'articolo 3 della Convenzione.

Questo ragionamento viene ripreso anche nella sentenza *Trabelsi*, in cui il ricorrente, accusato anche lui di terrorismo (*Al Qaeda*, questa volta), era stato estradato dalle autorità belghe negli Stati uniti, dove doveva essere pro-

---

[17] Öcalan *c. Turchia (no 2)* nos 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07, 18 marzo 2014.

[18] *Trabelsi c. Belgio*, sentenza del 4 settembre 2014, n. 140/10.

[19] Nella stessa direzione dei casi Öcalan *e Trabelsi*, si segnala, in particolare, il caso *László Magyar c. Ungheria*, n. 73593/10, 20 maggio 2014, particolarmente interessante perché la Corte ha fatto applicazione dell'articolo 46 della Convenzione. Riscontrata l'incompatibilità con la Convenzione della disciplina dell'ergastolo nel sistema ungherese e la natura sistemica del problema, la Corte ha imposto allo Stato l'adozione di misure generali che consentano di adeguare il sistema alle esigenze convenzionali.

cessato. Per reati di questa gravità, era prevista l'applicazione dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale, salvo in ipotesi di collaborazione con la giustizia, grazia presidenziale o liberazione per motivi umanitari. Applicando i criteri *Vinter*, la Corte ha dovuto valutare, con un giudizio *ex ante*, trattandosi di estradizione, che lo Stato terzo offrisse delle ragionevoli prospettive di liberazione e non esponesse l'interessato a un rischio concreto di subire un trattamento inumano e degradante.

Le prospettive di liberazione offerte dalla legislazione statunitense non hanno superato il vaglio della Corte. La mancanza di un *meccanismo di riesame* della pena e la riduzione delle prospettive di liberazione alle sole ipotesi della collaborazione o della grazia per motivi umanitari hanno spinto la Corte a ritenere non soddisfatte le esigenze convenzionali. Perché queste siano soddisfatte, l'ordinamento interno deve prevedere un meccanismo chiaro e accessibile di riesame della pena, offrire una concreta possibilità di reinserimento sociale e una prospettiva liberazione.

4. Un passo avanti (*Murray c. Paesi Bassi*) e uno indietro (*Hutchinson c. Regno Unito*)

L'evoluzione giurisprudenziale nei casi Öcalan e *Trabelsi* ha mostrato una posizione progressivamente più decisa e garantista della Corte EDU rispetto alla questione dell'ergastolo.

In contrasto con questa tendenza, l'evoluzione garantista della giurisprudenza della Corte ha subito una battuta d'arresto, con le sentenze di prima istanza nei casi *Murray c. Paesi Bassi*[20] e *Hutchinson c. Regno Unito*[21], in parte confermata, per quanto riguarda il caso inglese[22], e in parte corretta, nel caso olandese[23], dalla Grande Camera.

a) Il caso *Murray:* l'obbligo positivo dello Stato di perseguire l'obiettivo reinserimento sociale.

Nel caso *Murray*, il ricorrente, affetto da gravi disturbi mentali, era stato ritenuto capace di intendere e di volere e condannato all'ergastolo. Al momento della condanna (1979), la pena consisteva in una reclusione perpetua *reale*, senza liberazione condizionale, con la sola possibilità di ritrovare la libertà per una grazia presidenziale. Nel 2011, una riforma legislativa ha introdotto una possibilità di riesame periodico della pena dell'ergastolo. Nel 2012, dopo una rivalutazione della pena del ricorrente, le autorità competen-

[20] *Murray c. Paesi Bassi*, sentenza del 10 dicembre 2013, n. 10511/10.
[21] *Hutchinson c. Regno Unito*, sentenza del 3 febbraio 2015, n. 57592/08.
[22] *Hutchinson c. Regno Unito (GC)*, 2017, cit.
[23] *Murray c. Paesi Bassi (GC)*, 2016, cit.

ti hanno ritenuto che il mantenimento in detenzione fosse ancora legittimo e giustificato. Il ricorso è stato introdotto davanti la Corte EDU nel 2010.

Nella sentenza di prima istanza, la Camera ha richiamato i criteri *Vinter* e ha concluso per la non violazione dell'art. 3 della Convenzione. In particolare, la Corte ha considerato che, al momento dell'esame del ricorso, esisteva nell'ordinamento interno un meccanismo di riesame della pena in grado di offrire una concreta possibilità di liberazione, ove la pena non risultasse più giustificata. Il 14 aprile 2014, il caso è stato rinviato davanti la Grande Camera e il 26 aprile 2016 è intervenuta la sentenza.

Nelle memorie presentate davanti la Grande Camera, il ricorrente ha contestato l'esistenza di una concreta possibilità di scarcerazione nella sua situazione specifica. Sebbene infatti la riforma del 2011 avesse introdotto la possibilità di ottenere la liberazione condizionale anche per gli ergastolani, tale previsione legislativa era rimasta lettera morta nel caso di specie, dal momento che le autorità competenti non avevano predisposto alcun trattamento dei disturbi mentali del ricorrente, riducendo a zero le possibilità di valutazione positiva del percorso carcerario in vista della liberazione. Se la riforma aveva reso possibile la comprimibilità *de jure* della pena, l'inerzia delle autorità competenti nella presa in carico della situazione del ricorrente, l'aveva resa de facto incomprimibile.

Il fatto di non aver beneficiato di alcun trattamento terapeutico dei propri disturbi mentali e di nessun programma di reinserimento sociale adeguato alle sue condizioni di salute aveva frustrato ogni concreta prospettiva di liberazione del ricorrente, che non si era visto fornire i mezzi minimi necessari per poter seguire con successo un programma rieducativo finalizzato alla sua liberazione e al suo reinserimento sociale.

La vicenda ha fornito l'occasione alla Grande Camera per sottolineare l'interdipendenza tra le condizioni di detenzione e l'obbligo dello Stato di perseguire l'obiettivo del reinserimento sociale. Solo la predisposizione di un percorso carcerario finalizzato alla rieducazione del condannato e individualizzato permette alle persone condannate di raggiungere l'obiettivo della risocializzazione e di ritrovare la libertà[24].

In quest'ottica, il regime carcerario e le condizioni di detenzione diventano degli elementi da prendere in considerazione per valutare la comprimibilità *de facto* della pena. Le condizioni di detenzione devono essere compatibili con la finalità rieducativa e lo Stato ha l'obbligo di organizzare il regime penitenziario in modo da garantire dei percorsi di risocializzazione per i detenuti, adeguandoli alle specifiche esigenze del caso, quali quelle particolari del ricorrente, affetto da disturbi mentali. Il caso ha permesso alla Grande Camera di riconoscere una declinazione specifica del generale ob-

[24] La Corte riprende, nel caso Murray, i principi affermati nel caso *Khoroshenko c. Russia (GC)*, sentenza del 30 giugno 2015, n. 41418/04.

bligo positivo dello Stato di perseguire l'obiettivo della risocializzazione, già riconosciuto dalla sentenza *Vinter*: offrire ai detenuti una concreta possibilità di ottenere la liberazione condizionale, garantendo dei regimi penitenziari compatibili con la finalità rieducativa e con l'obiettivo del reinserimento sociale[25].

b) Comprimibilità *ex post* e potere di riesame affidato a un organo dell'esecutivo. La posizione della Grande Camera nel caso *Hutchinson*.

Nel caso *Hutchinson*, la Corte EDU è tornata ad esaminare, per la terza volta, la legislazione del Regno Unito sull'ergastolo. Il problema sollevato dal ricorrente è il medesimo dei precedenti: l'impossibilità, per i condannati all'ergastolo *reale*, di ottenere la liberazione condizionale e l'assenza di chiarezza del dato normativo quanto ai presupposti per l'esercizio del potere discrezionale del Ministro. L'unica differenza tra la situazione del signor Hutchinson e quelle oggetto del caso *Vinter* consiste nella sopravvenuta giurisprudenza interna sulla compatibilità del sistema con le esigenze convenzionali. La Corte d'appello, nel caso *R. c. Newell: R. v. McLoughlin* (2014), del 18 febbraio 2014, ha affermato che la legislazione interna sarebbe chiara quanto alle "possibilità eccezionali di liberazione per i condannati all'ergastolo". Il Ministro deve verificare che tali ipotesi eccezionali sussistano e che la liberazione del reo sia giustificata da "motivi umanitari". Quest'ultima nozione, ha ribadito la Corte d'appello, non sarebbe limitata alle sole ipotesi di malattia in fase terminale o grave infermità, previste dalle norme penitenziarie, ma deve essere interpretata in maniera compatibile con l'articolo 3 della Convenzione. Secondo questa più ampia interpretazione, il Ministro dovrebbe ordinare la scarcerazione quando questa, alla luce dei principi giurisprudenziali elaborati dalla Corte EDU, risulti contraria all'art. 3. La decisione del Ministro deve essere, inoltre, motivata ed è sottoposta a controllo giurisdizionale.

La lettura degli elementi di fatto lascia aperti molti dubbi quanto alle condizioni di esercizio del potere del Ministro, alle garanzie procedurali previste e quanto infine all'estensione del controllo giurisdizionale, limitato a una valutazione meramente estrinseca, secondo il ricorrente, e approfondito e esteso anche al merito, ad avviso del Governo.

Visti i principi affermati dalla Corte EDU in questa materia e alla luce delle più recenti sentenze (tra cui Öcalan *c. Turchia* e *Trabelsi c. Belgio*), ci si sarebbe aspettati un giudizio negativo della Corte rispetto al sistema inglese. Invece la Corte è giunta a una conclusione opposta, ritenendo la sopravvenuta interpretazione "convenzionalmente orientata" della giurisprudenza

[25] Sull'obbligo positivo degli Stati di garantire il diritto al reinserimento sociale dei condannati, si veda l'opinione parzialmente concordante del giudice Paulo Pinto de Albuquerque, Murray, cit., pp. 55 e ss.

interna sufficiente a sanare (*ex post*) l'assenza di chiarezza, censurata nella sentenza *Vinter*.

La soluzione adottata dalla Camera e sostanzialmente confermata dalla Grande Camera lascia perplessi per due motivi principali. In primo luogo, tale soluzione contrasta con quanto affermato nella sentenza *Vinter* di Grande Camera rispetto al *momento* in cui collocare il giudizio di *comprimibilità* della pena. Coerentemente ai principi *Vinter*, la Corte avrebbe dovuto verificare se, alla luce delle condizioni esistenti al momento dell'introduzione del ricorso (2008), il signor Hutchinson poteva sapere in maniera chiara, fin dal momento della condanna, quando il riesame della pena sarebbe stato effettuato e a quali condizioni ottenere la liberazione. Sulla base di quanto affermato in *Vinter*, a partire dalla modifica legislativa del 2003 e fino, almeno, alla pronuncia della Grande Camera (gennaio 2013), il sistema giuridico britannico non soddisfaceva questa esigenza di chiarezza. Questo dato temporale, valutato alla luce del principio per cui la *comprimibilità* della pena deve essere chiara al reo fin dal momento della sua condanna, sarebbe bastato alla Corte per arrivare a una sentenza di violazione nel caso *Hutchinson,* per gli stessi identici motivi sostenuti nel caso *Vinter*. Si richiama l'attenzione sul fatto che la condanna all'ergastolo del ricorrente risale, in primo grado, al 1984 e che il ricorso è stato introdotto nel 2008, cioè precedentemente ai ricorsi trattati (e riuniti) nella sentenza *Vinter*. In contrasto con il ragionamento tenuto nel caso *Vinter*, la Corte ha posticipato la valutazione della convenzionalità del dato normativo a un momento successivo sia alla condanna, che all'introduzione del ricorso e ha fondato tale valutazione su un'interpretazione giurisprudenziale sopravvenuta (nel 2014). Essendo trascorsi ben 30 anni tra la condanna del ricorrente e i chiarimenti giurisprudenziali sopravvenuti, è evidente che questi ultimi non possano comunque sopperire all'assenza di chiarezza esistente al momento in cui la pena è stata inflitta.

In secondo luogo, lascia perplessi la scelta della Corte di ritenere compatibile con la Convenzione il fatto che le ipotesi di liberazione siano relegate a delle "circostanze eccezionali" e che il riesame sia affidato a un organo dell'esecutivo. La Grande Camera ha affermato esplicitamente che il fatto che la valutazione della legittimità della detenzione sia affidata a un organo dell'esecutivo di per sé non è contraria all'articolo 3 della Convenzione, purché tale potere sia esercitato in maniera compatibile con i diritti riconosciuti dalla Convenzione e assortito di garanzie procedurali[26]. I rischi contro l'arbitrario sarebbero neutralizzati dallo *Human Rights Act*, che impone al Ministro di esercitare il suo potere in maniera conforme alle esigenze della Convenzione. Le garanzie procedurali sarebbero assicurate dal controllo giurisdizionale (formale e di merito) delle sue decisioni. Tuttavia, come constatato dalla stes-

[26] *Hutchinson c. Regno Unito*, cit., n. 57592/08, § 50.

sa Grande Camera, tale controllo non è mai stato finora esercitato, per cui il giudizio della Corte si è limitato a una mera valutazione in astratto[27].

Se è vero che la base normativa interna, come interpretata dalla Corti inglesi, impone al Ministro un'interpretazione convenzionalmente orientata delle "circostanze eccezionali" e dei "motivi umanitari" che giustificano la scarcerazione del condannato, tuttavia il riferimento alla sussistenza di "motivi umanitari" continua a rimandare a una logica compassionevole che mal si concilia con l'obbligo per lo Stato di perseguire l'obiettivo del reinserimento sociale e il divieto di proseguire la carcerazione ove non sia più sorretta da alcuna legittima giustificazione penale[28].

5. Considerazioni conclusive

L'esame del dato giurisprudenziale mostra un approccio progressivamente, seppur non del tutto linearmente, più rigoroso in materia di reclusione perpetua reale. Molte delle istanze dei giudici minoritari sono state accolte dalla Corte EDU che, se non è ancora approdata all'interdizione categorica della reclusione a vita, auspicata dal giudice Paulo Pinto de Albuquerque, nella sua opinione parzialmente dissenziente nel caso Öcalan[29], ha fatto propria l'esigenza, espressa dal giudice nella stessa occasione, di un esercizio razionale e democratico del potere punitivo, che ha imposto un ripensamento della pena dell'ergastolo, riportando in primo piano la tutela della dignità della persona, bene giuridico inviolabile in una società democratica, che non può essere sacrificato in nome di esigenze repressive o general preventive, neppure di fronte ai crimini più gravi.

Sulla scia dei propri precedenti e sollecitata dalle posizioni pioneristiche di alcuni giudici, la Corte EDU ha proposto un approccio alla questione della reclusione perpetua fondato sui diritti del detenuto, che ha imposto allo Stato di perseguire l'obiettivo del reinserimento sociale e di garantire la possibilità concreta per i condannati all'ergastolo di ottenere la liberazione condizionale.

Il recente caso *Marcello Viola (n. 2) c. Italia,* in cui la Corte ha censurato l'ergastolo ostativo[30], rappresenta un punto d'approdo importante della giurisprudenza in questa materia. Riportando al centro la persona, la Corte ha ribadito che la tutela della "dignità umana impedisce di privare una per-

---

[27] *Ibidem*, § 53.

[28] La fragilità argomentativa della decisione della Corte è stata sottolineata dal giudice Pinto de Albuquerque nella sua opinione dissenziente *Hutchinson*, cit., pp. 33 e ss.

[29] Öcalan, cit., pp. 55 e ss.

[30] Per un approfondimento, si veda E. Dolcini, E. Fassone, D. Galliani, P. Pinto De Albuquerque, A. Pugiotto, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli Editore, 2019.

sona della sua libertà senza operare nel contempo per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà"[31]. Sulla base di un esame approfondito della versione italiana della reclusione perpetua e prediligendo un approccio sostanzialista, votato alla garanzia effettiva delle disposizioni convenzionali, la Corte ha censurato gli automatismi e le preclusioni che caratterizzano la disciplina interna. Tale sistema, agli occhi della Corte, limita eccessivamente la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità di un riesame della sua pena, frustrando l'obiettivo del reinserimento sociale e condannandolo ad una pena *de facto* incomprimibile e pertanto contraria all'art. 3 della Convenzione[32].

---

[31] *Marcello Viola c. Italia (n. 2)*, cit., § 113.

[32] Per un approfondimento, si veda D. Galliani, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio costituzionale,* n. 4/2019; G. Picaro, *La Corte E.D.U. dichiara l'ergastolo ostativo incompatibile con l'art. 3 della Convenzione. Brevi riflessioni a margine della sentenza "Viola"*, in *Archivio Penale*, n. 2/2019.

SUSSIDIARIETÀ DELLA TUTELA CONVENZIONALE E NUOVE PROVE DI DIALOGO TRA LE CORTI: NOVITÀ IN TEMA DI *ACCESSIBILITÀ* DEL GIUDIZIO COSTITUZIONALE DOPO LE 'SENTENZE GEMELLE' (E LA SENTENZA N. 49 DEL 2015). COMMENTO A *PARRILLO C. ITALIA*, GC, SENTENZA 27 AGOSTO 2015

di Barbara Randazzo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'eccezione del Governo italiano sul mancato previo esaurimento dei rimedi interni. – 3. Il ragionamento della Grande Camera: una posizione interlocutoria? – 4. L'apertura di una minoranza del collegio: l'opinione concordante comune dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Dedov. – 5. Sul rinvio della discussione sulla questione di costituzionalità pendente in attesa della decisione della Grande Camera: uno strumento di coordinamento dei sistemi di tutela non coerente col principio di sussidiarietà. – 6. Da Strasburgo a Roma: qualche suggerimento.

1. Premessa

Con la sentenza Parrillo resa nei confronti dell'Italia lo scorso 27 agosto, la Grande Camera della Corte EDU ha dichiarato la non violazione dell'art. 8 CEDU, sotto il profilo del rispetto della vita privata, in ragione del divieto, previsto dall'art. 13 della legge n. 40 del 2004, di donazione di embrioni crioconservati a fini di ricerca scientifica.

La pronuncia della Corte europea, oltre ad offrire importanti spunti di riflessione sul merito della delicata questione decisa, si segnala per le significative affermazioni contenute nella parte dedicata alla disamina dell'eccezione di irricevibilità formulata dal Governo italiano sul mancato previo esaurimento dei rimedi interni (par. 87-105).

La portata di tali affermazioni sarà da apprezzarsi anche alla luce dell'opinione parzialmente concordante comune dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Dedov allegata alla sentenza, che dà contezza piena della discussione insorta sul punto in seno al collegio.

Il tema assume particolare rilevanza nell'ambito della definizione dei criteri e degli strumenti di coordinamento necessari a garantire un dialogo effettivo tra le Corti nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali, nonché nell'ottica della valorizzazione del principio di sussidiarietà, già emersa in occasione della Convenzione di Brighton, e poi confluita nelle previsioni del Protocollo n. 15[1].

---

[1] Secondo il cui articolo 1 alla fine del preambolo della Convenzione è aggiunto un nuovo

2. L'eccezione del Governo italiano sul mancato previo esaurimento dei rimedi interni

Nel caso di specie, la ricorrente aveva adito la Corte europea dei diritti senza esperire alcun rimedio interno sulla base della consolidata giurisprudenza europea in materia: sin dal caso *Brozicek c. Italia* (Corte Plenaria, sentenza 19 dicembre 1989 par. 34), infatti, il Giudice di Strasburgo aveva chiarito che in presenza di una *violazione discendente dalla legge* il ricorso dinanzi al Giudice delle leggi italiano non poteva considerarsi rimedio *accessibile* ai sensi dell'art. 35 par. 1 CEDU in quanto non disponibile, dato che il sistema di giustizia costituzionale italiano non contempla l'accesso diretto del singolo alla Corte costituzionale[2].

Sugli aspetti problematici di detta giurisprudenza ci si è già soffermati altrove[3], ci si limita qui ad osservare che così ragionando si arrecava di fatto un grave *vulnus* al principio di sussidiarietà della tutela convenzionale, sottraendo in toto al previo controllo delle autorità nazionali le violazioni discendenti dalla legge, vale a dire dell'atto massima espressione della sovranità dello Stato, con il conseguente effetto, non trascurabile sotto il profilo della tutela interna dei diritti fondamentali, di sottrarre di fatto competenze al Giudice costituzionale italiano. Anche per questa ragione si era ritenuto in passato opportuno proporre l'introduzione, a determinate condizioni, di un ricorso diretto dinanzi alla Corte costituzionale[4], e tuttavia ora pare possibile raggiungere il medesimo obiettivo per altra (e meno impervia) via.

Per la prima volta nel caso *Parrillo*, il Governo italiano ha eccepito il mancato previo esperimento dei rimedi interni, sostenendo che la ricorrente avrebbe dovuto adire il giudice nazionale per far valere anzitutto dinanzi ad esso il contrasto di detto divieto con la Costituzione italiana e con la CEDU. Secondo il Governo italiano la ricorrente avrebbe dovuto prospettare una questione di legittimità costituzionale sull'art. 13 della legge n. 40 in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione come integrato dalle pertinenti disposizioni convenzionali. Dopo le celebri 'sentenze gemelle' n.

---

considerando così redatto: "Affermando che spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al *principio di sussidiarietà*, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi protocolli e che, nel fare ciò, esse godono di un *margine di apprezzamento*, sotto il controllo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo istituita dalla presente Convenzione," (corsivi aggiunti).

[2] Cfr. *ex multis*, *Immobiliare Saffi c. Italia*, GC, sentenza 28 luglio 1999, par. 42; *C.G.I.L. e Cofferati c. Italia*, sentenza 24 febbraio 2009, par. 48; *M.C. e altri c. Italia*, sentenza 3 settembre 2013, par. 47.

[3] Sia consentito il rinvio a B. Randazzo, *Il caso Costa e Pavan c. Italia: la bulimia della Corte dei "desideri"*, in *Quad. cost.*, n. 2/2013, p. 462.

[4] In B. Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2012, pp. 10-15.

348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale, infatti, i giudici italiani sono tenuti a sollevare questione di costituzionalità nell'ipotesi in cui sia lamentato un *vulnus* alle garanzie convenzionali non risolvibile sul piano ermeneutico. Il sistema introdotto nel 2007 fa gravare sul giudice comune l'*obbligo* di interpretare in modo conforme alla CEDU la disposizione interna di cui deve fare applicazione, e il conseguente *obbligo* di sollevare la corrispondente questione di costituzionalità/convenzionalità allorché una siffatta interpretazione non risulti possibile.

3. Il ragionamento della Grande Camera: una posizione interlocutoria?

Il Giudice europeo, dopo aver esaminato *funditus* l'argomento invocato dal Governo italiano (spec. par. 88-89), osserva che tuttavia l'orientamento richiamato «n'est pas suivie, dans le faits, par une pratique juridictionnelle établie, notamment dans le domaine de la procréation médicalement assistée» (par. 92).

In materia di procreazione medicalmente assistita, la Corte europea conta soltanto due casi nei quali i giudici interni hanno preso in considerazione la Convenzione[5], mentre negli altri casi i profili convenzionali o non sono invocati ovvero, nel caso dei giudizi di costituzionalità, non sono esaminati dalla Corte costituzionale[6]. Com'è accaduto ancora da ultimo del resto con la sentenza n. 96 del 2015, non richiamata dalla Corte europea, che dà seguito alla sentenza Costa e Pavan[7]: benché il remittente avesse sollevato la questione di costituzionalità anche in riferimento ai parametri convenzionali (art. 8 e 14 CEDU), il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, in riferimento ai soli art. 2 e 32 della Costituzione (ritenendo assorbite le altre censure), degli art. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera *b*), della legge n. 194 del 1978, accertate da apposite strutture pubbliche.

Con riferimento allo specifico divieto di cui all'art. 13 della legge n. 40, la Corte di Strasburgo dubita inoltre dell'efficacia del rimedio interno dato che, trattandosi di *questione nuova*, secondo le affermazioni contenute nella recente sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale, il giudice comune non sarebbe in ogni caso tenuto a conformarsi alla giurisprudenza europea,

---

[5] Si tratta dell'ordinanza del Tribunale di Cagliari del 9 novembre 2012 e dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 15 gennaio 2014 (cfr. par. 96 sentenza).

[6] Per puntuali richiami si v. i par. 78, 81, 91-96 della sentenza.

[7] Corte EDU, sentenza 28 agosto 2012.

non essendo la questione oggetto di un orientamento «bien établie» né di un «arrêt pilote» (par. 97-100).

Benché dunque il Giudice europeo da principio si sia dimostrato 'tiepido' rispetto alla soluzione delle gemelle – si ricordi che nel 2007 l'altra alternativa in campo era quella della disapplicazione della norma interna incompatibile con la CEDU, sul modello adottato per il diritto europeo comunitario – si deve sottolineare come per la prima volta abbia invece manifestato apprezzamento nei confronti del «sistema delle sentenze gemelle», forse anche in ragione di qualche preoccupazione per i più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale[8]. Proprio questi ultimi, infatti, lo hanno indotto a ritenere sostanzialmente non dimostrato che, in materia di donazione di embrioni alla ricerca, il ricorso dinanzi al giudice interno insieme all'obbligo per quest'ultimo di sollevare questione di costituzionalità alla luce della Convenzione, costituisca una via di ricorso effettiva ai sensi dell'art. 35 par. 1 CEDU (par. 103-104).

4. L'apertura di una minoranza del collegio: l'opinione concordante comune dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Dedov

Di particolare pregio per la riflessione in corso è la diversa motivazione con la quale una minoranza del collegio, nell'opinione concordante comune dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Dedov, ha purtuttavia condiviso la conclusione della maggioranza nel senso del rigetto dell'eccezione di irricevibilità circa il mancato previo esaurimento dei rimedi interni.

Detta minoranza afferma con chiarezza, per la prima volta, che il «sistema delle sentenze gemelle» è in grado di rimettere in discussione l'orientamento europeo consolidato per cui, in assenza di un ricorso diretto alla Corte costituzionale, il giudizio di costituzionalità non costituisce un rimedio interno da esperire prima del ricorso CEDU (par. 10).

Si tratta evidentemente di un'apertura di grande rilevanza sul piano dei rapporti tra le due Corti che salvaguarda, da un lato, il ruolo del Giudice delle leggi nel sistema di giustizia costituzionale italiano e, dall'altro, il principio di sussidiarietà della tutela convenzionale nei casi in cui a determinare la violazione della Convenzione sia una legge o una lacuna legislativa.

La minoranza del collegio definisce «alternative au sens strict (*tertium non datur*)» quella di fronte alla quale si trovano, dopo le due sentenze del 2007, i giudici comuni italiani: o interpretano la norma interna in senso conforme alla Convenzione, come interpretata a sua volta dalla Corte di Strasburgo, ovvero *devono* sollevare la questione di costituzionalità.

---

[8] Come sembra evincersi dal par. 8 dell'opinione parzialmente concordante comune dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Dedov sulla quale si v. *infra*, par. 4.

Dunque per i giudici che hanno condiviso l'*opinion*, in questo contesto, la tradizionale giurisprudenza della Corte invocata in ordine alla non accessibilità del giudizio costituzionale «ne devrait pas s'appliquer en l'espèce» (par. 5).

Secondo detta minoranza con il «sistema delle sentenze gemelle», infatti, il 'ricorrente potenziale' che non ha ottenuto dal giudice comune una interpretazione della legge nazionale conforme alla Convenzione «*a le droit*» che la Corte costituzionale si pronunci sulla questione (par. 6), pertanto egli «doit *en principe* saisir d'abord le juge interne, pour autant que le cadre juridique tracé par les arrêts n^{os} 348 et 349 de 2007 de la Cour constitutionnelle italienne puis atténué par l'arrêt n° 49/2015 rendu par cette même cour ne soit pas remis en causa dans sa substance même» (par. 10).

Nella specie, pertanto, la minoranza si trova a concordare con la maggioranza del collegio in ragione del fatto che la Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 49 del 2015 ha limitato l'obbligo di conformazione alla sola giurisprudenza europea 'bien établie' o enunciata con un 'arrêt pilote', si legge: «Or lorsque se pose un questione nouvelle, comme c'est indéniablement le cas en l'espèce, la position adoptée par la Cour constitutionnelle exclut que l'on puisse considérer que le requérant potentiel doit saisir le juge interne avant de s'adresser à la Cour» (par. 8).

Sembrerebbe allora plausibile ritenere che, se la Corte costituzionale nel marzo scorso non avesse adottato una siffatta discutibile pronuncia[9], la Corte europea oggi sarebbe probabilmente pervenuta ad una dichiarazione di irricevibilità per mancato previo esaurimento dei rimedi interni.

5. Sul rinvio della discussione sulla questione di costituzionalità pendente in attesa della decisione della Grande Camera: uno strumento di coordinamento dei sistemi di tutela non coerente col principio di sussidiarietà

Sempre sotto il profilo della ricevibilità, in risposta all'eccezione governativa di mancato previo esaurimento dei rimedi interni, sia la ricorrente

---

[9] Per un esame critico della stessa si v. V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2015 (maggio 2015); M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica come occasione per la nascita del diritto vivente europeo,* in *Diritto penale contemporaneo*, 2015 e ivi si v. anche i contributi di V. Manes, *La confisca "senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*; A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo della CEDU in ambito interno*; F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope*. Si v., volendo, anche B. Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015 (29 maggio 2015).

(par. 87) che la Corte europea (par. 99 e 105) richiamano la decisione assunta dal Presidente della Corte costituzionale (il 19 marzo 2014) di rinviare la discussione già fissata (l'8 aprile 2014) della questione di costituzionalità avente ad oggetto il medesimo divieto di donazione degli embrioni (ex art. 13 della legge n. 40 del 2004) in attesa della pronuncia della Corte EDU sul caso Parrillo.

Siamo di fronte ad una decisione del Giudice delle leggi la cui motivazione non pare del tutto comprensibile per almeno tre ordini di ragioni: anzitutto perché i parametri invocati, eccezion fatta per un richiamo diretto alla Convenzione di Oviedo sulle biotecnologie (art. 1, 5, 18), erano tutti interni [si denunciava infatti il contrasto con gli art. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33, primo comma, della Costituzione, senza alcun riferimento né l'art. 117, primo comma, Cost. né la CEDU]; in secondo luogo perché, come si dirà più diffusamente nelle conclusioni, nella materie eticamente sensibili, la Corte costituzionale ha sinora manifestato la tendenza a marcare la propria autonomia rispetto alla scelte del Giudice europeo, limitandosi non di rado a dichiarare 'assorbiti' i profili CEDU invocati dai remittenti[10]; in terzo luogo perché nella sentenza n. 264 del 2012 (seguito del caso *Maggio*) aveva rimarcato la diversità del controllo di costituzionalità sulle leggi rispetto al giudizio di Strasburgo.

Che si tratti di *fair play*, di semplice timore di smentita, di un ripensamento ovvero, al contrario, della volontà di riservare a sé l'ultima parola, ciò che appare indubbio è che così facendo la Corte costituzionale interpreta e applica all'inverso il principio di sussidiarietà della tutela convenzionale garantito dagli art. 1, 13 e 35 par. 1 CEDU e ora previsto espressamente, insieme al cd. margine di apprezzamento riservato agli Stati di cui costituisce un logico *pendant*, dal 15esimo Protocollo addizionale alla CEDU in corso di adozione[11].

Proprio su questa base neppure risulta comprensibile la posizione della Corte europea in merito a detto rinvio: non è chiaro, in particolare, in che modo possa iscriversi la decisione nella logica delle 'sentenze gemelle' che riserva al Giudice di Strasburgo l'interpretazione della Convenzione e al Giudice costituzionale "de rechercher s'il existe un conflit entre telle out elle norme nationale et les droits garantis par la Convention, à la lumière notamment de l'interprétation fournie par la Cour européenne des droits de l'homme" (par. 98-99). La Corte europea sembra in realtà limitarsi ad usare strumentalmente la decisione del Presidente della Corte costituzionale, come

---

[10] Così, più di recente, cfr. sentenze n. 96 del 2015 e n. 162 del 2014. Per un quadro completo della giurisprudenza costituzionale si v. il Cap. IV intitolato "*La Repubblica, l'ordinamento europeo, il sistema CEDU e il diritto internazionale*" delle *Relazioni annuali sulla giurisprudenza costituzionale* curato da chi scrive, disponibile sul sito ufficiale della Corte costituzionale: www.cortecostituzionale.it.

[11] Si v. *supra* nota n. 1.

argomento *ad adiuvandum*, della decisione di rigetto sull'eccezione di irricevibilità formulata dal Governo (par. 105).

6. Da Strasburgo a Roma: qualche suggerimento

Della motivazione sulla ricevibilità di cui si è dato conto colpisce la particolare attenzione che la Corte europea ha dedicato alla ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sui rapporti con la CEDU per saggiare in concreto la tenuta del modello delle 'sentenze gemelle' inaugurato nel 2007.

Il ritratto che ne esce non è a tinde nitide, emergono orientamenti discontinui, qualche aporìa, probabili espressioni di un non risolto (o non univoco in seno al Collegio) atteggiamento nei confronti della giurisprudenza europea di cui ancora i giudici interni faticano a comprendere fino in fondo il linguaggio. Ciò emerge molto limpidamente dalla motivazione della sentenza n. 49 del 2015 che ricorre ad istituti tipici di una giurisdizione di legittimità, qual è la Corte di Cassazione, per ragionare sulla giurisprudenza di un Giudice, quello europeo, che è per natura, giudice del caso concreto.

Da Strasburgo sembra giungere un invito molto chiaro a garantire maggiore coerenza nell'utilizzo della Convenzione e della giurisprudenza europea secondo il modello delle 'sentenze gemelle', sia da parte della Corte costituzionale sia da parte dei giudici comuni.

Il rispetto di questa condizione potrebbe dunque indurre la Corte dei diritti a riconoscere, in futuro, l'*accessibilità/effettività* dei rimedi interni, laddove la violazione della CEDU lamentata discenda dalla legge o da una lacuna legislativa, superando così l'orientamento sinora seguito.

Una siffatta maggiore coerenza non pare doversi ridurre alla pretesa di un semplicistico supino assoggettamento a presunti 'diktat' di Strasburgo riversata sui giudici interni, e neppure ad una loro dura prova di resistenza, quanto piuttosto ad una più matura conoscenza e presa in considerazione dei canoni ermeneutici e degli argomenti utilizzati dalla Corte dei diritti. Sotto questo profilo il modello delle Corti britanniche resta il più persuasivo[12].

È tempo di superare le 'secche' di un dialogo mero esercizio di retorica e *fair play,* per coltivare un aperto e serrato confronto sul catalogo e sui contenuti dei diritti fondamentali del XXI secolo, ben consapevoli delle minacce che giungono alla loro tutela da più parti: dagli entusiasti 'disseminatori' di diritti, proni di fronte al principio di autodeterminazione del singolo e di fronte a qualunque conquista della scienza e della tecnica, ma anche da parte dei 'detrattori' dei diritti che sembrano invece avere perso o rimosso il senso

---

[12] Sia consentito il rinvio a B. Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione*, cit.

delle conquiste, pagate col sangue di molti, del secolo passato.

Nel decidere il merito del caso di specie, la Corte europea è apparsa coerente con l'orientamento che riconosce agli Stati un *ampio margine di apprezzamento* negli ambiti eticamente sensibili, in cui si pongono delicati interrogativi di ordine morale, in assenza di quel *consensus* europeo che solo potrebbe giustificare l'affermazione di un livello di tutela uniforme nei 47 Paesi membri.

La parola ora torna alla Corte costituzionale che, con la sospensione dello scorso marzo, sembra soltanto aver guadagnato tempo per meditare su una decisione certamente non facile[13], ma che resta del tutto impregiudicata dalla forse prevedibile – una volta composto il quadro di diritto europeo comparato – decisione di Strasburgo.

---

[13] Per un quadro aggiornato della giurisprudenza europea sulle questioni eticamente sensibili si v. R. Conti, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, 2015, spec. p. 271 ss.; per un esame delle diverse giurisprudenze sulla ricerca in campo genetico si v. A. Iannuzzi, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sui limiti alla ricerca scientifica nel contesto del dialogo a distanza fra le Corti nazionali e internazionali. Il caso della ricerca in campo genetico*, in *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, a cura di A. Iannuzzi, Napoli 2015, p. 61 ss.

TRA PROCEDURA E LEGITTIMAZIONE POLITICA. IL (FRAGILE) MOMENTO COSTITUZIONALE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO*

di Giorgio Repetto

1. Al volgere del decennio in corso, il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo si prepara ad affrontare nuove sfide. Si ripropongono in particolare con rinnovato vigore, ma in termini in larga parte nuovi rispetto al più recente passato, gli interrogativi intorno al ruolo e ai limiti di azione della Corte europea dei diritti dell'uomo, che di quel sistema rappresenta l'istituzione più rappresentativa e autorevole, oltre che l'organo cui è affidata la funzione di interprete eminente della Convenzione e degli obblighi che da essa discendono per gli Stati contraenti. Paulo Pinto de Albuquerque, protagonista della giurisprudenza della Corte e insieme lucido e coraggioso interprete del suo ruolo di garante del *civilisational acquis*, ha messo spesso al centro dei suoi interventi la consapevolezza dei tanti nodi che agitano il sistema convenzionale. Un sistema oggi stretto tra i sempre più frequenti *backlashes* che si verificano negli ordinamenti nazionali e la ferma necessità di ribadire che "the Court has more often than not carried the torch for the progressive side, promoting the cause of the minorities, the marginalised, the excluded, the despised, the dispossessed, the disadvantaged, the disenfranchised, the outcast, the pariah, all those sons of a lesser God left behind by governments and domestic courts"[1].

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

Dal primo punto di vista, è noto come il processo di riforma interna degli strumenti operativi della Corte si sia avviato con il Protocollo n. 14 (sottoscritto nel 2004 ed entrato in vigore il 1° giugno 2010), cui hanno fatto seguito le successive conferenze di Interlaken (2010), Smirne (2011), Brighton (2012), Brussel

---

* Il presente contributo è stato pubblicato, con lievi modifiche, nel numero speciale di *Questione giustizia* su "La Corte di Strasburgo", a cura di F. Buffa e M. G. Civinini (2019).

[1] Cito un estratto, tra le tante ricche e suggestive *opinions* di Paulo Pinto, quella di taglio autenticamente monografico allegata alla sentenza della Grande Camera del 28 giugno 2018, *GIEM srl and others v. Italy* appl. no. 1828/06), § 64.

(2015) e, da ultimo, Copenhagen (2018), in cui sono stati affrontati soprattutto i nodi relativi alla gestione dell'enorme arretrato che i giudici di Strasburgo si sono trovati a fronteggiare negli anni 2000. In tali occasioni, accanto ad una modifica di taluni aspetti procedurali, si è talvolta assistito al tentativo di influire anche su taluni aspetti propriamente sostanziali dell'operato della Corte, con l'intento non sempre celato di limitarne gli spazi di manovra e di contenerne la "creatività" interpretativa. Il fronte su cui si è tuttavia assistito con maggiore evidenza a reazioni molto critiche nei confronti della Corte è, dal secondo punto di vista, quello che ha spinto taluni Stati a "sfidare" apertamente la giurisprudenza europea, sia limitandone drasticamente in via giurisprudenziale l'efficacia a livello interno, sia giungendo talvolta a dichiarare in via sistematica l'inefficacia di quelle pronunce che non tenessero adeguatamente conto delle peculiarità del quadro costituzionale. Se i casi più noti sono quelli, emblematici nella loro diversità, del Regno Unito e della Russia (che sono arrivate entrambe a minacciare l'uscita dalla Convenzione dopo aver in vario modo limitato l'efficacia delle sentenze nel diritto interno)[2], non bisogna dimenticare situazioni analoghe come quelle avutesi più di recente in Danimarca[3] e in Slovenia[4].

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

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

2. Un'analisi delle statistiche pubblicate sul sito della Corte EDU rivela che negli ultimi anni l'enorme arretrato pendente si è andato progressivamente riducendo, fino a toccare oggi numeri vicini alla stagione immediata-

---

[2] Per un quadro più ampio v. S. Flogaitis, T. Zwart, J. Fraser, *The European Court of Human Rights and its Discontents. Turning Criticism into Strength*, Cheltenham, 2013.

[3] J. Hartmann, *A Danish Crusade for the Reform of the European Court of Human Rights*, in *EJIL Talk!*, 14 nov. 2017.

[4] M. Avbelj, *Slovenia's Supreme Court rejects the European Court of Human Rights*, in *Verfassungsblog.de*, 26 ott. 2018.

mente precedente l'esplosione dei ricorsi[5].

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

Dal primo punto di vista, basterebbe ricordare gli effetti prodotti dall'introduzione del c.d. giudice unico che, ai sensi dell'art. 27 della Convenzione, "può dichiarare irricevibile o cancellare dal ruolo della Corte un ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 quando tale decisione può essere adottata senza ulteriori accertamenti". A una tale soluzione, definita eloquentemente come '*spectacular*' dall'allora Presidente Nicholas Bratza[6], si deve la gran parte dell'eliminazione dell'arretrato pendente, come è dimostrato dalla mole crescente di ricorsi dichiarati *prima facie* inammissibili già nei primissimi anni di applicazione del nuovo sistema[7]. Si tratta però di una soluzione che non ha mancato, come si vedrà, di suscitare perplessità, soprattutto tenendo conto del fatto che i provvedimenti che dichiarano l'irricevibilità risultano poco o nulla motivati e vengono nella sostanza decisi, più che dai singoli giudici delegati, da *non-judicial rapporteur* facenti parte della Cancelleria della Corte, su cui ricade – vista la mole di atti e di ricorsi trasmessi giornalmente – il compito di istruire il fascicolo e sottoporre al giudice una proposta di eliminazione dal ruolo. Tale proposta diventa infatti di norma definitiva a meno che il giudice la rifiuti espressamente, nel giro di un paio di settimane, e richieda che il fascicolo stesso venga assegnato a una camera (art. 29) o a un comitato (art. 28)[8].

Nella stessa direzione "deflattiva" andava poi la clausola, introdotta nell'art. 35, par. 3, lett. b) CEDU, secondo la quale "La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 se ritiene che ... (b) il ricorrente non ha subito alcun pregiudizio importante, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito e a condizione di non rigettare per questo motivo

---

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

[6] In occasione dell'apertura dell'anno giudiziario della Corte EDU il 27 gennaio 2012, in *Annual Report* 2012, p. 33.

[7] 22260 nei sette mesi del 2010, per passare ai 46928 del 2011 e agli 88407 nel 2012.

[8] I. Cameron, *The Court and the member states: procedural aspects*, in A. Føllesdal, B. Peters, G. Ulfstein (eds.), *Constituting Europe: the European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, 2013, p. 33.

alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno". Con essa si mirava soprattutto a fornire alla Corte uno strumento in grado di filtrare ricorsi pretestuosi (*trivial*), così da sancire espressamente il principio *de minimis non curat praetor*, che pure era stato invocato da lungo tempo in talune opinioni dissenzienti[9]. Senonché, tale clausola si è rivelata largamente inservibile allo scopo, perché un'analisi intorno all'esistenza effettiva di un "pregiudizio importante" richiede pur sempre una valutazione di merito, il che spiega perché la percentuale di ricorso a questa causa di inammissibilità dei ricorsi è stata finora assai poco significativa[10].

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

Tali ricorsi, come si sa, possono essere presi in carico e risolti anche nel merito nel senso dell'accoglimento (oltre che dell'ammissibilità), lì dove esista un diritto consolidato della Corte, dai comitati di tre giudici istituiti dall'art. 28 della Convenzione, par. 1, lett. b). Ma quello dei *ripetitive cases* è soprattutto il fronte su cui si sono sviluppate negli ultimi anni le sentenze c.d. pilota, che hanno trovato un esplicito riconoscimento nell'art. 61 del Regolamento di procedura della Corte e grazie alle quali essa è riuscita a gestire (e spesso a risolvere) casi di violazione sistemica indirizzando le autorità nazionali verso procedure di adattamento e di *compliance* alle indicazioni provenienti dal sistema sovranazionale, facendo poi ricadere sulle medesime autorità interne il compito di soddisfare le pretese dei ricorrenti mediante strumenti compensativi o, dove possibile, restitutori. Meno significativo statisticamente – ma ugualmente se non più indicativo delle strategie cui fa ricorso la Corte – è poi il caso di quelle decisioni in cui la predisposizione di percorsi generalizzati per porre rimedio a violazioni seriali è elaborata dalla Corte rispetto a situazioni simili *ma non identiche* (ad esempio perché provenienti anche da Stati diversi), in cui essa adotta decisioni di principio

---

[9] Ad es. v. *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom* [GC], ricc. Nn.nos 15809/02 e 25624/02, Dissenting Opinion del Giudice Myjer. Per ulteriori indicazioni v. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015, p. 782.

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

(*judgments of principle*) nei confronti di uno Stato, chiamando gli altri Stati a rendere conto di come essi intendono adeguarsi a quanto stabilito, in presenza di un quadro fattuale e normativo analogo, nel caso "madre"[11]. Nel caso *M.S.S. v. Belgium and Greece*[12], ad esempio, la constatazione di una violazione del diritto dei richiedenti asilo di essere rimpatriati in Grecia nell'ambito dell'applicazione del c.d. Regolamento di Dublino ha spinto la Corte a chiedere ad altri Stati, per i quali si poneva lo stesso problema, come essi intendevano dare applicazione al principio stabilito in *M.S.S.* e a dichiarare i relativi ricorsi inammissibili ove dalle autorità nazionali fossero venute chiare dimostrazioni di volersi attenere a quel principio[13].

È necessario da ultimo menzionare la novità, introdotta a partire dal 2009[14], consistente nella possibilità per la Corte di dotarsi di una *priority policy*, vale a dire un elenco nel quale si fissa l'urgenza della trattazione dei diversi ricorsi giunti alla Corte, a seconda di un ordine decrescente di gravità riferito al parametro convenzionale violato o, soprattutto, alla tipologia di violazione lamentata[15]. Come è stato giustamente notato, la *priority policy* non si traduce per la Corte nella possibilità di operare una selezione delle *issues* di cui occuparsi, ma solo in una risposta alle sollecitazioni provenienti dai singoli ricorrenti e dalle ONG attive nel campo dei diritti umani, che da lungo tempo hanno invocato questo strumento al fine di preservare la perdurante centralità dello strumento del ricorso individuale come perno indefettibile dell'azione della Corte[16].

Il quadro che emerge dal complesso di queste novità, e dalle altre che sono contenute nel Protocollo n. 15 (non ancora entrato in vigore) e nel mec-

---

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

[12] Ric. n. 30696/09, dec. 21.1.2011. La Corte si è espressa facendo ricorso al medesimo strumento anche nei casi *N.A. v. United Kingdom* (ric. n. 25904/07, Dec. 17.7.2008) e *Sufi and Elmi v. United Kingdom* (ric. n. 8319/07, dec. 28.6.2011).

[13] Nei *casi Shakor and Others v Finland* (ric. n. 10941/10 et al., cancellata dal ruolo, 28.6.2011); *Ali Gedi and Others v Austria* (ric. n. 61567/10 et al., cancellata dal ruolo, 4.10.2011); and *Ahmed Ali v The Netherlands and Greece* (ric. n. 26494/09, dec. ammiss., 24.1.2012, par. 8).

[14] Mediante la modifica dell'art. 41 del *Regolamento di procedura della Corte*.

[15] Nell'ultima versione della *priority policy* (in vigore dal 22 maggio 2017), il grado più alto di priorità è attribuito ai casi in cui sussiste un rischio per la vita o la salute del ricorrente, la restrizione della sua libertà personale o i diritti dei minori. Ad un livello immediatamente inferiore si collocano le "applications raising questions capable of having an impact on the effectiveness of the Convention system (in particular a structural or endemic situation that the Court has not yet examined, pilot-judgment procedure) or applications raising an important question of general interest (in particular a serious question capable of having major implications for domestic legal systems or for the European system)", *The Court's priority policy*, in www.echr.coe.int.

[16] I. Cameron, *The Court and the member states*, cit., p. 43.

canismo dei pareri consultivi introdotto dal Protocollo n. 16 (entrato in vigore nell'agosto del 2018), restituiscono l'immagine di una Corte che ha saputo, da un primo punto di vista, sicuramente rinnovare i suoi metodi di lavoro, cercando soprattutto di preservare la complessa interazione – costitutiva per la sua stessa ragion d'essere e la sua perdurante legittimazione – tra il suo essere chiamata a rendere *individual justice* (mantenere cioè la centralità del sistema del ricorso individuale) e le aspettative di *constitutional justice* (che essa, cioè, fornisca *standard* oggettivi per l'identificazione dell'ordine pubblico europeo dei diritti fondamentali). Lo smaltimento dell'arretrato, la gestione dei *repetitive cases* tramite le sentenze pilota (e non solo), nonché la *priority policy* testimoniano chiaramente una maggiore propensione della Corte a dotarsi di linee di intervento capaci di sacrificare la necessità di rendere conto di ogni singolo ricorso, in nome dello svolgimento di una funzione che miri a guidare in termini maggiormente obiettivi e sistemici le carenze a livello nazionale in tema di rispetto dei diritti[17].

È però anche vero, dall'altro lato, che i costi prodotti da un simile riassestamento procedurale (ad esempio in termini di trasparenza e di *accountability* rispetto alla mole ormai sterminata di dichiarazioni di irricevibilità non motivate) potrebbero non essere compensati da un aumento della capacità di *guidance* della Corte EDU rispetto alle autorità nazionali. Infatti, quello che essa perde (ed è molto) in termini di risposta ai ricorsi individuali (nel senso appena detto), non riesce sempre a recuperarlo elevando le sue pronunce ad una effettiva giurisprudenza "di principio", capace di orientare in via più generale i comportamenti degli attori statali, perché a prevalere sembrano piuttosto preoccupazioni di efficienza interna. In quest'ottica, sembra cogliere nel segno la critica di chi, auspicando una maggiore costituzionalizzazione della Corte EDU, si augura che essa possa dotarsi di poteri più incisivi e penetranti di selezione delle proprie cause, avvicinandone i criteri di azione a quanto avviene per la Corte suprema USA con il *writ of certiorari*: solo così la Corte potrebbe effettivamente garantirsi lo spazio per una 'principled jurisdiction' in materia di diritti umani[18].

La riprova indiretta di ciò si trarrebbe dalla circostanza che, all'esito delle modifiche di procedura di cui si è brevemente dato conto, la Corte non ha visto aumentare lo spazio per condurre una simile azione, ma al contrario si assiste al riemergere della tendenza a farsi sempre più "giudice del caso

---

[17] A porre l'accento, ad esempio, sulla funzione "costitutionalizzante" delle sentenze pilota è stato a suo tempo W. Sadurski, *'Partnering with Strasbourg'. Constitutionalisation of the ECtHR, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, in *Human Rights Law Review*, 2009, p. 450.

[18] La più coerente teorizzazione di questo orientamento si trova in S. Greer, L. Wildhaber, *Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2013, in part. p. 686.

concreto", come è dimostrato dalla nuova centralità acquisita (per il raccordo che lega i ricorrenti individuali, gli attori statali e della società civile, i meccanismi di sorveglianza e monitoraggio del Consiglio d'Europa) dallo strumento dell'equa riparazione di cui all'art. 41 CEDU. Le statistiche degli ultimi anni dimostrano infatti che la mole delle riparazioni pecuniarie (che rappresentano talvolta l'unica forma di soddisfazione dell'interesse dei singoli) e la distribuzione di esse rispetto al tipo di violazione prospettata finiscono per assegnare alla Corte una funzione di gestione quasi "amministrativa" del contenzioso, che non solo non soddisfa quelle ambizioni costituzionali di cui si parlava, ma si limita a *istituzionalizzare* i conflitti senza poi poterli effettivamente *risolvere* una volta per tutte, contribuendo così a disegnare i tratti poco rassicuranti di uno "small claims tribunal"[19].

È vero che un'enfasi eccessiva nei confronti della possibile costituzionalizzazione della Corte EDU solleva non pochi interrogativi[20], a partire dalla compatibilità dei poteri di *docket selection* con l'art. 47 CEDU, che consacra ancora oggi la centralità del ricorso individuale[21]. Anzi, in una direzione contraria sembra andare con tutta evidenza la rinnovata enfasi nei confronti del principio di sussidiarietà degli Stati, oggi corroborato dall'appello sempre più frequente al modello della *shared responsibility*[22], con particolare riferimento all'esecuzione delle sentenze di condanna e al crescente rilievo del margine di apprezzamento (codificato espressamente, come si sa, nel Prot. 15). È però anche vero che queste critiche colgono nel segno nel momento in cui sottolineano come sia stato sicuramente abbandonato un modello consolidato, quello della "vecchia" Corte EDU e del suo giudizio, imperniato sulla necessità che questa desse risposta a ciascun ricorso individuale, senza aver prefigurato un modello alternativo chiaramente delineato. In questo senso, il ricorso alla sola efficienza operativa non si presta a fornire alla Corte quel *surplus* di legittimazione di cui essa ha bisogno nel momento in cui vengono radicalmente criticati i suoi pronunciamenti e, più sullo sfondo, la sua stessa ragion d'essere.

3. I problemi che più in profondità continuano ad affliggere la Corte EDU provengono infatti dall'esterno, ed in particolare dall'interrogativo an-

---

[19] S. Greer, F. Wylde, *Has the European Court of Human Rights Become*, cit., pp. 145 ss.

[20] J. Christoffersen, *Individual and Constitutional Justice: Can the Power Balance of Adjudication be Reversed?*, in M.R. Madsen, J. Christoffersen (eds.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford, 2013, pp. 190 ss.

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

[22] V. sul punto il contenuto della *High-level Conference on the "Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility"* (c.d. *Brussels Declaration*) del 27 marzo 2015.

cora non risolto intorno alla sua fisionomia alla luce del rapporto con gli Stati contraenti, tenuto conto soprattutto dell'esigenza di mantenere il fragile equilibrio tra il rispetto dei diritti contenuti nella Convenzione e il perseguimento del bene comune a livello nazionale nel rispetto delle forme della democrazia e dello stato di diritto[23].

Dei diversi aspetti in cui si manifesta questa difficoltà si colgono tracce rilevanti nelle dichiarazioni adottate in occasione delle diverse conferenze intergovernative che si sono succedute negli ultimi anni e di cui prima si è dato conto. Nell'ultima di tali dichiarazioni, quella adottata a Copenhagen nell'aprile del 2018, traspare chiaramente l'intento di contenere e arginare alcune prassi interpretative che negli ultimi tempi hanno condotto ad un'espansione del ruolo dei giudici di Strasburgo, sia con riferimento al crescente coinvolgimento della Corte nel processo di monitoraggio e di controllo dell'esecuzione delle proprie sentenze[24], sia in vista del consolidamento dei risultati raggiunti quanto allo smaltimento dell'arretrato[25], sia, da ultimo, rispetto alla prevedibilità della sua azione e al corretto impiego del margine di apprezzamento. Su quest'ultimo punto, in particolare, è da notare come la versione finale della dichiarazione sia stata particolarmente attenuata nel suo contenuto "polemico" rispetto alla stesura iniziale avanzata dal Governo danese (*Draft Declaration*), che invitava la Corte a tenere apertamente conto, nell'elaborazione dei suoi test di giudizio, delle "constitutional traditions" e delle "national circumstances". Anche per effetto di una ferma presa di posizione della stessa Corte EDU[26], tali formulazioni sono state eliminate dal testo finale, che comunque enfatizza i legami tra il margine d'apprezzamento e il principio di sussidiarietà (pt. 28, lett. b) e soprattutto assegna un peso ri-

---

[23] S. Greer, L. Wildhaber, *Revisiting the Debate*, cit., p. 668, C. Pinelli, *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. General Assessments*, in G. Repetto (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law*, Antwerp/Portland, 2013, p. 250.

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

[25] Pt. 47 ss. in part. 48, dove si ribadisce che "the right of individual application remains a cornerstone of the Convention system", e 50.

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

levante al bilanciamento operato dalle autorità nazionali nel rispetto di quanto stabilito nella stessa giurisprudenza europea, con particolare riferimento ai diritti contenuti negli artt. da 8 a 11 CEDU[27].

Non bisogna però enfatizzare eccessivamente il rilievo di questi documenti, tenuto conto che essi si inseriscono in un processo quasi permanente di riforma[28], in cui è dichiaratamente assente ogni prospettiva di lungo termine sull'identità e sul futuro della Corte e del sistema convenzionale, e in cui assumono al contrario un peso rilevante considerazioni e strategie legate alla particolare congiuntura politica e giurisdizionale in cui ci si trova di volta in volta a discutere e a deliberare[29]. Essi sono però indicativi di un insieme di problemi, che hanno a che fare in vario modo con le difficoltà di tenuta e di legittimazione politica dell'operato della Corte EDU, che forse per la prima volta dal varo della Corte unica alla fine degli anni '90 vedono saldate insieme le rivendicazioni di alcuni Stati di democrazia consolidata con quelle provenienti da democrazie più giovani e di sempre più incerto e instabile consolidamento.

I casi di aperta reazione di cui si è dato conto all'inizio (dal Regno Unito alla Russia, dalla Danimarca alla Slovenia) non sono infatti che l'epitome di una serie di resistenze che l'operato della Corte suscita sempre più spesso a livello nazionale, e che si traducono principalmente in una crescente e inarrestabile inadempienza rispetto alle sentenze di condanna, ovvero nelle critiche nei confronti dell'attivismo interpretativo della Corte europea, che hanno condotto negli ultimi anni a formulare dei propositi di "rinazionalizzazione" (*repatriation*) del sistema di protezione dei diritti, dall'invocato varo del *British Bill of Rights* al proposito della Russia e di altri Stati dell'Est Europa di recedere dalla Convenzione europea e dal sistema convenzionale nel suo complesso[30].

Il punto non è, ora, soffermarsi su questi sviluppi[31], che scontano spesso (come nel caso inglese[32]) un fortissimo legame con la contingenza politica e

---

[27] Pt. 28, lett. c), da cui viene fatta discendere per la Corte un invito a rafforzare la "clarity and consistency" delle sue pronunce e a interpretare la Convenzione "in a careful and balanced manner" (ptt. 29 e 30).

[28] J.-P. Costa, *Comments on the Wise Persons, Report from the Perspective of the European Court of Human Rights*, in Council of Europe, *Future Developments of the European Court of Human Rights in the Light of the Wise Persons' Report*, p. 38, in www.echr.coe.int.

[29] Nel pt. 30 della Dichiarazione di Brighton, ad esempio, si legge chiaramente che "This Declaration addresses the immediate issues faced by the Court".

[30] Distingue opportunamente un *legal* da un *political resentment* D. Thór Björgvinsson, *The role of judges of the European Court of Human Rights as guardians of fundamental rights of the individual*, in M. Scheinin, H. Krunke, M. Aksenova (eds.), *Judges as Gurdians of Constitutionalism and Human Rights*, Cheltenham, 2016, p. 332.

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

[32] Va infatti detto che negli ultimi tempi una delle cause scatenanti delle reazioni inglesi, la

il mutamento delle maggioranze politiche.

Più utile pare invece inquadrare tali problemi alla luce dei diversi paradigmi che, negli ultimi anni, hanno analizzato il problema del fondamento della legittimazione politica della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche al fine di individuare i rimedi che possono essere approntati al fine di contrastare le indubbie difficoltà che essa sta attraversando nel far accettare le sue sentenze e, più in generale, il suo ruolo in un contesto ormai radicalmente mutato rispetto ai decenni passati.

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

Per un verso, infatti, a risultare prevalente è stata la lettura che inquadra il fondamento e i margini d'azione della Corte in linea di continuità con i modelli che si sono occupati del più vasto scenario delle corti internazionali nei più diversi ambiti, e in particolare della legittimazione di queste ultime nel momento in cui dall'esercizio delle loro funzioni di *dispute settlement* (dal commercio internazionale alla regolazione, dai diritti umani all'integrazione economica) scaturiscano funzioni propriamente innovative, di *law-making*[33]. Nelle sue declinazioni più avanzate e raffinate, un simile orientamento individua nel principio democratico l'orizzonte ultimo in grado di giustificare le più diverse prassi giurisprudenziali sovranazionali, con la conseguenza che l'espansione dei compiti – in particolare – della Corte europea dei diritti dell'uomo (ad esempio in taluni casi di sentenze pilota in cui essa ha fornito allo Stato condannato un 'decalogo' di soluzioni da approntare) travalica i confini che la tengono all'interno del compito (*agency*) ad essa affidato dal sistema istituzionale statale che ne sorregge l'azione[34]. Al fondo di questa ricostruzione vi è quindi l'idea che (a) l'assolvimento delle funzioni della Corte EDU non la differenzi in fondo da qualsiasi altro giudice sovranazionale, e che (b), come per questi ultimi, anche per essa l'unico fondamento di legittimazione non possa che coincidere con il rispetto dei compiti ad essa assegnati dagli Stati come Alti Parti Contraenti, per quanto essi possano

---

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

[33] Sui termini del problema v. già T. Skouteris, *The New Tribunalism: Strategies of (De)Legitimization in the Era of Adjudication*, in *Finnish Yearbook of International Law*, 2006, p. 307.

[34] V. in part. A. von Bogdandy, I. Venzke, *On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking*, in Id. (eds.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Heidelberg, 2012, pp. 475, 478, 483. Nello stesso volume v. in part. M. Fyrnys, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, pp. 329 ss.

essere interpretati più o meno estensivamente. Così, ad esempio, l'apertura della Corte EDU a pratiche interpretative sempre meno rispettose del criterio letterale e dell'*original intent* alla fine degli anni '70 e per tutti gli anni '80 (da *Golder* a *Sunday Times*) viene letta come una netta transizione da una concezione *state-oriented* ad una *community-oriented*, di cui resta ulteriore traccia nei più recenti tentativi di fare propria una giurisprudenza "di principio" che si faccia carico delle violazioni strutturali a livello statale[35].

In linea di continuità con questa ricostruzione è poi l'idea di chi ha ritenuto che, nell'impossibilità per la Corte EDU di far appello ad un "popolo europeo" e quindi di rappresentarsi come autentica "corte costituzionale" europea, essa possa avvalersi unicamente di forme di legittimazione *indiretta*, una legittimazione convogliata e mediata dal circuito istituzionale statale (a partire dalle Corti costituzionali) e dell'Unione europea[36].

L'impressione che si ricava da queste ricostruzioni monodimensionali è che esse, se sono sicuramente di grande utilità per cogliere quanto vi è di comune nelle diverse strutture istituzionali, finiscono però per costruire un modello analitico che ripropone l'identificazione della legittimazione politica sulla falsariga di quanto avviene a livello statale nei rapporti tra politica e giurisdizione. Così, l'impossibilità di qualificare univocamente la Corte EDU come una istituzione che ha a disposizione le stesse risorse tecniche, ermeneutiche, politiche e simboliche di una corte costituzionale non pare dovuta a uno scostamento rispetto a un qualche modello definito *ex ante*, quanto piuttosto la logica conseguenza del fatto che essa opera in un sistema istituzionale che è privo di quei caratteri di completezza e di chiusura che hanno gli Stati, dato che la Convenzione è con tutta evidenza una 'partial' anziché una 'full polity', dove alla presenza di una funzione giurisdizionale e di un embrione di amministrazione fa da contraltare l'assenza della funzione legislativa[37].

Di conseguenza, più che interrogarsi su cosa la Corte EDU *non* è e *non può essere* (una corte costituzionale), più utile appare chiedersi cosa la Corte EDU *sia o possa diventare*[38].

---

[35] A. von Bogdandy, I. Venzke, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, 2014, pp. 68 ss.

[36] A. Guazzarotti, *La parabola della costituzionalizzazione*, cit., pp. 27 ss.

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

[38] In questo senso mi sembra che vadano le riflessioni di chi da tempo ragiona di una tendenza alla "costituzionalizzazione" della Corte EDU (oltre che di quella di Giustizia UE), come A. Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC*, 4/2013, p. 14.

Porre in questi diversi termini il problema della legittimazione politica della Corte EDU vuol dire innanzi tutto cogliere le trasformazioni di cui essa è stata protagonista dalla sua istituzione e, sulla base di queste, individuare quali sono nella fase attuale gli attori e gli interlocutori che provvedono a conferire ad essa il fondamento per l'accettazione del suo agire.

Senza poter entrare nel merito di un dibattito che ha trovato negli ultimi anni una nuova fioritura[39], basti pensare al fatto che il sistema della Convenzione ha sperimentato sin dall'inizio uno sviluppo tutt'altro che lineare e coerente, che ha portato in particolare la Corte a delle grandi trasformazioni, che non necessariamente possono essere fatte coincidere col mutamento della sua base normativa quanto piuttosto con una congerie di fattori diversi, che vanno dai fattori puramente istituzionali a quelli politici, dalla geopolitica ai mutamenti sociali. Una delle più intriganti riflessioni sull'argomento, ad esempio, ha mostrato il vero e proprio cambio di paradigma che si è avuto nell'evoluzione della giurisprudenza europea nel momento in cui essa – una volta consolidato il meccanismo del ricorso individuale – muta pelle passando da una *legal diplomacy* (come quella che si era avuta nei primi anni, in cui i ricorsi erano prevalentemente interstatali) a una *integrationist jurisprudence*, come quella che ha accompagnato la Corte alla fine degli anni '70 sfruttando i ricorsi individuali al fine di consolidare il suo ruolo potendo anche riflettere (nei casi fondativi aventi ad oggetto gli artt. da 8 a 11, da *Sunday Times* a *Dudgeon*, da *Marckx* a *Tyrer*) l'avvenuta evoluzione dei costumi sociali in Europa. Discorso analogo, ma in una direzione ancora diversa, si deve poi fare per comprendere quanto l'incerta fisionomia della Corte a partire dal Protocollo n. 11 (e all'eliminazione del filtro politico della Commissione) rispecchi i caratteri e le ambivalenze di fondo di un'Europa che si pensava ormai riunificata sotto le bandiere della democrazia e dello stato di diritto e che confidava nella capacità dei diritti umani di conferire una spinta autopropulsiva alla creazione di una *greater unity* tra gli Stati Contraenti[40].

In un simile scenario, che coinvolge una serie ampia di fattori storici, politici, istituzionali e sociali, appare quindi limitativo operare una riduzione del fondamento di legittimazione della Corte ai soli apporti provenienti dagli Stati[41]. Più proficua si rivela invece l'intuizione per cui l'azione di essa si ali-

---

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

[40] M.R. Madsen, *The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence*, in J. Christoffersen, M.R. Madsen (eds.), *The European Court*, cit., pp. 43 ss.

[41] M.R. Madsen, *The Legitimization Strategies of International Judges. The Case of the European Court of Human Rights*, in M. Bobek (ed.), *Selecting Europe's Judges*, Oxford, 2015, p. 265, dove giustamente si osserva: "the critique of juristocracy generally fails due to its

menta dei contributi provenienti da sfere diverse, più larghe e diversamente composte: il livello propriamente *giuridico* (costituito dalle relazioni con i giudici nazionali e sovranazionali, anche per il tramite di strutture di *comity*[42]), quello *politico* (che lega la Corte agli altri attori pubblici nazionali e sovranazionali con i quali essa è chiamata a stabilire una separazione di ambiti e confini decisionali) e, infine, quello *sociale* (che la immette a contatto col più vasto *corpus* dei soggetti, individuali o collettivi, variamente impegnati nell'attività di promozione e difesa dei diritti umani: ONG, centri di ricerca, Università, ecc.)[43].

Queste diverse sfere di influenza conferiscono alla Corte delle prestazioni di legittimazione che non si riducono ad unità, ma disegnano un quadro composito e pluralisticamente articolato, in cui all'accettazione e al sostegno che le sentenze della Corte ricevono dal circuito politico corrisponde certamente una legittimazione in primo luogo *istituzionale*, che però si accompagna a quella *funzionale* (che vede coinvolti i giudici nazionali e i diversi sistemi giudiziari di protezione dei diritti come interlocutori a se stanti rispetto alle istituzioni politiche) e a quella *discorsiva* (che qualifica la Corte sulla base della sua capacità di costituire un suo distinto e autonomo 'capitale morale' nel rapporto con una sfera pubblica più ampia)[44].

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

Il quadro che ne potrebbe derivare, in ultima analisi, è che quelle debolezze che ad essa vengono dal fatto di operare in una *partial polity*, potrebbero tradursi in un elemento di forza, assegnando ad essa la capacità di

---

one-sided focus on the rather artificial dichotomy between an essentialist view of politics as the institutionalized expression of a democratic will and what might be described as international legal self-reference. This overlooks what is in practice a much more blurred boundary between international law and politics. Closely linked, it presupposes an increasingly inadequate notion of international law as an interstate contract law which very clearly defines international courts' framework and legal playing field *vis-á-vis* national levels of law and politics".

[42] In questa direzione, la Dichiarazione di Copenhagen (pt. 37, lett. b) invita la Corte EDU a consolidare la *Superior Courts Network* (https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/network&c).

[43] M.R. Madsen, *The Legitimization Strategies of International Judges*, cit., p. 266.

[44] D. Thór Björgvinsson, *The role of judges of the European Court of Human Rights*, cit., pp. 336 ss.

fungere da raccordo tra una pluralità di sistemi istituzionali, normativi e giurisdizionali privi di un'autonoma capacità ordinante perché privi di un'istanza in grado di esercitare oggi, in questo scenario più ampio e frammentato, una qualsiasi potestà sovrana.

LA "FEDERALIZZAZIONE" DEI DIRITTI FONDAMENTALI, ALL'INCROCIO TRA ETICA, SCIENZA E DIRITTO*

di Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Alla ricerca della ottimale salvaguardia dei diritti fondamentali attraverso il concorso e il giusto dosaggio di etica, scienza e diritto. – 2. Il rischio della deriva soggettivistica in ordine alla ricognizione dei diritti fondamentali e il modo più adeguato a pararlo, facendo riferimento a *consuetudini culturali* di riconoscimento invalse nel corpo sociale e delle quali si rendano quindi interpreti e garanti gli operatori (in ispecie, i giudici). – 3. La salvaguardia dei diritti attraverso la cooperazione di legislatori e giudici: agli uni spettando la posizione della disciplina iniziale, di principio, e agli altri la produzione delle regole idonee a svolgerli in relazione alle peculiari esigenze dei casi, tutti comunque dovendo fare i conti con lo sviluppo scientifico e tecnologico ed attingendo alle illuminanti indicazioni offerte dall'etica. – 4. La "federalizzazione" dei diritti, testimoniata dalle "catene" di atti giurisdizionali che vengono a formazione a più livelli ordinamentali e istituzionali, all'insegna del principio della massimizzazione della tutela, quale si mette a fuoco e realizza nelle singole esperienze processuali, ricevendo luce ed orientamento sia dalla scienza che dall'etica. – 5. La lezione che viene da Corte cost. n. 84 del 2016 e i tre insegnamenti che la stessa ci somministra. – 6. Riassumendo e concludendo: le conferme che vengono al modello "federale" di salvaguardia dei diritti dal presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata e dallo sviluppo impetuoso della scienza e della tecnica, pur sempre bisognoso tuttavia di alimentarsi e rigenerarsi costantemente dall'etica.

1. Alla ricerca della ottimale salvaguardia dei diritti fondamentali attraverso il concorso e il giusto dosaggio di etica, scienza e diritto

Siamo oggi chiamati nuovamente a confrontarci su questioni plurime e complesse che fanno capo al tema dei rapporti tra la tutela dei diritti fondamentali e lo sviluppo scientifico e tecnologico[1], questioni che si pongono

---

* Testo rielaborato e corredato di una bibl. essenziale di un intervento alle Giornate di studio su *Nuove tecnologie e diritti umani: aspetti di diritto internazionale e di diritto interno*, Messina 26-27 maggio 2017, a cura di L. Panella, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 211 ss.; anche in www.medialaws.eu, 2/2018, 13 marzo 2018. Lo scritto è aggiornato al 31 gennaio 2018.

1 Il tema è da tempo oggetto di plurime e varie osservazioni: solo per una prima informazione e con specifico riguardo al ruolo di tecnici e scienziati nel corso delle esperienze processuali, v. G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2/2004, 411 ss.; AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino 2005; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, SGB Edizioni, Messina 2008, e, dello stesso, ora, *Dalla libertà della ricerca scientifica al diritto alla scienza: un antidoto allo* scientific divide*?*, in corso di stampa in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org); E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2015, 30 ottobre 2015; S. PENASA, *Giudice "Ercole" o giudice "Sisifo"? Gli effetti del dato*

su un terreno infido e scivoloso, reso ancora più tale dalle non poche ed animate discussioni che si pongono in relazione a ciascuno dei termini della relazione in parola e, più ancora, agli stessi nella loro combinazione.

Scienza e diritto non sono tuttavia, per diffuso riconoscimento, i soli attori sulla scena: accanto ad essi e con centralità di ruolo si pone anche l'etica, sicché i rapporti in parola possono essere visti, così come lo sono, da tre angoli visuali; ed è chiaro che i modi d'impostare lo studio e i suoi esiti ricostruttivi possono risultare (ed effettivamente risultano) non coincidenti.

---

scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati, in www.forumcostituzionale.it, 17 dicembre 2015; AA.VV., *La medicina nei tribunali*, a cura di L. Chieffi, Cacucci, Bari 2016; L. Chieffi, Scientific questions *nel diritto giurisprudenziale*, in www.federalismi.it, 7/2017, 5 aprile 2017; G. Sorrenti, *Note minime sul rapporto tra* ius*,* ethos e scientia, in www.osservatorioaic.it, 2/2017, 8 maggio 2017. Infine, tra i contributi alle nostre Giornate, A. Giusti, *Il giudice, la persona e i temi eticamente sensibili*, in *paper*.

Quanto, poi, al peso della scienza, rispettivamente, nella giurisprudenza costituzionale e in quella eurounitaria, v., nell'ordine, A. Iannuzzi, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, relaz. al Convegno del Gruppo di Pisa su *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Milano 9-10 giugno 2017, in www.gruppodipisa.it, e F. Munari, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2017, 129 ss.

Con specifico riguardo alle esperienze d'inizio-vita, cui si farà più avanti cenno, v., poi, nella ormai incontenibile lett., S. Agosta, in molti scritti, tra i quali *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in www.rivistaaic.it, 1/2014, 24 gennaio 2014, spec. al § 2, e, ora, In fuga dai divieti*: un'occasione di riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in corso di stampa in *Quad. cost.*, 1/2018; S. Penasa, in numerosi contributi, tra i quali l'ampio studio monografico su *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta-G. D'Amico-L. D'Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di S. Niccolai-E. Olivito, Jovene, Napoli 2017; infine, A.C. Nazzaro, *Discrezionalità legislativa e ruolo del giudice nella nuova dimensione (bio) etica della famiglia*, in www.rivistaaic.it, 1/2018, 31 gennaio 2018. Tra i contributi alle nostre Giornate, v. A. Di Stasi, *La nozione di embrione umano nella giurisprudenza delle corti europee*; F. Perrini, *Il tentativo della Corte europea dei diritti dell'uomo di comporre il contrasto tra scienza e diritto: le principali problematiche sollevate dalla legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*; A. La Spina, *Tecnologie riproduttive e circolazione dello* status *della persona*; A. Marchese, *La fecondazione* post mortem*: esiste un confine biologico per l'inizio della vita umana*; S. Agosta, *Il perdurante* allontanamento *tra diritto vivente giurisprudenziale e vigente legislativo sulla surrogazione di maternità (ed i possibili modi di* ricongiungimento *in una prospettiva costituzionalmente orientata)*, tutti in *paper*.

Non si tratta qui, ovviamente, di andare a stabilire chi ha torto e chi ragione: i punti di vista possono essere legittimamente divergenti, per la banale ragione che diversi sono i metodi di esame messi in atto, gli strumenti di lavoro, i linguaggi adoperati, il modo complessivo con cui è trattata la sostanza in gioco dagli stessi evocata.

Non mi riconosco alcun titolo per tornare a riguardare a questi rapporti da un angolo visuale diverso da quello del solo ambito a me familiare, il giuridico. Peraltro, anche da quest'ultimo (così come dagli altri), in realtà, non v'è – come si sa – un solo punto di vista: il pluralismo metodologico-teorico, per fortuna, attraversa e copre ciascuno di tali ambiti e tutti assieme. Siamo, insomma, tutti divisi, anche (e, forse, soprattutto) noi giuristi. Gli scienziati, infatti, sono proprio quelli meno esposti ad un pluralismo esasperato ed incontrollabile: magari, ci mettono molto tempo prima di mettersi d'accordo su certe cose; e non saprei ora dire se sono più quelle su cui ormai si registra un universale consenso ovvero le altre su cui ancora si hanno accese dispute o, diciamo pure, si brancola nel buio pesto. Certo è però che ormai nessuno afferma che la terra è un disco piatto o che il sole gira attorno ad essa. A certe conclusioni, sulle quali gli studiosi convengono, si perviene alle volte battendo vie diverse ma l'importante è appunto intendersi sul risultato. Gli studiosi di discipline umano-sociali, invece, possono, per loro strutturale vocazione, legittimamente restare – dove più e dove meno – divisi.

Rammento, al riguardo, una bellissima pagina di V.E. Orlando in cui si coglieva efficacemente la diversità dei modi di operare di un filosofo e di uno scienziato: il secondo – soleva dire il fondatore della scienza del diritto pubblico in Italia – non può mai "servirsi di una spugna per cancellare da una lavagna tutto quello che c'era scritto; … ciò può esser forse possibile per un filosofo, ma non per uno scienziato, poiché quel processo distruttivo, se fosse giustificato, negherebbe che una scienza fosse preesistita"[2]. Il vero è, però, che noi giuristi (segnatamente, quelli di discipline positive), per un verso, non discutiamo più su alcune categorie che consideriamo acquisite al nostro patrimonio scientifico e delle quali quotidianamente ci avvaliamo (ad es., che esistano accanto alle persone fisiche le persone giuridiche o che esistano le fonti del diritto) ma seguitiamo – dicevo, per fortuna – a ripensare criticamente anche a taluni concetti fondamentali delle nostre discipline (ad es., su cosa siano o quali siano i diritti fondamentali o quali siano le fonti del diritto).

---

[2] *Introduzione* a G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, tr. it. a cura di M. Petrozziello, Giuffrè, Milano 1949, IX (ho fatto più volte richiamo di questo pensiero, a partire dal mio *Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano 1981, 4 in nt. 5). Si è di recente intrattenuto, con fini argomenti, sui problemi del metodo A. Morelli, *Come lavora un costituzionalista? Per un'epistemologia della scienza del diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2016, p. 513 ss. e, dello stesso, *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, in www.federalismi.it, 1/2017, 11 gennaio 2017.

Il punto critico attorno al quale ruota il nostro confronto di oggi può riassumersi nella seguente domanda: quali categorie del passato dobbiamo abbandonare ovvero fare oggetto di corposo aggiustamento e di quali nuove categorie abbiamo bisogno in relazione allo (e per effetto dello) sviluppo scientifico e tecnologico?

In questa domanda – come si vede – l'etica è del tutto assente. La mia idea è tuttavia che tanto coloro che fanno scienza così detta (e impropriamente detta) "esatta" quanto coloro che fanno scienza giuridica (e umano-sociale in genere) non possono restare insensibili all'influenza dell'etica, neppure se lo vogliono. Magari, cioè, non ne hanno piena consapevolezza ma, per il fatto di essersi formati in un certo contesto culturale comunque attraversato e pervaso dall'etica, ne restano pur sempre impressionati. Può essere (ed effettivamente è) diversa la misura di siffatto condizionamento, non la sua esistenza.

V'è un dato sicuro che può addursi a sostegno di quest'assunto; e ne dico ora restando – per la ragione sopra enunciata – al solo ambito giuridico in seno al quale questa succinta riflessione si situa e svolge. Ed è che le Carte che danno il riconoscimento dei diritti fondamentali, la costituzionale come pure quelle di origine esterna, non sono altro che la positivizzazione dell'etica, o diciamo meglio di *un'etica*: la prima e più genuina ed espressiva traduzione in termini giuridicamente significanti di un progetto etico grandioso ed armonioso negli elementi in cui si articola e che ha quale suo punto costante di riferimento la persona umana, la sua vita, la dignità, insomma un *progetto etico antropocentrico*. Perciò, i diritti fondamentali null'altro sono – a me pare[3] –, *in nuce*, se non bisogni elementari dell'uomo (e non – si badi – del solo cittadino[4]) senza il cui appagamento l'esistenza stessa non sarebbe – secondo la efficace sintesi che ne fa l'art. 36, I c., della nostra legge fondamentale – "libera e dignitosa".

Sia che si guardi ai diritti fondamentali per il modo con cui è ad essi offerta tutela in seno alla Comunità internazionale o ad organizzazioni sovranazionali, quale l'Unione europea, sia che si ponga mente alla tutela che viene

---

[3] Mi sono sforzato di argomentare questa tesi nel mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su *Cos'è un diritto fondamentale?*, Cassino 10-11 giugno 2016, in Consulta OnLine, II/2016, 30 giugno 2016, 263 ss.

[4] Su questo punto, di cruciale rilievo, non posso ora tornare ad indugiare. È vero che ci sono diritti non egualmente riconosciuti a tutti (a partire – come si sa – da quelli politici); peraltro, anche in ambito economico-sociale non poche differenze (o, diciamo pure, discriminazioni) residuano, non soltanto tra cittadini e non cittadini ma persino in seno a questi ultimi. Il vero è che l'ambizioso e nobile disegno volto a fare della nostra una società di persone liberi ed eguali va portandosi avanti con non poca fatica e vero e proprio travaglio ma è ancora lontano dalla meta vagheggiata dal Costituente e mirabilmente enunciata nella *coppia assiologica fondamentale* – come a me piace chiamarla – di cui agli artt. 2 e 3 della Carta, nelle loro mutue ed inscindibili implicazioni (su di che, v., sopra tutti, G. Silvestri, *Dal potere ai princìpi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009).

dalla Costituzione e sia pure che si considerino congiuntamente l'una e l'altra protezione, nelle forme peculiari ma anche integrate cui esse danno vita[5], ebbene non è possibile tenere innaturalmente distinto o, peggio, contrapposto il punto di vista etico rispetto a quello giuridico. Nel momento stesso in cui l'etica si è fatta (e fa) diritto, per il tramite delle Carte suddette, il diritto, a sua volta, si fa (e deve farsi) etica, che lo voglia o no; e che lo vogliano o no sono appunto chiamati a volgere verso di essa lo sguardo coloro – studiosi ed operatori – che fanno del diritto il loro quotidiano lavoro.

Tutto ciò posto, lo sviluppo scientifico e tecnologico ci obbliga però – come si diceva – a ripensare *ab ovo* persino alle nostre più antiche e salde credenze. I cultori di ciascuno dei tre ambiti qui posti a raffronto difficilmente riconosceranno la *primauté* culturale di coloro che operano fuori del proprio; si tratta, nondimeno, di stabilire fino dove si può (e deve) dar spazio ad indicazioni provenienti *ab extra*, quale uso cioè farne per le esigenze peculiari di ciascun ambito.

Non ho dubbi a riguardo del fatto che la soluzione più adeguata sia quella che induce a ricercare il giusto equilibrio, il dosaggio opportuno tra componente etica, scientifica, giuridica, al fine dell'ottimale appagamento dei diritti, specie di quelli che, in misura maggiore di altri, sono esposti al condizionamento dell'etica per un verso, dello sviluppo scientifico e tecnologico per un altro. L'importante per il giurista, teorico od operatore che sia, è riconoscere con umiltà di non poter fare a meno dell'apporto che gli può esser offerto da chi giurista non è. L'apertura verso le suggestioni ed indicazioni provenienti da altri ambiti non è (e non dev'essere) incondizionata ma vigile ed oculata; in particolare, l'attenzione costante nei riguardi delle indicazioni date dagli scienziati non deve far perdere di vista quello che è un principio fondamentale che presiede allo svolgimento dell'attività scientifica, lo orienta e controlla, il principio della possibile falsificazione delle risultanze dell'attività stessa, da cui trae quindi giustificazione e alimento il principio giuridico di precauzione[6]. E non deve neppure portare a trascurare il punto di vista eti-

---

[5] Secondo una ispirata affermazione contenuta in Corte cost. n. 388 del 1999, la Costituzione e le altre Carte dei diritti "si integrano reciprocamente nella interpretazione". Purtroppo, come l'esperienza ha più volte confermato, la stessa giurisprudenza non sembra essere sempre rimasta fedele a questa esigente direttiva metodica d'azione.

[6] Un campo di esperienza nel quale il principio in parola pone inquietanti e laceranti interrogativi alle nostre coscienze è quello su cui prendono forma e giungono a maturazione le vicende d'inizio e fine-vita. Si pensi solo alla questione assai vessata riguardante la sorte degli embrioni non impiantati, in relazione alla quale si è avuta una discussa (e discutibile) pronunzia della Consulta cui si farà richiamo più avanti, o al grumo di problemi relativi al fine-vita, laddove il principio di precauzione dovrebbe indurre a somma vigilanza prima di far luogo a decisioni ahimè irreversibili. Come si vedrà a momenti, si tratta allora di stabilire a chi possa riconoscersi il titolo di assumere decisioni siffatte e in che modo si possa (e debba) al riguardo procedere.

co, proprio perché – come si diceva – ad esso danno forma e voce i massimi documenti normativi, le Carte dei diritti; ed *eticamente orientata* ha, perciò, da essere l'interpretazione di tali documenti, più ancora di quanto pure non sia tenuta ad essere l'interpretazione di altri[7]. La qual cosa, ad ogni buon conto, non può portare alla sopraffazione del punto di vista etico su quello giuridico al punto di portare all'abbandono dei vincoli che discendono da canoni giuridici indisponibili, quali quelli che presiedono all'interpretazione dei testi normativi[8] o all'esercizio delle pubbliche funzioni[9] e, in generale, alla tipicità dei ruoli istituzionali[10]: canoni che, nondimeno, sovente vengono trasgrediti non già in nome dell'etica ma per ragioni contingenti (e alle volte inconfessabili) con essa frontalmente contrastanti.

---

[7] È evidente, infatti, che i testi di legge – per fare ora solo un esempio – richiedono di essere intesi alla luce della Costituzione e delle altre Carte, in applicazione cioè della tecnica comunemente chiamata dell'interpretazione conforme [in merito alla quale, tra i molti altri, G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano 2006 e, della stessa, *La Costituzione "sottintesa"*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazione adeguatrice*, Giuffrè, Milano 2010, 3 ss., e *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in Consulta OnLine, 2/2016, 293 ss.; M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, *Ann.*, IX (2016), 391 ss., e, ora, G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 99 ss.; con specifico riferimento all'ordinamento dell'Unione, v. G. Pistorio, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, e AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2015].
L'orientamento etico della interpretazione delle Carte, perciò, naturalmente si trasmette a cascata all'interpretazione delle fonti restanti che da quelle traggono giustificazione e alimento.

[8] Così, ad es., non può revocarsi in dubbio che la lettera degli enunciati delimiti pur sempre, in maggiore o minore misura, l'area entro la quale va effettuata la ricerca dei loro significati, non potendosi convertire innaturalmente l'interpretazione nella sostanziale riscrittura dei testi.

[9] La questione si pone in termini pressanti in special modo per la giurisdizione e, con particolare gravità, per la giurisdizione costituzionale, essendosi assistito in più occasioni ad una sua forte torsione ad opera dello stesso giudice delle leggi, per effetto della quale l'anima politica ha preso il sopravvento su quella giurisdizionale (la più emblematica testimonianza di questo *trend* che parrebbe non avere fine e non conoscere confini si è avuta, ad avviso di molti, con Corte cost. n. 10 del 2015).

[10] La confusione dei ruoli, in talune congiunture, è apparsa tale da portare un'attenta dottrina a teorizzare questo stato di cose, assumendo che la stessa Carta costituzionale non consentirebbe di distinguere in modo netto tra funzione di garanzia e funzione di direzione politica (O. Chessa, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010). Senza far passare sotto silenzio carenze di dettato esibite dalla Carta e fattesi col tempo viepiù evidenti, vengono tuttavia così ad imputarsi ad essa responsabilità che sono invece degli operatori e del sistema politico da cui le attività di quelli traggono alimento e orientamento. Si tornerà, ad ogni buon conto, sul punto di cruciale rilievo più avanti, spec. sul finire di questa riflessione.

2. Il rischio della deriva soggettivistica in ordine alla ricognizione dei diritti fondamentali e il modo più adeguato a pararlo, facendo riferimento a consuetudini culturali di riconoscimento invalse nel corpo sociale e delle quali si rendano quindi interpreti e garanti gli operatori (in ispecie, i giudici)

Dalle notazioni appena svolte, seppur bisognose di ben altro approfondimento di quello che è qui consentito, possono di già aversi utili indicazioni per la soluzione di alcune questioni aventi specifico rilievo istituzionale, in particolare di due, peraltro tra di loro strettamente intrecciate: l'una riguardante il modo con cui la tutela internazionale e sovranazionale si pone in rapporto a quella costituzionale e nazionale in genere e l'altra riguardante il modo con cui giudici e legislatori, quale che sia il livello ordinamentale al quale operano, sono chiamati ad operare al fine di assicurarla. Al fondo, infatti, di tali questioni sta proprio quella di ordine generale, metodologico, relativa alla misura in cui studiosi ed operatori del diritto devono aprirsi alle indicazioni di natura etica e scientifico-tecnologica.

Non ho dubbi a riguardo del fatto che la selezione in seno al materiale copioso di risultati offerti dagli scienziati debba aver luogo applicando con somma oculatezza il criterio del maggior credito possibile dagli stessi riscosso, vale a dire della loro diffusione e del loro radicamento, nella massima misura consentita dalle condizioni oggettive date. D'altronde, questo stesso è, a mio modo di vedere, il metro da utilizzare con profitto al fine di stabilire se un certo bisogno o una certa aspettativa compone, o no, un autentico diritto fondamentale, specificamente laddove non soccorra allo scopo il riconoscimento positivo ad opera di una Carta dei diritti ovvero per mano del legislatore[11].

---

[11] … le cui opzioni – è appena il caso qui di rammentare – restano nondimeno soggette al sindacato di costituzionalità; e, poiché a quest'ultimo vanno incontro anche quelle operate con legge costituzionale, la questione definitoria di fondo, relativa a ciò che è in sé e per sé un diritto fondamentale rimane, e – come si vedrà a momenti – richiede di appoggiarsi a fondamento ancora più solido di quello che può esser offerto da qualsivoglia strumento positivo, ferma ad ogni buon conto restando la presunzione di validità che gioca pur sempre a beneficio di quest'ultimo.
Tutto ciò posto, non è poi, ovviamente, di secondario rilievo stabilire se il riconoscimento di un nuovo diritto fondamentale richieda il ricorso alla procedura aggravata predisposta per la venuta alla luce delle leggi costituzionali ovvero se possa aversi a mezzo di leggi comuni; ed è appena il caso qui di accennare di passaggio al fatto che, per il primo corno dell'alternativa, anche le Carte dei diritti aventi origine esterna richiederebbero di essere eseguite con leggi approvate con la medesima procedura. Plurime e convergenti ragioni, altrove rappresentate, depongono a mia opinione proprio a favore di questa tesi, che nondimeno – come si sa – non trova riscontro nell'esperienza, come pure sollecitano, in vista del raggiungimento di un adeguato equilibrio istituzionale, a porre mano con urgenza all'aggiornamento del catalogo dei diritti fondamentali enunciati in Costituzione

Una delle critiche più ricorrenti avverso il c.d. strapotere dei giudici è proprio quella che colpisce la loro vocazione (a dire di molti, irrefrenabile) ad "inventarsi", al posto del legislatore, ad ogni piè sospinto nuovi diritti, apprestando loro una tutela che essi non meriterebbero (alle volte, anzi, si è in presenza di comportamenti che richiederebbero piuttosto di essere sanzionati). È chiaro, infatti, che, quando la società è divisa, la scelta del decisore di turno riceve il plauso convinto da parte di uno schieramento e la critica aspra da parte del fronte opposto.

La definizione sopra data di ciò che è un diritto fondamentale – com'è chiaro – non risolve il problema ma lo sposta in avanti: come facciamo, dunque, a stabilire quali bisogni elementari dell'uomo sono davvero tali e non danno perciò modo, se non sufficientemente appagati, di condurre un'esistenza "libera e dignitosa"? Cosa s'intende, cioè, con questa locuzione?

Ora, la migliore risorsa di cui disponiamo contro una deriva soggettivistica esasperata e, dunque, a conti fatti, contro l'arbitrio dell'interprete e decisore di turno[12] è data proprio da un diffuso e radicato consenso formatosi attorno alla natura e finalità di tali bisogni tanto in seno al corpo sociale quanto – qui è il punto – specificamente nella sua parte costituita dagli uomini di cultura che fanno dell'etica e della scienza il loro impegno di lavoro. I bisogni in discorso si convertono, dunque, in diritti fondamentali per effetto di *consuetudini culturali* ampiamente accreditate e sorrette dalla più larga e convinta adesione sociale[13].

(la qual cosa è da molti esclusa in partenza, in forza dell'assiomatico convincimento che sulla parte sostantiva – e meno che mai sui principi fondamentali della Carta – non possa esercitarsi il potere di revisione costituzionale).

[12] … tanto più, poi, laddove dovesse trattarsi di un decisore avverso le cui pronunzie non è previsto alcun sindacato da parte di altri operatori, esponendosi unicamente alla critica diffusa degli uomini di cultura (la qual cosa, peraltro, non rimane alle volte sterile, potendo col tempo portare a mutamenti d'indirizzo nella pratica giuridica). Il rischio è, infatti, che, se non si attivano gli opportuni anticorpi (nel senso che si preciserà tra un momento nel testo), i massimi garanti innaturalmente si convertano in mostruosi poteri costituenti permanenti, riscrivendo a piacimento le Carte per la cui salvaguardia ed affermazione sono stati istituiti. Mi sovviene spesso, quando parlo di queste cose, l'angoscioso interrogativo posto nella VI Satira di Giovenale, al quale pur tuttavia occorre sforzarsi di dare risposta: *quis adnotabit ipsos adnotatores?*

[13] L'essenza della Costituzione – negli ordinamenti di tradizioni liberali, i diritti fondamentali – si trova dunque racchiusa negli strati più profondi del corpo sociale e si tratta quindi di stabilire quali sono i modi più idonei a portarla alla luce e rappresentarla. *Nihil novi sub soli*, come si vede: già nella tradizione romanistica e quindi secondo l'insegnamento dei massimi cultori della scienza del diritto pubblico in Italia (part., V.E. Orlando e S. Romano), al diritto in genere e al diritto costituzionale in ispecie veniva demandato il compito di disvelare ciò che è profondamente radicato nel corpo sociale. Di questa concezione, ancora oggi, si fa portatrice una dottrina particolarmente accreditata (P. Grossi). Ho ripercorso questa vicenda nel mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in www.rivistaaic.it, 4/2017, 12 dicembre 2017, e *ivi* riferimenti.

Se si conviene su questa premessa, che è di metodo prima ancora che di teoria, molte questioni possono essere avviate lungo i giusti binari in vista di una loro complessiva e soddisfacente soluzione.

Al piano dei rapporti interordinamentali (segnatamente, per il modo con cui ad essi danno vita le Corti europee e quelle nazionali), è all'insegna del parametro suddetto che può, ad es., essere assoggettato a verifica il modo con cui la Corte dell'Unione fa luogo alla ricognizione (*rectius*, elaborazione) delle c.d. "tradizioni costituzionali comuni"[14], nonché dei principi di struttura dei singoli Stati membri, cui fa riferimento l'art. 4.2 TUE[15], i quali peraltro

---

[14] Sul rilievo che queste ultime assumono pur dopo la venuta alla luce della Carta dell'Unione, v., sopra tutti, i contributi di L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013, e O. Pollicino, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovverosia l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea-G. Moschella-A. Ruggeri-A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea-G. Moschella-A. Ruggeri-A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.; cfr., inoltre, M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in www.rivistaaic.it, 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss.; P. Mori, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in www.dirittounioneeuropea.eu, *Oss. eur.*, dicembre 2017; N. Lazzerini, *sub* art. 52, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni-O. Pollicino-S. Allegrezza-F. Pappalardo-O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, 1073 ss., e i contributi di S. Cassese, M. Graziadei-R. de Caria, M.E. Comba e O. Porchia che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017.

[15] Sui problemi interpretativi che il disposto in parola solleva, v., tra gli altri, A. von Bogdandy-S. Schill, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Comm. mark. law rev.*, 48/2011, 1417 ss.; G. Martinico, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Aracne, Roma 2011, spec. 206 ss., del quale v., inoltre, *Il potenzionale sovversivo dell'identità nazionale alla luce dell'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il caso* Taricco *e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 241 ss.; in questo vol., praticamente in tutti gli scritti è fatto richiamo al principio di cui all'art. 4.2; S. Gambino, *Identità costituzionali nazionali e* primauté *eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; M. Starita, *L'identità costituzionale nel diritto dell'Unione europea: un nuovo concetto giuridico?*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, 139 ss.; B. Guastaferro, *Beyond the* Exceptionalism *of Constitutional Conflicts: The* Ordinary *Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook Eur. Law*, 1/2012, 263 ss., e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013, spec. 190 ss.; F. Vecchio, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; AA.VV., *National Constitutional Identity and European Integration*, a cura di A. Saiz Arnaiz-C.

molte volte rifluiscono nelle prime, secondo quanto è stato da ultimo confermato con riguardo al principio di legalità in materia penale dal caso *Taricco*[16]. Dal suo canto, anche la Corte EDU rilegge e filtra la Convenzione facendo applicazione del criterio del consenso e rimettendosi in considerevole misura al margine di apprezzamento degli Stati[17], vale a dire, in buona sostanza, ai

---

Alcoberro Llivinia, Intersentia, Antwerp 2013; M. Cartabia, *sub* art. 4, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Giuffrè, Milano 2014, 23 ss.; T. Cerruti, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, in www.federalismi.it, 24/2014, 24 dicembre 2014, e, pure *ivi*, G. Caponi-V. Capuozzo-I. Del Vecchio-A. Simonetti, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*; E. Cloots, *National Identity in EU Law*, Oxford University Press, Oxford 2015; M. Condinanzi, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in AA.VV., Costa/Enel*: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, a cura di B. Nascimbene, Giuffrè, Milano 2015, 119 ss.; P. Cruz Villalón, *La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos*, in *Scritti in onore di A. D'Atena*, I, Giuffrè, Milano 2015, 729 ss.; E. Cloots, *National Identity in EU Law,* Oxford University Press, Oxford 2015; G. Di Federico, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.

16 Non è casuale la circostanza per cui tanto la Corte di giustizia nella sua pronunzia del dicembre 2017, in risposta alla domanda postale in via pregiudiziale dalla Consulta, quanto quest'ultima hanno fatto leva proprio sulle tradizioni comuni al fine di definire nel modo più adeguato il caso, riprendendo e portando a frutto un'indicazione venuta da una sensibile dottrina (M. Bassini - O. Pollicino, *The opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven "Deadly" Sins and a Modest Proposal*, in www.verfassungsblog.de, 2 agosto 2017, nonché in www.penalecontemporaneo.it, 13 settembre 2017, e, degli stessi AA., *Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome*, in www.verfassungsblog.de, 5 dicembre 2017, e in www.penalecontemporaneo.it, 11 dicembre 2017). Ed è ancora alle tradizioni in parola che il nostro giudice delle leggi ha fatto appello nella discussa (e discutibile) sent. n. 269 del 2017, trattando del modo con cui vanno protette le norme della Carta dell'Unione sostanzialmente coincidenti con norme della Costituzione laddove risultino violate da discipline legislative.

17 In argomento, v., almeno, J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti-A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; A. Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 88 ss. e 110 ss.; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013; E. Cannizzaro - B.I. Bonafè, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, University Press, Cambridge 2014, p. 84 ss.; C. Cinelli, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Riv. dir. internaz.*, 3/2014, 787 ss.

modi con cui prendono forma i diritti fondamentali nel tessuto sociale ed è ad essi data voce nelle più salde e diffuse esperienze giuridiche[18].

In seno ad uno stesso ordinamento, poi, il modo più adeguato per preservare l'equilibrio tra legislatore e giudici da un canto, giudice e giudice dall'altro[19], è proprio quello di sottoporre le singole decisioni – tanto quelle a finalità generale[20] quanto le altre valevoli per il singolo caso – al filtro delle consuetudini culturali in parola.

Il problema, nondimeno, ancora una volta, non può considerarsi del tutto risolto. Perché il punto non è solo stabilire se un bisogno può, o no, fregiarsi del titolo di "diritto fondamentale" ma anche, a seguire, quale trattamento debba essergli riservato, vale a dire quale tutela gli vada accordata.

3. La salvaguardia dei diritti attraverso la cooperazione di legislatori e giudici: agli uni spettando la posizione della disciplina iniziale, di principio, e agli altri la produzione delle regole idonee a svolgerli in relazione alle peculiari esigenze dei casi, tutti comunque dovendo fare i conti con lo sviluppo scientifico e tecnologico ed attingendo alle illuminanti indicazioni offerte dall'etica

Qui è il nodo di ordine istituzionale.

A mio modo di vedere, secondo modello costituzionale, la salvaguardia dei diritti fondamentali richiede il fattivo concorso di tutti gli operatori: immaginare che essa possa essere data a modo esclusivamente da alcuni o, peggio, solo da una ristretta cerchia e persino da un solo operatore (ad es., la Corte costituzionale) sarebbe un errore imperdonabile, foriero di gravissimi rischi per gli stessi diritti (e di coloro che ne sono portatori) perché varrebbe come rimettere, a conti fatti, la ricognizione degli stessi all'insindacabile apprezzamento dei pochi o del solo decisore di turno.

Confesso di guardare con molta diffidenza e – a dirla tutta – con una certa stanchezza alla nota *querelle* tra i fautori di uno "Stato legislativo" e

---

[18] Non è poi senza significato che proprio ad indirizzi interpretativi "consolidati" della Corte EDU (ed a pronunzie-pilota, che sono, in buona sostanza, ad essi equivalenti) abbia fatto riferimento la giurisprudenza costituzionale (spec. nella discussa sent. n. 49 del 2015), ad essi circoscrivendo il vincolo della interpretazione conforme delle leggi ad opera dei giudici nazionali (sui non pochi né lievi problemi che questa indicazione solleva, v., ora, A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, 159 ss.).

[19] … al piano sia delle relazioni interordinamentali che di quelle intraordinamentali (e, dunque, tra Corti europee e Corti nazionali per un verso, giudici costituzionali e giudici comuni per un altro verso).

[20] … tra le quali vanno congiuntamente annoverate, pur non tacendosene i tratti peculiari di ciascuna di esse, leggi e sentenze delle Corti parimenti produttive di effetti *erga omnes*.

quelli di uno "Stato giurisdizionale". Si trascura infatti che nel DNA dello "Stato costituzionale" – il solo appellativo ad esso appropriato – è quel principio della separazione dei poteri, pur nelle forme varie e flessibili in cui si è storicamente e positivamente tradotto[21], che ad ogni buon conto richiede la proficua collaborazione, nella tipicità dei ruoli e delle responsabilità, di tutti gli operatori in vista del conseguimento dei fini-valori costituzionali.

Ora, proprio sullo specifico terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali – il primo e più importante elemento costitutivo ed identificativo della Costituzione, secondo l'efficacissima formula di sintesi dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789 – si apprezza (e deve apprezzarsi) la cooperazione in parola: al legislatore spettando il *riconoscimento* dei diritti, nella sua ristretta e propria accezione che evoca il portare alla luce ciò che si rinviene nel profondo del corpo sociale, nel mentre la *tutela* è specificamente rimessa ai giudici. La disciplina legislativa, poi, *proprio nel presente contesto fortemente segnato dallo sviluppo scientifico e tecnologico*, dovrebbe risultare connotata da agilità di disposti e duttilità di struttura, vale a dire da un pugno di indicazioni essenziali, *per principia*, rimettendosi quindi per i loro opportuni svolgimenti e gli adeguamenti al mutare delle circostanze ai giudici, destinatari di una sorta di "delega" loro conferita dal legislatore e bisognosa di essere portata a frutto nelle singole vicende processuali e secondo apprezzamenti – dove più e dove meno – largamente discrezionali[22]. Laddove, di contro, il legislatore dovesse spingersi in discipline troppo minute e dettagliate, tanto più se infarcite di divieti[23], solleciterebbe naturalmente i giudici costituzio-

---

[21] … in merito alle quali v. spec. la poderosa riflessione storico-teorica di G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, I e II, Giuffrè, Milano (risp., 1979 e 1984), sul cui pensiero v. G. Grasso, *Crisi economico-finanziaria, globalizzazione, teoria dei cicli funzionali (in margine a "La separazione dei poteri" di Gaetano Silvestri)*, in www.rivistaaic.it, 2/2015, 1 maggio 2015.

[22] L'opzione per una disciplina legislativa "mite" o "leggera", con specifico riguardo alle esperienze d'inizio e fine-vita, è stata ripetutamente caldeggiata da numerosa dottrina [riferimenti in P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524; S. Agosta, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, cit., spec. 38 ss., ma *passim*; A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in www.rivistaaic.it, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5; C. Casonato, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.eu, 17 giugno 2014; R. Conti, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 3/2015, 168, e, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 257 ss., nonché in www.federalismi.it, 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4].

[23] … quali quelli di cui era dotata la legge sulla procreazione medicalmente assistita, che hanno quindi obbligato il giudice costituzionale a far luogo al suo vero e proprio sostanziale rifacimento, convertendo alcune originarie e rigide chiusure in previsioni temperate

nali a caducarle per irragionevolezza e, sulla base delle indicazioni date da questi, i giudici comuni ad una non di rado complicata e sofferta opera di reperimento di nuove regole idonee a prendere il posto delle prime. Talvolta, poi, non potendosi far luogo a decisioni manipolative dei testi, a motivo dei limiti cui esse vanno per loro natura incontro[24], si fa ricorso a manipolazioni occulte, ammantate delle candide vesti dell'interpretazione conforme, delle quali tanto i giudici costituzionali quanto i giudici comuni si rendono, pur nella diversità dei ruoli, artefici[25].

Il punto è che non si ha il necessario riscontro nell'esperienza del modello ora succintamente rappresentato, che demanda alla legge la produzione dei principi a corredo del riconoscimento dei diritti e alle sentenze dei giudici la loro specificazione-attuazione a mezzo delle regole di volta in volta congrue alle complessive esigenze dei casi[26]. Le note, diffuse e gravi, ancor-

---

e, perlomeno fino ad un certo punto, aperte. Efficacissimo il titolo dato da A. D'Aloia ad una sua succinta ma densa riflessione su questa vicenda: *L'(ex) 40*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 997 ss.

[24] … e, segnatamente, del limite del rispetto della discrezionalità del legislatore, del quale tuttavia si sono fatti (e si fanno) usi fortemente oscillanti e – diciamo pure – creativi. Questa della discrezionalità è, infatti, una tecnica decisoria che, al pari peraltro di quella del "diritto vivente" posta in essere lungo il versante dei rapporti col giudiziario, si rivela molte volte *bonne à tout faire*, una sorta di *deus ex machina* che, come nelle antiche tragedie, consente di venire in soccorso degli uomini al fine di poter sciogliere le matasse più aggrovigliate.

[25] Alle formidabili risorse dell'interpretazione si è, poi, costretti a far ricorso laddove si punti al rifacimento del parametro, non essendo ovviamente immaginabile la caducazione dello stesso (specificamente laddove risulti dalla stessa Costituzione, mentre è possibile sanzionare norme di leggi costituzionali o di altre fonti anche di rango costituzionale e pur se avente origine esterna).

[26] Prendo qui nuovamente le distanze da una tesi largamente diffusa, della quale ancora di recente si è fatta interprete un'accreditata dottrina [M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2014, 10 ottobre 2014], secondo cui i giudici sarebbero sempre e solo chiamati a dare applicazione delle leggi. In realtà, v'è modo e modo di farlo, a seconda della struttura nomologica degli enunciati legislativi, composta da maglie ora più ed ora meno larghe, e prima ancora, naturalmente, a seconda che gli enunciati stessi si diano, non potendosi escludere in partenza i casi di loro mancanza, al ricorrere dei quali il giudice è costretto a fare utilizzo dei soli materiali normativi disponibili, alle volte costituiti unicamente dai principi della Carta costituzionale o di altre Carte.
Ora, etichettare con un solo nome tutte queste esperienze a me parrebbe essere oggettivamente forzato. La stessa distinzione corrente tra principi e regole si pone quale una evidente semplificazione di un quadro internamente assai più articolato e composito, specie ove si consideri che sia le une che le altre norme esibiscono una diversa estensione di dettato (su ciò, di recente, O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2014, spec. 297 ss.; C. Pinelli, *Principi, regole, istituti*, in *Dir. pubbl.*, 1/2015, 35 ss.; M.V. Ballestrero-R. Guastini, *Dialogando su principi e regole*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1/2017, 127 ss.).

ché molte volte non sanzionate[27], responsabilità dovute alla latitanza del legislatore obbligano ad una innaturale torsione dei ruoli e, dunque, in buona sostanza, i giudici tutti (costituzionali e non) ad un'opera di "supplenza" – com'è usualmente e con una certa approssimazione chiamata – nei riguardi del legislatore stesso. Perché il vero è che il legislatore riluttante non può essere costretto ad un *facere*, il giudice invece deve pur sempre dare risposta alle domande che gli sono rivolte, altrimenti non renderebbe giustizia.

La "supplenza" è una metafora che, nei fatti, può significare (ed effettivamente significa) molte cose[28]. Sta di fatto che non poche volte i giudici costituzionali si trovano investiti del compito di dover disegnare la cornice del quadro al posto del legislatore, somministrando quindi ai giudici comuni i principi dai quali possono estrarsi le regole richieste dai casi; e ciò possono fare a modo ispirandosi all'etica, specie nelle sue più elevate espressioni positive, quali risultano dalla Carta costituzionale e dalle altre Carte.

---

[27] … tanto al piano politico, a motivo delle note carenze in ordine alla funzionalità dei meccanismi di responsabilità sia istituzionale che diffusa, quanto a quello giuridico, non riuscendosi a trovare rimedio alle omissioni assolute del legislatore. Non è riuscita, infatti, ad oggi a farsi strada la coraggiosa proposta affacciata da R. Conti, *Il rilievo della CEDU nel "diritto vivente": in particolare il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in AA.VV., *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., 87 ss., volta a consentire un ristoro economico per quanti risultino danneggiati dall'inerzia del legislatore. A mia volta, già in altri luoghi [tra i quali, il mio *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale (a proposito di un libro recente)*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIX, *Studi dell'anno 2015*, Giappichelli, Torino 2016, 530 s., e nt. 41] mi sono dichiarato favorevole a questa indicazione, a condizione che risulti provato che la lesione del diritto sia "conseguenza *diretta*, *immediata* e *necessaria* del vuoto legislativo".
D'altro canto, alle stesse omissioni relative è possibile molte volte porre riparo solo in parte e a certe condizioni, obbligando le stesse il giudice delle leggi ad una laboriosa (e, alle volte, francamente ardita) ricucitura del tessuto legislativo lacerato, fatto oggetto – fin dove possibile – di copiose integrazioni e di manipolazioni in genere (sulle sentenze "normative" della Corte costituzionale, per tutti, v. G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss. e C. Panzera, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013).

[28] Sulle complessive, rilevanti valenze delle metafore nell'esperienza giuridica, acute notazioni sono nel contributo alle nostre Giornate di O. Pollicino, *Metafore,* Judicial framing *e tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale*, in *paper*, e, ora, in A. Morelli - O. Pollicino, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato,* judicial frame *e tutela dei diritti fondamentali nel* cyberspazio*: modelli a confronto*, in corso di stampa in www.rivistaaic.it.

4. La "federalizzazione" dei diritti, testimoniata dalle "catene" di atti giurisdizionali che vengono a formazione a più livelli ordinamentali e istituzionali, all'insegna del principio della massimizzazione della tutela, quale si mette a fuoco e realizza nelle singole esperienze processuali, ricevendo luce ed orientamento sia dalla scienza che dall'etica

Come si è tentato di mostrare in altri luoghi[29], vengono pertanto non di rado a formarsi "catene" di atti che alle volte si avviano fuori delle mura domestiche, per mano di questa o quella Corte europea, e quindi si immettono in ambito interno, laddove ricevono un primo loro prolungamento ad opera di una pronunzia del giudice costituzionale e, a seguire, da pronunzie dei giudici comuni, grazie alle quali pervengono infine alla loro maturazione e chiusura.

In circostanze siffatte si assiste, a mio modo di vedere, alla produzione di un effetto unitario, proprio della "catena", che sovrasta e comprende quelli dei singoli "anelli" che la compongono, i quali nondimeno non perdono la loro peculiare e singolare connotazione. Senza però lo sforzo congiunto da tutti prodotto e convergente verso la meta comune, la trasformazione della realtà (l'effetto giuridico, appunto[30]), all'insegna dei valori costituzionalmente protetti, non avrebbe modo di farsi apprezzare.

È proprio così che, a mia opinione, viene a prendere forma un modello di "federalizzazione" dei diritti, nel quale da tempo mi riconosco[31] e che – come si tenta qui di mostrare – proprio al crocevia di etica, scienza e diritto riceve la sua più nitida rappresentazione e giustificazione.

Che la legge debba andare incontro al limite sopra indicato, dotandosi di un corpo di norme essenziali ed elastiche, è avvalorato proprio dal modo con cui il diritto viene a contatto con l'etica da un lato, la scienza e la tecnologia dall'altro. Queste ultime, in ispecie, col loro modo frenetico ed incalzante di rinnovarsi sollecitano vigorosamente il legislatore a tenersi alla larga dal far luogo a discipline rigide e statiche, incapaci di adeguarsi a situazioni continuamente cangianti ed estremamente varie. Chi, invece, è in grado di tenere il passo degli avanzamenti scientifici e tecnologici è proprio il giudice, al di là del livello ordinamentale al quale opera e della natura dell'attività svolta. D'altronde, solo il giudice è in grado di utilizzare al meglio, per le peculiari

---

[29] … tra i quali, il mio *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovverosia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in www.federalismi.it, 11/2016, 1° giugno 2016, spec. al § 6.

[30] Su ciò la magistrale e ad oggi insuperata lezione teorica di A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV (1965), 432 ss.

[31] Tra gli altri miei scritti, può, volendo, vedersi il mio *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, in Consulta OnLine, III/2015, 17 dicembre 2015, 835 ss., spec. 845 ss.

esigenze del caso, i materiali normativi disponibili, confrontandoli e – fin dove possibile – integrandoli nell'interpretazione e stabilendo dove si situa l'ottimale salvaguardia delle esigenze stesse, con specifico riguardo ai diritti fondamentali visti nel loro fare sistema tanto *inter se* quanto con altri interessi, individuali e collettivi, meritevoli di protezione[32].

Nel principio della massimizzazione della tutela[33] tutte le Carte si riconoscono: espressamente, la CEDU e la Carta dell'Unione (entrambe all'art. 53), che ritagliano per sé un ruolo sussidiario rispetto alla salvaguardia dei diritti assicurata in ambito interno, ed implicitamente – a mio modo di vedere – la stessa Costituzione (segnatamente agli artt. 2 e 3, nel loro porsi in rappor-

---

[32] All'idea di sistema la giurisprudenza costituzionale ha fatto (e fa) insistito richiamo: v., *ex plurimis*, decc. nn. 236 del 2011; 264 del 2012; 1, 85, 170 e 202 del 2013; 10 e 49 del 2015; 63 del 2016; 124 e 269 del 2017.

[33] … a riguardo del quale, nella ormai copiosa lett., R. Conti, *sub* art. 53, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, a cura di G. Bisogni - G. Bronzini - V. Piccone, Cimenti, Taranto 2009, 639 ss.; L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, cit., 159 ss.; A. D'Aloia, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione* multilevel, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2014, 1 ss., spec. 32 ss.; G. D'Amico, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. Amalfitano-M. Condinanzi, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; G.M. Salerno, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; C. Panzera, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in Consulta OnLine, 2/2015, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. Spadaro, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano* internazionale*, ma negati sul piano* costituzionale. *Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., spec. 55 ss.; *ivi* pure C. Salazar, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, 217 ss., e L. D'Andrea, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. 314 ss.; L. Cappuccio, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 412 ss.; A.O. Cozzi, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Jovene, Napoli 2017, 92 ss., spec. 111 ss.; M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., spec. 12 ss.; M. Condinanzi - P. Iannuccelli, *sub* art. 53, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 1085 ss. Infine, A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. 222 ss., ma *passim*; N. Colacino, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in www.dirritticomparati.it, 3/2017, 15 dicembre 2017, § 3, e F. De Vanna, *I 'controlimiti' tra disordine delle fonti ed equilibrio del diritto*, in www.federalismi.it, 23/2017, 20 dicembre 2017, spec. al § 3.

to coi principi fondamentali restanti). Come si è tentato di mostrare in altri luoghi, ad esso è anzi da assegnare generale valenza, giocando non soltanto quale criterio di selezione della norma o del sistema di norme idoneo a portare ancora più in alto il livello di tutela rispetto ad altra norma o sistema normativo, ma anche (e soprattutto) quale criterio di orientamento (anzi, di preorientamento) dei processi interpretativi.

Se il criterio non si discute, il problema resta però aperto e si ripropone ogni volta, dovendosi stabilire come far luogo senza soverchie incertezze ai riscontri richiesti dal criterio stesso. È poi fuor di dubbio che i punti di vista delle Corti possono reciprocamente, legittimamente divergere; ed è chiaro che le tensioni finiscono poi con lo scaricarsi sui terminali delle operazioni di giustizia, i giudici comuni, i quali possono trovarsi messi in croce ogni qual volta siano chiamati a dar seguito a pronunzie delle Corti europee e della Corte costituzionale reciprocamente incompatibili.

Non posso riprendere qui la vessata questione dei conflitti tra giudicati, che richiederebbe approfondimenti per i quali questa sede risulta evidentemente inadeguata[34].

Su un punto però occorre, prima di chiudere, fermare l'attenzione; ed è che in occasione dell'applicazione del principio della miglior tutela e delle sue opportune verifiche occorre pur sempre orientare l'analisi verso le risultanze della scienza e le indicazioni offerte dall'etica: è proprio dal punto di vista di quest'ultima, anzi, che gli stessi esiti della scienza vanno vagliati ed apprezzati, portandoli quindi ad effetto per le esigenze della pratica giuridica.

---

[34] Riferimenti, di recente, in A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., 249 ss. In giurisprudenza, dopo la nota e discussa pronunzia della Consulta n. 113 del 2011 (per la materia penale), v., più di recente e con riguardo al giudicato civile e amministrativo, Corte cost. n. 123 del 2017 [sulla quale le note di A. Randazzo, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale)*, in Consulta OnLine, 3/2017, 15 novembre 2017, 460 ss. e, nella stessa *Rivista*, R.G. Conti, *L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, 2/2017, 29 giugno 2017, 333 ss.; inoltre, E. Bindi - A. Pisaneschi, *La Corte costituzionale non consente la revocazione delle sentenze amministrative passate in giudicato per contrasto con la sentenza della Corte EDU*, www.giustamm.it e G.V.A. Petralia, *Conflitto tra giudicato nazionale e sentenze delle Corti europee: nota a margine di Corte costituzionale n. 123/2017*, in www.rivistaaic.it, 4/2017, 13 novembre 2017] e n. 6 del 2018 [col commento di P. Tomaiuoli, *L'"altolà" della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in Consulta OnLine, 1/2018, 24 gennaio 2018, 1 ss.].

5. La lezione che viene da Corte cost. n. 84 del 2016 e i tre insegnamenti che la stessa ci somministra

Scienza ed etica entrano prepotentemente sulla scena già al momento in cui si tratta di dare senso ad enunciati riguardanti i diritti (specie ad alcuni di essi che ne sono maggiormente impressionati), al fine di stabilire se e quale uso possa farsene nella pratica giuridica. Se ne hanno molte e convergenti testimonianze in giurisprudenza: ne riporto qui solo una, particolarmente attendibile, al di là poi del fatto che si condivida il risultato processuale raggiunto.

Ci dice, infatti, Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca, che, laddove la scienza è divisa, la Costituzione rimane muta[35]: l'indecidibilità del caso nel merito, allora, naturalmente si converte nella inammissibilità della questione. Allo stesso tempo in cui il giudice delle leggi arretra e si lava pilatescamente le mani[36], viene sollecitato ad attivarsi il legislatore. La Costituzione resta, dunque, silente ma la legge comune può (e deve) parlare[37]. Nel frattempo, però, il giudice cosa può ovvero deve fare?

Qui è, infatti, il punto. Come si fa a stabilire dove si situa la miglior tutela di tutti i beni della vita in campo se la Costituzione è muta?

Ebbene, la vicenda è assai istruttiva per plurime ragioni; per ciò che qui maggiormente importa, per tre di esse.

La prima è la conferma che l'interpretazione costituzionale, in relazione ad alcuni enunciati, non può portarsi avanti e pervenire alla meta senza il

---

[35] Si faccia caso alla differenza che si ha tra le lacune costituzionali (nella loro propria e ristretta accezione), che un'accreditata dottrina qualifica come "lacune di costruzione", dipendenti da indebite carenze dell'impianto costituzionale, e ciò che invece si ha laddove gli enunciati non manchino e però risulti impossibile assegnare loro significato non venendo allo scopo in soccorso esperti e scienziati (sulle lacune costituzionali, tema *ab antiquo* vessato, di recente, v. Q. Camerlengo, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2/2014, 267 ss., e, se si vuole, il mio *Lacune costituzionali*, in www.rivistaaic.it, 2/2016, 18 aprile 2016).

[36] In questo senso se ne discorre nel mio *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in www.biodiritto.org (*Biolaw Journal*), 2/2016, 245 ss.; nella stessa *Rivista*, altri commenti di vario segno; v., poi, tra i molti altri, E. Chieregato, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in www.forumcostituzionale.it, 4 giugno 2016; V. Tigano, De dignitate non disputandum est*? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, in www.penalecontemporaneo.it; G. Sorrenti, *Note minime sul rapporto tra* ius*,* ethos e scientia, cit.

[37] … restando, ovviamente, le scelte al riguardo fatte insindacabili alla luce di un parametro costituzionale, in tesi insussistente o… *muto*, salvo ad ogni buon conto il sindacato secondo ragionevolezza: una ragionevolezza – possiamo ormai dire – *eticamente* ispirata.

soccorso della scienza, della quale dunque – piaccia o no – non può farsi comunque a meno.

La seconda è che i diritti possono essere messi a fuoco e intesi nella loro stessa struttura costitutiva, come pure reciprocamente combinati (e soppesati), unicamente attingendo a quelle *consuetudini culturali di riconoscimento*, di cui poc'anzi si diceva, risultanti perciò anche (e talora soprattutto) da indicazioni convergenti degli scienziati, dall'essersi cioè formato un autentico "diritto vivente scientifico" idoneo quindi a convertirsi e risolversi in "diritto vivente" *tout court*, tanto più rilevante laddove, come nella vicenda appena richiamata, riferito ad enunciati costituzionali.

La terza è che nessun bilanciamento può in ogni caso farsi da una prospettiva eticamente neutra o inespressiva. La Corte apparentemente non si pronunzia, o meglio dichiara di non potersi pronunziare; in realtà, così facendo, sa benissimo di avallare, a conti fatti, lo *status quo*, confermando *per l'intanto* il divieto di destinazione degli embrioni alla ricerca, un divieto nondimeno non discendente – potrebbe crisafullianamente dirsi: *a rime obbligate* – dalla Costituzione ma, all'inverso, disponibile (solo, però, per il legislatore). Rimane, comunque, oscuro come possa il legislatore stesso determinarsi e far luogo alla scelta migliore perdurando le divisioni tra gli scienziati e, di conseguenza, restando muta la Costituzione, quasi che sia indifferente che si opti per l'una ovvero l'altra soluzione. *In nuce*, si tratta di vedere se il principio di precauzione si volga a copertura della integrità dell'embrione, che pur tuttavia dopo un certo tempo (la cui durata è, nondimeno, controversa) si rende inutilizzabile a finalità riproduttiva, ovvero – come a me sembra – a copertura della ricerca, i cui benefici non richiedono ovviamente di essere qui messi ulteriormente in chiaro.

6. Riassumendo e concludendo: le conferme che vengono al modello "federale" di salvaguardia dei diritti dal presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata e dallo sviluppo impetuoso della scienza e della tecnica, pur sempre bisognoso tuttavia di alimentarsi e rigenerarsi costantemente dall'etica

Riassumendo e concludendo.

Gli equilibri, fluidi e precari, tra i protagonisti della vita istituzionale (e, segnatamente, legislatori e giudici) non restano affidati in ordine alla loro messa a punto e definizione esclusivamente a ragioni di contesto politico, economico, sociale in genere; sono altresì da mettere in conto l'incidenza crescente esercitata dallo sviluppo scientifico-tecnologico, per un verso, e, per un altro verso, l'orientamento che viene dall'etica.

In questo quadro internamente articolato, attraversato da non poche tensioni e connotato da perduranti carenze e contraddizioni, vengono meno risalenti e consolidate credenze nel mentre si fanno strada a forza istanze

e bisogni un tempo sconosciuti e che premono per il loro appagamento, il massimo possibile alle difficili e, per certi, versi proibitive condizioni del tempo presente. Gli ordinamenti sono sollecitati a prestazioni di mutua solidarietà, tanto più avvertita quanto più avanza la loro integrazione[38]. Allo stesso tempo, in seno a ciascuno di essi cadono antiche barriere e vere e proprie contrapposizioni, quale quella che voleva nettamente distinto il ruolo dei decisori politici da quello dei garanti. Specie (ma non solo) laddove si tratti di dare tutela ai diritti fondamentali (e, particolarmente, a quelli nuovi o nuovissimi), tutti gli attori istituzionali sono chiamati a prestazioni che si dispongono in modo seriale componendo ed alimentando processi complessi, in seno ai quali prendono forma "catene" di atti tutti – quale più quale meno – espressivi di una intrinseca, ineliminabile *vis* innovativa. "Normative" sono infatti, per loro congenita natura e vocazione, le leggi che danno il primo e – secondo modello – necessario *riconoscimento* dei diritti, specie a mezzo di disposizioni di principio, e "normative" sono altresì le pronunzie dei giudici costituzionali che vi danno il primo, diretto e immediato svolgimento (talvolta esse pure a mezzo di ulteriori formule di principio) come pure, a seguire, le pronunzie degli stessi giudici comuni, chiamati non di rado a far luogo a regole *attuative* (e non meramente *applicative*) dei principi stessi[39].

Il modello vincente – come si è tentato di mostrare – è quello di una "federalizzazione" dei diritti fondamentali, specie appunto di quelli scientificamente sensibili. Lo richiede un contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata e dall'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, un contesto in seno al quale lo stesso Stato costituzionale è profondamente cambiato e proiettato verso ulteriori cambiamenti dei quali ancora ci sfugge il complessivo modo di essere[40]. Basti solo pensare alla circostanza per cui, a fronte del vecchio modello di ordinamento al cui vertice si disponeva in sovrana solitudine una sola Costituzione, quale fondamento, fine e confine assiologico-normativo dello stesso, oggi si ha una costellazione di Carte che si affiancano e integrano la Costituzione: tutte chiamate a darsi

---

[38] Perdurano, tuttavia, ostacoli alle volte insormontabili che ne rendono assai complicata e sofferta la realizzazione: basti solo pensare al modo con cui è stato (ed è) gestito dall'Unione e dagli Stati il fenomeno delle migrazioni di massa.

[39] Come si è tentato in altri luoghi di mettere in chiaro, la normatività infatti non discende esclusivamente dall'attitudine degli atti che ne sono provvisti a produrre effetti generali (ciò che, peraltro, è proprio non soltanto delle leggi ma anche delle sentenze di alcuni giudici, e segnatamente di quelli costituzionali) ma anche da connotati strutturali degli atti stessi e, di riflesso, dalla *vis* innovativa dagli stessi espressa nei singoli casi, pur laddove – come per le decisioni dei giudici comuni – la loro efficacia resti poi circoscritta alle singole esperienze processuali alle quali si applicano.

[40] Un'attenta riflessione di sintesi sul modo di essere e di divenire dello Stato costituzionale è in A. Spadaro, *Le evoluzioni contemporanee dello Stato di diritto*, in *Lo Stato*, 8/2017, 139 ss.; volendo, si può poi vedere anche il mio *Lo Stato costituzionale e le sue "mutazioni genetiche"*, in *Quad. cost.*, 4/2014, 837 ss.

mutuo sostegno ed a concorrere ciascuna alla incessante alimentazione e rigenerazione delle altre.

È ovvio che, in un contesto siffatto, la pluralità delle Carte (e delle Corti che ne sono istituzionalmente garanti) fa crescere le opportunità di tutela dei diritti ma rende viepiù complicato e impegnativo il compito di chi è deputato a darla, dilatandone i margini di apprezzamento discrezionale. Si tratta quindi di vedere in che modo e fin dove l'operato degli attori istituzionali possa essere tenuto sotto controllo, orientato, sorretto.

Soccorrono allo scopo – come si è veduto – un criterio, espressivo di un'autentica direttiva metodica d'azione, e uno strumento: l'uno è dato dalla ricerca della massimizzazione della tutela, già in sede d'interpretazione degli enunciati, più e prima ancora che della loro applicazione ai casi; l'altro dal riferimento a consuetudini culturali di riconoscimento dei diritti diffuse e radicate nel corpo sociale, tanto più laddove si dispongano e svolgano a plurimi livelli ordinamentali, facendosene quindi interpreti e garanti tanto le Corti europee quanto quelle nazionali[41]. Come si è tentato di mostrare, è questa, a conti fatti, la migliore risorsa di cui disponiamo al fine di dare risposta a domande di giustizia alle volte pressanti, comunque esigenti, che rimandano a bisogni elementari dell'uomo ai quali si fatica a venire incontro in modi complessivamente appaganti.

Scienza e tecnologia possono fare molto a tal fine ma rimangono cieche se non sono sorrette, illuminate, rigenerate dall'etica, così come hanno da esserlo gli operatori del diritto.

La centralità della persona umana, kantianamente intesa sempre e solo come fine e mai come mezzo, è il solo punto fermo dal quale tutti – studiosi ed operatori – possono stabilmente tenersi nel loro quotidiano, impegnativo e non di rado sofferto lavoro.

---

[41] È poi appena il caso qui di rilevare di sfuggita che gli operatori non si limitano a recepire meccanicamente e passivamente le tradizioni costituzionali profondamente radicate nel tessuto sociale ma coi loro atti concorrono al loro incessante rinnovo, assicurandone in tal modo la trasmissione alle generazioni che verranno. La qual cosa si rende particolarmente visibile nei casi in cui decisioni coraggiose dei giudici danno voce a diritti incipienti o ancora in formazione, imprimendo una spinta vigorosa alla loro affermazione in strati sempre più larghi del corpo sociale.

I FONDAMENTI DEL COSTITUZIONALISMO ALLA PROVA DEL CASO DICIOTTI: IL SINDACATO SULLE DECISIONI PARLAMENTARI E IL PUNTO DI EQUILIBRIO FRA POTERI

di Emilio Santoro

Negli ultimi mesi il dibattito italiano (in particolare della sinistra italiana) sembra sia incentrato sul problema di obbedire alle leggi ingiuste. La disobbedienza alla legge ingiusta è stata evocata nella vicenda dell'inchiesta su Mimmo Lucano, che ha minato il sistema di accoglienza di Riace, e poi nella discussione sul "Decreto Salvini", o "Decreto Sicurezza", in cui si è chiesto ai sindaci di non applicare la parte relativa all'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo. Insomma, sembra di essere tornati all'epoca dell'*Antigone* di Sofocle, in cui alla volontà del sovrano, Creonte, alla legge, si deve opporre la legge morale e la disobbedienza. Sofocle fa dire alla protagonista della sua tragedia: «Né davo tanta forza ai tuoi decreti, che un mortale potesse trasgredire leggi non scritte, e innate, degli dei. Non sono d'oggi, non di ieri, vivono sempre, nessuno sa quando comparvero né di dove».

Questo modo di impostare il problema sembra dimenticare che non viviamo più nell'antica Tebe ma in uno Stato costituzionale. Le costituzioni rigide furono pensate nel secondo dopoguerra proprio per risolvere il problema di quella che Hannah Arendt definì «la banalità del male», l'idea che i funzionari pubblici si devono attenere alla legge in quanto legge, che è loro dovere applicare la legge a prescindere dal suo contenuto. Il costituzionalismo in genere, e il costituzionalismo italiano in particolare, ha la sua pietra angolare nell'idea che il giudice non deve essere mera bocca della legge, di Creonte, neppure di una legge che esprime la volontà del rappresentante del popolo sovrano, come voleva l'illuminismo giuridico. Deve essere, in primo luogo, giudice della legge. Il suo primo dovere è valutare se la legge è conforme alla Costituzione e, in caso gli venga il dubbio che non lo sia, sottoporre la legge alla Corte costituzionale. Il problema non è il confronto tra la legge positiva, espressione della sovranità popolare, e la legge morale, le «leggi non scritte, e innate, degli dei» di Antigone. Il problema è quello della legittimità costituzionale della legge che, per dirla con Kelsen, se è incostituzionale è solo apparentemente, provvisoriamente, legge: la declaratoria di incostituzionalità, fatti salvi i rapporti già definiti, retroagisce, come imparano gli studenti di giurisprudenza del primo anno, la elimina dal momento in cui è stata approvata, *ex tunc* si dice con il latino caro ai giuristi.

Il costituzionalismo si regge su un delicato equilibrio che è racchiuso nell'ossimoro dell'articolo uno della nostra Costituzione: «L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione».

Questo articolo esprime un ossimoro perché concilia la sovranità e i suoi limiti. Se andiamo a leggere gli inventori della nozione di sovranità da Bodin a Hobbes e ad Austin, vediamo che, secondo loro, il sovrano è colui che non ha limiti: per usare ancora un brocardo latino caro ai giuristi, colui che *superiorem non recognens*. Il sovrano dovrebbe essere colui che non ha una norma superiore che definisce i limiti del suo potere. La nostra Costituzione, invece, statuisce che la sovranità «appartiene al popolo», ma al tempo stesso impone a quest'ultimo di esercitarla nei limiti da essa stessa fissati, senza che questo intacchi il carattere democratico della Repubblica: l'articolo uno si apre con l'affermazione che la Repubblica italiana è democratica.

***

La legge costituzionale n. 1 del 1989, che dà attuazione all'art. 96 della Costituzione, all'art. 9 terzo comma, stabilisce che la Camera cui appartiene un rappresentante del popolo, o il Senato se il membro del Governo non è parlamentare, «può, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, con valutazione insindacabile, che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo».

Quello che rende il caso del sequestro di cento-settanta-sette persone sulla nave Diciotti un *experimentum crucis* sul senso del costituzionalismo, e sul suo stato di salute, è la scelta non solo del Ministro Salvini, ma di tutto il Governo, di non negare di aver detenuto senza alcun titolo sulla nave militare cento-settanta-sette persone, tra cui plausibili (non gli è stato concesso di presentare domanda) richiedenti asilo, e quindi un sequestro di persona aggravato dal fatto di essere stato commesso da pubblico ufficiale, ma di aver scelto di sostenere che l'atto è legittimo in base all'assunto che il fine giustifica i mezzi. Il Ministro e il Governo hanno scelto di sostenere che hanno deliberatamente convenuto di procedere alla detenzione e che questa, se pur mancante di base legale, era necessaria «per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico».

È questa scelta che pone drammaticamente in gioco il senso e i limiti di cosa si intende per Stato costituzionale: può un governo decidere deliberatamente di non rispettare un diritto fondamentale di alcuni soggetti, espressamente previsto dalla Costituzione, per perseguire quello che ritiene il preminente interesse pubblico o anche un interesse dello Sato costituzionalmente rilevante (che immagino sia la difesa dei confini)?

Il problema nasce in primo luogo dall'inciso, che ho enfatizzato, «con valutazione insindacabile» contenuto nella norma sull'autorizzazione a procedere: può questo inciso essere letto come una negazione dell'art. 1 della Costituzione? Una Camera, che rappresenta il popolo sovrano, può riconoscere

legittimo un atto compiuto in violazione dei limiti previsti dalla Costituzione all'esercizio della sovranità popolare?

Probabilmente il Costituente non ha mai pensato che questo problema si potesse porre, ma, dato che oggi si pone, va risolto. Secondo dichiarazioni riportate dalla stampa, il presidente della Corte costituzionale sembra si è limitato a ribadire la distinzione tra una «valutazione giuridica» operata dal Tribunale dei Ministri chiamato a stabilire se «un fatto integri un reato» e, in caso positivo, a rimettere la vicenda al Parlamento, e una «valutazione politica» con cui «la Camera o il Senato valutano […] se il reato è giustificato per soddisfare l'interesse pubblico costituzionalmente rilevante. Se è così il Parlamento non dà l'autorizzazione a procedere».

Se questa distinzione implica che quella cui è chiamato il Parlamento è una valutazione che prescinde dai diritti riconosciuti dalla nostra Costituzione, io mi permetto di dissentire da questa tesi.

A mio parere, la clausola, che definisce una «valutazione insindacabile» quella della Camera chiamata a esprimersi, non può mettere in discussione il delicato equilibrio su cui il costituzionalismo si fonda: non si può attribuire al rappresentante del popolo sovrano il potere di stabilire i limiti della sovranità popolare. Ce lo ricorda ancora una volta un brocardo latino: *nemo iudex in re sua*. Del resto le costituzioni rigide e le corti costituzionali nascono nel secondo dopoguerra perché i fatti verificatisi negli anni antecedenti alla Seconda guerra mondiale avevano mandato delusa la speranza, di Rousseau e dei teorici ottocenteschi dello Stato di diritto, che il popolo sovrano o il potere legislativo potessero proteggere dalle azioni dell'esecutivo i diritti fondamentali delle persone.

Sicuramente rientra nella potestà del Governo e del Parlamento il potere di limitare l'ingresso dei migranti nel nostro territorio (forse non quello dei richiedenti asilo), ma una tale potestà non può essere esercitata violando i diritti costituzionali degli stessi migranti. Non è in discussione la politica scelta dal Governo e dalla maggioranza parlamentare, ma la possibilità di attuarla violando i diritti fondamentali delle persone.

A mio parere, in questa vicenda la posta in gioco – il costituzionalismo, ovvero la civiltà giuridica che abbiamo costruito dopo le tragedie della prima metà del nostro secolo – è molto alta. Mi sembra dunque importante stabilire se, in caso – molto probabile dopo la decisione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari – il Senato neghi l'autorizzazione a procedere, "ci sarà" – per usare una celeberrima espressione – "comunque un giudice a Berlino" capace di tutelare i diritti fondamentali delle persone. La strada del conflitto di attribuzione per sottoporre la decisione del Senato alla valutazione della Corte costituzionale appare impervia e problematica, ma, non di meno, credo che un giudice ci sarà anche se non sta a Berlino, ma a Strasburgo: è la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu).

Questa Corte, con giurisprudenza costante, ritiene che: «Se gli Stati possono stabilire in modo sovrano le loro politiche migratorie, le difficoltà di

gestione dei flussi migratori non possono giustificare pratiche incompatibili con le loro obbligazioni convenzionali» (Decisione della Grande Camera nel caso *Georgia contro Russia*, annunciata nel comunicato del 30 gennaio 2019). In base a questo principio il nostro Paese è stato già condannato nel 2012, causa *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, per aver respinto dei migranti senza consentire loro di presentare domanda di asilo. Ancora più rilevante è la condanna nel caso *Khlaifia e altri c. Italia*, dove la Grande Camera, pur riconoscendo i problemi che devono affrontare le autorità italiane per gestire i flussi migratori, afferma che questi non possono esonerare il nostro Paese dal rispettare l'obbligo di garantire condizioni di detenzione rispettose della dignità delle persone e, soprattutto, non consentono di praticare forme di detenzione non previste dalla legge italiana.

Tra gli obblighi che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) impone agli Stati di rispettare ci sono quelli che discendono dall'articolo 13. Questo articolo sancisce che: «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella (...) Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali». Dato che nel caso della nave Diciotti è sicuramente stato leso un diritto, quello alla «libertà e sicurezza» garantito dall'art. 5 della Convenzione e che questo diritto è considerato dalla Corte Edu di grande importanza perché la sua violazione è spesso foriera della violazione del divieto di tortura e trattamento inumano e degradante, sancito dall'art. 3 della stessa Convenzione, appare scontato che il caso possa finire di fronte alla Corte di Strasburgo. La convinzione che il caso sarà sottoposto alla Corte Edu è rafforzata anche dal fatto che alcune delle persone sequestrate sulla nave Diciotti vi hanno già fatto ricorso per questa vicenda e, in caso di diniego dell'autorizzazione a procedere contro il Ministro Salvini, appare del tutto ovvio che i ricorrenti chiedano alla Corte di pronunciarsi anche sull'eventuale diniego a procedere contro il Ministro.

La Corte Edu si è già attribuita, in una famosa sentenza di condanna dell'Italia, il compito di affermare il diritto delle parti lese all'effettivo perseguimento degli autori della violazione degli articoli 3 e 5 della Convenzione.

È importante ricordare questo caso non solo perché esso mi sembra illuminante sull'atteggiamento della Corte, ma soprattutto perché riguarda una vicenda che mette bene in chiaro quale pericoloso piano inclinato si profili una volta che si ammetta che un ramo del Parlamento possa impedire di processare alcuni Ministri del Governo per aver violato un diritto fondamentale, e in particolare il diritto alla libertà personale, adducendo che lo ha fatto in nome di un «interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico».

***

La decisione a cui faccio riferimento è particolarmente significativa perché la Corte ha adempiuto al suo dovere di tutelare i diritti fondamentali previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo anche quando questi sono violati da organi costituzionali del nostro Stato, nel caso specifico il governo, come nel caso della Diciotti, e il Presidente della Repubblica, entrambi sicuramente convinti di agire «per il perseguimento di un preminente interesse pubblico» nell'esercizio delle rispettive funzioni, anche se per quelle vicende il Tribunale dei Ministri non chiese l'autorizzazione a procedere.

La sentenza è quella pronunciata dalla Corte nel 2016 relativamente alla causa *Nasr e Ghali c. Italia*. Il fatto è quello della *extraordinary rendition* di Abu Omar. Quest'ultimo, già condannato in primo grado per appartenenza a un'organizzazione terroristica al momento del giudizio della Corte, fu rapito, malmenato, portato nella base militare statunitense di Aviano e poi a Il Cairo, dove fu torturato per ottenere la sua collaborazione con i servizi segreti egiziani. Le indagini evidenziarono la responsabilità di un agente della Cia di stanza a Milano e di altri cittadini statunitensi, per un totale di ventisei persone, per i quali il Ministro della giustizia decise di non chiedere l'estradizione.

Durante le indagini i procuratori chiesero informazioni sugli agenti statunitensi ai servizi segreti italiani: «A fronte di questa richiesta il Presidente del Consiglio dei Ministri, in qualità di autorità competente in materia di segreto di Stato, indicò di aver autorizzato la trasmissione delle informazioni richieste purché la loro divulgazione non arrecasse pregiudizio all'ordine costituzionale» (§ 55 sentenza Cedu). La prosecuzione delle indagini portò al coinvolgimento nell'inchiesta di alcuni agenti del Sismi, il servizio segreto militare italiano. L'inchiesta si chiuse con la richiesta di rinvio a giudizio di 35 persone tra cui 26 cittadini statunitensi che furono giudicati in contumacia, non essendosi presentati al processo. A questo punto, il presidente del Consiglio dei ministri in carica adì la Corte costituzionale con due ricorsi, rispettivamente contro la Procura e contro il gip di Milano, per conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato, contestando l'uso e la divulgazione di documenti e di informazioni coperti da segreto di Stato.

Quando la Corte ammise i ricorsi del Presidente del Consiglio, la Procura di Milano presentò ricorso per conflitto di attribuzione, sostenendo che il Presidente del Consiglio, nel dichiarare segreti i documenti e le informazioni relativi all'organizzazione ed alla realizzazione del rapimento, aveva ecceduto i suoi poteri. Secondo la Procura il segreto di Stato non poteva applicarsi al rapimento, che costituiva un «fatto eversivo dell'ordine costituzionale», dal momento che i principi dello Stato costituzionale impediscono che si rapiscano degli individui sul territorio della Repubblica per trasferirli con la forza in Paesi terzi affinché vengano interrogati sotto la minaccia o l'uso di violenze fisiche e morali.

Secondo la Procura di Milano «*poiché il sequestro si inscriveva in un quadro di violazioni sistematiche dei diritti dell'uomo, soprattutto del divieto della tortura e delle privazioni arbitrarie della libertà, esso era contrario*

ai principi fondamentali della Costituzione e delle norme internazionali in materia di diritti dell'uomo» (§ 90, enfasi mia).

Con la sentenza n. 106/2009 del 18 marzo 2009, la Corte costituzionale «affermò la preminenza degli interessi protetti dal segreto di Stato su qualsiasi altro interesse costituzionalmente garantito e rammentò che l'esecutivo era investito del potere discrezionale di valutare la necessità del segreto ai fini della protezione di questi interessi, potere "che può essere limitato solo dalla necessità che siano esplicitate, al Parlamento, le ragioni essenziali poste a fondamento delle determinazioni assunte e dal divieto di opporre il segreto in relazione a fatti eversivi dell'ordine costituzionale". La Corte costituzionale precisò che questo potere era sottratto a qualsiasi controllo giudiziario, compreso il suo, e sottolineò che, nel conflitto di attribuzione proposto, non era chiamata ad esprimere una valutazione di merito sulle ragioni del ricorso al segreto di Stato» (§ 99).

La Corte «riconobbe l'illegalità della pratica dei "trasferimenti extragiudiziari", ma giudicò tuttavia che "un singolo atto delittuoso, per quanto grave, non [era] di per sé suscettibile di integrare un fatto eversivo dell'ordine costituzionale, dato che non [era] idoneo a sovvertire, disarticolandolo, l'assetto complessivo delle istituzioni democratiche". Pertanto, la Corte concluse che, anche se il sequestro del ricorrente non era coperto di per sé dal segreto di Stato, l'applicazione del segreto di Stato non poteva essere esclusa nell'indagine sui fatti» (§ 102).

Nonostante il segreto di Stato, il Tribunale di Milano ritenne che si poteva considerare provato il sequestro e la responsabilità di 22 agenti statunitensi, condannò due funzionari italiani per favoreggiamento, mentre dichiarò di non doversi procedere per l'apposizione del segreto di Stato verso i vertici del Sismi. In appello, dopo un lungo *ping-pong* tra Corte di cassazione e Corte costituzionale sui limiti del segreto di Stato, furono anch'essi condannati. Non solo fu confermata la condanna degli agenti statunitensi, ma furono condannati anche quelli che in primo grado si erano visti riconosciuta l'immunità diplomatica. Inoltre, fu anche riconosciuto il diritto di Abu Omar e dei suoi parenti di aver da essi il risarcimento del danno.

In seguito al passaggio in giudicato della sentenza, nessun organo governativo italiano chiese l'estradizione dei cittadini statunitensi condannati, e fu emanato un ordine di arresto internazionale solo per i responsabili della Cia di Milano. Quest'ultimo e gli altri due cittadini statunitensi, che erano in Italia al momento della condanna, chiesero e ottennero la grazia del Presidente della Repubblica.

Nella sua decisione, la Corte ribadisce il proprio orientamento che possiamo ormai definire consolidato in materia di articolo 3, ovvero, in relazione alla tortura e ai trattamenti inumani e degradanti. Cito il paragrafo 262 della sentenza perché è di una chiarezza cristallina che ogni parafrasi potrebbe solo oscurare:

«*Quando un individuo sostiene in maniera difendibile di avere subito, da parte della polizia o di altri servizi analoghi dello Stato, o in conseguenza*

di atti commessi da agenti stranieri operanti con il consenso o la connivenza dello Stato, un trattamento contrario all'articolo 3, quest'ultima disposizione, in combinato disposto con il dovere generale imposto allo Stato dall'articolo 1 della Convenzione di "riconoscere a ogni persona sottoposta alla [sua] giurisdizione i diritti e le libertà enunciati (…) [nella] Convenzione", richiede, per implicazione, che vi si una inchiesta ufficiale effettiva. Tale inchiesta deve poter condurre all'identificazione e, se del caso, alla punizione dei responsabili e all'accertamento della verità. Se così non fosse, nonostante la sua importanza fondamentale, il divieto generale della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani o degradanti sarebbe inefficace in pratica, e sarebbe possibile in alcuni casi per gli agenti dello Stato calpestare, godendo di una quasi impunità, i diritti delle persone sottoposte al loro controllo» (enfasi mia).

Nella sentenza, la Corte ribadisce altri principi consolidati nella sua giurisprudenza in materia di tortura o di maltrattamenti: l'azione penale non dovrebbe estinguersi per effetto della prescrizione e, una volta pronunciata la condanna, la pena non può essere oggetto di sospensione condizionale, indulto, amnistia e grazia (§ 263 punti V e VI).

Da queste statuizioni appare evidente che la volontà del Parlamento, in quanto rappresentante della sovranità popolare, non può porsi al di sopra della Convenzione dei diritti dell'uomo così come interpretata dalla Corte. Tanto l'indulto quanto l'amnistia, che se deliberati vengono considerati in contrasto con la Convenzione, sono infatti decisioni che vengono prese dal Parlamento che, secondo l'art. 79 della nostra Costituzione, li deve approvare con una maggioranza di due terzi. Neppure la volontà certificata dei rappresentanti di due terzi del popolo sovrano può quindi sopprimere il diritto a vedere punito chi mi ha sottoposto a un trattamento contrario all'art. 3 della Convenzione.

Il passo più rilevante di questa sentenza, che determina la sua importanza per il caso del sequestro di persona operato sulla nave Diciotti, è però quello in cui la Corte sottolinea la centralità dell'art. 5 della Convenzione. Anche questa volta, data la chiarezza, riporto direttamente il paragrafo 296 della sentenza:

«La Corte osserva anzitutto l'importanza fondamentale delle garanzie di cui all'articolo 5 per assicurare agli individui in una democrazia il diritto di non essere sottoposti a detenzioni arbitrarie da parte delle autorità. Per questo motivo essa non smette di sottolineare nella sua giurisprudenza che qualsiasi privazione della libertà deve osservare le disposizioni di merito e di procedura della legislazione nazionale ma anche conformarsi allo scopo stesso dell'articolo 5: proteggere l'individuo contro l'esercizio arbitrario del potere. L'importanza della protezione accordata all'individuo contro l'esercizio arbitrario del potere è attestata dal fatto che l'articolo 5 § 1 contiene una lista esaustiva delle circostanze nelle quali un individuo può essere legalmente privato della sua libertà, rimanendo inteso che tali circostanze richie-

dono una interpretazione stretta poiché si tratta di eccezioni a una garanzia fondamentale della libertà individuale».

Questa sottolineatura non dovrebbe suonare sorprendente per chi è abituato a sentirsi dire che la nostra civiltà giuridica sorge con la consacrazione dell'*habeas corpus* a opera della *Magna Charta* e che il costituzionalismo moderno nasce con la riaffermazione dello stesso istituto con la proclamazione del *Bill of Rights* nel 1689, che suggella il successo della *Glorious Revolution*. Però le conseguenze che la Corte ne trae sono in qualche modo dirompenti, almeno per le nostre vicende.

La Corte, infatti, sottolinea (§ 297) come «gli autori della Convenzione hanno rafforzato la protezione dell'individuo contro le privazioni arbitrarie della sua libertà sancendo un insieme di diritti materiali concepiti per ridurre al minimo il rischio di un esercizio arbitrario del potere, prevedendo che gli atti di privazione della libertà devono essere sottoposti a un controllo giurisdizionale indipendente e che la responsabilità delle autorità deve poter essere ricercata». Il rapido funzionamento delle procedure di *habeas corpus*, richiesto dai paragrafi 3 e 4 dell'articolo 5 della Convenzione Edu, trova la propria *ratio*, secondo la Corte, nella necessità «di scoprire e prevenire misure che possono mettere in pericolo la vita dell'interessato o gravi maltrattamenti che violano le garanzie fondamentali di cui agli articoli 2 e 3 della Convenzione». La tutela della libertà individuale, la previsione dell'art. 5 primo comma della Convenzione, è fondamentale perché il venir meno delle garanzie poste a protezione della liberà fisica degli individui e della sicurezza delle persone «potrebbe sradicare la preminenza del diritto e rendere inaccessibili ai detenuti le forme più rudimentali di protezione giuridica».

Muovendo da questo assunto, la Corte conclude per l'assoluta equivalenza delle garanzie – e quindi degli obblighi positivi – eretti a baluardo dell'art. 3 e dell'art. 5. Infatti, dalla condanna dello Stato italiano per il caso Abu Omar, per violazione degli articoli 3 e 5 della Convenzione Edu, la Corte desume la «difendibilità» del ricorso *ex* art. 13, cioè per violazione dell'obbligo di «condurre una inchiesta ufficiale effettiva». Pertanto, condanna l'Italia perché «*i ricorrenti avrebbero dovuto essere in grado, ai fini dell'articolo 13, di esercitare dei ricorsi concreti ed effettivi tali da permettere di individuare e punire i responsabili, di accertare la verità e di accordare una riparazione*» (§ 334 enfasi mia).

Per chiarire il contenuto dell'obbligo di «condurre una indagine ufficiale effettiva», e tenuto conto nella vicenda della nave Diciotti, va ricordato che, secondo la Corte, «perché sia effettiva e permetta di identificare e di perseguire i responsabili, un'indagine deve essere avviata e condotta con celerità» (§ 263 I): quindi non avviare l'indagine o, una volta avviata, non portarla a termine sembra rappresentare una violazione della Convezione. Sulle conseguenze della mancata prosecuzione di un'inchiesta una volta emersi gli indizi di reato, la Corte è molto perentoria:

«Quando le indagini preliminari hanno comportato l'avvio di un'inchiesta dinanzi ai giudici nazionali, è tutto il procedimento, ivi compresa la fase

di giudizio, che deve soddisfare gli imperativi del divieto posto da tale disposizione. Così, le autorità giudiziarie nazionali non devono in alcun caso mostrarsi disposte a lasciare impunite delle aggressioni contro l'integrità fisica e morale delle persone. Ciò è indispensabile per mantenere la fiducia del pubblico e garantire la sua adesione allo Stato di diritto, nonché per prevenire ogni accenno di tolleranza di atti illegali o di possibile collusione nella loro perpetrazione» (§ 263 II).

In quanto al fatto che l'autorità pubblica «abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo», va ricordato che il nostro Paese viene nell'occasione condannato perché:

1) il Presidente della Repubblica aveva esercitato il suo potere di grazia, il cui esercizio non ha alcun parametro costituzionale;
2) il Governo aveva apposto, in modo considerato, come visto, almeno parzialmente legittimo dalla Corte costituzionale, il segreto;
3) aveva ritenuto di non richiedere l'estradizione dei cittadini statunitensi coinvolti.

Per quanto riguarda specificamente «l'interesse costituzionalmente rilevante», va infine ricordato che nel caso della nave Diciotti viene invocato l'interesse alla difesa delle frontiere dall'ingresso illegale di cento-settantasette migranti, mentre nel caso Abu Omar si discuteva del pericolo ben più grave di un soggetto già condannato in primo grado per partecipazione a un'organizzazione terroristica. Ancora una volta vale la pena citare le parole cristalline della Corte (§ 298) sulla possibilità che la protezione della popolazione da atti terroristici consenta di derogare all'art. 5 della Convenzione Edu, cioè alla tutela della libertà personale degli stessi terroristi o di soggetti presunti tali:

«Le inchieste riguardanti i reati di natura terroristica pongono indubbiamente le autorità dinanzi a problemi particolari. Ciò non significa tuttavia che le autorità abbiano carta bianca, rispetto all'articolo 5, per arrestare e porre in stato di fermo dei sospetti al riparo da qualsiasi controllo effettivo da parte dei tribunali interni e, in ultima istanza, da parte degli organi di controllo della Convenzione, ogni volta che esse ritengono che vi sia un reato terroristico. La Corte sottolinea a questo proposito che la detenzione non riconosciuta di un individuo costituisce una negazione totale di queste garanzie e una violazione estremamente grave dell'articolo 5».

***

Postilla

Nella sentenza lungamente citata la Corte ricorda (§ 263) il suo dovere di «mantenere la sua funzione di controllo e intervenire nel caso esista una evidente sproporzione tra la gravità dell'atto e la sanzione inflitta. Altrimenti,

il dovere che hanno gli Stati di condurre un'inchiesta effettiva perderebbe molto del suo senso». Merita, dunque, spendere due parole sulla gravità del reato che si potrebbe essere consumato nel caso della nave Diciotti.

Quando il 30 agosto 2018 la Procura della Repubblica di Agrigento sottopose a quella di Palermo i capi d'imputazione, relativi alla vicenda della nave Diciotti, da valutare, eventualmente ampliandoli o riducendoli, per poi trasmettere gli atti al Tribunale dei Ministri entro quindici giorni, incluse tra questi anche la violazione dell'art. 289-*ter* cp, che integra il reato di sequestro a scopo di coazione. A suo parere, il Ministro dell'interno aveva tenuto in ostaggio cento-settanta-sette persone per "costringere" l'Unione Europea alla redistribuzione dei migranti in violazione del Regolamento di Dublino.

Per semplicità del lettore, riporto l'art 289-*ter* cp, rubricato *Sequestro di persona a scopo di coazione*:

«Chiunque, fuori dei casi indicati negli articoli 289-*bis* e 630, sequestra una persona o la tiene in suo potere minacciando di ucciderla, di ferirla o di continuare a tenerla sequestrata al fine di costringere un terzo, sia questi uno Stato, una organizzazione internazionale tra più governi, una persona fisica o giuridica o una collettività di persone fisiche, a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene, subordinando la liberazione della persona sequestrata a tale azione od omissione, è punito con la reclusione da venticinque a trenta anni».

Il Tribunale dei Ministri ha deciso invece di procedere solo per sequestro di persona aggravato. Oggi agli atti della Procura di Catania sta il documento a firma del Presidente del Consiglio, Giuseppe Conte, in cui lo stesso Presidente dichiara che «sulla vicenda della nave "U. Diciotti", si è reso necessario porre in essere azioni ispirate al massimo rigore, per il perseguimento di due obiettivi, ritenuti di assoluta priorità». Il primo obbiettivo è il contrasto al traffico di esseri umani. Più rilevante è il secondo, così descritto dallo stesso Presidente del Consiglio nel suo scritto:

«Il Governo ha posto in essere ogni azione utile a promuovere una politica di contrasto dell'immigrazione irregolare quanto più possibile condivisa a livello europeo. In particolare, ebbe luogo un'interlocuzione con le autorità maltesi, relativamente all'individuazione del porto di sbarco, e fu avanzata una richiesta agli altri Stati membri dell'Unione e alla Commissione europea per la ridistribuzione dei migranti».

Lo scritto si conclude con l'affermazione che:

«La vicenda che ha riguardato l'unità navale "U. Diciotti" è dunque pienamente ascrivibile all'esercizio della funzione di Governo per il perseguimento di obiettivi di politica migratoria tesi a contrastare il traffico di esseri umani e a richiamare gli altri Stati membri dell'Unione Europea a un onere di condivisione nella gestione del fenomeno, fin dalle operazioni di soccorso e di ricerca in mare»

Non so se sequestrare cento-settanta-sette persone sia un modo legittimo di "richiamare" gli altri Stati europei e l'Unione Europea a condividere la gestione del fenomeno migratorio, oppure un modo di «coartare» alcuni

Stati e «una organizzazione internazionale tra più governi […] a compiere un […] atto». Va tenuto conto che nella fattispecie tratteggiata dall'art. 289-*ter* cp il problema è, ancora una volta, il metodo, ovvero il sequestro. L'atto che si vuole costringere gli Stati o l'organizzazione internazionale a compiere potrebbe benissimo essere un atto dovuto, ma non si può usare il sequestro delle persone per ottenere la soddisfazione dei propri diritti o interessi nazionali, per quanto legittimi essi siano.

Alla luce di queste considerazioni, penso che la dichiarazione del Presidente del Consiglio possa far considerare la possibilità di una rivalutazione della fattispecie di reato sotto cui sussumere gli eventi portando alla qualificazione del comportamento del nostro Governo non come un sequestro di persona, aggravato dal fatto di essere commesso da un pubblico ufficiale, ma come il più ben grave reato di cui all'art. 289-*ter* cp, un reato introdotto per contrastare atti ritenuti terroristici.

Tornando al giudice di Strasburgo, va ricordato che l'art. 33 della Convenzione Edu prevede la possibilità di *Ricorsi interstatali*, statuendo che: «Ogni Alta Parte contraente può deferire alla Corte qualunque inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli che essa ritenga possa essere imputata a un'altra Alta Parte contraente». Il ricorso interstatale è caduto in disuso dopo l'introduzione del ricorso individuale alla Corte da parte del soggetto leso, ma non è stato soppresso e merita ricordare le sue caratteristiche. In un vecchio caso del 1961, *Austria contro Italia*, l'allora Commissione ci ha ricordato che il ricorso interstatale non è un mezzo con cui uno Stato fa valere contro un altro violazioni della Convenzione di cui si sente vittima. Il ricorso interstatale è uno strumento per portare all'attenzione della Corte "una questione che tocca l'ordine pubblico dell'Europa".

Pertanto, nel caso in cui il processo contro Salvini e gli altri membri del Governo, che si sono assunti la responsabilità del sequestro delle centosettantasette persone a bordo della nave Diciotti, non fosse celebrato, sia questi ultimi a titolo individuale, sia gli Stati firmatari della Convenzione per evitare che si diffonda la tentazione di regolare i rapporti interstatali attraverso estorsioni politiche (o terroristiche?) potrebbero adire la Corte lamentando violazione dell'art. 5. Potrebbe essere tentata di farlo, per esempio, Malta, che pure è chiamata in causa nella vicenda della nave Diciotti per non aver consentito lo sbarco delle persone: sarebbe un modo legittimo per reagire alle pressioni cui l'Italia la sottopone per ogni imbarcazione che muove dalla Libia verso le nostre coste.

***

Spero sia chiaro che non sto chiedendo ai pubblici ministeri, ai giudici italiani e alla Corte europea dei diritti dell'Uomo di fare un uso politico del diritto penale, ovvero, di contrastare la scelta politica di limitare l'accoglienza dei richiedenti asilo. Sto chiedendo loro di contrastare, usando gli strumenti

giuridici che l'ordinamento mette a loro disposizione, il modo in cui questa scelta viene attuata: il fatto che questo modo comporti la violazione dei diritti fondamentali previsti dalla nostra Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Sto chiedendo loro di tenere in vita quel meccanismo, il costituzionalismo, che gli Stati moderni si sono dati per evitare le tragedie che sono scaturite dal ritenere che la sovranità popolare non avesse limiti, neppure nell'ossequio ai diritti fondamentali delle persone: sto chiedendo di ricordare che, in uno Stato costituzionale, il loro primo compito è quello di evitare la "banalità del male".

L'"INTERPRETAZIONE CONFORME" TRA COSTITUZIONE E CEDU: CENNI RICOSTRUTTIVI E SPUNTI DI RIFLESSIONE*

di Vincenzo Sciarabba

1. È noto come uno dei modi attraverso cui tutti i giudici possono e devono cercare di garantire il rispetto degli obblighi internazionali, e in particolare quelli derivanti dalla CEDU, dai suoi protocolli e dalla giurisprudenza di Strasburgo, sia quello della c.d. interpretazione conforme, in una delle sue ormai numerose declinazioni[1].

---

* Il presente contributo in parte sintetizza e in parte sviluppa riflessioni svolte o abbozzate in precedenti scritti.
Per ulteriori approfondimenti e più ampie indicazioni bibliografiche sulle relative tematiche si rinvia a V. Sciarabba, *L'"interpretazione conforme" tra sindacato diffuso (su "norme") e ipotesi di "graduazione della costituzionalità": spunti di riflessione*, in E. Bindi, M. Perini, A. Pisaneschi (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, pp. 481-493; Id., *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali* (a commento delle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, V, pp. 3579-3591, e in archivio.rivistaaic.it, dal 14 marzo 2008; e Id., *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano, 2019.

1 Sul punto si tornerà più avanti. Sulla tematica dell'interpretazione conforme nella (a sua volta composita) prospettiva "europea" v., tra i molti contributi pubblicati negli ultimi anni, L. Montanari, *Giudici nazionali e Corte di Strasburgo: alcune riflessioni tra interpretazione conforme e margine di apprezzamento*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2008, pp. XIII-XVIII; Id., *Interpretazione conforme a Convenzione europea dei diritti dell'uomo e canoni di proporzionalità ed adeguatezza*, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), Interpretazione conforme e tecniche argomentative, Torino, 2009, pp. 487-495 (ivi anche E. Malfatti, *Attorno al modello di "interpretazione costituzionalmente conforme" e di "verifica della costituzionalità della Cedu" suggerito dalla giurisprudenza recente*, ed altri contributi di rilievo); F. Viganò, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in P. Corso, E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, pp. 617-679, nonché in www.penalecontemporaneo.it; M. Salvadori, *L'applicazione della Convenzione europea e l'integrazione dei processi interpretativi*, in R. Gambini, M. Salvadori (a cura di), *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, Napoli, 2009; V. Piccone, *L'interpretazione conforme. Il ruolo del giudice nazionale*, in www.cortedicassazione.it, 2018; A. Ruggeri, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 4/2010; Id., *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in A. Bernardi (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015 (ivi anche altri rilevanti contributi tra cui, oltre all'ampia e approfondita presentazione dello stesso Bernardi, quelli di E. Cannizzaro, R. Bin, E. Lamarque, J. Ziller e V. Manes), nonché in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2/2014; A. Bernardi, *Interpretazione conforme al*

Per poter svolgere alcune riflessioni al riguardo, si ritiene utile tornare preliminarmente a porre l'attenzione su alcune questioni di fondo di carattere generale (ma dense di ricadute sulle questioni più specifiche che si affronteranno in seguito), con riguardo alla stessa natura e alle più o meno visibili, ma molto profonde e influenti, implicazioni della teoria e soprattutto della pratica in questione, per come ha preso forma in Italia, a prescindere dal suo "orientamento".

Il discorso verrà inizialmente svolto, per semplicità, con riguardo all'interpretazione conforme *a Costituzione*[2], ma può anticiparsi che esso – per ragioni in parte intuibili e in parte esplicitate oltre – vale anche (con diverse sfumature e ulteriori motivi di interesse) per tutte le altre ipotesi di interpretazione "orientata" e, in special modo, per l'ipotesi di interpretazione *convenzionalmente* conforme, salve le sovrapposizioni e complicazioni di cui si dirà.

In effetti, non sono pochi i problemi che meriterebbero di essere affrontati già solo nel provare a dare una definizione più precisa del fenomeno (ammesso che sia uno solo, almeno dei suoi tratti essenziali) evocato dalla formula "interpretazione conforme".

---

diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Brevi osservazioni di un penalista, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 27 giugno 2013; E. Lamarque, *The Italian Courts and Interpretation In Conformity With the Constitution, EU Law and the ECHR* in *Rivista Aic*, www.rivistaaic.it, 4/2012; G. Pistorio, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012; P. Gaeta, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2012; I. Rivera, *L'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e i controlimiti del diritto convenzionale vivente*, in *www.federalismi.it*, 2015.

[2] Per ulteriori approfondimenti sull'interpretazione conforme *a Costituzione*, oltre che agli imprescindibili contributi richiamati in V. Sciarabba, *L' "interpretazione conforme" tra sindacato diffuso (su "norme") e ipotesi di "graduazione della costituzionalità"*, cit. e a quelli indicati in altre note del presente lavoro, si può fare riferimento, in particolare, a M. Ruotolo, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in *Questione Giustizia*, *www.questionegiustizia.it*, 22 ottobre 2018; Id., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014; M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, Milano, 2016, pp. 391 ss.; Id., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, nonché in *www.federalismi.it*, 8 agosto 2007; F. Modugno, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 18 aprile 2014; G. Laneve, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in B. Caravita (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, 2012, nonché in www.federalismi.it, 7 settembre 2011; M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, cit.; AA. VV., Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici, Milano, 2010; M. Bignami, *Il doppio volto dell'interpretazione adeguatrice*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 21 dicembre 2007.

Per mostrare ciò, può essere anzitutto utile richiamare – aggiungendo un paio di "interpolazioni" proprio allo scopo di anticipare ed evidenziare alcuni aspetti critici su cui ci si soffermerà in seguito – la nota formula continuamente riproposta dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 356 del 1996[3], che in qualche modo definisce e consacra la "dottrina" in questione, secondo cui «*le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime* [ma spesso neanche si possono impugnare, giacché si incorrerebbe in una pronuncia di inammissibilità!] *perché è possibile darne interpretazioni* [sicuramente? eventualmente? ad avviso di chi?] *incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*»[4].

2. Ebbene, ciò che si può in primo luogo (tornare a) evidenziare è che se la Corte costituzionale si rifiuta, dichiarandole inammissibili, di entrare nel merito di questioni la cui proposizione avrebbe potuto essere evitata dal giudice *a quo* privilegiando una diversa, alternativa, interpretazione della dispo-

---

[3] Una sorta di «"manifesto" del filone», «il cui *hard core* è tuttora intatto», secondo l'efficace definizione e la fondata valutazione di G. Sorrenti, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 25 luglio 2016, la quale peraltro non manca di osservare e analizzare, ed anzi giustamente enfatizzare, alcuni passaggi di più recenti decisioni espressive della «tendenza che la Corte ha intrapreso negli ultimi anni a fronteggiare e ad eliminare alcuni degli eccessi cui la dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione, così come era stata proclamata sul finire degli anni '90, aveva dato luogo»: sul punto si tornerà più avanti.

[4] Evidente l'eco, oltre che di alcune risalenti e lungimiranti voci dottrinali, del secondo punto del famoso ordine del giorno approvato dall'A.N.M. al Congresso di Gardone del 1965, come ricordato da R. Romboli, *Il riferimento al parametro costituzionale da parte del giudice in ipotesi diverse dalla eccezione di costituzionalità (l'interpretazione "adeguatrice" e l'applicazione diretta)*, in G. Pitruzzella, F. Teresi, G. Verde (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, 2000, pp. 641-642, e Id., *Qualcosa di nuovo… anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. Carnevale e C. Colapietro (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive*, Torino, 2008, p. 89 ss. (e già in archivio.rivistaaic.it dal 6 giugno 2007), nt. 20.
Come ha ben osservato G. Sorrenti, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, cit., p. 296, «[i]l ricorso alla pronuncia di tipo processuale [di inammissibilità, spesso manifesta] davanti ad una pluralità di interpretazioni possibili della legge censurata ha segnato […] l'apoteosi della dottrina dell'interpretazione conforme accolta dalla Corte costituzionale, come forma più pressante dell'invito di adeguare il significato della legge ai principi costituzionali, rivolto ai giudici comuni e, contestualmente, il tramonto di qualsiasi presunto monopolio nel campo dell'interpretazione costituzionale in capo al censore delle leggi».

sizione impugnata[5], traendo cioè, per usare un linguaggio ormai classico[6], da tale *disposizione* una *norma* differente da quella della quale egli dubita – norma quest'ultima che egli andrà perciò ad accantonare, ad estromettere dall'ordinamento (a… *disapplicare*, se si vuole) –, ciò sembra implicare, a conti fatti (almeno secondo una comune interpretazione del fenomeno), che il giudice comune è sostanzialmente autorizzato, ed anzi invitato o addirittura costretto, dalla Corte, a svolgere una sorta di *sindacato diffuso*[7], se non su *disposizioni*, certamente su *norme* (alternativamente desumibili da disposizioni)[8].

---

[5] Interpretazione che potrà essere meno aderente al tenore letterale e differente da quella imputabile al legislatore storico nonché da quella cui si giungerebbe tramite un approccio sistematico limitato al livello della legislazione ordinaria.

[6] E risalente, come notissimo, soprattutto alle riflessioni di V. Crisafulli, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 902 ss. e Id., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII (1964), p. 195 ss.

[7] Si tratta di un fenomeno al quale, volendo, si potrebbe fare riferimento ricorrendo a quella peculiare nozione (giustapposta e in qualche modo complementare rispetto a quella di "controllo di legittimità") di "controllo ermeneutico", su cui v. R. Granata, *Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di costituzionalità – Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 1/1998, p. 19 ss. (nonché, in tema, G. Amoroso, *L'interpretazione "adeguatrice" nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro it.*, 5/1998).

[8] Simili considerazioni non sono affatto nuove (né prive di contestazioni che tuttavia non sembrano inficiarne la sostanziale correttezza): basti ricordare l'affermazione di M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale*, Padova, 1984, p. 262 – ripresa tanto da M. Perini, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, p. 33 ss., nt. 165, quanto da M. Ruotolo, *L'interpretazione conforme a costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una rilettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista «Giurisprudenza costituzionale»*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, nt. 127 – per cui «interpretare una disposizione in modo conforme a Costituzione significa espungere tutte le altre possibili interpretazioni di quella disposizione dall'ordinamento (*de facto* se non *de iure*), avvicinandosi così il sindacato accentrato a quello diffuso».
Sulla stessa linea, più di recente, A. Rauti, *L'interpretazione adeguatrice come metacriterio ermeneutico e l'inversione logica dei criteri di rilevanza e non manifesta infondatezza*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (cur.), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, cit., p. 496 ss., spec. p. 520; e, in tempi diversi, gli Autori richiamati, con indicazione delle opere, da M. Perini, *L'interpretazione*, cit., nt. 165, ossia: Lavagna, Calamandrei, Crisafulli, Grottanelli de' Santi, Pierandrei, Manetti, Morelli, Gardino Carli, Spadaro, Pugiotto, Bianchi e Malfatti.
Molto efficace, poi, il passaggio in cui G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, p. 141, ricollegandosi a F. Pizzetti, G. Zagrebelsky, *«Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Milano, 1972, p. 71, evidenzia che «se all'organo giudiziario fosse consentito individuare da sé

3. Ma il punto forse più significativo di questa dinamica, non immediatamente evidente e tuttavia, ci pare, di grande rilievo, sembra il seguente.

Un tale modo di funzionare del sistema, si deve riconoscere, impone ai giudici comuni di optare – tra un'interpretazione che dal loro punto di vista[9] è *sicuramente costituzionale*[10] (ancorché magari lontana, o meno vicina, al dato letterale e all'intento del legislatore, e meno coerente col complessivo quadro sistematico della legislazione ordinaria) e una diversa interpretazione (magari pienamente aderente, o più vicina, alle intenzioni del legislatore e al dato letterale, e più coerente col quadro della legislazione ordinaria, ma) di *dubbia* costituzionalità[11], ossia di *possibile*, e peraltro, stante il rifiuto della Corte di entrare nel merito, *non certa* incostituzionalità – per l'interpretazione sicuramente costituzionale; interpretazione che a ben vedere, però, potrebbe semplicemente essere, in alcuni casi (quelli cioè in cui anche l'altra interpretazione, quella di dubbia costituzionalità, in realtà non risulterebbe illegittima a seguito di un approfondito giudizio di merito della Corte), solo

---

l'interpretazione *secundum Constitutionem* ed accordare ad essa preferenza, gli sarebbe contestualmente permesso, *come corrispondente risvolto della sua valutazione*, stabilire da sé quali siano le interpretazioni incostituzionali».
Affermava infine che «alla magistratura ordinaria … più che alla stessa Corte costituzionale, spetta il compito di *sindacare la conformità del diritto vivente alla Costituzione*» G. Maranini, *La posizione della Corte e dell'autorità giudiziaria in confronto all'indirizzo politico di regime (o costituzionale) e all'indirizzo politico di maggioranza*, in Id. (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, p. 140.
Si è ritenuto qui utile ribadire questo aspetto da un lato perché sembra che talvolta esso non sia tenuto nella considerazione che la sua importanza imporrebbe, dall'altro perché, come si vedrà subito, esso rappresenta il punto di partenza per un'ulteriore, più specifica, riflessione che, se corretta, potrebbe essere di una certa rilevanza.

[9] Sottolinea la necessità per il giudice comune «di esplorare la possibilità di pervenire, in via interpretativa, alla soluzione che *egli* ritiene conforme a Costituzione» (corsivo aggiunto), ad es., l'ordinanza di inammissibilità n. 19 del 2003. In dottrina, con riguardo a questo aspetto, cfr. anche le importanti considerazioni critiche di E. Lamarque, *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»?*, in *Giur. cost.*, 1996, spec. pp. 3118-3121.

[10] Di «opzione a favore dell'interpretazione *di sicura legittimità costituzionale*» parla, sia pure solo occasionalmente, G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme*, cit., pp. 5-6 (corsivo aggiunto).

[11] Nel senso che l'interprete debba privilegiare l'interpretazione che sia «idonea a *fugare i dubbi di* costituzionalità», cfr. tra le tante, e in termini particolarmente significativi alla luce della complessiva vicenda, la sent. 470/2002. Moltissimi altri esempi possono rinvenirsi nelle diverse decine se non centinaia di decisioni di (manifesta) inammissibilità – o talora infondatezza – per mancata dimostrazione dell'avvenuto tentativo di interpretazione conforme (o per mancata adesione a tale interpretazione, pur prospettata). Indicativo è poi un passaggio di una sentenza della Corte dei Conti in cui si legge che, «secondo il comune insegnamento del giudice delle leggi, tra due interpretazioni della norma astrattamente possibili, delle quali una presenti profili di contrasto con la Costituzione mentre l'altra sia immune da tale *eventuale* vizio, l'interprete ha l'obbligo di seguire la seconda» (Corte dei Conti, Sez. cont., n. 60/1995, in *Cons. Stato*, 1995, II, p. 1816, corsivi aggiunti).

quella *più* costituzionale, rispetto a quella… "*meno costituzionale*" messa da parte.

Tutto ciò presuppone, implica, o comunque finisce per produrre l'idea di una possibile – e densa di ripercussioni operative – "*graduazione* della costituzionalità"[12], tale per cui dall'ordinamento vengono di fatto "scartate" (non solo le *disposizioni incostituzionali*, ad opera della Corte; non solo le *norme incostituzionali*, ad opera della stessa Corte con sentenza "interpretativa" oppure anche ad opera del giudice comune qualora la disposizione "di partenza" sia realisticamente suscettibile di interpretazioni alternative non incostituzionali; bensì) anche le *norme di dubbia costituzionalità*, le norme *forse* incostituzionali, e talora (senza peraltro che ciò possa essere accertato) le norme che non siano realmente "incostituzionali" – ossia, volendo metterla in questi termini, esorbitanti dalla "cornice" di vincoli fissata dalla Costituzione – ma soltanto (agli occhi del giudice comune) *meno* "costituzionali" di altre – ossia, per richiamare un diverso modello teorico della Costituzione e del suo ruolo, meno vicine al progetto ideale, più o meno preciso, tracciato

---

[12] Indizi anche "testuali" di una più o meno consapevole ammissione della possibilità, ed anzi della concreta operatività, di una simile graduazione della costituzionalità delle diverse soluzioni interpretative (ma il discorso potrebbe estendersi oltre tale ambito: anzitutto alle "situazioni normative"…) sono rinvenibili tra l'altro (si tratta solo di alcuni esempi, riportati non perché migliori di altri ma semplicemente perché reperiti per primi): a) nella conferenza-stampa di R. Chieppa, *La giustizia costituzionale nel 2002*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3180, laddove si è fatto riferimento a quelle «decisioni che riaffidano al rimettente l'onere di compiere l'interpretazione della norma che possa reputarsi [ovviamente da parte del rimettente stesso, vale la pena ribadire ancora una volta] *più* adeguata rispetto al parametro costituzionale, indipendentemente dall'intervento del giudice delle leggi», nonché, in qualche modo, laddove si è osservato che «anche i giudici, costituzionali e comuni, risultano … coinvolti … in una sorta di processo allargato di produzione legislativa», «lo stesso processo costituzionale» finendo «per configurarsi …come sede … di formazione e di elaborazione del '*miglior* diritto possibile'»; b) nella relazione in occasione della conferenza-stampa del 9 febbraio 2006 di A. Marini, *La giustizia costituzionale del 2005*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2006, p. 22, in cui si fa riferimento al potere-dovere della Corte costituzionale di «coadiuvare i giudici nella ricerca della interpretazione *più* 'corretta', nel senso di 'adeguata ai precetti costituzionali'», delle disposizioni legislative; c) nella giurisprudenza costituzionale, nella sentenza n. 350 del 1997, in cui si sottolinea che «in assenza di un contrario diritto vivente … il giudice remittente ha il dovere di seguire l'interpretazione *ritenuta più adeguata* ai principi costituzionali».
Possono richiamarsi in proposito anche due brevi ma significativi passaggi di G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme*, cit., p. 227, in cui, ricollegandosi a V. Onida, *Il problema dell'interpretazione nei rapporti tra il giudizio costituzionale ed i giudizi ordinari*, in A. Pizzorusso (a cura di), *Riforme della Costituzione e cultura giuridica*, Pisa, 1988, p. 17 ss., e andando a toccare probabilmente un nodo cruciale dell'intero problema, si afferma che (a) «spesso la norma conforme non sembra discenda obbligatoriamente dal dettato costituzionale», e (b) «[f]orse è proprio questo il motivo per cui il giudice delle leggi in molte di queste decisioni preferisce non "impegnare" espressamente la Costituzione». Cfr. pure, in proposito, R. Romboli, *Il riferimento al parametro costituzionale* cit., spec. p. 646.

dal costituente, ed affidato, (solo) in primo luogo e in prima battuta, al legislatore[13] –.

4. Dipende dalle più profonde convinzioni e opzioni ideali e politico-istituzionali, prima ancora che scientifiche, di ciascuno[14] la scelta se considerare inaccettabile e sconveniente, o viceversa accettabile ed opportuna, una simile ripartizione di ruoli tra legislatore, Corte e giudici comuni, tale da indurre gli ultimi a reinterpretare autonomamente – con l'unico obbligo di non contraddire la chiara volontà legislativa emergente, senza ambiguità o possibilità di aggiramento, dal tenore letterale delle disposizioni utilizzate[15] – gli atti del

---

[13] Per una riflessione approfondita sulle due teorie della Costituzione alle quali si è fatto qui riferimento cfr. G. Bognetti, *Teorie della Costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2004. Ma v. sul punto anche le perspicue osservazioni di A. Ruggeri, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. soc.*, 1/2007 e in *Forum di Quaderni Costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, novembre 2016 e Id., *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 7 giugno 2008, e in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, cit.
Come ricordato anche da M. Perini, *L'interpretazione*, cit., p. 34, il nesso tra «l'interpretazione sia del documento costituzionale, sia delle leggi ordinarie» e i «diversi modi di concepire la funzione della Costituzione nell'ordinamento giuridico e nel sistema politico» è sottolineato da R. Guastini, voce *Interpretazione. 1) Interpretazione dei documenti normativi*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, 1989, p. 9, ed è già approfondito, tra gli altri, da G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 335 ss.
Tra i contributi che più hanno posto in risalto il compito (anche) della magistratura comune nella attiva promozione e concreta attuazione dei principi costituzionali deve ricordarsi almeno quello di V. Onida, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. IV, Milano, 1977, p. 501 ss.
Infine, sembrano significative a questi riguardi le considerazioni di R. Bin, *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge,* ora in AA.VV, *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, secondo cui «[l]a questione dell'applicazione diretta della costituzione e i suoi corollari possono essere utilmente riletti come questioni relative all'attribuzione di poteri costituzionali e alla separazione delle competenze attribuite alla legislazione e alla giurisdizione. Al centro è il potere di interpretare e applicare la costituzione: in ultima analisi, *il tema è la funzione stessa della costituzione*» (corsivo aggiunto).

[14] Per una breve ricognizione delle posizioni della dottrina costituzionalistica v. M. Perini, *op. cit.*, p. 65 nt. 123.

[15] Questa impostazione dell'intricato ma decisivo problema dei limiti all' "interpretazione conforme" o "adeguatrice" o "costituzionalmente orientata" (problema sul quale non si può non rimandare tuttora, innanzitutto, a A. Pace, *I limiti dell'interpretazione «adeguatrice»*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1066 ss.) rappresenta solo un'opzione – effettuata *in funzione puramente indicativa e "interlocutoria"* – frutto di osservazioni e riflessioni che, per molti ed evidenti motivi, non possono neanche lontanamente ambire a considerarsi (nemmeno nell'ottica di chi scrive) definitive (riguardando anzi il principale profilo problematico

primo, in nome ed alla luce di una propria lettura della Costituzione (che naturalmente non dovrebbe essere incompatibile con quelle precedentemente fatte proprie dalla Corte costituzionale, ma che tuttavia non sarebbe da quest'ultima, nel caso di specie, né imposta né immediatamente controllata), in una logica, sotto un certo profilo prudenziale e sotto un altro assai audace ed "espansiva", di *massima valorizzazione del parametro* costituzionale e di *massima "funzionalizzazione" dell'"oggetto"* (la legge, in questo caso da "interpretare") alle finalità racchiuse nel primo: anche a costo, per ribadire il punto nevralgico del meccanismo, di arrivare a *"disapplicare" norme* che, in un'ipotesi estrema, potrebbero essere (a) più vicine agli elementi testuali[16], (b) (maggiormente) volute dal legislatore storico[17], (c) (maggiormente) coe-

---

della questione, su cui si riverberano tutte le difficoltà, le incertezze e le possibili diversità di opinioni circa gli altri aspetti della medesima).

[16] Circa la necessità, sottolineata dalla Corte costituzionale, di non attribuire rilievo esclusivo al dato letterale, e per alcuni esempi in cui quest'ultimo è stato "alquanto forzato", cfr. R. Romboli, *Qualcosa di nuovo*, cit., par. 7 e nt. 47, e Id., *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in *www.archivio.rivistaaic.it*, 19 settembre 2007, spec. nt. 48 e 50.
Assai significative, relativamente al problema dei "poteri" riconosciuti dalla Corte ai giudici comuni (ossia, in altri e speculari termini, al menzionato, cruciale problema dei "limiti" all'interpretazione conforme) appaiono, tra altre, le affermazioni contenute nella sentenza n. 350 del 1997 (punti 2, 4 e 5 in dir.).

[17] Si insiste volutamente anche su questo aspetto perché sembra che esso venga spesso trascurato nella nostra giurisprudenza costituzionale e nella nostra dottrina (che tende non di rado a rinvenire nel solo tenore letterale delle disposizioni il limite all'interpretazione costituzionalmente conforme).
Può essere forse di qualche interesse ricordare che invece in Germania, come illustrato con ampi riferimenti giurisprudenziali da D. Schefold, *L'interpretazione conforme alla Costituzione*, in AA.VV, *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, cit., «l'interpretazione conforme a Costituzione è stata limitata, in seguito alle voci della dottrina anche dalla giurisprudenza, a interpretazioni conformi con la volontà (esplicita o presumibile) del legislatore», essendo «numerose le decisioni che escludono un'interpretazione conforme a Costituzione, se il senso così attribuito contraddice» questa volontà, certa o – "realisticamente" e non mediante "finzioni", può forse precisarsi – presumibile; «un tale limite», aggiunge poi l'A., «non sembra esistere in Italia». Non si può fare a meno di osservare, d'altra parte, (a) che accogliendo nel nostro sistema questa impostazione lo strumento dell'interpretazione conforme cesserebbe di essere utilizzabile proprio in molti (se non in tutti quei) casi in cui esso svolge un ruolo autonomo ed insostituibile (in sede ermeneutica); (b) che un simile ordine di idee, in particolare, escluderebbe (a meno di una sua riformulazione "selettiva", che non sarebbe priva di valide ragioni sia sul piano teorico sia sul piano pratico) il ricorso al canone in questione con riguardo alle leggi adottate prima dell'entrata in vigore della Costituzione da un legislatore non democratico e spesso guidato da intenti distanti dalla, e inconciliabili con la, Costituzione medesima; (c) infine che, in Italia forse più che in Germania, la volontà del legislatore tende tuttora (e negli ultimi tempi sempre più) a formarsi prescindendo dai vincoli e in genere dai principi costituzionali, sicché cercare di rintracciare in tale volontà elementi a sostegno di una lettura "costituzionalmente orientata" o (almeno) "co-

renti con il quadro della legislazione ordinaria, (d) teoricamente suscettibili, a seguito di un ipotetico giudizio di merito davanti alla Corte, di essere riconosciute legittime; e tuttavia, *ad avviso del giudicante*, incoerenti, o (addirittura soltanto) *forse* incoerenti, comunque *meno coerenti* col disegno costituzionale (rispetto ad altre, alternative e più o meno "creative" interpretazioni o ricostruzioni del diritto vigente, che risulteranno perciò, necessariamente, privilegiate).

5. A chiusura di questo discorso, e a scanso di equivoci, si vuole precisare che la "crudezza" con cui, per esigenze di correttezza e rigore scientifico, si sono svolte ed esposte queste riflessioni non è affatto indice di un pregiudizio (o di un giudizio) negativo sulla pratica dell'interpretazione conforme.

A voler esser franchi, anzi, chi scrive tende ad aderire a quella visione, cui prima si faceva riferimento, della Costituzione – o quantomeno di certe parti della Costituzione – come progetto da attuare in misura sempre più piena (o almeno nella misura più piena possibile in relazione al contesto).

Conseguentemente, non solo non si vede nulla di scandaloso nel fatto che alla magistratura si dia la possibilità di "piegare" entro una certa misura le disposizioni legislative nella direzione (ragionevolmente) desumibile dai precetti costituzionali, ma si ritiene anzi che una simile attività come si è detto "correttiva"[18] sia tanto più giustificata ed opportuna (per non dire necessaria) quanto più le disposizioni in questione siano state scritte dal legislatore senza (quantomeno) il doveroso rispetto (e, prima di tutto, la doverosa conoscenza) dei vincoli costituzionali (tra i quali anzitutto quei diritti, principi e valori fondamentali che, prima ancora che vincoli giuridici da rispettare, dovrebbero in verità essere patrimonio ideale da condividere e da promuovere "spontaneamente", *in primis* da parte del ceto politico e, sommamente, dei membri del Parlamento).

6. Semmai, il discorso svolto vorrebbe avere l'effetto di sensibilizzare (ulteriormente) la dottrina e soprattutto *gli operatori* verso alcuni seri *pericoli* che la pratica dell'interpretazione conforme, nei modi in cui essa si è con-

---

stituzionalmente conforme" (sorvolando qui sulla possibile distinzione di senso tra le due espressioni) delle disposizioni normative rischierebbe forse di essere in molti casi un'operazione più che disperata quasi paradossale (e del resto il fatto che spesso, parlando sostanzialmente del medesimo fenomeno indicato con le due espressioni appena richiamate, si ragioni anche, come si è visto e come è ben noto, di "interpretazione *adeguatrice*" se non addirittura, come si ricorderà poco oltre, di "interpretazione *correttiva*" sembra molto significativo e, se ci si può così esprimere, la dice lunga sulla reale natura e sulle finalità dell'operazione – appunto di rimedio rispetto alle più o meno gravi "carenze costituzionali" del legislatore – compiuta almeno in moltissimi casi).

[18] Di «interpretazione correttiva» si ragiona testualmente nella sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2017.

solidata nel nostro Paese, comporta: da un lato, il pericolo, più evidente (e probabilmente da non drammatizzare più del necessario), di "*eccessi*"[19], come tali sempre censurabili e pure controproducenti; dall'altro, il pericolo, meno evidente ma a nostro avviso più grave e preoccupante, di inconsapevoli *"tradimenti"* delle *stesse finalità alla base di una simile pratica*, e cioè quelle di massima tutela e valorizzazione delle norme e anzitutto dei diritti e dei principi fondamentali sanciti dalla Costituzione (nonché, vale la pena adesso aggiungere e sottolineare, dalle altre fonti dotate di copertura costituzionale: tra le quali ovviamente, e con ruolo speciale, la CEDU).

Ciò è esattamente quanto accadrebbe laddove, in nome di una propria lettura della Costituzione o anche, appunto, della Convenzione (più precisamente: in nome dell'intento di tutelare, rispettare o promuovere un determinato diritto o principio costituzionale o convenzionale, autentico, presunto o semplicemente "ipervalorizzato") il giudice comune finisse in realtà per *violare* la Costituzione e/o la Convenzione (cioè per violare qualche altro "vero" diritto o principio costituzionale o convenzionale trascurato o comunque impropriamente sacrificato a favore del primo).

7. Un esempio lampante in questo senso può rinvenirsi nella vicenda poi sfociata nella sentenza 317/2009 della Corte costituzionale, con la quale il giudice delle leggi ha *accolto* una questione che in precedenza era stata ritenuta *manifestamente infondata* dalle sezioni unite penali della Corte di cassazione (sent. 6026/2008) proprio sulla base di argomenti asseritamente volti a tutelare la Costituzione (in specie, il principio costituzionale di ragionevole durata del processo, ritenuto, da parte della Cassazione, ostativo all'introduzione nell'ordinamento processuale italiano della possibilità di un duplice esercizio del diritto all'impugnazione, da parte del difensore e poi anche da parte dell'imputato ignaro): argomenti poi seccamenti smentiti dal-

---

[19] Ovvero di *scavalcamenti istituzionali*, a danno *del legislatore e/o della Corte costituzionale*. Su questi aspetti si è soffermato ripetutamente (e con dovizia di argomenti) Massimo Luciani.
Si è qui affermato che tale pericolo non dovrebbe essere oltremodo drammatizzato perché alla luce, per un verso, dell'esperienza giudiziaria di questi decenni e, per l'altro, di una valutazione complessiva dei vantaggi e degli svantaggi (se si vuole, degli "effetti collaterali") delle diverse soluzioni prospettabili, si ritiene che una sua eccessiva enfatizzazione potrebbe indurre ad adottare… rimedi molti peggiori dei mali (qualche maldestro ed inquietante tentativo in proposito può rinvenirsi in alcune passate proposte di revisione costituzionale): o meglio… considerando che la pratica dell'interpretazione conforme, come si è visto, rappresenta già essa un rimedio (rispetto al male costituito, per intendersi, dalla bassa o bassissima "qualità costituzionale" di molti testi legislativi)… il rischio è che possano essere introdotti "controrimedi" che – vanificando senza sostituirlo con soluzioni almeno altrettanto valide l'attuale rimedio (certamente imperfetto, ma nel complesso *efficace* e, quanto ai suoi effetti collaterali, tutto sommato *ben tollerabile*) – finirebbero per lasciare incurato, o non sufficientemente curato, il (ben più grave) male.

la Corte costituzionale, la quale – chiamata da altro giudice ad esprimersi sulla questione, e in particolare sulla «eventualità che, come affermato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, il diritto di difesa del contumace inconsapevole debba bilanciarsi [oltretutto soccombendo] con il principio di ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111 della Costituzione» – ha risolutamente ed efficacemente affermato che 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 …* Un processo non "giusto", perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata».

In effetti, il modo con cui la Cassazione aveva impostato e risolto (erroneamente) la questione sembra corrispondere quasi alla perfezione a uno degli scenari che si era avuto modo di evocare commentando le "sentenze gemelle" – ossia, come è notissimo, la n. 348 e 349 del 2007 – laddove si era considerata la possibilità che il giudice comune venga a trovarsi (o *ritenga* di trovarsi) in una situazione di presunta inconciliabilità tra l'esigenza di rispettare i vincoli convenzionali (attraverso l'interpretazione conforme oppure, come in questo caso, tramite l'incidente di costituzionalità laddove la prima "non basti") e l'esigenza di rispettare i vincoli costituzionali (veri o presunti)[20].

Dal fatto stesso che l'esito della vicenda abbia sconfessato la conclusione cui era precedentemente giunta la Cassazione – e, in aggiunta, dal ricco apparato argomentativo e dai molteplici chiarimenti metodologici e sistematici forniti nell'occasione dalla Corte costituzionale[21] – sembra dunque possibile

---

[20] Al riguardo, è appena il caso di precisare che – ferma l'opportunità di distinguere accuratamente le varie situazioni che possono darsi – vi è, al nocciolo, una sostanziale coincidenza tra l'operato di un giudice comune che si appigli alla necessità di rispettare la Costituzione *per escludere una interpretazione convenzionalmente orientata* di una disposizione legislativa potenzialmente riconducibile per via ermeneutica al rispetto della CEDU e l'operato di un giudice comune che si appigli alla medesima necessità di rispettare la Costituzione *per escludere la possibilità di impugnare innanzi alla Consulta una disposizione legislativa* insuscettibile di essere interpretata in modo convenzionalmente conforme. In entrambi i casi, infatti, il giudice si arrogherebbe il diritto di *decidere in modo autonomo* – e, si badi, in situazioni per definizione alquanto complesse e delicate di (presunta o effettiva) concorrenza o vero e proprio *conflitto tra diritti, principi e interessi fondamentali di diversa natura e provenienza* – che cosa sia *"complessivamente imposto" dalla Costituzione*; e di trarre da tale autonoma valutazione motivo per, in ultima analisi, *ignorare il vincolo convenzionale* – se si vuole, per "*disapplicare*" *la relativa legge di esecuzione* (così effettuando, come si diceva, una sorta di sindacato diffuso) – che gli avrebbe imposto, alternativamente, di interpretare in modo conforme alla CEDU oppure di impugnare davanti alla Corte costituzionale la disposizione legislativa in (potenziale o irriducibile a seconda dei casi) conflitto con la Convenzione.

[21] Per un più ampio esame della sent. 317/2009 si rinvia al capitolo 5 del volume *Il ruolo della CEDU*, cit.

trarre importantissime indicazioni di natura più generale: per un verso, con riguardo ai *compiti del giudice comune* (e precipuamente con riguardo al delicato problema del *riparto di compiti tra esso e la Consulta)* in situazioni di questo genere; e, per l'altro verso, con riguardo allo stesso *assetto effettivo* (sul piano teorico e soprattutto sul piano "operativo") dei rapporti *tra Costituzione, CEDU e legislazione ordinaria*[22].

8. Segnatamente per i motivi qui illustrati – ma a ben vedere anche per altri[23] – sembrano da guardare con grande interesse alcuni relativamente recenti indizi di un possibile, parziale ma significativo mutamento d'impostazione da parte della Corte costituzionale[24], o quantomeno di una sua certa maggior cautela nell'incoraggiare, o meglio nell'imporre, in modo "indiscriminato", il ricorso all'interpretazione conforme.

Tali indizi sono rinvenibili, tra l'altro, nella sentenza n. 221 del 2015, nelle sentenze n. 36 e 111 del 2016 e, soprattutto, nella sentenza n. 42 del 2017.

---

[22] Un modo di operare per molti versi simile a quello qui stigmatizzato può rinvenirsi anche nella sentenza della Cass., sez. I civ., 6 maggio 2009, n. 10415, nella quale i giudici di legittimità hanno fatto riferimento ai principi costituzionali in materia di finanza pubblica per prendere autonomamente le distanze dai vincoli discendenti dalla CEDU e dalla giurisprudenza di Strasburgo.
Un ulteriore esempio che ben mostra le dinamiche e i pericoli di cui si è discusso è poi quello segnalato da G. Laneve, *L'interpretazione conforme*, cit., p. 27 ss., il quale ricorda la sent. Cass. Sez. Un. civ n. 24883 del 2008 «in cui la Corte, sulla scia di qualche suo precedente, nel bilanciare i valori costituzionali del giudice naturale precostituito per legge (*ex* art. 25, Cost.) e della ragionevole durata del processo *ex* art. 111 Cost., ha ritenuto recessivo il primo».
In tale vicenda, come ha ben osservato l'A., «al di là di qualsiasi giudizio in ordine alla decisione della Suprema Corte, cui la stessa è, tra l'altro, pervenuta al termine di un argomentare intriso di sensibilità costituzionale, ciò che è da rilevare, e che può preoccupare, è proprio la circostanza per cui in un caso del genere, ma anche in altri, in cui *erano in gioco valori costituzionali di pari dignità e che necessitavano di un adeguato e ponderato bilanciamento*, la Cassazione, pienamente consapevole della posta in gioco, non abbia avvertito la necessità di arrestarsi, e demandare la delicata decisione proprio alla Corte costituzionale, ma abbia operato *al suo posto*, per di più, tradendo – o comunque allontanandosi molto dal – dato testuale della disposizione» (*ibidem*, p. 28; primo corsivo aggiunto, secondo testuale).
È vero – rileva ancora l'A. ricollegandosi a riflessioni di E. Lamarque, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, p. 1843 ss. – «che a fronte di giudici comuni che commettono questo tipo di errori, ve ne saranno sempre altri che ricomporranno la frattura chiamando in causa (prima o poi) la Corte costituzionale: ma è altrettanto vero che, quando quel giudice comune è la Cassazione, gli eventuali danni sono difficilmente riparabili» (G. Laneve, *op. cit.*, p. 29).

[23] Cfr. senz'altro, in proposito, G. Sorrenti, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, cit., spec. pp. 297-298 e 301 ss.

[24] Cfr. in questo senso proprio la puntuale e perspicua ricostruzione di G. Sorrenti, *op. ult. cit.*

In particolare, nella sentenza n. 36/2016, la Corte ha affermato che "[l]'obbligo di addivenire ad un'interpretazione conforme alla Costituzione cede il passo all'incidente di legittimità costituzionale ogni qual volta essa sia *incompatibile con il disposto letterale* della disposizione e si riveli *del tutto eccentrica e bizzarra*, anche alla luce del *contesto normativo* ove la disposizione si colloca (sentenze n. 1 del 2013 e n. 219 del 2008). L'interpretazione secondo Costituzione è doverosa ed ha un'indubbia priorità su ogni altra (sentenza n. 49 del 2015), ma appartiene pur sempre alla famiglia delle tecniche *esegetiche*, poste a disposizione del giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale, che hanno *carattere dichiarativo*. Ove, perciò, sulla base di tali tecniche, non sia possibile trarre dalla disposizione alcuna norma conforme alla Costituzione, il giudice è tenuto ad investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale" (corsivi aggiunti, come sempre ove non diversamente specificato).

Nella sentenza n. 42/2017, per noi ancora più interessante, la Corte ha poi affermato quanto segue: "[a] fronte di adeguata motivazione circa l'impedimento ad un'interpretazione costituzionalmente compatibile, dovuto specificamente al «tenore letterale della disposizione», questa Corte ha già avuto modo di affermare che «la *possibilità* di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto *la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità*» (sentenza n. 221 del 2015). Si tratta di orientamento ormai consolidato, in virtù del quale può ben dirsi che «se l'interpretazione prescelta dal giudice rimettente sia da considerare la sola persuasiva, è profilo che esula dall'ammissibilità e attiene, per contro, al merito» (sentenze nn. 95 e 45 del 2016, n. 262 del 2015; nonché, nel medesimo senso, sentenza n. 204 del 2016).

Se, dunque, «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è *possibile* darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)» (sentenza n. 356 del 1996), ciò non significa che, ove sia *improbabile o difficile* prospettarne un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere *scrutinata nel merito*. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela, come nella specie, *necessario*, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile".

9. Tali affermazioni sembrano rilevanti per due ordini di ragioni.

In primo luogo, per ciò che esse *direttamente* dicono a proposito dell'interpretazione conforme *a Costituzione*[25].

[25] Con riguardo a questo primo profilo si rinvia ancora, integralmente, alle importanti e condivisibili considerazioni di G. Sorrenti, *op. ult. cit.*

In secondo luogo, per ciò che esse forse possono implicare, sia pure in modo non diretto, con riguardo al rapporto tra interpretazione conforme *a Costituzione* e interpretazione conforme *alla CEDU*, nei casi in cui, alla luce anche della giurisprudenza della Corte costituzionale e della giurisprudenza della Corte europea, tra le due interpretazioni vi sia divergenza.

In effetti, tra i casi in cui la prospettazione di un'interpretazione *costituzionalmente* orientata (e la conseguente opzione a favore di essa) potrebbe o dovrebbe ritenersi "improbabile o difficile", sembrano esservi non solo quelli in cui la difficoltà deriva da ostacoli testuali, ma anche quelli in cui la difficoltà deriva dal fatto che, per usare un'espressione non propriamente scientifica ma utile per intendersi, *la coperta è troppo corta*, sicché privilegiando un'interpretazione più favorevole a un determinato diritto, principio, valore o interesse costituzionale (o, ecco il punto, anche convenzionale) si andrebbe a incidere negativamente su un altro diritto, principio, valore o interesse di pari o simile rilievo (anch'esso di matrice costituzionale oppure convenzionale): laddove l'espressione "pari o simile rilievo" vorrebbe tener in qualche modo conto della (ad avviso di molti troppo) schematica ricostruzione gerarchica fatta propria dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenze gemelle e poi sviluppata in termini più particolareggiati e "concreti" nella sent. 49/2015, dove si rimarca anche a questi specifici fini la superiorità quasi per definizione delle norme costituzionali rispetto a quelle convenzionali e conseguentemente (almeno nella visione che la Corte ha espresso in tale sentenza) *la prevalenza ("immediata") dell'interpretazione costituzionalmente orientata rispetto a quella convenzionalmente orientata*[26].

---

[26] Vale la pena richiamare il passaggio della sentenza n. 49 al quale si sta facendo riferimento, e cioè quello in cui la Corte afferma che «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU […] è, ovviamente, *subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme*, poiché tale modo di procedere riflette il *predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*».
A questo passaggio si ricollega quello in cui il giudice costituzionale statuisce che, «nel caso in cui sia il giudice comune ad *interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione*, va da sé che questo solo dubbio, *in assenza di un "diritto consolidato"*, è *sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU*, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale».
Appena il caso di ricordare, anche in vista di ciò che si dirà oltre nel testo, che in numerose altre occasioni la Corte si è espressa in termini differenti e molto meno "chiusi", più volte ragionando di "necessario bilanciamento" (tra norme della CEDU integranti il parametro dell'art. 117 e altre norme costituzionali) ed arrivando anzi ad affermare che le operazioni cui essa è chiamata sono «volte *non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele*», sicché «il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando [non, come si diceva, alla sistematica affermazione della primazia della seconda in quanto tale, ma] «alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale

Ciò che qui si sta invece tentando di sostenere è che forse anche le ipotesi di *conflitto* tra interpretazione *costituzionalmente* conforme e interpretazione *convenzionalmente* conforme di una legge potrebbero rientrare tra quelle in cui, per i giudici comuni, risulterebbe tutto sommato "*difficile* prospettarne un'interpretazione costituzionalmente orientata".

La ragione principale di tale affermazione risiede nel fatto che, a fianco (e, in sostanza, a temperamento, se non totale svuotamento) dell'affermata immancabile superiorità (su un piano formale e astratto) delle norme costituzionali rispetto a quelle convenzionali (superiorità che dovrebbe in ipotesi indurre i giudici ad abbandonare subito e "senza alcuno scrupolo" l'interpretazione convenzionalmente conforme, come in effetti sembra richiedere la sent. 49/2015 almeno per l'ipotesi in cui la giurisprudenza di Strasburgo sul punto non sia pienamente consolidata), la Corte costituzionale ha più volte rimarcato – ed i giudici dovrebbero quindi sempre rispettare nella loro attività interpretativa – l'obbligo di considerare *contestualmente tutte* le norme (costituzionali e convenzionali) rilevanti[27], allo scopo di individuare, su un piano sostanziale e concreto, la soluzione in grado di assicurare nel caso di specie (ma chiaramente non trascurando di rivolgere, per così dire, un attento sguardo al passato e uno ancor più attento al futuro) la "massima espansione delle tutele" (sent. 317/2009) ovvero la "massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico" (sent. 269/2017): operazione, quest'ultima, che in molti casi "complessi" (tra cui *in primis* quelli di conflitto o divergenza qui evocati) i giudici comuni forse ben potrebbero, se non dovrebbero, rinunciare a svolgere autonomamente, richiedendo invece l'intervento del giudice costituzionale[28].

---

deve essere» appunto «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», ovvero – ancora più esplicitamente – con gli «interessi antagonisti, *di pari rango costituzionale* complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata» (così la sent. 264/2012).

[27] La necessità di una valutazione congiunta, e virtualmente paritaria, di tutti i parametri (costituzionali e sovranazionali) coinvolti è stata molto ben espressa – come si ricorderà anche più avanti – nella sent. 191/2014, dove un simile «consolidato orientamento» viene ricollegato alla esigenza di «consentire a questa Corte di effettuare una *valutazione sistemica e non frazionata* dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, in modo da assicurare la massima espansione delle garanzie di *tutti* i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, *complessivamente considerati*, che *sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento*».

[28] Tanto più che, almeno sulla base delle stringenti indicazioni operative fornite dalla Corte nella sent. 49/2015, i giudici comuni si troverebbero in realtà "le mani legate", o parzialmente legate, e si vedrebbero costretti – qualora volessero "far da sé" – a privilegiare *sistematicamente* le norme tratte da una fonte (la Costituzione) rispetto a quelle tratte dall'altra fonte (la CEDU), con ciò risultandogli in fin dei conti preclusa, almeno in molte situazioni, proprio quella ricerca in concreto della miglior soluzione a livello sistemico che il giudice costituzionale pur parrebbe non solo incoraggiare ma addirittura pretende-

10. Sullo sfondo di tali problematiche, pare ora opportuno ricordare che la necessità di interpretare le leggi in conformità alle norme internazionali in genere non rappresenta una novità strettamente collegata alla revisione della carta fondamentale nel 2001 e, men che meno, un'invenzione della giurisprudenza costituzionale che, dal 2007, ha "dato vita" – facendone applicazione e precisandone le implicazioni – al nuovo precetto contenuto nell'art. 117, c. 1, Cost.[29].

Da ciò poteva e può trarsi una considerazione generale, e cioè che – a parte l'ipotesi specifica di interpretazione conforme ai vincoli derivanti dalla CEDU (di cui ci occupiamo in queste pagine) e quella di interpretazione conforme ai vincoli comunitari/eurounitari[30] (sulla quale qui sorvoleremo) – il diffuso riconoscimento di un obbligo sistematico di interpretazione della legislazione nazionale alla luce di *tutti i vincoli internazionali*, al fine di ricostruire (ove possibile) il significato della prima in modo compatibile con i secondi, consentiva già in passato di ragionare, oltre che (1) di una interpretazione *costituzionalmente* conforme nonché, appunto, (2) di una interpretazione *convenzionalmente* conforme e (3) di una interpretazione *comunitariamente* conforme, anche (4) di una "interpretazione *internazionalmente* conforme"[31]. E già oltre dieci anni fa (subito dopo le sentenze gemelle), si

---

re (e che, ove interpellato, si ritroverebbe probabilmente costretto, dal buon senso prima ancora che dai propri precedenti, a compiere egli stesso, con buona e giusta pace delle affermazioni *tranchant* inserite – forse lasciandosi troppo influenzare dalle vicende del giudizio *a quo* o da taluni difetti di impostazione delle ordinanze di rimessione – nella sentenza n. 49).

[29] Ad esempio, una simile necessità era da tempo sottolineata, anche nel suo celebre manuale di diritto internazionale, da Benedetto Conforti (cfr. B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 1999, p. 314), il quale la ricollegava senz'altro alla «presunzione di conformità delle norme interne al diritto internazionale», sussistente ed almeno in linea di principio "operante" anche prima della revisione dell'art. 117, c. 1, Cost.

[30] …che deve peraltro lasciare il posto, quando il contrasto non sia risolvibile in via interpretativa, alla non applicazione del diritto interno, sempre che ricorrano i noti presupposti cui quest'ultima pratica è condizionata (e salve le innovazioni che, sotto tale aspetto, si sono avute con la sent. 269/2017).
Importanti osservazioni anche sul versante (oggi) eurounitario dell'interpretazione conforme sono rinvenibili – oltre che in molti scritti (in parte citati nella nota 1) specificamente dedicati a questo tema – in G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme*, cit., p. 45 ss., ove tra l'altro si affronta la questione se «l'interpretazione conforme al diritto comunitario sia suscettibile di entrare in rotta di collisione con l'interpretazione conforme a Costituzione» e con quali conseguenze.

[31] È d'obbligo, in proposito, una precisazione terminologica, per dire che mentre qui si è utilizzata l'espressione "interpretazione convenzionalmente conforme" con esclusivo riguardo alla CEDU, alla stregua di un uso attualmente piuttosto diffuso, la medesima espressione è da altri utilizzata – specie nell'ambito della dottrina internazionalistica – in un significato più ampio e generico, grossomodo corrispondente a quello che si è qui invece attribuito all'espressione "interpretazione internazionalmente conforme".
In realtà, a voler essere ancora più precisi, si dovrebbe ulteriormente distinguere tra interpretazione conforme *alla CEDU*, interpretazione conforme *ad altre convenzioni* o trattati,

era avuto modo di osservare che «[l]e sovrapposizioni, gli eventuali conflitti e in genere i rapporti tra questi diversi tipi di interpretazione conforme potrebbero forse – tanto più a seguito delle recenti decisioni della Corte che si soffermano diffusamente, ma non senza suscitare nuovi interrogativi, sulle diverse implicazioni del rinnovato art. 117, c. 1 – essere oggetto di maggiori riflessioni, riflettendosi in essi i problemi attinenti ai rapporti tra le fonti, gli ordinamenti e gli attori giurisdizionali a cui ciascuna "specie" di interpretazione conforme si ricollega o rimanda»[32].

Tra l'altro, si era notato che «almeno con riferimento all'obbligo di "interpretazione internazionalmente conforme", può agevolmente immaginarsi l'ipotesi di "conflitto interno", che si verificherebbe nel caso (tutt'altro che inverosimile) in cui vengano contestualmente in rilievo diversi vincoli internazionali, tra loro incompatibili, ciascuno dei quali dovrebbe teoricamente guidare l'interpretazione (o anche, in funzione parametrica, il giudizio della Corte costituzionale, qualora questo risulti inevitabile): si pensi – per fare un esempio vicino alla realtà, su cui si è avuto modo di soffermare lo sguardo in altra sede[33] – ad un eventuale conflitto tra gli obblighi di tutela dei diritti derivanti (tra l'altro) dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e gli obblighi di attuazione delle misure antiterrorismo adottate dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (senza adeguate garanzie per i diritti medesimi). In casi di questo genere, e in molti altri, l'attribuzione di un rango pienamente coincidente a tutti i trattati internazionali (e a tutti i vincoli che vi si ricollegano), e il conseguente ricorso al puro criterio cronologico per risolvere i conflitti tra i medesimi, può risultare, come è evidente, poco soddisfacente»[34].

---

e interpretazione conforme a *vincoli internazionali di natura non pattizia* (a loro volta diversificabili, all'occorrenza).

[32] V. Sciarabba, *L'"interpretazione conforme"*, cit.

[33] V. Sciarabba, *I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei e la problematica comunitarizzazione delle risoluzioni antiterrorismo* dell'ONU, in archivio.rivistaaic.it, dal 23 dicembre 2005, ed in *Rassegna Forense*, 1/2006, pp. 147-190 [per un riepilogo dei successivi sviluppi della vicenda v. ora, volendo, V. Sciarabba, *La Corte di giustizia, le misure antiterrorismo, i diritti fondamentali e la "Carta di Nizza": l'epilogo della vicenda Kadi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, dal 7 febbraio 2014 e in Europeanrights.eu].

[34] V. Sciarabba, *L'"interpretazione conforme"*, cit.
Sotto quest'ultimo profilo, il discorso riconduce a questioni più ampie – trattate nel capitolo 2 del volume *Il ruolo della CEDU*, cit. – relative all'inquadramento costituzionale della CEDU e al ruolo che potrebbe riconoscersi, in proposito, all'art. 11 Cost. (e/o all'art. 2, su cui le sentenze gemelle hanno taciuto).
È poi appena il caso di precisare che l'esempio riportato, in realtà, non era pienamente calzante perché proprio i vincoli (in questo caso sanzionatori) discendenti dalla Carta delle Nazioni Unite risultano coperti – questi sì pacificamente – dall'art. 11; sicché essi, se ce ne fosse stato bisogno, avrebbero semmai potuto essere "scavalcati" a livello nazionale solo dai principi supremi dell'ordinamento costituzionale in veste di controlimiti (cfr. sul punto, più estesamente e chiaramente, le pagine finali di V. Sciarabba, *I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei*, cit.).

A tale riguardo, si era osservato come potesse «forse essere d'aiuto considerare […] che in fondo *tutti* i diversi vincoli di interpretazione conforme trovano fondamento, diretto o indiretto, nella Costituzione (in questo senso sono "filiazioni" dell'interpretazione costituzionalmente conforme), sicché è in definitiva a quest'ultima che si può e si deve guardare per ritrovare – districando (o, se si vuole, ricomponendo con ordine) la complessità delle articolazioni e dei rimandi interni ed esterni – il… (per così dire) bandolo della matassa»[35].

11. Lasciamo ora momentaneamente da parte queste riflessioni – sulle quali si ritornerà poco oltre alla luce soprattutto degli sviluppi anche giurisprudenziali che, proprio su questi aspetti, si sono avuti – e ritorniamo alla "questione-base" dell'interpretazione convenzionalmente conforme.

Con specifico riguardo alla CEDU – in disparte gli eccessi ai quali pure, come è noto, si era già in passato giunti attraverso l'espediente della disapplicazione delle leggi con essa contrastanti, con conseguente "aggiramento" del giudizio di costituzionalità, surrogato da quella sorta di sindacato diffuso di convenzionalità che l'espediente in questione implicava ed implica[36] – si deve ricordare come sempre più successo avesse incontrato, specie in anni di poco precedenti alle sentenze gemelle, appunto la pratica di "(re)interpretazione conforme" del diritto interno alla luce della Convenzione (come resa "vivente" dalla Corte di Strasburgo)[37].

Dopo le sentenze gemelle, in ogni caso, la tematica ha assunto ben altra visibilità e importanza, proprio perché essa è stata oggetto di esplicita considerazione da parte della Corte costituzionale e, soprattutto, perché essa è

---

[35] V. Sciarabba, *L'"interpretazione conforme"*, cit.

[In] ultima analisi, e almeno in questa prospettiva, tutto il discorso sembra dunque potersi ridurre (per modo di dire) a un discorso *sull'interpretazione sistematica*, come ben ricordato da R. Bin, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in A. Bernardi (cur.), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, cit., p. 17 ss.

[36] Cfr. A. Guazzarotti, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, p. 25 ss., spec. 26-27.

[37] Si è così espressamente teorizzato, in un primo momento proprio ad opera della giurisprudenza comune, il «potere-dovere del giudice di attribuire alle norme interne un *significato espansivo* inteso a rendere *concreto ed effettivo il diritto protetto dalle norme internazionali pattizie*», potere-dovere da esercitarsi ovviamente «nei limiti del possibile»: così le sentt. Cass., sez. lav., 10 marzo 2004, n. 4932 e 27 marzo 2004, n. 6173.
Merita di essere evidenziato che in tali sentenze, al pari che in quelle (sulla c.d. legge Pinto) delle Sez. Unite del 26 gennaio 2004, nn. 1338, 1339, 1340, 1341, nell'obbligo d'interpretazione conforme alla CEDU si incorporava anche il *dovere di tenere conto della giurisprudenza di Strasburgo*, alla stregua di indicazioni già formulate dalla migliore dottrina: cfr. G.G. Floridia, *Fonti regionali e sistema delle fonti*, in G.F. Ferrari, G. Parodi (a cura di) *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Padova, 2003, p. 39.

stata inserita all'interno di un discorso più ampio sul ruolo (parametrico) della CEDU e sui conseguenti compiti del giudice comune nelle situazioni di possibile tensione tra una norma interna e i vincoli convenzionali.

In sostanza, con tali sentenze il tentativo di interpretazione conforme alla CEDU è stato espressamente previsto da parte della Corte costituzionale come doveroso (e fin qui, si potrebbe dire, "niente di nuovo", al di là del fatto stesso, di per sé importantissimo, che l'obbligo in questione è stato riconosciuto e fortemente valorizzato dal giudice delle leggi); ma esso è stato anche "caricato" – ecco l'aspetto di novità – di una funzione nuova, e cioè quella di scongiurare, nel (solo) caso in cui lo sforzo di adeguamento interpretativo abbia successo, l'altrimenti inevitabile incidente di legittimità costituzionale, con tutte le gravose conseguenze processuali e ordinamentali che esso comporta. In altri termini, l'interpretazione conforme alla CEDU è venuta a svolgere il ruolo, nell'impianto teorico e operativo più volte ribadito dalla Corte, di *unica alternativa alla questione di costituzionalità*[38].

12. Per la verità, già nel contesto delle sentenze gemelle ci si poteva chiedere, e ci si era chiesti, «se non si debba "ridimensionare" quella "parte" delle decisioni secondo cui tutte le ipotesi di contrasto tra norme della CEDU – e in genere norme pattizie – e norme costituzionali dovrebbero [qualora appunto non risolvibili a monte attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme] essere rimesse al giudice delle leggi, risolvendosi in altrettante questioni di costituzionalità»[39].

Sul punto la Corte era parsa esplicita, ma in effetti alcune riserve potevano avanzarsi e sono state avanzate. Tra queste riserve, la prima che si era ritenuto di porre in luce era quella che derivava da una sorta di "corto circuito" tra alcune statuizioni puntuali (nuove) e alcuni orientamenti generali (precedenti, ma non superati) della Corte costituzionale.

Poiché il discorso abbozzato all'epoca è ancora valido (ed è anzi forse più "di attualità" oggi di quanto non lo fosse quando era stato concepito e sviluppato in chiave teorica), ci si permette per semplicità di riproporlo nei medesimi termini utilizzati a suo tempo.

«Bisogna tenere a mente, in particolare, l'esigenza, costantemente ribadita dalla Corte, che i giudici comuni si facciano carico – per non incorrere in una decisione di inammissibilità – di verificare la possibilità di (re)interpretazione delle disposizioni (anche) legislative in senso (sicuramente) conforme a Costituzione, allo scopo di prevenire, attraverso l'immediata opzione a favore dell'interpretazione "costituzionalmente orientata", l'insorgere dello stesso dubbio di illegittimità costituzionale.

---

[38] Il punto è riaffermato – con diverse sfumature ma sempre in termini molto netti – in numerose decisioni della Corte.

[39] V. Sciarabba, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte)*, cit.

Ebbene, a fronte di una disposizione interna suscettibile di due diverse interpretazioni – una (più) vicina alla CEDU (*id est* alla giurisprudenza di Strasburgo) ma tale da indurre sospetti, non manifestamente infondati, di incostituzionalità; l'altra sicuramente conforme a Costituzione[40] (ovviamente, anche qui, alla luce della giurisprudenza della Consulta) ma (più) lontana dal "diritto di Strasburgo" – cosa dovrebbe fare il (potenziale) giudice *a quo*?

A meno di immaginare mutamenti (o mirati "aggiustamenti") del ricordato orientamento generale della Corte[41], si dovrebbe *forse* rispondere che egli avrebbe il potere/dovere di optare immediatamente per l'interpretazione sicuramente conforme a Costituzione[42]»[43].

E il *forse*, sembra utile precisare, era dovuto al fatto che se «si accogliesse invece l'idea per cui il confronto tra Costituzione e CEDU non debba essere

---

[40] Meglio (ma qui può emergere il problema): alla… Costituzione escluso l'art. 117, c. 1.

[41] Mutamenti che – almeno con riguardo a *certe* tematiche relative ai diritti fondamentali, richiedenti certezza e uniformità più che "flessibilità" – non appaiono né inopportuni né particolarmente improbabili [e a questo riguardo appaiono ora di grande interesse proprio le affermazioni che la Corte ha fatto nella richiamata sent. 42/2017, sulla quale v., con particolare attenzione al profilo di nostro interesse, seppure con valutazioni in parte differenti, C. Napoli, *Quando la ritenuta opportunità di un intervento della Corte costituzionale attenua l'onere del giudice a quo di tentare l'interpretazione conforme*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 3 aprile 2017].

[42] E dunque anche il dovere, che del primo è il "risvolto", di non sottoporre alla Corte la questione di "convenzionalità" della norma interna che andrà ad applicare (nonostante il dubbio, o addirittura la convinzione, che quest'ultima sia in contrasto con la CEDU).

[43] Così ci si era espressi in V. Sciarabba, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte)*, cit. (corsivo testuale).
Può ricordarsi, incidentalmente, che proprio questa è la risposta che la Corte costituzionale ha dato nella sent. 49/2015, anche se – occorre sottolineare – soltanto *con riguardo a "una parte" delle situazioni abbracciate dalla domanda*.
Il discorso dovrebbe risultare più chiaro dalla semplice (ri)lettura dei seguenti passaggi della sentenza n. 49:
– «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso *conforme alla CEDU* […] è, ovviamente, subordinato al *prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme*, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»;
– «nel caso in cui sia il giudice comune ad *interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione*, va da sé che questo solo dubbio, *in assenza di un "diritto consolidato"*, è *sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU*, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale»;
– al contrario, però, «nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di "ogni strumento ermeneutico a sua disposizione", ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale».

configurato in termini "verticali", gerarchici, bensì in termini orizzontali (in virtù del "gioco" dell'art. 117, inteso quale norma di *tendenziale apertura* ai vincoli internazionali più che di apertura *rigidamente condizionata* alla loro integrale conformità a tutte le norme costituzionali), allora si dovrebbe concludere che il giudice avrebbe l'obbligo di rivolgersi alla Corte, in quanto – ponendosi un problema, in definitiva, di bilanciamento tra diversi diritti e principi costituzionali – sarebbe impossibile rinvenire una soluzione *sicuramente* costituzionale da privilegiare immediatamente»[44].

13. Come può notarsi, vi erano già sul tappeto[45] molte delle questioni – in parte tuttora aperte, in verità – che si sono poi delineate con maggior visibilità o nettezza negli anni successivi e nei successivi interventi più o meno chiarificatori della Corte costituzionale (fino alla sentenza n. 49 del 2015 ed oltre) o della stessa Corte di Strasburgo.

Piuttosto che tentare vanamente di sviluppare e trattare in modo diretto ed esauriente tutte le questioni cui si allude – molte delle quali, del resto, sono già state o saranno toccate almeno "obliquamente", nell'intento di offrire comunque, sia pure attraverso un percorso un po' tortuoso, una serie spunti di riflessione, diversi elementi per ricavare delle risposte e/o, se non altro, buoni motivi per porsi altre utili domande – sembra qui utile dedicare qualche cenno a un'ulteriore linea di indagine e di riflessione relativa all'interpretazione conforme, probabilmente meritevole di essere sviluppata in futuro.

Abbiamo ragionato finora, secondo quanto avviene normalmente in dottrina, di interpretazione conforme[46] *della legge*, o comunque di enunciati *normativi*.

---

[44] Ancora V. Sciarabba, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte)* cit.

[45] Merita anzi di essere ricordato che, ancor prima delle "sentenze gemelle", l'ipotesi di «conflitto tra interpretazione conforme a Costituzione e interpretazione conforme a Convenzione» era stata presa in considerazione e trattata in dottrina, in particolare da B. Randazzo, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, spec. p. 315-317, ove si giungeva alla significativa conclusione che «vero conflitto insanabile […] vi sarebbe soltanto se una disciplina interna, ritenuta dalla Corte di Strasburgo *incompatibile* con la Convenzione, fosse ritenuta dalla Corte costituzionale o dal giudice interno *costituzionalmente necessaria*: il che, però, appare una ipotesi prevalentemente teorica» (a tale ipotesi sembra peraltro potersi affiancare quantomeno quella, speculare, di una disciplina ritenuta *convenzionalmente necessaria* dalla Corte di Strasburgo e *costituzionalmente inammissibile* dalla Corte costituzionale).

[46] O di interpretazione "orientata" (o, ancora, "adeguatrice" o "correttiva" o "compatibile"): laddove, per inciso, anche la possibile distinzione di senso tra le varie espressioni sarebbe meritevole di maggiore approfondimento e, per così dire, assestamento, come evidenziato da vari Autori (v. ad. es., sul punto, i suggerimenti di A. Ruggeri, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, cit.).

Prendendo le mosse da una importante affermazione delle Corte costituzionale, si vuol ora spostare l'attenzione su un altro profilo, finora pressoché totalmente trascurato, e cioè quello dell'interpretazione conforme/orientata *della giurisprudenza* (o meglio, delle singole pronunce, delle singole frasi delle pronunce, che vanno a comporre quella che chiamiamo giurisprudenza).

Nella sent. 49/2015 si legge che «[i] canoni dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata debbono infatti trovare applicazione *anche nei confronti delle sentenze della Corte EDU*, quando di esse, anche per le ragioni che si diranno, non si è in grado di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto (sentenza n. 236 del 2011).

In tali evenienze, non comuni ma pur sempre possibili, a fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con il significante, *l'interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione*».

Ora, sono intuibili le ragioni per cui il discorso è stato riferito alla sola giurisprudenza europea. Ma è evidente come esso possa valere in certa misura anche per la stessa giurisprudenza costituzionale (come pure, e a maggior ragione, per la giurisprudenza della Corte di cassazione).

14. Ciò che si vuol quantomeno aggiungere a questo proposito è che l'analogia sarebbe ancor più piena, con la conseguenza che si potrebbe arrivare a ragionare, specularmente, anche di una *interpretazione convenzionalmente orientata della giurisprudenza costituzionale*, e a monte della stessa Costituzione[47], qualora si facesse pienamente strada quella visione, solidamente

---

[47] Alla stregua di quanto avviene in altri ordinamenti (ad esempio in Spagna e in Portogallo, in virtù di espresse previsioni costituzionali contenute rispettivamente nell'art. 10, c. 2 e nell'art. 16 delle relative carte, oppure in Germania, dove il *Bundesverfassungsgericht* ha più volte riconosciuto che la stessa Legge Fondamentale è suscettibile di interpretazione conforme alla CEDU o al diritto dell'Unione: v. ad es. la sent. 4 maggio 2011, causa 2365/09), ma anche alla stregua di quanto pure in Italia più volte si è teorizzato ed in fondo – così almeno sembra – si trova scritto, in modo più o meno netto, in diverse sentenze della stessa Corte costituzionale (ad es. in alcuni passaggi della sent. 317/2009), potendosi a quest'ultimo riguardo ricordare la non insignificante circostanza che l'attuale giudice della Corte Augusto Barbera si sia espresso senza mezzi termini proprio nel senso che sarebbe «*da tempo […] acquisito*, in forza di una lettura 'aperta' dell'art. 2, un orientamento interpretativo in base al quale *le norme costituzionali relative ai diritti fondamentali s'interpretano in coerenza con le Dichiarazioni dei Diritti dell'uomo e con i Trattati e Accordi internazionali nelle stesse materie; a fortiori quindi in coerenza con la Carta dei diritti e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*» (A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 4/2017).

e diffusamente sostenuta, secondo cui – vuoi in virtù, su un piano formale, di un mutamento dell'(attualmente affermatosi in sede ricostruttiva, ma da molti criticato e teoricamente superabile) inquadramento costituzionale della CEDU; vuoi in virtù, su un piano sostanziale, di altri accorgimenti teorici ed operativi già riconosciuti nell'attuale scenario, tra cui *in primis* il ricorso al principio della "massima espansione delle tutele" – il confronto, il contemperamento e/o, per usare una parola della Corte, la "compenetrazione" tra tutele costituzionali e tutele convenzionali dovrebbe avvenire su un piede, come si è detto altrove, di "virtuale parità" attraverso la contestuale considerazione di tutte le norme pertinenti[48] e l'individuazione della "miglior" soluzione complessiva consentita da queste, alla luce anche dei criteri e metacriteri presenti in entrambi i sistemi normativi (e in entrambe le giurisprudenze, costituzionale ed europea) e variamente volti a favorire la reciproca "apertura".

Si allude soprattutto, da un lato, alla clausola di salvaguardia di cui all'art. 53 della CEDU e alla dottrina del margine di apprezzamento[49]; e dall'altro, in particolare, al criterio (enunciato nella sent. 317/2009) per cui le norme costituzionali «risentono dell'effetto espansivo» di quelle della CEDU «e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo»[50], nonché al principio (pure affermato nella sentenza n. 317), per cui la «Corte [costituzionale] 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*»: con ciò implicitamente, anzi esplicitamente[51] ammettendosi

---

[48] Che «la valutazione della questione di legittimità costituzionale [debba] essere condotta *in riferimento congiunto ai parametri*» di cui all'art. 117, primo comma (in relazione alle invocate disposizioni della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo) e di cui agli altri articoli costituzionali pertinenti *ratione materiae* è affermato dalla Corte costituzionale nella sent. 317/2009; mentre, come si è già ricordato, nella sent. 191/2014, trattandosi di una «violazione dell'art. 111, primo comma, Cost., insieme con quella dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo», si è affermato che tali parametri, «secondo un consolidato orientamento, *devono essere fatti valere congiuntamente* per consentire a questa Corte di effettuare una valutazione sistemica e non frazionata dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, in modo da assicurare la massima espansione delle garanzie *di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati,* che *sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento*».

[49] Circa la quale si rinvia – per una breve sintesi esplicativa e per alcune riflessioni (in particolare sul ruolo che, nell'ambito di tale dottrina, possono oggi svolgere le Corti costituzionali), nonché per qualche essenziale riferimento bibliografico – a V. Sciarabba, *Il ruolo della CEDU*, cit., spec. capitolo 8.

[50] In un altro passaggio della medesima sentenza si fa riferimento alla possibilità di «sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti» previsti dalla CEDU.

[51] Facendosi testualmente riferimento al «necessario *bilanciamento* con *altri interessi costi-*

la possibilità che, come contropartita di tale innalzamento di tutela a favore del titolare di *un* diritto fondamentale, qualche sacrificio per altri interessi, principi o anche diritti di varia natura e rilievo, al limite anche costituzionale, possa aversi.

E possa aversi, precisamente, quando in tal modo «il *risultato complessivo* dell'*integrazione delle garanzie* dell'ordinamento» sarà «*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*» (sempre sent. n. 317 del 2009).

Situazione quest'ultima che, avendo prima la Corte parlato apertamente di «bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti […] che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela», non si può ritenere circoscritta alla sola ipotesi – per alcuni meramente teorica, in ogni caso non frequente – in cui "tutto e tutti ci guadagnano", o almeno non ci perdono *nulla*, ma dovrà necessariamente ricomprendere altre ipotesi, e cioè quelle in cui sacrifici, più o meno piccoli, a carico di alcuni diritti o interessi (pur costituzionalmente protetti) *vi sono*, ma sono da ritenersi accettabili[52].

E sono da ritenersi accettabili – può forse ora precisarsi spingendosi un po' oltre nella riflessione – perché *proporzionati*[53], e perché (altro modo di vedere la cosa, più che cosa diversa) strettamente funzionali alla *necessaria* maggior tutela di altri diritti o interessi.

Laddove, ovviamente, il criterio dirimente per giudicare se questa necessità vi sia o meno non potrà essere di tipo puramente aritmetico, ovvero basato solo su un confronto "quantitativo" tra l'entità del vantaggio per l'interesse privilegiato e l'entità dello svantaggio per l'interesse sacrificato, considerati l'uno e l'altro "in sé e per sé", ammesso poi che misurazioni del genere siano possibili; ma dovrà invece scaturire, di volta in volta, da ragionamenti e ponderazioni più complesse, in cui potranno assumere rilievo molti fattori. Tra questi, per citare il primo dato che viene in mente, i "punti di partenza", sotto il profilo della rispettiva tutela, degli interessi in concorrenza.

15. Volendo fare un unico esempio "estremo", si potrebbe ritenere che – in questa prospettiva di ragionamento – sarebbe giustificabile la determi-

---

tuzionalmente protetti, cioè con altre norme *costituzionali*, che a loro volta garantiscano *diritti fondamentali* che potrebbero essere *incisi dall'espansione di una singola tutela*». V. anche, in proposito, il passaggio della sent. 191/2014 riportato poco sopra.

[52] A supporto di tale conclusione può richiamarsi ancora una volta il passaggio della sent. 191/2014 prima citato, in particolare nel punto in cui fa riferimento a «tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali […] che *sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento*».

[53] Nel senso architettonico del termine, quello cioè che si ricollega al concetto di proporzionamento, ossia all'operazione e al risultato del proporzionare, del rendere equilibrate e coerenti, secondo i canoni di riferimento, le dimensioni delle diverse parti di un edificio.

nazione, per effetto di una sentenza, di uno svantaggio in capo al diritto o interesse "A" addirittura *superiore* al vantaggio che ne deriverebbe in capo al concorrente diritto o interesse "B" qualora questo secondo diritto o interesse soffrisse di un grave vuoto di tutela mentre il primo fosse tutelato "esageratamente" (rispetto alle complessive esigenze costituzionali e convenzionali).

Esattamente in ciò – può concludersi – consisterebbe quella "virtuale parità" (tra diritti e principi fondamentali di varia matrice) cui prima si faceva riferimento, e che non *è stata evocata per* tentare di sovvertire surrettiziamente le rigide ricostruzioni dogmatiche della Corte[54] o, più in generale, i vincoli di ordine formale discendenti dal sistema delle fonti[55], ma solo per indicare quello che, valorizzando *tutti* gli elementi ordinatori presenti nel sistema (anzi nei sistemi)[56], potrebbe essere il punto d'arrivo a livello "pratico", su un piano sostanziale.

---

[54] Ricostruzioni che peraltro, in una prospettiva *de sententia ferenda*, ben possono essere criticate apertamente *in sé e per sé* (a questo proposito, e con riguardo in particolare al problema di fondo dell'"inquadramento costituzionale" della Convenzione, si rinvia ancora al secondo capitolo del volume *Il ruolo della CEDU* cit.); ma che, almeno fino a quando verranno confermate dalla Corte, non possono certo essere "ignorate" o sostituite da ricostruzioni diverse ad opera della dottrina o della giurisprudenza comune, e nemmeno essere "aggirate" attraverso prassi con esse incompatibili.

[55] In particolare non si intende negare, e anzi si vuole ribadire, il fatto che la Costituzione sia (e debba essere sempre tenuta in considerazione come) il fondamento normativo ultimo e la "bussola" cui fare riferimento per orientarsi nel complesso intreccio di fonti e corti nazionali, sovranazionali e internazionali e nel conseguente ginepraio di pratiche ermeneutiche, ricostruzioni e valutazioni varie oggi imposte o richieste a ciascun operatore giuridico (e in special modo, naturalmente, ai magistrati); senza però dimenticare – ed è questo un dato fondamentale che, per quanto ovvio ed incessantemente rimarcato dalla più accorta dottrina, a volte sembra essere dimenticato – che della Costituzione fanno parte, oltretutto con un "peso assiologico" e un ruolo orientativo di primo piano, anche gli articoli 2, 3, 10, 11 e 117…

[56] Di questi "elementi ordinatori" – ovvero grossomodo, per riprendere una felice espressione di Vittorio Manes, di queste «*regole di prevalenza* o di semplice *convivenza* con le quali si tenta di "gestire" una pluralità di ordini giuridici non ordinati a sistema» (V. Manes, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2012) – molti sono ricavabili proprio dalla Costituzione e dalla complessiva giurisprudenza della Corte costituzionale (non solo in tema di rapporti tra ordinamento interno e sistema della CEDU); altri sono ricavabili dalla stessa CEDU e dalla giurisprudenza della Corte europea; altri ancora (e a volte sono questi i più importanti) appartengono, o dovrebbero appartenere, al bagaglio culturale e (metodo)logico di ogni giurista.
A quest'ultimo proposito possono ricordarsi, a titolo di esempio, i numerosi scritti di Antonio Ruggeri in cui si valorizza la basilare distinzione tra *fonti* e *norme*: distinzione quasi banale, e però – come l'A. si è sforzato di mostrare in più occasioni – spesso tradita in questo ambito da deleterie confusioni (cfr., tra i più recenti contributi in cui il punto è stato toccato, A. Ruggeri, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 1/2018, spec. p. 146).

PERSONAL COMPUTER E CONTROLLI "TECNOLOGICI" DEL DATORE DI LAVORO*

di Andrea Sitzia

Sommario: 1. Il contesto fattuale: le potenzialità del controllo nell'era tecnologica. – 2. La Corte europea dei diritti dell'uomo e la sentenza Barbulescu vs. Romania. – 3. Il monitoraggio e l'art. 8 l. n. 300 del 1970.

1. Il contesto fattuale: le potenzialità del controllo nell'era tecnologica

La riforma dell'art. 4 l. n. 300 del 1970 ha rinnovato l'interesse della dottrina in ordine al tema del monitoraggio tecnologico sui lavoratori da parte del datore di lavoro. I problemi interpretativi in qualche modo centrali attengono, da un lato, alla delimitazione del concetto di "*strumenti utilizzati*" per "*rendere la prestazione di lavoro*", come tali esonerati dai limiti posti dal primo comma del nuovo testo normativo, e, dall'altro, alla ricostruzione del sistema complessivo di riferimento alla luce del rinvio al d.lgs. n. 196 del 2003 (il c.d. "Codice privacy"), destinato ad essere sostituito, a partire dal 25 maggio 2018, dal Regolamento UE n. 2016/679.

Alla base delle riflessioni giuridiche si colloca un contesto fattuale estremamente dinamico e di difficile comprensione e ricostruzione. Le potenzialità del controllo si estendono ben oltre il ristretto ambito del luogo di lavoro. Questo dato, attinto dalla comune esperienza, trae conferma nelle più recenti analisi degli studiosi di informatica giuridica[1], i quali evidenziano una serie di aspetti di cui occorre tenere conto: 1) il concetto di tecnologia (che in qualche modo è sottinteso dal termine "strumenti" presente nel nuovo testo dell'art. 4 l. n. 300 del 1970) include sia i dispositivi che le applicazioni che li fanno funzionare; 2) controllo e sorveglianza sono incorporati nella stessa architettura tecnologica; 3) le possibili tipologie di controllo divergono in relazione a caratteristiche tecniche, modalità ed ambiti di potenziale esplicazione, oltre che in relazione alla volontarietà o no degli stessi (volontarietà che dipende dalla possibilità riconosciuta all'utente di attivarne/disattivarne le funzioni). Questo aspetto rinvia alle modalità di utilizzo dello strumento tecnologico ed alla consapevolezza circa le caratteristiche di funzionamento

---

* Questo scritto costituisce una rivisitazione di un precedente articolo pubblicato in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2017, 3, p. 804-838.

1 Cfr. G. Ziccardi, *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Labour Law Issues*, 2016, 2, p. 48 e ss.; Id., *Internet, controllo e libertà. Trasparenza, sorveglianza e segreto nell'era tecnologica*, Milano, 2015; Id., *Il computer e il giurista*, Milano, 2015.

da parte di datore di lavoro e lavoratore, e risulta recepito dal terzo comma del nuovo art. 4, nella parte in cui richiede al datore di lavoro di fornire al lavoratore "*adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli*".

Uno degli aspetti maggiormente problematici risiede nel fatto che gli strumenti tecnologici, oggi, "*non distinguono e non separano, attività lavorativa da attività personale, e […] possono intercettare ogni azione*"[2]. La questione centrale, dunque, attiene al rapporto tra le caratteristiche strumentali di realizzazione dei controlli, le modalità e le finalità degli stessi. A quest'ultimo riguardo occorre considerare che i trattamenti dei dati personali relativi ai lavoratori, raccolti attraverso gli strumenti tecnologici, non sono oggetto solamente di controlli finalizzati alla verifica circa la commissione di illeciti ai danni del datore di lavoro o circa la correttezza dell'adempimento.

Sul punto, la dottrina giuslavoristica si sta progressivamente avvicinando al complesso ed ambiguo fenomeno dei "*big data*"[3], declinato nella specifica branca della c.d. "*workforce*" o "*people analytics*", con funzione anche predittiva[4].

---

[2] Cfr. G. Ziccardi, *Il controllo delle attività informatiche e telematiche*, cit., p. 57, il quale rileva che le tecnologie offrono svariate possibilità concrete di controllo, distinte a seconda che: a) il controllo operi sul dispositivo mobile aziendale affidato al lavoratore; b) sulle attività di rete di un dispositivo fisso o mobile; c) riguardi il traffico trasmesso all'interno dell'ambiente di lavoro; d) sia realizzato attraverso "strumenti spia"; e) operi utilizzando ricevitori satellitari e sistemi GPS; f) sia operato dall'amministratore di sistema analizzando i "*file log*" del server aziendale o dei singoli computer.

[3] Un recente studio sul tema sottolinea come in materia si registri una grave difficoltà definitoria in relazione allo stesso concetto di "*big data*", considerati dal Garante europeo per la protezione dei dati personali come "*practice of combining huge volumes of diversely sourced information and analysing them, using more sophisticated algorithms to inform decisions. Big data relies not only on the increasing ability of technology to support the collection and storage of large amounts of data, but also on its ability to analyse, understand and take advantage of the full value of data (in particular using analytics applications)*"; così European Data Protection Supervisor, *Opinion 7/2015. Meeting the challenges of big data. A call for transparency, user control, data protection by design and accountability*, 19 November 2015 (*https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-11-19_big_data_en.pdf*). Sul tema cfr. E. Dagnino, People Analytics*: lavoro e tutele al tempo del management tramite* big data, in *Lab. Law Issues*, 2017, 1, p. 5. Si veda anche P. Tullini, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in P. Tullini (a cura di), Web *e Lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, p. 3 e ss.; A. Barker, J. Stuart Ward, *Undefined By Data: A Survey of Big Data Definitions*, 20 settembre 2013, in *http://arxiv.org/pdf/1309.5821v1*.

[4] C. Degryse, *Digitalisation of the economy and its impact on the labour markets*, in *ETUI, Working Paper*, 2016, 2; E. Dagnino, Big data *e lavoro: le sfide della* workforce analytics, in *www.bollettinoadapt.it*, 20 ottobre 2016; G. Machì, Big data*: possibilità e pericoli derivanti dall'introduzione in azienda*, in *www.bollettinoadapt.it*; M.T. Bodie et al., *The Law and Policy of People Analytics*, in *University of Colorado Law Review*, in corso di pubblicazione; M. Roiatti, *Rivoluzione digitale nel settore HR. Gli algoritmi sostituiranno*

In estrema sintesi, i processi di gestione del personale, comprensivi di identificazione, selezione, ripartizione e valutazione dei candidati e dei lavoratori, si stanno orientando verso l'abbandono dei metodi tradizionali, basati su giudizi soggettivi, per essere fondati sull'analisi (tendenzialmente automatizzata) di una enorme mole di dati, che vengono incamerati e analizzati al fine di conoscere al meglio i processi produttivi e le *performance* dei lavoratori, di prevedere le potenzialità di un candidato o la possibile resa di un lavoratore all'interno di un gruppo di lavoro o i comportamenti futuri. È interessante rilevare come una parte della dottrina giuslavoristica d'oltre Oceano guardi con viva preoccupazione questo fenomeno, descritto come in veloce evoluzione, in cui la sorveglianza sui lavoratori, tecnicamente avanzata e tutto sommato a costi contenuti, si realizza indifferentemente dentro e fuori il posto di lavoro attraverso, soprattutto, l'analisi di dati registrati per il tramite dei "*file log*" elaborati con tecniche e dinamiche svariate, quali la rilevazione della digitazione sulle tastiere, l'uso di servizi privati come "*Gmail*", "*Facebook*" o "*Twitter*", ivi compresi i contenuti delle pubblicazioni, il tutto operato attraverso algoritmi[5].

Il controllo, in questa prospettiva, non è finalizzato (sol)tanto a verificare che il lavoratore utilizzi correttamente del tempo di lavoro, quanto, piuttosto, ad acquisire informazioni estremamente dettagliate sul profilo anche psicologico del personale; qui la prospettiva è profondamente diversa rispetto a quella dei c.d. "controlli difensivi", di cui si è occupata la giurisprudenza, e che saranno analizzati più oltre[6]. Tutto questo, evidentemente, è reso possi-

---

i colloqui?, in *www.bollettinoadapt.it*, 6 marzo 2017; R. M. Visconti, *Valutazione dei* big data *e impatto su innovazione e "*digital branding*"*, in *Dir. Ind.*, 2016, 1, p. 46 e ss.; M. Weiss, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, *ivi*, 2016, 3, p. 651 e ss.; P. Tullini, *Economia digitale e lavoro non standard*, in *Lab. Law Issues*, 2016, 2, p. 6 e ss.; C. Colapietro, *Digitalizzazione del lavoro e tutela della riservatezza della persona*, in P. Tullini (a cura di), Web *e Lavoro*, cit., p. 21 e ss.; E. Dagnino, *Una questione di fiducia: la reputazione ai tempi delle piattaforme online tra diritto alla privacy e prospettive di mercato*, in *Dir. Rel. ind.*, 2017, p. 247 e ss.

[5] Sul tema si veda, fra i tanti, I. Ajunwa, *Written Testimony*, Public Meeting on Big Data in the Workplace, ottobre 2016 (*https://www1.eeoc.gov//eeoc/meetings/10-13-16/ajunwa.cfm?renderforprint=1*); A. C. King, M. Mrkonich, *"Big Data" and the Risk of Employment Discrimination*, in *Oklahoma Law Review*, 2016, 3, p. 563 e ss.; P. T. Kim, *Data driven discrimination at work, Legal studies research paper series*, in *Washington University Law*, 2016, 10, p. 4 e ss. Secondo una ricerca dell'*American Management Association*, almeno il 66% delle imprese negli USA monitorano l'uso di Internet da parte dei lavoratori, il 45% i file log elaborati dalla tastiera (i c.d. "*Keyloggers*" ricostruiscono e relazionano su tempi e quantità di battiture sulla tastiera) ed il 43% tracciano le e-mail dei lavoratori. In questo scenario risulta che la maggior parte dei lavoratori sono ignari del monitoraggio e solamente nell'ordinamento di due Stati, il Delaware e il Connecticut, è previsto l'obbligo del datore di lavoro di informare il personale in ordine all'effettuazione del controllo. Sul punto cfr. I. Ajunwa, *Written Testimony*, cit.

[6] Particolarmente interessante Cass. 27 maggio 2015, n. 10955 in *Mass. Giur. Lav.*, 2016,

bile dall'ubiquità degli strumenti di equipaggiamento del lavoro e dalla loro promiscuità.

Un trattamento così corposo di dati consente di orientare le scelte aziendali con esiti che possono anche essere volontariamente o inconsapevolmente discriminatori: non è necessario, infatti, che vengano immessi consapevolmente nel modello matematico criteri discriminatori, dal momento che "*in base alle modalità di costruzione del procedimento anche l'azienda che non abbia finalità discriminatorie, potrebbe inconsapevolmente introdurre* bias *nel processo di trattamento, che con un effetto a catena si riproporrebbero negli esiti, con effetti discriminatori*"[7].

2. La Corte europea dei diritti dell'uomo e la sentenza Barbulescu vs. Romania

Le problematiche cui sopra si è fatto cenno non sono ancora state oggetto di una compiuta ricostruzione giurisprudenziale.

La frontiera più avanzata la si trova nella *partially dissenting opinion* del Giudice Pinto de Albuquerque, allegata ad una sentenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 12 gennaio 2016[8].

Nel caso di specie, il lavoratore, un ingegnere impiegato presso un'impresa privata come responsabile delle vendite, aveva creato, su richiesta del datore di lavoro, un account Yahoo Messenger allo scopo di rispondere alle

---

p. 284, con nota di A. Vallebona, *Non fidarsi mai di una donna … inesistente*, che ha ritenuto ammissibile il controllo "occulto" realizzato tramite la creazione di un falso profilo "Facebook" per acquisire la prova dell'intrattenersi del dipendente in "chat" con una (inesistente) signora durante l'orario di lavoro.

[7] Cfr. E. Dagnino, Big data *e lavoro: le sfide della workforce* analytics, in *www.bollettinoadapt.it*, 20 ottobre 2016; A. Rota, *Rapporto di lavoro e* big data analytics*: profili critici e risposte possibili*, in *Lab. Law Issues*, 2017, 1, p. 134 e ss., la quale sviluppa alcune considerazioni in ordine al tema delle cc.dd. "*learning machines*". Per un approfondimento non di carattere giuridico si veda il classico lavoro di M. Davis, *The Universal Computer. The Road from Leibniz to Turing* (2000), trad. it., *Il calcolatore universale*, Milano, 2003.

[8] La sentenza della quarta sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 12 gennaio 2016, *application number* 61496/08, è reperibile tramite il sito *http://www.echr.coe.int/*. Per un commento in lingua italiana si veda G. Consonni, *Il caso Barbulescu c. Romania e il potere di controllo a distanza dopo il Jobs Act: normativa europea e italiana a confronto*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, 4, p. 1171; A. Sitzia, D. Pizzonia, *Il controllo del datore di lavoro su Internet e posta elettronica: quale tutela per la riservatezza sul luogo di lavoro?* in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, p. 901 e ss. Contro questa sentenza è stato richiesto, ed ammesso, rinvio alla Grande Camera, che ha proceduto all'audizione delle parti il 30 novembre 2016. La pronuncia definitiva, emessa, dalla Grande Camera, il 5 settembre 2017, ha riformato la sentenza della quarta sezione. In argomento sia permesso un rinvio ad A. Sitzia, *Videosorveglianza occulta, privacy e diritto di proprietà: la Corte EDU torna sul principio di bilanciamento*, Arg. Dir. Lav., 2018, 2, 499-522.

richieste dei clienti. A distanza di qualche anno dall'assunzione il datore di lavoro informava l'ingegnere del fatto che le sue comunicazioni tramite Yahoo Messenger erano state monitorate per una settimana circa e che i dati raccolti mostravano che egli aveva utilizzato Internet per scopi personali, violando il regolamento aziendale. Il lavoratore aveva contestato l'addebito e l'azienda, a sua volta, aveva presentato la trascrizione delle e-mail, comprendenti la corrispondenza intrattenuta dal lavoratore con la fidanzata e il fratello. Tra questi messaggi cinque erano intercorsi tra il lavoratore e la sua fidanzata usando un account personale. Dalla lettura della sentenza si apprende che parte della corrispondenza riguardava problemi legati alla salute sessuale del lavoratore. Questo è il passaggio più rilevante della vicenda in fatto: il regolamento aziendale stabiliva che "*it is strictly forbidden to disturb order and discipline within the company's permises and especially* […] *to use computers , photocopiers, telephones, telex and fax machines for personal purposes*"; non risulta però che l'impresa avesse avvisato i lavoratori del possibile monitoraggio della corrispondenza elettronica, né che i lavoratori avessero acconsentito ad un tale monitoraggio, di cui, comunque, non erano state chiarite modalità, ragioni o tempistiche.

Il lavoratore, che era stato quindi licenziato, aveva adito gli organi di Giustizia del proprio Paese contestando l'indebito accesso alla sua corrispondenza e la violazione le garanzie costituzionali in materia, assistite, come in Italia, da sanzione penale. La giustizia interna, sia in primo che in secondo grado, aveva rigettato il ricorso del lavoratore ritenendo che il monitoraggio della corrispondenza elettronica scambiata dal lavoratore per mezzo del computer aziendale, durante l'orario di lavoro, non inficiava la validità del procedimento disciplinare[9].

Le questioni sottoposte alla Corte europea attengono, dunque, ad uno degli snodi sostanziali fondamentali (potremmo dire "spirituali"[10]) del diritto del lavoro, ovverosia il limite tra libertà d'impresa e tutela della dignità e riservatezza dei lavoratori. Con la sentenza Bârbulescu c. Romania, a distanza di nove anni dalla storica sentenza Copland c. Regno Unito[11], la Corte europea è tornata a pronunciarsi in ordine al tema della sorveglianza sull'uso di Internet nel luogo di lavoro in un caso di potenziale conflitto tra libertà di soggetti diversi (il lavoratore, gli interlocutori della sua corrispondenza ed il datore di lavoro). La maggioranza dei giudici della sezione hanno ritenuto

---

[9] La Corte d'Appello di Bucarest, in particolare, rilevava, nella sostanza, che 1) il datore di lavoro ha il diritto e l'obbligo di assicurare la funzionalità dell'impresa e 2) a tale fine, ha il diritto di controllare il modo in cui i lavoratori eseguono la prestazione, ciò che gli attribuisce il potere disciplinare, una volta che il lavoratore sia stato avvisato dell'esistenza del divieto di usare le strumentazioni aziendali per scopi personali.

[10] Così M. Miscione, *Dialoghi di Diritto del lavoro*, Milano, II ed., 2010, p. 32.

[11] Corte EDU, sentenza 3 aprile 2007, Copland c. Regno Unito, ricorso n. 62617/00.

che non violi il diritto alla privacy del lavoratore un datore di lavoro che monitori le e-mail private di un lavoratore durante l'orario di lavoro, nella convinzione che le comunicazioni stesse, in realtà, contengano messaggi di lavoro. Questo perché, fondamentalmente, secondo la Corte "*non è irragionevole per un datore di lavoro voler controllare che i lavoratori adempiano i propri obblighi durante l'orario di lavoro*".

La motivazione della sentenza è piuttosto evanescente e lascia aperti molti interrogativi in ordine alla connotazione giuridica del sistema di garanzia della riservatezza nel luogo di lavoro. In particolare, pur essendoci continuità rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte, secondo la quale i controlli datoriali sono ammissibili soltanto nella misura in cui siano strettamente proporzionali e non eccedenti lo scopo di verifica dell'adempimento contrattuale, la sentenza non affronta con adeguato livello di approfondimento il problema sostanziale della delimitazione delle condizioni di accesso (da parte del datore di lavoro) alle informazioni personali contenute (ed elaborate) negli (e attraverso gli) strumenti di lavoro. All'interno di questa tematica (che è più ampia) si colloca il problema dell'accesso ai dati personali (comuni e sensibili) contenuti nelle comunicazioni/corrispondenze che i lavoratori scambino utilizzando gli strumenti di lavoro. La sentenza non ricostruisce con precisione i diversi aspetti logico-giuridici della materia e confonde il profilo sostanziale con quello processuale. Non viene neppure chiarito con quale criterio si debba valutare se la "policy" aziendale (certamente necessaria al fine di rispondere al principio di trasparenza) sia ragionevole e proporzionata alla luce delle caratteristiche concrete del caso. Non si dimentichi, infatti, che il monitoraggio, nel caso di specie, risulta essere stato esteso al contenuto di messaggi privati, alcuni dei quali addirittura inviati (o ricevuti) dal lavoratore con un account personale, nonostante che in alcuni di essi fossero chiaramente individuabili come personali attraverso il semplice esame di un dato esteriore come l'oggetto (es. "*Andra loves you*").

La motivazione della sentenza muove, in sostanza, da queste premesse: i) lo scopo dell'art. 8 della Convenzione europea è proteggere l'individuo dall'interferenza arbitraria della pubblica autorità; ii) la norma non impone agli Stati solamente di astenersi da una tale forma di interferenza ma contiene un obbligo positivo di effettivo rispetto della vita privata; iii) questo obbligo implica l'adozione di misure capaci di assicurare il rispetto della vita privata anche nella sfera delle relazioni tra gli individui; iv) il confine tra l'obbligo positivo e quello negativo degli Stati membri non si presta a definizioni precise; in entrambi i contesti (positivo e negativo) l'attenzione deve concentrarsi sul bilanciamento degli interessi contrapposti.

In relazione alla fattispecie concreta il ragionamento viene sviluppato su piani distinti: a) al lavoratore è stato garantito il diritto di far valere i propri interessi avanti le giurisdizioni nazionali; b) le Corti nazionali hanno accertato che il lavoratore ha effettivamente usato Yahoo Messenger attraverso il computer aziendale durante l'orario di lavoro; c) i Giudici nazionali, in par-

ticolare, hanno "*attached particular importance to the fact that the employer had accessed the applicant's Yahoo Messenger account in the belief that it had contained professional messages, since the latter had initially claimed that he had used it in order to advise clients*"; d) il datore di lavoro si sarebbe limitato ad esaminare le comunicazioni presenti sull'account di Yahoo Messenger, senza accedere agli altri dati personali e documenti salvati sul computer del dipendente; e) non avendo i Giudici nazionali attribuito particolare rilevanza al contenuto della corrispondenza oggetto di monitoraggio (che risultava dunque un elemento non decisivo) se non per accertare la violazione, da parte del lavoratore, del regolamento disciplinare, la Corte ritiene che non possa ritenersi "*unreasonable*" che un datore di lavoro voglia verificare che i lavoratori osservino gli obblighi professionali durante l'orario di lavoro.

La sentenza, in definitiva, ritiene che il monitoraggio, nella specie, risulti essere stato limitato nello scopo e proporzionato, in quanto il controllo sulla casella di posta elettronica personale e la trascrizione dei relativi messaggi erano avvenuti solo dopo che il lavoratore aveva negato, durante il procedimento disciplinare, tutti gli addebiti rivolti nei suoi confronti. Nel caso di specie, dunque, non vi sarebbe stata alcuna violazione dell'art. 8 della Convenzione europea in quanto: 1) era stata fornita previa informativa ai dipendenti circa la sottoposizione a controllo del corretto utilizzo da parte loro degli strumenti informatici messi a loro disposizione dal datore di lavoro; 2) il controllo venne effettuato al solo fine di verificare la fondatezza della tesi difensiva del lavoratore; 3) i controlli erano stati "limitati nello scopo" e "proporzionati"; 4) il datore di lavoro ha diritto di verificare il corretto adempimento della prestazione.

La Corte europea, a dire il vero, aveva chiarito, nel 2007, con la sentenza Copland, che "*the monitoring of an employee's use of a telephone, e-mail or internet at the place of work may be considered "necessary in a democratic society" in certain situation in pursuit of a legitimate aim*". Da questa affermazione (che è perfettamente collimante con analoga ricostruzione della nostra Cassazione civile[12]) si può dedurre che la "privacy" non costituisce un valore assoluto, insuscettibile di soccombenza, ma un diritto che recede qualora ricorrano situazioni particolari, funzionali al perseguimento di legittimi interessi. Questo principio è fondamentale ma resta alquanto generico, non essendo chiaro quale sia il criterio per riconoscere quando il contro-interesse oggetto di bilanciamento possa dirsi "legittimo".

Il caso Bârbulescu avrebbe potuto essere l'occasione per fornire indicazioni interpretative più precise al riguardo. La Corte europea, invece, si è

---

[12] Nel 2003 la Cassazione ha chiarito che "*l'interesse alla riservatezza recede quando quest'ultimo sia esercitato per la difesa di un interesse giuridicamente rilevante*" (Cass., III Sez. Civ., 24 maggio 2003, n. 8239, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, pag. 5; per alcune considerazioni al riguardo si veda A. Sitzia, *Il Diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Padova, 2013, p. 42 e ss.).

limitata, per lo meno in prima istanza, a rilevare l'ovvio, e cioè la sussistenza del diritto del datore di lavoro/creditore di controllare la correttezza dell'adempimento della prestazione da parte del lavoratore/debitore. La sentenza non chiarisce sulla base di quale criterio possa dirsi che il monitoraggio operato in concreto sia rispettoso dei principi di legittimità e liceità del trattamento oltre che delle garanzie poste a presidio della libertà di comunicazione e pensiero, ma lascia trapelare l'idea che il giudizio di proporzionalità possa svolgersi *ex post* e non, come dovrebbe, *ex ante* rispetto alle operazioni di intrusione nella sfera riservata dei lavoratori. Nessuna considerazione, con riferimento a questo profilo, viene riconosciuta alle normative dell'Unione Europea, e conseguentemente resta non sviluppato il tema delle interferenze tra l'art. 8 della Convenzione europea e la prevalente disciplina europea sulla tutela dei dati personali.

Le considerazioni più interessanti e stimolanti, si diceva, sono contenute nella *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, il quale ha opportunamente rilevato uno scollamento tra la decisione resa nel caso di specie e la giurisprudenza della stessa Corte sul tema dell'accesso ad Internet. In almeno tre precedenti pronunce la Corte ha, invero, affermato che l'attività espressiva generata dall'utente tramite Internet fornisce una inaudita piattaforma per l'esercizio della libertà di espressione[13].

Internet, in questa prospettiva, viene considerato una sorta di livellatore sociale ed uno strumento di promozione dei diritti umani, veicolo di non mercificazione del lavoratore, soprattutto in relazione alla protezione del rispetto per la vita privata alla luce di un aumentato rischio di danni. La comunicazione via Internet è una forma privilegiata di espressione, comprensiva di informazioni private, rispetto alla quale possono svilupparsi almeno quattro tipologie di controlli/sorveglianza: sull'uso di Internet durante l'orario di lavoro; fuori dall'orario di lavoro; sulle comunicazioni trasmesse attraverso i servizi informatici dei dipendenti o quelli forniti dal datore di lavoro. La giurisprudenza della Corte europea (con le sentenze Niemietz contro Germaina e Halford e Amann) ha riconosciuto il diritto alla tutela rispetto alle interferenze nelle comunicazioni e nella corrispondenza negli ambienti di lavoro, garantendo la protezione non solo dei contenuti delle comunicazioni, ma anche dei metadati[14] risultanti dalla raccolta e dalla detenzione dei dati delle

---

[13] Il riferimento va alle sentenze relative ai casi Delfi AS e. Estonia, n. 64569/09, §§ 110 e 118, 16 giugno 2015; Ahmet Yildirim c. Turchia, n. 3111/10, § 48, 2012 e Times Newspaper Ltd c. Regno Unito di Gran Bretagna, n. 3002/03 e 23676/03, § 27, 2009, ove si afferma l'obbligo attivo di promuovere l'accesso universale a Internet, inclusa la creazione dell'infrastruttura necessaria per la connettività.

[14] I "metadati", in telematica, sono informazioni che accompagnano i dati in transito, "*definendone ed individuandone le coordinate fondamentali (data e ora del "passaggio", indicazioni quali-quantitative su provenienza, destinazione, "peso" e velocità, tipologia, natura, formato, se aperto o chiuso/proprietario, e contenuto: tutti oggetto di possibile ag-*

comunicazioni, il tutto nella prospettiva della protezione della ragionevole aspettativa di privacy (sentenze Halford, Copland e Peev, relative a fattori essenziali o dati sensibili).

La *dissenting opinion* offre una prospettiva di riflessione nel rilevare l'esigenza di individuare un bilanciamento, alla luce dell'art. 8 della Convenzione, tra interessi contrapposti e richiama l'attenzione della Corte sulla mancanza di una linea guida in ordine agli interessi che il datore di lavoro può invocare per giustificare le interferenze nella privacy dei lavoratori.

Ad oggi la soluzione di questo problema è lasciata al criterio del caso per caso.

3. Il monitoraggio e l'art. 8 l. n. 300 del 1970

Sul versante interno il primo aspetto da considerare attiene all'applicazione dell'art. 8 l. n. 300 del 1970. I sistemi di monitoraggio attuali (soprattutto nella evocata prospettiva della *workforce analytics*) consentono, infatti, l'acquisizione e l'analisi di dati e informazioni relative al lavoratore anche (ampiamente) esorbitanti rispetto alla sua attitudine professionale[15].

È noto che per mezzo dell'art. 8 l. n. 300 del 1970 si è inteso vietare al datore di lavoro di attingere, e quindi di conoscere, informazioni sulla sfera privata e personale del lavoratore o aspirante tale, ove non giustificate avuto riguardo all'oggetto del contratto. La norma in discorso, in altri termini, svolge la funzione di circoscrivere "*il rilievo della persona del lavoratore in relazione a quanto è funzionalmente collegato con la soddisfazione dell'in-*

---

gregazione/disaggregazione, elaborazione e, di conseguenza, controllo. Si tratta di masse di dati che circolano in rete (cd. big data) suscettibili di utilizzo a fini commerciali (data mining e data analysis), di controllo politico e anche di difesa dell'ordine pubblico" (così I. Sigismondi, *Telematica [Dir. cost.]*, in *http://www.treccani.it/enciclopedia/telematica-dir-cost_%28Diritto-on-line%29*. Per un sintetico esame del problema giuridico relativo ai "metadati" cfr. C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Bologna, 2015, p. 28 e ss.

[15] Si sottolinea, in dottrina, il carattere incontrollato e, normalmente, inconsapevole della portata espansiva della divulgazione di materiali e contenuti personali attraverso i *social network*, capaci di provocare una potenziale diffusione di informazioni relative all'origine etnica, alle convinzioni politiche, religiose, filosofiche, sindacali, l'adesione a partiti, associazioni od organizzazioni connotate ideologicamente, ovvero dati idonei a rilevare lo stato di salute o la vita sessuale, informazioni, in altri termini, di carattere eminentemente sensibile e rientranti nella sfera di protezione enucleata dall'art. 8 l. n. 300 del 1970. Sul tema, di recente, M. Forlivesi, *Il controllo della vita del lavoratore attraverso i* social network, in P. Tullini (a cura di), Web *e Lavoro*, cit., p. 37 e ss., il quale opportunamente evidenzia l'ambiguità, scarsa trasparenza e soprattutto la carenza di effettiva consapevolezza da parte dell'utente circa le conseguenze di una manifestazione di consenso al trattamento dei dati personali espressa attraverso i "modelli contrattuali" dei diversi *social network*.

teresse del creditore di lavoro"[16]. L'assetto realizzato dallo Statuto dei Lavoratori assegna alla riservatezza "*natura di vero e proprio diritto indisponibile in tutti i casi in cui si supera la soglia di ciò che è legittimamente verificabile e/o conoscibile*"[17]. Questo significa ed implica che la tutela della riservatezza del lavoratore non ha carattere assoluto, essendo destinata a regredire in funzione dell'oggetto del contratto[18]. L'impianto normativo delineato dallo Statuto dei Lavoratori è apparso, nel tempo, insufficiente e inidoneo ad offrire una protezione adeguata dei diritti di sicurezza, libertà e dignità umana che ne avevano costituito il fondamento, a fronte dei mutamenti infrastrutturali portati dalla progressiva tecnicizzazione del lavoro. Le innovazioni tecnologiche e la progressiva informatizzazione delle organizzazioni hanno posto in termini sempre più urgenti il problema di riconsiderare il sistema di protezione dei diritti della persona, esposti al rischio di rimanere assoggettati al c.d. "*potere informatico*" dei titolari delle banche dati[19].

Con riferimento a questa problematica, la più recente dottrina ha correttamente rilevato la scarsa attenzione della giurisprudenza per l'art. 8 l. n. 300

---

[16] Così O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, IV ed., Milano, 2011, p. 536. Sull'art. 8 l. n. 300 del 1970, nella prospettiva della tutela della riservatezza del lavoratore cfr., da ultimo, M.P. Aimo, *Tutela della riservatezza e protezione dei dati personali dei lavoratori*, in M. Marazza (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, IV, 2, Padova, 2012, p. 1771 e ss. In dottrina è diffusa l'osservazione secondo la quale la nozione di "privacy" introdotta (o comunque presupposta) dall'art. 8 l. n. 300 del 1970 superava i confini del primitivo nucleo concettuale elaborato alla fine dell'ottocento dalla dottrina d'oltre oceano. In questo senso si veda già G. Giugni, *Lo Statuto dei lavoratori vent'anni dopo*, in *Lav. Dir.*, 1990, 1, p. 179 e ss. e, di recente, S. Giubboni, *Potere datoriale di controllo e diritto alla* privacy *del lavoratore. Una sinossi delle fonti europee e internazionali*, in *Riv. Giur. lav.*, 2012, I, p. 81 e ss.

[17] Così P. Chieco, *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, cit., p 12.

[18] Cfr. P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, Tomo III, Milano, 2003, p. 217; P. Chieco, *Il diritto alla riservatezza del lavoratore*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, p. 1 e ss.

[19] Sul tema C. Faleri, *Autonomia individuale e diritto alla riservatezza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, I, p. 303 e ss. Si veda anche L. Gaeta, *La dignità dei lavoratori e i «turbamenti» dell'innovazione*, in *Lav. Dir.*, 1990, 2, pag. 203 e segg., il quale, già ventisette anni fa, rilevava che "*la psicologia aziendale […] va in direzione clamorosamente opposta all'ottica patrocinata dall'art. 8. Se lo statuto intende vietare, sia pure con formula elastica, le indagini di tipo intimistico-personale, gli studi psicologici più accreditati hanno elaborato tecniche sofisticatissime di valutazione del lavoratore […], volte, oltre che a vagliare le competenze tecnico-professionali, anche ad operare «misurazioni» psicoattitudinali in senso proprio (variabili affettive, emozionali, sociali, di atteggiamento, ecc.), in cui il privato ovviamente svolge un ruolo fondamentale. Si tratta infatti di indagini, effettuabili con le tecniche più disparate, dai colloqui personali a svariate e «fantasiose» forme di test psicometrici […], finalizzate comunque […] a far emergere la persona e il suo vissuto, anche inconscio; se non si vuole, poi, arrivare al caso di certe aziende americane, che per selezionare i dipendenti si servono addirittura dell'astrologia*".

del 1970[20], norma che, per contro, rappresenta il principale anello di collegamento tra la disciplina lavoristica, anche antidiscriminatoria, e la normativa in materia di trattamento dei dati personali; nel sistema dell'art. 8 l. n. 300 del 1970, "*convivono una funzione di tutela e una funzione strumentale*"[21], la prima diretta a difendere il lavoratore contro intrusioni nella sua vita privata o pubblica se non rilevanti e la seconda volta a prevenire un uso discriminatorio di alcune informazioni limitandone la possibilità di raccolta[22]. L'art. 8 l. n. 300 del 1970, nella prospettiva del Codice Privacy, rappresenta (in ragione dell'art. 113 del Codice medesimo) il presupposto sostanziale necessario per riempire di contenuto giuridico la regola della pertinenza e legittimità del trattamento dei dati riguardanti i lavoratori. Questo rilievo, che non può essere approfondito in questa sede, rinvia al delicato problema del rapporto tra Statuto dei lavoratori e disciplina della c.d. "privacy", che viene riproposto dal terzo comma del nuovo art. 4 l. n. 300 del 1970, come dimostra la recente affermazione del nostro Garante privacy a mente della quale nella materia dei "controlli datoriali" "*sarà proprio il rispetto dei principi del Codice privacy il principale argine a un utilizzo pervasivo dei controlli sul lavoro*"[23]. Tra i due – conviventi – modelli normativi vi è (da sempre) una netta differenza metodologica e valoriale, atteso che il primo (lo Statuto dei lavoratori) è portatore di una serie di divieti che inibiscono comportamenti dell'impresa ritenuti lesivi della dignità del lavoratore, mentre il secondo (il Codice privacy, come già la l. n. 675 del 1996) è caratterizzato da una impostazione generale onnicomprensiva, priva di una specifica considerazione per il lavoro[24].

---

[20] Cfr., al riguardo, L. Tebano, *La nuova disciplina dei controlli a distanza: quali ricadute sui controlli conoscitivi?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, I, p. 345 e ss.; I. Bresciani, *Le forme di controllo nello Statuto dei lavoratori: orientamenti giurisprudenziali e questioni di attualità*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2016, 4, p. 731 e ss.

[21] A. Trojsi, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, 2013, p. 121.

[22] Si veda al riguardo E. Dagnino, People Analitycs*: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data*, cit., p. 119; A. Rota, *Rapporto di lavoro e* big data analytics: *profili critici e risposte possibili*, cit., p. 137 e ss.; in generale A. Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995; P. Chieco, *Privacy e lavoro*, cit.; A. Aimo, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, 2013; A. Sitzia, *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Padova, 2013.

[23] Così A. Soro, *I lavoratori devono essere informati. Il datore di lavoro non può spiare le mail*, *L'Huffington post*, 13 gennaio 2016.

[24] Anche nel Regolamento 679/2016/UE manca una disciplina specifica della protezione dei dati personali dei lavoratori nell'ambito dei rapporti di lavoro; l'art. 88 del Regolamento si limita a prevedere una facoltà per gli Stati membri di intervenire con una disciplina *ad hoc* senza che venga fornito alcun parametro di riferimento al riguardo. Per una ricostruzione del dibattito che ha preceduto la stesura definitiva della sopra richiamata norma del Regolamento cfr. E. Barraco, A. Sitzia, *Potere di controllo e privacy*, Milano, 2016, p. 123 e ss.; in argomento anche G. Proia, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit., p. 549 e ss.; C. Ogriseg, *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavo-*

risti che: la tutela riservata al dipendente, in *Labour Law Issues*, 2016, 2, p. 29 e ss.; C. Del Federico, *Il trattamento dei dati personali dei lavoratori e il Regolamento 2016/679/UE. Implicazioni e prospettive*, in P. Tullini (a cura di), Web *e Lavoro*, op. cit., pag. 61 e segg. Sul tema, con riferimento al problema relativo all'opportunità o no di un intervento normativo *ad hoc* cfr. A. Bellavista, *Le prospettive della tutela dei dati personali nel rapporto di lavoro*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giuseppe Suppiej*, Padova, 2005, p. 48.

LES « ZONES D'OMBRE » ENTRE LE LICITE ET L'ILLICITE ET LA LÉGALITÉ DES DÉLITS ET DES PEINES AUX TERMES DE L'ARTICLE 7 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME – UN BREF APERÇU DE JURISPRUDENCE

di Andrea Tamietti

Il existe, parfois, de comportements qui paraissent à première vue suspicieux, car ils semblent aller à l'encontre de la morale et des règles de base de la société. Cependant, lorsqu'on essaye de les classer à la lumière des normes juridiques qui sont censées avoir codifié ces règles de base, on s'aperçoit que leur contrariété à la loi est douteuse. Ceci peut être dû à plusieurs facteurs: le libellé de la loi est très spécifique et la conduite incriminée semble se situer en dehors de ses limites étroites; ou bien la lettre de la norme est vague et générale, et on se demande si l'on peut l'estimer suffisamment claire; encore, il s'agit d'un cas d'espèce nouveau, jamais jugé par les tribunaux, et par rapport auquel on ne peut s'appuyer sur aucune jurisprudence.

Lorsque, dans l'une des situations énumérées ci-dessus, l'État décide néanmoins de punir l'auteur de la conduite, des problèmes délicats peuvent surgir sous l'angle de l'article 7 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, la seule disposition conventionnelle qui concerne directement le droit pénal matériel[1], et qui dans son premier paragraphe établit que « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ». Le présent article a pour objet l'examen de l'interprétation que la Cour de Strasbourg a donné à ce principe fondamental du droit moderne et de l'application qui en a été faite dans une récente affaire controversée, *Soros c. France* (n° 50425/06, 6 octobre 2011), où étaient en cause tant les règles du droit national que celles du droit de l'Union européenne.

Selon la Cour de Strasbourg, la garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation même en temps de guerre ou autre danger public menaçant la vie de la nation. Ainsi qu'il découle de son objet et de son

---

[1] À l'exception, en matière de peine, de l'article 1 du Protocole n° 6 à la Convention, aux termes duquel « La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté ».

but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et les sanctions arbitraires[2]. Par ailleurs, cette disposition ne se borne pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au désavantage de l'accusé[3], mais consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines – « *nullum crimen, nulla poena sine lege* »[4].

Ce principe doit être entendu dans le sens qu'il est interdit d'étendre le champ d'application des infractions existantes à des faits qui, antérieurement, ne constituaient pas des infractions. En outre, la loi pénale ne doit pas être appliquée *de manière extensive* au détriment de l'accusé, ce qui s'analyse en une prohibition de l'extension par analogie[5].

Il reste à déterminer quel degré de précision est requis pour qu'une disposition « pénale » puisse satisfaire aux exigences de l'article 7. À cet égard, il convient de rappeler que la jurisprudence de Strasbourg a à des maintes reprises affirmé, dans le cadre d'autres dispositions conventionnelles prescrivant qu'une mesure soit « prévue par la loi »[6], que la norme interne doit être énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite. En s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences qui peuvent découler d'un acte déterminé[7]. Puisque, cependant, une parfaite exactitude dans la rédaction des lois est inatteignable, la « prévisibilité » ne doit pas être interprétée comme une « certitude absolue ». Cette dernière risque d'être trop rigide et incapable de s'adapter aux changements de situation et à l'évolution des conceptions de la société[8]. Il suffit

---

[2] Voir, entre autres, *S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 34, série A no 335-B; *C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 32, série A no 335-C; *Kafkaris c. Chypre* [GC], no 21906/04, § 137, CEDH 2008; et *Del Río Prada c. Espagne* [GC], n° 42750/09, § 77, CEDH 2013.

[3] Voir, en ce qui concerne l'application rétroactive d'une peine, *Welch c. Royaume-Uni*, 9 février 1995, § 36, série A no 307-A; *Jamil c. France*, 8 juin 1995, § 35, série A no 317-B; *Ecer et Zeyrek c. Turquie*, no 29295/95 et 29363/95, § 36, CEDH 2001-II; et *Mihai Toma c. Roumanie*, no 1051/06, §§ 26-31, 24 janvier 2012.

[4] *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 52, série A no 260-A, et *Del Río Prada*, précité, § 78.

[5] Voir *Coëme et autres c. Belgique*, nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 145, CEDH 2000-VII, et *Del Río Prada*, précité, § 78; pour un exemple d'application par analogie d'une peine, voir l'arrêt *Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie* [GC], no 23536/94 et 24408/94, §§ 42-43, CEDH 1999IV.

[6] Voir, en particulier, les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention qui protègent la vie privée et familiale et les libertés de religion, d'expression et de manifestation.

[7] Voir, parmi beaucoup d'autres, *Djavit An c. Turquie*, no 20652/92, § 65, CEDH 2003III, et *Kudrevičius et autres c. Lituanie* [GC], n° 37553/05, § 109, 15 octobre 2015.

[8] *Ezelin c. France*, 26 avril 1991, § 45, série A no 202.

d'ouvrir un quelconque code pour se rendre compte que beaucoup de lois se servent de formules plus ou moins « vagues », dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique[9]. Le rôle des tribunaux nationaux devient alors essentiel: c'est à eux qu'il incombe de dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes internes[10].

En va-t-il de même pour le domaine pénal, ou bien au vue des risques encourus par le prévenu, doit-on exiger ici une plus grande « précision » dans la rédaction des lois ?

La réponse doit à mon avis être affirmative, et ce en dépit du fait que les formules utilisées par la Cour pour énoncer les principes généraux sous l'angle de l'article 7 soient quasi-identiques à celles employées dans le cadre des articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention[11]. En effet, lorsqu'ils remplissaient leur tâche de « s'assurer que, au moment où un accusé a commis l'acte qui a donné lieu (…) à la condamnation, il existait une disposition légale rendant l'acte punissable »[12], les juges de Strasbourg ont été bien plus exigeants envers le Gouvernement défendeur que lorsqu'il s'agissait d'analyser si une ingérence dans des droits non absolus était justifiée. Dans ce deuxième cas, une quelconque disposition pouvant, même par les biais d'une interprétation (parfois très) extensive[13], englober la conduite du requérant a été considérée

---

[9] Voir, parmi d'autres, *Sunday Times c. Royaume-Uni (no 1)*, 26 avril 1979, § 49, série A no 30; *Rekvényi c. Hongrie* [GC], no 25390/94, § 34, CEDH 1999-III; *Ziliberberg c. Moldova* (déc.), no 61821/00, 4 mai 2004; *Galstyan c. Arménie*, no 26986/03, § 106, 15 novembre 2007; et *Primov et autres c. Russie*, no 17391/06, § 125, 12 juin 2014.

[10] *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, § 29, série A no 176-A; *Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, § 59, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II; *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, no 24699/94, § 52, CEDH 2001-VI; *Mkrtchyan c. Arménie*, no 6562/03, § 43, 11 janvier 2007; *Vyerentsov c. Ukraine*, no 20372/11, § 54, 11 avril 2013; et *Kudrevičius et autres*, précité, § 110. Faisant application de ces principes, la Cour a, par exemple, estimé, en matière civile, que la notion de « bonnes mœurs » dans les affaires satisfaisait à l'exigence de prévisibilité voulue par la Convention: voir *Barthold c. Allemagne*, 25 mars 1985, § 47, série A n° 90, et *Markt intern Verlag Gbm et Klaus Beermann c. Allemagne*, 20 novembre 1989, § 30, série A n° 165, où il était question de la loi allemande de 1909 sur la concurrence déloyale.

[11] Voir, par exemple, les affirmations suivantes: « Il s'ensuit que la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef » (*Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, § 29, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V; *Kafkaris*, précité, § 140; et *Del Río Prada*, précité, § 79).

[12] Voir *Coëme et autres,* précité, § 145; *Achour c. France* [GC], no 67335/01, § 43, CEDH 2006-IV; et *Del Río Prada*, précité, § 80.

[13] Voir, par exemple, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, §§ 59-60, série A n° 246-A, où la Cour a estimé que l'interdiction faite aux sociétés requérantes

comme une « base légale suffisante »; dans le domaine pénal, en revanche, la Cour a examiné avec soin le libellé des dispositions internes, ainsi que la nature et la précision de la jurisprudence qui en faisait application, exigeant clarté et netteté dans la fixation de la frontière entre le licite et l'illicite[14].

Ainsi, même si elle a constamment répété que les lois peuvent recourir à des catégories générales plutôt qu'à des listes exhaustives[15], qu'il existera inévitablement un élément d'interprétation judiciaire pour élucider les points douteux[16], et que l'article 7 ne proscrit pas la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre[17], la Cour s'est chargée de contrôler si l'interprétation judiciaire dont un requérant se plaignait était accessible et « raisonnablement prévisible »[18], et ce afin de s'assurer que nul ne soit soumis à des poursuites, condamnations ou sanctions arbitraires[19].

Faisant application de ces principes, la Cour a, par exemple, estimé non conformes à l'article 7 de la Convention tant l'absence, en droit ukrainien, d'une procédure claire et prévisible pour demander la tenue de manifestations pacifiques[20], que la règle de droit maltais selon laquelle, dans certain cas, la mesure maximale de la peine dépendait (également) du choix discrétionnaire du parquet de porter l'affaire devant la *Criminal Court* ou bien devant la *Court of Magistrates*[21].

En même temps, la jurisprudence de Strasbourg a précisé que des lois pénales rédigées dans un langage familier et non technique n'étaient pas

---

de signaler aux femmes enceintes les possibilités de se rendre à l'étranger pour s'y faire avorter était « prévisible » sur la base des garanties que le droit irlandais – législation et jurisprudence – assurait aux droits de l'enfant à naître.

14 Voir, par exemple, *Roblena c. République tchèque* [GC], n° 59522/08, § 53, CEDH 2015, où la Cour a précisé qu'elle devait rechercher si la condamnation du requérant reposait sur une base « suffisamment claire ».

15 *Kokkinakis*, précité, § 40; *Cantoni*, précité, § 31, et *Roblena*, précité, § 50.

16 *Kafkaris*, précité, § 141.

17 *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], nos 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 50, CEDH 2001-II; *K.H.W. c. Allemagne* [GC], n° 37201/97, § 85, CEDH 2001-I; *Korbely c. Hongrie* [GC], n° 9174/02, § 71, CEDH 2008; et *Kononov c. Lettonie* [GC], n° 36376/04, § 185, CEDH 2010.

18 Voir, pour ce qui est des éléments constitutifs de l'infraction, *Pessino c. France*, n° 40403/02, §§ 35-36, 10 octobre 2006, et *Dragotoniu et Militaru-Pidhorni c. Roumanie*, nos 77193/01 et 77196/01, §§ 43-44, 24 mai 2007 ; voir, pour ce qui est de la peine, *Alimuçaj c. Albanie*, n° 20134/05, §§ 154162, 7 février 2012.

19 *Del Rio Prada*, précité, § 93, et *Roblena*, précité, § 50.

20 *Vyerentsov c. Ukraine*, n° 20372/11, §§ 62-67, 11 avril 2013.

21 *Camilleri c. Malte*, n° 42931/10, §§ 39-45, 22 janvier 2013.

pour autant forcément « imprévisibles », étant donné que les mots employés étaient d'usage courant et leur signification était claire pour les justiciables[22]. La Cour a également eu l'occasion de dire que l'absence totale de jurisprudence sur une certaine disposition de loi ou sur quelques-uns de ses éléments n'emporte pas, en soi, une méconnaissance du principe *nullum crimen sine lege* : par la force des choses, tout texte de droit est à un moment ou à un autre appliqué pour la première fois, sans pour autant priver la condamnation de sa base légale aux termes de la Convention[23].

Compte tenu de ce complexe panorama jurisprudentiel, des questions délicates sont surgies dans le cadre de l'affaire *Soros c. France*, où la cinquième section de la Cour a conclu, par une étroite majorité (quatre voix contre trois), à la non-violation de l'article 7 de la Convention.

Les faits remontent à 1988, lorsque le requérant, un investisseur professionnel, avait eu connaissance d'un projet visant à acquérir le contrôle d'une grande banque française. Grâce à cette information, le requérant put effectuer des opérations de spéculation boursière sur le titres de la banque, réalisant, en quelques semaines, des gains importants, à hauteur de 2,28 million de dollars. Il fut accusé et condamné pour délit d'initié, une infraction punie, à l'époque, par l'article 10-1 de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967. Cette disposition s'appliquait aux personnes « disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leur fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives (...) d'un émetteur de titre ». Or, le requérant n'entretenait aucun rapport contractuel avec la banque en question, et la jurisprudence interne antécédente à son affaire n'avait considéré comme étant des « initiés » que les personnes ayant un lien professionnel avec la société convoitée. Par ailleurs, la Commission des opérations boursières (la « COB ») avait estimé qu'il n'existait aucun précédant jurisprudentiel applicable à des situations analogues, et que le libellé de l'article 10-1 précité ne permettait pas de tracer avec certitude une frontière précise entre le licite et l'illicite.

Dans ces circonstances, l'on aurait pu soutenir, comme l'ont fait les juges Villiger, Yudkivska et Nussberger dans leur opinion dissidente commu-

---

[22] Voir, notamment, l'arrêt. *Ashlarba c. Géorgie*, n° 45554/08, 15 juillet 2014, portant sur l'utilisation, par le législateur, de notions telles que « le monde souterrain des voleurs » (*thieves' underworld*), tirées plutôt de la langue parlée que de la tradition juridique géorgienne.

[23] Voir, notamment, *Kudrevičius et autres*, précité, § 115, où, dans le cadre de l'examen de l'existence d'une « base légale » aux fins de l'article 11 de la Convention, la Cour a précisé qu'« il faut bien qu'une norme juridique donnée soit un jour appliquée pour la première fois ». Voir également, relativement à l'article 7 de la Convention, *Huhtamäki c. Finlande*, n° 54468/09, § 51, 6 mars 2012, avec d'autres références.

ne, que la norme était ambiguë, et que les doutes raisonnables quant à sa signification auraient dû jouer en faveur de l'accusé, et non du législateur, coupable de ne pas s'être exprimé clairement en une matière où une plus grande précision aurait été non seulement souhaitable, mais aussi possible. Il est probable que même s'il avait demandé l'avis d'un conseil éclairé, le requérant n'aurait pas pu savoir si les actes qu'il envisageait étaient, ou non, interdits. Le caractère « vague » de la loi vis-à-vis le comportement spécifique du requérant aurait donc pu conduire à un constat de violation de la Convention, surtout si l'on songe à l'exigence d'éviter que les décisions de justice puissent apparaître comme arbitraires. Il convient de rappeler, à cet égard, que plusieurs Cours Suprêmes sont allées jusqu'à annuler des dispositions nationales qui, tout en punissant des comportements moralement répréhensibles, définissaient les éléments constitutifs des infractions en des termes excessivement généraux, de nature à empêcher aux juges de leur donner une interprétation cohérente, ponctuelle et raisonnablement prévisible[24].

Dans l'affaire *Soros*, la majorité de la cinquième section de la Cour a cependant choisi une autre voie : elle a affirmé que la jurisprudence antérieure à l'affaire du requérant concernait des situations « suffisamment proches » à celle de l'intéressé pour lui « permettre de savoir, ou à tout le moins de se douter, que son comportement était répréhensible ». Les juridictions internes n'avaient par ailleurs pas eu l'occasion de le dire auparavant, faute d'avoir eu à trancher sur des affaires identiques. Au demeurant, la Cour a souligné la qualité d'« investisseur professionnel » du requérant, qui l'obligeait à faire preuve d'une prudence accrue.

Ainsi, la Cour semble avoir établi le principe selon lequel, en matière pénale, le justiciable ne doit pas seulement savoir ce qui est interdit et ce qui ne l'est pas. En cas de doute, et, il semblerait, même en cas de doute relativement marginal et en présence de formules législatives paraissant limiter l'applicabilité de la norme à des sujets dans une situation différente de la sienne, il doit entrevoir le risque que sa conduite soit jugée illégale. Face au risque, il doit s'abstenir d'agir. S'il ne s'abstient pas, il doit supporter les conséquences de ses actions.

---

[24] À titre d'exemple, on peut ici rappeler l'arrêt n° 96 du 8 juin 1981, par lequel la Cour constitutionnelle italienne a déclaré la contrariété à la Constitution de l'ancien article 603 du code pénal, punissant l'infraction de *plagio*, dont était coupable quiconque soumettait « une personne à son pouvoir, de manière à la réduite en état d'asservissement total » (*totale stato di soggezione*). La Cour constitutionnelle a notamment déclaré que le libellé de l'article 603 précité prévoyait une « hypothèse non vérifiable dans son accomplissement et dans son résultat », étant donné qu'il était impossible d'identifier les « activités que l'on pourrait concrètement effectuer pour réduire une personne dans un état d'asservissement total ».

Un autre aspect de l'affaire *Soros* mérite d'être noté: le requérant alléguait, entre autres, qu'une directive européenne (89/592/CEE) adoptée le 13 novembre 1989, et donc après la commission des fait délicieux, mais avant le prononcé d'une condamnation, avait défini avec plus de précision la notion d'« information privilégiées ». Cette doléance, que la Cour a écarté en observant avoir déjà conclu à la prévisibilité du droit français pertinent, amène en premier lieu à constater l'importance croissante du droit de l'Union européenne dans les requêtes introduites devant la Cour de Strasbourg. Ce droit est invoqué de plus en plus souvent par les requérants, et ce même dans la matière pénale, et son analyse a parfois contribué au constat d'une violation de la Convention[25]. De plus, l'on pourrait s'interroger sur l'importance que la directive européenne en question aurait pu avoir pour l'affaire *Soros*. À supposer que, en apportant de plus amples précisions sur la notion d'« initié », celle-ci eût vraiment été plus favorable au requérant, sa non-application en l'espèce aurait pu porter atteinte au principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce, énoncé par la Grande Chambre dans l'arrêt *Scoppola c. Italie (n° 2)*[26].

---

[25] Voir, notamment, l'arrêt *Schipani et autres c. Italie*, n° 38369/09, 21 juillet 2015, concernant la non-transposition en droit interne de deux directives européennes (n° 363 du 16 juin 1975 et n° 82 du 26 janvier 1976) en matière de rémunération des médecins ayant suivi des cours de spécialisation, ainsi que l'arrêt *Dhabbi c. Italie* (n° 17120/09, 8 avril 2014), où une violation de l'article 6 § 1 de la Convention découlait de l'omission, par la Cour de cassation, d'examiner une demande de renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union européenne. Voir également *Tolgyesi c. Allemagne* (déc.), n° 554/03, 8 juillet 2008, où l'article 7 de la Convention a été appliqué à l'interprétation donnée par un État membre de l'Union européenne aux règlementations adoptées par un autre État membre.

[26] Voir l'arrêt du 17 septembre 2009, n° 10249/03, § 109, où la Cour a affirmé que « que l'article 7 § 1 de la Convention ne garantit pas seulement le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi, et implicitement, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce. Ce principe se traduit par la règle voulant que, si la loi pénale en vigueur au moment de la commission de l'infraction et les lois pénales postérieures adoptées avant le prononcé d'un jugement définitif sont différentes, le juge doit appliquer celle dont les dispositions sont les plus favorables au prévenu ».

DIRITTO SOSTANZIALE E PROCESSO

di Michele Taruffo[*]

1.

Un atteggiamento tipico del processualista consiste nel prendere in considerazione soltanto le norme di natura processuale, lasciando sullo sfondo del suo discorso, o non occupandosene affatto, il diritto sostanziale. Al più si riconosce, secondo la dottrina standard, che il processo ha come scopo la tutela e la attuazione del diritto, e quindi ha una funzione strumentale rispetto all'applicazione concreta delle norme sostanziali. Questa funzione risulta evidente se si considera che la garanzia costituzionale del diritto di agire in giudizio è finalizzata a consentire a tutti la realizzazione e la tutela dei loro diritti, ossia l'applicazione del diritto sostanziale in tutti i casi in cui la sua esistenza o la sua realizzazione sono minacciate o impedite. Tuttavia, di regola si lascia al "sostanzialista" il compito di occuparsi di queste norme. Non è il caso di occuparsi qui del tradizionale problema dell'autonomia o della dipendenza del diritto processuale rispetto al diritto sostanziale. Ormai si riconosce solitamente l'autonomia del diritto processuale e la sua natura "pubblicistica", mentre non è dubbia la natura principalmente "privatistica" delle norme che trovano applicazione nella giustizia civile. Tutto ciò non dimostra, tuttavia, che per il processualista sia irrilevante il riferimento al diritto sostanziale, quasi che questo non abbia un ruolo, e un ruolo centrale, nell'ambito del processo. Sarà dunque opportuno dire qualcosa almeno su alcuni profili di questo ruolo.

2.

Anzitutto si può osservare che il diritto sostanziale ha una funzione importante già nella determinazione iniziale di ciò che costituirà l'oggetto del processo. Se si considera ad es. ad una norma come l'art. 163 del cod. proc. civ. italiano, che riguarda il contenuto della citazione (ossia dell'atto di parte che dà inizio al processo) si vede che al n.4 si richiede "l'indicazione specifica dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda". Norme analoghe, con poche variazioni testuali, sono contenute in tutti i codici processuali. Non è il caso di sottolineare che norme di questo genere si riferiscono all'applicazione del principio dispositivo, in virtù del quale spetta all'attore che propone la domanda il potere esclusivo di stabilire l'oggetto di essa, e quindi l'oggetto del processo e della decisione finale (così come previsto dall'art. 112 dello stesso codice). Vale piuttosto la pena di sottolineare che in questo modo viene fatto un duplice riferimento al diritto sostanziale di cui l'attore chiede

---

[*] Cátedra de Cultura Jurídica, Girona.

l'applicazione. Da un lato, infatti, gli "elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda" si riferiscono con tutta evidenza alla norma sostanziale di cui l'attore chiede l'applicazione nel caso specifico. È configurando l'applicazione di questa norma, infatti, che l'attore formula la sua domanda, specificando di quale diritto si tratta, da quali norme sostanziali questo diritto sia previsto, e quali provvedimenti chiede al giudice perché si possa giungere alla tutela giudiziale di questo diritto. Dall'altro lato, anche l'indicazione dei fatti viene compiuta in riferimento a queste norme sostanziali. Se si tratta, come usualmente si dice, del "fatto costitutivo" che l'attore allega a fondamento del diritto di cui chiede la tutela, la "rilevanza giuridica" in base alla quale si stabilisce la natura costitutiva del fatto si determina – evidentemente – in base alla norma sostanziale di cui si chiede l'applicazione proprio sulla base di quel fatto.

Considerazioni analoghe valgono anche quando si guarda all'"altra parte", ossia al convenuto. Se, prendendo ancora ad esempio l'ordinamento italiano, si bada all'atto con cui il convenuto svolge le proprie difese (ossia all'art. 166 del codice processuale) si vede anzitutto che il convenuto può proporre una domanda riconvenzionale. Trattandosi di una domanda a tutti gli effetti, valgono le osservazioni appena svolte a proposito della domanda dell'attore. Egli può proporre, inoltre, le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. Non considerando qui le eccezioni processuali, appare evidente che le eccezioni *di merito* si fondano, in maniera non diversa da ciò che accade per le domande, sul riferimento alle norme sostanziali che si riferiscono al caso. È chiaro infatti che per stabilire se un fatto che si oppone in via di eccezione è estintivo, impeditivo o modificativo, bisogna far riferimento a queste norme, trattandosi anche qui di attribuire ad un fatto una specifica rilevanza giuridica.

Non va infine trascurato l'accenno indiretto che lo stesso art. 166 fa alle eccezioni rilevabili d'ufficio. Infatti, se si tratta di eccezioni di merito il giudice le può rilevare solo facendo riferimento alle norme sostanziali che disciplinano la fattispecie su cui deve decidere. Per fare un solo esempio: solo applicando l'art. 1418 del codice civile il giudice può rilevare d'ufficio la nullità del contratto, così come previsto dall'art. 1421 dello stesso codice.

Si impone dunque una prima considerazione, secondo la quale il riferimento alle norme di diritto sostanziale rappresenta una necessità, per le parti come per il giudice, già nella fase iniziale in cui si determina l'oggetto di fatto e di diritto della controversia.

3.

Come è noto, secondo la dottrina tradizionale la decisione giudiziale viene configurata come un sillogismo. In questo schema la norma sostanziale che viene usata come regola di decisione costituisce la premessa maggiore – mentre la premessa minore è costituita dal fatto – e viene presupposta, viene data come preesistente, come un *a priori* che si applica in modo meccanico alla fattispecie concreta, che a sua volta viene presupposta come esito della

decisione sui fatti. Si tratta di un modello formale che è stato usato storicamente per vincolare il giudice ad un ragionamento che giustificasse logicamente la decisione conclusiva, ma che viene ormai generalmente criticato e sostanzialmente rifiutato come insufficiente a dar conto della struttura del ragionamento decisorio formulato dal giudice. Una delle critiche più efficaci consiste nell'osservare che lo schema del sillogismo giudiziale da per note le due premesse – quella normativa e quella fattuale – ma non dice nulla sulle modalità con cui esse vengono formulate e sulla loro giustificazione. In sostanza, si dice, il problema non è quello della giustificazione "interna" che deriva dal sillogismo, bensì quello della giustificazione "esterna" che riguarda – appunto – la determinazione della premessa maggiore costituita dalla norma, e della premessa minore costituita dal fatto.

Un'altra critica – particolarmente rilevante in questo contesto – si fonda sulla inadeguatezza della concezione della premessa normativa come di qualcosa che esisterebbe in sé, come un'entità prestabilita che determinerebbe automaticamente la decisione. Si ritiene invece comunemente, sulla base della teoria generale dell'interpretazione, che una disposizione normativa non abbia *a priori* nessun significato proprio, e che solo attraverso l'interpretazione del testo normativo si giunga ad individuare la *norma*, ossia il significato che può essere *applicato* nel caso particolare. Questo rovesciamento di prospettiva comporta una serie di conseguenze.

Infatti, cambia radicalmente il modo di concepire il diritto. Non più, dunque, un sistema statico di enunciati normativi dotati di significati univoci e predeterminati, ma un insieme dinamico di disposizioni – ossia: di testi normativi – i cui significati vengono determinati in funzione della loro applicazione finalizzata alla decisione di casi concreti. In questo senso si parla ormai comunemente di *diritto vivente* per indicare come il diritto viene continuamente riformulato perché possa svolgere effettivamente la sua funzione regolativa nel contesto della società. Alla base di questa prospettiva vi sono premesse che da tempo costituiscono dei luoghi comuni nella teoria moderna dell'interpretazione. Così ad esempio si ammette che qualunque testo normativo possa avere una pluralità di interpretazioni (lasciando perdere la *one right answer* di Dworkin), si riconosce che varie interpretazioni possibili (non tutte) siano riconosciute come *valide*, e soprattutto si sottolinea che è l'interprete (non il legislatore che ha creato il testo normativo) a stabilire il significato o i significati possibili del testo, ossia – in sostanza – a *creare* la norma. Non è il caso – e non è neppure necessario – svolgere qui un'analisi approfondita di questi luoghi comuni, sui quali esiste peraltro un'amplissima letteratura. Bisogna invece sottolineare che essi rivestono un'importanza decisiva per la comprensione di ciò che accade nella decisione giudiziale a proposito dell'applicazione del diritto sostanziale, e quindi di ciò che fa il giudice a questo scopo.

Pare infatti evidente che il giudice deve svolgere una complessa attività di "costruzione" del caso che dovrà decidere. Vero è che – come si è detto in precedenza – sono state le parti ad individuare l'oggetto della controversia, ma

il relativo limite non è completamente risolutivo per il giudice: egli è vincolato dalle allegazioni di parte relative ai fatti costitutivi delle domande e delle eccezioni, ma *jura novit curia* e quindi è il giudice a dover stabilire qual è la norma sostanziale che si dovrà applicare in sede di decisione. Tocca al giudice, allora, di compiere a questo proposito una scelta assai complessa: da un lato, deve stabilire quale disposizione di legge potrebbe essere riferita alle circostanze del caso concreto; dall'altro lato deve stabilire quale significato può o deve essere attribuito a tale disposizione, ossia quale sia la *norma* che regola il caso. In altri termini, il giudice è un *interprete*, ma è un interprete molto particolare poiché il suo compito non è – o non è soltanto – quello di scoprire quali sono i significati *possibili* della disposizione normativa (o delle varie disposizioni a cui potrebbe far riferimento), ma deve andare oltre e stabilire quale tra questi significati può essere scelto come base per l'*applicazione* della norma nel caso concreto. Nell'ambito di questo complesso ragionamento un ruolo decisivo viene svolto dai fatti che stanno alla base della controversia. In proposito si sono usate varie metafore, dall'occhio che va dal fatto alla norma e viceversa in un *trial and error* continuo al circolo ermeneutico che pure connette fatto e norma in un *continuum*, ma il punto essenziale è che questo ragionamento che connette il fatto, che a sua volta può avere varie formulazioni in funzione di come la norma viene interpretata, e la norma, che può avere vari significati a seconda del fatto al quale viene riferita, è orientato a concludersi con *una* versione del fatto che corrisponda ad *uno* dei significati possibili della norma. È quello che si intende quando – per usare espressioni ormai entrate nel linguaggio comune – il giudice stabilisce che vi è corrispondenza tra la c.d. fattispecie concreta e la c.d. fattispecie astratta, ossia tra il fatto e la norma, e che quindi *quella* norma stabilita in via di interpretazione può essere applicata a *quel* fatto così come risulta accertato.

Solo tenendo conto di questi complicati aspetti della decisione si può intendere come la norma sostanziale che il giudice adotta per decidere il caso non sia nulla di astrattamente presupposto, e sia invece il risultato di una rilevante *concretizzazione* della norma che è un passaggio inevitabile per la sua applicazione nel caso specifico. Ecco dunque che il "diritto vivente" vive principalmente attraverso la sua applicazione effettuata di volta in volta dai giudici nel momento in cui decidono su fatti specifici: per così dire, è la giurisprudenza che crea il diritto, ed il processo è lo strumento fondamentale di questa creazione. L'interpretazione creativa si manifesta con particolare evidenza quando la norma sostanziale contiene clausole generali o concetti indeterminati, ovvero quando si impone una interpretazione costituzionalmente orientata, ma l'aspetto creativo che determina il "diritto vivente" è in varia misura presente in ogni decisione.

4.

Negli ordinamenti democratici moderni vige, tra i vari principi fondamentali o costituzionali, il principio di *legalità*. La cosa è nota, ed è così ov-

via da non richiedere un'analisi specifica. Ha tuttavia senso chiedersi quale valore e quale significato abbia questo principio per il giudice, che –come dice l'art. 101 c. 2 della Costituzione italiana – è soggetto soltanto alla legge, nel momento in cui conclude il processo con una sentenza che risolve la controversia. In proposito si può dire che la soggezione alla legge impone al giudice il dovere fondamentale di *applicare correttamente* la legge (e specificamente la legge sostanziale) che pone a fondamento della decisione. Allora, però, si tratta di stabilire che cosa si intende per applicazione *corretta* della legge. Da un lato si può dire che il giudice deve scegliere una interpretazione *ammissibile* e *valida* della norma cui fa riferimento, evitando interpretazioni errate, giuridicamente inconsistenti o anticostituzionali. Dall'altro lato, come già si è accennato, deve scegliere *la* interpretazione che meglio corrisponde ai fatti del caso concreto, poiché solo in base a questa corrispondenza si potrà dire che quella norma viene applicata correttamente.

In proposito occorre però qualche ulteriore considerazione.

Anzitutto è opportuno muovere da una premessa che riguarda la struttura fondamentale delle norme, ed in particolare delle norme sostanziali. Secondo la dottrina standard, che risale almeno a Kelsen, la norma ha una struttura *condizionale*, nel senso che è formata da due enunciati, ossia: una *condizione*, che individua – in termini generali – il tipo di fattispecie al quale la norma si riferisce, e una *conseguenza*, che il giudice deve applicare nel caso concreto quando accerta che si è verificata la condizione. Questa osservazione è banale, ma ha una implicazione rilevante per quanto qui interessa, poiché ne deriva che la conseguenza prevista dalla norma potrà essere applicata nel singolo caso *se e solo se* risulta che si è in realtà verificato un fatto che corrisponde al "tipo" indicato nella condizione della stessa norma, mentre non si potrà applicare tale conseguenza – e dunque non si potrà applicare la norma – se si accerta che non si è verificato nessun fatto, o si è verificato un fatto diverso da quello che la norma prevede. Questo, in sostanza, è il principio che il giudice deve seguire per giungere ad applicare *correttamente* la norma.

Ne deriva una conseguenza importante, ossia: la norma si applica correttamente se e solo se si è accertata in giudizio la *verità* del fatto a cui la norma si riferisce. In sostanza, dunque, tale accertamento è una condizione necessaria per una corretta decisione in diritto, e quindi per la *giustizia* della decisione. Come ebbe ad osservare Jerome Frank, nessuna decisione è giusta se i fatti sono sbagliati.

Emerge in questa prospettiva un ulteriore aspetto della funzione che la norma sostanziale svolge nel contesto della decisione, ossia del modo in cui essa da disposizione astratta si trasforma nella "regola del caso" che determina la risoluzione della controversia.

Naturalmente i problemi non finiscono qui, ed anzi se ne aprono di nuovi, che riguardano la questione se la verità dei fatti si possa o si debba stabilire nel processo, ed anche la necessità di stabilire che cosa si intende

per "verità" in questo contesto. Si tratta di temi complessi che non possono essere analizzati qui come meriterebbero. Si può tuttavia accennare ad alcune risposte che appaiono giustificate.

Da un lato, e malgrado le numerose opinioni contrarie, è doveroso ritenere che nel processo si possa, e quindi si debba, accertare la verità dei fatti. Una delle ragioni per questa affermazione è quella che si è spiegata in precedenza: se una condizione necessaria per la corretta applicazione della norma è l'accertamento della verità del fatto a cui essa si riferisce, e se il principio fondamentale di legalità impone che la legge venga applicata correttamente, allora è evidente che il processo *deve* essere finalizzato all'accertamento della verità. Vero è che in molti casi le regole processuali rendono difficile – o addirittura impossibile – raggiungere questo scopo, ma questo è un difetto delle regole processuali, che a volte fanno prevalere interessi diversi da quello del conseguimento di una decisione giusta, non è una prova della possibilità di giungere ad applicare correttamente la legge sostanziale anche quando i fatti che essa presuppone non sono stati accertati. Tale possibilità esige, in sostanza, che il processo consista anche in una attività di carattere *epistemico*, e quindi funzioni anche come metodo per la conoscenza dei fatti da cui dipende l'applicazione della norma che regola il caso.

Quanto all'individuazione del "tipo" di verità di cui si parla nel contesto del processo, possono qui bastare due sintetiche osservazioni. La prima è che in tale contesto non si può parlare di verità assolute (che del resto non si conseguono in alcun contesto), ma solo di verità *oggettivamente* relative, ossia di gradi di approssimazione alla verità che dipendono dalla qualità e quantità delle prove di cui si dispone nel singolo caso. La seconda osservazione è che tra le numerose concezioni della verità che da tempo esistono in filosofia generale, una si applica particolarmente bene alla decisione giudiziale. Si tratta della c.d. verità come *corrispondenza*, che si stabilisce quando si giunge a dire che un enunciato relativo ad un fatto è confermato dalla esistenza empirica di quel fatto. D'altronde, quanto si è detto intorno alle condizioni per una corretta applicazione della norma sostanziale implica che essa si applichi validamente solo quando viene riferita a circostanze che si sono verificate nella realtà materiale.

Bibliografia essenziale

Eco, U., *I limiti dell'interpretazione*, Milano 1990.

Hruschka, J., *La costruzione del caso giuridico*, tr. it., Bologna 2009.

Rescigno, P.-Patti, S., *La genesi della sentenza*, Bologna 2016.

Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, Milano 1980.

Taruffo, M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bologna 2009.

EQUITÀ E PROPORZIONALITÀ *VERSUS* LEGALITÀ PROCESSUALE: ETEROGENESI DEI FINI?

di Giulio Ubertis

Abstract

I principi di equità processuale e di proporzionalità sono sorti e si sono affermati per meglio tutelare i diritti fondamentali. Recentemente, tuttavia, ne sono state offerte interpretazioni che entrano in conflitto con l'altrettanto ineludibile principio di legalità processuale, mettendo in pericolo il rispetto dei medesimi diritti. Il presente lavoro mira a contrastare tali derive antiformalistiche anche sulla scorta della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale.

The principles of fairness and proportionality have arisen and have been established to better protect fundamental rights. Recently, however, interpretations have been offered that conflict with the equally unavoidable principle of procedural legality, endangering the respect of the same rights. The aim of this paper is to counteract these anti-formalistic deviations also on the basis of constitutional and supranational jurisprudence.

Sommario: 1. L'ispirazione originaria. – 2. La sua deformazione. – 3. Il suo necessario rispetto.

1. L'ispirazione originaria

Strana la vita. Non soltanto quella quotidiana, ma anche (e forse inevitabilmente, facendone sostanzialmente parte) quella giuridica.

Invero, se è generalmente condivisa l'opinione che talvolta capita a certe condotte di conseguire un effetto contrario a ciò che sia desiderato, non si è parimenti consapevoli che analoga vicenda può svilupparsi per i concetti. Pure per quelli emersi e sostenuti a un determinato scopo può accadere che vengano successivamente impiegati in maniera tale da entrare in conflitto con i fini che si intendevano originariamente ottenere: e casi siffatti si producono altresì nel mondo giuridico.

Due esempi possono essere forniti al riguardo.

Il primo verte sull'osservanza dell'equità (*fairness*) processuale, derivata anzitutto dall'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo laddove usa le locuzioni *fair hearing* e *cause entendue équitablement* (posteriormente riprese dall'art. 14 comma 1 Patto intern. dir. civ. pol. e 47 comma 2 Carta dir. fond. UE). Statuendo che *processo equo* è unicamente quello avente i requisiti di cui all'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo, la Corte di Strasburgo ha chiarito che l'equità processuale è una nozione di carattere generale; in relazione a

essa i caratteri esplicitamente enunciati dall'art. 6 Conv. eur. dir. uomo costituiscono un catalogo meramente esemplificativo dell'ordinaria evoluzione procedimentale, il quale non esaurisce gli elementi che la integrano[1]. Così la Corte ha potuto ricondurre all'esigenza di rispettare la *fairness* processuale, ad esempio, sia il diritto dell'imputato di presenziare al processo (ovvero, meno sinteticamente e più precisamente, alle udienze attinenti alla consistenza fattuale dell'imputazione)[2] sia l'esigenza, in tema di diritto alla prova, di un contraddittorio almeno differito sulla fonte di prova[3].

Il secondo concerne l'applicazione del *principio di proporzionalità*, che, chiaramente desumibile da ciascun comma 2 degli art. 8-11 Conv. eur. dir. uomo (ora espressamente sancito dall'art. 52 § 1 Carta dir. fond. UE), si collega all'inserimento del concetto di processo equo in quello più ampio di *giusto processo*. Quest'ultimo, infatti, si riferisce non solamente ai modi di svolgimento delle attività procedimentali, ma comprende altresì quelli inerenti ai presupposti e alle cadenze delle medesime, allorché incidano su diritti fondamentali extraprocessuali (come libertà personale o privatezza). Di questi è consentita una lesione, qualora non venga violato alcuno dei tre parametri rappresentati dall'idoneità astratta del mezzo impiegato al raggiungimento del legittimo scopo prefissato, dalla necessità che lo strumento adottato sia il più mite a parità di efficacia e dalla cosiddetta proporzionalità in senso stretto tra sacrificio imposto e fine perseguito, senza potersi mai giungere a comprimere intollerabilmente il diritto coinvolto. Il principio di proporzionalità funge quindi per i diritti fondamentali sia da limite alle scelte del legislatore che da criterio esegetico-applicativo per l'autorità giudiziaria quando dispone una restrizione di essi o controlla il relativo provvedimento.

Il quadro non sarebbe peraltro completo se non si rammentasse che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha annoverato il *principio di legalità processuale*[4] tra quelli generali del diritto e che esso è stato esplicitamente costituzionalizzato anche nel nostro ordinamento con l'art. 111 comma 1 Cost. per l'effetto modificativo dell'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999 n. 2. Limitazioni della posizione e delle garanzie processuali concernenti colui nei cui confronti sia instaurato un procedimento penale sono dunque giuridi-

---

[1] È quanto sostenuto fin dalla prima sentenza in materia: C. eur. dir. uomo, sent. 27 febbraio 1980, Deweer c. Belgio, § 56.

[2] C. eur. dir. uomo, sent. 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, § 26-27.

[3] In proposito, è stato formulato, per la prima volta espressamente in C. eur. dir. uomo, sent. 20 novembre 1989, Kostovski c. Paesi Bassi, § 41, il criterio per cui, nonostante sia in linea di massima auspicabile che le dichiarazioni impiegate ai fini decisori vengano rese in un'udienza pubblica e in contraddittorio, sono utilizzabili a tale scopo anche deposizioni compiute nella fase istruttoria anteriore al dibattimento, purché venga accordata all'accusato un'occasione adeguata e sufficiente di contestare una dichiarazione a carico e di interrogarne l'autore, al momento della deposizione o più tardi.

[4] C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio, § 102.

camente possibili solo se «previste dalla legge», secondo quanto d'altronde testualmente stabilito dal già citato art. 52 § 1 Carta dir. fond. UE.

2. La sua deformazione

Nonostante il sistema di coordinate precedentemente esposto, sono emersi orientamenti che lasciano profondamente perplessi sulla loro compatibilità con esso, poiché ricostruiscono in maniera dogmaticamente insoddisfacente l'operato delle Corti sovranazionali (e specialmente della Corte europea dei diritti dell'uomo) e/o individuano per gli ordinari organi giurisdizionali nazionali un paradigma comportamentale di dubbia legittimità.

Con riguardo all'equità processuale, si è infatti partiti dal riconoscimento che la Corte di Strasburgo, dopo avere riscontrato la difformità di un atto del procedimento dai canoni pattizi, usa procedere alla disamina dell'intero procedimento nella sua globalità. Si è pertanto cercato di sostenere che, di conseguenza, essa compirebbe «una valutazione comparativa formulata ex post sulla base di un bilanciamento di interessi»5, confliggendo «con un processo penale imperniato sul rigido rispetto delle forme processuali»6, di cui si auspica il generale superamento pure negli ordinamenti degli Stati attraverso il «passaggio da una legalità prevalentemente 'normativa' a una legalità prevalentemente 'giudiziale'».

Quanto al principio di proporzionalità, esso viene richiamato a proposito dell'ordine europeo di indagine penale di cui alla direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014 allo scopo di prevenire un eventuale contrasto tra Stati o addirittura con la Corte di Lussemburgo nella protezione dei diritti fondamentali. In particolare, ne viene suggerito l'impiego per indirizzare il giudice sull'utilizzabilità, nel processo instaurato nello Stato di emissione, della prova raccolta nello Stato di esecuzione «statuendo l'esclusione di ciascuna prova sulla base di un bilanciamento fra i valori in gioco effettuato in base alle peculiarità del caso concreto»7, nonché «per giungere … al ravvicinamento delle regole di ammissibilità reciproca delle prove richiesto dall'art. 82 § 2 lett. *a* Trattato funz. UE», «attraverso il progressivo affinamento di un diritto comune di matrice giurisprudenziale». Né può essere sottaciuto il rischio che la giu-

---

5 R.E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2517.

6 R.E. Kostoris, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di* civil law, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1664, mentre dalla successiva p. 1665 è tratta la citazione immediatamente seguente nel testo.

7 M. Daniele, *Ordine europeo di indagine*, in *Indagini e prove transnazionali*, Milano, 2017, p. 71, mentre dalle successive p. 76 e nota 98 sono tratte le citazioni immediatamente seguenti nel testo.

risprudenza, una volta che sia ammessa una sua condotta avulsa da chiari vincoli legali in un determinato ambito, allarghi ad altri campi la possibilità di esercitare un pari potere.

3. Il suo necessario rispetto

Tuttavia, le prospettive qui criticate sembrano trascurare che equità processuale e principio di proporzionalità non possono eludere il rispetto della legalità processuale.

Sebbene riconoscendo che l'interpretazione giuridica non può essere parificata a un'opera meccanicistica e che anzi ha, tra l'altro, il compito di adeguare il dettato legislativo al momento storico in cui viene eseguita, nell'ordinamento italiano i giudici ordinari sono tenuti a verificare la conformità della vicenda concreta alla norma corrispondente, ma non sono abilitati a dettare quest'ultima per risolvere un ipotetico attrito assiologico. Come ha sancito la Corte costituzionale, nel confronto tra la tutela pattizia e quella costituzionale dei diritti fondamentali, per il quale occorre in ogni caso raggiungere un equilibrio «mirando alla massima espansione delle garanzie, … il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti … trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche a questa Corte nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali»[8]: escludendosi per esso la competenza del giudice ordinario, che altrimenti si troverebbe a "porre" la legge anziché esserne soggetto ai sensi dell'art. 101 comma 2 Cost.

La condotta degli organi giurisdizionali ordinari deve pertanto ispirarsi al principio di proporzionalità nella preferenza da accordare a uno strumento piuttosto che a un altro *tra quelli contemplati dall'ordinamento* (ad esempio, nella scelta del tipo e del modo esecutivo concernenti un'acquisizione probatoria o una misura cautelare), ma non può trovare in tale canone una giustificazione per condotte estranee al tessuto normativo interno, poiché va ribadito che la ponderazione del rapporto tra questo e le fonti internazionalistiche o sovranazionali spetta al legislatore e alla Corte costituzionale.

Similmente, alla Corte di Strasburgo compete dirimere «tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste» pattiziamente (art. 32 comma 1 Conv. eur. dir. uomo), ma non omettere di dichiarare l'inosservanza di uno dei diritti fondamentali protetti in forza di stime discrezionali non convenzionalmente consentite. La *valutazione globale* del procedimento va *dogmaticamente intesa come* non un bilanciamento tra opposti valori o interessi, ma *una doverosa indagine sulle conseguenze* del vizio riscontrato, reputando salvaguardata l'equità processuale qualora si rilevi

[8] C. cost., sent. 4 dicembre 2009 n. 317, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4761.

che da questo non dipende la decisione finale (con apprezzamento analogo a quello postulato dall'art. 185 comma 1 c.p.p.) o che lo stesso è stato sanato in virtù di ulteriori elementi, i quali contribuiscono a integrare una vera e propria fattispecie sussidiaria. Così, sinteticamente esemplificando con due tematiche di particolare significato affrontate in due relativamente recenti sentenze della grande camera, l'assenza del difensore all'interrogatorio dell'imputato non avvisato del suo diritto a goderne[9] o il mancato confronto dialettico con la difesa della fonte di prova a carico (soprattutto quando la sua mancata comparizione non sia addebitabile a negligenze dello Stato nei cui confronti abbia agito il ricorrente)[10] non comportano la dichiarazione della violazione pattizia a condizione che non sia effettivamente leso – evitando qualunque considerazione di contemperamento con altri – il corrispondente diritto fondamentale: *o* perché non si tratta di prove uniche o determinanti, essendo stati prevalentemente utilizzati dal giudice nazionale altri elementi conoscitivi per la *decisione*, che quindi va ritenuta *indipendente dal vizio* precedentemente occorso; o perché il procedimento nazionale si è svolto con adeguate garanzie procedurali idonee a compensare le limitazioni difensive[11], realizzando quello che potrebbe definirsi un *contraddittorio riequilibrato*.

---

[9] C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 13 settembre 2016, Ibrahim e altri c. Regno Unito, § 280 ss. e 301 ss.

[10] C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 15 dicembre 2015, Schatschaschwili c. Germania, § 110 ss.

[11] Sembra certamente indicativo che nella pronuncia C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 15 dicembre 2015, Schatschaschwili c. Germania, § 71, 77, 88, 107, 109, 125, 145 e 162 (parimenti avvenendo in sede di opinione dissenziente), la nozione di bilanciamento sia sempre richiamata riguardo al rapporto tra le difficoltà arrecate alla difesa e le solide garanzie procedurali compensative, senza trascurare l'esigenza di verificare la giustificazione delle prime (*ivi*, § 113). Anche quando la Corte di Strasburgo ammette che l'interesse pubblico allo svolgimento di indagini sul reato originante la vicenda processuale e alla condanna del suo autore possa motivare un paragone con quello dell'imputato al rispetto della legalità probatoria, ciò costituisce solo un presupposto che consente di non rilevare immediatamente il contrasto con il precetto pattizio e di procedere alla necessaria valutazione concernente l'incidenza dell'inosservanza convenzionale sullo sviluppo processuale, eventualmente riscontrandone l'irrilevanza attraverso la sua ponderazione con l'esistenza di appropriate garanzie procedurali, tra cui sono da intendere concettualmente ricomprese (anziché separate) le modalità di utilizzazione delle conoscenze acquisite (C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania, § 97 e § 101).

L'ADEGUAMENTO DEL SISTEMA PENALE ITALIANO AL "DIRITTO EUROPEO" TRA GIURISDIZIONE ORDINARIA E COSTITUZIONALE. PICCOLO *VADEMECUM* PER GIUDICI E AVVOCATI PENALISTI*

di Francesco Viganò

Abstract

I giudici e gli avvocati italiani hanno ormai scoperto l'esistenza di un *diritto europeo*, che impone al sistema penale italiano precisi *obblighi di adeguamento*: obblighi che si rivolgono non soltanto al legislatore, ma anche – e in misura crescente – agli stessi *giudici*, ordinari e costituzionali. Questo breve intervento mira a formulare alcune semplici 'istruzioni per l'uso' del diritto europeo in materia penale e processuale penale, illustrando presupposti e metodo delle tre diverse tecniche di cui il giudice ordinario dispone per assicurare l'adeguamento del diritto interno agli obblighi europei (derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo o dal diritto primario o derivato dell'Unione europea): diretta applicazione della norma europea; interpretazione conforme della norma interna a quella europea; promovimento di un giudizio incidentale di legittimità costituzionale della norma interna contrastante con quella europea.

Sommario: 1. Una premessa metodologica. – 2. Istruzioni per l'uso: una 'checklist' per il giudice. – 3. Un'operazione preliminare: l'interpretazione della norma europea. – 4. Prima verifica: la norma europea è direttamente applicabile? A) Le norme della CEDU e dei protocolli addizionali. – 5. *(Segue)*: B) le norme dell'Unione europea. – 6. Seconda verifica: la norma interna è suscettibile di interpretazione conforme? – 7. Il ruolo di ultima istanza della Corte costituzionale. – 8. Un dubbio, e un auspicio conclusivo.

1. Una premessa metodologica

L'adeguamento del sistema penale italiano al diritto europeo – espressione lata, con la quale mi riferirò in questo contesto tanto al diritto dell'*Unione*

---

* Questo contributo costituisce la versione rielaborata dell'intervento svolto dall'A. nel quadro del secondo convegno nazionale "Vittorio Aymone" su Sistema penale e fonti sovranazionali: la giurisprudenza delle Corti europee ed il ruolo dell'interprete svoltosi presso la Corte di Appello di Lecce il 19 e il 20 aprile 2013. Diritto penale contemporaneo ringrazia vivamente il Comitato scientifico del convegno per avere consentito ad anticipare la pubblicazione sulla nostra Rivista di questo lavoro, destinato al volume – di ormai imminente pubblicazione – che raccoglierà tutti gli atti del convegno.

europea, quanto al diritto riconducibile al quadro istituzionale del *Consiglio d'Europa*, e in particolare alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ai suoi protocolli addizionali – è divenuto ormai un tema alla moda non solo presso la dottrina penalistica, ma anche presso la giurisprudenza italiana; e di "diritto penale europeo" si parla ormai in una buona metà dei convegni e dei corsi di formazione professionale per avvocati e magistrati.

Altrettanto frequentemente, purtroppo, il concetto di "diritto penale europeo" viene asso ciato ad un'idea di inestricabile *complessità*: all'immagine, insomma, di un *labirinto* di fonti, per riprendere la felice metafora di Vittorio Manes, nel quale l'interprete correrebbe il continuo rischio di smarrirsi, e/o di ritrovarsi improvvisamente senza guida sicura nella decisione del caso: con un correlativo, incontrollato allargarsi della sua discrezionalità, che renderebbe sempre più imprevedibile la decisione stessa.

È mia ferma convinzione invece – e lo ripeto ormai in ogni occasione in cui mi capita di parlare in pubblico di questi temi – che compito prioritario della dottrina sia, in questo momento storico, da un lato quello di *tranquillizzare* gli operatori giuridici (orientarsi non è poi così difficile!), e dall'altro quello, per così dire, di *richiamarli all'ordine*: le fonti europee si coordinano con quelle nazionali secondo regole precise, che bisogna conoscere ed applicare senza indulgere ad avventurose fughe in avanti. Il giudice resta, anche in un orizzonte improvvisamente ampliato alla prospettiva europea, pur sempre "soggetto alla legge", come recita l'art. 101 Cost.; e ciò resta vero anche se per "legge" si intenda – come non può non intendersi oggi – l'intero "diritto" vincolante per il giudice, derivante dalle fonti interne *e* quelle sovranazionali.

2. Istruzioni per l'uso: una 'checklist' per il giudice

L'adeguamento del diritto interno al diritto europeo sottostà in effetti a precise regole 'procedimentali', gradatamente messe a fuoco dalla giurisprudenza italiana, che possono schematicamente riassumersi come segue.

Una volta accertato che una data norma europea (poco importa se si tratti di una norma-principio, o di una regola di dettaglio) è potenzialmente rilevante per la decisione di un caso concreto, il giudice:

– dovrà *in primo luogo* chiedersi se la norma in questione sia *direttamente applicabile*, se del caso anche a costo di determinare la *disapplicazione* di norme interne contrastanti;
– *in secondo luogo*, ove debba essere esclusa la diretta applicazione della norma in questione, dovrà verificare se sia esperibile un'interpretazione delle norme interne in modo da evitare un risultato applicativo in contrasto con la norma europea (obbligo di *interpretazione conforme al diritto europeo*);
– *infine*, nel caso in cui nemmeno tale interpretazione conforme sia praticabile, e la norma interna da applicare risulti irrimediabilmente incom-

patibile con la norma europea, dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'art. 117 co. 1 e – se del caso – 11 Cost.

Come è evidente, dunque, l'interpretazione conforme è operazione *sussidiaria* rispetto alla diretta applicazione della norma europea, ma ha per converso la *precedenza logica* rispetto alla formulazione di una questione di legittimità costituzionale, la cui stessa ammissibilità è condizionata al previo (e infruttuoso) esperimento di un tentativo di interpretazione conforme della norma interna impugnata.

Tutto ciò evidenzia una ben precisa *ripartizione di competenze tra giudice ordinario e giudice costituzionale*: il giudice ordinario è tenuto, in prima battuta, a tentare di *risolvere da sé* il possibile conflitto tra norma interna e norma europea, mediante la diretta applicazione di quest'ultima (ove ne sussistano le condizioni) ovvero mediante l'interpretazione conforme alla norma europea della norma interna; e solo ove nessuna di queste operazioni risulti praticabile, la palla dovrà passare al giudice costituzionale, in vista della dichiarazione di illegittimità della norma interna.

3. Un'operazione preliminare: l'interpretazione della norma europea

Presupposto essenziale di questa sorta di *checklist* per il giudice ordinario è, naturalmente, la verifica che la *norma europea* – invocata da una delle parti o esaminata *ex officio* dal giudice in virtù del principio *iura novit curia* – sia *rilevante per la decisione del caso concreto all'esame*. Tale verifica impone a sua volta al giudice l'onere di *interpretare* la norma europea, prima ancora della norma interna eventualmente contrastante: operazione, invero, non sempre agevole né scontata per il giurista italiano.

I limiti di spazio qui concessimi non mi consentono di soffermarmi sulle molte difficoltà pratiche che il giudice italiano può incontrare allorché debba interpretare una norma che nasce al di fuori dell'ordinamento italiano: difficoltà legate al diverso uso dei concetti tecnici nelle norme europee – anche se tradotte in italiano – rispetto agli usi consolidati nella nostra tradizione giuridica, nonché al diverso contesto sistematico, alla peculiare teleologia delle norme europee, così come – più banalmente – alla minore esperienza del giudice nel reperire le norme pertinenti e la giurisprudenza rilevante nelle banche dati e nei commentari.

Mi pare però cruciale sottolineare il criterio ermeneutico di fondo al quale il giudice italiano dovrà attenersi nell'interpretazione della norma europea: quello, cioè, secondo cui quest'ultima dovrà essere *interpretata in base ai canoni ermeneutici vigenti nell'ordinamento di provenienza*, e non a quelli consolidati nell'ordinamento italiano. La norma europea, ancorché vincolante per l'ordinamento italiano, conserva sempre la propria natura di norma "europea", e come tale deve essere interpretata dal giudice italiano,

così come da qualsiasi altro giudice nazionale – francese, tedesco o inglese che sia.

Il giudice italiano dovrà quindi leggere la norma come parte di un *sistema* più ampio di quello ordinamentale italiano, con regole ermeneutiche e teleologia proprie. E, soprattutto, *dovrà attenersi all'interpretazione che di detta norma abbiano fornito i due organi giurisdizionali* – la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo – ai quali gli Stati membri dell'UE e gli Stati parte del Consiglio d'Europa hanno conferito il potere di *interpretare autoritativamente*, rispettivamente, le norme di diritto primario e derivato dell'Unione, e le norme della Convenzione europea e dei suoi protocolli addizionali (art. 19 TUE e art. 32 CEDU).

L'affermazione che precede è, invero, revocata in dubbio da una parte della dottrina e della giurisprudenza italiana con riferimento almeno alla Corte di Strasburgo, che – si afferma – sarebbe un giudice del caso concreto, che decide controversie individuali tra lo Stato e l'individuo, senza che sia lecito trarre dai suoi precedenti indicazioni vincolanti per i giudici nazionali (specie se di altri Stati) relativamente all'interpretazione della Convenzione e dei suoi protocolli. Una simile, riduttiva considerazione del ruolo della Corte di Strasburgo non trova, però, conforto né nella lettera della Convenzione, né della prassi della Corte, degli organi politici del Consiglio d'Europa e degli stessi Stati. Già il testo dell'art. 32 CEDU attribuisce alla Corte il compito non solo di "applicare", ma anche di "interpretare" la Convenzione (e i suoi protocolli). La Corte – e lo stesso Consiglio d'Europa, nell'esercizio della sua funzione di supervisione dell'esecuzione delle sentenze della Corte – adottano inoltre ormai costantemente, da almeno una decina d'anni a questa parte, una lettura estensiva dell'art. 46 CEDU, a tenore della quale gli obblighi che discendono a carico dello Stato soccombente in una determinata controversia si estendono a tutte le situazioni identiche a quella oggetto del giudizio innanzi alla Corte. Ancora, la Corte concepisce le proprie statuizioni come *precedenti validi per l'intero spazio giuridico europeo*, come dimostra la circostanza che, quando le sentenze della Corte richiamano la precedente giurisprudenza sui profili della norma convenzionale invocata nel caso di specie, non distinguono in alcun modo tra precedenti che concernono lo stesso Stato resistente o altri Stati.

Né ciò deve stupire: la Corte di Strasburgo concepisce se stessa non già come giudice di ultima istanza in ogni singola controversia; bensì, in omaggio al principio di *sussidiarietà* della tutela dei diritti fondamentali, come giudice che detta *indicazioni generali sull'interpretazione delle norme convenzionali*, così da porre in grado i giudici nazionali di assicurare essi stessi tutela ai diritti fondamentali medesimi, nell'estensione stabilita dalla Corte medesima attraverso i propri precedenti.

Le massime giurisdizioni italiane hanno, del resto, ampiamente accolto questa prospettiva: a cominciare dalle esplicite indicazioni in questo senso contenute nelle sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007 della Corte costitu-

zionale, sino alla recente presa di posizione delle Sezioni Unite penali della Cassazione nell'ordinanza *Ercolano* del 19 aprile 2012 (dep. 10 settembre 2012), con la quale il supremo organo di nomofilachia ha rimesso al giudice delle leggi una questione di legittimità costituzionale originata da una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che aveva avuto ad oggetto un caso identico – ma evidentemente *distinto* – rispetto a quello oggetto del giudizio *a quo*, sulla base appunto del presupposto della *generale* vincolatività, quanto meno per lo Stato italiano, dei *principi di diritto* statuiti dalla Corte europea, nei confronti di *tutti* coloro che si trovino nella medesima situazione del ricorrente risultato nel singolo caso vittorioso.

4. Prima verifica: la norma europea è direttamente applicabile? A) Le norme della CEDU e dei protocolli addizionali

Una volta stabilito, dunque, che una norma europea è rilevante per la decisione del caso di specie, il giudice dovrà anzitutto verificare se tale norma sia *direttamente applicabile* ai fini della decisione del caso, anche a costo di determinare la *disapplicazione della norma interna contrastante*.

Questa verifica si compie secondo cadenze differenti, secondo che la norma qui genericamente definita "europea" sia una norma di diritto dell'Unione europea, ovvero sia una norma riconducibile al quadro giuridico del Consiglio d'Europa, e in particolare una norma della Convenzione europea o di uno dei suoi protocolli addizionali.

Prendiamo le mosse da quest'ultima ipotesi, che è comparativamente meno complessa. Come è ormai arcinoto, le sentenze 'gemelle' n. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale hanno marcato nettamente la distinzione tra norme dell'UE dotate di effetto diretto (e suscettibili pertanto di essere direttamente applicate dal giudice ordinario, previa *disapplicazione* della norma interna contrastante) e norme della Convenzione europea o dei protocolli addizionali, così come di tutte le altre norme internazionali vincolanti per il nostro Paese: la risoluzione dell'antinomia spetta, in questo secondo caso, *esclusivamente alla Corte costituzionale*, che deve essere chiamata dal giudice ordinario a dichiarare l'illegittimità della norma interna contrastante in forza dell'art. 117 co. 1 Cost. Afferma perentoriamente, in proposito, la sentenza n. 348/2007 (considerando in diritto n. 3.3): le norme della CEDU "sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma *non producono effetti diretti* nell'ordinamento interno, *tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto*". E analoghi concetti sono espressi dalla parallela sentenza n. 349.

Le cose mi sono sempre parse e mi paiono, tuttavia, un po' più complesse di quanto possa apparire a prima vista leggendo le sentenze 'gemelle'. La

Corte costituzionale sembra dimenticare, in queste storiche pronunce, che la Convenzione europea, i protocolli addizionali, e praticamente tutte le convenzioni ratificate dal nostro Paese sono state *incorporate* nell'ordinamento interno tramite la legge di autorizzazione alla ratifica, che usualmente contiene (e certamente contiene nel caso della legge 848/1955 di autorizzazione alla ratifica della CEDU) una clausola di "piena e intera esecuzione" nell'ordinamento interno delle norme convenzionali. Queste ultime sono diventate così *parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano*, con il medesimo rango della legge di autorizzazione alla ratifica: e dunque con il rango di norme *primarie*, suscettibili come tali di essere *direttamente applicate* dal giudice nella risoluzione delle controversie pendenti avanti a sé.

Altra questione, naturalmente, è quella della risoluzione delle eventuali antinomie tra queste norme (internazionali, ma ormai 'incorporate' nell'ordinamento italiano) ed *altre norme* compresenti nell'ordinamento, di origine puramente 'interna'. È su *questo* terreno che deve essere apprezzata la portata innovativa delle sentenze 'gemelle': che, da un lato, sottraggono le norme internazionali 'incorporate' all'aleatorietà dei tradizionali canoni ermeneutici della *lex specialis* e della *lex posterior*, affermandone la loro natura di norme *gerarchicamente sovraordinate* in forza dell'art. 117 co. 1 Cost. – in posizione *intermedia* tra le altre norme ordinarie e quelle costituzionali –; e dall'altro affermano, però, la *competenza esclusiva della Corte costituzionale* a risolvere le eventuali antinomie, mediante la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma interna contrastante. Con l'importante risultato pratico – cui la Corte costituzionale evidentemente mira – di consentire alla stessa Corte di azionare il freno dei 'controlimiti', qualora la norma internazionale risulti essa stessa contraria alla Costituzione.

Ma – ed ecco il punto cruciale – *nulla osta alla diretta applicazione da parte del giudice ordinario di una norma internazionale 'incorporata' allorché tale diretta applicazione non implichi la contestuale disapplicazione di altra norma interna contrastante*: il che ben può accadere, nei casi in cui la norma internazionale in questione si inserisca in uno *spazio giuridicamente 'vuoto'*, ossia *non regolato* dalle norme puramente interne. In questa ipotesi nulla, ripeto, si opporrà alla diretta applicazione da parte del giudice ordinario della norma internazionale, secondo il modello inaugurato sin dalla fine degli anni Ottanta dalla Cassazione penale con la storica sentenza *Polo Castro*.

Per toccare con mano la portata pratica dell'affermazione: l'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea in varie sentenze tra cui *Drassich c. Italia*, richiede che il giudice solleciti il contraddittorio delle parti sulla possibilità di una diversa qualificazione giuridica del fatto contestato, al fine di non sorprendere l'imputato, per l'appunto, con una diversa qualificazione, rispetto alla quale egli non abbia avuto la possibilità di formulare osservazioni difensive. Ebbene, calata nel nostro ordinamento, l'applicazione di questa regola – contenuta nell'art. 6 CEDU, che è norma 'incorporata'

nell'ordinamento italiano in forza della clausola di piena e intera esecuzione della Convenzione di cui alla legge n. 848/1955 – *non contrasta con alcuna norma del codice di procedura penale* (non, in particolare, con l'art. 521 co. 1 c.p.p., che si limita a consentire al giudice di mutare in sentenza la qualificazione giuridica del fatto contestato: possibilità che l'art. 6 CEDU pure riconosce, secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo), ma si inserisce *in uno spazio giuridicamente non regolato*, introducendo semplicemente una *nuova garanzia per la difesa*, che il legislatore del 1989 non aveva previsto, nell'ipotesi in cui il giudice – del tutto legittimamente – ritenga erronea la qualificazione giuridica del fatto operata dalla pubblica accusa; garanzia che ben può essere assicurata mediante un semplice invito rivolto alle parti, al più tardi in sede di discussione, a formulare le proprie osservazioni anche in ordine a una *eventuale* qualificazione giuridica alternativa del fatto oggetto di imputazione. Come dovrebbe risultare chiaro, non si tratta qui di *disapplicare* alcuna norma interna, men che meno l'art. 521 co. 1 c.p.p.; ma semplicemente di *applicare direttamente* l'art. 6 CEDU così come interpretato dalla Corte di Strasburgo *accanto* alle pertinenti norme del codice di rito. Senza alcuna necessità di coinvolgere qui la Corte costituzionale (nessuna norma deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima!), e senza nemmeno procedere ad alcuna interpretazione conforme delle norme interne (la salvaguardia del contraddittorio sulla qualificazione giuridica situandosi su un piano completamente distinto rispetto a quello oggetto dell'art. 521 co. 1 c.p.p.).

Identico schema vale per la regola – derivata anch'essa dall'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo in una ricchissima giurisprudenza – che vieta di fondare una sentenza di condanna *esclusivamente* su dichiarazioni non assunte nel contraddittorio tra le parti. Anche qui non c'è da disapplicare proprio alcuna norma interna contrastante: le norme che autorizzano a date condizioni la *lettura* – e dunque *l'acquisizione* nel fascicolo d'ufficio – di simili dichiarazioni (artt. 512 e ss. c.p.p., sulla base della 'copertura' di cui all'art. 111 co. 5 Cost.) continuano a trovare pacificamente applicazione; l'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, interviene piuttosto a dettare una *regola sulla valutazione* di queste prove legittimamente ammesse, regola che si inserisce anch'essa *in uno spazio giuridicamente 'vuoto'*, affiancandosi alla regola di valutazione di cui all'art. 192 co. 3 c.p.p. di cui riproduce in sostanza la logica: le dichiarazioni di persone non passate al filtro del contraddittorio possono essere valutate come prove idonee a fondare una sentenza di condanna – esattamente come le chiamate in correità – solo *unitamente ad altri elementi di prova* che ne confermano l'attendibilità. Nessuna disapplicazione, dunque, né interpretazione conforme delle norme sulle letture consentite; ma *diretta applicazione* di una nuova regola di valutazione della prova contenuta nell'art. 6 CEDU, che si aggiunge con pari dignità alle regole di valutazione della prova già disciplinate dall'art. 192 c.p.p.

5. *Segue*): B) le norme dell'Unione europea

Passando allora alle norme dell'Unione europea, in linea di principio il discorso è semplice: da almeno cinquant'anni è pacifico, dal punto di vista della giurisprudenza della Corte di giustizia, che esistano norme di diritto primario o derivato delle Comunità europee (e ora dell'UE) idonee a produrre *effetti diretti* negli ordinamenti degli Stati membri (*van Gend en Loos*, 1963), con effetto di *primazia* rispetto al diritto nazionale (*Costa c. Enel*, 1964), e dunque con obbligo per il giudice interno di *disapplicare la norma interna contrastante*, senza dovere né potere rimettere alla Corte costituzionale il compito di eliminare tale ultima norma (*Simmenthal*, 1978). Questi principi, come è altrettanto noto, sono stati integralmente recepiti dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza *Granital* (n. 170/1984), in seguito alla quale tutte le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto un sospetto contrasto tra norme interne e norme comunitarie o dell'UE dotate di effetto diretto sono state dichiarate *inammissibili*, spettando appunto direttamente al giudice ordinario risolvere la prospettata antinomia mediante la disapplicazione della norma interna contrastante.

La prima verifica che il giudice italiano dovrà compiere di fronte a un sospetto caso di antinomia tra norma interna e norma di diritto comunitario o diritto dell'UE attiene, dunque, all'idoneità di quest'ultima a produrre effetti diretti nell'ordinamento interno: verifica, peraltro, non sempre agevole, ma che deve essere condotta secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza (cinquantennale, appunto) della Corte di giustizia, sui quali non mi è possibile qui per ragioni di spazio analiticamente soffermarmi, ma che possono essere un po' grossolanamente sintetizzati nel carattere *incondizionato* della norma (che deve essere tale, cioè, da poter essere applicata senza necessità di ulteriori interventi normativi da parte del legislatore europeo: il che si verifica, tipicamente, quando la norma abbia contenuto *negativo*, riconducibile come tale allo schema del *divieto*), nonché – per ciò che concerne specificamente le *direttive* – l'inutile scadenza del termine di trasposizione e, soprattutto, la loro idoneità a fondare un *diritto* in capo all'individuo nei confronti dello Stato membro (c.d. effetto diretto *verticale*), restando per contro escluso l'effetto diretto nelle relazioni *orizzontali* tra gli individui.

Solo quando si sia escluso l'effetto diretto della norma europea in questione, diverrà attuale per il giudice l'obbligo di *interpretazione conforme* della disciplina interna, obbligo rispetto al quale non a caso la dottrina comunitaristica parla di "effetto *indiretto*" degli atti di diritto comunitario o dell'UE, appunto, sprovvisti di effetto diretto.

Qualche rapido cenno merita peraltro la questione, oggi di viva attualità, del possibile effetto diretto delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), alla quale come è noto l'art. 6 TUE ha attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati, e dunque il rango di normativa di diritto primario dell'Unione. Da ciò discende che le disposizioni

della Carta, nella misura in cui siano *incondizionate* – e cioè suscettibili di essere applicate senza necessità di essere concretizzate e precisate da atti di diritto derivato (cfr. *a contrario* la recente sentenza della Corte di giustizia 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT*, in causa C-176/12) –, possono certamente produrre *effetto diretto nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione* (cfr. in questo senso, per tutte, Corte di giustizia UE, sent. 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, in materia di divieto di discriminazione in base all'età di cui all'art. 14 della Carta; sulla nozione di *ambito di attuazione* del diritto dell'UE, di cui all'art. 51 CDFUE, cfr. recentemente C. giust. UE, sent. 26 febbraio 2013, Åkerberg *Fransson*, C-617/10).

Ciò vale anche per le disposizioni che la Carta dedica al diritto e al processo penale (artt. 47-50); disposizioni che peraltro devono essere lette, in forza dell'art. 52 § 3 della Carta, come aventi identico significato e identica portata rispetto alle corrispondenti garanzie riconosciute dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo. Il che comporta, in pratica, l'*incorporazione nelle norme della Carta dell'intero acquis di Strasburgo* in materia di *fair trial* (art. 6 CEDU) e di *nullum crimen* (art. 7 CEDU).

Tutto ciò non autorizza ad affermare – si badi – che la Convenzione europea sia stata 'comunitarizzata' in forza dell'art. 52 § 3 della Carta. Come ha giustamente precisato la Corte di giustizia, il Trattato di Lisbona non ha determinato nell'ambito dell'Unione alcun mutamento giuridico nel rango della Convenzione, che resta un trattato che vincola ciascuno Stato membro, ma non può essere considerato *di per sé* parte del diritto dell'Unione; con la conseguenza che l'art. 6 § 3 TUE non obbliga in via generale gli Stati membri ad applicare direttamente, nei rispettivi ordinamenti giuridici, le norme della CEDU (C. giust., Grande Sezione, sent. 24 aprile 2012, *Kamberaj*). Se è vero, tuttavia, che *nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione* trovano applicazione per tutti gli Stati membri le norme della Carta (art. 51 CDFUE), e che tali norme – in quanto norme di diritto primario – sono certamente suscettibili di diretta applicazione negli ordinamenti interni sussistendo le condizioni poc'anzi rammentate; e se è vero, altresì, che nella misura in cui le norme della Carta corrispondano a quelle della CEDU, il loro contenuto e la loro portata saranno da intendersi come identici a quelli delle corrispondenti norme convenzionali (art. 52 § 3 CDFUE), la conseguenza è obbligata sul piano logico: limitatamente all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, il giudice ordinario ben potrà, e anzi dovrà, *disapplicare le norme interne contrastanti con le norme della CEDU implicitamente richiamate dalla Carta*, e in particolare – per ciò che concerne in giudice penale – dovrà disapplicare le norme interne incompatibili con i principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia di *fair trial* (art. 6 CEDU) e di *nullum crimen* (art. 7 CEDU). In tal modo, il giudice assicurerà la diretta applicazione non tanto alle norme della CEDU in quanto tali, ma *della stessa Carta*, che tali norme

incorpora e fa proprie tramite il 'trasformatore' rappresentato dall'art. 52 § 3.

Questa conseguenza, ancora non ben interiorizzata dalla giurisprudenza italiana, si ricava del resto implicitamente anche dalla recente giurisprudenza costituzionale italiana, e in particolare dalla sentenza 80/2011. In quella occasione, la Corte ha bensì negato che i principi in tema di pubblicità delle udienze desumibili dall'art. 6 CEDU potessero essere applicati direttamente dal giudice ordinario, con contestuale disapplicazione della norma di legge interna contrastante; ma ciò in quanto la fattispecie oggetto di quel particolare giudizio – il procedimento di prevenzione – era certamente *estranea all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione*, e per ciò stessa estranea anche all'ambito di applicazione della Carta ai sensi dell'art. 51 CDFUE.

Dovrà invece riconoscersi la possibilità/doverosità di un effetto diretto della Carta (e dunque, mediatamente, delle disposizioni corrispondenti della CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo) ogniqualvolta si versi nell'ambito di applicazione del diritto UE. Il che potrà accadere, ad es., quando la norma interna che dovrebbe essere applicata nel caso di specie incida su una materia positivamente regolata, a livello europeo, mediante una direttiva, come accade ormai in molti settori del diritto penale (si pensi alla tutela dell'ambiente, della libertà e integrità sessuale dei minori, alla materia dello sfruttamento del lavoro degli immigrati clandestini, alla tratta degli esseri umani, etc.) e del processo penale. Qui nessun intervento del giudice delle leggi sarà più richiesto: alla luce dell'art. 6 § 3 TUE, in combinato disposto con l'art. 51 della Carta, il *giudice ordinario* sarà tenuto egli stesso a risolvere eventuali antinomie tra la Carta (e, mediatamente, la stessa Convenzione) e le norme interne pertinenti, mediante la *disapplicazione* di queste ultime.

6. Seconda verifica: la norma interna è suscettibile di interpretazione conforme?

E veniamo così all'ipotesi in cui, invece, il giudice concluda che la norma europea rilevante per la decisione del caso di specie *non è suscettibile di diretta applicazione*: o perché si tratti di norma del diritto UE inidonea a produrre effetto diretto, secondo i principi dell'ordinamento di provenienza; o perché si tratti di norma convenzionale che, pur se 'incorporata' nell'ordinamento tramite la clausola di piena e intera esecuzione contenuta nella legge di autorizzazione alla ratifica, si inserisca tuttavia in uno *spazio già regolato da una norma di legge nazionale prima facie contrastante con la norma europea*.

In questa ipotesi, il giudice deve accertare *se l'antinomia davvero sussista*, ovvero possa essere superata in via ermeneutica, mediante l'*interpretazione conforme* della norma interna.

Al tema dell'interpretazione conforme al diritto sovranazionale ho dedicato qualche tempo un'estesa analisi (*Il giudice penale e l'interpretazione*

conforme alle norme sopranazionali, in P. Corso – E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, La Tribuna, 2010, pp. 617-679), alla quale non posso che rinviare per ogni dettaglio e riferimento bibliografico e giurisprudenziale. In questa sede, mi preme però porre nuovamente in evidenza alcuni profili di particolare rilevanza per la prassi applicativa.

Anzitutto la *priorità* dell'obbligo di interpretazione conforme rispetto alle tecniche ermeneutiche 'classiche' di cui dispone il giudice: interpretazione letterale, storica, sistematica, teleologica. Salvo il limite della radicale incompatibilità con la lettera della norma, sul quale tornerò tra qualche istante, si deve infatti ritenere che il giudice sia *sempre* tenuto a optare per un'interpretazione il cui risultato armonizzi con gli obblighi sovranazionali assunti dal nostro Paese, e non sia con essi in contrasto; e ciò anche se, per avventura, la *volontà del legislatore storico* – così come desumibile, ad es., dai lavori preparatori – andasse in una direzione opposta, dal momento che il legislatore medesimo è oggi vincolato al principio del rispetto degli obblighi internazionali in forza dell'art. 117 co. 1 Cost., e non ha più il potere di porre in essere nel nostro ordinamento norme valide in contrasto con tali obblighi, come invece si riteneva in passato. Anche il *telos* della norma interna e il *sistema* nel quale essa si inserisce devono ormai essere ricostruiti tenendo conto degli obblighi imposti dagli obblighi sovranazionali, che determinano l'ingresso nell'ordinamento di nuovi finalità e principi, dei quali l'interprete è chiamato a tenere conto anche nell'interpretazione delle norme di origine puramente nazionale.

Il *limite logico* dell'interpretazione conforme sta però, come anticipato, nell'impossibilità di pervenire per questa via a un risultato *incompatibile con la lettera della norma*, dal momento che in una tale ipotesi la norma sarebbe semplicemente *disapplicata* in favore della norma sovranazionale: un risultato che presupporrebbe, tuttavia, l'effetto diretto della norma sovranazionale, che per definizione essa non deve possedere perché si possa porre il problema dell'interpretazione conforme della norma interna. Il limite della compatibilità del risultato ermeneutico con la lettera della norma segna dunque il confine tra il *potere del giudice ordinario* di assicurare la compatibilità del diritto interno agli obblighi europei attraverso l'interpretazione conforme – laddove possibile –, e il suo *dovere di investire di tale compito la Corte costituzionale* mediante la proposizione di una questione di legittimità costituzionale della norma interna in ragione del suo contrasto – insuperabile in via interpretativa – con la normativa europea. Sulla *lettera della norma* si gioca, in altre parole ancora, la *ripartizione di competenza tra giudice ordinario e giudice costituzionale* nell'adeguamento del diritto interno agli obblighi europei – così come, del resto, più in generale accade rispetto al compito di assicurare la compatibilità dell'ordinamento agli obblighi derivanti dalla Costituzione.

Un po' più complessa appare la questione se l'obbligo di interpretazione conforme al diritto europeo incontri *ulteriori limiti* di natura – questa volta

– *assiologica*, in particolare con riferimento alla possibilità di un conflitto nel caso concreto tra tale canone ermeneutico e l'*obbligo di interpretazione conforme a Costituzione*. *Quid iuris*, cioè, se il risultato cui si pervenga attraverso l'interpretazione conforme della norma interna agli obblighi europei – l'unico risultato, in ipotesi, che consenta di armonizzare la norma interna con questi ultimi obblighi – risulti in concreto *incompatibile con i principi costituzionali*?

La questione evoca, in un contesto tutt'affatto diverso da quello usuale, il problema dei c.d. *controlimiti* alle limitazioni di sovranità che derivano *ex* art. 11 e 117 co. 1 Cost. dagli obblighi dell'Unione europea, nonché al connesso problema dei limiti alla stessa potestà legislativa che derivano dagli obblighi internazionali vincolanti per il nostro Paese ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost. La posizione della Corte costituzionale è in proposito assai netta: gli obblighi europei non possono pregiudicare la prioritaria tutela dell'insieme degli obblighi derivanti dalla Costituzione per quanto riguarda i comuni obblighi internazionali (tra cui quelli derivanti dalla CEDU e dai suoi protocolli: cfr. in questo senso le sentenze 348 e 349/2007), ovvero la tutela di un nucleo minimo di "principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" per quanto concerne gli obblighi derivanti dal diritto UE (cfr. già in questo senso la sent. 170/1984). Se dunque tali limiti devono essere fatti valere dalla Corte costituzionale nei giudizi aventi ad oggetto la compatibilità delle norme interne con gli obblighi sovranazionali, analogamente essi si imporranno per il *giudice ordinario* in sede di interpretazione conforme della norma interna a tali obblighi sovranazionali, l'obbligo di interpretazione conforme dovendo intendersi come limitato dal (prevalente) obbligo di assicurare la compatibilità del risultato ermeneutico con gli obblighi costituzionali (o quanto meno, con riferimento al diritto UE, con il 'nucleo duro' dei controlimiti di cui parla la giurisprudenza costituzionale).

Il ragionamento appena svolto è – mi pare – inattaccabile sul piano teorico; ma non è davvero facile immaginare ipotesi concrete in cui un simile dilemma possa porsi al giudice ordinario italiano. Giacché, non lo si dimentichi, gli obblighi europei che qui rilevano appartengono a due fondamentali categorie: o sono essi stessi il mero rovescio di diritti fondamentali riconosciuti internazionalmente nei confronti dello Stato (è il caso degli obblighi derivanti dalla CEDU, dai suoi protocolli addizionali e della Carta dei diritti fondamentali dell'UE); ovvero sono obblighi di fonte UE, la cui validità – nello stesso ordinamento giuridico di provenienza – è condizionata al rispetto di quegli stessi diritti fondamentali, che sono al tempo stesso principi generali del diritto dell'Unione. Che si possa giungere ad affermare la contrarietà alla Costituzione italiana dell'obbligo di rispettare un diritto fondamentale riconosciuto dalla comunità internazionale è – per fortuna – ipotesi di rilevanza solo teorica; e quanto all'ipotesi in cui il giudice ordinario abbia ragione di sospettare che un determinato obbligo di fonte UE – ad esempio, l'obbligo di criminalizzazione di una data condotta – violi un diritto fondamentale, egli

avrà sempre la possibilità di sottoporre alla Corte di giustizia una *questione pregiudiziale di validità ex* art. 267 lett. *b)* TFUE della norma UE per contrasto con tale diritto fondamentale, con ogni verosimiglianza riconosciuto non solo dalla Costituzione italiana ma anche in sede europea.

Si afferma frequentemente presso la dottrina italiana, infine, che al giudice ordinario sarebbe precluso giungere a una interpretazione estensiva della norma incriminatrice per assicurarne la conformità rispetto agli obblighi europei; sì da riconoscere un ulteriore limite all'obbligo di interpretazione conforme, rappresentato dal *divieto di interpretazioni estensive della norma incriminatrice*. L'affermazione, tuttavia, non convince, a meno che per "interpretazione estensiva" non si intenda in realtà una interpretazione *tout court analogica* della norma (secondo un'equiparazione terminologica corrente in contesti culturali e linguistici diversi da quelli italiani), che è certamente vietata dal principio di legalità in materia penale, sulla base dell'art. 25 co. 2 Cost. così come sulla base dell'art. 7 CEDU (e dunque anche dell'art. 49 CDFUE). Finché tuttavia il risultato interpretativo risulti compatibile con i possibili significati letterali delle espressioni utilizzate dal legislatore, nessun principio o diritto fondamentale risulterà violato; e proprio non vedo perché mai il giudice penale non possa optare, tra due possibili interpretazioni della norma incriminatrici – entrambe coperte dal suo significato letterale, e pertanto entrambe legittime ai sensi dell'ordinamento interno! –, quella che ne estenda l'ambito di applicazione anche a condotte che la norma europea impone che siano sottoposte a pena.

A una diversa conclusione dovrebbe giungersi soltanto se esistesse nell'ordinamento italiano un principio ermeneutico (tanto importante da imporsi sui contrastanti obblighi di fonte europea!) secondo cui, nel dubbio tra due possibili interpretazioni di una norma penale, il giudice dovrebbe comunque optare per quella che ne riduce l'ambito di applicazione – una sorta, insomma, di *in dubio pro reo*, riferito però non all'accertamento processuale del fatto, ma all'interpretazione della norma incriminatrice –: ma un tale canone ermeneutico, in realtà, non esiste, in assenza di alcun plausibile fondamento normativo nel nostro ordinamento, né tanto meno nelle fonti internazionali vincolanti per il nostro Paese.

7. Il ruolo di ultima istanza della Corte costituzionale

L'ultimo strumento a disposizione del giudice per uniformare l'ordinamento interno agli obblighi di fonte europea è rappresentato dalla proposizione di una *questione di legittimità costituzionale* della norma interna *a)* sprovvista di effetto diretto e *b)* insuscettibile di essere armonizzata con tali obblighi europei attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme.

Una simile questione può, come è noto, essere impostata sulla base di due distinti parametri: l'art. 11 e l'art. 117 co. 1 Cost. Quest'ultima norma entrerà in

gioco in via esclusiva allorché il giudice assuma il contrasto della norma interna con un obbligo *stricto sensu* internazionale, e in particolare con la CEDU e i suoi protocolli addizionali, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo; mentre entrambi i parametri dovranno essere invocati quando il contrasto sia con una norma dell'UE (sprovvista, ovviamente, di effetto diretto).

La palla passerà, a questo punto, alla Corte costituzionale, alla quale spetterà il compito di eliminare dall'ordinamento – con effetto *erga omnes* – la norma in contrasto con gli obblighi sovranazionali che vincolano il nostro Paese, salva una verifica di ultima istanza in relazione ai già menzionati "principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" per quanto concerne gli obblighi derivanti dal diritto UE e con l'insieme dei principi costituzionali per quanto riguarda gli obblighi internazionali *stricto sensu*.

8. Un dubbio, e un auspicio conclusivo

Scorrendo rapidamente le poche pagine che precedono prima di licenziare definitivamente questo lavoro, mi assale il timore che il lettore possa uscire, anziché con le idee finalmente schiarite, con un gran mal di capo, e con in tasca l'impressione, che era invece mia intenzione dissipare, della estrema complessità di questa materia, patrimonio di pochi iniziati e inaccessibile alla massa degli operatori giuridici, assillati da ben altri urgenti problemi.

Spero davvero che così non sia: come sempre accade rispetto a qualsiasi problema giuridico, alcuni passaggi sono ancora bisognosi di approfondimenti e di elaborazioni giurisdizionali, e altri sono tuttora discussi dalla dottrina e dalla prassi; ma le linee essenziali del discorso sono ormai ben consolidate, e generalmente condivise, in modo da poter orientare in maniera sicura l'attività del giudice. Il quale ha davanti a sé, come ho cercato di mostrare, una sorta di percorso obbligato: una *serie di tappe* che deve percorrere, in un ordine ben preciso, nell'adempimento del proprio compito di assicurare l'adeguamento del diritto nazionale (e dunque anche del diritto e della procedura penale) agli obblighi europei, portando così al proprio naturale compimento, nel singolo caso concreto, quel medesimo dovere che l'art. 117 co. 1 Cost. pone a carico del legislatore.

Alcuni passaggi, ripeto, potranno apparire ancora un po' ostici; ma il continuo accumularsi dell'esperienza applicativa, che purtroppo in queste poche pagine non è stato possibile evocare se non in maniera frammentaria, contribuirà certamente a dipanare queste residue difficoltà, e a rendere familiare questa materia anche alla gran massa degli operatori del nostro sistema penale, e in particolare ai *giudici ordinari*. Sulle cui spalle, come ho cercato di dimostrare, ricade in larghissima parte la responsabilità di restituire al nostro sistema penale – attraverso il continuo confronto con gli standard europei – efficienza, giustizia, e prestigio agli occhi del mondo.

CORTE COST. N. 49 DEL 2015, GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI, ART. 117 COST., OBBLIGHI DERIVANTI DALLA RATIFICA DELLA CONVENZIONE

di Vladimiro Zagrebelsky

1. Con la sentenza *Varvara c. Italia* del 23 ottobre 2013, la Corte europea dei diritti umani ha affermato che, ai fini della Convenzione e particolarmente delle garanzie offerte dal suo articolo 7, non si può concepire "che una persona assolta o, in ogni caso, senza alcuna responsabilità penale ritenuta da una sentenza di colpevolezza, subisca una pena". La Corte, anche richiamando la presunzione d'innocenza di cui all'art. 6/2 Conv., ha ritenuto che il divieto di infliggere una pena senza che sia accertata la responsabilità deriva dal principio di legalità affermato dall'art. 7 della Convenzione. Il susseguirsi dei passaggi della motivazione che la Corte ha adottato per giungere a tale affermazione non è limpido e conseguenziale. Il ragionamento, come talora accade, menziona anche precedenti di dubbia pertinenza. La conclusione è peraltro netta. Netta, ma, come sempre, da interpretare.

2. Nella vicenda oggetto del ricorso definito con la sentenza *Varvara*, per come descritta ai §§ 6-24, solo la lettura della sentenza definitiva della Corte di Cassazione dell'11 giugno 2008 permetterebbe di constatare se, nel confermare la prescrizione dei reati contestati al ricorrente, la Corte di Cassazione ha sviluppato una motivazione nel senso di ritenerne comunque provata la responsabilità penale. E ciò secondo i criteri di adeguatezza della motivazione e di onere della prova indicati dalla Corte costituzionale nella motivazione della sua sentenza n. 49/2015 (punto 5).

L'esistenza o meno di una simile motivazione indirizza verso conclusioni opposte sul punto della compatibilità con le esigenze del principio di legalità, nella portata che esso ha assunto nella Convenzione europea dei diritti umani.

3. Le sentenze e decisioni della Corte europea ricorrono necessariamente a terminologia che rinvia a concetti giuridici. Tuttavia, salvo che i termini usati richiamino espressamente il significato che essi assumono nel diritto nazionale, occorre tener presente che la Corte opera ricorrendo a "nozioni autonome". Esse sono adottate ai soli fini dell'interpretazione e applicazione della Convenzione, perché ritenute idonee ad assicurarne l'applicazione, conforme al suo oggetto e scopo, in tutti gli Stati europei che sono parte del sistema. Note e largamente richiamate sono le nozioni autonome di "legge", "legalità", "diritto", "giudice", "accusa penale", "pena", ecc. Ma non si tratta di elenco

chiuso. Sempre la Corte europea ragiona in "modo autonomo" rispetto ai diritti nazionali nell'ambito dei quali si è svolta la vicenda sottoposta al suo giudizio[1]. Il lettore delle sentenze della Corte europea, per comprenderne il significato e prima di esprimersi sulle conseguenze nel diritto interno, deve adottare l'ottica della Convenzione e delle modalità interpretative proprie della Corte europea nell'esercizio della competenza assegnatale dall'art. 32 Conv. Se la lettura delle sentenze della Corte europea è invece fatta ricorrendo all'apparato concettuale e linguistico proprio del diritto nazionale si resta vittime di un'incomprensione e distorsione che può avere gravi conseguenze.

4. La sentenza *Varvara*, lo sconcerto che essa ha suscitato, la stessa vicenda che ha portato la Corte costituzionale a pronunciarsi con la sentenza n. 49/2015, offrono un esempio significativo dello scarto esistente tra il diritto della Convenzione e il diritto nazionale sul piano dei concetti e del linguaggio ad essi relativo.

I giudici che hanno sollevato le questioni di costituzionalità affrontate dalla Corte costituzionale, hanno evidentemente letto le parole "sentenza di condanna", come se fossero "sentenza ai sensi dell'art. 533 C.p.p.". Ma la Corte europea – pur con espressioni che si spera saranno chiarite dalla Grande Camera che deciderà alcuni altri ricorsi contro l'Italia vertenti su analogo problema – ha detto cosa diversa. Nel quadro delle norme della Convenzione che vengono in discorso (art. 6, equo processo e presunzione di innocenza; art. 7, principio di legalità in materia penale), la sentenza *Varvara* afferma che perché sia ammissibile l'inflizione di una "pena" occorre una sentenza che affermi la responsabilità del condannato rispetto ad un illecito penale. Una simile sentenza deve rispondere ai requisiti dell'art. 6 Conv. nella interpretazione datane dalla Corte europea. Tra essi, qui importa richiamare l'adeguata motivazione, che superi la presunzione d'innocenza all'esito di un processo equo.

Una tale sentenza, comunque sia chiamata e considerata dal diritto nazionale, ai fini della Convenzione e delle garanzie cui risponde il metodo delle "nozioni autonome", deve essere ritenuta "sentenza di condanna". Ai fini della Convenzione, una sentenza di non doversi procedere per essere il reato estinto per prescrizione (art. 529 C.p.p.), che disponga una confisca qualificabile come sanzione penale[2], è certo una sentenza di condanna se corrisponde ai requisiti di motivazione espressi dalla Corte costituzionale[3] e dalla prassi adottata in punto motivazione dalla Corte di Cassazione dopo la sentenza *Sud Fondi*.

---

[1] *Sunday Times (n .1) c. Regno Unito*, 26 aprile 1979, §§ 47-49; *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, §§ 81-82.

[2] Come è – ai fini della Convenzione – la confisca di cui si tratta: sentenza *Sud Fondi c. Italia*, cit., richiamata da Corte cost. n. 239/2009.

[3] Corte cost., n.85/2008, 239/2009, 49/2015.

Naturalmente, come sopra avvertito, la conclusione dovrebbe essere diversa e opposta se (anche per le difficoltà derivanti dall'art. 129 C.p.p. nel suo operare nelle varie fasi processuali) la responsabilità penale dell'imputato non fosse affermata o il procedimento fosse viziato rispetto a quanto prescrive l'art.6 Conv.

Se si tiene adeguatamente conto del metodo interpretativo della giurisprudenza della Corte europea e dell'uso che essa fa dei "concetti autonomi ai fini dell'applicazione della Convenzione", la sentenza *Varvara* non avrebbe dunque dovuto suscitare tanto allarme. E l'argomentare della Corte costituzionale avrebbe potuto essere meno elaborato. In particolare non sarebbe stato necessario l'impegno che la Corte ha esercitato nell'inquadrare la sentenza *Varvara* nell'ambito della precedente giurisprudenza europea.

5. La sentenza n.49/2015, di inammissibilità delle questioni sottoposte all'esame della Corte costituzionale, esprime la posizione della Corte su una serie di temi di rilevante serietà ed assume importanza generale, ben oltre la vicenda specifica.

Svolgerò qui alcune considerazioni su due punti che mi paiono nodali rispetto al futuro della Convenzione europea dei diritti umani nel sistema italiano e alla portata dell'impegno europeo internazionale assunto dallo Stato nel ratificarla. Il primo punto riguarda quanto affermato dalla Corte costituzionale in ordine al significato da attribuire alla formula da essa stessa adottata nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007, secondo la quale ai fini dell'art. 117 Cost. si deve far riferimento alla Convenzione così come interpretata dalla Corte europea. Il secondo punto affronterà la posizione assunta dalla Corte costituzionale sull'identificazione della norma di legge della cui costituzionalità si dubita, quando il giudice remittente rilevi un contrasto con la Convenzione.

6. Sul primo punto, la Corte costituzionale sviluppa indicazioni che nel loro insieme specificano, ma anche rischiano di pericolosamente restringere, la posizione espressa dalle sentenze 348 e 349 del 2007. La Corte ora svolge ampiamente ciò che nella sentenza n. 311/2009 era solo un cenno alla "giurisprudenza consolidata" della Corte europea. All'epoca la formula "come interpretata dalla Corte europea", adottata dalle sentenze del 2007, era parsa impropria o piuttosto inadatta. Essa, infatti, sembrava riflettere la convinzione che si trattasse di una giurisprudenza simile a quella della Corte di Cassazione, che, quando enuncia un principio di diritto lo definisce in termini non dissimili da come farebbe una legge, per sua natura generale e astratta. Ma la giurisprudenza della Corte europea è altra cosa e la sua ricerca e determinazione richiede il ricorso al metodo proprio della dottrina del precedente nota al diritto e alla pratica di *common law*. La giurisprudenza casistica della Corte europea e la pratica che essa segue nell'argomentare per precedenti, con ricorso al metodo del *distinguishing*, assimila la sua produzione giuri-

sprudenziale a quella tipica dei giudici di *common law*[4]. Si tratta di un fatto che non legittima atteggiamenti di giuristi continentali inclini a ritenere la giurisprudenza della Corte europea un corpo estraneo da tenere a bada, ma che induce a riconoscerne la specifica struttura e ad adottare gli strumenti idonei a conoscerne il senso.

La pretesa illuministica che la legge scritta offra la possibilità di un esito interpretativo certo, così che quello difforme sarebbe sbagliato, è da tempo tramontata, ma non senza lasciar tracce nel pensiero dei giuristi continentali. Ma quella pretesa è estranea al sistema della Convenzione, tanto che esso prevede che i giudici dissenzienti (o concordanti, ma per motivi diversi) uniscano alla decisione della maggioranza la loro opinione separata: un'opinione che argomenta sulla base dello stesso complesso normativo offerto dai precedenti, ma giunge a conclusioni diverse. Spesso le opinioni dissenzienti sono fortemente argomentate e rendono evidente la serietà di una ricostruzione dei precedenti della Corte diversa da quella adottata dalla maggioranza o almeno di una diversa applicazione al caso concreto. Ciò non significa – come un passaggio della sentenza della Corte costituzionale potrebbe suggerire – che una sentenza della Corte europea resa a maggioranza e quindi accompagnata da opinioni dissidenti, sia meno costitutiva della giurisprudenza europea, fino a quando, come talora è avvenuto, le opinioni dissidenti non riescano a far breccia e a divenir maggioritarie. La giurisprudenza della Corte europea essendo evolutiva[5], il rapporto tra motivazione maggioritaria e opinioni separate è dinamico.

7. La Convenzione, trattato internazionale, viene interpretata ricorrendo ai criteri interpretativi offerti non dalle nostre preleggi, ma dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (art. 31). Tra questi criteri, oltre al testo naturalmente, ha un valore fondamentale il richiamo all'oggetto e scopo del trattato. Oggetto e scopo della Convenzione, dice la Corte europea, sono la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, titolare di diritti nei confronti delle pretese dello Stato. Tale essendo lo scopo del trattato, è amplissimo il margine di azione creativa da parte della Corte europea. Un concorrente criterio d'interpretazione dei trattati è il consenso delle parti contraenti: gli Stati. In proposito va constatato che una certa tendenza estensiva, riscontrabile nell'interpretazione evolutiva della Convenzione da parte della Corte europea, non è formalmente contestata da parte dei quarantasette Stati, Italia compresa. Il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sorveglia e stimola l'esecuzione delle sentenze

---

[4] *Cossey c. Regno Unito*, 27 settembre 1990, §§ 32-34.

[5] *Tyrer c. Regno Unito*, 15 aprile 1978, § 31. 6 *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, § 154; *Guzzardi c. Italia*, 6 novembre 1980, § 86; *Karner c. Austria*, 24 luglio 2003, § 26; *Rantsev c. Cipro e Russia*, 7 gennaio 2010, § 197.

della Corte (art. 46 Conv.). Le proteste e le resistenze di questo o quel governo rispetto all'esecuzione dell'una o dell'altra sentenza non hanno mai assunto la forma di contestazione della competenza della Corte, tanto meno come fatto collettivo dei Paesi che sono parte del sistema.

La Corte europea, con metodo casistico, costruisce una giurisprudenza, un'interpretazione della Convenzione che ne indica il contenuto attuale. Pur disponendo per il caso concreto, l'autorità della sentenza della Corte europea non è limitata al caso deciso[6]. Il dovere degli Stati che partecipano al sistema della Convenzione è di evitare violazioni. Una condotta che confligga con l'orientamento espresso dalla Corte (non importa nei confronti di quale degli Stati parte alla Convenzione), pone lo Stato a rischio di violazione. Certo esistono sentenze della Corte europea che indicano l'origine della violazione della Convenzione nel contenuto di una specifica disposizione normativa o di una prassi amministrativa dello Stato convenuto in giudizio, cosicché il caso concreto sottoposto dal ricorrente finisce con il divenire l'occasione per un'affermazione di ordine generale. Ma normalmente così non è. E in ogni caso, in linea di principio, la Corte europea non interpreta il diritto nazionale, ma prende atto dell'applicazione che ne ha fatta il giudice interno nel caso specifico, confrontandone il risultato con le esigenze di tutela dei diritti della Convenzione.

8. "La Corte non è legata dai propri precedenti, ma usualmente li segue ed applica, nell'interesse della sicurezza legale e dell'ordinato sviluppo della sua giurisprudenza"[7]. Quando, con la procedura del ricorso alla *Grande Chambre*, la Corte procede a un *revirement* giurisprudenziale essa ne indica solitamente la ragione nel fatto che ha riscontrato un mutamento nel quadro normativo europeo o internazionale o nelle tendenze socio-culturali nel frattempo emerse in tema di diritti fondamentali[8]. Più raramente la Corte corregge la sua giurisprudenza per il fatto che essa si è rivelata inadeguata allo scopo[9] o semplicemente sbagliata[10].

Vincolante per la Corte è ritenuto ogni suo precedente, se pertinente al caso da decidere. È vincolante anche un'unica sentenza (o decisione di irricevibilità) resa da un collegio ordinario, fino a quando l'orientamento che vi è espresso non sia modificato da una sentenza della *Grande Chambre*.

---

6 *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, § 154; *Guzzardi c. Italia*, 6 novembre 1980, § 86; *Karner c. Austria*, 24 luglio 2003, § 26; *Rantsev c. Cipro e Russia*, 7 gennaio 2010, § 197.

7 *Cossey c. Regno Unito*, 27 settembre 1990, § 35.

8 *Christine Goodwin c. Regno Unito*, 1° luglio 2002 § 74; *Mamatkoulov e Askarov c. Turchia*, 4 febbraio 2005 § 121; *Demir e Baykara c. Turchia*, 2 novembre 2008, §§ 153-154; *Scoppola c. Italia (n. 2)*, 7 settembre 2009, §§ 104-109.

9 *Vilho Eskelinen c. Finlandia*, 19 aprile 2007, §§ 50-56.

10 *Guiso-Gallisay c. Italia*, 22 dicembre 2009, §§ 102-105.

L'intervento della *Grande Chambre* è previsto quando una Camera abbia ad essa rinviato un caso che solleva serie questioni di interpretazione della Convenzione, ovvero si prospetta un contrasto di giurisprudenza (art. 30 Conv.). Oltre alla rimessione disposta da una Camera, in casi eccezionali, un collegio di cinque giudici può ammettere che, dopo la sentenza di una Camera, a richiesta di parte, il caso sia riesaminato dalla *Grande Chambre* (art. 43 Conv.).

Alla *Grande Chambre*, che interviene raramente, è rimesso il potere di modificare la giurisprudenza della Corte. Non è quindi esatto che una sentenza della *Grande Chambre* assuma una particolare forza vincolante, maggiore di quella propria dei precedenti formati dalle sentenze delle Camere. Essa scioglie un contrasto e fissa il tenore del precedente cui far riferimento. Nemmeno il numero delle sentenze conformi è di per sé significativo. Vi sono questioni che si presentano raramente; rari sono dunque i ricorsi che le pongono e le sentenze che li decidono.

È quindi difficile identificare una giurisprudenza consolidata e distinguerla da quella che consolidata non sarebbe, ai fini della attribuzione di una speciale forza vincolante. La formula di *jurisprudence bien établie*, contenuta nell'art. 28/1 lett. b) della Convenzione e ricordata dalla Corte costituzionale, indica solo la condizione per l'adozione della procedura davanti ad un Comitato di tre giudici, che pronunciano una sentenza definitiva (escludendo quindi che sia ammissibile un ricorso alla *Grande Chambre*). Essa si riferisce ai casi ripetitivi, come ad esempio quelli relativi alla irragionevole durata delle procedure nazionali.

E le "sentenze pilota" (che hanno variegata natura e struttura) non presentano una particolare forza vincolante. Esse si caratterizzano semplicemente per il fatto che decidono un caso in vista della decisione di altri numerosi casi identici (seriali) già pendenti, la cui trattazione viene sospesa in modo da consentire al governo interessato di introdurre soluzioni nazionali riparatorie e preventive di violazioni ripetute o strutturali (art. 61 Regolamento della Corte). Quando ciò avviene gli altri casi pendenti sono rinviati ai rimedi interni. E nuovi ricorsi non dovrebbero più giungere alla Corte europea (vedi la vicenda *Torreggiani c. Italia*, 8 gennaio 2013 e i suoi seguiti). Dal punto di vista giurisprudenziale la sentenza pilota sono spesso di nessun interesse, poiché riprendono precedenti non contestati.

In senso inverso, nel senso cioè di attenuare il significato di un precedente nella definizione del contenuto attuale della Convenzione, può invece operare il fatto che esso sia antico e, senza che vi sia stata l'occasione di ripensarlo specificamente, l'orientamento complessivo della Corte in ordine ad un diritto abbia subito una evoluzione.

Non è dunque utile tentare di codificare gli indici secondo i quali pesare la forza dei precedenti o la loro debolezza, ai fini della definizione del contenuto dell'obbligo assunto dallo Stato con la ratifica della Convenzione e ai fini dell'art. 117 Cost. Utile ed anzi indispensabile è valutare la pertinenza del precedente rispetto al caso da decidere.

Necessario è comunque tener presente che sia il giudice ordinario, sia la Corte costituzionale (ma anche il legislatore) devono evidentemente evitare di esporre lo Stato a responsabilità internazionale, con decisioni interne che ignorino o forzino l'orientamento interpretativo della Corte europea. Sul punto rilevano sia quanto la Corte costituzionale ha sottolineato nella sentenza n. 349/2007 richiamando la "peculiare rilevanza delle norme della Convenzione, in considerazione del contenuto della medesima, tradottasi nell'intento di garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione, che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare e realizzare", sia i conseguenti meccanismi finalizzati ad assicurare l'adempimento delle pronunce della Corte europea[11].

9. Ciò detto, non è però possibile evitare di mettere in luce seri problemi. Per un certo periodo di tempo, prima che siano risolte con il meccanismo del rinvio alla *Grande Chambre*, convivono talora tra le sentenze della Corte europea orientamenti difficilmente compatibili, che l'interprete nazionale, che dovrebbe poter identificare con sicurezza la *ratio decidendi* cui far riferimento, non ha strumenti per comporre. E talora nelle sentenze l'applicazione al caso concreto sembra stridere con il quadro dei precedenti che la Corte europea cita in premessa. La quantità di sentenze e decisioni pronunciate dalla Corte europea nelle sue diverse formazioni non aiuta ad assicurarne la costante coerenza e l'ordinato sviluppo.

Non solo, ma l'evoluzione dell'opera della Corte europea di interpretazione e applicazione (significativamente i due termini vanno insieme nell'art. 32 Conv.) non necessariamente percorre lo stesso senso di marcia, verso una estensione della tutela. È eventualità da ritenere eccezionale, ma non impossibile. Un esempio recente può essere rappresentato dalla giurisprudenza inaugurata con la sentenza *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, 15 dicembre 2011, § 146 in tema di prova dichiarativa non sottoposta a esame contraddittorio. Benché si tratti di ipotesi eccezionale, non è dunque da escludere che sia riconosciuta l'incostituzionalità di una legge nazionale, per il contrasto con la giurisprudenza della Corte europea, che successivamente ritorni sui suoi passi in modo tale che, rispetto alla nuova giurisprudenza, il contrasto rilevato non appaia.

L'opera che si richiede all'interprete della giurisprudenza della Corte europea è dunque complessa e tale da non condurre a risultati incontrovertibili. Essa può apparentarsi a quella che il giudice di *common law* svolge nell'uso dei precedenti in un diritto di creazione giurisprudenziale (ove al valore del precedente si accompagna non solo l'esame della sua pertinenza, ma anche

---

[11] Art. 1 L. 9 gennaio 2006, n. 12; art. 1/1217 L. 27 dicembre 2006, n. 296; d.p.c.m. 1° febbraio 2007 – Misure per l'esecuzione della legge 9 gennaio 2006, n. 12.

la considerazione che – seppur eccezionali – esistono decisioni rese *per incuriam*, o che sono obsolete o che, se ritenute vincolanti, condurrebbero a conseguenze ingiuste). Si comprende così perché lo *Human Rights Act* che nel 1998 ha introdotto il diritto della Convenzione nel sistema interno del Regno Unito, abbia all'art. 2/1 stabilito che le Corti nazionali devono "tener conto" della giurisprudenza della Corte europea "ogni volta che nell'opinione della corte o del tribunale, essa è rilevante nel procedimento in cui la questione è sorta". Non si creda che la formula "tener conto" implichi un vincolo elastico, relativo, blando. Il vincolo, come emerge dalla giurisprudenza della *House of Lords* prima ed ora della Corte Suprema del Regno Unito, è inteso in senso forte. Ciò che è talora complesso, tendenziale, di principio, suscettibile di eccezione, dominato da nozioni elastiche come quella di proporzione e necessità è il punto di riferimento: l'interpretazione della Convenzione da parte della Corte europea.

10. È ora venuto il momento di affrontare il secondo punto che qui si intende esaminare. La sentenza n. 49, nel primo dei motivi di inammissibilità delle ordinanze di rimessione, afferma che punto di riferimento delle eccezioni di costituzionalità avrebbe dovuto essere la L. 4 agosto 1955, n. 848 di ratifica e esecuzione della Convenzione. In passato le eccezioni esaminate dalla Corte avevano riguardato le specifiche norme di legge ordinaria, che il giudice remittente doveva applicare e che parevano in contrasto con una norma della Convenzione (senza che il conflitto potesse essere sciolto con gli ordinari mezzi dell'interpretazione adeguatrice). E la Corte costituzionale aveva affrontato la questione della compatibilità di quelle specifiche norme con la pertinente norma della Convenzione, nell'interpretazione datane dalla Corte europea. Ciò era avvenuto nelle due sentenze n. 348 e 349/2007 (con dichiarazione di incostituzionalità *ex* art. 117 Cost. delle norme cui le eccezioni si riferivano), nella sentenza n. 311/2009 (di non fondatezza dell'eccezione per l'inesistenza di contrasto con la pertinente norma della Convenzione) ed anche nella sentenza n. 264/2012 (non fondatezza dell'eccezione per l'affermata incompatibilità della norma convenzionale come interpretata dalla Corte europea, rispetto a norme costituzionali e conseguente inidoneità della norma della Convenzione a fungere da parametro interposto ai fini dell'art. 117 Cost.). Il riferimento a specifiche norme di legge nazionale e a specifiche norme della Convenzione (o addirittura a particolari aspetti di specifiche norme convenzionali), per esaminare la compatibilità delle prime rispetto alle seconde, è presente anche nelle altre sentenze che la Corte costituzionale ha pronunciato in materia, prima di quella cui questo commento si riferisce. Il mutato orientamento induce a porre alcune domande: la Corte dichiarerà inammissibili tutte le eccezioni già pendenti, formulate indicando come d'abitudine singole norme di legge nazionale in rapporto a singole norme convenzionali? O quello della Corte è un *prospective overruling*? e d'ora innanzi i giudici remittenti sottoporranno all'esame della Corte la legge di

ratifica della Convenzione? In questo secondo caso, nell'ipotesi in cui ritenga che la norma convenzionale, nell'interpretazione datane dalla Corte europea, contrasti con una norma costituzionale, la Corte costituzionale dichiarerà l'incostituzionalità (*in parte qua*) della legge di ratifica della Convenzione?

L'eventualità era stata ventilata dalla sentenza n. 348/2007 (ma non dalla n. 349/2007 impropriamente detta "gemella") e poi in modo diverso ripresa anche dalla sentenza n. 311/2009. Nella n. 348 si legge che nell'ipotesi di rilevato contrasto della norma convenzionale con la Costituzione, la Corte "ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano", mentre la n.311/2009 afferma che non potendosi evidentemente incidere sulla legittimità della Convenzione, il contrasto con la Costituzione "comporta – allo stato – l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento". Tuttavia la dichiarata eccezionalità di tale eventualità aveva fatto pensare che simili affermazioni della Corte costituzionale rispondessero essenzialmente ad una preoccupazione "di sistema" e non fossero destinate a concretizzarsi. Tanto più che la Corte, a partire dalla sentenza n.349 aveva ripetutamente indicato che il vero criterio utile a sciogliere differenze di disciplina sulla protezione dei diritti fondamentali fosse quello che faceva prevalere la maggior tutela del diritto fondamentale in discussione. E in effetti in una occasione che avrebbe potuto offrire il destro alla Corte di dar corso alle affermazioni ora ricordate, quella della già menzionata sentenza n. 264/2012, di esse e della conseguente "espunzione" della legge di ratifica (e quindi della Convenzione europea dei diritti umani) dall'ordinamento giuridico italiano, non si trova traccia, nonostante che la Corte abbia accettato che la norma convenzionale che veniva in considerazione (art. 6 Conv.), nella interpretazione della Corte europea, da un lato integrasse il parametro di cui all'art. 117/1 Cost. (punto 5.2) e dall'altro fosse incompatibile con la Costituzione.

11. Con la sentenza n.49/2015 si ha dunque una modifica della giurisprudenza e della prassi fino ad ora seguita. Il tenore della motivazione della sentenza, su questo e sugli altri punti, ne indica l'attitudine a fissare la linea della Corte costituzionale, ben aldilà del caso specifico. Qualche preoccupata considerazione va dunque sviluppata, insieme alla sottolineatura della non pertinenza, per quanto si dirà qui di seguito, del precedente segnato dalla sentenza n. 238/2014, riferita a normativa di tutt'altra natura e comunque mossa dall'intenzione di assicurare la maggior tutela di diritti fondamentali.

La particolare natura della Convenzione, che la distingue dagli ordinari trattati internazionali, consiste nel fatto che essa ha posto in essere un "sistema collettivo" di protezione dei diritti umani, del quale è elemento fondamentale la promozione della uniformità della tutela, oltre che la garanzia del loro livello minimo comune (e salva la prevalenza della maggior tutela assicurata nell'uno o nell'altro ordinamento – art. 53 Conv.). La disponibilità degli Stati a consentire la maggior possibile uniformità europea in materia

è condizione essenziale rispetto alla partecipazione al sistema, così come emerge anche dal Preambolo alla Convenzione (v. art. 31/2 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati); il ruolo assegnato alla Corte europea nell'interpretazione della Convenzione (art. 32 Conv.) "garantisce l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri" (Corte cost. n. 349/2007). La natura di "sistema di garanzia collettiva" dichiarata dal Preambolo e più volte affermata dalla Corte europea[12], emerge sia dalla non operatività del principio di reciprocità, sia anche dalla stessa previsione del ricorso interstatale, ove per essere legittimato, lo Stato ricorrente, che agisce nell'interesse collettivo di difesa della Convenzione, non ha da esser vittima della denunziata violazione.

La Corte costituzionale nelle sentenze n. 349/2007 e poi anche nella n. 311/2009 opportunamente ha ricordato che occorre tenere conto della peculiarità della Convenzione "rispetto alla generalità degli accordi internazionali, peculiarità che consiste nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti e obblighi reciproci degli Stati contraenti. Questi ultimi hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali. L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione. La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza «si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste» dalla medesima (art. 32/1 Conv.). Gli stessi Stati membri, peraltro, hanno significativamente mantenuto la possibilità di esercitare il diritto di riserva relativamente a questa o quella disposizione in occasione della ratifica, così come il diritto di denuncia successiva, sì che, in difetto dell'una e dell'altra, risulta palese la totale e consapevole accettazione del sistema e delle sue implicazioni". E l'Italia, nel ratificare la Convenzione, non ha apposto riserve sul punto della giurisdizione della Corte e degli effetti delle sue sentenze.

Quanto alle riserve poi la Corte europea, ha ritenuto che la specificità della Convenzione – per oggetto e struttura del sistema – ammette ridotti ambiti di "selezione" degli obblighi assunti dagli Stati con l'apposizione di riserve al momento dell'adesione al sistema. La Corte non ha seguito la re-

---

[12] *Irlanda c. Regno Unito,* 18 gennaio 1978, § 239; *Loizidou c. Turchia (eccezioni preliminari)*, 23 marzo 1995, §§ 75 e 93; Commissione europea dei diritti umani, decisione di ricevibilità del ricorso *Austria c. Italia*, 11 gennaio 1961. 13 *Belilos c. Svizzera*, 29 aprile 1988, §§ 40-60; *Loizidou c. Turchia (eccezioni preliminari)*, cit. §§ 65-98; *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014, §§ 204-211.

gola secondo la quale, se uno Stato formula una riserva contraria all'oggetto e scopo del trattato consegue l'esclusione dello Stato dalla partecipazione al trattato. La Corte ha invece ritenuto che dall'invalidità della riserva derivi che essa è considerata come non apposta[13].

12. In questo quadro si colloca l'eventualità che la Corte costituzionale dichiari l'incostituzionalità (parziale) della legge di adesione alla Convenzione europea dei diritti umani. Merita di essere ricordato che la partecipazione al sistema europeo di protezione dei diritti umani di cui la Convenzione è il fondamento, è condizione di appartenenza non solo al Consiglio d'Europa, ma anche all'Unione Europea. E che l'Italia ha partecipato alla redazione della Convenzione all'epoca stessa in cui la Repubblica si dava la sua Costituzione.

Che senso assumerebbe, rispetto alla posizione italiana nelle Istituzioni europee, una sia pur parziale dichiarazione di incostituzionalità della legge di ratifica della Convenzione? Per certi versi essa potrebbe essere assimilata, quanto ad effetti e dal punto di vista dell'ordinamento interno, a una (tardiva) apposizione di una riserva. Ma, a parte l'incompatibilità con quanto previsto all'art. 57 Conv., si tratterebbe di una riserva certamente incompatibile con l'oggetto e scopo della Convenzione. Tra l'altro essa, nel caso considerato dalla sentenza n. 49/2015, riguarderebbe l'art. 7 Conv. che concerne uno dei pochi diritti assoluti non suscettibili di sospensione o limitazione nemmeno in tempo di guerra o di pericolo per la nazione (art. 15 Conv.). In nessun modo quindi il governo potrebbe trasformare e trasferire sul piano europeo la decisione della Corte costituzionale con l'unico strumento ipotizzabile (oltre alla denunzia della Convenzione), quello dell'apposizione di una riserva. E dal punto di vista del sistema della Convenzione (Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, Corte europea) la dichiarata incostituzionalità della legge di ratifica sarebbe irrilevante. Essa costituirebbe premessa e promessa di continue violazioni degli impegni derivanti dalla partecipazione al sistema della Convenzione. Nessuno Stato europeo ha finora assunto una simile posizione, ma il (cattivo) esempio italiano potrebbe fare scuola, in un periodo in cui si appanna l'ideale di unificazione europea, di cui la Convenzione è stata storicamente il primo concreto momento.

In alternativa all'irrilevanza sul piano delle Istituzioni europee (Consiglio d'Europa e Unione europea), una "espunzione" dall'ordine giuridico italiano di una parte della Convenzione per effetto della dichiarata incostituzionalità parziale della legge di ratifica, si dovrebbe pensare che una simile dichiarazione verrebbe vista come una implicita denunzia della Convenzione stessa, cui, fuori dei ridotti casi di ammissione di riserve, si aderisce o non aderisce,

---

[13] *Belilos c. Svizzera*, 29 aprile 1988, §§ 40-60; *Loizidou c. Turchia* (eccezioni preliminari), cit. §§ 65-98; *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014, §§ 204-211.

ma che non può essere ritagliata come meglio ritiene questo o quello Stato, che intenda continuare a far parte del sistema collettivo europeo di tutela dei diritti umani.

FONTI

Balsamo Antonio, Trizzino Luisa, *La Corte europea, l'ergastolo e il "diritto alla speranza"*, in *Cassazione penale*, 12/2013.

Bilancia Paola, *Crisi nella democrazia rappresentativa, populismo e istanze di rafforzamento della democrazia diretta*, inedito.

Bindi Elena, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia: il punto dopo gli interventi del Consiglio di Stato, la riforma del regolamento Consob e le nuove norme dettate dal legislatore italiano*, inedito.

Bortolato Marcello, *Fiato alla speranza: l'ergastolo ostativo e la Costituzione*, in *Questione Giustizia*, 15 ottobre 2019.

Buzzelli Silvia, *Rieducazione e non violenza. Un binomio indissolubile*, in *Salvati con nome. Carcere e rieducazione non violenta: il modello dell'isola di Gorgogna*, a cura di Silvia Buzzelli e Marco Verdone, Giappichelli, Torino, 2018.

Bruno Anna Silvia, Cassetti Luisa, *La Corte di Strasburgo tra misure discriminatorie e politiche urbane per i territori eccezionali. Il caso Garib v. The Netherlands*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights, 2/2019.

Canzio Gianni, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali e il dialogo tra le Corti*, inedito.

Cardamone Daniela, *Le misure di prevenzione personali tra principio di legalità, garanzie giurisdizionali ed esigenza di determinatezza delle fattispecie di pericolosità generica*, inedito.

Chenal Roberto, *Il principio di legalità e la centralità dei diritti fondamentali*, in *Fattore tempo e diritti fondamentali. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2017.

Chiavario Mario, *Dal caso Bolzaneto alla nuova legge. Definire la tortura per non vederla più*, in *Avvenire*, 1° novembre 2017; *Sul boss Provenzano giusta severità sì ma disumanità mai*, in *Avvenire*, 26 ottobre 2018.

Ciuffoletti Sofia, *Diritti migranti. Il judicial borrowing come strumento di protezione dei diritti a livello transnazionale*, in R. De Giorgi, *Limiti del Diritto. Prospettive di riflessione e analisi*, Pensa Multimedia, Lecce, 2018.

Conti Roberto Giovanni, *La radice umanitaria dei diritti fondamentali e le scelte politiche come limite "valicabile" dal giudice nazionale. La lezione, ancora attuale, della vicenda legata al bombardamento NATO sulla Radiotelevisione serba dell'aprile 1999*, in *Giustizia Insieme*, 30 novembre 2019.

De Vito Riccardo, *L'orologio della società e la clessidra del carcere. Riflessioni sul tempo della pena*, in *Questione Giustizia*, 1/2017.

Di Stasi Angela, *Equo processo ed obbligo di motivazione del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice di ultima istanza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights, 3/2016.

Dolcini Emilio, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1/2019.

Fassone Elvio, *La giustizia e il perdono*, in Davide Assael, Antonella Casiraghi, Elvio Fassone, Abd al-Ghafur Masotti, *Il perdono*, Edizioni Messaggero, Padova, 2018.

Fiorentin Fabio, *Discrezionalità giudiziale (e suoi limiti) nella "giurisdizione rieducativa"*, in *Diritto penale e uomo*, 10/2019.

Flick Giovanni Maria, *Il percorso europeo verso la pari dignità sociale. Da Auschwitz alla Carta di Nizza attraverso la Costituzione*, inedito.

Galliani Davide, *Esiste un diritto che non sia umano? A proposito della possibilità della Corte di Strasburgo di accordare il risarcimento anche quando non è stato chiesto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 15 aprile 2017.

Gatta Gian Luigi, *La pena nell'era della "crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2018.

Gianfilippi Fabio, *Tra gusci di noce e tende di cielo: un percorso per la tutela dei diritti dei detenuti*, in *Questione Giustizia*, 2/2015.

Giostra Glauco, *La riforma della riforma penitenziaria: un novo approccio ai problemi di sempre*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015.

Groppi Tania, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Consulta On Line*, 1/2015.

Kostoris Roberto, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cassazione penale*, 5/2018.

Lamarque Elisabetta, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*, in *giudicedonna.it*, 1/2017.

Magi Lello, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 marzo 2017.

Mammone Giovanni, *The relationship between the Constitutional Courts and the Supreme Courts. In particular, the Italian experience*, inedito.

Manes Vittorio, *Aiuto a morire, dignità del malato, limiti dell'intervento penale*, in *Politica del diritto*, 1/2020.

Martinico Giuseppe, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale". Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 28 aprile 2015.

Maugeri Anna Maria, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sui diritti dei detenuti tra istanze garantiste e compromessi politici*, inedito.

Palma Mauro, *Operare giustizia negli ambiti della restrizione della libertà personale*. Lezione magistrale per il conferimento della Laurea *honoris causa* in Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma Tre, 5 novembre 2019.

Pelissero Marco, *Gli effetti della sentenza De Tommaso sulla disciplina delle misure di prevenzione dopo le recenti posizioni della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 10/2019.

Perrone Francesco, *L'efficacia conformativa della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla tutela nazionale del diritto alla privacy*, inedito.

Pollicino Oreste, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 19/2019.

Pugiotto Andrea, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3/2016.

Raimondi Guido, *Le autorità amministrative indipendenti e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, inedito.

Ranalli Daniela, *L'evoluzione della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di reclusione perpetua reale: verso la costruzione di un autonomo diritto al reinserimento sociale*, inedito.

Randazzo Barbara, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le 'sentenze gemelle' (e la sentenza*

n. 49 del 2015). Commento a Parrillo c. Italia, GC, sentenza 27 agosto 2015, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2015.

Repetto Giorgio, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Questione Giustizia*, aprile 2019.

Ruggeri Antonio, *La "federalizzazione" dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in *Media Laws*, 2/2018.

Santoro Emilio, *I fondamenti del costituzionalismo alla prova del caso Diciotti: il sindacato sulle decisioni parlamentari e il punto di equilibrio fra poteri*, in *Questione Giustizia*, 14 marzo 2019.

Sciarabba Vincenzo, *L' "interpretazione conforme" tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, inedito.

Sitzia Andrea, *Personal computer e controlli "tecnologici" del datore di lavoro*, inedito.

Tamietti Andrea, *Les « zones d'ombre » entre le licite et l'illicite et la légalité des délits et des peines aux termes de l'article 7 de la Convention européenne des Droits de l'Homme – un bref aperçu de jurisprudence*, in *Eucrim*, 23 settembre 2019.

Taruffo Michele, *Diritto sostanziale e processo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/2018.

Ubertis Giulio, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Archivio penale*, 1/2017.

Viganò Francesco, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 febbraio 2014.

Zagrebelsky Vladimiro, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio Costituzionale*, maggio 2015.

GLI AUTORI

Antonio Balsamo, *magistrato, è consigliere giuridico della Rappresenta permanente d'Italia presso le Nazioni Unite a Vienna, nonché giudice della Corte costituzionale delle Kosovo Specialist Chambers*

Paola Bilancia, *già professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano*

Elena Bindi, *professore ordinario di diritto pubblico, Università degli Studi di Siena*

Marcello Bortolato, *magistrato, presidente del Tribunale di sorveglianza di Firenze*

Silvia Buzzelli, *professore associato di diritto processuale penale, Università degli Studi di Milano-Bicocca*

Anna Silvia Bruno, *ricercatore, Università degli Studi di Perugia*

Gianni Canzio, *già Primo Presidente della Corte di Cassazione*

Daniela Cardamone, *magistrato, già distaccato presso la Corte europea dei diritti umani*

Luisa Cassetti, *professore ordinario di diritto pubblico, Università degli Studi di Perugia*

Roberto Chenal, *giurista presso la Corte europea dei diritti umani*

Mario Chiavario, *professore emerito di procedura penale, Università degli Studi di Torino*

Sofia Ciuffoletti, *ricercatore, Università degli Studi di Firenze*

Roberto Giovanni Conti, *magistrato, Corte di Cassazione*

Riccardo De Vito, *magistrato, Tribunale di sorveglianza di Sassari*

Angela Di Stasi, *professore ordinario di diritto dell'Unione Europea, Università degli Studi di Salerno*

Emilio Dolcini, *professore emerito di diritto penale, Università degli Studi di Milano*

Elvio Fassone, *già magistrato, componente del CSM, senatore della Repubblica*

Fabio Fiorentin, *magistrato, Tribunale di sorveglianza di Venezia*

Giovanni Maria Flick, *già Presidente della Corte costituzionale, professore emerito di diritto penale, LUISS Roma*

Davide Galliani, *professore associato di diritto pubblico, Università degli Studi di Milano*

Gian Luigi Gatta, *professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Milano*

Fabio Gianfilippi, *magistrato, Tribunale di sorveglianza di Perugia*

Glauco Giostra, *professore ordinario di procedura penale, Università degli Studi di Roma La Sapienza*

Tania Groppi, *professore ordinario di diritto pubblico, Università degli Studi di Siena*

Roberto Kostoris, *professore ordinario di procedura penale, Università degli Studi di Padova*

Elisabetta Lamarque, *professore associato di diritto costituzionale, Università degli Studi Milano-Bicocca*

Lello Magi, *magistrato, Corte di Cassazione*

Giovanni Mammone, *già Primo Presidente della Corte di Cassazione*

Vittorio Manes, *professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Bologna*

Giuseppe Martinico, *professore associato di diritto pubblico comparato, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa*

Anna Maria Maugeri, *professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Catania*

Mauro Palma, *Presidente del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*

Marco Pelissero, *professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Torino*

Francesco Perrone, *magistrato, già distaccato presso la Corte europea dei diritti umani*

Oreste Pollicino, *professore ordinario di diritto costituzionale, Università Bocconi di Milano*

Andrea Pugiotto, *professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Ferrara*

Guido Raimondi, *magistrato, Corte di Cassazione, già Presidente della Corte europea dei diritti umani*

Daniela Ranalli, *giurista presso il Consiglio d'Europa, già giurista presso la Corte europea dei diritti umani*

Barbara Randazzo, *professore ordinario di diritto pubblico, Università degli Studi di Milano*

Giorgio Repetto, *professore associato di diritto pubblico, Università degli Studi di Perugia*

Antonio Ruggeri, *professore emerito di diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina*

Emilio Santoro, *professore ordinario di filosofia del diritto, Università degli Studi di Firenze*

Vincenzo Sciarabba, *professore associato di diritto costituzionale, Università degli Studi di Genova*

Andrea Sitzia, *professore associato di diritto del lavoro, Università degli Studi di Padova*

Andrea Tamietti, *giurista presso la Corte europea dei diritti umani*

Michele Taruffo, *professore emerito di diritto processuale civile, Università degli Studi di Pavia*

Luisa Trizzino, *magistrato, Tribunale di Palermo*

Giulio Ubertis, *professore ordinario di diritto processuale penale, Università Cattolica di Milano*

Francesco Viganò, *giudice della Corte costituzionale*

Vladimiro Zagrebelsky, *già giudice presso la Corte europea dei diritti umani*

Finito di stampare anno 2020
presso le Industrie Grafiche della Pacini Editore S.r.l.
Via A. Gherardesca • 56121 Pisa
Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300
www.pacinieditore.it

Collana
Quaderni de L'altro diritto

Direttore
Emilio Santoro

Comitato scientifico
Alberto di Martino
Chiara Favilli
Realino Marra
Luigi Pannarale
Aldo Schiavello
Danilo Zolo

I *Quaderni de L'altro diritto* vogliono essere uno spazio per la riflessione teorico-giuridica e la ricerca sociologica sui temi del carcere e delle istituzioni penali in genere, del governo dell'immigrazione, della devianza e dell'emarginazione sociale. La collana mira a evidenziare come operi in questi campi il "diritto in azione", vale a dire il fitto reticolo di credenze, conflitti, distorsioni e transazioni sociali attraverso il quale il "diritto dei libri" viene a contatto con la vita delle persone.

Il presente volume raccoglie i contributi che gli autori hanno deciso di dedicare a Paulo Pinto de Albuquerque, che ha da poco concluso i suoi nove anni quale giudice della Corte europea dei diritti umani. In particolare, si tratta di scritti editi e inediti di Antonio Balsamo, Paola Bilancia, Elena Bindi, Marcello Bortolato, Silvia Buzzelli, Anna Silvia Bruno, Gianni Canzio, Daniela Cardamone, Luisa Cassetti, Roberto Chenal, Mario Chiavario, Sofia Ciuffoletti, Roberto Giovanni Conti, Riccardo De Vito, Angela Di Stasi, Emilio Dolcini, Elvio Fassone, Fabio Fiorentin, Giovanni Maria Flick, Davide Galliani, Gian Luigi Gatta, Fabio Gianfilippi, Glauco Giostra, Tania Groppi, Roberto Kostoris, Elisabetta Lamarque, Giovanni Mammone, Vittorio Manes, Giuseppe Martinico, Anna Maria Maugeri, Mauro Palma, Marco Pelissero, Francesco Perrone, Oreste Pollicino, Andrea Pugiotto, Guido Raimondi, Daniela Ranalli, Barbara Randazzo, Giorgio Repetto, Antonio Ruggeri, Emilio Santoro, Vincenzo Sciarabba, Andrea Sitzia, Andrea Tamietti, Michele Taruffo, Luisa Trizzino, Giulio Ubertis, Francesco Viganò, Vladimiro Zagrebelsky.
Europa Umana è il *leit motiv* che ha ispirato l'attività di Paulo Pinto de Albuquerque alla Corte di Strasburgo. Ed è anche il titolo degli scritti in suo onore, grazie ai quali il lettore sarà in grado di orientarsi in molte delle principali questioni nelle quali l'Europa è chiamata ad avere un ruolo decisivo.
Gli scritti in onore di Paulo Pinto de Albuquerque sono introdotti da due contributi dei curatori, uno di Davide Galliani che ne traccia un profilo biografico e l'altro di Emilio Santoro che ne evidenzia il ruolo nel sistema convenzionale.

9 788833 792910

€ 59,00