

Brought to you by:

**ASTRA**

# **DIRITTO PROCESSUALE PENALE EUROPEO**

## **4° ANNO CLMG**

Written by  
**Chiara Banti**

2022-2023 Edition

Find more at:

**[astrabocconi.it](http://astrabocconi.it)**

**This handout has no intention of substituting University material for what concerns exams preparation, as this is only additional material that does not grant in any way a preparation as exhaustive as the ones proposed by the University.**

**Questa dispensa non ha come scopo quello di sostituire il materiale di preparazione per gli esami fornito dall'Università, in quanto è pensato come materiale aggiuntivo che non garantisce una preparazione esaustiva tanto quanto il materiale consigliato dall'Università.**

## Sommario

<b>INTRODUZIONE</b> .....	<b>3</b>
<b>PROCEDURA PENALE EUROPEA</b> .....	<b>4</b>
<b>TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI → le fonti del diritto processuale penale europeo</b> .....	<b>8</b>
<b>EFFICACIA DIRETTA ED INDIRETTA</b> .....	<b>9</b>
<b>IL CONSIGLIO D'EUROPA</b> .....	<b>10</b>
<b>MISURE INDIVIDUALI DI RIPARAZIONE:</b> .....	<b>15</b>
<b>MISURE GENERALI DI RIPARAZIONE</b> .....	<b>17</b>
<b>CASO SOMOGYI c. Italia</b> .....	<b>22</b>
<b>CASO DRASSICH c. Italia</b> .....	<b>22</b>
<b>RACCOMANDAZIONE 2000 N. 2</b> .....	<b>24</b>
<b>SENTENZA DELLA GRANDE CAMERA, 23 FEBBRAIO 2017, DE TOMMASO C. Italia</b> .....	<b>33</b>
<b>IL RICORSO IN VIA PREGIUDIZIALE</b> .....	<b>37</b>
<b>LA CORTE EDU</b> .....	<b>39</b>
<b>LE GARANZIE</b> .....	<b>43</b>
<b>PRINCIPI DELL'EQUO PROCESSO:</b> .....	<b>45</b>
<b>FAIRNESS PROCESSUALE:</b> .....	<b>46</b>
<b>EGUAGLIANZA DAVANTI AL GIUDICE</b> .....	<b>47</b>
<b>DIRITTO DI ACCESSO AL GIUDICE</b> .....	<b>47</b>
<b>PRECOSTITUZIONE DEL GIUDICE</b> .....	<b>49</b>
<b>CARATTERISTICHE DEL GIUDICE</b> .....	<b>50</b>
<b>PRINCIPIO DI PUBBLICITÀ DEL PROCESSO</b> .....	<b>51</b>
<b>MOTIVAZIONE DEL PROVVEDIMENTO</b> .....	<b>54</b>
<b>DIRITTO ALL'IMPUGNAZIONE</b> .....	<b>55</b>
<b>PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM</b> .....	<b>57</b>
<b>GRANDE STEVENS C. Italia</b> .....	<b>59</b>
<b>DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO:</b> .....	<b>60</b>
<b>ART. 6 PAR. 2-3 CEDU</b> .....	<b>62</b>
<b>PARITÀ DELLE ARMI</b> .....	<b>64</b>
<b>LE GARANZIE PREVISTE PER L'ACCUSATO</b> .....	<b>67</b>
<b>DIRITTO DI PRESENZA ALLE UDIENZE ED AL PROCESSO</b> .....	<b>70</b>
<b>DIRITTO AL TEMPO ED ALLE FACILITAZIONI NECESSARIE PER PREPARARE LA DIFESA</b> .....	<b>72</b>

<b>FARSI ASSISTERE GRATUITAMENTE DA UN INTERPRETE SE NON COMPRENDE O NON PARLA LA LINGUA USATA IN UDIENZA .....</b>	<b>73</b>
<b>NE BIS IN IDEM → GRANDE STEVENS C. Italia – SEMINARIO .....</b>	<b>74</b>
<b>ESAMINARE O FAR ESAMINARE I TESTIMONI A CARICO ED OTTENERE LA CONVOCAZIONE E L'ESAME DEI TESTIMONI A DISCARICO NELLE STESSE CONDIZIONI DEI TESTIMONI A CARICO .....</b>	<b>83</b>
<b>DIRITTO ALLA PROVA .....</b>	<b>85</b>
<b>TESTIMONE .....</b>	<b>92</b>
<b>DOPPIO GRADO DI GIUDIZIO → ART. 2 PROT. 7 CEDU .....</b>	<b>98</b>
<b>IL DIRITTO ALLA LIBERTÀ PERSONALE .....</b>	<b>100</b>
<b>CASO G8 DI GENOVA (2001): .....</b>	<b>104</b>
<b>CONDIZIONI DELLA DETENZIONE: .....</b>	<b>106</b>
<b>DIRITTO AL CONFRONTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU - SEMINARIO .....</b>	<b>108</b>
<b>BRACCI C. Italia .....</b>	<b>109</b>
<b>OGARISTI C. ITALIA (CEDU, 18 AGOSTO 2010) .....</b>	<b>112</b>
<b>AL KHAWAJA &amp; THAERY C. REGNO UNITO .....</b>	<b>115</b>
<b>SCHATSHASCHWILI C. Germania .....</b>	<b>118</b>
<b>CAFAGNA C. Italia .....</b>	<b>120</b>
<b>DURATA DELLA PENA .....</b>	<b>126</b>
<b>VIOLA C. Italia .....</b>	<b>127</b>
<b>SEMINARIO SUL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO .....</b>	<b>131</b>
<b>CASO TORREGGIANI C. Italia .....</b>	<b>132</b>
<b>CASO MURSIC C. CROAZIA 2016 .....</b>	<b>136</b>
<b>ART. 5 CEDU .....</b>	<b>144</b>
<b>SEMINARIO: IL RIESAME E LA RIAPERTURA DEL GIUDICATO NAZIONALE A SEGUITO DI CONDANNA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO .....</b>	<b>145</b>
<b>IL CONTENUTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI .....</b>	<b>151</b>
Il diritto alla libertà personale .....	151
<b>ART. 5 CEDU .....</b>	<b>153</b>
<b>DIRITTO DI COMUNICARE CON IL DIFENSORE .....</b>	<b>160</b>
<b>VITTIMA .....</b>	<b>162</b>
<b>CAP. 6 NULLA POENA SINE LEGE .....</b>	<b>164</b>
<b>CAP. 7 MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI E LIBERTÀ DI MOVIMENTO .....</b>	<b>166</b>

## DIRITTO PROCESSUALE PENALE EUROPEO

### INTRODUZIONE:

#### LA MORTE DI EBRU TIMTIK:

Ebru Timtik era un avvocato morto nel 2020. Era un avvocato che aveva difeso dei soggetti accusati di terrorismo all'interno di un processo, durante il quale a lei aveva lamentato una serie di deficienze che questo processo aveva → nel processo non erano state rispettate le normali garanzie che ritroviamo all'interno delle carte fondamentali di tutela dei diritti dell'uomo.

A carico di questa avvocatessa è scaturita da questa protesta un altro processo e sono stati ritenuti (lei ed altri avvocati) colpevoli dai giudici turchi e condannati a lunghe pene detentive (10 anni e 6 mesi). Ecco che inizia uno sciopero della fame e dopo alcuni mesi.

Cosa lamentava Ebru Timtik? Lamentava che il processo nei confronti dei suoi assistiti e nei suoi confronti era posto in violazione dei diritti dell'uomo → non erano state garantite le garanzie fondamentali che tutte le carte nazionali dei diritti dell'uomo dicono fondamentali e necessarie affinché un processo possa essere considerato equo, cioè equo.

La Turchia, per altro, è all'interno del consiglio d'Europa, che ha come atto fondamentale la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'art. 6 di questa convenzione ci dice quali sono le garanzie minime che un processo deve avere per poter essere considerato in linea con il rispetto delle garanzie fondamentali e dei diritti dell'uomo.

Ecco di cosa parleremo in questo corso → quali caratteristiche deve avere un processo penale per poter essere considerato un giusto processo.

Il consiglio d'Europa si è impegnato a rispettare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, mentre l'UE si è impegnata a rispettare il trattato di Lisbona e la carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Secondo quanto accertato da una missione internazionale di 15 avvocati, il processo era stato caratterizzato dalla **violazione delle più elementari regole processuali e del diritto di difesa**. In particolare:

- × la sentenza di condanna era stata emessa sulla base delle sole dichiarazioni di un **testimone anonimo**, una persona detenuta in carcere da 13 anni e affetta da problemi psicologici;
- × **non** era stato garantito il **contraddittorio**;
- × il vertice del Consiglio giudiziario, che dipende dal Ministero della Giustizia turco, aveva **scelto i giudici del procedimento**, sostituendo quelli che avevano inizialmente prosciolti gli avvocati per inconsistenza delle prove.

← principali violazioni lamentate da Ebru Timtik nel suo processo.

Non importa che un reato sia più o meno grave. Perché una sentenza sia giusta, deve scaturire da un processo con determinate caratteristiche e queste devono essere presenti rispetto a qualsiasi tipologia di reato.

Queste garanzie sono state tutelate anche nel processo di Norimberga ← esempio più eclatante nella storia di come anche davanti a crimini di una tale brutalità sia necessario che i potenziali colpevoli siano giudicati secondo alcune caratteristiche. Anche nei confronti di quei soggetti che potevano essere condannati anche in assenza di un processo, è necessaria comunque la presenza di un processo ed è necessario che questo sia equo, giusto e con certe caratteristiche.

Scopriremo che il nostro Paese, anche recentemente, è stato condannato per violazione dei diritti fondamentali dell'uomo (es. violazione dell'art. 3 con riferimento alla tortura, ai trattamenti inumani e degradanti).

## PROCEDURA PENALE EUROPEA:

Questa espressione in realtà “non esiste”, nel senso che non esiste un codice di procedura penale europea. Lo dovremo comporre noi, perché ogni Stato ha il suo sistema processuale ed ogni Stato ha le sue regole. Teniamo conto che l’ambito della giustizia, delle modalità attraverso le quali giudicare le persone, è sempre stato qualcosa di molto caro ad ogni Stato, è una caratteristica fondamentale della sovranità di ogni singolo Stato.

Però, esiste anche una **criminalità che non si ferma all’interno dei confini del singolo stato** → **criminalità** che al giorno d’oggi è sempre più **internazionale**. Molto spesso la fattispecie penale inizia in uno Stato e viene consumata e si conclude in un altro Stato. È da questa dimensione internazionale della criminalità che è partita l’**esigenza dei vari stati di condividere alcuni principi per poter comunicare tra di loro**. Se gli Stati condividono perlomeno alcuni valori fondamentali, su alcuni punti andranno d’accordo.

Gli Stati, dunque, davanti alla criminalità internazionale si sono visti **costretti a collaborare** tra di loro → è necessario darsi delle linee guida generali che devono essere rispettate da tutti. Es. la sentenza emessa nello Stato italiano deve poter avere una valenza anche all’interno di un altro stato ← per far ciò deve avere dei principi che anche l’altro Stato condivide. Questo perché una collaborazione efficace per contrastare le più sofisticate forme criminali è tanto più fruttuosa quanto più i dati acquisiti secondo le norme di un ordinamento siano poi utilizzabili anche negli altri. È chiaro che un tale scopo può tanto meglio essere raggiunto quanto più i diversi sistemi processuali chiamati ad interagire siano tra loro simili, almeno per quanto concerne l’attenzione alla salvaguardia di determinati valori ← ci si riferisce a quel patrimonio di valori che ha le radici nella stagione illuministica, ma che vanno aggiornati alle esigenze di una società pluralistica in trasformazione come quella contemporanea.

Di questo patrimonio l’Europa si è fatta interprete attraverso:

- *il Consiglio d’Europa* → *convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali dell’uomo*
- *l’Unione Europea* → *art. 6 TUE + Carta di Nizza*

I diversi sistemi si trovano in reciproco contatto e riescono a parlare quando questi sistemi sono simili tra di loro → **INTEGRAZIONE EUROPEA IN CAMPO PROCESSUALE PENALE**. Questa integrazione europea deve fare i conti anzitutto con l’istituzione capace di emanare regole comuni a tutti anche nell’ambito della giustizia, ossia l’UE.

Una volta introdotte queste regole comuni, ecco che gli Stati possono meglio collaborare tra di loro. L’integrazione europea deve necessariamente partire dalla **collaborazione giudiziaria** (es. mandato d’arresto europeo). Si tratta dell’esistenza di un interesse non statale ma europeo.

Negli ultimi tempi, l’integrazione avviene attraverso **l’armonizzazione delle legislazioni europee** → introduzione all’interno dei sistemi processuali dei singoli stati di regole, principi e valori che possono rendere i sistemi il più simile possibile tra di loro. **Con “armonizzazione” si intende in generale il processo che conduce ad instaurare una relazione funzionale fra sistemi, in maniera tale che essi, all’esito del processo, risultino compatibili l’uno con l’altro e coerenti con il contesto di riferimento** → armonici.

Armonizzazione → *tecnica normativa mediante la quale si opera un ravvicinamento, un’omogenizzazione tra ordinamenti, istituti o norme giuridiche individuate* ← i quali vengono ad iscriversi in una cornice unitaria.

Gli Stati, quindi, si trovano a fare i conti con le scelte di politica criminale provenienti dall’UE, tendenti alla creazione di uno spazio di giustizia comune e, contestualmente, con le petizioni di principio annunciate dal Consiglio d’Europa. Ciò non ha comunque prodotto una disciplina unica ed unitaria del processo e, di fatto, ciascun ordinamento nazionale ha conservato il proprio sistema processuale.

\*Il sistema processuale italiano ha iniziato a cedere alle tendenze provenienti dall’Europa dopo le sentenze gemelle del 2007\*.

L’art. **82 TFUE** rappresenta la base legale per un’opera di armonizzazione sia pure lenta e difficile → la cooperazione giudiziaria in materia penale è fondata sul **principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie** ed include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Tale armonizzazione deve svilupparsi tramite misure intese a definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutte l’Unione di qualsiasi tipo di sentenza e decisione giudiziaria + facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie. Infatti, l’art. 82 TFUE prevede la

possibilità per il Parlamento ed il Consiglio di stabilire norme minime quando l'armonizzazione sia necessaria per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze.

Quali sono questi valori comuni? Questi principi che, se introdotti nei sistemi processuali dei diversi stati, possono renderli in grado di collaborare tra di loro e magari accettare decisioni giudiziarie emesse da altri stati? Questo punto di partenza è l'Europa, è il patrimonio giuridico che ha caratterizzato la volontà degli stati membri di collaborare ed unirsi all'interno dell'UE.

Noi parliamo di Europa in senso lato, ma in realtà i principi sono riscontrabili anche negli atti internazionali a livello anche più ampio → se andiamo a vedere la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dalle NU nel 1948, ritroviamo principi e valori fondamentali che ad oggi sono condivisi nei trattati europei.

Questi valori li troviamo anche nel Trattato di Maastricht e anche, e soprattutto, nella carta di Nizza, ossia nella **Carta dei diritti fondamentali** (2000, modificata nel 2007 con il **Trattato di Lisbona**). Proprio con il Trattato di Lisbona è diventata atto primario → vincolante come lo sono i trattati.

Il **TRATTATO DI LISBONA** costituisce una svolta nell'UE → spezza i tre pilastri e permette per la prima volta all'UE di dettare regole comuni anche nel campo della giustizia, che prima nel sistema dei tre pilastri era riservato all'esclusiva competenza dei singoli stati. Il Trattato di Lisbona contiene il nuovo testo dell'art. 6 che contiene un'espressa adesione dell'UE alla CEDU: "I diritti fondamentali garantiti dalla convenzione europea e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri fanno parte del diritto dell'UE in quanto principi generali".

Il trattato di Lisbona modifica il TUE ed il TFUE.

Iniziamo dal **quadro istituzionale**: la ripartizione di competenze tra UE e stati membri si fonda sul **principio di attribuzione**, per il quale l'UE agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite dagli Stati membri nei trattati. L'esercizio delle competenze è sottoposto a due principi: **sussidiarietà** (per cui l'UE interviene nei settori che non sono di sua competenza esclusiva solo se nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente raggiunti dagli Stati membri) e **proporzionalità** (agire in proporzione a quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi dell'UE).

Il trattato di Lisbona riprende la **ripartizione delle competenze** in tre grandi categorie:

- **Competenze esclusive** (es. politica monetaria, politica commerciale dell'unione) → l'UE è l'unica a poter legiferare ed adottare atti giuridicamente obbligatori.
- **Competenze concorrenti** (mercato interno, politica sociale, coesione economica) → sia l'UE che gli stati membri hanno la facoltà di legiferare ed adottare atti giuridicamente obbligatori. Con il trattato di Lisbona, l'UE diventa competente a legiferare in materia penale e processuale penale.
- **Azioni di sostegno, coordinamento o completamento** (es. tutela della salute) → l'UE può condurre azioni che completano l'azione degli Stati, senza tuttavia sostituirsi alla loro competenza.

Come noto, il trattato di Maastricht concepisce l'UE come un edificio poggiato su tre giganti pilastri → il 1° è il diritto comunitario, il 2° sono la politica estera e la sicurezza ed il 3° è dedicato alla giustizia ed agli affari interni → per la prima volta, la giustizia assurgeva al rango di un'area di interesse comune per l'Unione.

Per quanto concerne gli **organi** coinvolti nella produzione legislativa e decisionale, dopo il Trattato di Lisbona il **Parlamento europeo rappresenta i cittadini ed esercita** – congiuntamente al Consiglio – **la funzione legislativa** e di bilancio ed elegge il Presidente della Commissione europea.

Il **consiglio europeo** definisce gli orientamenti strategici della **programmazione legislativa nell'ambito di libertà, sicurezza e giustizia** + il consiglio (affari generali ed affari esteri) esercita prima tra tutte la funzione legislativa congiuntamente al parlamento.

Le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona riguardano anche il settore normativo → si deve tenere conto del rafforzato ruolo dei parlamenti nazionali + eliminazione del sistema dei pilastri in virtù della quale il settore giustizia ed affari interni deve essere gestito secondo il metodo comunitario, ossia con la procedura legislativa ordinaria.

Le disposizioni sul diritto penale sostanziale e processuale penale hanno come fondamento l'impegno dell'UE nella sua realizzazione nel rispetto dei diritti fondamentali e dei diversi ordinamenti e tradizione giuridiche degli stati membri.

I due principali attori che troveremo sono:

1. **UE** → cd “piccola Europa” (27 stati membri). La sua produzione normativa di diritto derivato ha inciso e continua ad incidere in profondità sul *diritto penale non solo sostanziale, ma anche processuale*.
2. **Consiglio d’Europa**, ossia la “grande Europa” con 46 stati membri. Questo, operando come foro intergovernativo, ha dato grande impulso agli strumenti convenzionali del diritto penale sostanziale. L’emersione di forme di criminalità a connotazione transnazionale ha spinto verso la comune condivisione di singole fattispecie incriminatrici + sempre più intensa cooperazione giudiziaria.

Questi due attori sono anche le fonti principali del nostro codice di procedura penale europeo. Ma visto che non esiste un codice del genere, il nostro “codice” a livello di **UE** è costituito da:

- **TUE**
- **TFUE**
- **Protocolli**
- **Carta dei diritti fondamentali dell’UE (Carta di Nizza)**
- **Regolamenti e direttive**
- **Decisioni**
- **Decisioni-quadro**

← corpo normativo, diritto primario dell’UE.

Per quanto riguarda il **Consiglio d’Europa**, invece, le fonti sono:

- **Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU)**
- **15 protocolli**
- **Patto internazionale sui diritti civili e politici → contiene tutti i diritti della CEDU con alcune precisazioni. 1996.**
- **Principi di diritto espressi dalla Corte di Strasburgo**

Fino al 2022, anche la Russia era parte del Consiglio d’Europa.

La CEDU è verosimilmente la più importante convenzione pattuita tra i Paesi aderenti al Consiglio d’Europa. Dopo la Seconda guerra mondiale, per la prima volta sul nostro continente un’organizzazione di stati si è prefissata l’obiettivo di pervenire ad un’unione sempre più stretta fra i suoi membri mediante l’affermazione di principi di democrazia e di rispetto dei diritti dell’uomo. È un’organizzazione internazionale che ha sede s Strasburgo, be più estesa dell’UE e che unisce paesi profondamente diversi tra loro.

I principi ispiratori del consiglio d’Europa sono descritti nello Statuto firmato a Londra nel 1949 → il preambolo di questo riaffermava i valori su cui poggia l’organizzazione e riconosce solennemente che *gli stati membri hanno così sancito il proprio attaccamento ai valori spirituali e morali che sono il patrimonio comune dei loro popoli e la vera fonte dei principi di libertà individuale, politica e di preminenza del diritto su cui si fonda ogni democrazia*.

Questa istituzione europea si muove, in materia processuale penale, su 3 binari:

1. L’obiettivo è quello di garantire taluni diritti e beni giuridici fondamentali a livello minimo, nella consapevolezza che, al momento attuale, non vi sia la possibilità e la necessità di una unificazione normativa.
2. Nella produzione legislativa del Consiglio d’Europa sono numerose le disposizioni e gli atti ed i documenti internazionali che si prefiggono lo scopo di favorire l’avvicinamento e, in prospettiva futura, l’unificazione delle legislazioni nazionali.
3. Cooperazione internazionale per la repressione del crimine.

Si può dunque affermare che il compito assegnato dagli stati membri al consiglio d’Europa sul piano dei diritti umani sia salvaguardare i diritti e le libertà per porli al riparo da misure arbitrarie dei pubblici poteri, ampliandone i contenuti ed inserendoli in testi normativi vincolanti il cui rispetto è controllato da organi internazionali.

L’**art. 3 dello Statuto** sottolinea che ogni membro del consiglio d’Europa “**deve accettare il principio della preminenza del diritto e quello in virtù del quale ogni persona posta sotto la sua giurisdizione deve godere**

dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali". L'art. 8 prevede poi l'assegnazione di sanzioni per gli stati che non rispettino gli obblighi imposti.

Il consiglio d'Europa ha un preciso assetto istituzionale → da un lato organi politici (es. comitato dei ministri), dall'altro un organo giurisdizionale (Corte EDU).

Una caratteristica importante del Consiglio d'Europa è data dal fatto che esso non produce norme alle quali debbono adeguarsi gli Stati membri, ma propone Convenzioni internazionali che ogni stato può ratificare.

Tra queste, la convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali + 16 protocolli.

La convenzione europea non è l'unica convenzione stipulata in seno al consiglio d'Europa. La CEDU è l'accordo che ha avuto e continua ad avere la maggiore influenza sui singoli ordinamenti.

Stiamo parlando di un trattato multilaterale avente natura particolare, in quanto istituisce un "ordinamento dotato di un proprio organo di produzione giuridica", ossia la corte EDU.

La CEDU si distingue da altri trattati di diritto internazionale almeno per tre motivi:

- La vocazione universale del contenuto del trattato e la conseguente riluttanza ad adottare categorie giuridiche proprie degli ordinamenti dei singoli stati membri. Per garantire un'interpretazione uniforme non è infatti sempre possibile attribuire a determinati concetti il significato che essi comunemente rivestono in uno specifico ordinamento nazionale, ma occorre elaborare una *nozione "elastica"*, cioè di adattare le esigenze sottese dalla convenzione al singolo caso concreto che via via è preso in considerazione. È chiaro che, qualora i concetti giuridici cui la Convenzione fa riferimento fossero interpretati esclusivamente in relazione al diritto interno di ciascuno stato, essi assumerebbero significato di volta in volta diverso, il che configgerebbe con l'esigenza del sistema convenzionale di assicurare uno standard minimo comune e l'eguaglianza nella salvaguardia delle libertà fondamentali dei singoli.
- La convenzione instaura un sistema di tutela che non prevede il principio di reciprocità, tipico dei trattati internazionali ordinari, secondo il quale lo stato membro è tenuto a rispettare il trattato a condizione e fino a quando anche le altre parti contraenti ne osservino le previsioni
- La Convenzione comprende anche un organo giurisdizionale ad hoc, ossia la Corte EDU, a cui compete di stabilire le violazioni della convenzione da parte degli stati membri, ed un organo politico, ossia il comitato dei ministri, che ha il compito di verificare che gli stati ottemperino all'obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte.

Il principale problema è quello di conciliare un'interpretazione uniforme della Convenzione con un criterio che assicuri il rispetto delle diversità giuridiche, culturali e sociali dei paesi membri del consiglio d'Europa. Ciascuna di queste differenze può riflettersi in diverse interpretazioni dei diritti previsti dalla Convenzione. Per quanto riguarda il sistema italiano, con la sentenza 348 del 2007, il giudice delle leggi ha dettato le coordinate del rapporto tra legislazione ordinaria e Convenzione europea.

**In virtù del richiamo contenuto nell'art. 117 Cost. agli obblighi internazionali, tale trattato è fonte interposta tra la Cost. e la legislazione sottostante → da questo rapporto gerarchico discende un necessario vincolo di conformazione della legge alla Convenzione per come interpretata dalla giurisprudenza della Corte europea.**

Dalla considerazione della convenzione europea come fonte sovraordinata rispetto alla legge deriva un nuovo vincolo interpretativo per il giudice comune, in quanto è chiamato a tradurre il rapporto gerarchico tra fonti in una saldatura normativa tra il precetto internazionale ed i significati desumibili dalla disposizione legislativa.

La sentenza della corte cost. n. 349 del 2007 chiarisce meglio quest'ultimo passaggio → al giudice nazionale spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Queste le novità introdotte dalla sentenza:

- a) **L'adesione dell'Italia alla convenzione europea comporta un obbligo di conformità legislativa ai sensi dell'art. 117 Cost. → si attribuisce alla convenzione una copertura costituzionale.**
- b) **L'applicazione delle norme interne deve avvenire in modo conforme alla convenzione ed al diritto vivente che deriva dall'interpretazione fornita dalla giurisprudenza europea.**
- c) **Non è consentita una disapplicazione automatica della normativa interna che presenti profili di contrasto con la Convenzione.**

- d) **Laddove il giudice a quo rilevi un contrasto fra la legge di esecuzione della <convenzione ed altra fonte interna, sollevata la questione di legittimità costituzionale, la corte deve sindacare la presunta antinomia esistente anche fra convenzione e CEDU, sulla base di un giudizio di bilanciamento.**

A questo punto il percorso rispettoso della gerarchia delle fonti è il seguente: il giudice di merito deve sottoporre alla Corte Cost. la questione del rispetto della CEDU ogni qualvolta il dubbio che la mancata osservanza integri la violazione di un precetto costituzionale.

Comunque, prima di investire la Corte Cost., il giudice italiano deve cercare un'interpretazione di tale norma che eviti il contrasto.

È possibile notare alcune recenti avvisaglie di un possibile e parziale cambiamento di impostazione da parte della corte cost. → **sentenza 49/2015** → la corte cost. ha circoscritto l'incidenza che l'interpretazione della convenzione da parte della corte EDU deve avere nell'ordinamento interno → **l'obbligo di conformarsi ad essa va riferito solo all'interpretazione dei giudici di Strasburgo che possa ritenersi ormai consolidata o alle cd sentenze pilota.**

Fuori da questi ambiti le sentenze dei giudici europei non imporrebbero alcun obbligo di interpretazione conforme → la corte cost. invita i giudici italiani a non applicare acriticamente le decisioni dei giudici europei, ma ad applicarle solo previa accurata analisi di ciascuna di esse sulla base di specifici elementi.

Ciò detto, occorre porre l'attenzione su due pericoli opposti che da ciò possono derivare:

- 1) il riconoscimento in capo al giudice comune del potere di ignorare orientamenti giurisprudenziali non consolidati della Corte di Strasburgo che egli non condivide può portare a violazioni di uno dei principi cardine del nostro sistema, e cioè quello per cui il giudice ha il dovere di sollevare tutte le questioni di costituzionalità che non siano manifestamente infondate.
- 2) Il timore che si faccia strada una visione secondo cui, in assenza di una serie di sentenze di Strasburgo che facciano applicazione di un certo principio o di una certa regola astrattamente desumibile dalla Convenzione, tale principio o tale regola vengano considerati tamquam non essent.

### **TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI → le fonti del diritto processuale penale europeo:**

L'espressione "protezione multilivello dei diritti" è usata per indicare una tutela dei diritti fondamentali attuata su più livelli, non più e non solo entro l'ambito nazionale, ma anche in quello internazionale. si tratta di un fenomeno giuridico nuovo che caratterizza le esperienze giuridiche di tutti gli ordinamenti, ed in particolare di quelli europei. Si allude ad una sorte di sistema integrato di protezione dei diritti fondamentali che fa riferimento a diversi documenti giuridici e che, nel continente europeo, si articola principalmente su tre livelli: quello del Consiglio d'Europa (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – Roma – 1950) + quello comunitario (Trattati e Carta dei diritti fondamentali dell'UE e diritto derivato, ossia direttive, regolamenti, decisioni e decisioni quadro) + quello nazionale (dettato normativo e costituzionale di ciascun Paese).

A queste fonti normative si affiancano poi quelle giurisprudenziali delle due Corti di vertice europee: la CEDU e la Corte di giustizia dell'UE. **Le loro decisioni si presentano esse stesse come fonti di produzione del diritto europeo → giurisprudenza fonte.**

**\*\*NAZIONI UNITE** → in Europa si è potuto iniziare a svolgere un lavoro comune in ambito giudiziario quando si è valorizzata l'esistenza di un patrimonio giuridico riconosciuto da tutti gli Stati del vecchio continente e garantito da alcuni atti internazionali specificamente europei ← ci si riferisce a quei documenti che mirano a salvaguardare l'insieme di garanzie definibili come "diritti dell'uomo" → dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. La dichiarazione, tuttavia, non è un trattato internazionale e quindi non è produttiva di norme giuridicamente obbligatorie per gli Stati, costituendo solo un ideale comune da raggiungere da tutti i popoli e da tutte le nazioni. la sua importanza deriva dall'individuazione per la prima volta di un catalogo preciso di diritti tutti considerati universali, indivisibili e interdipendenti. In questa dichiarazione si rinviengono i requisiti essenziali di quello che viene denominato giusto processo (artt. 3 – 5 – 7 – 9 – 10 – 11 – 12).

Potremmo comunque dire che in generale il diritto all'equo processo viene previsto in pressoché tutte le dichiarazioni dei diritti dell'uomo a carattere universale.

Quando cercheremo di individuare le garanzie dell'equo processo, dovremo andarle a cercare attraverso queste fonti, distinguendo sempre tra UE (Corte di Giustizia, sede Lussemburgo) e CdE (Corte di Strasburgo, sede Strasburgo).

*Ma come si fa a rispettare queste norme che sono sovranazionali? Io giudice italiano entro in aula a Milano e ho il mio cpp italiano. Cosa faccio se la norma del cpp così come voglio interpretarla ed applicarla è in contrasto con una norma sovranazionale? Troviamo la risposta nelle sentenze gemelle del 2007 → la corte ci dice cosa deve fare il giudice statale cosa deve fare quando applica la legge italiana → il giudice non deve solo fare riferimento al cpp italiano e pretendere il rispetto. Deve sempre verificare se la sua applicazione ed interpretazione della norma nazionale nel cpp si ponga o meno in linea con quanto previsto dalle norme sovranazionali. Se la norma del cpp si pone in contrasto con la norma sovranazionale → problema → lo si risolve attraverso l'interpretazione convenzionalmente conforme della norma italiana rispetto alla norma sovranazionale. E se il giudice italiano non riesce a trovare l'interpretazione della norma del cpp italiano che la pone in contrasto con la norma sovranazionale cosa fa? Alcune volte si tratta di disapplicazione (per le norme dell'UE solitamente è così dato che sono self-executing. Quando non sono direttamente applicabili, il giudice deve sollevare questioni di illegittimità costituzionale davanti alla Corte Costituzionale).*

Il Trattato di Lisbona ha scelto come metodo principale, per introdurre la collaborazione tra gli Stati membri, **l'armonizzazione** → possibilità per l'UE di superare il metodo dei tre pilastri. Il terzo pilastro (giustizia ed affari interni) era di esclusiva competenza degli stati prima del trattato di Lisbona. **Con la modifica dell'art. 82, a seguito dell'approvazione del Trattato di Lisbona, l'UE deve dettare norme comuni che devono essere recepite negli ordinamenti nazionali anche con riguardo alla giustizia** → ci si occupa di una materia che prima era riservata alla sovranità nazionale. Secondo l'art. 82 TFUE la cooperazione giudiziaria in materia penale è fondata sul principio del mutuo riconoscimento ed include il ravvicinamento delle legislazioni. A tal fine si prevede l'adozione di misure di armonizzazione per accrescere il livello di fiducia tra gli stati.

Altra fonte fondamentale è la Carta di Nizza che viene riconosciuta dall'art. 6 al pari dei trattati.

Organo fondamentale è la Corte di giustizia con sede a Lussemburgo. La Corte di giustizia può essere adita o dagli Stati o dai giudici nazionali. Lo strumento più frequentemente utilizzato è il ricorso in via pregiudiziale (267 TFUE) ← il giudice nazionale può chiedere alla Corte quale è l'applicazione conforme all'UE della norma nazionale che intende applicare → l'intervento della Corte è necessario per poter applicare correttamente la norma nazionale in modo che non si ponga in contrasto con i principi sovranazionali.

Per il cittadino che si ritiene leso nei propri diritti esiste la possibilità di rivolgersi direttamente alla Corte di Strasburgo. Per la corte di giustizia, invece, non c'è questa possibilità. Si può solo chiedere al giudice nazionale di sollevare lui la questione davanti alla corte di giustizia.

Le sentenze gemelle ci dicono che se la corte di giustizia dovesse dare un'interpretazione della norma nazionale che è in contrasto con quella sovranazionale, o disapplichiamo la norma nazionale o il giudice nazionale dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale.

La competenza in via pregiudiziale è uno strumento che può essere sfruttato per la tutela dei diritti garantiti dalle norme dell'unione, sia nei confronti dell'UE che nei confronti dello stato membro.

## **EFFICACIA DIRETTA ED INDIRETTA:**

Quale è l'efficacia delle norme dell'UE rispetto al nostro ordinamento? L'efficacia può essere diretta o indiretta:

- **Efficacia diretta** → la norma interna che si pone in contrasto con una norma UE self-executing dovrà essere disapplicata. Le caratteristiche per la diretta applicazione della norma sovranazionale disapplicando la norma nazionale in contrasto sono: sufficiente precisione ed incondizionatezza

- **Efficacia indiretta** → il giudice nazionale deve, prima di applicare la norma nazionale, verificare se l'interpretazione che ne dà si pone in contrasto con la norma europea. Ecco che, se si pone in contrasto, trova un'interpretazione conforme o deve sollevare una questione di legittimità costituzionale. L'impossibilità di pervenire ad un'interpretazione conforme comporta un contrasto con gli artt. 117.1 e 11 Cost. → controllo di costituzionalità.

## IL CONSIGLIO D'EUROPA:

Il Consiglio d'Europa è formato da 46 Stati membri. Il Consiglio d'Europa non può legiferare a differenza dell'UE → tra le fonti normative non avremo leggi, ma avremo convenzioni (convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali + protocolli addizionali).

Il Consiglio d'Europa si compone di:

- Assemblea parlamentare
- Consiglio dei ministri
- Corte europea dei diritti dell'uomo (corte di Strasburgo)

La convenzione europea dei diritti dell'uomo ha istituito la Corte EDU come giudice a valutare il rispetto della convenzione da parte degli stati che vi hanno aderito.

Quali sono le funzioni del Consiglio d'Europa?

- Garantire taluni diritti e beni giuridici fondamentali a livello minimo → quello che è proposto dalla CEDU è il "minimo sindacale" → è lasciata libertà agli stati aderenti alla convenzione di predisporre nei propri sistemi delle garanzie maggiori di quelle indicate nella CEDU. Quella è solo il livello minimo al di sotto del quale lo stato non può andare ← se va sotto, la corte EDU può condannare lo stato.
- Favorire l'avvicinamento e l'unificazione delle legislazioni nazionali in relazione a fenomeni criminali
- Cooperazione internazionale per la repressione del crimine salvaguardando i diritti e le libertà per porli al riparo da misure arbitrarie dei pubblici poteri.

La CEDU, firmata a Roma il 4/11/1950 e ratificata in Italia nel 1955, prevede anche 15 protocolli aggiuntivi. Lo scopo è la tutela dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri. Si è da sempre posto il problema della collocazione della CEDU nell'ambito delle fonti del nostro diritto interno → valore di legge ordinaria o valore sovraordinato? VEDI LIBRO! Il passaggio ultimo è quello previsto dalle sentenze del 2007 (ed una del 2015 che è andata a specificare meglio), per cui la collocazione che si è trovata di queste norme è che (sentenze 348 e 349/2007) sono norme internazionali pattizie ordinarie → "integrano quali norme interposte il parametro costituzionale espresso del 117 Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

### C. Cost. 348 e 349/2007

**Norme internazionali pattizie ordinarie:**  
«integrano quali norme interposte il parametro costituzionale espresso dall'art. 117 Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali»

Il giudice italiano deve interpretare la legge nazionale in modo conforme alla norma internazionale. Se la norma internazionale è incompatibile con la Costituzione italiana, la Corte costituzionale la «espunge dall'ordinamento giuridico italiano» dichiarando illegittima la legge di esecuzione in parte qualora purché ovviamente la norma internazionale sia compatibile con la Costituzione italiana.

Le successive sentenze della Corte Costituzionale specificano meglio il percorso iniziato con le sentenze del 2007 (vedi libro).

La particolarità della CEDU è la **Corte EDU con sede a Strasburgo**. Perché questo? Anzitutto, perché è l'unica convenzione che istituisce il proprio giudice → chi aderisce si sottopone alla giurisdizione della Corte di Strasburgo. Il privato ha un ruolo ed un potere enorme → io ritengo di essere per es. stato giudicato da

un giudice terzo ed imparziale. Il cpp italiano offre strumenti per evitare ciò, ma magari tali strumenti non hanno funzionato → **io cittadino italiano devo lamentare, nell'ambito del mio processo, la violazione della convenzione e devo farlo perché per adire alla corte è necessario che il privato sia ricorso a tutti i rimedi interni che il proprio sistema processuale gli offre.** Se il cittadino non si è mai lamentato nel processo (tutti e tre i gradi) e si è arrivati ad una sentenza definitiva senza mai opporsi, allora non può ricorrere alla Corte EDU.

Solo nel momento in cui tutti i rimedi interni si sono esauriti (in senso negativo, nel senso che nessun giudice ha mai ammessi il mancato rispetto di un principio/norma), il cittadino può rivolgersi alla CEDU. Quest'ultima, poi, pronuncerà sentenza di condanna nei confronti dello Stato, in quanto non è riuscito ad assicurare una garanzia fondamentale. A cosa viene condannato lo Stato? Anzitutto, a **risarcire il danno.** In secondo luogo, viene condannato alla **misura individuale/generale riparazione, ossia a porre il cittadino nella stessa situazione in cui si trovava prima della violazione della norma** → sostanzialmente si impone di rifare il processo, stavolta con il rispetto delle garanzie. Magari l'esito è lo stesso, ma almeno sono rispettate tutte le garanzie.

**Art. 32 CEDU** → la competenza della corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa.

**Art. 46 CEDU** → le Alti Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte.

La CEDU si rivolge ad una pluralità di stati (46) → la CEDU non può sindacare sulla legge o sul sistema di ogni ordinamento → decide i casi concreti. Non è un giudice di leggi, come invece lo è la corte di giustizia. La corte di Strasburgo decide un caso concreto. Decide la singola vicenda giudiziaria.

Ha una funzione interpretativa di carattere generale → **il protocollo 16 ha affidato alla CEDU un nuovo meccanismo: la possibilità per il giudice nazionale di chiedere alla Corte la corretta interpretazione della norma sovranazionale.**

Molti ricorsi arrivano alla CEDU, ma molti di questi sono dichiarati inammissibili → vaglio (poi vedremo/vd libro). Bisogna indicare tutte le informazioni riguardanti il caso e la firma. Il ricorso non deve essere anonimo. Bisogna chiarire quale sia stata la violazione ed in che modo ci ha pregiudicati. È necessario mandare il ricorso entro 6 mesi e solo dopo aver esperito tutti i rimedi interni. La corte non è chiamata a valutare la correttezza o meno della decisione assunta a livello nazionale, ma ci dice soltanto che nel processo non si sono garantiti dei requisiti minimi e quindi c'è una violazione. Lo stato dovrà poi adeguarsi alla sentenza della Corte e questo potrebbe voler dire scardinare il giudicato e ripetere/riaprire il processo.

**Come fa la corte a verificare il rispetto delle garanzie? Attraverso il ricorso che ogni cittadino degli stati membri può depositare → chiede alla corte europea di verificare se nell'ambito del proprio procedimento penale sono state rispettate le garanzie fondamentali** previste all'interno della convenzione. Io sono cittadino italiano subisco un processo, vengo condannato in primo grado, faccio appello, conferma in appello, propongo ricorso per cassazione, la cassazione rigetta il ricorso; quindi, la mia situazione è definitiva e la sentenza passa in giudicato e io inizio a scontare la pena. La corte europea, a quel punto, può essere un ulteriore giudice che può raccogliere ulteriori lamentele del condannato in via definitiva che pensa che, nell'ambito del proprio processo, le sue garanzie non siano state rispettate.

**NB:** stiamo parlando di consiglio d'Europa, grande Europea (più grande dell'UE, 46 stati membri). La giurisdizione della corte europea è più ampia dei 46 stati membri, perché **anche cittadini di Paesi che non sono membri del Consiglio d'Europa e che subiscono un processo all'interno di Stati che invece ne fanno parte possono adire alla corte europea.**

**La corte europea è soprattutto giudice del caso specifico, concreto** → va a verificare se Mario Rossi, che ha presentato ricorso a Strasburgo, ha subito un equo processo, se sono state rispettate tutte le garanzie. Quando parliamo di processo nel vaglio della corte europea si parla di qualcosa di più ampio rispetto a ciò che intendiamo nel nostro sistema, cioè la Corte europea analizza tutto l'arco processuale (dal primo all'ultimo grado di giudizio) e verifica se in questo perimetro sono state o no rispettate le garanzie. Se non sono state rispettate le garanzie, la Corte europea può **condannare lo Stato** per violazione della convenzione: quando parliamo di stato s'intende per es. l'Italia → la Corte europea condanna l'Italia per

violazione della convenzione dei diritti dell'uomo nel caso specifico del processo contro Mario Rossi → emette una sentenza che deve essere eseguita.

**Quando emette la sentenza e risolve il caso specifico, la Corte europea svolge la funzione di interpretare la convenzione europea** → attraverso le sentenze che decidono il caso specifico, la corte di Strasburgo interpreta anche la convenzione europea, cioè dice come deve essere letto quell'articolo, come deve essere interpretata quella garanzia prevista dalla convenzione. Una sorta di corte di cassazione, giudice di legittimità, funzione nomofilattica: io risolvo il caso concreto e al tempo stesso dico a tutti gli stati membri come dev'essere interpretata quella garanzia.

Vedremo che le garanzie che andremo a studiare sono s' scritte all'interno della CEDU (1950 con tutti i protocolli di aggiornamento), ma vivono nell'interpretazione che ne dà la corte; quindi, la corte europea con le sue sentenze ha ampliato l'ambito di queste garanzie che poi andremo a studiare.

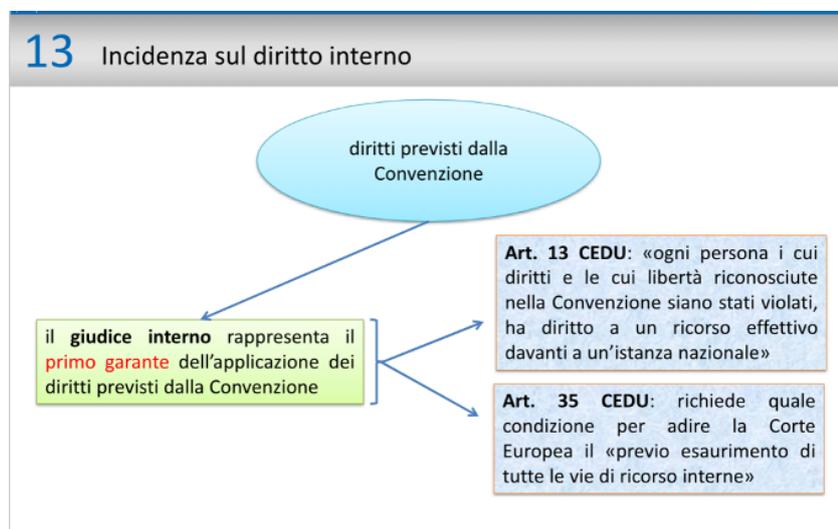
Queste **due funzioni particolari: giudice del caso concreto** (ti dico se è stata rispettata o no la garanzia in quello specifico processo) e **funzione interpretativa di carattere generale**.

Ricordiamoci che la corte europea, è vero che ha questa funzione di interpretare la convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma comunque è una funzione diversa rispetto alla corte di giustizia (sede Lussemburgo), perché la corte di giustizia è una sorta di giudice delle leggi, valutando la conformità della legge con il diritto primario dell'unione, mentre qui si entra nel caso specifico che riguarda singolo contendente.

La convenzione europea, e così anche la corte di Strasburgo, si rivolge ad una pluralità di stati, ognuno dei quali ha un sistema processuale e sostanziale diverso.

Proprio perché si rivolge ad una pluralità, anche il linguaggio della convenzione e della corte è un linguaggio molto particolare, quasi a-tecnico, proprio perché la convenzione non può usare termini tecnici propri di un determinato ordinamento perché deve parlare ad una pluralità e quindi utilizza termini propri (nozioni autonome della corte e della convenzione).

Es. nel nostro sistema il destinatario di un'accusa acquista la qualità di imputato (le garanzie, l'esame, interrogatorio), mentre la convenzione invece parla genericamente di accusato.

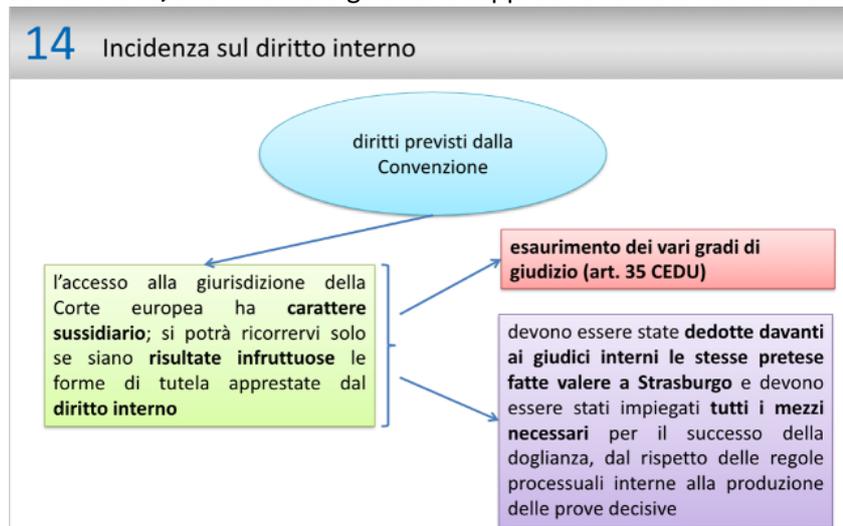


La corte di Strasburgo sorveglia la corretta applicazione ed osservanza da parte degli Stati della convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il sistema di protezione dei diritti dell'uomo, così come creato dal consiglio d'Europa, si basa su un principio fondamentale che dovrebbe garantire la tenuta della protezione nei confronti di ognuno di noi: è vero che è la corte di Strasburgo che valuta se quella garanzia è stata o no rispettata in quello specifico processo, ma è anche vero che **il soggetto tenuto a garantire prima di altri la conformità alla convenzione europea è il giudice interno, cioè il giudice nazionale, che è quindi il primo garante dell'applicazione della convenzione** → la corte europea interviene solo in casi limite, quando l'intervento del giudice interno non è stato sufficiente.

→ **art. 35 CEDU** → prima di adire la corte europea dei diritti dell'uomo, come requisito di ammissibilità devo aver lamentato la violazione della convenzione nell'ambito della giurisdizione interna. L'art. 35 ci dice che è necessario che il ricorrente abbia esaurito i rimedi interni previsti da ogni singolo ordinamento, altrimenti il mio ricorso sarà dichiarato **inammissibile**.

Es.: nei miei confronti si è svolto un giudizio di 1° grado ed io ritengo che non sia stata rispettata la garanzia del contraddittorio. Non posso rivolgermi direttamente a Strasburgo perché devo attendere che la mia sentenza passi in giudicato, ma devo dimostrare di aver sollevato questa questione, per esempio, facendo appello davanti alla corte d'appello e se non mi dà ragione, facendo ricorso alla corte di cassazione ← solo così potrò rivolgermi a Strasburgo. Ecco perché il **giudice interno è il primo garante del rispetto della convenzione**, è lui che deve garantire l'applicazione della convenzione.



Come fa il giudice interno a garantire, nell'ambito del processo che si sta svolgendo, il rispetto della convenzione europea? Con l'**INTERPRETAZIONE CONFORME**: il giudice interno non può disapplicare la norma interna perché la ritiene in contrasto con la norma sovranazionale pattizia, ma deve trovare un'interpretazione conforme della norma nel cpp italiano, che la renda non in contrasto con la normativa sovranazionale ← questo perché, a differenza delle norme dell'UE, le norme della convenzione non sono self-executive, ma bisogna fare un'interpretazione conforme.

Io applico l'art. 512 cpp in maniera che non si ponga in contrasto con l'art.6 della CEDU, perché se si pone in contrasto allora c'è un problema e se non si riesce a trovare quest'interpretazione conforme si solleva questione di illegittimità costituzionale davanti alla corte costituzionale, che cerca di individuare l'interpretazione conforme da riferire al giudice di primo grado e se non ci riesce deve dichiarare incostituzionale l'art. 512 perché in contrasto con l'art. 117 della Cost.

Il giudice interno rappresenta il primo garante ← questo risponde anche al principio di sussidiarietà del sistema di protezione dei diritti dell'uomo, della convenzione. La corte interviene in ultima istanza quando tutto quello che si poteva fare sul piano nazionale per garantire il rispetto non ha avuto il rispetto che si sperava.



**Bocconi** Procedura penale europea Prof. Simone Lonati **5** 50151 CLMG A.A. 2022-2023 **Università Luigi Bocconi**

## Il sistema europeo di protezione dei diritti

### 16 Limiti dell'applicabilità diretta delle norme CEDU

diritti previsti dalla Convenzione

applicazione diretta da parte del giudice **ove possibile**

a seguito della legge di esecuzione le norme della Convenzione sono parte integrante del nostro diritto interno

S.U. 8/5/1989, n. 1191, Polo Castro

norme direttamente applicabili perché contengono «il modello di un atto completo nei suoi elementi essenziali»

norme non *self-executing* che richiedono per la loro applicazione «una specifica attività normativa dello Stato» (Norme CEDU: critica della dottrina)

Il ricorrente, quando fa ricorso alla corte, deve dimostrare che la circostanza (per es. la mancata osservanza del diritto al contraddittorio) l’ha fatta valere sollevando delle eccezioni, ponendola all’attenzione dei giudici interni nazionali, ma nessuno gli ha dato ragione e quindi a questo punto si può rivolgermi alla corte una volta che la sentenza è passata in giudicato.

### 17 L'applicazione convenzionalmente conforme

diritti previsti dalla Convenzione

ipotesi in cui la previsione CEDU non presenti caratteristiche **auto applicative** e non possa fungere direttamente da regola per la deduzione

la norma CEDU acquisterà rilievo per il giudice nazionale come **parametro per l'interpretazione convenzionalmente conforme del diritto interno**

l'omissione del **dovere di interpretazione conforme** da parte del giudice interno comporta la responsabilità dello Stato nei confronti del privato (C. Eur. 15/6/2006, Lacarcel c. Spagna)

il giudice nazionale deve procedere a tale applicazione tenendo conto delle norme CEDU nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo (C. eur. 27/3/2003, Scardino c. Italia) e seguendo gli stessi canoni interpretativi utilizzati dai giudici europei (C. eur. 15/6/2006, Lucà c. Italia)

Non essendo le norme della convenzione auto applicative, si fa un’interpretazione convenzionalmente conforme del diritto interno che dev’essere applicato in maniera che non si ponga in contrasto con la norma sovranazionale → altrimenti Corte costituzionale. Chi la interesserà è il giudice interno, chiamato ad individuare l’interpretazione conforme della norma del cpp perché è lui che la deve applicare.

### 18 L'obbligo del giudice interno di investire la Corte costituzionale

diritti previsti dalla Convenzione

interpretazione convenzionalmente conforme **risulta preclusa**, o il giudice interno dubita della **compatibilità** della norma interna con la disposizione convenzionale

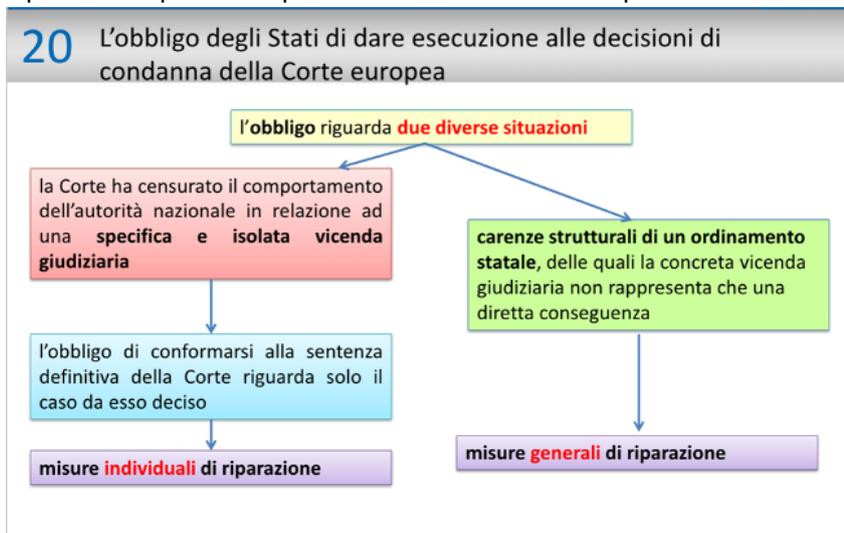
**obbligo del giudice interno di investire la Corte costituzionale** della questione di legittimità della norma interna per contrasto con l'art. 117.1 Cost. utilizzando quale parametro la norma convenzionale di volta in volta rilevante (C. C.st. 348 e 349/2009)

Differenza dei rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea, caratterizzato invece dal meccanismo della disapplicazione della norma interna contrastante con una norma comunitaria a effetto diretto

A questo punto noi ci rivolgiamo alla corte di Strasburgo, dopo aver esaurito tutti i nostri rimedi interni, abbiamo appellato la nostra sentenza, fatto ricorso per Cassazione, abbiamo lamentato questa violazione anche all'interno dei nostri ricorsi e nessuno ci ha dato ragione, siamo stati condannati ma continuiamo a ritenere che il nostro processo sia stato unfair → a questo punto inizio sì ad eseguire la pena, ma ho la possibilità di chiedere a Strasburgo la verifica → se i giudici di Strasburgo condannano l'Italia, cosa succede? Cioè cosa succede quando la corte di Strasburgo, attraverso una sentenza, condanna l'Italia per violazione delle norme sull'equo processo?

**Art. 46 CEDU** → ci dice che le Alte Parti, cioè gli Stati membri del consiglio d'Europa, si obbligano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle quali sono parti: lo stato deve dare esecuzione a quella sentenza di condanna che ha riconosciuto una violazione della convenzione europea.

Ci verrebbe da dire "non è l'Italia ad aver commesso la violazione, ma il giudice". Tuttavia, nell'ottica della Corte è la stessa cosa, cioè quando si condanna il paese è perché un'autorità di quel paese non ha rispettato in quel caso specifico la convenzione europea.



Come si fa a dare esecuzione alle sentenze di condanna della corte di Strasburgo? L'articolo 46 stabilito sugli Stati si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti le misure che gli Stati membri possono e devono adottare a seguito delle sentenze della Corte europea si distinguono in generali ed individuali.

Bisogna distinguere due situazioni:

### MISURE INDIVIDUALI DI RIPARAZIONE:

La corte di Strasburgo individua la mancanza in un caso specifico ed a quel punto impone la cd. **misura individuale di riparazione**. Come si potrà riparare? Con un **indennizzo, un'equa soddisfazione**, che di solito la corte europea dà quando non è più possibile un'altra misura, cioè **riportare il ricorrente nella situazione antecedente alla violazione**, ad un attimo prima che la violazione sia stata consumata.

Quale potrebbe essere una garanzia che non si può riparare se non con il denaro? Es. violazione del diritto alla libertà e al movimento (art. 5 CEDU), ma soprattutto quando il processo ha avuto una durata irragionevole.

L'art. 6 dice che l'equo processo deve avere una durata ragionevole e, se non la ha, riportare il ricorrente nella situazione di un attimo prima della commissione di questa violazione sarebbe aggravare ancora di più la durata del processo.

È chiaro che per alcune violazioni la misura individuale di riparazione è soltanto l'**equa soddisfazione** con indennizzo; in altre, questa misura individuale di riparazione necessita della rimozione delle conseguenze derivanti dalla violazione, per cui effettua una **RESTITUTIO IN INTEGRUM**. Infatti, la Corte lascia agli Stati la libertà di scegliere la misura più opportuna per riparare il diritto leso → se l'ordinamento nazionale non

permette di eliminare le conseguenze della violazione, la Corte può accordare alla parte lesa un'equa soddisfazione consistente in una somma di denaro.

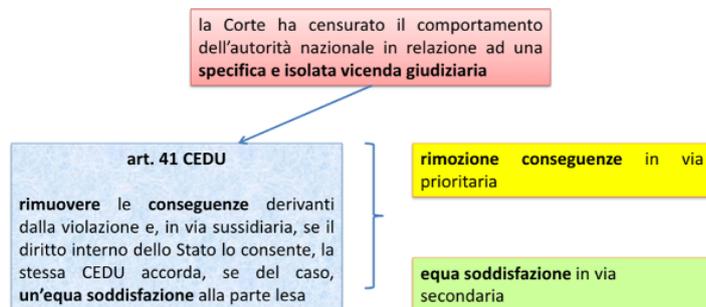
quando la sentenza della Corte ordina allo stato il pagamento di una somma di denaro a titolo di equo indennizzo, il comitato dei ministri è tenuto ad esercitare un controllo particolarmente rigoroso ← in molti casi il pagamento di un indennizzo pecuniario si rivela l'unica riparazione possibile rispetto alla situazione del ricorrente, soprattutto quando la misura contraria alla convenzione ha esaurito i suoi effetti nel tempo ed il ricorrente non ne soffre più le conseguenze.

Tra le misure più frequentemente richieste in materia di esecuzione della sentenza, vi è la cancellazione di una condanna penale dal casellario giudiziale dell'imputato. Quando la Corte ritiene che l'espulsione del ricorrente da un paese sia contraria alla convenzione, l'esecuzione della sentenza può rendere necessario imporre alle autorità di rilasciare all'interessato un titolo di soggiorno o di impegnarsi formalmente a non espellere il ricorrente.

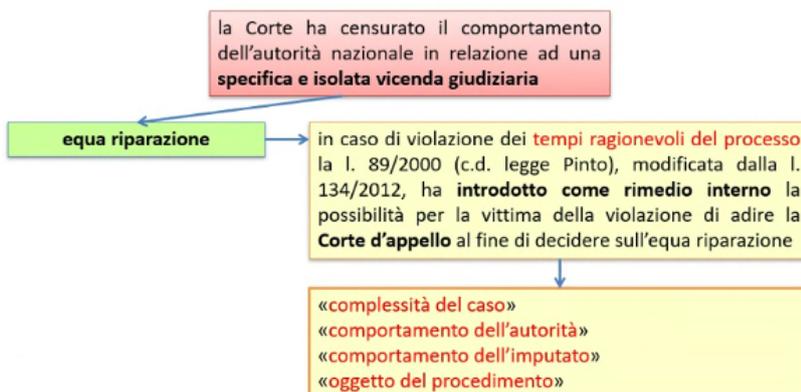
Attenzione: la corte europea, quando condanna l'Italia per violazione di una garanzia processuale in uno specifico processo, cioè dice "tu Italia non hai garantito il diritto dell'accusato a interrogare il testimone a carico", non dice nulla sull'esito processo. La corte di Strasburgo non ci dice che se avesse rispettato quella garanzia l'esito sarebbe stato diverso, è disinteressata rispetto all'esito che potrebbe anche essere lo stesso. Tuttavia, la garanzia deve essere rispettata, perché solo in quel modo io vengo condannato a seguito di un processo equo, conforme ai diritti dell'uomo.

**La corte di Strasburgo non va a sindacare l'esito del processo, certo è che il rispetto di garanzie fondamentali è fondamentale anche per il corretto esito**, però non si può sapere se quel testimone, che io non ho potuto interrogare, interrogandolo, quindi garantendo il mio diritto di interrogare chi mi accusa, sarebbe magari risultato inattendibile e quindi il giudice non tenendolo in considerazione mi avrebbe assolto.

## 21 L'equa soddisfazione e la riapertura: misure individuali



## 22 L'equa soddisfazione e la riapertura: misure individuali



## MISURE GENERALI DI RIPARAZIONE

Le misure generali di riparazione mirano ad un efficace adeguamento degli ordinamenti nazionali alla Convenzione europea e **consistono nell'adempimento dell'obbligo in capo a ciascun paese di interpretare in buona fede la convenzione stessa.**

Può accadere che la violazione accertata nella singola vicenda sottoposta a scrutinio si ripresenti in una serie di casi identici riguardanti lo stesso stato, anch'essi pendenti di fronte alla Corte di Strasburgo. Si tratta di cd violazioni strutturali → ipotesi nelle quali la condanna del singolo stato è da ascrivere non tanto ad episodi che violazioni del testo convenzionale, quanto piuttosto al contratto della legislazione interna con una delle norme della convenzione.

La Corte europea, al fine di snellire l'imponente carico di lavoro, a partire dalla sentenza Broniowski c. Polonia ha elaborato lo strumento della **sentenza pilota** → cd pilot judgment procedure → **sentenza adottata dai giudici europei proprio nei casi in cui viene rilevato un difetto strutturale** di un ordinamento in grado di dare luogo ad una serie ripetuta di violazioni identiche. Nel dispositivo della sentenza pilota si legge che la violazione non è ascrivibile ad un evento isolato, bensì all'insufficienza del sistema normativo nazionale. In tale ipotesi, la Corte indica le norme generali in contrasto con la convenzione ed i provvedimenti opportuni da adottare affinché il contrasto venga sanato → allo stato condannato viene dato un termine per adeguarsi a tali direttive entro il quale tutti i ricorsi volti a sollevare la medesima questione sono sospesi per essere successivamente cancellati dal ruolo in caso di adempimento, oppure essere decisi mediante una serie di pronunce di condanna in caso di persistente inadempimento. Ne consegue che, se la violazione ha carattere strutturale, l'efficacia obbligatoria della sentenza di condanna emessa dalla Corte europea assume una duplice valenza → da un punto di vista individuale, occorre eliminare la violazione e riparare gli effetti pregiudizievoli della stessa; da un punto di vista generale, è necessario eliminare la violazione ed evitare che essa si ripeta in casi analoghi.

Le misure di carattere generale sono spesso molto complesse da definire e da porre in atto → presuppongono un'analisi particolarmente approfondita da parte delle autorità e del comitato dei ministri delle cause che hanno portato alla violazione. Nel caso in cui la violazione sia dovuta ad una legge o ad una carenza legislativa, il Comitato dei ministri esige la soppressione o la modifica di disposizioni esistenti o l'adozione di nuove nel caso in cui vi siano lacune.

Per quanto riguarda l'Italia, sono state significative le modifiche delle disposizioni concernenti il processo in contumacia ritenuto non conforme alla convenzione a partire dal caso Colozza c. Italia + introduzione del diritto al risarcimento per ingiusta detenzione (sentenza Ciulla c. Italia) + leggere Sejdovic pag. 64.

Nella maggior parte dei casi, tuttavia, i problemi strutturali all'origine della violazione non derivano da una contraddizione manifesta tra legge interna e testo convenzionale, quanto piuttosto dall'interpretazione che i tribunali degli Stati hanno dato delle disposizioni nazionali → necessario un mutamento di giurisprudenza. In particolare, prima degli anni 2000, la Corte di Strasburgo viene inondata di richieste di cittadini italiani che lamentavano proprio la violazione della garanzia relativa alla durata ragionevole del processo, così tanto che la Corte non riusciva a stare dietro tutti questi ricorsi. Ecco che la Corte di Strasburgo ha detto che nel sistema italiano non c'è solo un problema specifico che riguarda Mario Rossi che ha subito un processo durato troppo a lungo, ma che c'è un **problema strutturale** → all'interno dell'ordinamento c'è un problema strutturale, che può riguardare una pluralità di persone e che potrebbe anche comportare future violazioni in maniera sistematica. Lo Stato oltre a riparare al processo di Mario Rossi, deve anche adottare la cd **MISURA GENERALE DI RIPARAZIONE**, andando a modificare il sistema processuale in modo da evitare continue violazioni di questa garanzia.

Ecco allora che, con riferimento ai tempi ragionevoli del processo, entra in vigore la legge 89/2000 modificata dalla l. 134/2012. Il nostro processo dura troppo per svariate ragioni, è un problema che ha sempre distinto il sistema italiano da altri sistemi. Non si è mai arrivati ad una seria depenalizzazione, ci sono molti comportamenti che continuano ad avere rilevanza penale, ma che non rispondono più al sentire sociale, che non hanno più quel disvalore di quando sono state create certe fattispecie.

**L'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112):** davanti a qualunque notizia di reato che *ictu oculi* non sia cestinabile, il pm deve effettuare le indagini per verificare se esercitare l'azione penale, quindi qualsiasi denuncia necessita di un'azione. Inoltre, noi abbiamo un sistema di stampo accusatorio con garanzie molto

complesse, abbiamo 3 gradi di giudizio (cosa che altri stati non hanno), quindi è un processo che per svariate ragioni ha mediamente una durata eccessiva e continua ad averla eccessiva.

I procedimenti speciali sono sempre stati un fallimento, perché erano stati introdotti con l'idea di un sistema accusatorio con tutte quelle garanzie che può funzionare solo se a dibattimento arrivano una percentuale ristretta di processi, altrimenti il sistema non regge; per far questo con un numero introduciamo i procedimenti speciali (patteggiamento, abbreviato ecc.) con sconti di pena che possono allentare l'imputato a scegliere questi mezzi senza andare a dibattimento. Tuttavia, questo non ha funzionato → in percentuale maggiore si arriva al procedimento ordinario, perché tanto prima o poi c'è la prescrizione e comunque il rito ordinario è un rito con garanzie maggiori.

Quindi, quando la corte di Strasburgo ha detto all'Italia di porre rimedio alla situazione, bisognava rivoluzionare il sistema o comunque inserire delle modifiche. Siccome non era possibile agire in questo modo, il L. ha ideato un ulteriore **rimedio interno**: dato che il problema era che arrivavano troppi ricorsi a Strasburgo, e siccome si può andare a Strasburgo solo quando si sono esaurite le vie interne, il L. italiano ha inserito un **rimedio interno in modo che si possa esercitare quel ricorso per ricevere soddisfazione dallo stato italiano**. La **Legge Pinto** introduce questo ricorso davanti alla corte d'appello: io sono soggetto condannato o prosciolto, il mio processo è durato troppo, prima di rivolgermi a Strasburgo devo esaurire i rimedi interni e per questa specifica situazione devo rivolgermi alla corte d'appello e chiederle di verificare, come farebbe la corte europea, se nel mio processo è stato rispettato o no l'art. 6 dove dice del tempo ragionevole.

La corte d'appello fa la sua valutazione utilizzando gli stessi parametri che utilizza la corte di Strasburgo quando va a valutare se c'è stata violazione della durata giusta del processo. Non si può dire per legge che quel processo per bancarotta deve durare max 6 anni, ma è possibile individuare dei parametri in base ai quali si potrà verificare se nel caso specifico è stato rispettato o no il tempo corretto per la complessità/tipologia del caso, per come si è comportata l'autorità, come si è comportato l'imputato e per l'oggetto del procedimento. Attraverso questi 3 parametri la corte d'appello va a verificare, e se il processo specifico è durato troppo a lungo in base a questi parametri, allora la corte decide di liquidare un'equa compensazione a Mario Rossi, che quindi è soddisfatto perché ha avuto il riconoscimento di questa violazione e non si rivolge più a Strasburgo. Quindi a Strasburgo si pensava non arrivassero più ricorsi che lamentavano la durata irragionevole del processo.

## 23 L'equa soddisfazione e la riapertura: **misure individuali**

in caso di violazione dei **tempi ragionevoli** del processo la l. 89/2000 (c.d. legge Pinto), modificata dalla l. 134/2012, ha **introdotta come rimedio interno** la possibilità per la vittima della violazione di adire la **Corte d'appello** al fine di decidere sull'equa riparazione

la soluzione, in realtà, ha ampiamente tradito le aspettative, essendosi prodotto un tale intasamento di ricorsi davanti alle Corti d'appello che gli stessi procedimenti interni per equa riparazione si sono rivelati, a loro volta, di irragionevole durata.

È così? NO. Adesso a Strasburgo arrivano ricorsi che lamentano la violazione della durata ragionevole del processo instaurato davanti alla corte d'appello per verificare se il processo è durato troppo a lungo. La situazione, almeno da questo punto di vista è migliorata: il nostro processo dura ancora in maniera irragionevole, ma almeno per il ricorso a Strasburgo devo aver esaurito questo il ricorso interno.

**Quindi, quando la misura di riparazione può essere solo l'equa soddisfazione, abbiamo quella, altrimenti abbiamo la RESTITUTIO IN INTEGRUM.** Quindi, quando parliamo di processo, la restitutio in integrum in che cosa potrebbe consistere?

Se vuol dire riportare il condannato (cioè giudicato sentenza definitiva) ad un attimo prima della violazione, ci chiediamo come si può riportare il soggetto ad un attimo prima, considerando che abbiamo una sentenza passata in giudicato e bisogna quindi scardinare il giudicato. **BISOGNA RIAPRIRE IL PROCESSO**, bisogna riportare il soggetto nel grado in cui si è commessa la violazione, giusto un attimo prima, per impedire che quella violazione venga commessa e verificare cosa succede. Per soddisfare l'esigenza della restitutio in integrum vi è la rinnovazione del processo che sia stato valutato dalla Corte come non equo dal punto di vista della procedura e che abbia portato quindi ad una decisione nel merito contraria alla convenzione ex art. 6 CEDU.

In tutti i casi in cui la Corte europea ha concluso per la violazione dei principi dell'equo processo, si è posto il problema di stabilire quale fosse l'equa soddisfazione da riconoscere al ricorrente ai sensi del 41 CEDU. Secondo un primo orientamento della giurisprudenza europea, la mera pronuncia della violazione del 6 CEDU doveva costituire di per sé una sufficiente compensazione degli svantaggi subiti dal ricorrente. Tuttavia, è prevalsa nei giudici europei una diversa linea argomentativa → il ricorrente poteva aver subito una perdita di reali opportunità e quindi era necessario risarcire almeno economicamente le sofferenze morali derivanti dall'ingiustizia subita.

Un passo ulteriore è stato auspicato nella dissenting opinion di un giudice nella sentenza Lucà c. Italia (2001) → **la Corte dovrebbe imporre allo stato di fornire al ricorrente l'unica forma di restitutio in integrum reale ed effettiva, ossia la celebrazione di un nuovo processo conforme ai canoni dettati dalla convenzione.**

Il problema può trovarsi nella **irretrattabilità del giudicato** → con riferimento a situazioni del genere, si rende necessario prevedere la possibilità di fare ricorso ad un mezzo straordinario di impugnazione quale tipicamente la **revisione del processo**.

Fondamentale è la **\*\*Raccomandazione R (2000) 2** che identifica una serie di condizioni in presenza delle quali il riesame di un caso o la riapertura di un procedimento si è rivelato l'unico strumento per realizzare la restitutio in integrum. È necessario che gli Stati assicurino la possibilità di riesaminare un caso qualora la Corte abbia accertato una violazione ed in particolare:

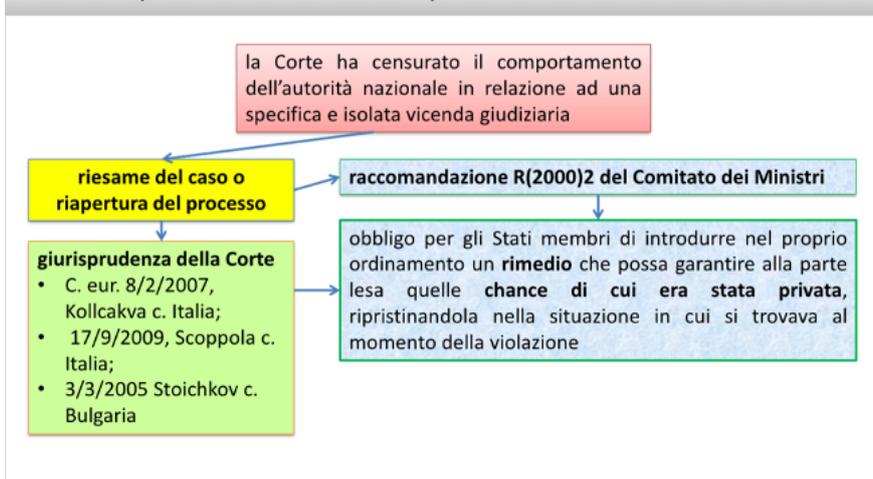
- i) **la parte lesa continua a subire le conseguenze negative molto gravi della decisione nazionale, conseguenze che non possono essere riparate dall'equo indennizzo e che possono essere modificate solo con il riesame della causa**
- ii) **dalla sentenza risulta che la decisione nazionale impugnata è contraria alla convenzione nel merito o la violazione dipende da errori o mancanze procedurali di una gravità tale da lasciare seri dubbi sull'esito del procedimento nazionale**

## 25 L'equa soddisfazione e la riapertura: misure individuali

### raccomandazione R(2000)2 del Comitato dei Ministri

Nella sua **raccomandazione R(2000)2** "sul riesame o la riapertura di alcuni affari a livello interno a seguito delle sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo", **il Comitato dei Ministri** del Consiglio d'Europa **ha incoraggiato** <<le Parti contraenti ad esaminare i loro sistemi giuridici nazionali in vista di assicurarsi che esistano possibilità adeguate per il **riesame di un caso, compresa la riapertura di una procedura**, nei casi in cui la Corte ha constatato una violazione della Convenzione, in particolare quando:" i) la parte danneggiata continua a soffrire per le conseguenze negative molto gravi a seguito della decisione nazionale, conseguenze che non possono essere compensate dalla equa soddisfazione e che possono essere modificate soltanto dal riesame o la riapertura, e ii) risulta dalla sentenza della Corte che a) la decisione interna impugnata è contraria nel merito alla Convenzione, o b) la violazione constatata è causata da errori o carenze di procedura di una gravità tale che un serio dubbio è gettato sul risultato della procedura interna impugnata.>>

## 24 L'equa soddisfazione e la riapertura: misure individuali



**Il riesame del caso e la riapertura del processo è una misura individuale di riparazione** → il passaggio in giudicato della sentenza è il punto fermo che abbiamo stabilito, il giudicato sana tutte le nullità ed i vizi non sollevati, perché prima o poi bisogna mettere un punto. Il nostro sistema ha addirittura tre gradi di giudizio, eppure quel diritto fondamentale è il livello minimo di tutela. **La convenzione europea e la corte europea garantiscono un livello minimo sotto il quale non è possibile andare:** quando la corte europea condanna, significa che non sono stati rispettati i diritti nella misura minima possibile. Ogni stato è libero di imporre garanzie anche maggiori della convenzione, ma se non si rispetta il livello minimo c'è un problema. Quindi riaprire il processo, verificare quella garanzia, poi il processo potrebbe terminare anche con la stessa sentenza di condanna, ma comunque si deve fare. E come si fa? Prima di parlare del come si fa, percorso difficilissimo perché nel nostro ordinamento non esiste uno strumento capace di fare quello che la corte di Strasburgo ci impone di fare, i tentativi sono stati diversi, il L. non è mai intervenuto, il comitato dei ministri / l'organo chiamato a garantire il rispetto dell'art. 46 da parte degli stati membri sull'esecuzione delle sentenze fin dal 2000 ha invitato l'Italia e gli altri paesi membri ad introdurre nel proprio sistema processuale uno strumento che potesse permettere il riesame e la riapertura nel caso di condanna della corte con la misura di riparazione consistente nell'obbligo di riaprire il processo. Per quanto possa sollevare problemi per la certezza dei rapporti giuridici e per i diritti di terzi, è inevitabile riconoscere che il principio della immodificabilità del giudizio definitivo (giudicato penale) non sia mai stato assoluto e tutti i codici europei prevedono delle eccezioni.

Si possono distinguere due diversi strumenti:

- le procedure ordinarie di revisione di una decisione definitiva, fra i cui presupposti rientri in una sentenza di condanna da parte della Corte di Strasburgo
- procedure speciali di revisione previste per eseguire specificatamente una sentenza della Corte di Strasburgo.

L'Italia ha rischiato, perché il problema poi diventa politico → se tu Stato non ti conformi alle sentenze di condanna della corte di Strasburgo e cioè non rispetti l'art. 46, io consiglio d'Europa posso anzitutto sanzionarti, poi posso fare pressioni politiche e poi posso chiedere la tua espulsione dal consiglio d'Europa. Nonostante queste pressioni, questo strumento ad hoc non è stato introdotto nel nostro ordinamento, tuttavia queste sentenze di condanna dovevano essere eseguite → stiamo parlando di persone che magari sono state condannate all'ergastolo, magari con l'isolamento diurno, che stanno eseguendo alla pena, che hanno fatto ricorso a Strasburgo, e Strasburgo ha detto che nel processo sono stati violati i diritti dell'uomo. Naturalmente se il L. non interviene, la magistratura cerca di supplire il L., perché comunque si tratta di rispetto dei diritti dell'uomo. Quando io cittadino italiano penso che il mio paese sia stato condannato per violazione del divieto alla tortura (applicata dalla polizia di stato) posso preoccuparmi o no? Quindi questo rimedio mancava → la giurisprudenza ha cercato di fare quello che poteva, ha cercato di

capire se all'interno del nostro sistema, tra i diversi istituti presenti con altre finalità, si potesse usare quegli istituti per arrivare a riaprire il caso.

Il L. italiano non ha mai provveduto ad introdurre nell'ordinamento interno uno strumento processuale idoneo ad incidere sul giudicato penale → le numerose proposte di leggi presentate nel campo sono rimaste lettera morta finché la Corte costituzionale ha tentato di rimediare a tale lacuna attraverso l'elaborazione dell'istituto della revisione europea.

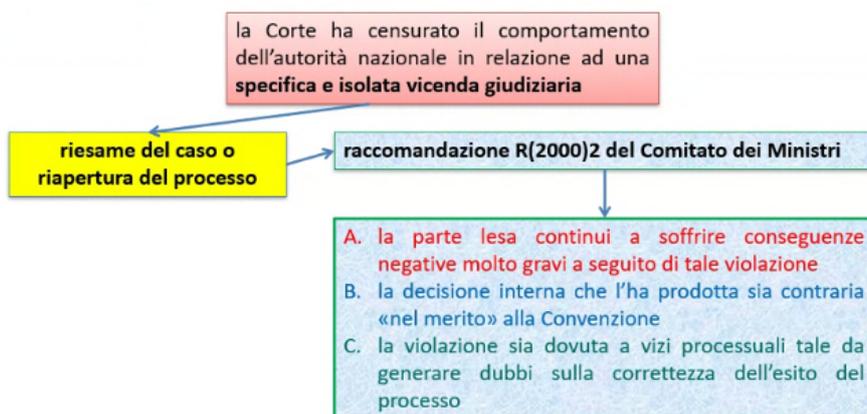
Già da tempo anche la giurisprudenza italiana ha messo in discussione il dogma dell'intangibilità del giudicato, quando la decisione definitiva interna sia stata reputata dalla Corte di Strasburgo lesiva di un diritto convenzionale. L'ostinata inerzia del L. italiano ha indotto i giudici a ricercare all'interno dell'ordinamento strumenti capaci di adempiere agli obblighi derivanti dalle sentenze della Corte europea.

Opera di supplenza della Corte di Cassazione per poter venire incontro a questa raccomandazione, cioè a porre delle misure individuali di riparazione capaci di riaprire il processo e di riesaminare il caso, ma quando? **Non è che tutte le volte che la corte di Strasburgo condanna un paese per violazione dell'equo processo dice che obbligatoriamente l'unica misura di riparazione è riaprire il processo, ciò dipende da che garanzia è stata violata.** Es: se io lamento che son stato giudicato da un giudice non terzo, è chiaro che l'unica misura di riparazione è rifare il processo davanti ad un giudice imparziale e terzo. Io però, per esempio, son stato condannato, ho eseguito la pena e potrei non avere interesse a rifarmi un processo, o ancora magari quella violazione non ha avuto delle conseguenze determinati in un senso o l'altro sullo svolgimento del processo, cioè il mancato rispetto non ha avuto quell'incidenza potenziale che possono avere altre garanzie. Quindi non sempre quando la corte europea condanna per violazione dell'art. 6 impone come misura individuale di riparazione il riesame o riapertura del processo.

In quali situazioni è necessario, per il consiglio di Europa, il riesame del processo? Il riferimento è a quanto stabilito dalla **\*\*RACCOMANDAZIONE N. 2 DEL 2000 DEL COMITATO DEI MINISTRI.**

I punti salienti di questa raccomandazione:

## 26 L'equa soddisfazione e la riapertura: misure individuali



- Il ricorrente continua a subire conseguenze gravi a seguito di tale violazione → di solito questo parametro è interpretato con il soggetto che sconta la pena, ed è necessario agire in questo modo.
- La decisione interna prodotta è contraria nel merito alla convenzione, non solo violazione di diritto processuale ma anche sostanziale
- La violazione è dovuta non solo a vizi processuali tale da generare dubbi sulla correttezza dell'esito del processo. Quel testimone doveva essere sentito perché era un testimone chiave. Io non so cosa avrebbe risposto, ma non si può escludere che sentendolo l'esito potrebbe essere diverso. Seri dubbi sulla correttezza del processo: se questo testimone riesce a collocarmi in un momento e luogo diverso rispetto a dove si è commesso l'omicidio, il giudice ne terrà conto o no? Potrebbe esserci un esito diverso.

### CASO SOMOGYI c. Italia:

Esso prende avvio da un ricorso presentato a Strasburgo per violazione dell'articolo sei da un cittadino ungherese, condannato in contumacia nel nostro paese. La Corte europea accoglie il ricorso e condanna lo stato italiano precisando che la soluzione più adeguata a rimuovere le conseguenze della violazione sarebbe quella di riaprire il procedimento cui il ricorrente non era stato posto nelle condizioni idonee per partecipare.

sulla base di tale decisione, i difensori di Somogyi propongono **richiesta di rimessione in termini ex art. 175 cpp**, ma la domanda è respinta dalla Corte d'appello adita, secondo cui la condanna della Corte europea non può comunque consentire la rinnovazione di un procedimento conclusosi con sentenza definitiva. Tale decisione viene annullata dalla **Cassazione** che coglie l'occasione per annunciare il **fondamentale principio di diritto per cui l'obbligo per il giudice nazionale di conformarsi alle sentenze della Corte europea impone di mettere in discussione anche le sentenze penali passate in giudicato**. L'argomento dell'intangibilità del giudicato non può essere dirimente, considerato come tale principio non sia assoluto e come il sistema convenzionale preveda la possibilità di adire la Corte europea solo quando sia stata pronunciata una sentenza definitiva. Tale considerazione dimostra come la possibilità di rimettere in discussione il giudicato per dare esecuzione alle sentenze della Corte di Strasburgo debba considerarsi parte integrante del meccanismo di tutela convenzionale dei diritti fondamentali. **La Cassazione dispone la rimessione del ricorrente nel termine per proporre appello avverso la sentenza definitiva di condanna in contumacia ritenuta dalla Corte europea lesiva dei diritti riconosciuti dall'art. 6.**

### CASO DRASSICH c. Italia:

La **sentenza “Drassich contro Italia”** ci interessa qui per evidenziare dei passaggi. Abbiamo detto che la corte di Strasburgo risolve il caso specifico e qui il ricorrente Drassich fa ricorso contro l'Italia. La sentenza è del 22/02/2018. La corte risolve il caso del ricorrente, però abbiamo detto che nello stesso momento ci dice anche come interpretare le norme della convenzione ← questo è un passaggio di questa sua funzione nomofilattica della corte.

Non sempre l'istituto della rimessione in termini può risultare il più appropriato a porre rimedio alla violazione sanzionata dalla Corte europea → la giurisprudenza individua nell'applicazione analogica del rimedio di cui al 625 bis cpp un altro possibile strumento per dare seguito nell'ordinamento interno ad una pronuncia di condanna dei giudici di Strasburgo.

Nel caso dell'esecuzione della sentenza Drassich, La Corte europea ha condannato l'Italia per violazione dell'articolo sei in ordine alla riqualificazione del reato operata d'ufficio dalla Cassazione per cui era stata pronunciata in sede di merito la sentenza di condanna (corruzione semplice) in una fattispecie criminosa più grave quale la corruzione in atti giudiziari, in relazione alla quale il termine di prescrizione non era ancora decorso. I giudici di Strasburgo hanno affermato che l'avvio di un nuovo procedimento la riapertura del procedimento su richiesta dell'interessato rappresenta in linea di massimo un modo adeguato di porre rimedio alla violazione contestata.

La Corte d'appello di Venezia condannava l'imputato per il reato di “falso ideologico in continuazione con episodi di corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio”. La decisione passava in giudicato per effetto della sentenza della Corte di Cassazione, con la quale i giudici rigettavano il ricorso dell'imputato e riqualificavano d'ufficio i fatti come reati di corruzione in atti giudiziari. La diversa qualificazione dei fatti corruttivi impediva la declaratoria di estinzione per prescrizione di cui il ricorrente avrebbe dovuto beneficiare. Il giudice di legittimità escludeva che l'operata riqualificazione del reato avesse determinato una violazione del divieto di reformatio in peius e definiva la decisione emessa come una mera rettificazione. Il condannato adiva la Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando l'iniquità del processo a suo carico, a causa della riqualificazione dei fatti e dell'impossibilità di difendersi dalla nuova accusa, non essendo stato informato in tempo utile. La Corte di Strasburgo accoglieva il ricorso constatando la violazione dell'articolo sei paragrafi 1 e 3, lettere A e B.

Per dare esecuzione alla sentenza europea, la Corte d'appello di Venezia dichiarava con ordinanza la parziale inesigibilità della sentenza definitiva di condanna e ordinava la trasmissione dell'originario ricorso per Cassazione alla Suprema Corte. Invece di dichiarare inammissibile il ricorso, la Corte di Cassazione revocava ex art. 625-bis cpp la sentenza nella parte relativa alla riqualificazione del reato e disponeva la rinnovazione del giudizio di legittimità contro la sentenza della Corte d'appello di Venezia, limitatamente al

punto della diversa definizione giuridica data al fatto corruttivo rispetto a quella enunciata nell'imputazione.

Nel corso del nuovo giudizio la difesa dell'imputato aveva modo di interloquire in merito alla diversa qualificazione dei fatti come corruzione in atti giudiziari sostenendo la mancanza degli elementi costitutivi del reato → la Corte rigettava il ricorso e condannava il ricorrente al pagamento delle spese processuali. Il punto importante **“non spetta alla corte indicare le modalità o la forma di un eventuale nuovo processo”** ← ciò vuol dire che, introducendo un nuovo principio fondamentale, **per adempiere all'obbligo di dare esecuzione alle sentenze di condanna gli stati sono liberi di scegliere il mezzo che ritengono più opportuno**. Io Corte Europea ti dico che devi riparare a quella violazione, sta a te, singolo stato, decidere come farlo, poi io comitato dei ministri - organo del consiglio d'Europa composta da tutti i ministri degli esteri dei vari paesi - verifico se tu, condannato, hai dato una corretta esecuzione alla sentenza. Ma il mezzo lo scegli tu, io corte europea non mi intrometto: libertà dei mezzi per la conformazione alle sentenze di condanna.

Comunque, nel caso di specie la violazione e la sua causa sono puntualmente individuate nel momento della deliberazione della sentenza da parte della Corte di Cassazione → la conseguenza della violazione è circoscritta alla mancata applicazione della prescrizione del reato → l'iniquità accertata dai giudici di Strasburgo non riguarda il processo di merito ma soltanto il giudizio di legittimità → la Suprema Corte ha ritenuto che la riapertura del procedimento richiesta nel dispositivo della sentenza della Corte europea non potesse travolgere l'intero giudizio di merito, immune da violazione dei diritti fondamentali e questo in base al principio per cui la restitutio in integrum, necessaria per dare esecuzione alla sentenza dei giudici di Strasburgo, dovrebbe intervenire sulla specifica lesione riscontrata nel giudizio di terzo grado → l'equità del giudizio poteva ritenersi ristabilita attraverso la caducazione della sola fase del giudizio di legittimità in cui detta inadempienza si è consumata → La Corte ha ricercato nel nostro sistema processuale un meccanismo capace di assicurare la rescissione del giudicato e la rinnovazione della fase di legittimità. L'applicazione analogica del ricorso straordinario ex art. 625 bis cpp ha determinato la Corte a revocare la prima sentenza di legittimità limitatamente alla parte relativa ai fatti corruttivi qualificati come reati di corruzione in atti giudiziari + nuova trattazione del ricorso.

La dottrina ha rivolto molte critiche alla scelta della corte costituzionale del ricorso straordinario come strumento idoneo a realizzare la restitutio in integrum.

La corte comunque dice che, in determinate situazioni, l'unica misura individuale di riparazione adeguata a porre rimedio a quella specifica violazione è la riapertura del processo, ma come farla non compete a me.

La corte è sempre stata restia a dire allo stato quale strumento utilizzare per conformarsi alla sentenza, perché il principio fondamentale è la libertà dei mezzi. Già dal 2000, la corte comincia che tu stato rimani libero di scegliere la misura individuale di riparazione che preferisci, ma sappi che per questa violazione la misura più adeguata (primo), la sola adeguata (secondo) è la riapertura del processo, quindi lo devi riaprire.

## COME FACCIAMO A RIAPRIRE IL PROCESSO?

**29** L'equa soddisfazione e la riapertura: **misure individuali**

### Riapertura del processo

- assenza nel nostro ordinamento di uno **strumento ad hoc**
- riforma del 2005 dell'art. 175 c.p.p. relativa alla **disciplina della restituzione in termini per l'imputato contumace** ritenuta comunque inadeguata dalla Corte Europea (C. eur. 10/11/2004, **Sejdovich c. Italia**)
- **rimedi elaborati in via giurisprudenziale** nel **caso Dorigo** (Cass. 1/12/2006, n. 2800) e nel **caso Drassich** (Cass. 12/11/2008, n. 45807).
- **sentenza additiva sull'art. 630 c.p.p.** della Corte Costituzionale (**C. cost. 113/2011**) che ha introdotto un **nuovo caso di revisione**
- viene in gioco l'esigenza di superare un **giudicato penale nazionale** che si è formato a seguito del **previo esaurimento delle vie di ricorso interno**.

Abbiamo la sentenza passata in giudicato, abbiamo una sentenza evidentemente di condanna, il nostro condannato sta eseguendo la pena. La raccomandazione ci dice che, tra le condizioni che obbligano lo Stato a scegliere la riapertura del processo come unica misura per la riparazione, c'è quella per cui la parte lesa continui a subire conseguenze negative molto gravi, cioè di solito è l'esecuzione della pena ancora in corso.

**La prima cosa da fare quale è? Sospendere l'esecuzione della pena.** La sospensione della pena è uno strumento che potrebbe, per es., utilizzare il giudice dell'esecuzione, che è l'ultimo giudice ed è il giudice al quale il condannato si può rivolgere per qualsiasi problema in merito all'esecuzione della pena, e tra i suoi poteri c'è anche la sospensione della pena. L'art. 670 cpp, però, prevede che la sospensione può essere disposta in situazioni non solo per dare esecuzione ad una sentenza di condanna di Strasburgo. In alcuni casi, per arrivare a sospendere la pena, si è utilizzato l'art. 670-673 ccp che aveva come presupposti altri, e la corte di cassazione ha detto che può essere interpretato in modo tale che si può anche pensare di far rientrare quel caso come capace di sospendere la pena. Nel caso Dorigo contro Italia, per esempio, si è arrivati a quel punto.

È stata utilizzata anche la disciplina della *restitutio in termini* per proporre impugnazione, istituto (che ora non c'è più) che era previsto dall'art. 175 cpp per il contumace → l'art. 175 prevedeva che, se costui poteva dimostrare di non essere venuto a conoscenza dell'esistenza del processo non per sua volontà, poteva essere rimesso nei termini per poter proporre appello nei termini della sentenza di condanna di primo grado. Anche questo istituto è stato forzatamente interpretato dalla corte di Cass. per riaprire il processo in determinati casi di violazione di condanne della corte europea.

Poi vedremo la **revisione**, perché d'altra parte è quello **strumento**, quell'impugnazione straordinaria prevista nel nostro codice **capace di scardinare il giudicato**, di portare alla revoca della sentenza di condanna → si rifà il processo con la revisione e poi si verifica. Il problema della revisione è che i casi in cui si può riattivare la revisione avente la finalità di riparare ad un errore giudiziario, che è sostanzialmente la prova nuova; il testimone oculare che torna da Honolulu e che durante il processo non si è potuto convocare, non si è saputo dove fosse, arriva e dice "Simone Lonati era con me a Honolulu, come cazzo fa ad essere stato lì ad ammazzare l'alunno" (cit. Lonati). Appunto la revisione si usa per una finalità (la prova non considerata), ma vedremo casi in cui è stata utilizzata per poter dare esecuzione alla sentenza di condanna. Addirittura, arrivando la corte costituzionale, di fronte a un legislatore che non si interessava, a dichiarare incostituzionale l'art. 630 cpp laddove quell'articolo non prevedeva la possibilità di revisione per eseguire una sentenza di condanna della corte europea.

## **RACCOMANDAZIONE 2000 N. 2**

Facciamo riferimento alla **Raccomandazione 2000 n. 2 del Comitato dei ministri**, quando:

*A. la parte lesa continui a soffrire conseguenze negative molto gravi a seguito di tale violazione*

*B. la decisione interna che l'ha prodotta sia contraria «nel merito» alla Convenzione*

*C. la violazione sia dovuta a vizi processuali tale da generare dubbi sulla correttezza dell'esito del processo"*

In questi casi la CEDU con le proprie sentenze fino alla sentenza Drassich c. Italia (n.2) del 22 febbraio 2018 comincia a introdurre una sorta di deroga al principio cardine secondo cui è lo Stato che deve individuare la misura. La Corte dice che in presenza delle condizioni descritte dalla Raccomandazione, "in alcuni casi eccezionali, la natura stessa della violazione constatata non offre la scelta tra i diversi tipi di misure atte a porvi rimedio e la Corte è indotta ad indicare una sola di queste misure [3].

Al contrario, in alcune sentenze, la Corte stessa ha esplicitamente escluso la riapertura, dopo una constatazione di violazione dell'articolo 6 della Convenzione, delle procedure concluse con decisioni giudiziarie definitive [4].

[1] "Nel merito" vuol dire che la violazione è una violazione sostanziale della Convenzione Europea

[2] In questo caso invece si violano delle garanzie processuali

[3] Si vedano, ad esempio, Assanidzé c. Georgia e Del Río Prada c. Spagna.

[4] Si veda, ad esempio, Henryk Urban e Ryszard Urban c. Polonia, 30 novembre 2010.

L'unica misura possibile, quindi, in alcuni casi è il riesame o la riapertura del processo che nel nostro sistema si scontra con un principio fondamentale, con un ostacolo che fino a poco tempo fa sembrava insormontabile, cioè il **giudicato**: se la sentenza è passata in giudicato non esiste all'interno del nostro sistema uno strumento che possa scardinare il giudicato per porre in essere quella specifica misura individuale di riparazione che abbiamo chiamato "restitutio in integrum": riportare il soggetto a un attimo prima del compimento della violazione.

Ad es: c'è un soggetto condannato con sentenza passata in giudicato, sentenza di cui è stata accertata la contrarietà alla CEDU. La corte EU nell'analizzare l'arco processuale ritiene che la violazione, per esempio il mancato rispetto del diritto a interrogare il testimone d'accusa, sia stato compiuto nel corso del giudizio di 1° grado → ecco che la riapertura del processo dovrebbe consistere nel riportare il condannato (che a questo punto diventa imputato) nel giudizio di 1° grado e fargli interrogare il testimone. Non è una situazione semplice, soprattutto se non c'è uno strumento legislativo con questa specifica finalità. Nel frattempo, le condanne nei confronti dell'Italia continuavano, e continuavano ad emergere quelle situazioni in cui il condannato continuava a soffrire le conseguenze molto negative di questa violazione (es. colui che sta eseguendo la pena all'interno di un carcere a fronte di una sentenza della CEDU che condanna il paese a riaprire il processo e valutare se, applicando quella garanzia, l'esito del processo sarebbe lo stesso o sarebbe cambiato.) Visto che il L. non introduceva questo strumento ci ha pensato la giurisprudenza, che non può inventare quello che nel cp non c'è, **e ha verificato se nel codice ci sono degli istituti - previsti per altre finalità - che, però, attraverso un'interpretazione analogica, convenzionalmente conforme e talvolta forzata potessero risolvere questa situazione.**

Gli **ISTITUTI UTILIZZATI DALLA GIURISPRUDENZA** (soprattutto di legittimità, quindi la Corte di Cassazione) nel corso degli anni sono stati diversi:

1. **REMISSIONE IN TERMINI PER PROPORRE IMPUGNAZIONE** → istituto che era previsto dall'art. 175 (ora non c'è più dopo la riforma del 2014 che ha abolito istituto della contumacia e introdotto istituto dell'assenza) e permetteva, all'imputato contumace condannato in I grado che riusciva a dimostrare di non esser venuti a conoscenza del proprio processo senza colpa, di esser rimesso nei termini per proporre appello se questi erano scaduti. Questo istituto nel caso 10/11/2004, **Sejdovich c. Italia** è stato ritenuto utile per poter risolvere la situazione non più del contumace condannato in primo grado per proporre impugnazione, ma del contumace condannato in primo grado con sentenza passata in giudicato per riaprire il processo. Quando l'Ue ha condannato l'Italia per violazione del diritto dell'imputato a partecipare al proprio processo (garanzia prevista dall'art. 6 CEDU) la giurisprudenza ha utilizzato l'art. 175, forzando l'istituto che invece era previsto per la remissione nei termini per proporre impugnazione avverso la sentenza di I grado. Quindi, non remissione dei termini per proporre impugnazione, ma remissione dei termini per riaprire il processo nel caso in cui il diritto alla partecipazione non era stato garantito dal giudice nazionale. La dottrina ha criticato l'utilizzo di questo strumento perché l'istituto processuale non può essere applicato in via analogica: aveva una finalità specifica. Tutelare i diritti dell'uomo è importante, ma farlo con uno strumento così non era la maniera più corretta.
2. **RICORSO STRAORDINARIO** → sempre in via giurisprudenziale abbiamo il **caso Drassich v. Italia**. In questo caso si è ritenuto utilizzabile il ricorso straordinario in Cassazione per errore di fatto o di diritto di cui all'art. 625-bis cpp. Quest'impugnazione straordinaria è un'impugnazione per poter correggere l'errore materiale compiuto dal giudice in Cassazione, nel corso del giudizio di Cassazione. La giurisprudenza ha sempre qualificato questo errore come un errore materiale, non capace di incidere in maniera determinante sull'esito del processo, ma è pur sempre un errore e con questo strumento il condannato poteva chiedere alla Corte di Cassazione di riparare questo errore. Questo strumento, quindi, viene preso in prestito e utilizzato dalla giurisprudenza per eseguire la restituzione in integrum di una violazione che era stata commessa nel corso di un giudizio davanti la Corte di Cassazione. Sintesi della vicenda: la corte d'appello di Venezia condanna Drassich per reato di falso ideologico, in continuazione con episodi di corruzione per atti contrari ai doveri di ufficio. La decisione passava

in giudicato per effetto della sentenza della Corte di Cassazione che, quando rigetta il ricorso di Drassich contro la sentenza della corte d'appello che lo aveva condannato per atti contrari ai doveri d'ufficio, si accorge che se non avesse riqualificato i fatti da corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio a corruzione per atti giudiziari (altra fattispecie di reato!) avrebbe dovuto dichiarare la prescrizione del reato. La Corte di Cassazione riqualifica i fatti all'interno della fattispecie di atti di corruzione per atti giudiziari, che prevede pena diversa e quindi non scattava la prescrizione e quindi rigetta il ricorso senza dichiarare la prescrizione. Perché Drassich a questo punto fa ricorso alla CEDU? Perché la Corte di Cassazione ha riqualificato i fatti in una fattispecie diversa senza permettere all'imputato di difendersi in ordine alla nuova fattispecie di reato. Drassich dice "io mi sono sempre difeso in primo grado davanti alla corte d'appello, porto elementi di prova per dimostrare la mia innocenza, arrivo davanti alla Corte di Cassazione e continuo difendermi con riferimento a questa fattispecie e la Corte riqualifica i fatti senza sentirmi". Quindi lamenta la violazione del diritto di difesa affermando che non si è più potuto difendere. Perché la Cassazione si è comportata così? Perché ha la possibilità -come ogni giudice- di dare una sua qualificazione ai fatti: il giudice è libero di dare una diversa riqualificazione dei fatti, ciò che conta e che l'imputato si sia difeso con riferimento agli stessi fatti, che poi quei fatti siano qualificati in una fattispecie o in un'altra compete al giudice.

La corte europea afferma che comunque nel diritto di difesa dell'accusato rientra anche la possibilità di difendersi in ordine alla qualificazione giuridica di questi fatti → Drassich si è sempre difeso pensando di essere accusato di corruzione per atti contrari ai doveri di ufficio, se la Cassazione li riqualifica deve dare all'imputato l'occasione di difendersi. Quindi Drassich deve essere rimesso nella condizione di poter interloquire con la Corte di Cassazione per discutere della qualificazione giuridica, deve essere riportato in giudizio davanti alla Corte di Cassazione perché lì si è commessa la violazione, ma come si fa?

La sezione VI della Corte sceglie come strumento il ricorso straordinario ex art. 625-bis che permette la possibilità di riaprire il processo in Cassazione, di correggere un errore che si è commesso durante il giudizio di cassazione. Anche in questo caso questo strumento aveva altre finalità: correggere l'errore di fatto, l'errore materiale, ma è stato utilizzato in maniera analogica per poter riparare a questa violazione; e infatti con l'art. 625-bis a Drassich è stato permesso di interloquire e difendersi anche in ordine a questa nuova fattispecie. La Cassazione ha confermato la sentenza di condanna ma l'Italia ha posto in essere la misura individuale di riparazione.

**Soluzioni giurisprudenziali:** Cass. Sez. VI, 25 maggio 2009

*"È utilizzabile la procedura del ricorso straordinario per errore di fatto di cui all'art. 625-bis c.p.p. per dare esecuzione ad una sentenza della CEDU che ha rilevato una violazione del diritto di difesa occorsa nel giudizio di legittimità tale da rendere iniqua la relativa sentenza, indicando nella riapertura del procedimento su richiesta dell'interessato la misura interna per porre rimedio alla violazione contestata. Nel vaso di specie, la Corte, facendo ricorso all'art. 625-bis c.p.p., ha revocato una sua precedente sentenza, limitatamente alla diversa e più grave qualificazione giuridica del fatto, ostativa alla declaratoria di estinzione per prescrizione, operata ex officio in sede di legittimità senza aver consentito alla difesa il contraddittorio sulla diversa imputazione."*

Questo strumento interpretato in questo modo può essere uno strumento da utilizzare come modalità per riaprire il processo, però sicuramente soltanto per violazioni commesse nel corso del giudizio di Cassazione. Non può essere lo strumento da utilizzare in linea generale, ma solo per le violazioni commesse di fronte alla corte di legittimità.

- **Caso Dorigo vs Italia** → è un caso che ha costretto il nostro paese a confrontarsi con il tema dell'assenza di uno strumento che potesse riparare riaprendo il processo. Vicenda: Paolo Dorigo viene condannato alla pena di 13 anni e 6 mesi dalla corte d'Assise di Udine. Si tratta di reati molto gravi: associazione con finalità di terrorismo, ricettazione, banda armata, detenzione e porto illegale di armi,

rapina aggravata. La sentenza è confermata dalla corte d'Assise d'appello e dalla corte di Cassazione, quindi diventa irrevocabile. Dorigo propone ricorso davanti la CEDU, lamentando il fatto che nel corso del suo processo ***i giudici, per affermare la sua responsabilità penale, hanno utilizzato in maniera determinante una dichiarazione rilasciata da un testimone che Dorigo non ha mai potuto interrogare.*** Dorigo lamenta che la Corte di Strasburgo abbia sempre sancito in maniera inequivocabile che nessuno può essere condannato sulla base di dichiarazioni rese da un soggetto che si è sottratto dall'analisi dell'imputato e del suo difensore. Una dichiarazione di questo tipo può essere utilizzata come prova, ma non può essere la prova esclusiva e determinante della sentenza di condanna ← quella dichiarazione resa da un soggetto che l'accusato non ha mai potuto interrogare (e che quindi comporta un pregiudizio per la difesa) non può essere utilizzata come "determinante": il giudice la può utilizzare tra le prove ma non come prova esclusiva e determinante, mentre nel caso Dorigo era stato così, tolta quella prova il castello cadeva. La corte CEDU, quindi, afferma che l'Italia aveva violato l'art. 6 ← non equità del processo che aveva portato alla condanna del ricorrente per violazione dell'articolo sei paragrafi 1 e 3, lettera d. Oltretutto, questo era un caso che rientrava nella Raccomandazione 2000 del consiglio dei ministri: Dorigo continuava a subire il pregiudizio della condanna (era in carcere); è una violazione processuale così grave che pone seri dubbi sulla correttezza dell'esito del processo. È quindi necessario riparare attraverso la riapertura del processo, ma quali due strumenti vengono utilizzati? La modalità è sempre quella delle precedenti: strumenti che sono nel nostro ordinamento per altre finalità e che vengono utilizzati in maniera analogica per riparare la violazione.

***L'art. 670 cpp*** permette al giudice dell'esecuzione di agire su un titolo esecutivo, ma il problema di questo articolo (vedi libro) è che il giudice dell'esecuzione può modificare il titolo esecutivo in presenza di alcune situazioni. Il classico esempio è l'abrogazione del reato: un soggetto viene condannato per un reato che nel frattempo viene abrogato, bisogna quindi agire in quel caso. Nelle situazioni previste non rientra dare esecuzione a una sentenza di condanna. La cassazione, però, afferma che siccome Dorigo era stato condannato in forza di un processo dichiarato non equo dalla Corte Europea allora Dorigo sta in realtà eseguendo una pena in forza di un titolo esecutivo INESISTENTE, INESEGUIBILE. ***Ecco allora che si permette al giudice dell'esecuzione di dichiarare l'ineseguibilità del giudicato.*** Quindi il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 cpp, l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea abbia accertato che la condanna sia stata pronunciata in violazione delle regole fondamentali sul processo equo sancite dall'art. 6 CEDU e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo a instaurare il nuovo processo. Nell'affermare tale principio, la Corte ha dichiarato l'inefficacia dell'ordine di carcerazione emesso in relazione a una sentenza irrevocabile di condanna, pronunciata a seguito di un processo giudicato non «equo» a causa della violazione del diritto dell'imputato di "interrogare o fare interrogare i testimoni a carico"; cioè al contraddittorio. Quando il giudice dell'esecuzione dichiara inesequibile il giudicato, Dorigo smette di subire le conseguenze negative della violazione, esce dal carcere. ***Il problema però di questo strumento è che comunque arriva fino a un certo punto, cos'è che manca? Questo strumento non pone il soggetto nella posizione prima della commissione della violazione, non fa riaprire il processo.*** Quindi anche questo strumento è stato criticato dalla dottrina come inidoneo (manca possibilità di riaprire il processo). La dichiarazione di inesequibilità del giudicato e la contestuale rimessione in libertà di Dorigo non può dirsi del tutto appagante → tale soluzione non solo non risponde a soddisfacimento del diritto principalmente fatto valere da Dorigo, che è quello di ottenere un'equa e complessiva deliberazione del proprio caso, ma non può in alcun modo rientrare negli ambiti propri del procedimento di esecuzione così come attualmente disciplinato dal codice. Dall'impianto complessivo del codice di procedura penale emerge come l'incidente di esecuzione sia un rimedio contro le decisioni giudiziali, senza però appartenere al genus dei mezzi di impugnazione → tramite tale istituto è preclusa la deduzione di vicende procedurali coperte dal giudicato.

Arriviamo alla soluzione ultima sempre nel caso Dorigo, quando ci si rende conto che il 670 poteva arrivare fino ad un certo punto.

Secondo tale disposizione, quando il giudice dell'esecuzione accerta che il provvedimento manca o non è divenuto esecutivo, non solo deve sospendere l'esecuzione ed ordinare la liberazione dell'interessato, ma deve anche avviare la procedura che porti ad una nuova definizione del processo di cognizione. Al

contrario, nel caso concreto, la dichiarazione di inefficacia del titolo esecutivo ha avuto per effetto unicamente la liberazione del condannato con conseguente possibilità che mai si arrivi ad una decisione diversa.

Interviene la Corte Costituzionale con la sentenza del 7 aprile 2011, n. 113, sentenza che individua nella **revisione (impugnazione straordinaria) lo strumento idoneo per non solo eliminare le conseguenze negative della parte lesa, ma anche la possibilità di riaprire il processo riportando il soggetto nella fase un attimo prima della violazione della convenzione. Per impugnazione straordinaria si intende quelle impugnazioni che hanno a oggetto non un provvedimento ancora non definitivo, ma un provvedimento passato in giudicato.**

**La revisione ex art. 630 cpp è un'impugnazione straordinaria capace di riaprire il giudicato per rimediare "all'errore giudiziario". Se c'è dubbio sulla correttezza della condanna** (innocente in carcere in virtù di un errore processuale non risolto) **è necessario riaprire il giudicato e rivalutare.** La revisione aveva questa finalità: interviene nel momento in cui il richiedente porta un elemento tale capace di dimostrare almeno all'inizio, attraverso un vaglio preliminare che quell'elemento, se conosciuto nel corso dei vari processi, avrebbe portato a una sentenza diversa dalla sentenza di condanna, avrebbe portato al proscioglimento. Es: si può chiedere revisione nel caso di prova nuova (prova che non poteva essere conosciuta/conoscibile nel corso del processo, es. il testimone di ritorno da Honolulu), solo se quell'elemento se confermato comporta il ribaltamento della decisione. La revisione non può portare ad una modifica - anche in senso migliorativo - della condanna, ma o il soggetto è condannato o è assolto.

→ questo istituto, quindi, difficilmente poteva essere in linea con quanto richiesto dalla corte CEDU, perché nello strumento originario l'elemento nuovo non conosciuto, una volta considerato, porta ad una sentenza di assoluzione, mentre nel ragionamento della Corte la garanzia deve esser rispettata a prescindere. Certo la garanzia, per poter riaprire il processo, deve essere tale da creare dubbi sulla correttezza dell'esito, ma può essere anche intesa come modifica di sentenza di condanna in senso anche migliorativo, ma non un completo ribaltamento da condanna ad assoluzione - come invece chiede il nostro istituto della revisione - e inoltre la revisione (in quanto strumento straordinario) può essere utilizzata soltanto per casi tassativi elencati all'art. 630 (prova nuova, contrasto tra giudicati, falsità in atti) ← all'interno dei quali non vi rientrava la condanna europea. *Quindi, non poteva essere utilizzato a meno che non venisse utilizzata un'interpretazione analogica* ← anche questo molto difficile, perché si trattava di un'impugnazione straordinaria.

Allora interviene la Corte Cost. e dichiara: **"È costituzionalmente illegittimo l'art. 630-cpp, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU. L'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte EDU, sancito a carico delle Parti contraenti, comporta infatti anche l'impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della restitutio in integrum in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, particolarmente in tema di equo processo"**

→ d'ora in poi, l'art. 630 deve essere letto avendo un caso in più rispetto a quello che si legge sul codice.

Le norme della CEDU — nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione — integrano, quali «**norme interposte**», il **parametro costituzionale espresso dall'art. 117 co. 1 Cost.** nella parte in cui impone la **conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali».** Pertanto, **ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di un'interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione,** avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione + **ove tale verifica dia esito negativo** — non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante — egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo **questione di legittimità costituzionale** in riferimento all'indicato parametro. A sua volta, **la Corte Cost., investita dello scrutinio,** pur non potendo sindacare l'interpretazione della CEDU data dalla Corte

europea, resta **legittimata a verificare se la norma della Convenzione** — la quale si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale — **si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione** ← ipotesi nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato. È costituzionalmente illegittimo l'art. 630 cpp, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della CEDU.

**L'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo, sancito a carico delle Parti contraenti, comporta infatti anche l'impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della restitutio in integrum in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione**, particolarmente in tema di equo processo. Né può ritenersi contraria a Costituzione la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare gravità, accertate dalla Corte di Strasburgo, delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona ← garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della Convenzione, trovano del resto ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 Cost.

L'incidenza della declaratoria di incostituzionalità sull'art. 630 cpp non implica una pregiudiziale opzione a favore dell'istituto della revisione, essendo giustificata soltanto dall'inesistenza di altra e più idonea sede dell'intervento additivo, restando il L. ovviamente libero di regolare con una diversa disciplina il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo + di dettare norme su specifici aspetti di esso sui quali la Corte Cost. non potrebbe intervenire, in quanto involventi scelte discrezionali.

Quindi la Corte Cost. afferma che l'art. 630 deve essere letto (per essere compatibile con la nostra Costituzione) avendo un caso in più rispetto al testo del codice, caso in più necessario per dare esecuzione ad una sentenza di condanna della Corte europea, la quale ha dichiarato (su richiesta dell'interessato) che **l'unica restitutio in integrum adeguata è la riapertura del processo**. Nel codice non troveremo all'art. 639 cpp la lettera d), ma è come se ci fosse un piccolo asterisco che prevede anche la possibilità di attivare la revisione per dare esecuzione a una sentenza di condanna della Corte europea. Non tutte le sentenze di condanna, ma là dove la Corte stessa dica che l'unica misura di riparazione per la natura della violazione accertata è la riapertura del processo. Se ci fermiamo al 2011 e rispondiamo alla domanda d'esame "esiste uno strumento capace di dare esecuzione alle sentenze di condanna della Corte europea laddove la Corte ha ritenuto che l'unica misura adeguata è la restitutio?" che sì, esiste: non è strumento introdotto dal legislatore ma la Corte costituzionale ha detto che la revisione può essere utilizzata per dare esecuzione alle sentenze di condanna. La risposta qua è sì, adesso esiste. È istituto di creazione giurisprudenziale non legislativa, è la cd. **REVISIONE EUROPEA**, un nuovo caso inserito attraverso sentenza additiva (ci dice non che il 630 è incostituzionale "nella parte in cui"). Prima che intervenisse la pronuncia della Corte di Cassazione, il difensore di Dorigo aveva proposto al giudice a quo anche una richiesta di revisione sostenendo il contrasto tra giudicati. Il giudice d'appello di Bologna sollevava una questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 cpp nella parte in cui esclude dai casi di revisione l'impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza di condanna si concilino con la sentenza della Corte europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo. La questione sollevata era dichiarata infondata dai giudici costituzionali che avevano escluso la configurabilità di una disparità di trattamento tra casi simili ed anche una lesione della presunzione di innocenza. Ripresa la trattazione del procedimento davanti alla Corte d'appello il pm eccepiva l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 sotto un diverso profilo → lesione del 117 cost. in riferimento al 46 CEDU, che sancisce ***l'obbligo degli Stati contraenti di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea rimuovendo ogni effetto contrario***.

La revisione, comportando quale mezzo straordinario di impugnazione a carattere generale la riapertura del processo, costituisce l'istituto che presenta profili di maggiore assonanza al fine di garantire la conformità dell'ordinamento nazionale all'articolo 46 CEDU → ***la Corte perviene alla dichiarazione di illegittimità costituzionale del 630 cpp nella parte in cui non contempla un diverso caso di revisione rispetto a quelli regolati volto specificamente a consentire la riapertura del processo quando la stessa risulti necessaria per conformarsi***

*ad una sentenza definitiva della Corte europea* → la revisione è ad oggi uno strumento che permette di incidere sul giudicato penale.

La dottrina e la giurisprudenza dopo questa sentenza hanno continuato ad evidenziare come questo strumento fosse inadeguato e creasse problemi, questo perché *la revisione ha tutta una sua disciplina*.

In assenza di riferimenti normativi, ed all'interno del percorso motivazionale della sentenza della Corte cost. del 2011 che dobbiamo ritrovare le condizioni di applicabilità della nuova ipotesi di revisione. Dovrà ritenersi in operante la condizione di ammissibilità per cui gli elementi alla base della richiesta di decisione devono essere tali da comportare il proscioglimento del condannato → un vizio nella procedura non è necessariamente determina il proscioglimento. Tuttavia, la necessità della riapertura del processo andrà a apprezzata in rapporto alla natura della violazione accertata, anche alla luce delle indicazioni contenute nella sentenza interpretativa eventualmente richiesta alla Corte di Strasburgo.

Dobbiamo ricordare che **alcune garanzie previste dall'art. 6 possono avere un'incidenza marginale nello sviluppo processuale → la loro violazione non comporterebbe mai la necessità di revisione della sentenza di condanna definitiva.**

Dobbiamo ricordare inoltre che, come illustrato dalla raccomandazione **R (2000)2**, **la necessità della riapertura del processo è subordinata alla condizione che appaia l'unico strumento possibile per rimuovere concretamente le conseguenze pregiudizievoli della violazione riscontrata dalla Corte di Strasburgo.** Inoltre, risultano inapplicabili le previsioni dell'art. 637 cpp, secondo le quali l'accoglimento della richiesta comporta il proscioglimento dell'interessato + il giudice non può pronunciare esclusivamente sulla base di una diversa valutazione delle prove assunte nel precedente giudizio.

Il nuovo caso di revisione comporta una deroga al principio per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato.

Questo istituto è stato profondamente criticato in quanto è necessario individuarne attentamente la portata, al fine di evitare un'indebita estensione del rimedio straordinario. Sicuramente, tra i casi di revisione vi è la violazione della Convenzione europea dichiarata dalla Corte di Strasburgo. D'altra parte, La Corte posta davanti ad un vulnus costituzionale non sanabile in via interpretativa è tenuta comunque a porvi rimedio.

Questo istituto ha sollevato le critiche della dottrina che ha sottolineato come l'ipotesi di riapertura del processo comporti la necessità di riesaminare gli stessi atti già considerati nei 3 gradi di giudizio e come risulti eterogenea rispetto agli altri casi di revisione, in quanto fuoriesce dalla logica della composizione di verità processuale e verità storica che emerge dagli elementi nuovi ed esterni rispetto al processo già celebrato. È Un'obiezione comprensibile ma che potrebbe non tenere in giusta considerazione l'attuale ambito di operatività dell'impugnazione straordinaria → sentenza Sezioni Unite Pisano 2002: ha esteso il concetto di nuova prova anche a quella che, pur presente negli atti, non è stata valutata dal giudice o quella che, valutata o meno, non è entrata a far parte del processo argomentativo e motivazionale del provvedimento.

La riforma Cartabia del 2021 introduce l'art. 629 bis → nuovo strumento ad hoc (questa volta di introduzione legislativa) per dare esecuzione alle sentenze di condanna per violazioni processuali e sostanziali, non ne parleremo perché non è ancora legge. Dopo 20 anni dalla Raccomandazione del 2000 verrà introdotto lo strumento specifico e non sarà utilizzata più la revisione europea.



La corte quando censura il comportamento di un singolo giudice in un caso specifico impone una misura individuale di riparazione (l'equa soddisfazione, o la riapertura all'esame del processo). Misura individuale che riguarda la singola vicenda giudiziaria.

Quando abbiamo parlato della durata ragionevole del processo, abbiamo ricordato che la corte europea aveva individuato una specifica violazione, ma poi aveva sottolineato che c'era un problema strutturale perché continuavano ad arrivare censure di sistematiche violazioni.

Il problema della durata eccessiva dei processi si è palesato in tutta la sua gravità con il deposito della sentenza pronunciata dalla grande camera nel caso *Bottazzi c. Italia* ← processo instaurato nel 1972 e pendente fino al 1997.

L'Italia quindi è corsa ai ripari attraverso la **Legge Pinto**, però questo riguardava una situazione particolare della **durata irragionevole del processo**. Carenze strutturali dell'ordinamento impongono le **misure generali di riparazione**, imposte dalla corte europea quando il giudice ha commesso una violazione perché c'è un problema nell'ordinamento → allora, se nell'ordinamento c'è una norma che se non corretta/interpretata in un certo modo rischia di provocare continue violazioni, **lo Stato non deve solo riparare quella specifica situazione, ma deve porre in essere una misura generale di riparazione capace di evitare future violazioni di quella tipologia**. Questo è un discorso che entra molto in quella che possiamo chiamare "sovranità degli stati", cioè la corte europea è come se diventasse un "giudice delle leggi", che valuta l'idoneità dell'ordinamento processuale di quel sistema, di quello Stato, non va più a sindacare una specifica violazione. È un intervento abbastanza invasivo.

L'entrata in vigore della legge del 24 Marzo 2001 (legge Pinto), istitutiva un meccanismo risarcitorio per ottenere in Italia la riparazione dei danni subiti a causa dell'irragionevole durata dei processi, ha comportato un repentino mutamento di scenario nel panorama relativo alle applicazioni giudiziarie nazionali ed internazionali del ritardo ragionevole sancito dall'art. 6 della CEDU. L'introduzione del meccanismo di risarcitorio risponde ad un'esigenza importante su due fronti:

1. **sul piano pratico operativo** → destinata a ridurre il lavoro della Corte europea
2. **sul piano teorico giuridico** → costituisce attuazione dell'obbligo degli Stati di istituire al loro interno istanze attraverso cui potersi rivolgere per lamentare la violazione dei diritti fondamentali.

Il meccanismo di riparazione istituito dalla legge consiste in un ricorso da proporsi alla Corte d'appello con il quale chi ha subito un danno per violazione del 6 CEDU esercita il proprio diritto ad un'equa riparazione.

Il L. Dovuto riprodurre sul piano interno le condizioni sostanziali e procedurali previste dalla Convenzione europea, per assicurare alla ricorrente una tutela analoga a quella che riceverebbe con un'istanza internazionale → *il giudice interno dovrà muoversi nell'ambito delle soluzioni giurisprudenziali elaborate dagli organi di Strasburgo*. Nonostante questo, niente impedisce ai giudici italiani di accogliere soluzioni più favorevoli in quanto la convenzione è sempre uno standard minimo di tutela.

L'aspetto più critico di questa legge è l'art. 2 → *il diritto all'equa riparazione risulta subordinato all'esistenza di un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto della violazione della Convenzione europea sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole l'articolo 6 e sul ricorrente grava la dimostrazione d'averlo subito*.

*Broniowsky c. Polonia: qualora la Corte rilevi che la violazione convenzionale non sia il frutto isolato di comportamenti anomali, ma dipenda da un difetto sistematico del suo ordinamento (o del modo di*

**interpretarlo) può indicare essa stessa allo Stato le concrete «misure di carattere generale» da adottare per impedire il reiterarsi in futuro della violazione accertata.**

C. eur. 22/6/2004, Broniowsky c. Polonia: sentenza pilota

**Sentenza pilota:** la Corte per **prevenire il rischio di ulteriori violazioni seriali** viene a **togliere allo Stato quella libertà nella scelta delle misure** da mettere in campo per ottemperare alla sentenza europea di cui normalmente gode, svolgendo così un'attività che esorbita dal puro e semplice accertamento dell'infrazione in un caso specifico.

La Corte in questo caso **non si presenta come giudice dei comportamenti delle autorità nazionali in una vicenda singola**, ma rivendica a sé in qualche modo il ruolo di **giudice delle leggi**, indicando in questa veste anche i rimedi che ritiene necessari per evitare violazioni future, finendo così per svolgere le funzioni normalmente assegnate al Comitato dei Ministri

La misura generale di riparazione, cioè la valutazione non più sulla vicenda specifica, prende il nome di **“SENTENZA PILOTA”**, **sentenze che obbligano lo Stato non solo a riparare una specifica violazione, ma a porre in essere una modifica del proprio sistema processuale**. In questo modo si toglie anche allo Stato la possibilità di scegliere la modalità più adeguata a eseguire quella sentenza di condanna. In questo caso la corte non è più il giudice del caso concreto, ma diventa un giudice delle leggi.

Il nostro paese è stato destinatario di molteplici sentenze pilota, sentenze che impongono una modifica o comunque un diverso orientamento.

- **SEJDOVIC C. ITALIA**: sentenza che riguarda la situazione del contumace (situazione che ora non c'è più).

“Sussiste la violazione dell'art. 6 (diritto ad un equo processo) della CEDU, se è stata pronunciata una **sentenza contumaciale di condanna di un imputato che non era stato informato in maniera effettiva del procedimento penale a suo carico e che non aveva rinunciato in maniera inequivoca al suo diritto a comparire al dibattimento**, ed allorquando dopo tale condanna non sia previsto dal cpp nazionale un meccanismo effettivo che miri ad assicurare allo stesso condannato in contumacia che una giurisdizione si pronunci ex novo sulla fondatezza dell'accusa, dopo averlo ascoltato nel rispetto delle esigenze dell'art. 6 della Convenzione. **Allorquando la Corte europea accerta che una violazione della Convenzione derivi da un problema strutturale legato al cattivo funzionamento della legislazione e della prassi nazionale, lo Stato nei cui confronti si è pronunciata la Corte europea deve adottare misure generali a livello nazionale al fine di garantire la messa in opera del diritto in questione per il ricorrente e le persone che si trovino in una situazione simile alla sua** → nella fattispecie della sentenza contumaciale di condanna di un imputato, emessa in violazione dell'art. 6 della Convenzione, lo Stato deve prevedere e disciplinare con delle misure appropriate una procedura ulteriore che possa assicurare la realizzazione effettiva del diritto alla riapertura del procedimento penale, conformemente ai principi della protezione dei diritti enunciati nell'articolo 6 della Convenzione.”

→ non c'era prima un meccanismo effettivo che permettesse al condannato in contumacia, che provava di non essere mai venuto a conoscenza ufficiale dell'esistenza del processo, di difendersi sull'accusa e di ottenere una nuova pronuncia da parte del giudice. Io, imputato, ti provo che non ero a conoscenza del processo, se lo avessi saputo mi sarei difeso. Devo quindi avere l'opportunità di un nuovo giudizio e di difendermi nel nuovo giudizio. A seguito di questa sentenza il nostro L. modifica l'art. 175 cpp, introducendo la **possibilità della remissione in termini per poter impugnare** → **il condannato che prova di non essere stato informato dell'esistenza del processo e che non ha partecipato al processo per sua libera scelta viene rimesso nei termini per poter ottenere una nuova pronuncia e, in questo caso, difendersi davanti la corte d'appello.**

## SENTENZA DELLA GRANDE CAMERA, 23 FEBBRAIO 2017, DE TOMMASO C. Italia

Con “sentenza della grande camera” si intende sempre una sentenza della corte europea, corte che però si è pronunciata nella sua forma più autorevole, un po' come le Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Avviene quando la corte si pronuncia su temi che hanno creato orientamenti diversi delle varie camere. Questa sentenza, in particolare, si è pronunciata sulla compatibilità delle misure di prevenzione antimafia previste nel nostro ordinamento.

### 54 Le carenze strutturali: misure generali

Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia: **sentenza pilota**

#### Reazione della giurisprudenza di merito e di legittimità italiana

Una parte della giurisprudenza di merito – tra cui la Corte d'appello di Napoli e il Tribunale di Udine – ha riconosciuto **carattere vincolante** alla sentenza della Corte europea e ha di conseguenza sollevato **questione di legittimità costituzionale** delle citate disposizioni, per **contrasto con l'art. 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 2 Prot. n. 4 CEDU.**

La Cassazione ha **sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 comma 2 del D.lgs. 159 del 2011** nella parte in cui sanziona penalmente la violazione degli obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi”. Tale disposizione si porrebbe **in contrasto con gli artt. 25, comma 2, e 117 Cost.**

È una sentenza pilota e, in quanto tale, impone una misura generale sul nostro ordinamento. Vicenda: soggetto più volte condannato e destinatario di una **misura di prevenzione personale** → sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel proprio comune di residenza, ritenendo che lo stesso fosse abitualmente debitore a traffici delittuosi e che visse con i proventi di attività criminose. La legge prevede che **per determinati soggetti oltre alla condanna, sia possibile - a prescindere dall'accertamento della responsabilità - se dimostrano di avere determinate caratteristiche, applicare una misura di prevenzione. Sono misure delicate che potrebbero riguardare anche soggetti non ancora dichiarati colpevoli (e quindi presunti non colpevoli).** Si applicano in presenza di certe condizioni. **Per i soggetti identificati secondo quanto previsto dall'art 1 d.lgs. 2011/59, la legge prevede l'obbligo di sorveglianza speciale e altri obblighi, tra cui previsto anche “vivere onestamente e rispettare le leggi”.** Ma cosa vuol dire “vivere onestamente e rispettare le leggi”?

*Il problema è che la Convenzione europea sancisce che si può restringere la libertà di circolazione di un soggetto in base a norme previste dalla legge che devono essere “chiare, comprensibili e che siano necessarie per la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, il mantenimento dell'ordine pubblico etc.”* → quindi, l'art. 2 (che è l'articolo che consente di limitare la libertà di circolazione in alcune situazioni) dice anche che la restrizione della libertà di circolazione è vincolata al principio di legalità e di proporzionalità, cioè non si può restringere un diritto in base a una norma che, per come è formulata, impedisce al destinatario di capire come comportarsi.

Rispettare le leggi: ogni legge? Se prendo una multa per eccesso di velocità? Vivere onestamente poi, essendo specificato, amplia il perimetro di questa disposizione.

La Corte Europea interviene qui perché ha proprio come obiettivo creare armonizzazione tra i vari sistemi del Consiglio d'Europa, trovare delle basi comuni per collaborare.

La corte, quando individua una violazione, non dice nulla in merito al possibile diverso esito del procedimento → richiede solo allo stato di riaprire la causa → restitutio in integrum ← il soggetto deve essere riportato al momento prima della violazione. Poi si riprodurrà il processo, che potrebbe anche avere lo stesso esito.

Abbiamo parlato della sentenza pilota quando la corte, nel risolvere il caso specifico, ci dice che la violazione che si accerta nel caso specifico non è frutto di un'erronea valutazione che ha fatto il giudice interno nel caso

concreto, ma c'è qualcosa di più → un difetto strutturale, una lacuna all'interno del sistema che, se non colmata, rischia di produrre ulteriori future violazioni.

La sentenza pilota è una sentenza che nel caso specifico dice che la normativa è una normativa non specifica, è una normativa che non riesce ad individuare in modo preciso quale è il comportamento che il soggetto deve evitare per incorrere nella violazione di questo diritto. Es. "vivere onestamente rispettando la legge" è una formula troppo vaga. Con la sentenza Di Tommaso, la corte sancisce la violazione dell'art. 2 protocollo 4 CEDU (che ci dice in che modo l'autorità può limitare la libertà di circolazione di ognuno di noi). "Prevista dalla legge" vuol dire che la legge deve essere sufficientemente precisa in modo da permettere all'interessato di capire quando si incorre nella violazione.

La sentenza pilota ci dice che la violazione si è verificata ai danni del ricorrente Di Tommaso, però l'Italia deve applicare una misura generale di riparazione → deve modificare la normativa, in quanto il rischio è quello di future e molteplici violazioni → ecco che l'Italia va a modificare la normativa.

#### Reazione della giurisprudenza di merito e di legittimità italiana

Una parte della giurisprudenza di merito – tra cui la Corte d'appello di Napoli e il Tribunale di Udine – ha **riconosciuto carattere vincolante** alla sentenza della Corte europea e ha di conseguenza sollevato **questione di legittimità costituzionale** delle citate disposizioni, per **contrasto con l'art. 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 2 Prot. n. 4 CEDU.**

La Cassazione ha **sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 75** comma 2 del D.lgs. 159 del 2011 nella parte in cui sanziona penalmente la violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi". Tale disposizione si porrebbe **in contrasto con gli artt. 25, comma 2, e 117 Cost.**

La lacuna va colmata.

Nelle sentenze pilota, il comitato dei ministri (organo esecutivo del consiglio d'Europa che ha il compito di verificare il rispetto dell'esecuzione delle sentenze di cui fanno parte gli stati) non interrompe la sorveglianza rispetto all'esecuzione della sentenza finché non interviene una modifica della normativa.

\*Fa vedere un esempio di sentenza\* → le sentenze della corte europea seguono sempre il medesimo schema. Nell'instanzazione si precisa quale camera sta agendo (in questo caso di Di Tommaso si ha la Grande Camera, in quanto deve affrontare una questione già affrontata in modo diverso da altre camere o quando la camera semplice chiede aiuto alla Grande Camera).

La sentenza inizia sempre con la procedura, cioè descrivendo come sono andati i fatti. La corte europea all'inizio analizza tutto il processo (tutti i gradi che si sono consumati). La corte va, studiando la procedura, a verificare se quella violazione commessa magari in 1° grado è stata poi compensata nei gradi successivi, in quanto considera tutto il processo come un'unica fase.

La corte ripercorre quali sono i fatti relativi alla vicenda, individuando cosa hanno ritenuto il tribunale, l'appello e la cassazione. Tra il fatto deve individuare quale è l'oggetto, che in questo caso sono delle misure di prevenzione (il ricorso era riferito alla mancata specificità della locuzione di sorveglianza che viene applicata quando ci sono misure di prevenzione). Con particolare riferimento alla misura della sorveglianza speciale.

Nella procedura davanti alla corte chi si difende è l'Italia attraverso il governo. Quando vediamo l'opinione del governo, è l'Italia che si sta difendendo tramite un rappresentante del governo. La difesa è dello stato. La corte fa anche una comparazione con gli altri paesi → le misure di prevenzione in questo caso sono solo di 5 paesi. Poi va a verificare la violazione. Il ricorrente aveva ricorso per:

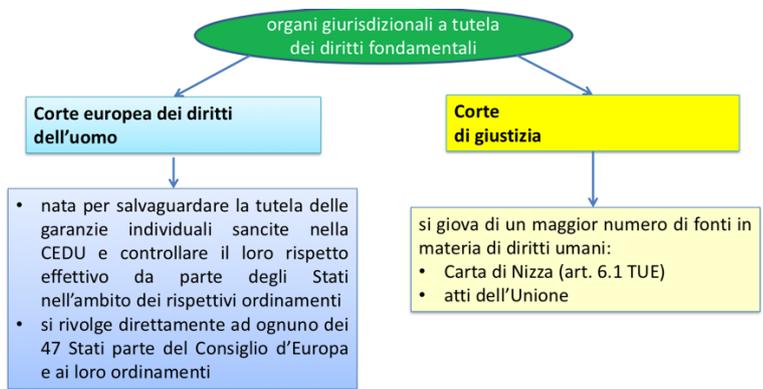
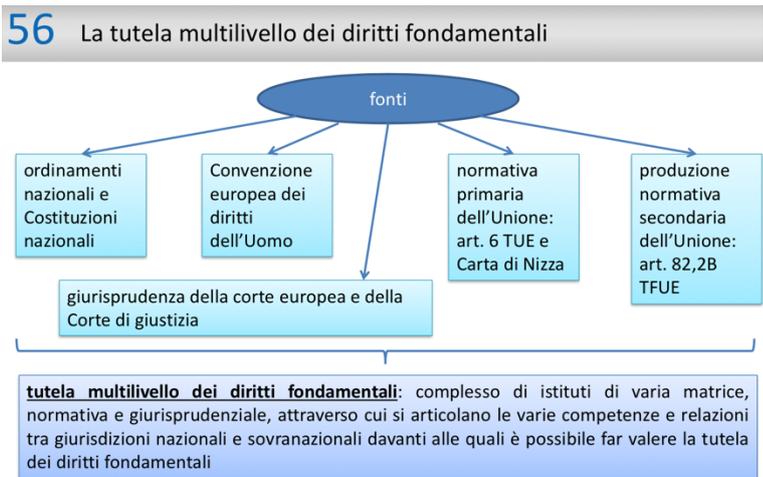
- **Violazione dell'art. 5 della Convenzione**, ossia il **diritto alla libertà**. Secondo il ricorrente, l'arbitrarietà della misura di sorveglianza applicatagli ha violato l'art. 5.
- **Violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 4**, il quale parla della **libertà di circolare liberamente all'interno dello Stato**

*La corte dice che, anche se il ricorrente lamenta queste due violazioni, in realtà bisogna analizzare la violazione più specifica della libertà di circolazione libera all'interno del proprio paese, in quanto impone la misura di non uscire dal luogo di residenza.*

Per finire abbiamo la valutazione della corte, che deve determinare se l'art. 5 della convenzione è applicabile al caso di specie. Se è applicabile, si analizza il caso specifico. Se non è applicabile, come qui, passiamo alla seconda lamentela.

Più avanti, si rileva la violazione dell'art. 2 del protocollo n. 4 di cui poi conferma la violazione → equa soddisfazione (lo Stato deve versare entro 3 mesi le seguenti somme).

La particolarità è che la corte scrive "sono allegare alla seguente sentenza le seguenti opinioni separate" → la corte ha ritenuto a maggioranza la mancata applicabilità dell'art. 5 ← ci sono dei giudici che la pensavano in maniera contraria. Questo succede quasi sempre, trattandosi di un giudice collegiale. La corte, dunque, allega alla sentenza le opinioni concordanti, quelle parzialmente dissenzienti e quelle dissenzienti. Ci sono i vari giudici che spiegano come mai hanno voluto differenziarsi. Le opinioni dissenzienti hanno la finalità di spiegare perché secondo un certo giudice la sentenza doveva essere diversa, spiegando la propria corretta interpretazione di un certo diritto o di una certa garanzia tutelata dalla convenzione.



Se parliamo di consiglio d'Europa, parliamo di un'unica convenzione che è la convenzione europea ed i suoi protocolli e ci rivolgiamo a 47 stati membri. Il consiglio d'Europa non produce leggi, ma convenzioni.

Se parliamo di UE, allora parliamo di atti normativi.

L'UE produce atti, regolamenti, decisioni, direttive, decisioni quadro. E poi naturalmente il diritto primario dell'unione come TFUE, riforme dopo il Trattato di Lisbona ecc. La nostra convenzione di riferimento per l'UE è la carta di Nizza e gli atti dell'unione (direttive o regolamenti intervenuti sulla specifica materia penale). Es. la direttiva che ha rafforzato il principio di presunzione di innocenza. Es. rafforzamento dei diritti della persona nei confronti della ricerca della prova.

Teniamo conto di queste differenze: la CEDU si pronuncia sulla violazione del caso concreto // la corte di giustizia è organo di controllo dell'intera normativa dell'unione. Fa una valutazione sulla conformità dell'atto rispetto al diritto primario dell'unione.

L'art. 6.2 TUE prevede l'adesione dell'Unione alla CEDU. Quando questo accadrà, ci sarà un rapporto tra i due giudici → la corte EU sarà anche responsabile di verificare la compatibilità degli atti dell'UE con la CEDU.

**CARTA DI NIZZA** → carta dei diritti fondamentali dell'UE. Carta che è nata come una sorta di carta di propositi che con il Trattato di Lisbona è divenuta diritto primario dell'unione. I diritti previsti all'interno della Carta di Nizza devono essere tenuti in considerazione dall'UE che emana i suoi atti normativi. Se nella Carta di Nizza ci sono, sia pur esplicitati in maniera difforme, le stesse garanzie della convenzione, è chiaro che già gli atti dell'UE sono conformi anche alle garanzie previste dall'unione.

La formulazione dell'art. 6 par. 1 TUE così come modificata dal Trattato di Lisbona afferma in modo inequivocabile che l'UE riconosce i diritti, le libertà ed i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che lo stesso valore giuridico dei Trattati ← questo valore ne modifica evidentemente il rapporto con le fonti originarie di molti dei diritti in essa sanciti. Se prime le sue norme fungevano da ausilio all'interpretazione della convenzione europea dei diritti dell'uomo e degli altri strumenti di tutela dei diritti, ora la Carta di Nizza diventa il vero catalogo dei diritti fondamentali dell'UE e quindi il primo documento di riferimento per l'individuazione del parametro su cui va commisurato l'effettivo rispetto di tali diritti da parte dei soggetti che sono vincolati → ormai i principi ed i diritti della Carta di Nizza sono quelli che sono invocati dai giudici e dai ricorrenti, mentre le norme degli altri strumenti di tutela dei diritti fondamentali fungono ora loro da eventuale elemento di ulteriore conferma di quanto già si ricava dalla Carta.

Nella CEDU c'è un capo apposito dedicato alla "giustizia" che raccoglie un complesso di enunciazioni a salvaguardia dei cittadini degli stati membri i cui diritti e libertà garantite dal diritto dell'unione sono stati violati → la contrarietà o meno ad uno o più diritti garantiti dalla Carta può determinare l'illegittimità di un atto delle istituzioni e degli altri organi dell'Unione.

Per quanto concerne il merito, si tratta di diritti già previsti e riconosciuti nelle più importanti convenzioni internazionali e nelle costituzioni nazionali.

L'art. 47 della carta riconosce ad ogni individuo i cui diritti o le cui libertà garantite dal diritto dell'UE siano stati violati:

- a) Il diritto ad un ricorso effettivo dinnanzi ad un giudice
- b) Il diritto a che la sua causa venga esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice imparziale, indipendente e precostituito per legge
- c) La facoltà di farsi consigliare e rappresentare
- d) Il patrocinio a spese dello stato, ove l'individuo non disponga dei mezzi necessari

L'art. 48 della Carta enuncia la presunzione di innocenza ed i diritti di difesa.

L'art. 49 della Carta contempla i principi di proporzionalità dei reati e delle pene.

L'art. 50 della Carta contiene il diritto di non essere giudicato o punito per due volte per lo stesso reato (ne bis in idem).

Limitazioni ai diritti ed alle libertà riconosciuti dalla Carta sono possibili ai sensi dell'art. 51, purché le stesse siano previste dalla legge e non pregiudichino il contenuto essenziale di quei diritti e di quelle libertà. Le limitazioni devono rispondere ad effettive finalità di interesse generale perseguite dall'UE o ad una reale esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Fondamentale è l'**ARMONIZZAZIONE** → gli atti dell'UE introducono nei vari sistemi le norme di diritto comune. Si tratta quasi sempre di direttive, perché sono lo strumento usato per introdurre gli atti nelle legislazioni nazionali.

Questa opera di armonizzazione si ha soprattutto attraverso quella che viene chiamata Tabella di Stoccolma, che è una sorta di tabella di marcia iniziata nel 2001 attraverso una serie di direttive che introducono nei vari sistemi le norme di diritto comune.

La collocazione dei Trattati e delle altre norme di diritto primario al vertice dell'ordinamento dell'UE comporta che essi abbiano come destinatari tutti i soggetti di questo.

Primi fra questi sono naturalmente gli **Stati membri**, i quali sono **obbligati** (attraverso i giudici nazionali ed i propri organi) **a disapplicare qualunque disposizione nazionale contrastante con una norma dei Trattati**.

Le disposizioni del Trattato, che sono direttamente applicabili, devono esplicare la pienezza dei loro effetti in maniera uniforme in tutti gli stati membri → ciò spiega perché la Corte abbia affermato fin dal 1963 che in un ordinamento che riconosce come soggetti non solo gli stati membri, ma anche i loro cittadini, è concepibile che dal Trattato derivino **diritti soggettivi per i singoli**. Questo non significa che tutte le norme dell'UE siano in grado di produrre effetti in capo a persone fisiche o giuridiche, ma questo dipenderà dalla corrispondenza della norma a determinate caratteristiche che ne evidenzino la capacità di esplicare in concreto quegli effetti.

Ancor prima della formazione dell'UE si era affermata nella giurisprudenza della corte di giustizia la tesi della preminenza delle norme comunitarie nei loro rapporti con le norme degli stati membri → principio ancora presente → primato sul diritto dei singoli stati nazionali.

I giudici nazionali applicano il diritto dell'UE in parte direttamente, in parte previo adeguamento dell'ordinamento interno ← e lo fanno disapplicando il diritto domestico eventualmente incompatibile.

La prima verifica che il giudice italiano dovrà compiere di fronte ad un sospetto caso di antinomia tra norma interna e norma di diritto comunitario o dell'UE attiene all'idoneità di quest'ultima a produrre effetti diretti nell'ordinamento interno.

Gli unici cd **controlimiti** stabiliti dalla corte costituzionale sono quelli dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona → **clausola di salvaguardia**. Vd caso Taricco pag. 42.

Quando la norma dell'unione non sia direttamente applicabile né produca effetti diretti, il giudice nazionale non si trova in presenza di una norma dell'UE suscettibile di essere applicata a preferenza di una norma interna eventualmente contrastante → obbligo del giudice di **interpretazione conforme della disciplina interna** → **effetto indiretto**. **Scopo dell'interpretazione conforme è interpretare il diritto nazionale alla luce dello scopo della normativa comunitaria**. L'obbligo di interpretazione uniforme non è incondizionato → duplice limite:

- limite assiologico → esigenza di rispettare i principi generali del diritto considerati come principi comuni del diritto comunitario + principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale interno
- limite logico → divieto di interpretazione contra legem.

nell'ambito del nostro sistema, possibilità di pervenire ad un'interpretazione conforme implicando un contrasto con i vincoli derivanti dell'articolo 117 determina l'attivazione del controllo di costituzionalità → spetterà alla Corte costituzionale 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 principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana.

Il problema dei rapporti tra fonti europee e fonti interne ha avuto soluzioni attraverso un lento e graduale processo evolutivo della giurisprudenza della Corte costituzionale.

Per quanto riguarda i **Regolamenti**, in un primo momento la Corte costituzionale ritenne che i rapporti tra fonti europee e fonti interne dovessero essere letti alla luce del criterio cronologico → Successivamente il contrasto tra regolamento comunitario e legge fuori risolto dalla Corte costituzionale affermando la necessità di sollevare questione di costituzionalità.

Per quanto riguarda le **Direttive**, dovendo esse essere recepite con un atto normativo interno, avranno nel sistema delle fonti la collocazione che proprio dell'atto di recepimento (legge un regolamento).

## **IL RICORSO IN VIA PREGIUDIZIALE (267 TFUE):**

Nel sistema di controllo giurisdizionale sulla corretta ed uniforme applicazione del diritto dell'unione in tutti gli Stati membri, un rilievo decisivo ha assunto la cooperazione tra Corte di giustizia e giudice nazionale. Il principio discende dall'art. 19 TFUE, il quale dispone che *gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'UE*.

La gran parte delle situazioni giuridiche disciplinate da norme dell'UE finisce per essere regolata e per avere pratica rilevanza sul piano interno → **nella patologia dei rapporti giuridici, a fare applicazione del diritto dell'UE è principalmente il giudice nazionale** ← il fatto che giudici di paesi diversi operanti in sistemi giuridici differenti siano chiamati ad applicare in via diretta o in diretta il diritto dell'UE crea oggettivamente un *problema di uniformità e quindi di corretta applicazione dello stesso diritto dell'UE*.

In questa prospettiva, rileva il meccanismo del rinvio giudiziale disposto dall'articolo 267, il quale attribuisce al **giudice nazionale la facoltà (e se il giudice è di ultima istanza l'obbligo), di chiedere alla Corte di giustizia una pronuncia sull'interpretazione o sulla validità di una norma dell'UE, quando tale pronuncia sia necessaria per risolvere la controversia di cui è stato investito** ← l'obiettivo è far sì che i giudici nazionali interpretino le norme dell'UE e ne accertino la legittimità in modo corretto. Ciò risponde all'**esigenza che le disposizioni dei trattati siano applicati in modo uniforme negli Stati membri**, per evitare che delle divergenze comportino una difformità nella portata degli obblighi imposti a ciascuno Stato membro.

Questo è dovuto al fatto che, nell'ambito del processo penale, la tutela giurisdizionale degli individui resta di esclusiva competenza dei giudici nazionali, ai quali essi si potranno rivolgere sia quando un diritto riconosciuto dal diritto dell'unione sia leso da un atto dello Stato, sia quando vi sia un atto illegittimo dell'unione recepito attraverso un provvedimento applicativo dello Stato membro (in tal caso il singolo potrà contestare l'invalidità derivata di quest'ultimo atto davanti al giudice nazionale che a sua volta dovrà valutare la validità dell'atto originario dell'unione demandando il relativo giudizio alla Corte di giustizia attraverso un rinvio pregiudiziale).

Per quanto concerne il **campo di applicazione** del rinvio pregiudiziale, **il 267 ha attribuito alla Corte una competenza generale in materia** (→ il L. europeo ha inserito nel 267 una specifica previsione per il caso che una questione pregiudiziale sia sollevata nel corso di un giudizio che riguarda una persona in stato detentivo, stabilendo che in tal caso la Corte debba “decidere il più rapidamente possibile”).

L'unica eccezione alla competenza della Corte è rappresentata dalla validità o proporzionalità di operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna.

**La Corte si è dichiarata, inoltre, competente a pronunciarsi sulle interpretazioni di norme anche in relazione ad una fattispecie non regolata dal diritto dell'UE, ma dal diritto nazionale, quando quest'ultimo operi un rinvio a disposizioni di diritto UE.**

L'**oggetto** del rinvio pregiudiziale è molto ampio → davanti alla possibile rilevanza di una norma dell'unione per la soluzione della controversia, può essere utile o necessario al giudice nazionale ordinario avere una risposta ai seguenti possibili interrogativi:

- a) *quale sia la corretta interpretazione e quale sia la portata della norma*
- b) *se la corretta interpretazione della norma dell'UE precluda o meno l'applicazione di una legge o addirittura di una norma costituzionale dello Stato membro*
- c) *se la norma dell'unione rilevante sia valida ed efficace*

**La questione pregiudiziale può essere sollevata in ogni Stato e grado del giudizio;** nondimeno, le raccomandazioni rivolte dalla Corte di giustizia ai giudici nazionali suggeriscono di effettuare un rinvio pregiudiziale in una fase del procedimento nella quale il giudice sia in grado di definire con sufficiente precisione il contesto di fatto e di diritto del procedimento, nonché le questioni giuridiche che esso solleva.

**La questione pregiudiziale inizia davanti al giudice nazionale, con la sospensione del procedimento e la rimessione di un'ordinanza alla Corte di giustizia** con i quesiti che richiedono una risposta (rinvio con ordinanza motivata). La **sentenza interpretativa della Corte pronunciata vincola senza dubbio il giudice a quo**, il quale è tenuto a fare applicazione della norma dell'unione così come interpretata dalla Corte + tale sentenza deve essere considerata anche al di fuori del contesto processuale che l'ha provocata proprio perché si pronuncia su punti di diritto. **Tale sentenza obbliga gli Stati membri ad adottare tutte le misure idonee ad adeguare il proprio ordinamento alla norma di diritto dell'unione così come interpretata dalla Corte**, pena la violazione del principio di leale collaborazione e conseguente obbligo di risarcire i danni.

Il duplice livello (esterno ed interno) di tutela giurisdizionale integra un sistema in linea di principio completo e autosufficiente proprio di una comunità di diritto come l'unione → questo rinvio costituisce la chiave di volta del sistema giurisdizionale poiché, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte ed i giudici degli Stati membri, *mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto, permettendo di garantire coerenza, piena efficacia e autonomia di tale diritto.*

Per quanto riguarda il **rapporto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia UE**, l'interazione che si è venuta a creare tra questi due organi nasce dalla necessità di individuare il rango da attribuire nell'ordinamento interno al diritto dell'UE.

Inizialmente (Costa vs ENEL), la Corte costituzionale ridimensionò il principio del primato del diritto comunitario che la Corte di giustizia aveva da poco affermato, sostenendo che i rapporti tra le norme dell'ordinamento interno e le norme contenute in atti con efficacia generale e gli diretta applicazione dovessero essere governati da un criterio meramente cronologico → pari rango.

Questa impostazione è stata sconfessata dalla stessa Corte costituzionale con due sentenze (183/1973 e 232/1975) ← primato del diritto comunitario e riconoscimento ai regolamenti self executing di una posizione sovraordinata rispetto alla legge ordinaria. Corollario di questa prevalenza gerarchica era il potere della Corte costituzionale di sindacare la legittimità delle norme interne il cui contenuto fosse in conflitto con quello di norme europee per possibile violazione dell'11 Cost.

La Corte costituzionale ha elaborato la dottrina dei cd **controlimiti**, individuando nel rispetto dei principi supremi dell'ordinamento un limite alla capacità espansiva del diritto europeo → la possibilità di sindacare la legittimità costituzionale dell'ordine di esecuzione dei Trattati nella misura in cui ciò consentiva l'ingresso nell'ordinamento nazionale di norme contrarie ai principi supremi.

Solo con la sentenza del caso Granital la Corte costituzionale ha rivisto questa impostazione → *disapplicazione della norma interna in contrasto con una norma self executing*.

Sulla fisionomia dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di giustizia ha inciso l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (Nizza) come diritto primario avente lo stesso rango giuridico dei trattati → a seguito di ciò, la Corte costituzionale ha affermato che se una norma sia oggetto di dubbi di legittimità con riferimento ai diritti protetti dalla costituzione o a quelli garantiti dalla carta, dovrà propriamente essere sollevata la **questione di legittimità costituzionale**, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o validità del diritto dell'unione.

## LA CORTE EDU:

La CEDU è un trattato multilaterale avente natura particolare, in quanto istituisce un ordinamento dotato di un **proprio organo di produzione giuridica, la corte EDU**.

Sebbene abbia sede a Strasburgo, la corte EDU non fa parte dell'UE. Non deve essere confusa con la Corte di giustizia dell'unione europea la sede a Lussemburgo e che è un'istituzione effettiva dell'unione europea. La Corte di Strasburgo è il **giudice internazionale chiamato ad occuparsi della specifica violazione della convenzione occorsa in una determinata vicenda processuale** → cd **giudice del caso concreto** ← la singola violazione accertata può essere la conseguenza tanto di un comportamento delle autorità nazionali, quanto dell'incompatibilità strutturale della legislazione interna con la convenzione.

La Corte è formata da tanti giudici quanti sono gli Stati parte della CEDU. La Corte si divide in 5 sezioni + all'interno di ogni sezione sono previsti per un periodo di 12 mesi dei comitati formati da tre giudici che hanno il compito di esaminare in via preliminare le questioni.

con l'introduzione del protocollo 14 viene istituita la figura di giudice unico, il quale può dichiarare irricevibile e cancellare dal ruolo un ricorso quando la decisione può essere adottata senza ulteriore esame ← la decisione del giudice unico è definitiva → scopo di snellire le procedure.

se il giudice unico non ritiene di respingere il ricorso lo trasmette al comitato. Inoltre, sono presenti all'interno di ciascuna sezione delle camere composte da 7 giudici che risolvono in via ordinaria i casi presentati davanti alla Corte. La grande camera, formata dal presidente della Corte, dai vicepresidenti e da altri 14 giudici, esamina i casi più complessi.

Funzionamento della corte → titolo II CEDU → La procedura può prendere avvio da un ricorso individuabile ricevibile ex artt. 34 e 35, o statutale ex art, 33.

Il **diritto di ricorso statutale** (art. 33) rappresenta storicamente la prima affermazione di un ordine pubblico dei diritti dell'uomo che accomuna differenti ordinamenti giuridici nazionali. Uno stato che si avvale di questa facoltà non agisce per tutelare i propri diritti, ma per sottoporre alla valutazione degli organi della convenzione una questione che attiene al rispetto dell'ordine pubblico europeo.

Il **diritto al ricorso individuale** viene riconosciuto al singolo individuo come un preciso diritto di azione → il ricorso individuale costituisce l'elemento essenziale che garantisce l'efficace funzionamento del sistema di

protezione europeo in vista dell'obiettivo per cui è stato creato, ossia proteggere i diritti dell'uomo elaborando nel contempo un diritto comune europeo.

Il **protocollo 11** ha introdotto poi la possibilità di un accesso immediato del singolo all'organo propriamente giurisdizionale → le **condizioni** non sono mutate: previo esaurimento delle vie di ricorso interne + rispetto del termine di sei mesi dalla decisione interna definitiva + non manifesta infondatezza del ricorso + assenza di incompatibilità *ratione personae*, che si perfeziona quando il ricorso è presentato contro uno stato che non ha ratificato la convenzione o che non è responsabile della situazione lamentata + il ricorso non deve essere identico ad un altro precedente già deciso dalla Corte o già sottoposto ad altre stanza internazionale esercente funzioni giudiziarie.

Con riguardo alla condizione di ricevibilità del termine di sei mesi dalla decisione interna definitiva, dobbiamo sottolineare che recentemente è terminato l'iter di ratifica del protocollo 15 della convenzione → riduzione a **quattro mesi** a decorrere dalla sentenza interna definitiva.

**Una volta dichiarato ricevibile il ricorso**, se non è intervenuta una regolamentazione amichevole della controversia, **è compito della Corte decidere in merito alla sussistenza o meno della violazione tramite la pronuncia di una sentenza dalla quale discende l'obbligo per lo stato condannato di conformarsi**.

La Corte può adottare decisioni o sentenze:

- le decisioni riguardano i casi di irricevibilità del ricorso cancellazione del ruolo, domanda di interpretazione introdotta dal comitato dei ministri
- le sentenze sono adottate quando la Corte si deve pronunciare sul merito del caso, quando la Corte decide separatamente sull'acqua soddisfazione, in caso di domanda di revisione o di interpretazione di una sentenza, e di domanda del comitato dei ministri sulla inadeguatezza dello Stato rispetto all'esecuzione di una sentenza.

Le sentenze e le decisioni che dichiarino i ricorsi ricevibili o irricevibili devono essere motivate.

È rilevante il fatto che, nonostante in via di principio la presentazione del ricorso non sospende l'esecuzione della misura interna oggetto del ricorso, l'attuale regolamento della Corte prevede che la camera o il suo presidente possa indicare al governo convenuto la misura provvisoria da adottare nell'interesse delle parti. I presupposti sono quelli classici dei provvedimenti cautelari → *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Parallelamente al ruolo che riveste in sede di esecuzione delle sentenze e delle decisioni, il **comitato dei ministri** svolge funzioni di controllo politico sull'osservanza da parte dello Stato contraente delle prescrizioni europee. L'art. 46 della convenzione stabilisce che la sentenza definitiva della Corte è trasmessa al comitato dei ministri che ne sorveglia l'esecuzione. Lo stato convenuto riconosciuto responsabile di una violazione è chiamato non solo avversare le somme assegnate a titolo di equa soddisfazione, ma anche a scegliere sotto il controllo del comitato dei ministri le misure generali e individuali da adottare al fine di porre termine alla violazione contestata. Il protocollo n. 11 ha confermato questo ruolo del Comitato.

Dopo la riforma del 1998, il comitato ha intrapreso un processo di affinamento del proprio *modus operandi* in materia di esecuzione, affidando ad un organo sussidiario - il comitato direttore dei diritti umani - il compito di formalizzare la prassi esistente mediante l'elaborazione di una serie di regole in tema di esecuzione → alcune delle regole più importanti riguardano il ruolo fondamentale della pubblicità degli atti e dei documenti relativi al procedimento di esecuzione e la possibilità di svolgere un ruolo attivo davanti al comitato dei ministri → in capo allo stato convenuto esiste un vero obbligo di carattere giuridico di tutelare i diritti dei cittadini e di conformarsi, in caso di constatata violazione, alle sentenze definitive della Corte.

La libertà di scelta sulle modalità di esecuzione va di pari passo con il controllo del comitato dei ministri per verificare l'effettività delle misure adottate al fine di porre termine alla violazione ed eliminarne le conseguenze.

In caso di disaccordo sulla misura da adottare in concreto, la prassi ha dimostrato che prevale l'ordinamento del comitato dei ministri → l'esercizio del potere discrezionale dello Stato e quindi vincolato all'idoneità dello strumento scelto per il perseguimento delle finalità risultanti dalla motivazione della sentenza della Corte → lo stato resta libero di scegliere i mezzi che ritiene più idonei per adempiere, purché tali strumenti siano compatibili con le statuizioni contenute nella sentenza ← tutto ciò sempre sotto il controllo del comitato dei ministri.

Uno strumento molto importante è la risoluzione interinale d'esecuzione → decisione pubblica adottata a maggioranza qualificata il cui contenuto è vincolante per lo stato che ne è oggetto → è un atto che risulta legato alla situazione di fatto e di diritto quale risulta al momento della chiusura del caso. questo strumento rappresenta anche uno dei principali strumenti a disposizione del comitato dei ministri per esercitare una pressione sullo stato che ritardi l'esecuzione dei propri obblighi. Finché lo stato non ha offerto una risposta soddisfacente alla sentenza, il caso non viene cancellato dal ruolo e continuano ad essere richieste spiegazioni al riguardo da parte del comitato che può adottare una risoluzione interinale con cui dà atto del fatto che l'esecuzione della decisione ha avuto inizio ma si riserva di verificare che tutte le misure sollecitate siano state ben eseguite.

### La sentenza pronunciata dai giudici europei sia definisce il caso concreto sia chiarisce, salvaguarda e sviluppa le norme della convenzione.

Prima di pronunciarsi nel merito, la Corte dovrà valutare la sussistenza delle condizioni di ricevibilità (cd *filtro*), dovrà accertare i fatti procedendo ad inchieste in loco se necessario (cd *funzione di inchiesta*), e dovrà porsi a disposizione delle parti al fine di giungere ad una composizione amichevole (cd *funzione conciliatoria*), la cui alternativa è la decisione vincolante (cd *funzione di valutazione nel merito*).

La Corte opera normalmente suddivisa in sezioni o camere. Due casi in cui opera nella composizione della **Grande Camera**:

- ricorsi particolarmente complessi che le sono trasmessi da una sezione
- riesame a richiesta di parte di un caso già deciso da una singola sezione con sentenza

*La sentenza pronunciata da una singola sezione della Corte diviene definitiva quando le parti dichiarino di non voler richiedere il rinvio dinanzi alla grande camera*, o quando scade il termine di tre mesi per la presentazione della richiesta senza che ciò sia avvenuto o quando la richiesta si è rigettata dal collegio della grande camera. La richiesta di assegnazione di una causa alla grande camera deve essere accolta tutte le volte in cui la questione oggetto di ricorso sollevi i gravi problemi di interpretazione o di applicazione della convenzione o dei suoi protocolli. Il ruolo assegnato alla grande camera è quello di offrire una seconda riflessione su problemi di primaria importanza → ha anche il potere di modificare la giurisprudenza della Corte.

La sentenza della Grande Camera non ha una particolare forza vincolante → essa scioglie un contrasto e fissa il tenore del precedente a cui far riferimento.

Ad oggi, l'interpretazione delle norme della CEDU non rappresenta più qualcosa di strutturalmente estraneo all'azione dell'interprete nazionale → ha assunto un ruolo determinante nell'individuazione e nella definizione delle garanzie di cui i giudici interni e la Corte costituzionale richiamati a far valere il rispetto → i criteri seguiti dalla Corte di Strasburgo per l'interpretazione della convenzione sono stati incorporati nel nostro sistema e sono chiamati ad interagire col quadro costituzionale.

Il passaggio decisivo di questa nuova presa di coscienza è rappresentato dalle sentenze gemelle (349 3 349 del 2007) che hanno ritenuto norme interposte nel giudizio di legittimità delle leggi le disposizioni della convenzione europea, come interpretate dalla Corte di Strasburgo → le garanzie della Convenzione europea si pongono ora come punto di riferimento obbligato per il giudice nazionale che deve attivare ogni possibile torsione interpretativa per adeguare il dettato della disciplina interna agli obblighi convenzionali. Come ricordare che il diritto europeo è anche quello di matrice giurisprudenziale → Gli Stati europei si sono impegnati a adeguare la propria legislazione alle norme della CEDU nel significato attribuito dalla Corte.

Inoltre, dobbiamo ricordare la cd regola aurea alla quale il giudice deve sempre attenersi nell'interpretare la norma europea ← quest'ultima deve essere definita in base ai canoni ermeneutici vigenti nel sistema di provenienza, e non a quelli consolidati nell'ordinamento interno. La norma convenzionale conserva sempre la propria natura di norma sovranazionale e come tale deve essere letta dal giudice interno. Quest'ultimo dovrà quindi leggere la norma come parte di un sistema più ampio di quello italiano, con regole proprie. Per far questo dovrà necessariamente impadronirsi di principi, regole di produzione e criteri di soluzione delle antinomie caratteristici del sistema normativo europeo.

→ la grande novità del sistema europeo di protezione dei diritti umani è costituita dall'instaurazione di un **controllo giurisdizionale esterno agli Stati**. La Corte europea assicura un controllo esterno implica un certo numero di conseguenze innovative. esso rompe i confini degli Stati è la pretesa della legge statale di fondare ed esaurire un proprio ordinamento giuridico particolare ed esclusivo. La singola persona diviene soggetto di diritto internazionale che fa valere diritti propri nella controversia contro uno stato punto La Corte europea applica un diritto europeo, maneggiando e creando un diritto che non origina dall'opera di parlamenti e non trova in ciò la propria legittimazione → **diritto di origine giurisprudenziale**. In forza dell'art. 32 gli Stati si sono impegnati ad adeguare la propria legislazione alle norme della convenzione nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. La giurisprudenza della Corte europea mette sullo sfondo la regola generale ed astratta rispetto all'esigenza di disciplina richiesta ed espressa dal caso concreto → **la soluzione del caso contribuisce a creare la regola** → **funzione creativa dell'interpretazione giudiziale**, con richiamo alla dinamica della produzione del diritto da parte dei giudici nei sistemi di common law.

Si è avuto da parte degli Stati membri il conferimento alla Corte di Strasburgo del compito di procedere all'elaborazione di una sorta di diritto comune europeo nel campo dei diritti umani. Le norme della convenzione devono essere interpretate conformemente allo scopo di tutelare l'individuo e, qualora siano ammissibili più interpretazioni, occorre privilegiare quella che assicura maggiori garanzie al ricorrente. ciascuna delle questioni prese in considerazione dai giudici europei diviene oggetto di esame attento ciò che riguarda il fatto, le legislazioni nazionali richiamate, in procedimenti interni che trovano applicazione ed offre l'opportunità di un dibattito giuridico in merito alle norme della convenzione.

La giurisprudenza elaborata dalla Corte europea ha creato nel corso degli anni un patrimonio giuridico comune che costituisce un preciso **diritto europeo delle libertà** → si tratta di una serie di regole minime che devono essere concretamente osservate per assicurare uno spazio vitale di libertà in una società democratica. Proprio perché la Convenzione europea costituisce un meccanismo unico di protezione dei diritti dell'uomo, è essenziale che gli Stati onorino pienamente l'impegno formale a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie in cui essi sono parti. Infatti, l'equo processo sarebbe illusorio se l'ordinamento di uno stato contraente permettesse una decisione giudiziaria definitiva ed obbligatoria restasse inefficace a svantaggio di una parte.

il sistema delineato dalla convenzione si fonda su due principi:

- Principio di sussidiarietà → enunciato dalla Corte europea per la prima volta nel caso Handyside c. Regno Unito, che costituisce la pietra angolare del sistema giudiziario di protezione collettiva → questo costituisce il fondamento della suddivisione di competenze tra il livello nazionale e quello internazionale per quel che riguarda la protezione dei diritti umani. Il meccanismo di tutela creato dalla convenzione affida in primo luogo a ciascuna delle parti contraenti il compito di assicurare la protezione dei diritti in essa garantiti → il sistema di controllo sovranazionale opera solo nel caso in cui le vie di ricorso interno siano state esperite tutte senza che sia stato posto rimedio alla violazione domestica.
- Principio di solidarietà → la giurisprudenza della Corte europea fa parte integrante della convenzione.

Per quanto riguarda il **rapporto tra Corte costituzionale e corte EDU**, uno spartiacque fondamentale è stato tracciato dalle sentenze gemelle del 2007 che hanno fatto seguito alla riforma costituzionale del titolo V → nuovo comma uno del 117 → **la potestà legislativa di Stato e regioni si esercita nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali**. Tale disposizione ha permesso alla Corte costituzionale di giungere nel 2007 ad una nuova interpretazione del rango da attribuire alla CEDU. Le due pronunce hanno riconosciuto che le norme della CEDU non producono effetti diretti nell'ordinamento giuridico dal quale possa derivare un potere di disapplicazione analogo a quello che i giudici comuni possono utilizzare rispetto a norme di diritto dell'UE. Al contrario, le stesse fungono da **parametro interposto di legittimità costituzionale in base al 117, acquisendo un rango giuridico superiore a quello della legge ordinaria ma comunque inferiore a quello costituzionale** → **per poter essere applicate come norme interposte devono essere conformi a costituzione**.

## LE GARANZIE:

L'idea è quella di individuare le **caratteristiche che deve avere un processo penale per essere conforme ai diritti fondamentali** → **EQUO PROCESSO**. Che poi questi derivino dalla convenzione o dagli atti non è importante.

Andremo a verificare quelli che chiameremo i principi di procedura penale europea, sempre con questa idea di tenere in considerazione i due diversi piani, ma nello stesso tempo sempre avendo in mente il cd principio di corrispondenza tra i diritti della Carta di Nizza ed i diritti della CEDU.

**Art. 6.3 TUE** → i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

Art. 52.3 Carta di Nizza:

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

← massima

sovrapposizione. Addirittura, **il significato che bisogna dare ai diritti della carta di Nizza è lo stesso che va dato a quelli contenuti nella CEDU**. Ricordiamo che la CEDU è la soglia minima al di sotto del quale non si può andare, pena la violazione → uno stato membro può sempre prevedere garanzie maggiori. *Il principio di corrispondenza tra diritti UE e Convenzione europea non impedisce la possibilità che l'UE possa prevedere garanzie maggiori.*

Dobbiamo verificare se e come il nostro sistema risponde, se c'è rispetto dei diritti.

Quando facciamo questa verifica, per capire quali sono i principi fondamentali per il nostro processo, dobbiamo partire dai **MODELLI PROCESSUALI**.

Dal 1988, i modelli cambiano → il modello diventa improntato ai **principi del sistema accusatorio** → rivoluzione.

Sistema inquisitorio:

- Mancata distinzione tra chi raccoglie gli elementi di accusa e chi mi giudica → sovrapposizione di poteri di accusa e di decisione. Nel sistema accusatorio, invece, c'è una netta distinzione tra giudice e PM.
- Nel sistema accusatorio si ha il principio dispositivo in tema di prova: sono le parti che devono richiedere l'ammissione delle prove. Nel sistema inquisitorio, invece, è il giudice che sceglie le prove.
- Processo segreto e scritto. Nel sistema accusatorio, invece, abbiamo la pubblicità del processo e l'oralità
- Principio di immediatezza del sistema accusatorio (il giudice che valuta le prove dovrebbe emettere subito la propria decisione)
- Principio di concentrazione del sistema accusatorio
- Parità delle parti del sistema accusatorio → difesa ed accusa sono equidistanti rispetto al giudice → parità di poteri e di strumenti.
- Il giudice è imparziale nel sistema accusatorio

La corte costituzionale, in una certa fase della nostra storia (stragi di mafia), introduce nel nostro sistema accusatorio degli elementi di stampo inquisitorio, alcuni elementi tipici del sistema inquisitorio → **introduzione del principio di non dispersione della prova.**

Abbiamo una involuzione del nostro sistema accusatorio con elementi tipici del sistema inquisitorio, fino al **1999 con la riforma del giusto processo** → **riforma dell'art. 111 Cost.**

La risposta del L. è quella di riportare nella carta costituzionale principi che sono presi pari da quelli che troviamo nella CEDU e che sono di stampo accusatorio.

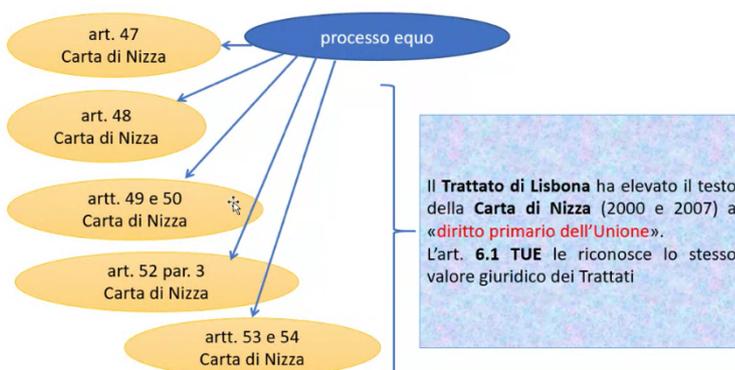
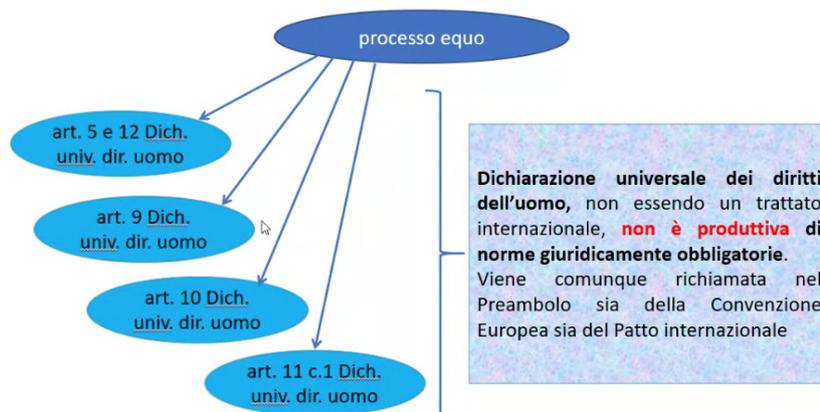
**I principi della CEDU impongono l'adozione di un sistema piuttosto che di un altro? NO.** La CEDU non ci dice che il modello accusatorio è migliore. La corte europea ci dice solo quali sono i principi che devono

essere garantiti, fermandosi lì. Poi noi, verificando, scopriamo che il sistema accusatorio è un sistema che più facilmente può assicurare i principi previsti dalla convenzione.

**Il nostro è un sistema MISTO** (ci sono elementi del sistema inquisitorio) → sistema di stampo accusatorio. Né la Convenzione europea né il Patto internazionale (e NON europeo) sui diritti civili e politici indicano una preferenza per il sistema accusatorio o inquisitorio, perché si rivolgono ad una pluralità di Paesi. Ci dicono che alcuni principi che ritroviamo sono caratteristici di un sistema a stampo accusatorio. Ricordiamo che non c'è alcuna distinzione tra la fase delle investigazioni e della decisione. La corte europea non considera questa distinzione.

La dottrina italiana si è divisa in ordine al significato da attribuire all'espressione giusto processo: mentre per alcuni il processo regolato dalla legge è sempre per definizione giusto, per altri si tratta di una formula che si concretizza in tre fondamentali garanzie → **onere della prova da parte dell'accusatore, contraddittorio e terzietà/imparzialità del giudice** chiamato a pronunciarsi sulla controversia. Il processo giusto è quello che sbocca in una decisione giusta e che si svolge trattando tutte le parti secondo giustizia. È importante notare che la CEDU non definisce esplicitamente la nozione di giusto processo e La Corte europea ha precisato che il principio non è definibile in astratto, ma è **da verificare secondo le circostanze particolari in ogni caso concreto**. diventa quindi necessario verificare l'eventuale violazione non tanto sul piano normativo, quanto su quello giurisprudenziale. **La configurazione degli elementi costitutivi del processo equo si ritrova nell'art. 6 CEDU.**

Questi principi fondamentali sono contenuti anche nella **Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo**, che non è produttiva di norme giuridiche obbligatorie.



## PRINCIPI DELL'EQUO PROCESSO:

- 1) **Giudice terzo ed imparziale, precostituito per legge**
- 2) **Ragionevole durata del processo**
- 3) **Principio del contraddittorio**
- 4) **Presunzione di non colpevolezza**
- 5) **Obbligo di motivazione**
- 6) **Parità delle armi**
- 7) **Principio di non essere obbligati a collaborare con l'autorità giudiziaria → se non si portano le prove, la presunzione di innocenza non può essere superata ed io non posso essere obbligato a collaborare**
- 8) **Diritto ad essere informati dell'accusa**
- 9) **Diritto a non rilasciare dichiarazioni autoincriminanti**

Non deve essere un'osservanza formale di questi diritti, deve essere **un'osservanza concreta ed effettiva**.  
Noi avremo nelle prossime lezioni come inizio **l'art. 6 CEDU → DIRITTO AD UN EQUO PROCESSO**.

### Art 6 par. 1 CEDU

1. Ogni persona **ha diritto** a che la sua causa sia **esaminata equamente, pubblicamente** ed **entro un termine ragionevole** da un **tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge**, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La **sentenza** deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

Il paragrafo 1 è quello che ci spiega che cosa si intende per equo processo.

Nei paragrafi 2 e 3 si specificano meglio alcune garanzie e diritti.

Quando la corte condanna per la violazione dei paragrafi 2 o 3, implicitamente si imputa anche la violazione del paragrafo 1.

### Art 6 par. 2-3 CEDU

2. Ogni persona accusata di un reato è **presunta innocente** fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.
3. In particolare, **ogni accusato ha diritto di**:
  - a) **essere informato**, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;
  - b) **disporre del tempo e delle facilitazioni** necessarie a preparare la sua difesa;
  - c) **difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta** e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;
  - d) **esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico** nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;
  - e) farsi assistere gratuitamente da un **interprete** se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.

ART. 6 PARAGRAFO 1 CEDU → "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per

legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti”. Si usa il termine “ogni persona” per includere chiunque, che sia imputato o indagato. Anche “causa” non è un termine che viene usato, ma questo ci fa capire che si ha a che fare con diversi ordinamenti e diversi Paesi.

È dall’interpretazione che la Corte di Strasburgo fa che deriva la definizione di processo equo. Nella convenzione non troviamo una spiegazione di cosa si intende per “equo”, per “esaminata equamente”. Lo troveremo attraverso l’interpretazione che la corte fa della fairness processuale quando va a valutare le violazioni dell’art. 6.

Cosa si intende per “pubblicamente”? → **principio di pubblicità** → chiunque può prendere parte al processo, l’aula è aperta, perché si ritiene che **il controllo dell’opinione pubblica sull’operato del giudice sia uno stimolo per il giudice per svolgere al meglio le proprie funzioni**. Il modello accusatorio è improntato alla pubblicità. Inoltre, **la pubblicità dovrebbe agevolare la ragionevole durata del processo**. Ricordiamo sempre che il processo equo deve avere determinate garanzie e queste garanzie le riscontriamo più in un modello accusatorio piuttosto che inquisitorio → non è obbligatoria l’ispirazione a questo modello.

Ancora, **cosa è che può essere pubblico? I provvedimenti** → **pubblicazione della sentenza** → sempre finalità di verificare l’operato del giudice.

## FAIRNESS PROCESSUALE:

La CEDU tende a garantire dei diritti che siano concreti ed effettivi. Non basta solo l’indicazione formale nel sistema processuale dell’esistenza della garanzia, bisogna **verificare se quella garanzia è stata concretamente osservata** e se ha avuto effetti concreti all’interno della vicenda.

**La corte di Strasburgo sembra dirci che se un processo non ha le garanzie dell’art. 6 allora non è un processo.**

La corte, per cercare di definire la **fairness processuale**, fa riferimento a **tutte le garanzie dell’art. 6 (par. 1, 2, 3)**. Ci dice anche che **l’elenco che abbiamo nell’art. 6 è un elenco puramente esemplificativo e NON esaustivo** → queste garanzie non sono le sole che devono essere presenti per poter definire un processo equo. Non c’è un elenco tassativo delle garanzie. **Nelle proprie sentenze la corte individua garanzie ulteriori rispetto a quelle dell’art. 6 ricavando da quelle indicate in maniera specifica ulteriori garanzie** → **sono ricavate a livello logico-estensivo da quelle dell’elenco**. La Corte considera le singole vicende portate alla sua attenzione non alla luce dei par. 2 e 3 dell’art. 6 CEDU presi singolarmente, ma **nell’ottica del combinato disposto** di ciascuno di essi con il par. 1 dello stesso art. 6.

Un esempio del carattere non esaustivo dell’enumerazione delle garanzie contenute nel 6 è offerto dal principio di uguaglianza di tutti gli individui davanti agli organi di giustizia previsto dall’art. 14 CEDU, dove si afferma il divieto di discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciute, senza distinzione di alcuna specie, razza, sesso, colore, lingua, religione, opinione politica ecc.

→ un giudizio sul carattere equo o meno di un procedimento può dipendere solo da un esame complessivo della totalità degli atti che lo hanno composto.

**Queste garanzie devono valere per qualunque tipo di reato** ← a noi potrebbe creare un problema perché nel nostro sistema per alcune tipologie di reato la nostra disciplina si mostra differente rispetto ai cd reati comuni. Pensiamo al sistema del doppio binario per i reati di criminalità organizzata.

Ricordiamo la mancanza di sensibilità della corte rispetto alla suddivisione delle fasi → la fairness processuale deve essere garantita anche una volta che la sentenza è passata in giudicato, e quindi nella fase di esecuzione della pena.

Queste garanzie sono da applicare anche nei procedimenti civili ed amministrativi.

Da un punto di vista soggettivo, anche l’area di riferimento del diritto ad un processo equo non è limitata a priori; non lo è con riguardo le distinzioni tra cittadini, stranieri o apolidi, benché nell’articolo 6 manchi un’esplicita menzione dell’eguaglianza dei cittadini davanti ai tribunali e alle corti di giustizia. Non lo è nemmeno nel senso di un’esclusione delle persone giuridiche dalla titolarità del diritto medesimo.

L'art. 6 CEDU è integrato e completato dagli articoli 1, 2 e 4 del protocollo addizionale 7 CEDU, concernenti rispettivamente il diritto dei cittadini stranieri dei quali sia stata disposta l'espulsione di far valere le proprie ragioni e di farsi rappresentare, il diritto ad un doppio grado di giurisdizione nell'ipotesi di condanna per un illecito penale, il diritto a non essere giudicati o puniti per un reato per il quale si è già ottenuta una soluzione o una condanna con sentenza definitiva.

Infine, il 6 non prevede (almeno esplicitamente) garanzie che pur sono contemplate da altre norme internazionali sul diritto all'equo processo, come il diritto dell'imputato ad essere presente al processo ho il diritto dell'imputato a non essere costretto a testimoniare contro se stesso ← davanti a questi principi ormai acquisiti nel contesto convenzionale europeo e in quello comunitario assumono un significato molto importante anche i dati esemplificativi ricavabili dalle costituzioni dei paesi membri dell'unione.

Vediamo un es. di garanzia che non è indicata nell'art. 6 ma viene desunta:

### **EGUAGLIANZA DAVANTI AL GIUDICE:**

Questa garanzia non è presente nell'art. 6 par. 1 → **la corte lo ricava dal diritto a che la causa sia esaminata correttamente**. La corte l'ha individuato sia tramite un esame dell'art. 6, dicendo che è una lacuna solo apparente, sia esaminando l'**art. 14 CEDU** che pone un divieto di discriminazione nel godimento di diritti e libertà riconosciuti dalla Convenzione.

Il riferimento esplicito lo abbiamo all'art. 14 del patto internazionale al co. 1 → tutti siano egual davanti ai tribunali ed alle corti di giustizia → divieto di discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciute, senza distinzione di alcuna specie, razza, sesso, colore, lingua, religione, opinione politica ecc. Bisogna intendersi su cosa vuol dire che tutti sono uguali davanti alla legge. Quale è il significato di questo principio?

#### **1) Tutti godono delle stesse garanzie davanti al giudice, a prescindere da qualsiasi differenza**

Noi sappiamo che comunque qualche differenza c'è, come per esempio i soggetti minori. Possiamo esemplificativamente pensare alla peculiare disciplina del procedimento penale celebrato a carico dei minorenni → art. 14 patto internazionale diritti civili e politici → è necessario tenere conto della loro età e dell'interesse a promuovere la loro riabilitazione. Es. l'esame dell'imputato viene effettuato in un certo modo, l'esame dell'imputato minorenne è esaminato in modo diverso (no cross examination). Es. lo straniero che ha dei diritti particolari.

Come possiamo intenderlo, quindi, questo principio di uguaglianza, pur essendo consapevoli di queste differenze? **Canone di ragionevolezza per la differenziazione delle procedure**. Deve essere giustificata una procedura differenziata per certi soggetti (es. per il minore è prevista una disciplina diversa, in quanto è un soggetto particolarmente fragile). Ragionevolezza nel differenziare al fine di tutelare i soggetti.

Anche con riferimento a questa garanzia, questo è il livello minimo che deve essere garantito. È sempre possibile apportare garanzie maggiori.

#### **2) Obbligatorietà dell'azione penale** → non si potrebbe avere un'eguaglianza effettiva davanti al giudice se si ammettessero scelte discrezionali da parte dell'organo dell'accusa.

### **DIRITTO DI ACCESSO AL GIUDICE:**

Art. 6 par. 1 ci dice che ognuno ha diritto a che **la propria causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge**.

Ha come riferimento anche l'art. 14 par. 1 del patto internazionale. Questa disposizione comporta che dovrebbero essere eliminati dai sistemi processuali tutti gli ostacoli che possano impedire che il cittadino si rivolga ad un giudice per chiedere giustizia.

Con riferimento alla posizione dell'accusato, più che parlare di diritto di accesso al giudice sembra corretto affermare **l'esistenza di un diritto ad ottenere una decisione sulla fondatezza dell'accusa mossa a suo carico**.

Esistono comunque delle **limitazioni** di questo diritto → limitazioni consentite solo se rispondenti ad uno **scopo legittimo** (minori ed alienati) e **conformi ad un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati ed il fine perseguito** → limitazioni a condizione che vi sia **proporzionalità tra mezzi utilizzati e**

**scopi perseguiti.** È necessario che siano limitazioni derivanti per es. da situazioni di immunità della giurisdizione.

È stato ritenuto illegittimo subordinare lo svolgimento del ricorso per Cassazione alla costituzione in carcere dell'imputato condannato nel giudizio di merito (nel sistema francese, per poter proporre ricorso per Cassazione l'imputato condannato doveva costituirsi in carcere) ← questo è stato ritenuto dalla Corte come una limitazione del diritto di accesso al giudice ingiustificato e posta in violazione dell'art. 6.

Per quanto riguarda la **nozione in tribunale**, la Corte europea ha dedicato numerosi interventi all'individuazione delle *caratteristiche che il soggetto chiamato a definire la controversia deve possedere*. La più comune definizione di tribunale è connotata dall'esercizio della funzione giurisdizionale e quindi l'assunzione di decisioni indeterminate materie che rientrano nella competenza attribuita dalla legge punto a ciò si aggiungono altre caratteristiche come l'indipendenza e l'imparzialità e le garanzie procedurali che devono essere soddisfatte perché l'organo giudicante possa a tutti gli effetti considerarsi un tribunale. Sottolineiamo che la convenzione non impedisce agli Stati contraenti di affidare ad autorità amministrative il potere di infliggere sanzioni punitive, a condizione che le relative decisioni siano ricorribili davanti ad un organo giurisdizionale che sia dotato di piena giurisdizione.

La **rinuncia** è possibile a condizione che sia una libera scelta, volontaria e consapevole.

Qui abbiamo un **LEADING CASE** → una sentenza che ha stabilito o specificato meglio un principio ed apre un filone giurisprudenziale + verrà sempre richiamata come precedente giurisprudenziale quando i giudici andranno a trattare una certa garanzia. Non che esista il sistema del precedente come quello dei paesi anglosassoni. La corte cerca comunque sempre di rifarsi al precedente, ma non è insensibile a modificare quanto già statuito in precedenza a seconda delle situazioni.

Il leading case in questo caso è **Golder c. Regno Unito** (1975). Golder è un cittadino UK che viene condannato per una serie di reati, anche gravi, e sta eseguendo la pena. Si trova in carcere. Mentre è in carcere subisce delle *violenze* e si decide di denunciare queste violenze. Nel sistema UK questo tipo di denunce effettuate in carcere avevano una disciplina particolare → il detenuto doveva depositare la denuncia e rivolgersi al Ministro della Giustizia affinché si azionasse. Così fa Golder, ma il Ministro della Giustizia non fa nulla. Passa il tempo e questa denuncia non ha alcun seguito, senza alcuna giustificazione. Golder si rivolge alla Corte di Strasburgo lamentando qualcosa che all'interno dell'art. 6 non è indicato in maniera esplicita → non c'è scritto che ogni cittadino ha diritto ad accedere al giudice, ma Golder fa un certo ragionamento condiviso dalla corte: **non è possibile che l'art. 6 individui tutta una serie di garanzie di cui un soggetto deve godere quando è davanti al giudice senza che sia implicito il fatto che ogni persona ha diritto a trovarsi prima di tutto davanti al giudice. È logico, consequenziale, che vi sia un diritto ad accedere al giudice per poi poter godere di quelle garanzie**. La corte, in Golder c. Regno Unito, inserisce proprio il diritto di accesso al giudice tra le garanzie presenti nella convenzione → le norme della convenzione devono essere interpretate allo scopo di tutelare l'individuo, e qualora sia in dubbio l'interpretazione, deve essere interpretata in modo da concedere più garanzie possibili al il soggetto. Attraverso questa sentenza il diritto di accesso al giudice viene riconosciuto anche in tutte le successive sentenze.

Golder c. Regno Unito finisce che a seguito della sentenza di condanna vs il Regno Unito, quest'ultimo deve modificare la norma → organo giurisdizionale e non più organo politico come destinatario di una denuncia proposta da un carcerato.

Un'altra sentenza che ci mostra come la Corte possa giustificare alcune limitazioni a questo diritto è la sentenza della Grande Camera **Kart c. Turchia**. Sentenza vs un parlamentare turco che lamentava di non poter rinunciare all'immunità che comporta la sospensione dei procedimenti a suo carico. Lamentava l'impossibilità di poter accedere al giudice, perché il procedimento rimaneva sospeso finché lui continuava ad essere un parlamentare. **La Corte ha affermato il carattere NON assoluto del diritto di accesso al giudice, il quale può subire limitazioni in vista del raggiungimento di scopi legittimi, a condizione che vi sia un RAPPORTO DI PROPORZIONALITÀ tra lo scopo perseguito ed il mezzo impiegato.**

Un esplicito riferimento al diritto di accesso lo troviamo nella **Carta di Nizza** → UE. Questa Carta ha una validità uguale a quella dei trattati istitutivi dell'UE (vincolante). All'art. 47 par. 2 troviamo una somiglianza con l'art. 6 CEDU.

Articolo 47

**Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale**

Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.

← riferimento

al diritto di accesso al giudice **esplicito** al par. 1.

Il principio di corrispondenza, che abbiamo visto, è tra i diritti garantiti dall'UE nei Trattati e nella Carta di Nizza rispetto ai diritti della CEDU → porta ad attribuire il significato, se i diritti sono presenti in entrambi i sistemi, della corte di Strasburgo ← questo non impedisce all'UE di garantire in maniera maggiore quanto è previsto a livello minimo all'interno della CEDU.

La Corte definisce il diritto di accesso come un principio fondamentale comunitario.

**PRECONSTITUZIONE DEL GIUDICE:**

**Il giudice deve essere anzitutto costituito dalla legge**, è la legge che lo individua, non siamo noi a decidere il giudice. Deve essere precostituito rispetto alla commissione del reato, **per evitare che sia costituito un giudice ad hoc per quello specifico imputato** che ha forse commesso quello specifico reato. L'organo giurisdizionale previamente individuato per legge **serve per evitare che possa essere arbitrariamente scelto in relazione alla singola res iudicanda**. Qui notiamo che, quando all'art. 6 par. 1 CEDU si parla di tribunale, si dice che è costituito per legge → nel livello minimo di garanzie previsto dalla CEDU è sufficiente, per ritenere osservato l'art. 6 par. 1, che quel giudice sia stato individuato dalla legge, ma non precostituito in maniera precostituita.

→ **art. 6 par. 1 CEDU prevede la sola costituzione per legge degli organi giudiziari**. Cosa vuol dire costituzione per legge? **Deve essere la legge a prevedere il giudice** → l'individuazione del giudice è rimessa al potere legislativo e non al potere esecutivo. **È questa la ratio: evitare che il tribunale sia scelto dal potere esecutivo**. LIVELLO MINIMO.

→ **art. 47.2 Carta di Nizza precisa che deve trattarsi di una precostituzione**. Questo è in linea con l'**art. 25 co. 1 Cost.** che prevede un più elevato standard di garanzie rispetto al testo della convenzione. Nel nostro sistema abbiamo la **costituzione**, la **precostituzione**, la **naturalità** (giudice naturale significa che è il giudice più vicino al luogo in cui è stato commesso il reato, perché considerato il giudice più sensibile, che ha una conoscenza del territorio che potrebbe portarlo a capire meglio certe situazioni). Questo articolo è strutturato comunque in termini diversi, ossia come un *divieto che preclude di sottrarre l'individuo al giudice predeterminato dalla legge*. Il fatto che il giudice sia precostituito in realtà ci porta a capire quale sarà il nostro giudice. Pensiamo alle norme sulla competenza del giudice → io so che se commetto un reato a Milano, so che sarà il tribunale di Milano. Questo non importa. Quello che importa è che il giudice è stato individuato dalla legge in base a criteri predeterminati per legge. Sono criteri oggettivi che valgono per tutti e che non sono scelti esclusivamente con riferimento alla mia persona.

La corte EDU ha precisato che l'espressione "costituito per legge" non riguarda solo l'esistenza dell'organo giudicante e la sua competenza, ma anche la sua **composizione** in relazione ai singoli procedimenti → si ritiene violato il parametro convenzionale in caso di mutamento dell'organo giudicante nel giorno dell'udienza senza specificazione di quale, tra le cause tassativamente previste nell'ordinamento nazionale, legittimasse o il subentro al giudice precostituito.

NIZZA:

Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

→ **art. 14 par. 1 Patto Internazionale prevede costituzione per legge e competenza.**

**CARATTERISTICHE DEL GIUDICE:**

- **Imparzialità** → sentenza *Piersack c. Belgio* ← leading case. Imparzialità vuol dire **condizione di disinteresse del giudice rispetto all'esito della causa**. Ciò che importa è che vengano rispettate tutte le garanzie. "Assenza di pregiudizi o partiti presi" → non posso giudicare quando ho un elemento che non è emerso nel processo ma che mi porterà a valutare in un determinato modo. Dal punto di vista soggettivo, si tratta di *stabilire se dall'atteggiamento del magistrato possa emergere un pregiudizio circa la colpevolezza dell'imputato. Condizione di equidistanza del giudice rispetto alle parti*. Se non supportate dalle menti esterne verificabili le mere affermazioni della ricorrente a proposito dell'atteggiamento mentale del giudice non sono di per sé sufficienti. Un deficit di imparzialità può discendere da circostanze che lascino supporre un preconcetto del giudice nei confronti del ricorrente. *La mancanza di imparzialità non può essere fatta derivare dal fatto che il giudice abbia commesso errore di fatto o di diritto né tantomeno dall'essere stata la sua sentenza annullata da una giurisdizione di grado superiore*. La Corte passa in rassegna le situazioni nelle quali viene compromessa l'imparzialità:

- compromesso ogni qualvolta il giudice esercita attività giurisdizionale nella medesima vicenda in cui abbia svolto funzioni di accusa
- non sussiste violazione nell'ipotesi in cui il medesimo giudice si sia pronunciato nei confronti della **stessa persona**, ma in **procedimenti diversi e per questioni oggettivamente diverse**
- soluzioni differenziate in merito alle condizioni di imparzialità dell'organo giudicante, qualora questo sia composto da soggetti per qualche verso legati alle parti (legami familiari, di amicizia, di colleganza, di affiliazione politica o comunanza religiosa)

Il giudice non solo deve "essere" imparziale ed indipendente, ma deve anche "apparire" tale. Qualsiasi situazione che anche apparentemente possa mettere in dubbio l'imparzialità viola l'art. 6. + imparzialità personale.

Da un punto di vista oggettivo, si mira a valutare se, a prescindere dalla condotta personale del giudice, sussistano circostanze verificabili che legittimino i dubbi non tanto dal punto di vista del ricorrente, quanto da quello di un osservatore esterno. Non costituisce una violazione del principio di imparzialità la circostanza che il giudice, intervenuto nelle fasi preliminari disponendo l'applicazione di una misura cautelare, sia poi chiamato a svolgere una funzione giudicante nell'ambito del medesimo procedimento.

- **Indipendenza** → concetto strettamente connesso all'imparzialità → dobbiamo **assicurare la distanza tra il potere giurisdizionale e gli altri poteri dello stato (indipendenza funzionale organica esterna)** + **distanza rispetto ad altri organi, pur giurisdizionali, ai quali il giudice non deve essere obbligato a dare conto (indipendenza funzionale organica esterna)**. Un giudice dipendente da un altro soggetto, che debba rispondere delle proprie attività a qualcun altro non potrebbe possedere i requisiti di imparzialità di cui pertanto l'indipendenza costituisce una condizione di esistenza. Quando viene violata l'indipendenza viene compromessa anche l'imparzialità. Nostra Cost.:



*Indipendenza esterna*: i giudici non sono vincolati alle deduzioni compiute dalle parti nell'individuazione della norma di legge da applicare al fatto accertato nel caso concreto (iuria novit curia) + *indipendenza interna*: libertà nell'interpretazione della legge, nell'accertamento dei fatti e nell'applicazione della legge nel caso concreto

→ le caratteristiche di imparzialità ed indipendenza del giudice le ritroviamo nell'art. 6 par. 1 CEDU, art. 47 Nizza, art. 25 Cost. italiana.

### PRINCIPIO DI PUBBLICITÀ DEL PROCESSO:

Caratteristica tipica del sistema accusatorio. Principio fondamentale di ogni società democratica. La pubblicità è considerata una **garanzia rispetto al corretto operato del giudice, è vista come un controllo**. Se sappiamo che qualcuno ci controlla, tendenzialmente cerchiamo di lavorare meglio. Essendo pubblici, qualcuno potrà sempre andare a verificare l'operato del giudice.

Pubblicità come garanzia di ordine generale riferibile all'equità processuale. Tale garanzia tutela i singoli da una giustizia che sfugge ai controlli del pubblico e rappresenta così **uno degli strumenti per contribuire al mantenimento della fiducia nei tribunali**.

Il principio di pubblicità del processo riguarda essenzialmente due aspetti:

- pubblicità delle udienze → La Corte europea ha affermato il principio per cui l'assenza di un formale divieto di accesso all'aula di udienza non è sufficiente al rispetto del precetto convenzionale, occorrendo che siano tempestivamente conoscibili le date e i luoghi in cui gli atti processuali vengono compiuti
- pubblicità dei provvedimenti giurisdizionali

Con riguardo ai giudizi di impugnazione la Corte di Strasburgo ha precisato che l'assenza di un'udienza pubblica non compromette necessariamente l'equità processuale → le modalità di svolgimento dell'udienza nei gradi di giudizio successivi al primo dipendono dalle caratteristiche della procedura e dalla configurazione dei giudizi di impugnazione nell'ordinamento interno → **la Corte ammette lo svolgimento di procedure camerali, purché vi sia stata udienza pubblica nel giudizio di primo grado, se la cognizione del giudice superiore è limitata esclusivamente alla disamina dei profili di legittimità del provvedimento impugnato. Per contro, nel caso in cui l'impugnazione si configuri come un riesame complessivo della vicenda processuale, la Corte europea ritiene indefettibile che sia assicurata la pubblicità**.

Nel nostro sistema, comunque, abbiamo una fase processuale che non è pubblica e non può esserlo, ossia la fase delle indagini. La mancanza di pubblicità di quella fase crea un problema? No.

Queste non possono non essere segrete, perché la ratio dell'indagine è segreta di per sé (es. no avviso prima di una perquisizione). Questa segretezza, quindi, come si concilia? **Secondo la Corte un ordinamento che prevede anche la segretezza si pone comunque in linea con l'art. 6 quando ciò che è importante e che il giudice usa per la decisione emerge da una fase pubblica** (es. la prova si forma nel dibattimento, il dibattimento è pubblico ed il giudice può usare solo quelle prove).

Il principio di pubblicità può essere sottoposto ad alcune **limitazioni in presenza di circostanze speciali** che troviamo elencate nel proseguito dell'art. 6 par. 1:

confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

← STUDIA!!

Il principio di pubblicità non ha carattere assoluto nemmeno nella CEDU → limiti che fanno sempre riferimento ad **interessi ritenuti maggiori**.

Per quanto riguarda la clausola residuale dell'ultima parte dell'art. 6, nel fare riferimento circostanze speciali nel cui ambito la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia appare senz'altro problematica ← questa viene usata Dagli Stati per legittimare le ipotesi di procedimenti camerali nei propri ordinamenti giuridici. I giudici di Strasburgo hanno concretizzato il concetto di circostanze speciali → la pubblicità può essere bilanciata con esigenze di economia e speditezza, soprattutto con riguardo a procedimenti aventi ad oggetto materie altamente tecniche.

Con riguardo al diverso temo della pubblicità dei provvedimenti giurisdizionali, La Corte ritiene che il principio di pubblicità si possa considerare rispettato laddove la pubblicità della sentenza, sebbene sia assente al momento dell'emissione del dispositivo, si è assicurata attraverso la successiva messa a disposizione del provvedimento per consentirne la visione.

• **art 6 par. 1 CEDU e art. 47.2 Carta di Nizza:** la pubblicità come garanzia di ordine generale riferibile all'equità processuale

➤ C. eur. 10/4/2012, Lorenzetti c. Italia: «tale garanzia tutela i singoli da una giustizia che sfugge al controllo del pubblico e rappresenta così uno degli strumenti per contribuire al mantenimento della fiducia nei tribunali»

Se abbiamo anche solo psicologicamente la consapevolezza che potremmo andare a verificare come quel processo si sta svolgendo e come il giudice sta operando, la nostra fiducia rispetto a quell'operato aumenta, a differenza di una situazione in cui tutto avviene nel segreto.

Nel nostro sistema c'è comunque una fase processuale che in realtà non è pubblica, proprio per esigenza processuale. Ciò che avviene durante le indagini è segreto ed il segreto cade quando il PM notifica l'avviso di conclusione delle indagini → gli atti di indagine sono depositati.

Come si concilia il principio di pubblicità col fatto che in certi sistemi, come il nostro, una fase del processo è segreta? Ricordiamo che la Corte e la Convenzione non ragionano a fasi → non possiamo difenderci dicendo che è una fase del processo. Ecco che la Corte spiega che **in realtà il principio di pubblicità è rispettato nel momento in cui gli elementi che il giudice utilizzerà per la propria decisione emergano da un contesto pubblico** → ciò che conta non è la pubblicità come assoluta discovery di quello che si fa nel processo, ma ciò che conta è che quello che il giudice userà per la decisione emerga da un contesto pubblico.

Secondo la corte, tutto ciò che non passa attraverso un dibattito pubblico (il contraddittorio), in linea di principio non può essere usato dal giudice per fondare il proprio convincimento ed emettere la propria sentenza ← la fase di segretezza delle indagini preliminari non si pone in contrasto col principio di pubblicità, perché in linea di massima non si formano elementi che il giudice porrà alla base della sua valutazione per esprimersi sulla colpevolezza o meno dell'imputato.

Vi sono delle eccezioni anche indicate nell'art. 6 par. 1:

- La sentenza deve essere resa pubblicamente → il livello minimo di garanzie ci porta a ritenere che il provvedimento che obbligatoriamente deve essere reso pubblico è la sentenza
- L'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa. Una clausola di chiusura: circostanze speciali che il tribunale riterrà per evitare che la pubblicità possa essere più che un

beneficio, un pregiudizio agli interessi della giustizia. Ricordiamo che, per es., l'interrogatorio del minore è condotto dal giudice e svolgerà questo esame in maniera meno aggressiva e più a-tecnica. Comunque, l'esame del minore è pubblico, a meno che non vi siano determinate circostanze → il giudice può ritenere che per tutelare l'interesse del minore, il suo esame avvenga a porte chiuse (es. pedofilia, reati sessuali, abusi), in modo da evitare imbarazzo o timore del minore. Questo anche per quanto riguarda i soggetti tollerabili, anche non minori (es, vittima di violenza sessuale). Esistono tutte una serie di ipotesi in cui la pubblicità viene sacrificata per tutelare interessi di maggiore valore. "Protezione della vita" es. per reati di criminalità organizzata --> esame dietro un paravento per non farsi vedere e per preservarlo da rischi che potrebbero mettere a rischio la sua vita (vedi libro).

- Circostanze speciali → clausola di riserva in cui rientrano tutte le situazioni che non possono essere identificate in modo generale, ma comunque sono situazioni che nel caso concreto vedono la pubblicità come elemento che può recare danno alla giustizia

- critiche della dottrina:
  - non è chiaro né se le eccezioni concernano solo lo **svolgimento del processo** o anche la **pronuncia del giudice**
  - né se per «**sentenza [che] deve essere resa pubblicamente**» si intenda che essa andrebbe sempre proclamata alla **presenza del pubblico** oppure soltanto che essa debba almeno essere **conoscibile da chiunque**
- pluralità di **problemi strutturali** presenti nel nostro sistema con riguardo alle specifiche tipologie procedimentali relative:
  - **misure di prevenzione patrimoniali / misure di sicurezza**
    - C. eur. 13/11/2007, **Bocelloni** c. Italia; C. eur. 5/1/2010, **Bongiorno** c. Italia; C. eur. 10/4/2012, **Lorenzetti** c. Italia

← è vero che nell'art. 6 si

dice che la sentenza deve essere resa pubblicamente, ma cosa significa? Che deve essere semplicemente conoscibile dal pubblico o che deve essere proclamata davanti ad un pubblico?

Che tipo di incidenza ha avuto questo sistema nel nostro ordinamento? Ricordiamoci che siamo sempre a verificare se il nostro sistema si pone in linea col livello minimo posto dalla convenzione → se non è così → problema strutturale → lacuna da colmare.

Il nostro sistema è stato interessato, per quanto riguarda il principio della pubblicità, nell'ambito delle misure di prevenzione patrimoniali. Ne abbiamo parlato in generale quando abbiamo parlato della sentenza *De Tommaso* c. Italia. Queste misure di prevenzione, che sono misure che vengono adottate al di fuori del procedimento penale e in base a presupposti meno concreti rispetto a quelli che vengono richiesti per altre misure applicabili nel procedimento penale. Non affronteremo e analizzeremo queste misure però ci servono solo per capire come sono state modificate per poterle ricondurre in linea con la convenzione.

→ sentenze di condanna della corte europea → nel procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione non era prevista l'udienza pubblica → questi procedimenti non erano adottati né discussi con udienza pubblica, nemmeno su richiesta dell'interessato → condanne → il nostro ordinamento si è adattato, altrimenti le sentenze non venivano eseguite. La corte costituzionale ha dichiarato illegittima questa impossibilità di poter svolgere, su istanza degli interessati, il procedimento di applicazione di questa misura nelle forme dell'udienza pubblica + è intervenuta con riguardo alla disciplina riguardante l'applicazione delle misure di sicurezza da parte del tribunale di sorveglianza. Anche questa procedura non prevedeva l'udienza pubblica su richiesta dell'interessato e anche qua la corte costituzionale, con sentenza del 2014, ha dichiarato incostituzionali le norme che regolano il procedimento davanti al magistrato di sorveglianza per l'applicazione delle misure di sicurezza nella parte in cui non prevedono, su richiesta dell'interessato, la necessità di adottarle secondo le forme dell'udienza pubblica.

Hanno invece superato il vaglio della convenzione altre eccezioni presenti nel nostro sistema che in linea teorica potevano creare qualche problema → **giudizio di appello e giudizio davanti alla corte di cassazione**. Vi sono alcune situa in cui la corte d'appello giudica in camera di consiglio, non in udienza pubblica (art. 127 cpp). Questo avviene quando il giudizio d'appello riguarda solo l'esame degli atti per rideterminare la pena.

Questo giudizio, che è un giudizio camerale e quindi senza partecipazione del pubblico, poteva creare qualche problema, ma la corte ha ritenuto che proprio perché il giudice d'appello ha un ruolo limitato (rideterminare la pena e quindi non svolge attività istruttorie) questa forma priva di pubblicità è conforme con la convenzione.

Così anche il giudizio di cassazione, per quanto riguarda la valutazione dell'ammissibilità del provvedimento. Il giudice potrebbe dichiarare inammissibile il ricorso (es. mancanza di rispetto del termine) ← queste valutazioni il giudice le fa senza udienza pubblica → conforme ai principi della convenzione

Esiste la **possibilità di rinunciare a questo principio** → a condizione che non vi sia alcun problema di interesse pubblico e vi sia una rinuncia non implicita ma espressa da parte dell'imputato → può rinunciare a che il proprio processo sia reso nelle forme dell'udienza pubblica.

Nel nostro sistema, quando è che l'imputato rinunci alla pubblicità? Giudizio abbreviato: giudizio speciale per il quale l'imputato rinuncia alla formazione della prova in contraddittorio ed a porte chiuse.

**Il principio di pubblicità lo ritroviamo all'art. 101 Cost.** → la giustizia è amministrata in nome del popolo.

### MOTIVAZIONE DEL PROVVEDIMENTO:

Strettamente connesso al principio di pubblicità è la **motivazione del provvedimento**. Il provvedimento deve essere pubblico e conoscibile, e non deve essere tale solo il dispositivo della sentenza, ma anche la motivazione.

Principio previsto dall'art. 6 ← esempio insieme ad altri della non tassatività dell'elenco previsto dall'art. 6. Nell'art. 6 non si parla dell'obbligo di motivazione, ma questo viene ricavato dalla giurisprudenza di Strasburgo (*le sentenze dei giudici di Strasburgo sia risolvono il caso concreto, sia individuano e specificano ed ampliano i diritti garantiti dalla convenzione*).

Da dove si ricava l'obbligo di motivazione dei provvedimenti? Dal par. 1 → la causa deve essere esaminata equamente → all'interno di questa definizione è implicita la necessità che il destinatario dei provvedimenti possa capire quali ragionamenti ha fatto il giudice per prendere la sua decisione. È in base al combinato disposto degli artt. 6 par. 1 e 3 lett. b che si afferma che le corti nazionali devono scorrere le ragioni sottese al convincimento per consentire all'imputato di esperire eventuali impugnazioni; dall'altro lato, la giurisprudenza europea sottolinea anche la necessità che siano resi noti alla collettività gli elementi su cui poggia la decisione, per evitare il rischio di un esercizio arbitrario della funzione giurisdizionale.

#### art 6 par. 1 e 3 CEDU

- C. eur. 24/7/2007, *Baucher c. Francia*, § 49: «i giudici dovranno indicare in maniera sufficientemente chiara i motivi su cui basano le loro decisioni anche per consentire agli avvocati un utile *esperimento delle eventuali impugnazioni*, tra l'altro finalizzate altresì ad un controllo, seppure indiretto, *dell'imparzialità del giudice*»

← obbligo di

motivazione come garanzia della imparzialità del giudice.

L'ampiezza dell'obbligo di motivazione è declinata a seconda della natura del provvedimento, delle circostanze del caso concreto e delle disposizioni di legge interne.

Il sistema europeo prevede diverse modalità di motivazione:

- **Motivazione per relationem** → il giudice si fa alla motivazione di un altro provvedimento e la fa propria
- **Motivazione che varia in funzione della natura del procedimento** → un conto è se devo motivare una sentenza di condanna o di assoluzione.
- **Motivazione che deve dare conto di un iter processuale imperniato sulla regola dell'ascolto delle ragioni delle parti ad opera del giudice** → il giudice deve dimostrare di aver ascoltato le parti e di aver assistito alla formazione delle prove e di aver capito le ragioni delle parti.

**Art. 111 – commi 6 e 7 Cost.**

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.  
Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge.

Quando impugno un provvedimento impugno sì l'esito, ma ovviamente ciò che devo contestare sono le argomentazioni in funzione dell'esito → da questo punto di vista il nostro sistema non ha particolari criticità rispetto a quanto previsto dalla convenzione.

La motivazione deve dare conto sia delle ragioni di fatto che delle ragioni di diritto: non solo devo dimostrare che le prove portano a ritenere che l'imputato ha commesso la condotta, ma anche che quella condotta rientra all'interno di una fattispecie sostanziale di rilevanza penale → devo riportare la condotta all'interno della fattispecie, chiarendo che tutti gli elementi previsti dalla fattispecie sono integrati dalla condotta dell'imputato.

## DIRITTO ALL'IMPUGNAZIONE

ART. 2 prot. 7 CEDU → ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale ha diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o di condanna da una giurisdizione superiore. Diritto ad ottenere un controllo della correttezza del provvedimento che ha dichiarato la mia colpevolezza da parte di un giudice superiore. La corte di Strasburgo, quando ha esplicitato questo principio, ha reso chiaro come questo diritto è previsto solo per l'imputato a livello di garanzie → c'è un problema del nostro ordinamento che invece prevede l'impugnazione anche da parte del PM? No. perché è comunque garantito il livello minimo delle garanzie → ok garanzie maggiori.

2. Tale diritto può essere oggetto di eccezioni per reati minori, quali sono definiti dalla legge, o quando l'interessato è stato giudicato in prima istanza da un tribunale della giurisdizione più elevata o è stato dichiarato colpevole e condannato a seguito di un ricorso avverso il suo proscioglimento.

Questa garanzia impone che via sia un 2° grado di giudizio → c'è la possibilità di limitare questo diritto all'impugnazione per reati minori.

La convenzione non impone agli stati di adottare due gradi di merito → si limita a dire che il provvedimento di colpevolezza deve essere controllato da una giurisdizione superiore.

Il nostro sistema è da ritenersi inattaccabile da questo punto di vista.

Talvolta si è avuta una violazione indiretta di questo diritto → Lorefice vs Italia che riguarda la disciplina del nostro giudizio di appello → anche nel 2° grado di giudizio che viene imposto deve essere rispettato l'art. 6 della convenzione. La corte non individua, quando va a valutare l'art. 6, non individua gradi o fasi diversi, ma va a valutare nel suo complesso se queste garanzie sono state osservate.

Però, l'art. 6 deve essere appunto garantito sempre.

Si ha una sentenza contro la Romania per violazione dell'art. 6 (Hanu vs Romania) → il nostro sistema, in realtà, non è molto diverso da quello della Romania. Si trattava di una sentenza di proscioglimento impugnata dal PM. A seguito dell'impugnazione, si cambia da proscioglimento a condanna. Nel fare questa modifica di 360°, la corte d'appello si è basata sulla diversa valutazione che la corte d'appello ha dato ad alcune testimonianze che invece erano state valutate a favore dell'imputato nel giudizio di primo grado. Es. non è stata confermata dalla corte d'appello la valutazione di inattendibilità di alcuni testimoni.

Nel 2017 Lorefice c. Italia → si viola l'art. 6 quando il ricorrente è stato condannato per la 1° volta in appello attraverso una mera rivalutazione in malam partem del medesimo compendio probatorio, che era stato valutato nel giudizio di primo grado a favore dell'imputato, senza previa rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. O riascolta i testimoni o viola l'art. 6 ← Lorefice vs Italia. sulla base di questa sentenza, il L. ha ritenuto di dover modificare l'art. 603 del cpp. Il 603 cpp parla dell'innovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello. L'ha modificato perché nel nostro sistema la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello è un'eccezione. il nostro giudizio di appello è un giudizio meramente cartolare, non è una seconda chance. È un giudizio di controllo → si chiede alla corte d'appello di verificare la

correttezza del ragionamento svolto dal giudice di 1° grado sulla base di quanto emerso nel corso di quel giudizio. È un giudizio cartolare ed in quanto tale è giusto che la corte non riassuma le prove davanti a sé, tranne in situazioni particolari previste dall'art. 603 → **in queste situazioni molto particolari possibilità di rinnovare l'istruttoria dibattimentale in caso di appello del PM di una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa** ← **rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale disposta ex officio dal giudice.**

Dopo la sentenza del 2017 abbiamo **l'inserimento del comma 3-bis dell'art. 603** ← questo è un buon esempio di come quello che stiamo studiando influisce sul nostro ordinamento, in quanto non sono soltanto dei principi proclamati nelle carte diritti umani. Questo comma non sarebbe stato aggiunto se non ci fosse stata questa sentenza: è stato introdotto un principio sacrosanto.

**Ma come fa un giudice d'appello a riformare la decisione quando il solo giudice che ha sentito, che ha fatto le domande ai testimoni, è quello che ha assolto?** Ci possono essere situazioni patologiche. Ad esempio, Mario Rossi dice di aver visto l'imputato commettere l'omicidio e il tribunale assolve non tenendo conto di quella testimonianza; tuttavia, vi sono anche situazioni che fanno riferimento a valutazioni di testimonianze più o meno credibili e che il giudice di primo grado magari abbia valutato inattendibili con riferimento alle pause, alla titubanza, alle continue modifiche della risposta. Questo leggendo non emerge. Quindi è giusto questo principio, cioè che la corte d'appello sia obbligata a dover rinnovare l'istruttoria dibattimentale? Tenete conto che le cose non sono mai così semplici. Prima di tutto "ce lo impone l'Europa" è un mito da sfatare, perché vi sono numerose sentenze in realtà che non sono così categoriche nell'individuare la violazione dell'art. 6 tutte le volte in cui la corte d'appello non ha proceduto alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

→ *sentenza contro l'Estonia, in cui la violazione dell'art. 6 non si consuma quando la rinnovazione non si è tenuta, ma l'ordinamento comunque assicura adeguate garanzie contro arbitrarie o irragionevoli valutazioni della prova o ricostruzioni dei fatti.* In questa sentenza il fatto che il giudice d'appello, per poter passare da un proscioglimento ad una condanna, sia stato obbligato ad esporre nella motivazione le ragioni in maniera particolarmente approfondita di come mai abbia dato una motivazione diversa dalla corte, è stata valutata come sufficiente.

**C. eur. Marilena Carmen Popa c. Romania (febbraio 2020):** non integra una violazione del diritto all'equo processo la condanna per la prima volta in appello basata sulla rivalutazione del peso probatorio di una consulenza tecnica in assenza di rinnovazione se l'imputato, presente e sentito, si è difeso sul punto.

Quando il disaccordo tra giudici di merito concerne il **valore di una testimonianza esperta, e non l'attendibilità di una prova testimoniale**, la **rinnovazione del dibattimento non è necessaria**, ma è sufficiente che il giudice della condanna non argomenti in modo arbitrario o manifestamente irragionevole le proprie conclusioni probatorie.

→ altra sentenza del 2020 → on viene integrata la violazione del diritto dell'equo processo la condanna per la prima volta in appello, basata sulla rivalutazione del peso probatorio di una consulenza tecnica in assenza di rinnovazione, se l'imputato si è difeso sul punto, se la difesa ha potuto esporre le sue ragioni. In realtà, l'Europa non impone questa necessità. Questo inserimento è stato preceduto da alcune sentenze delle Sezioni Unite, in particolare la sentenza Dasgupta del 2016, dove già era stato interpretato l'art. 603 in quel modo e poi il L. ha recepito la giurisprudenza.

La rinnovazione è disposta **ex officio**

situazione prevista dal c.3-bis dell'art. 603

nel caso di appello del p.m. contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale

- cristallizzazione del **principio** affermato dalle S.U. n. **27620 del 2016**, Dasgupta:

- il giudice d'appello, qualora ritenga di riformare nel senso dell'affermazione di responsabilità dell'imputato la sentenza di proscioglimento di primo grado, sulla base di una diversa valutazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva dal primo giudice, **deve disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale** mediante l'esame dei soggetti che hanno reso le relative dichiarazioni

- **possibili di legittimità costituzionale:**

- se la rinnovazione diventa obbligatoria solo nel caso di appello del p.m., *quid iuris* nel caso di appello dell'imputato?
- a rigore, la concessione della rinnovazione resterebbe disciplinata in base alla clausola della "non decidibilità allo stato degli atti", con una disparità delle armi che la Corte costituzionale è probabilmente destinata a censurare
- la diversa disciplina potrebbe giustificarsi in relazione alla circostanza che l'appello del p.m. può produrre per l'imputato conseguenze molto più sfavorevoli rispetto a quello che può determinare l'appello proposto da quest'ultimo e quindi il legislatore è intervenuto regolamentando in modo diverso situazioni non identiche

Come mai questa rinnovazione diventa obbligatoria soltanto quando ad impugnare è il PM? Perché per l'imputato non è previsto questo diritto? Se il PM impugna la sentenza di condanna davanti alla corte d'appello dicendo che i testimoni fondamentalmente hanno detto qualcosa di diverso e quindi sono da ascoltare, non si capisce perché questo diritto possa esserci solo per il PM. Questi testimoni poi quando si ascolteranno? Anni dopo. Siamo proprio sicuri che quest'obbligo di rinnovazione in un giudizio meramente cartolare, com'è il giudizio di appello, sia fondamentale? Siamo proprio sicuri che un testimone possa dare qualcosa alla corte d'appello di diverso rispetto a quello che ha testimoniato cinque anni prima? Quella sfumatura, quella titubanza che ha scaturito la necessità della rinnovazione, la troveremo mai in appello? No, perché è impossibile ricordarsi particolari che magari hanno portato il giudice di 1° grado a valutare in un modo la testimonianza. Avremo la sequela di tutte queste persone che verranno sentite che diranno sempre la solita storia, cioè "quello che ho dichiarato lo confermo". All'epoca la necessità di questa rinnovazione era stata vista come una grande battaglia di civiltà: è giusto che il giudice che passi dalla sentenza di proscioglimento alla condanna almeno ascolti i testimoni? Certo che sì, ma è vero tuttavia che l'esperienza porta a dire che questi testimoni una volta convocati davanti alla corte d'appello non sono in grado di aggiungere nulla in più.

### **PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM:**

Non era presente nell'art. 6, ma lo abbiamo nell'[art. 4 Prot. 7 CEDU](#) e nell'[art. 14 Patto intern.](#)

Abbiamo un'indicazione specifica nell'[art. 50 della Carta di Nizza](#) → nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'UE a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge.

Art. 4 Protocollo n. 7:

#### **Diritto a non essere giudicato o punito due volte**

##### **(art. 4 Protocollo n. 7)**

1. Nessuno potrà essere **perseguito o condannato penalmente** dalla **giurisdizione dello stesso Stato** per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato.
2. Le disposizioni di cui al paragrafo precedente non impediranno la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se dei **fatti nuovi o degli elementi nuovi o un vizio fondamentale nella procedura antecedente** avrebbero potuto condizionare l'esito del caso.
3. Nessuna deroga a questo articolo può essere autorizzata ai sensi dell'art. 15 della Convenzione.

**L'estensione di questo divieto di essere giudicato due volte riguarda non solo il giudizio, cioè non riguarda solo il divieto di essere appunto giudicato, ma addirittura il divieto di essere sottoposto ad un nuovo procedimento penale.** Questo prevede una **tutela anticipata** → con “perseguito” intendiamo esercizio dell'azione penale, e quest'ultimo deve fermarsi prima nel momento in cui dovesse emergere che il soggetto è già stato condannato con sentenza definitiva per il medesimo reato → **impossibilità di perseguire un soggetto già destinatario di una sentenza di condanna per il medesimo fatto.**

Questo non vuol dire che non si possano svolgere indagini nei confronti di quel soggetto (es. non rientra nel divieto il provvedimento di archiviazione. Il PM svolge delle indagini nei confronti del soggetto già condannato per il medesimo fatto. Se ne rende conto e chiede l'archiviazione. Questa situazione non si pone in divieto del principio del protocollo 7 proprio perché si parla di nuovo procedimento penale e quindi si suppone che sia stata esercitata l'azione penale per dire che si è violato il divieto del ne bis in idem).

**Questo principio è qualificabile come garanzia inviolabile e non derogabile.**

Questo principio assolve ad una duplice funzione:

- a) assicurare la certezza del diritto, conferendo alle decisioni definitive l'autorità di cosa giudicata
- b) tutelare l'individuo dal rischio di nuove persecuzioni penali per lo stesso fatto

Una particolarità è quella che **limita l'ambito di questo divieto alla giurisdizione dello stesso stato.** La convenzione limita questo principio alla giurisdizione dello stesso stato → l'ambito di efficacia di questo principio è limitato all'interno dello stato. Quindi, **non si impedisce alla giurisdizione di un altro stato di perseguire il medesimo soggetto per i fatti per i quali è già stato perseguito o ha già ricevuto una sentenza di condanna da parte di un altro stato membro** ← **PRIMA DIFFERENZA CON LA CARTA DI NIZZA, che non prevede questa limitazione, anzi fa riferimento all'UE** → **impedisce** la possibilità di perseguire o condannare un soggetto che è già stato destinatario di una sentenza di condanna o di un procedimento penale **da parte di uno stato all'interno dell'UE.**

Va bene così, perché l'unione prevede una garanzia minima. L'art. 50 dell'unione prevede una garanzia maggiore rispetto al limite minimo.

L'Italia, all'atto della ratifica, ha depositato una dichiarazione volta ad **escludere l'applicabilità interna del divieto di bis in idem alle violazioni e alle sanzioni che non siano qualificate come penali dalla legge italiana** → l'Italia, attraverso questa precisazione, ha chiarito come il divieto del ne bis in idem nel proprio ordinamento non riguarda la possibilità che uno stesso fatto possa essere punito nei confronti di uno stesso soggetto con sanzioni di natura diversa (sanzioni di natura penale e di natura amministrativa). L'Italia rispetta il Protocollo n. 7, il divieto del ne bis in idem che vige anche nel nostro ordinamento, ma rimane comunque libera di poter comminare per il medesimo fatto nei confronti dello stesso soggetto sanzioni di natura diversa. Un medesimo fatto può essere perseguito penalmente ed a livello amministrativo senza che questo possa comportare la violazione del principio. La giurisprudenza della Corte ha chiarito, però, che occorre avere riguardo alle caratteristiche della sanzione inflitta alla luce di alcuni parametri → criteri Engel ← adottati dalla Corte europea allo scopo di evitare che la qualificazione giuridica nazionale sia tale da diminuire l'oggetto e lo scopo della convenzione. Anche altri paesi operano allo stesso modo.

Nozione di “BIS” → con riguardo all'oggetto di divieto, **viola la garanzia convenzionale la semplice apertura di una nuova procedura, anche se questa non porta ad una decisione di merito.** Lo scopo della norma impone di escludere la violazione del principio qualora l'apertura di un secondo procedimento risulti involontaria o quando le autorità precedenti per il bis non fossero a conoscenza della decisione definitiva già adottata → non c'è violazione laddove i giudici nazionali chiudano la procedura iniziata.

Nozione di “IDEM” → nell'accertamento dello stesso fatto rispetto ad un nuovo procedimento, la Corte si trova davanti ad una scelta di fondo, quella cioè tra *idem factum* o *idem legale*. Nel primo caso, si valorizzano i fatti materiali che costituiscono la condotta tenuta nel caso di specie. Nel secondo caso, a rilevare è la qualificazione giuridica attribuita alla condotta contestata, per cui **vi sarà bis in idem solo all'apertura di un secondo procedimento per la stessa fattispecie o per altro reato dal medesimo contenuto e posto a tutela dell'identico bene giuridico.**

Nella casistica giurisprudenziale, prima dell'intervento della Grande Camera nel 2009, si erano sviluppati tre filoni:

1. il punto centrale avrebbe dovuto essere individuato nella nozione di "identico comportamento" del ricorrente a prescindere dalla qualificazione giuridica attribuita.
2. un identico comportamento potesse fondare plurime sanzioni, con l'apertura di procedimenti distinti e l'applicazione di più sanzioni, come nel caso del concorso formale di reati.
3. è da considerare compatibile con la convenzione una pluralità di procedimenti in caso di concorso formale di reati, rendendosi però necessaria la verifica degli elementi essenziali per escludere di essere davanti ad un concorso apparente di norme.

Nel 2009 la Grande Camera è intervenuta (Zolotoukhine c. Russia) → I giudici hanno aderito all'approccio più favorevole alle esigenze dell'individuo oh sottoposto al processo penale, *valorizzando la natura e l'identità dei fatti materiali oggetto della nuova procedura, non considerando la sola qualificazione giuridica attribuita alla condotta* → necessità di una doppia valutazione: occorre operare una *verifica sulla riconducibilità della vicenda alla materia penale condotta secondo i criteri Engel* + deve essere svolto un *controllo sull'identità del fatto, deve cioè considerarsi se i fatti oggetto dei due procedimenti si possono ritenere identici alla luce di a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space.*

### GRANDE STEVENS C. Italia:

La corte europea, rispetto a queste eccezioni, è intervenuta con una sentenza molto importante: **GRANDE**

**STEVENS VS ITALIA** del 2014. Affronteremo la sentenza ed il caso specifico in un seminario. Intanto ci basta capire il principio fondamentale di questa sentenza. Nel nostro cpp **all'art. 649 abbiamo il divieto del ne bis in idem**. Nel nostro sistema conosciamo condotte che possono essere punite, comunque, dal punto di vista amministrativo e dal punto di vista penale, es. i reati di abuso di mercato (market abuse). C'è un procedimento penale se commetto quel tipo di reati (manipolazione del mercato, insider trading: utilizzo della notizia privilegiata ai fini di speculare) + si instaura un procedimento anche davanti all'autorità di vigilanza (CONSOB). Il procedimento penale fa il suo corso e parallelamente parte anche il procedimento davanti alla CONSOB. *È possibile sia una condanna penale che una condanna al pagamento di una sanzione amministrativa.*

I ricorrenti (3 persone fisiche e 2 società) erano stati sanzionati dalla Consob in sede amministrativa per l'illecito di manipolazione del mercato, per aver diffuso al pubblico informazioni concernenti il prestito di 3 miliardi di euro contratto da Fiat nel 2002, ritenute false per non aver menzionato il progetto di rinegoziazione del contratto di equity swap in essere con un istituto di credito (che secondo l'accusa era già stato concluso al momento della diffusione della comunicazione al mercato ma non era stato reso noto per evitare turbamenti sul prezzo delle azioni della società). Avverso il provvedimento applicativo di sanzioni da parte della Consob, era stata proposta opposizione alla Corte d'appello e successivamente un ricorso per Cassazione.

Tuttavia, nel frattempo, gli stessi ricorrenti erano stati tratti a giudizio con l'accusa di aver commesso il reato di manipolazione del mercato. Si innesta il ricorso alla Corte di Strasburgo mediante il quale viene lamentata la violazione dell'art. 4 prot. 7 CEDU per avere i ricorrenti subito una doppia condanna e una doppia sanzione per gli stessi fatti. I giudici della Corte di Strasburgo hanno reputato che il provvedimento della Consob, che aveva applicato ingenti misure pecuniarie ed interdittive nei confronti dei ricorrenti, fosse una sentenza definitiva e le sanzioni applicate avessero natura sostanzialmente punitiva → il processo penale relativo allo stesso fatto è stato giudicato dalla Corte europea una violazione del principio del ne bis in idem. **La sanzione per l'importo (molto importante) aveva carattere punitivo.** Il carattere punitivo è stato ritenuto tale **per l'entità delle conseguenze di questa sanzione + carattere afflittivo** → caratteristiche che possono avvicinare la natura di quella sanzione alla natura che ha solitamente la sanzione penale. Ecco che **viene violato il divieto del ne bis in idem quando il fatto è stato oggetto di un procedimento sanzionatorio formalmente qualificato come "amministrativo" ovvero "disciplinare" dall'ordinamento nazionale, ma avente natura sostanzialmente punitiva secondo l'autonomo apprezzamento della CEDU.**

*Non si può qualificare come amministrativo un procedimento che si conclude con una sanzione che per le caratteristiche che ha e per le conseguenze che può avere è una sanzione di carattere punitivo → anche quel provvedimento ha una natura vicina a quella penale e non disciplinare.*

Questa sentenza ci dà un chiaro esempio del fatto che la corte utilizza un linguaggio a-tecnico perché deve rivolgersi ad una pluralità di stati. Evita di usare termini tecnici tipici di alcuni ordinamenti per evitare che qualche altro stato possa non ritrovarsi in una certa situazione, proprio perché un termine tecnico usato dalla corte viene inteso in un altro modo. “Truffa delle etichette” → il fatto che uno stato possa qualificare in un modo o nell’altro una certa situazione, questo non impedisce alla corte di andare a verificare la reale natura di quella situazione → la corte può valutare se effettivamente nel caso concreto ha quella natura. Questo non dovrebbe molto stupirci, in quanto anche noi abbiamo la possibilità di convertire i giorni di detenzione (per reati entro i 6 mesi) con il pagamento di una somma di denaro.

L'equilibrio a cui pareva essere giunta La Corte di Strasburgo sul tema del divieto di un doppio giudizio sugli stessi fatti è stato scardinato da una successiva pronuncia (2016), con la quale, pur evitando di smentire formalmente l'elaborazione giurisprudenziale precedente (è stata ribadita l'importanza del carattere finale della decisione e la natura della sanzione), *la portata della garanzia in questione è stata fortemente ridimensionata*. Specificando che il principio di cui all’art. 4 prot. 7 CEDU non vieta agli Stati di avviare due distinti procedimenti (amministrativo e penale) sullo stesso fatto, nè impedisce di prevedere un **doppio binario sanzionatorio**, la Corte dei diritti umani ha affermato che *la violazione dei principi è esclusa allorquando i due procedimenti risultino sufficientemente connessi nella sostanza e nel tempo*, in modo da poter considerare le due sanzioni come componenti di una risposta unitaria dell'ordinamento a contrasto di specifici fenomeni criminali.

Dobbiamo verificare aspetti differenti della stessa condotta illecita → se la duplicazione dei procedimenti costituisce una prevedibile conseguenza di tale comportamento; se i due procedimenti si svolgono in maniera tale da evitare duplicazioni in sede di acquisizione e valutazione della prova; se il secondo giudice abbia tenuto in considerazione la prima sanzione applicata per garantire l'irrogazione di una pena proporzionata.

Se guardiamo a questo principio nell'**ottica dell'UE**, il ne bis in idem è stato ribadito dall'**art. 50 Carta di Nizza**, col quale è sancito che nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è stato già assolto o condannato nell’UE a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge. Come sappiamo, sulla base del 52 carta di Nizza, il diritto a non essere giudicato due volte per lo stesso fatto previsto dalla carta di Nizza, essendo riconosciuto anche dalla CEDU, ha lo stesso significato e portata di quello espresso a livello di Consiglio d'Europa.

## DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO:

- **art. 6 par. 1 CEDU** prevede che la giurisdizione sia attivata e giunga alla soluzione della controversia «**entro un termine ragionevole**»
- **art. 14 par. 3 Patto inter.** sancisce il diritto dell'accusato ad essere «**giudicato senza ingiustificato ritardo**»
- **art. 47 Carta di Nizza** sancisce il diritto di ogni individuo «**a che la sua causa sia esaminata [...] entro un termine ragionevole**»

Art. 5 par. 3 CEDU: diritto di ogni persona arrestata o detenuta ad essere tradotta «al più presto» dinanzi ad un giudice e a essere giudicata entro un termine «ragionevole».

Anche nell’art. 111 Cost. è prevista la durata ragionevole del processo. Com’è che è esplicitato nella nostra Cost.? “La legge ne assicura la ragionevole durata” ← all’interno della Cost., il diritto ad una ragionevole durata del processo non sia indicato come un diritto soggettivo. La legge ne assicura la ragionevole durata è qualificato come un **canone oggettivo**. Che differenza c’è? La differenza tra diritto soggettivo e canone oggettivo è che **non è rinunciabile dall'accusato, ma deve esserci sempre come caratteristica propria del processo**. Ogni diritto soggettivo può essere rinunciato. Se invece un canone è oggettivo, questo non può essere oggetto di rinuncia. È la legge che deve assicurare la durata ragionevole del processo.

Invece, all'interno dell'impianto dell'Europa e dell'UE, si parla di "termine ragionevole" o di "ingiustificato ritardo" → la nostra Cost. lo individua come un canone oggettivo, le carte europee come diritto soggettivo. Perché la durata ragionevole del processo è qualificata come un diritto dell'accusato? Quale è il problema di essere sottoposto ad un processo per troppo tempo? Il processo, quando nasce, ha già delle conseguenze. Essere sottoposti ad un processo di per sé è una pena, anche se ricordiamo sempre la presunzione di non colpevolezza / di innocenza (se ragioniamo in termini europei). Es. l'imprenditore sottoposto a procedimento penale non può essere firmatario di gare d'appalto. Far scontare una pena magari detentiva per molti anni ad un soggetto che ha commesso sì un fatto di certa rilevanza ma a distanza di molti anni, di 20 anni, è relativamente sensato, in quanto ci troviamo anche nei confronti di un'altra persona.

Come facciamo a sapere se un processo è durato tempi ragionevoli? Ricordiamo che se non è tale, allora siamo in violazione dell'art. 6. La corte usa gli stessi criteri che abbiamo visto quando abbiamo accennato alla Legge Pinto (legge che nel 2001 è stata introdotta come rimedio interno per evitare continui ricorsi per violazione del principio della ragionevole durata davanti a Strasburgo. Primo del 2001, a Strasburgo arrivavano migliaia di ricorsi da ricorrenti italiani → il comitato dei ministri si rende conto che c'è un problema strutturale → misura generale di riparazione. Il nostro Paese sceglie la strada più semplice: rimedio interno → prima di rivolgersi a Strasburgo, il soggetto deve rivolgersi alla Corte d'appello lamentando la medesima violazione. la corte d'appello userà gli stessi criteri usati dalla corte di Strasburgo e sarà lei a giudicare. Se si è avuta violazione → indennizzo pecuniario. Solo nel caso in cui la corte d'appello non riconosca la violazione, ex art. 35 CEDU il ricorrente avrà esperito tutti i rimedi interni e potrà rivolgersi alla Corte.

I **criteri** usati dalla Corte per verificare se c'è stata o no una durata ragionevole sono gli stessi:

- **Complessità del caso** → alto numero dei testi da ascoltare, mole dei documenti da acquisire, necessità di ricorrere a interpreti e traduttori, coinvolgimento di più persone, livello transnazionale delle manifestazioni criminali (questi sono solo alcuni)
- **Comportamento del ricorrente** → il ricorrente deve svolgere gli atti che lo riguardano con diligenza + l'intenzione di ritardare le indagini + sottrarsi alla giustizia di uno Stato rispettoso del principio di supremazia del diritto fa subito scattare la presunzione in base alla quale l'accusato non possa dolersi dell'irragionevole durata per il periodo successivo alla sua evasione.
- **Comportamento delle autorità competenti** → Lo Stato deve assicurare l'efficienza di tutti i suoi servizi e degli organi giudiziari in particolare + ogni Paese è obbligato a garantire il funzionamento degli apparati giudiziari nazionali per rendere effettive le emergenze.

Il dies a quo è il momento in cui viene esercitata l'azione penale e quindi la formulazione dell'accusa. Il dies a quem è la pubblicazione della sentenza.

Nel sistema accusatorio abbiamo la concentrazione: tutto deve essere concentrato nel minor tempo possibile per poter evitare che si disperda il ricordo o la sensazione che un testimone ha dato al giudice + principio di immediatezza: si forma la prova e subito dopo il giudice deve decidere.

Il nostro Paese, anche dopo la Legge Pinto, continua ad avere moltissimi ricorsi e violazioni di questo principio.

Quali potrebbero essere le soluzioni per garantire tempi ragionevoli? Recentemente il consiglio dei ministri ha approvato i d.lgs. previsti dalla riforma Cartabia, che è stata portata avanti per garantire l'efficienza del processo ed i tempi.

L'Europa ha concesso il PNRR a condizione che l'Italia diminuisse la durata del processo almeno del 25% → introduzione con la riforma di meccanismi che possano far terminare prima il processo. ci si è accorti, però, che questa riforma è una riforma di sistema (si è andati ad introdurre modifiche in tutte le fasi del processo, dalle indagini al sistema sanzionatorio), ma quello che è mancato è agire sulle cause sostanziali, ossia quelle che tutti riconoscono essere la causa della violazione della ragionevole durata. I motivi sono:

- Tasso di litigiosità (intesa nel senso di proporre causa) molto alto ← problema culturale
- Abbiamo condotte che qualifichiamo come aventi rilevanza penale che sono state qualificate come tali nel 1930 e che così sono rimaste → non c'è mai stata una depenalizzazione. Ci sono troppi reati, alcuni dei quali non corrispondono più nemmeno ad un disvalore sociale.
- Facciamo partecipare la vittima all'interno del processo penale e la facciamo partecipare non solo perché essa possa dare il proprio contributo, ma la facciamo partecipare anche perché essa vanta

un danno di natura civile. la vittima può scegliere se vantare quel danno nel procedimento penale o rivolgersi al giudice civile, ma di solito si costituisce parte civile e quindi esercita l'azione civile nel processo penale, il quale condanna al pagamento di una provvisionale, ma non riesce a quantificare il danno → la vittima deve comunque andare dal giudice civile → duplicazione.

### ART. 6 PAR. 2-3 CEDU:

I par. 2 e 3 non parlano più del processo, o meglio non parlano più delle caratteristiche che deve avere il processo, ma parlano dei diritti del soggetto accusato.

Il par. 2 costituisce il principio dal quale è necessario sempre partire, al fine di indicare tutte le altre garanzie → **PRESUNZIONE DI INNOCENZA**: ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

Differenze con il nostro ordinamento: **noi parliamo di presunzione di non colpevolezza e non di presunzione di innocenza + nel nostro ordinamento la sentenza deve essere definitiva e solo in quel momento la presunzione cade**. Finché la sentenza è soggetta ad impugnazione, anche se è stato condannato all'ergastolo, continua ad essere presunto non colpevole (art. 27 Cost: l'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva). Nell'art. 6 par. 2 si dice "legalmente accertata", e questo vuol dire accertata semplicemente con sentenza.

Per quanto riguarda la differenza terminologica, non possiamo trovare una vera e propria differenza. Forse la nostra Cost. è stata più timida, in quanto parla di non colpevolezza e non di innocenza.

C'è differenza per la formulazione, in quanto nella carta abbiamo un ambito temporale circoscritto → finché non venga legalmente accertata (con sentenza anche non definitiva) → anche in 1° grado ← il nostro sistema si pone in linea egualmente, perché ha un livello di garanzie maggiori.

Il giudice deve sempre tenere conto che l'imputato è innocente. È sì destinatario di un'accusa, ma quel soggetto è innocente e vanta tutta una serie di diritti e di doveri. Io sono tenuto ad accertare se l'ipotesi formulata dal PM è veritiera o no. **La presunzione di innocenza comporta ed esalta anche il principio del contraddittorio**. Se sono presunto non colpevole, sono in una posizione di parità rispetto all'altra parte. mi devono essere riconosciuti gli stessi poteri → possibilità anche di difendersi introducendo le prove, provando (come diceva Vassalli).

La presunzione di innocenza è:

- **Regola di giudizio** → opera anzitutto come criterio di ripartizione dell'onere della prova, richiedendo che esso gravi in capo alla pubblica accusa. Al di là di ogni ragionevole dubbio → art. 533 co.1. Basta un dubbio ragionevole per superare questa presunzione. Questa formula viene introdotta nel 2006 nel 533 co. 1. La mancata prova sulla responsabilità penale dell'imputato e ricade sul PM → l'imputato non può mai essere tenuto a dimostrare la propria innocenza. Il soggetto deve essere condannato se non possono esservi dubbi che... → prima non era esplicitato questo criterio epistemologico. Era necessario? Forse no, perché c'è sempre la presunzione e basta un dubbio per non superare una presunzione. Proprio per questo, con riguardo all'accertamento della responsabilità, laddove al momento della decisione il giudice riscontri dubbi circa la colpevolezza dell'accusato, è necessario il proscioglimento secondo il principio del favor rei. È necessario sottolineare che la presunzione di innocenza NON riguarda anche la determinazione della pena, in ordine alla quale il giudice può tenere conto di eventuali precedenti da lui commessi.
- **Regola di trattamento** → l'accusato non può essere trattato come colpevole fino a quando la sua responsabilità non sia stata legalmente accertata. Ciò, tuttavia, non esclude l'applicazione di misure privative della libertà personale in via cautelare prima della condanna → questo è subordinato al rispetto del canone di legalità quanto a presupposti, condizioni di applicabilità ed esigenze che la misura è destinata a soddisfare. È questo che comporta la differenza tra il carcere come esecuzione della pena e la casa circondariale per quanto riguarda le misure cautelari. Il soggetto sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere non può occupare gli stessi spazi che occupa un soggetto all'interno del carcere in cui sta eseguendo la pena → a coloro che sono sottoposti ad una misura cautelare è **necessario che venga riservato un regime penitenziario differenziato rispetto a quello previsto per i condannati**, benché nel testo della convenzione non vi sia un'affermazione espressa come quella contenuta nel patto int. Dir. Civ. pol.: "Imputati devono essere separati dai

condannati e sottoposti ad un trattamento diverso consono alla loro condizione di persone non condannate”.

Questo implica anche che le dichiarazioni rese dalle autorità pubbliche nell'informare la collettività sui procedimenti penali non lascino trasparire un giudizio anticipato circa la colpevolezza dell'imputato.

L'art. 48 Carta di Nizza programma solennemente la presunzione di innocenza stabilendo che ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata. Nella versione finale della carta di inizia il principio ha ricevuto una previsione a sé stante → non più previsione di carattere generale nei diritti di difesa. il testo attuale dell'art. 48 non è perfettamente sovrapponibile a quello della CEDU, in quanto al termine accusato si è preferito il riferimento al soggetto imputato, mentre richiamo la presunzione di innocenza è stato sostituito con la dizione “considerato innocente”. Inoltre, al posto del riferimento alla colpevolezza “legalmente accertata” si è scelto di prevedere che la colpevolezza debba essere “provata” → no divario sul piano contenutistico → art. 52 adesione alla CEDU.

Le decisioni della Corte di giustizia dell'UE concernenti il principio della presunzione di innocenza si riferiscono solitamente non solo all'art. 48 della Carta di Nizza, ma anche alla corrispondente disposizione della CEDU, oltre che alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto.

Questo principio si trova anche all'interno della **direttiva UE (programma di Stoccolma) 2016/343** che cerca di introdurre misure per permettere agli stati di uniformarsi e di poter comunicare e collaborare. In questo caso si rafforzano alcuni aspetti riguardanti proprio la presunzione di innocenza ed il diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

Questa presunzione, poi, è stata implementata nel nostro ordinamento nel 2021.

**Direttiva (UE) 2016/343\*** del 9 marzo 2016

- art. 3 assicura la presunzione di innocenza fino a quando non ne sia legalmente provata la colpevolezza;
- art. 4 lascia impregiudicati gli atti della pubblica accusa volti a dimostrare la colpevolezza e le decisioni preliminari di natura procedurale adottate da autorità giudiziarie e fondate sul sospetto o su indizi di reità;
- art. 5 prevede l'adozione di misure per garantire che gli indagati e imputati non siano presentati come colpevoli, in tribunale o in pubblico, attraverso il ricorso a misure di coercizione fisica;
- art. 6 prevede l'onere della prova in capo all'accusa;
- art. 7 riconosce il diritto al silenzio ed il diritto a non autoincriminarsi per tutte le persone fisiche (non giuridiche) indagate o imputate in un procedimento penale fino al passaggio in giudicato della decisione;
- art. 8 prevede il diritto a presenziare al processo;
- art. 9 riconosce il diritto a un nuovo processo nel caso di mancata osservanza di quanto stabilito all'art. 8

Ambigua è la previsione dell'art. 3, secondo la quale la durata della presunzione di innocenza si estende fino al momento in cui la colpevolezza è legalmente provata e non fino alla irrevocabilità della condanna. pur essendo libero di fissare un tetto alla presunzione di innocenza, il L. europeo non avrebbe comunque potuto discostarsi dallo standard fissato dalla Corte di Strasburgo → la presunzione di innocenza deve ritenersi operativa anche nei gradi di impugnazione.

La disciplina di questa direttiva viene declinata secondo tre direttrici:

- a) divieto di presentare in pubblico l'imputato come colpevole
- b) onere della prova in capo all'accusa → la direttiva fa salvo l'eventuale obbligo per il giudice o il tribunale competente nel ricercare le prove sia a carico sia a discarico ed il diritto della difesa riprodurre nuove prove in conformità col diritto nazionale applicabile ← previsione generica che non permette di trovare il punto di equilibrio tra l'esercizio dei poteri probatori ex officio e la presunzione di innocenza → l'ampiezza del potere di intervento probatorio del giudice rischia di essere fraintendibile in assenza di una precisazione più definitiva al fine di non confliggere con il canone dell'imparzialità.
- c) diritto al silenzio ed a non auto-incriminarsi

La terminologia impiegata nel testo della CEDU è autonoma rispetto alle classificazioni operate nei regimi giuridici dei singoli stati contraenti → *rischio della truffa delle etichette* → rischio di limitare l'operatività e l'applicabilità delle previsioni convenzionali e di sottrarre dalla materia penale interi settori dell'ordinamento, attribuendo la qualifica di illecito amministrativo a violazioni di carattere penale.

Nel caso del termine "accusa", la Corte di Strasburgo ha ricondotto a questo concetto la *comunicazione ufficiale con cui l'autorità solleva l'addebito nei confronti di una persona indiziata della commissione di un reato*. Per capire se un'accusa rientri nella materia penale la Corte di Strasburgo ha elaborato alcuni parametri:

1. *classificazione giuridica data dall'ordinamento interno* → se esso qualifica come penale un determinato illecito, allora non si renderà necessario approfondire la verifica. È un mero punto di partenza, in nessun caso decisivo.
2. *natura dell'illecito* → occorre sviscerare le caratteristiche dell'infrazione per comprendere se essa abbia valenza generale ed astratta, o sia indirizzata esclusivamente ad una determinata categoria, se abbia funzione repressiva o deterrente, quali siano i poteri dell'autorità che istruisce il procedimento.
3. *natura e grado di severità della sanzione* → guardare al massimo edittale stabilito dalla norma interna applicabile al caso di specie. Solitamente sono qualificate come penali le misure che comportano la privazione della libertà personale.

Questi criteri *sono alternativi*.

## PARITÀ DELLE ARMI:

La parità delle armi, quale presupposto implicito del principio del contraddittorio, evoca l'idea che *il processo debba offrire a ciascuna delle parti la possibilità di sostenere le proprie argomentazioni in condizioni che non la pongano in una situazione di sostanziale svantaggio rispetto alla controparte*.

Ciò non significa l'appiattimento di tutte le attività processuali di parte secondo schemi di rigida uniformità → si tratta essenzialmente di un *postulato di equilibrio che non esclude diritti specifici di una parte e in particolare di chi sia nella posizione di accusato in un processo penale*.

Il problema è complicato da una strutturale ineguaglianza tra le parti, ed in particolare dall'esistenza in ogni sistema di giustizia di una fase investigativa anteriore a quella del giudizio, nella quale è compito degli organi pubblici condurre indagini in parte necessariamente segrete anche nei confronti di chi sia accusato. È un'esigenza di equilibrio tra le parti che deve essere assicurata in ogni fase processuale, tendenzialmente dice la corte anche durante la fase delle indagini, nella fase anteriore al giudizio.

La giurisprudenza della Corte EDU ha ricondotto al concetto di fairness processuale anche il canone della parità delle armi.

*La garanzia per l'accusato di non essere collocato in situazioni di svantaggio tali da comportare il rischio di una decisione fondata su elementi non sottoposti al principio della parità delle armi opera lungo tutto l'arco del procedimento*, in particolare quando si tratti di decidere in materia di libertà personale o ci si trovi nella fase delle impugnazioni. *I principali momenti processuali in cui va tutelata la parità delle armi possono essere individuati in quelli corrispondenti all'acquisizione probatoria ed all'esposizione delle argomentazioni volte persuadere il giudice*.

Nelle sentenze della corte troveremo spesso il *principio di parità delle armi come derivazione della fairness processuale* → *è un principio che si trae dall'art. 6 par. 1*, anche se non è indicato in maniera esplicita. *La parità tra accusa e difesa caratterizza il concetto di equità processuale, di poter svolgere le proprie funzioni in una situazione di equilibrio*.

Il nostro sistema prevede una fase che è la fase delle indagini preliminari che è caratterizzata, oltre che dall'assenza del principio di pubblicità finché il PM non chiude le indagini, da un ruolo preponderante del PM dal punto di vista dei poteri. Il PM durante le IP può fare cose che al difensore non è permesso fare (es. ispezioni, perquisizioni, intercettazioni telefoniche, sequestri, acquisizione di documenti ecc.) ← tutti questi poteri non sono concessi alla difesa. Questo principio di parità delle armi potrebbe creare qualche problema, nel momento in cui questo equilibrio deve essere assicurato anche nella fase investigativa anteriore al giudizio.

- nozione: posizione di **equilibrio tra le parti** che deve essere assicurata anche dalla necessaria esistenza di una fase investigativa anteriore al giudizio, condotta da organi pubblici in segreto (non rigida uniformità ma equilibrio globale)
- richiamato dal concetto di **fairness processuale**
- postula la «parità delle armi» tra accusa e difesa
- opera lungo tutto l'arco del processo

quando si tratti di decidere in materia di libertà personale (Grande Camera, 25/3/1999, Nikolova c. Bulgaria)

nella fase delle impugnazioni (per appello: C. eur. 25/3/1998, Belsink c. Polonia; per Cassazione: C. eur. 31/7/2003, Hristov c. Bulgaria)

← la corte chiarisce che questa parità delle armi deve essere assicurata **ALLA PRESENZA DEL GIUDICE**. *Potrebbe anche non essere assicurata in contemporanea (ad accusa e difesa), quello che conta è che tale equilibrio sia poi ristabilito.* Es. davanti alla misura cautelare chiesta dal PM e concessa dal giudice, il cpp prevede lo strumento dell'impugnazione ← possibilità in un momento successivo all'applicazione della misura di interloquire per avanzare le proprie ragioni in ordine per es. alla non necessità di questa misura → *se da un'analisi superficiale può sembrare che nel nostro sistema questo principio non sia garantito in questa prima fase, in realtà possiamo dire che questo equilibrio c'è e nel momento in cui si riconoscono alla parte strumenti diversi/maggiori, lo si fa secondo un canone di ragionevolezza.* Se il PM dovesse interloquire con la difesa quando applica la misura cautelare, lo scopo di questa misura sarebbero.

Questa parità delle armi deve essere garantita in alcuni momenti particolari:

- a) **Durante l'acquisizione probatoria** → stessi strumenti per poter ottenere l'ammissione, l'acquisizione e la formazione della prova nel processo ← principio che il nostro sistema garantisce perfettamente nel momento in cui prevede l'obbligo di depositare i temi di prova ed i testimoni che saranno chiamati in processo almeno 7 gg prima dell'udienza + possibilità di ottenere la prova contraria rispetto a quella richiesta dall'altra parte.
- b) **Durante la fase della discussione** → deve essere dato tempo sia all'accusa che alla difesa per poter discutere e riassumere gli esiti dell'istruttoria dibattimentale in posizione di parità. Si è permesso al PM di fare la propria discussione, così è lasciata questa possibilità anche alla difesa
- c) **Durante la deliberazione** → poteri di entrambe le parti unicamente limitati alla possibilità di conoscere il dispositivo (pronunciato in udienza alla presenza di tutte le parti) + conoscere la motivazione (e quindi poter "aggredire" la motivazione rivolgendosi ad un giudice superiore).

*Come il principio della fairness processuale, anche il principio della parità delle armi viene sempre accostato ad altre garanzie → quando viene dichiarata la violazione di una delle garanzie previste dei par. 2 e 3 quasi sempre c'è anche la violazione del par. 1 (fairness processuale e parità delle armi). Par. 2 e 3 delineano una serie di garanzie che l'accusato deve avere → se sono violate, c'è uno squilibrio di poteri e strumenti a disposizione delle parti.*

Nikolova c. Bulgaria → sentenza della grande camera → in materia di libertà personale.

Vediamo le garanzie indicate in maniera specifica nel par. 3 → passiamo da garanzie che devono caratterizzare il processo equo a garanzie che sono attribuite in maniera specifica all'accusato. "Ogni accusato ha diritto di..." → elencazione dalla lettera A alla lettera E ← **non è un elenco tassativo**. Le garanzie attribuite in questo par. non sono le sole che la giurisprudenza riconosce e che quindi la CEDU, così come interpretata dai giudici di Strasburgo, concede. Uno stato membro non può difendersi dicendo "quella garanzia non è indicata nel par. 3", perché, se la corte accerta la violazione, vuol dire che quella garanzia è stata riconosciuta in sentenze precedenti e ricavata dall'interpretazione che i giudici di Strasburgo fanno del testo della CEDU.

## Art 6 par. 2-3 CEDU

2. Ogni persona accusata di un reato è **presunta innocente** fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.
3. In particolare, **ogni accusato ha diritto di:**
  - a) **essere informato**, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;
  - b) **disporre del tempo e delle facilitazioni** necessarie a preparare la sua difesa;
  - c) **difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta** e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;
  - d) **esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico** nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;
  - e) farsi assistere gratuitamente da un **interprete** se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.

← nel nostro cpp non si parla di **accusato**, bensì di indagato, di sottoposto alle indagini o di imputato. La corte sceglie questo termine per parlare in modo più comprensibile a tutti gli stati. Dobbiamo capire cosa intendiamo per "accusato", e quindi quando è che ad un soggetto è necessario garantire tutta questa serie di diritti → **cosa la corte di Strasburgo intende quando parla di accusato?** È un significato autonomo e svincolato dai termini usati negli ordinamenti dei singoli stati membri per evitare la cd truffa delle etichette. Questo termine ha dato problemi → necessaria un'interpretazione della corte di Strasburgo. Il problema era evitare che uno stato potesse qualificare in altro modo una certa materia al fine di evitare di dover garantire tutta questa serie di diritti. Nel nostro sistema abbiamo avuto questo problema nei reati di market abuse (manipolazione del mercato, insider trading ecc.) ← fattispecie per cui il nostro sistema prevede sia una sanzione amministrativa che parallelamente una sanzione penale a seguito di un procedimento penale → medesimo fatto che nel nostro sistema è qualificato sia come illecito amministrativo che come suscettibile di integrare una fattispecie penale sostanziale.

Il problema è nato in quell'occasione, nel momento in cui nel procedimento amministrativo (CONSOB) lo stato ha detto che in quel procedimento non doveva applicare tutte queste garanzie, perché non si parla di un'accusa penale. Alla corte non importa, però, che un procedimento sia amministrativo o penale, quello che importa è non trovarci davanti ad un procedimento che, al di là di come è chiamato, sostanzialmente termina con una sanzione che ha carattere punitivo (SEMINARIO GIOVEDÌ PROX.).

Se la sanzione è chiamata amministrativa, ma sostanzialmente è punitiva, allora anche il procedimento che prevede quella sanzione è penale → anche davanti alla CONSOB dobbiamo garantire i diritti propri dell'accusato che si trova davanti al giudice penale.

La qualifica di «accusato» diviene così riferibile sia all'«imputato», sia all'«indagato» che sia destinatario di atti o provvedimenti nell'ambito delle indagini. Il destinatario di un atto di citazione a rendere testimonianza, ovviamente, non è accusato → deve riguardare atti e provvedimenti che informano che c'è un'indagine vs quel soggetto → basta una perquisizione per es.

Questa definizione, però, non la troviamo nella Carta di Nizza → si parla di imputato, senza l'utilizzo di questo termine a-tecnico. L'art. 48 della Carta di Nizza ci dice che "ogni imputato è considerato innocente..." ← ogni IMPUTATO.

La notificazione ufficiale da parte dell'autorità che contenga o faccia pensare che vi sia una contestazione, che sia contesto o un fatto suscettibile di rilevanza penale, capace di integrare gli elementi costitutivi di una fattispecie penale → accusato.

Sentenza Engel → ha chiarito quando ci si trova davanti ad un procedimento penale a prescindere dall'etichetta che lo stato ha dato a quel procedimento → criteri Engel:

- Classificazione dell'illecito nell'ordinamento nazionale
- Natura intrinseca dell'illecito
- Tipologia di sanzione inflitta a seguito di quel procedimento. Se quella sanzione non ha carattere meramente risarcitorio, riparativo rispetto ad una certa situazione che ha creato un danno, ma si riesce a scorgere anche dalla severità di quella sanzione un elemento punitivo → materia penale.

## LE GARANZIE PREVISTE PER L'ACCUSATO:

i diritti che ora elenchiamo rientrano nel più generale diritto di difesa, ritenuto il contenitore dentro al quale vi sono tutte queste garanzie. I par. 2 e 3 sono necessari per poter garantire un diritto difesa (art. 48 Carta di Nizza sul piano EU) → diritto di difesa garantito in maniera non formale, ma concreta ed effettiva.

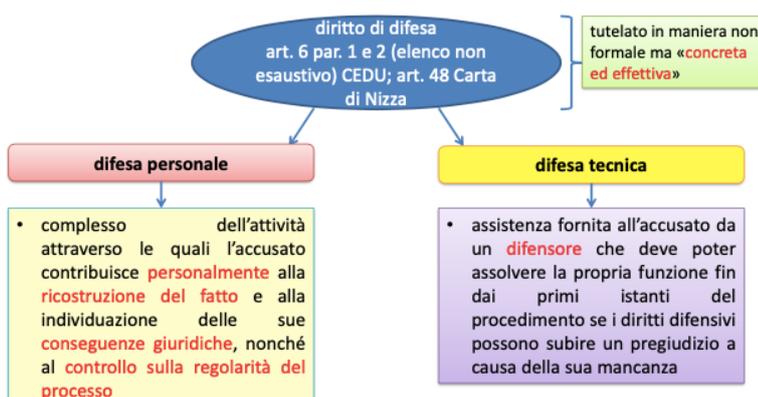
- 1) **essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile ed in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico.** Non in maniera generica, ma in modo dettagliato, perché è necessaria questa info con questo grado di dettaglio? Perché se non comprendo di cosa mi si accusa, io non riuscirò a difendermi in modo concreto ed effettivo. Questi diritti non sono solo dei principi indicati nelle carte, ma sono qualcosa che deve essere garantito concretamente nel caso specifico ← solo così il soggetto può, in caso di condanna, eseguire una pena frutto di un processo equo.

Dobbiamo parlare del diritto di difesa →

- **difesa personale** → **contributo che può offrire personalmente l'accusato alla vicenda processuale.** Serie di attività che l'accusato può effettuare personalmente. **Si sostanzia in una serie di garanzie**, tra cui spiccano diritto ad una conoscenza tempestiva dell'accusa, il principio del nemo tenetur se detegere, il diritto di partecipare personalmente al processo, la disponibilità del tempo e delle facilitazioni necessarie per difendersi, il diritto conferire con il proprio difensore ed il diritto alla traduzione degli atti processuali e ad un interprete.
- **difesa tecnica** → Diritto dell'accusato ad essere assistito da un difensore, ossia da un soggetto in possesso dei requisiti per esercitare la professione forense. comprende una serie di garanzie, tra le quali il diritto ad essere informati dell'assistenza difensiva + il diritto ad un difensore di fiducia o d'ufficio qualora l'accusato non disponga dei mezzi per remunerare il legale. Da un punto di vista temporale, la difesa deve essere garantita fin dalle battute iniziali del procedimento. Tale diritto può essere sottoposto alle soggette ad una verifica in concreto da parte della Corte per stabilire se abbiano compromesso l'equità del procedimento. Solo **ragioni di carattere imperativo possono giustificare il mancato accesso al difensore** fin dal primo interrogatorio di polizia e non possono comunque pregiudicare i diritti della difesa. l'accusato è libero di rinunciare all'assistenza difensiva, a patto che tale rinuncia non sia equivoca e sia assistita da sufficienti garanzie → La Corte europea ha sottolineato che è imprescindibile che l'accusato prima dell'interrogatorio sia informato del diritto all'assistenza tecnica.

il diritto all'assistenza difensiva non deve essere sovrapposto al diritto di poter nominare un difensore che da solo non assicuri l'effettività della difesa tecnica → è tra i doveri dell'autorità competente quello di sostituire il difensore negligente di un accusato ammesso al gratuito patrocinio.

La disponibilità del tempo delle facilitazioni necessarie per lo svolgimento del patrocinio difensivo sono un presupposto imprescindibile per assicurare al difensore le condizioni essenziali per assistere l'accusato → **l'effettività della difesa tecnica è tale solo se accusato e difensore sono posti nelle condizioni di comunicare in via riservata tra di loro.** Questo si riflette anche nella facoltà di accedere al fascicolo processuale per poter prendere cognizione di tutti gli elementi ivi contenuti per impostare la difesa in modo adeguato.



Il nostro sistema prevede **obbligatorietà della difesa tecnica** → ausilio di un difensore obbligatorio. L'imputato sta in udienza affiancato da un difensore di fiducia e se non ne ha uno allora gliene sarà assegnato uno d'ufficio.

C'è stato un momento nella nostra storia in cui questo problema si è posto in maniera concreta ed effettiva → brigate rosse → per protesta pretendevano di difendersi senza nominare un difensore di fiducia e senza che lo stato potesse garantire a loro l'ausilio di un difensore di ufficio. Rifiutavano di difendersi mediante soggetti imposti dallo stato.

Nel nostro sistema c'è la possibilità, premessa la presenza del difensore tecnico, di difendersi personalmente? La corte europea, comunque, questa difesa personale la riconosce. Se dice che il diritto di difesa deve essere garantito nelle sue componenti, il nostro sistema dovrebbe ammettere in qualche momento spazi per potersi difendere personalmente. *Quale è il contributo che l'imputato può dare al processo?*

- *Dichiarazioni spontanee in ogni momento del processo*
- *Proporre impugnazione*

Anche se il nostro sistema non prevede possibilità di difendersi senza difesa tecnica, in realtà la difesa personale è prevista anche nel nostro ordinamento.

Questo diritto di difesa, nell'eccezione della difesa personale (che affrontiamo noi ora), è riconosciuto anche nella lettera c) del par. 3 → difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia.

Qualcosa si trova anche nella lettera d) → esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico.

Lettera e) → farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.

Questa difesa personale comporta tutta una serie di garanzie per poter essere attivata:

1. **Diritto all'informazione** → devo comprendere di cosa mi si accusa
2. **Nemo tenetur se detegre** → nessuno può essere costretto a fornire elementi a proprio carico → diritto al silenzio
3. **Diritto di presenziare ad udienze e processo** → se l'accusato si rifiuta di presenziare, il processo non può essere bloccato. L'andamento del processo non può essere condizionato da questa sua volontà, ma comunque gli deve essere data questa possibilità.
4. **Diritto a tempi e facilitazioni necessarie a preparare la difesa** → pensiamo a tutte le situazioni in cui magari emerge qualcosa che non era previsto e quindi è necessario avere del tempo per preparare la propria difesa. Magari cambia l'imputazione e quindi è necessario modificare anche la propria difesa.

L'informazione deve essere un'informazione che raggiunga il suo scopo, ossia permettere il diritto alla difesa. Non solo è necessario sapere che la procura indaga nei nostri confronti, ma è necessario sapere cosa mi si contesta: luogo fatto e condotta. Non deve essere un'imputazione generica ← causa di nullità. È necessario informare ed informare in certo modo e nel più breve tempo possibile. Ecco, allora, per es., l'informazione di garanzia.

• art. 6 par. 3 let. a CEDU: diritto dell'accusato di «*essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico*»



→ **triplice dimensione di questa informazione: data nel minor tempo possibile, deve essere compresa e deve contenere la sostanza (fatti materiali dati all'imputato e la loro qualificazione giuridica).**

**L'informazione «precisa e completa» dell'accusa come «condizione essenziale di equità della procedura»**

→ perché è elemento fondamentale per la fairness processuale + è prodromico ad un pieno espletamento del diritto di preparare adeguatamente la propria difesa.

Dal punto di vista contenutistico, *tutti i profili dell'accusa devono essere descritti dettagliatamente: norme che si ritengono violate, luogo e data di commissione del fatto.*

Sono previste stringenti scadenze temporali per la contestazione dell'accusa → questa deve avvenire nel più breve tempo possibile

Dalla convenzione **non discende l'imposizione della immutabilità della contestazione nel corso del procedimento** → l'*originaria imputazione può essere modificata purché all'accusato sia garantita la possibilità di esercitare i propri diritti difensivi in maniera effettiva ed in tempo utile.* È fisiologico, perché è stata formulata sulla base di alcuni elementi, ma poi abbiamo il dibattimento, l'istruttoria dibattimentale, la formulazione delle prove → può emergere qualcosa di diverso. Es. caso Drassich → la corte di cassazione riquifica il fatto da corruzione semplice a corruzione in atti giudiziari → no prescrizione ed esecuzione della pena. Drassich sostiene che non aveva poi avuto la possibilità di difendersi dopo questa riquificazione del reato. Era necessario garantirgli il diritto. Il giudice utilizza il ricorso straordinario per cassazione → a Drassich viene garantito un nuovo processo davanti alla cassazione.

Nell'ambito dell'UE → **DIRETTIVA 13/2012** → diritto all'informazione nei procedimenti penali. Questa direttiva si muove secondo tre direttrici principali:

- diritto all'informazione sulle garanzie e sui diritti processuali
- diritto alla conoscenza dell'accusa → dovrà essere fornita con tutti i dettagli necessari inclusa la qualificazione giuridica del reato e la natura della partecipazione allo stesso dell'accusato.
- diritto all'accesso agli atti di indagine ed agli elementi probatori → In caso di detenzione devono essere forniti i documenti essenziali per impugnare l'illegittimità del provvedimento

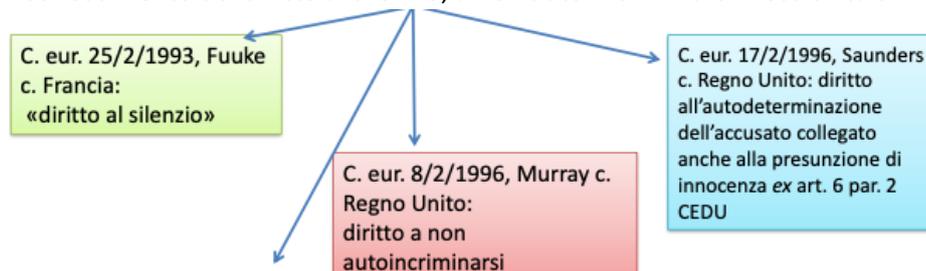
→ tutto ciò include un nucleo minimo di garanzie, tra le quali abbiamo il diritto alla difesa tecnica, il diritto di essere informato dell'accusa, diritto all'interpretazione e alla traduzione ed il privilegio contro l'auto-incriminazione.

L'eventuale omissione delle informazioni previste può essere oggetto di impugnazione, ma non sono previste sanzioni processuali in caso di violazione dei diritti riconosciuti.

La direttiva è stata attuata all'interno del nostro ordinamento con il d.lgs. 101/2014, che ha posto a carico della polizia giudiziaria incaricata di eseguire un'ordinanza di custodia cautelare o che abbia effettuato un arresto o un fermo, ***l'obbligo di consegnare all'imputato una comunicazione scritta, tradotta in una lingua a lui comprensibile, al fine di informarlo dei diritti processuali a lui spettanti.*** In caso tale comunicazione scritta non sia prontamente disponibile, tali informazioni devono essere date inizialmente oralmente e poi, senza ritardo, attraverso una comunicazione scritta.

**NEMO TENETUR SE DETEGERE** → art. 14 patto intern. → **diritto dell'accusato «a non essere costretto a deporre contro sé stesso o a confessarsi colpevole».** Questo principio è strettamente legato alla presunzione di innocenza → sarebbe contraddittorio.

Sul piano della CEDU, la corte lo fa emerge attraverso l'interpretazione della nozione di equità. Si riequilibra la situazione nel momento in cui l'accusato non è costretto, in seno ai poteri dell'autorità pubblica, a fornire info ed elementi contro sé stesso. Come si esplica questo diritto nel nostro ordinamento? Con il riconoscimento del diritto al silenzio, a non auto-incriminarsi. Possibilità di non collaborare con la giustizia.



Possibilità di rimanere in silenzio rispetto ad alcune domande + es. per il testimone che entra come persona informata sui fatti ed esce come persona indagata sui fatti ← non è possibile utilizzare quell'esame se non ne è informato, proprio per equità e parità delle armi.

Per la giurisprudenza europea, il diritto al silenzio non è assoluto → Sebbene una sentenza di condanna non possa fondarsi in modo esclusivo o determinante sul rifiuto di rispondere, non è contrario al dettato convenzionale l'impiego del silenzio per valutare la forza persuasiva le altre prove a carico.

Il Diritto al silenzio dell'accusato viene violato se, davanti al rifiuto di rispondere alle domande dell'autorità, quest'ultime fanno ricorso sotterfugi per ottenere confessioni o dichiarazioni auto incriminanti.

Con riguardo al diritto a non collaborare con l'autorità giudiziaria, la corte dice che non è di ostacolo all'ordinamento la **possibilità di preveder situazioni in cui le info siano comunque prese attraverso strumenti coercitivi** ← quali sono? Strumenti che comunque non possono alterare la volontà dell'accusato. Sono escluse violenze, macchine della verità ecc. Per esempio, è possibile acquisire in casa dell'accusato e facendo una perquisizione ← il diritto a non collaborare non è di ostacolo alla possibilità di prevedere certe forme di acquisizione di informazione + registrazioni vocali + prelievi biologici non invasivi, che non comportino la collaborazione dell'accusato (es. prelievo di capelli caduti

C. eur. 29/6/2007, O'Holloran e Francis c. Regno Unito: **non è di ostacolo** all'impiego di informazioni che, pur essendo state ottenute dall'accusa con poteri coercitivi, abbiano un'esistenza indipendente dalla volontà della persona sospettata

documenti sequestrati

registrazioni vocali

prelievi biologici (DNA)

Ovviamente è impedito l'utilizzo delle dichiarazioni estorte attraverso l'impiego di torture o trattamenti inumani e degradanti contrari all'art. 3 CEDU.

Sul piano EU, questo diritto a non collaborare ed a non auto-incriminarsi non è riconosciuto nella Carta di Nizza in maniera espressa, ma .

➤ C. Giust. 18/10/1989 C-374/87, Orkem: «il diritto al silenzio deriva dalla necessità di garantire il diritto alla difesa, estendendone la portata alle informazioni richieste a persone giuridiche nell'ambito di procedimenti destinati all'irrogazione di sanzioni amministrative aventi carattere punitivo (infrazioni delle norme comunitarie sulla concorrenza)».

## DIRITTO DI PRESENZA ALLE UDIENZE ED AL PROCESSO:

### Diritto di presenza alle udienze e al processo

- art. 14 par. 3 lett. d Patto Intern: «diritto ad essere presente nel processo»
- derivato dalla *fairness* processuale (C. eur. 1/3/2006, Sejdovic c. Italia)
- se ne richiede l'«osservanza effettiva» implicante:

la presenza personale almeno in **collegamento audiovisivo** disciplinato in modo da salvaguardare le esigenze difensive (C. eur. 27/11/2007, Asciutto c. Italia, § 72)

possibilità di utilizzare tutte le proprie capacità psico-fisiche (C. eur. 6/12/1988, Barbéra, Messegué e Jabardo c. Spagna, § 69-70 e 89)

possibilità di comprendere e di seguire gli sviluppi dell'udienza (C. eur. 23/2/1994, Stanford c. Regno Unito, § 26)

La possibilità di partecipare al processo garantisce all'imputato la possibilità di dare il proprio contributo alla ricostruzione del fatto all'interno del processo → diritto di partecipare anche come diritto di conoscenza di ciò che avviene ← questo presuppone la necessità che l'accusato comprenda ciò che sta accadendo, per poter svolgere quel controllo di cui parlavamo, controllo rispetto all'operato del giudice. Questo diritto, benché sia importante, non è esplicitamente nell'art. 6, ma nell'art. 14 del Patto internaz.

Viene ricavato dal principio di fairness processuale → diritto di derivazione giurisprudenziale. La corte non va a verificare che esista la possibilità di questa garanzia, ma che vi sia stata un'osservanza effettiva di questo diritto.

Potrebbe creare problemi la possibilità che l'ordinamento preveda anche procedimenti in assenza dell'imputato. Nel nostro sistema, prima, c'era l'istituto della **contumacia** → l'imputato poteva essere processato e condannato in contumacia. Ora, a seguito di alcune sentenze di condanna (leading case Sejdovic) il L. ha dovuto modificare la disciplina della contumacia con nuova formulazione del 175 in un primo momento e poi con la legge del 2104 abolendo questo istituto, prevedendo **l'assenza** e non la contumacia dell'imputato.

Cosa significa diritto alla presenza? Non vuol dire che il processo non si possa fare senza la sua presenza, ma **SIGNIFICA CHE DEVE ESSERVI L'EFFETTIVA PROVA CHE L'ACCUSATO HA AVUTO CONOSCENZA DEL PROCESSO** → **effettiva prova che l'accusato sappia che si sta svolgendo un processo nei suoi confronti**. Poi, sarà sua libera scelta personale partecipare o meno. **Se non si hanno le prove che l'accusato ha avuto conoscenza del processo → violazione.**

Questa garanzia non implica presenza fisica dell'imputato, anche quando abbia scelto di partecipare → sono previste forme di collegamento audio-visivo in grado di salvaguardare le esigenze difensive. Es. detenuti che possono partecipare al processo dal carcere.

**Deve essere una partecipazione effettiva → deve poter comprendere gli sviluppi dell'udienza.**

Questo diritto deve essere garantito in tutte le fasi (1° grado ed impugnazioni). È un diritto disponibile, a cui l'accusato può rinunciare → davanti ad una rinuncia espressa e consapevole, il processo può svolgersi comunque. La disciplina del processo in quel caso deve regolarsi tenendo ciò in considerazione → notificazione degli atti.

**Si verifica un flagrante diniego di giustizia se all'assente che venga a conoscenza del processo non venga poi consentito di ottenere un riesame nel merito delle accuse in sua presenza e dopo aver avuto la possibilità di fornire gli elementi la sua difesa.**

Noi (ITALIA) avevamo una disciplina (CONTUMACIA) che poneva a carico dell'accusato l'onere di dimostrare che non fosse venuto a conoscenza del processo, che si era svolto in sua assenza, dunque, non per una sua scelta personale, ma perché non era stato informato dell'esistenza del processo. questo onere poneva anche un termine molto breve per impugnare la sentenza in 1° grado emessa in contumacia da parte dell'imputato che nel frattempo ne era venuto a conoscenza.

**SEJDOVIC → violazione di carattere strutturale:** a causa dei gravi oneri probatori ed all'eccessiva brevità dei termini per impugnare. Se il condannato non ha rinunciato in modo equivoco a comparire, deve sempre poter comunque ottenere una seconda possibilità, ossia avere comunque un giudizio nel merito. Questa possibilità deve essere garantita → **violazione dell'equità processuale nel caso in cui l'imputato assente e poi venuto a conoscenza del procedimento o della condanna si sia visto precluso un riesame di merito sull'accusa in sua presenza, a meno che egli abbia rinunciato**. La corte individua questa carenza strutturale nel nostro ordinamento → impone al nostro stato misure generali di riparazione.

Come fa il L.? Lo fa nel **2005 RIFORMULANDO L'ART. 175 CPP** → **prevede la possibilità che l'imputato, giudicato in 1° grado in contumacia e che provi che non aveva conoscenza del procedimento non per sua colpa, è rimesso in termini per proporre impugnazione davanti alla corte d'appello, in modo che gli sia garantito un nuovo giudizio di merito**. Il processo che arriva alla condanna in contumacia rimane, ma si rimette in termini l'imputato nel 2° grado che è sempre di merito nel nostro sistema.

Quale è la perplessità maggiore? **Il fatto che l'imputato contumace può essere rimesso in termini ha una grave conseguenza → l'imputato perde un grado di giudizio.**

Interviene, poi, una nuova modifica di questa disciplina → **I. 67/2014** → ispirata all'idea di abolire il processo contumaciale → sopprime l'istituto della contumacia. Salvi i casi di impedimento a comparire dell'imputato o del difensore, **l'attuale testo del 420 bis cpp prevede un elenco di situazioni che consentono di celebrare il processo in assenza dell'imputato:** la nomina del difensore di fiducia, l'aver subito limitazioni della libertà personale, l'aver ricevuto personalmente la notifica dell'avviso dell'udienza ecc. Fuori da questi casi **il 420 QUATER CPP prevede la SOSPENSIONE DEL PROCESSO nel caso in cui risulti che l'imputato irreperibile e non volontariamente sottratto alla giustizia non sappia dell'esistenza del processo.**

Si cambia strada → **se non dovessero emergere elementi in grado di dimostrare che l'imputato sia venuto a conoscenza del processo o vi si sia volontariamente sottratto, allora si ha una sospensione del processo** → fin quando non si arriva ad acquisire la prova che l'imputato ne sia venuto a conoscenza e si sia sottratto volontariamente.

Una volta che io ho verificato e ho quella prova, posso continuare in sua assenza. fino a quel momento abbiamo la sospensione del processo. la prescrizione inizia a decorrere nel momento in cui si è avuta la conoscenza.

**È onere dell'autorità giudiziaria cercare di verificare che l'imputato abbia avuto conoscenza del processo.**

basta la prova della notifica dell'atto di citazione presso l'imputato per far partire il processo.

**(USARE QUESTO COME ESEMPIO DI MISURA GENERALE DI RIPARAZIONE ALL'ESAME).**

Questo diritto alla presenza ed alla partecipazione ha avuto anche grandi risvolti sul piano dell'UE → decisione quadro del 2009 in cui l'UE ha individuate alcune norme minime che gli stati devono osservare nel proprio sistema. Questa decisione quadro del 2009 è stata poi attuata con un d.lgs. del 2016:

la **Direttiva 2016/343/UE\*** del 9 marzo 2016 all'art.8, pur riconoscendo la natura essenziale del diritto dell'indagato e dell'imputato di presenziare al processo, ne ha sancito la **portata non assoluta** in quanto:

- Ammette la possibilità di una rinuncia espressa o tacita, purché inequivocabile;
- Ammette la possibilità di processi *in absentia* se:
  1. L'indagato o imputato è stato informato ufficialmente, in un tempo adeguato, del processo e delle conseguenze in caso di mancata comparizione;
  2. L'indagato o imputato è stato informato del processo, ha conferito mandato ad un difensore, nominato da lui o dallo Stato, per essere rappresentato in giudizio e sia stato effettivamente rappresentato.
- Ammette la possibilità di processi *in absentia* nei casi in cui sia impossibile rintracciare l'indagato o l'imputato nonostante i ragionevoli sforzi impiegati (ad es. in caso di fuga o latitanza)

## **DIRITTO AL TEMPO ED ALLE FACILITAZIONI NECESSARIE PER PREPARARE LA DIFESA.**

Lett. B dell'art. 6 → Il diritto all'informazione della lettera A con lo scopo di difendermi. È fondamentale, però, avere poi il tempo necessario per poter preparare la mia difesa. Questa lettera garantisce all'accusato il diritto di disporre dei tempi e delle facilitazioni necessarie a predisporre la propria difesa in modo adeguato, senza restrizioni dettate da una tempistica ristretta o da qualunque altra circostanza che possa comprimere la possibilità di sollevare argomenti difensivi pertinenti che possono influire sull'esito del processo.

Questa garanzia è la conseguenza, ma è anche un elemento imprescindibile: serve il tempo, serve che l'accusato sia immesso nella posizione per potersi difendere →

- Ragionevolezza della previsione dei termini ← non basta prevedere una garanzia, ma serve che quella garanzia sia effettivamente garantita nel caso concreto → termine ragionevole
- Conoscenza degli atti processuali → facilitazioni necessarie
- Adeguatezza delle modalità di traduzione degli imputati detenuti → permettere agli imputati detenuti di collaborare e dare il loro contributo alla difesa x la ricostruzione del fatto

Questo principio è strettamente correlato con la possibilità di comunicare con il proprio difensore (art. 14 patto internazionale + no esplicito nell'art. 6 ma ricavato come corollario del diritto al tempo/facilitazioni necessarie). **La previsione del testo convenzionale e di ampia portata perché riferita a tutta la durata del procedimento.**

**Sentenza della Grande Camera Solduz c. Turchia** → il diritto di comunicare con il proprio difensore deve essere garantito fin dall'inizio, addirittura sin prima dell'eventuale interrogatorio. L'accusato deve poter collaborare e comunicare col difensore anche nel momento in cui una formulazione dell'accusa non è ancora giunta e non si è ancora formata (es. fase delle indagini preliminari e possibilità che il PM possa interrogare l'accusato). Prima di questo interrogatorio deve comunque essere garantito questo diritto, in quanto serve una linea di difesa che deve essere concordata con il difensore.

Nel sistema turco esisteva la possibilità di condurre l'interrogatorio senza difensore → violazione.

Con riferimento alle **facilitazioni**, al concetto va ricondotta la possibilità di prendere visione del fascicolo processuale → non è contrario alla convenzione il fatto che la normativa nazionale prevede un differimento dell'accesso al fascicolo al termine della fase investigativa.

### **FARSI ASSISTERE GRATUITAMENTE DA UN INTERPRETE SE NON COMPRENDE O NON PARLA LA LINGUA USATA IN UDIENZA.**

Lett. E art. 6 → Siamo sempre all'interno del diritto di difesa personale → possibilità di contribuire alla ricostruzione del fatto → implica l'informazione e la comprensione concreta ed effettiva dell'accusa → possibilità dell'interprete se l'accusato non comprende la lingua usata.

Questo vale sia per le dichiarazioni orali rese in udienza che per i documenti scritti. È un diritto che deve essere garantito fin dalla fase delle indagini.

Sul piano dell'UE, **direttiva 64/2010** → implementazione del diritto all'interpretazione e traduzione dei procedimenti penali. Sono direttive che servono per implementare qualcosa che è già presente. L'UE non verifica il grado di attuazione di un diritto negli ordinamenti → l'UE emana una direttiva di implementazione di un diritto che poi deve essere attuata nel singolo stato e poi è il singolo stato a verificare quale è il grado di assicurazione di quella garanzia e se c'è qualche aspetto che deve essere implementato per dare attuazione al comando europeo. In Italia si è recepita nel 2014 con riformulazione dell'art. 143 cpp.

Il nostro sistema non ha presentato delle grandi criticità con riferimento a queste garanzie (se non sul piano della partecipazione al processo). Abbiamo avuto molta implementazione di questi diritti da parte dell'UE che ha comportato modifiche dell'ordinamento. Questi principi erano ben presenti nel nostro ordinamento → **art. 111 co. 3 Cost.:**

- diritto della persona accusata di un reato (indagato, imputato) alla tempestiva e riservata conoscenza della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico
- diritto a disporre del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa (**art. 24 c. 2**)
- diritto alla partecipazione consapevole (assistenza dell'interprete)

Nel 1999 e poi nel 2001 viene modificato questo art. 111 inserendo gran parte dell'art. 6 all'interno della nostra Cost., con anche delle incongruenze.

**DIFESA TECNICA** → deve essere garantita attraverso un difensore (di fiducia o assegnato d'ufficio). Quali sono le attività che può compiere il difensore al fine di poter permettere alla Corte europea di dire che è stato garantito in modo concreto ed effettivo il diritto di difesa:

- **diritto all'informazione del diritto ad avere un difensore**
- **diritto all'assistenza garantita di un avvocato d'ufficio quando lo esigono gli interessi della giustizia**
- **assicurare tempo e facilitazioni necessarie per apprestare la difesa del proprio assistito**
- **libertà di comunicazioni tra l'accusato e coloro che lo assistono**

Il limite dell'attività difensiva è un limite oltre il quale quell'attività non è più esercizio del diritto di difesa, ma è qualcos'altro. Cosa si pretende da un difensore? Cosa un difensore non può fare? il difensore deve fare gli interessi del proprio cliente, a differenza del PM che deve portare sia elementi a carico che a discarico. Il difensore non è obbligato a portare all'interno del processo elementi a carico dell'assistito.

Il difensore, però, li conosce. **Non è obbligato a portarli all'interno del processo, ma si ha un obbligo che impone di non nascondere, non alterare e non distruggere gli elementi a carico!**

Sul piano dell'UE, abbiamo l'art. 47 co. 2 e 3 della Carta di Nizza + direttiva del 2013 → diritto all'assistenza difensiva e diritto al gratuito patrocinio ← implementata nel nostro cpp.

nell'ambito dell'Unione Europea (art. 47.2 e 3 Carta di Nizza) il diritto all'assistenza difensiva e il diritto al gratuito patrocinio

direttiva 2016/1919/UE sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo

- Le autorità degli Stati membri devono assicurare che il patrocinio a spese dello Stato sia concesso **senza indebito ritardo** e, al più tardi, **prima che sia svolto l'interrogatorio** dell'interessato da parte della polizia o dell'autorità giudiziaria, o **prima che siano svolti gli specifici atti investigativi o altri atti di raccolta delle prove cui l'indagato ha l'obbligo o la facoltà di partecipare** (art. 4.5);
- Gli Stati membri, per poter concedere il patrocinio gratuito, potranno procedere ad una valutazione delle **risorse dell'interessato** o a una **valutazione del merito** che riguardi la necessità di concedere il patrocinio «nell'interesse della giustizia» nel caso concreto (art. 4.1, 4.3, 4.4);
- Va assicurata la **qualità** dei servizi di patrocinio a spese dello Stato (art. 7);
- Gli Stati membri devono garantire **mezzi di ricorso effettivi** nel caso di violazione dei diritti previsti all'interno della direttiva, come nel caso in cui il gratuito patrocinio sia ritardato oppure non concesso (art. 8 e considerando n. 27).

← implementata nel

2019.

Perché la corte insiste su questa difesa prima di certe attività? È sempre preventiva a degli elementi che il giudice può usare ai fini della decisione.

---

(SEMINARIO):

## NE BIS IN IDEM → GRANDE STEVENS C. Italia – SEMINARIO

**NE BIS IN IDEM** Art. 4 prot. 7 CEDU

Il prot. 7 è un protocollo addizionale alla CEDU → ne bis in idem aggiunto nel 1984 nell'ambito dei diritti garantiti dalla CEDU. Fino al 1984, quindi, abbiamo una sorta di vuoto, in quanto la CEDU non prevedeva e non sanciva questo diritto. solo nel 1984 questo vuoto viene colmato.

Diritto a non essere giudicati e puniti 2 volte per lo stesso fatto. A determinate condizioni il divieto di ne bis in idem può comportare anche una condanna vs i sistemi che prevedono il cd doppio binario → sanzione dello stesso fatto dal punto di vista amministrativo e penale → stessa sanzione di contenuto diverso.

A livello europeo è permesso il cd doppio binario, ma la corte di Stasburgo con la sentenza Grande Stevens ha chiarito come questo doppio binario può essere conforme alla CEDU.

**GRANDE STEVENS C. Italia**:

2014. La vicenda prende le mosse intorno al 2004.

Quindi dai soggetti che poi presenteranno i ricorsi precisamente 5 ricorsi dinanzi alla Corte i protagonisti di chi sono? Sono l'avvocato Franco Grande Stevens, che è lo storico consulente legale della famiglia Agnelli, quindi della Fiat e di tutto il loro patrimonio, le due società (Giovanni Agnelli & co. + Exor spa) + ...

- Franco Grande Stevens (consulente legale);
- Gianluigi Gabetti (presidente delle due società ricorrenti);
- Virgilio Marrone (procuratore della Giovanni Agnelli S.a.a.);
- IFIL Investimento, poi Exor S.p.A.;
- Giovanni Agnelli & c. S.a.a.

Questi soggetti sono coinvolti nella vicenda storica che prende le mosse nel 2002.

La fiat stipula un prestito convertendo con 8 banche con scadenza al 2005 → nel caso in cui la fiat non riesca a restituire nel termine quanto dovuto, le banche potranno convertire il proprio credito in titoli

azionari fiat → la fiat si impegna a disporre eventualmente un aumento di capitale che porterà le 8 banche ad acquisire sottoforma di azioni quanto non rimborsato → le banche avrebbero acquisito una quota del capitale FIAT pari al 28% → la Exor spa sarebbe passata da una partecipazione maggioritaria (30%) ad una al 20%.

Gabetti si rivolge a Grand Stevens chiedendo una legal opinion per trovare un modo attraverso cui evitare che la partecipazione di Exor scendesse drasticamente. Quale è la legal opinion offerta da Grande Stevens? Attraverso questa situazione di perdita della maggioranza si sarebbe potuto evitare andando a rinegoziare il contratto di equity swap che la fiat aveva concluso con una banca inglese. In estrema sintesi, quale è il concetto? Se da un lato disponendo l'aumento di capitale sociale per fare fronte alla mancata restituzione la Exor avrebbe perso una % del capitale sociale fiat, avrebbe potuto comunque ristabilire la propria quota di maggioranza acquistando una serie di azioni che sulla base del contratto di equity swap erano state vendute dalla banca londinese.

Nell'aprile del 2005 la fiat aveva concluso il contratto di equity swap → contratto derivato in base al quale si scambia il valore delle azioni fiat con un altro valore, ossia il tasso di interessi ← questo comprendeva circa 90k azioni fiat. NON c'è uno scambio effettivo di denaro, ma lo scambio consisteva nella differenza tra i vari flussi di cassa e quindi la differenza tra il valore del tasso di interessi e il valore della singola azione Fiat.

Detto ciò, l'avvocato Grande Stevens che cosa consiglia al proprio cliente? *Gli consiglia di andare a rinegoziare questo contratto di equity swap in vista della scadenza del prestito convertendo, perché rinegoziando questo contratto di equity swap la Exor avrebbe potuto riottenere delle azioni Fiat che erano state nell'aprile 2005 "momentaneamente acquistate" dalla banca inglese, così che avrebbe comunque potuto mantenere, acquistando/riacquistando queste azioni, la proprietà.*

La % di capitale sociale non sarebbe più scesa al 22%, ma avrebbe mantenuto una % del capitale sociale (anche a seguito dell'aumento di capitale sociale dovuto alla scadenza del prestito convertendo pari al sempre al 30%).

Ad agosto 2005 Grande Stevens verifica se effettivamente il consiglio che aveva dato avesse dei margini di manovra → si rivolge alla CONSOB per chiedere se, laddove la fiat avesse disposto questa rinegoziazione di un contratto di equity swap, avrebbe potuto evitare l'OPA altrimenti doverosa.

La CONSOB invia un comunicato → *considerato che il prestito convertendo sarebbe scaduto dopo 1 mese, dovevano dire agli investitori cosa sarebbe successo.* A fronte della ricezione di questa comunicazione da parte della Consob, ognuno dei ricorrenti poi successivamente imputati va a spiegare la propria situazione → Morrone dice di aver ricevuto la comunicazione ma di essere in ferie quel giorno e di aver trasmesso la comunicazione al legale, quindi a Grande Stevens + Gabetti era fuori sede, si trovava ricoverato negli USA e riferisce di aver sentito telefonicamente Grande Stevens per concordare insieme una bozza di comunicato stampa che le due società (la Exor e la Giovanni Agnelli) avrebbero dovuto rilasciare in base alla richiesta della Consob.

Questo comunicato viene effettivamente predisposto, ed è un comunicato molto stringato in cui non si fa riferimento ad alcuna contrattazione in corso per rinegoziare quel contratto di equity swap di cui dicevamo ← questo perché Grande Stevens suggerisce al proprio cliente che non era opportuno, considerato che ancora la trattativa era in una fase iniziale e non era ancora niente di definito, e quindi non era opportuno includere questa informazione nel comunicato.

→ in occasione della prossima scadenza del prestito convertendo non era stato né avviata né studiata alcuna iniziativa riguardante la scadenza del prestito, ma la Exor auspicava comunque di rimanere l'azionista di maggioranza → comunicato particolarmente stringato, particolarmente vago.

Il 14 settembre 2005 effettivamente alla Consob viene comunicato da parte della Fiat che sono in corso le trattative per andare a rinegoziare il contratto di equity swap, e questo contratto viene rinegoziato il 15 settembre → quindi il giorno successivo. Il giorno successivo viene data una comunicazione di nuovo alla Consob, la quale il 17 settembre (quindi 3 giorni dopo aver saputo della rinegoziazione del contratto di equity swap ed a circa un mese dalla richiesta che era stata avanzata da Grande Stevens) conferma all'avvocato Grande Stevens che, laddove la società avesse provveduto alla rinegoziazione di un contratto di equity swap, non ci sarebbe stato l'obbligo di lanciare un'OPA.

A questo punto, la situazione per grande Stevens e la Exor è conclusa → ne viene *disposto l'aumento di capitale + le 8 banche acquistano il 28% del capitale. La Exor, grazie alla rinegoziazione del contratto di*

**equity swap**, continua comunque a detenere una percentuale nel capitale sociale di Fiat del 30%, e quindi ad essere comunque socio di maggioranza.

Senonché, all'esito di questa complessa operazione finanziaria, la Consob (e precisamente l'ufficio di insider trading) **inizia ad indagare** e prende le mosse quello che è il **filone amministrativo** → procedimento amministrativo a Grande Stevens, Gabetti, Marrone e le due società.

Qual è l'illecito amministrativo che gli viene contestato? Quello di cui al **187 ter del TUF**, cioè su come potete leggere la diffusione di informazioni false → *salve sanzioni penali, quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 2k a 5k € a chi tramite mezze informazioni ecc. diffonde informazioni voci o notizie false o fuorvianti* → suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari.

Quindi l'ipotesi accusatoria dell'ufficio insider trading qual è? È **che i 5 soggetti nel comunicato stampa dell'agosto 2005 avessero fornito delle informazioni false o comunque fuorvianti agli investitori**, perché non avevano dato conto della rinegoziazione in corso, anzi secondo l'ufficio di insider trading addirittura conclusa nel contratto di equity swap → così facendo avevano comunque fornito delle informazioni false e fuorvianti sui valori sulle azioni Fiat, secondo cui addirittura in quei giorni la rinegoziazione del contratto di equity swap sarebbe stata addirittura già conclusa, per cui era doveroso che nel comunicato stampa fosse data notizia di ciò.

A questo punto, quindi, si avvia il **PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO** dinanzi alla Consob → **l'ufficio insider trading**, ritenendo insufficienti le difese presentate dai dai soggetti non imputati o comunque interessati, **va a trasmettere una relazione istruttoria all'ufficio sanzioni che trasmette a sua volta questa relazione istruttoria ai 5 soggetti suscettibili di essere sanzionati, i quali hanno 30 giorni per replicare le more.**

Però, l'ufficio insider trading continua, nonostante di base la fase istruttoria fosse finita, le proprie indagini. Il 19 ottobre 2006 trasmette questa nota complementare all'ufficio sanzioni e la nota complementare dopo qualche giorno viene trasmessa anche ai soggetti interessati, ai quali viene concesso un ulteriore termine di 30 giorni per presentare anche delle possibili difese. Le difese che vengono presentate, però, dai ricorrenti sono reputate insufficienti, perché la commissione ritiene valida la tesi accusatori dell'ufficio di insider trading → commina delle sanzioni pecuniarie ingenti: **SANZIONE MONETARIA DI CIRCA 1 MILIONE + SANZIONE INTERDITTIVA** → (non è possibile assumere incarichi di amministrazione né controllare società per periodi di 2, 6, 4 mesi) → opposizione davanti alla corte d'appello.

Siamo dinanzi alla **CORTE D'APPELLO** di Torino → quali sono gli argomenti a sostegno di questo ricorso? In opposizione anzitutto il fatto che nel procedimento dinanzi alla Consob non sarebbe stato rispettoso del principio del contraddittorio, perché - come potrete poi leggere nella sentenza - *le parti lamentavano di non essere mai stati sentiti dinanzi alla Consob*, che era stato un *contraddittorio meramente cartolare, che non avevano mai avuto la possibilità cioè di essere sentiti e di partecipare ad un'udienza pubblica. Grande Stevens lamenta il fatto che era stato accusato di aver commesso l'illecito amministrativo in qualità di legale rappresentante della società quando invece non era il legale rappresentante ma al massimo era illegale il consulente legale della società + viene lamentata la violazione del principio del ne bis in idem.*

Apriamo una breve parentesi qui: perché la Consob nel momento in cui commina le sanzioni di cui dicevamo trasmette anche gli atti alla Procura della Repubblica? Trasmette gli atti alla Procura della Repubblica ritenendo che possa essere integrato il reato di cui all'art. 185 TUF d.lgs. 58/1998. Su questo punto torneremo, perché questa violazione del divieto del principio del ne bis in idem viene lamentata dai 5 ricorrenti in tutte le fasi del giudizio, sia nell'ambito del filone del procedimento amministrativo (quindi quello dinanzi alla Consob) e poi ora davanti alla Corte d'appello, sia quello successivamente sia nell'ambito del filone penale e alla fine anche ovviamente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Con la Corte d'appello siamo quindi sempre nell'ambito del filone amministrativo 2° grado di giudizio. La Corte di appello di Torino va a ridurre l'ammontare delle sanzioni, ma *rigetta tutti i motivi del ricorso in opposizione, dicendo che non era vero che il principio del contraddittorio fosse stato violato nell'ambito del procedimento davanti alla Consob, perché comunque alle parti era stata data la possibilità di difendersi* ← cioè sembra un contraddittorio cartolare, ma comunque loro avevano avuto questa possibilità;

secondariamente ritiene che non sia stato violato il principio del ne bis in idem + infine riguarda la posizione di Grande Stevens e dice che sì è vero c'è stato questo errore da parte della Consob, ma comunque *l'illecito di cui al 187 ter può essere commesso da chiunque, non devi per forza rivestire una qualifica particolare* e quindi non fa niente, la sanzione nei tuoi confronti resta ferma.

A questo punto viene proposto **RICORSO PER CASSAZIONE**. Viene presentato un ricorso per Cassazione da parte dei 5 ricorrenti (Grande Stevens, Gabetti ecc.), i quali *con un motivo comune vanno a lamentare la violazione dei principi del giusto processo* → violazione di legge.

Gli argomenti addotti dalle parti sono un po' sempre gli stessi → il fatto che il procedimento dinnanzi alla Consob non sia perfettamente conforme al principio del giusto processo e in particolar modo il contraddittorio, perché diciamo è un procedimento di stampo molto inquisitorio e le fasi inquisitorie-decisorie non sono ben delineate + si lamenta la relazione istruttoria dell'ufficio sanzioni che non è stata trasmessa a loro stessi e quindi non hanno avuto modo di presentare difese e memorie + lamentano il fatto di non essere stati sentiti.

*La cassazione rigetta tutti i ricorsi dicendo che non è vero che il procedimento davanti alla Consob sia contrario al giusto processo, in quanto è stato garantito il diritto di difesa.*

La decisione della Cassazione diventa definitiva (ed il filone amministrativo si chiude) → le sanzioni comminate a suo tempo dalla Consob e poi ridotte dalla Corte d'appello diventano definitive.

I vari soggetti interessati devono pagare.

*Parallelamente aveva già preso le mosse **L'INDAGINE PENALE**, quindi il procedimento penale a carico degli stessi 5 soggetti, perché la Consob aveva trasmesso gli atti alla Procura della Repubblica, in quanto aveva ritenuto potenzialmente integrato il reato di cui al 185 del TUF secondo cui: *chiunque diffonde notizie false o con in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari è punito* → c'è una differenza tra 185 e 187 ter? Tutta la giurisprudenza ed il diritto nazionale vanno a rigettare la tesi difensiva secondo cui il diritto del ne bis in idem sarebbe violato. L'argomento principe è appunto che si tratta di **due fattispecie differenti perché nel 187 ter (illecito amministrativo) la norma vede integrato l'illecito laddove si siano diffuse informazioni false o fuorvianti in merito agli strumenti finanziari.***

*La fattispecie penale del 185 chiede in una cosa in più → il verificarsi di un evento, il fatto che queste informazioni false e fuorvianti o anche reticenti siano in grado di alterare il prezzo degli strumenti finanziari → potremmo definirla una fattispecie di mera condotta, mentre il 185 (fattispecie penale) lo possiamo declinare in termini di un reato di danno, o meglio un reato di evento.* Questa comunque è assolutamente una tesi insostenibile che anzi è stata sostenuta da tutta la giurisprudenza fino all'intervento della Corte di Strasburgo.

Quindi, questa è la situazione, queste sono le due fattispecie. Abbiamo già analizzato la differenza. La previsione nel TUF di questi due articoli è espressione del cd **doppio binario sanzionatorio**, che in Italia - ma anche in altri ordinamenti - è utilizzato in particolar modo nell'ambito del settore degli abusi in ambito di mercati finanziari e non è precluso dalla Corte di Strasburgo né dalla Corte di giustizia dell'UE. Tuttavia, bisogna un attimo declinare → in che senso non è precluso? Fino a che punto non è precluso? Non vi è un divieto di doppio binario sanzionatorio che nella decisione grande Stevens contro Italia la Corte di Strasburgo va appunto a chiarire che cosa succede, quindi nell'ambito del procedimento penale, nel momento in cui interviene la sentenza della Cassazione relativa agli illeciti amministrativi, e quindi le sanzioni amministrative divengono definitive, i nostri 5 richiedono immediatamente di andare avanti, richiedono immediatamente una declaratoria di improcedibilità e quindi l'abbandono delle azioni penali nei loro confronti, in virtù del principio del ne bis in idem.

Vanno ad eccepire, a sollevare una questione di incostituzionalità dinanzi al tribunale di Torino, perché siamo nel procedimento nel processo penale di 1° grado → incostituzionalità delle norme del TUF, quindi del 187 ter e del 185 e del 649 cpp, in relazione all'art. 117 Cost. letto nell'ottica dell'art. 4 prot. 7 CEDU. In sostanza, che cosa sostengono? Che *il complesso della disciplina nazionale è contrario al divieto di ne bis in idem previsto all'art. 4 prot. 7 CEDU perché fondamentalmente a livello legislativo si consente di procedere due volte nei confronti degli stessi soggetti per quello che è il medesimo fatto* e quindi le difese dei ricorrenti vanno a sostenere qualcosa che fino a quel momento non era stato sostenuto nella

giurisprudenza nazionale → loro sostengono che i fatti e le fattispecie descritte dal 187 ter e dal 185, nonostante quella differenza formale sottolineata e che è assolutamente veritiera ma in realtà punisce una medesima condotta, sono un po' una sorta di aggiramento del divieto di ne bis in idem.

Tuttavia, **questa tesi non viene accolta da parte del tribunale, il quale ritiene invece che sia manifestamente infondata questa questione di legittimità costituzionale** → eccezione di legittimità costituzionale delle norme sollevata dalle difese, perché è vero che il nostro ordinamento (e precisamente l'articolo 649 cpp) dispone il divieto di un doppio giudizio sullo stesso fatto. **Il punto qui è che il tribunale non accoglie la tesi prospettata dalle difese e che gli articoli 185 e 187 ter del TUF non vanno a sanzionare la medesima condotta** secondo la tesi della giurisprudenza nazionale, accolta tra l'altro dal tribunale di Torino.

Le due norme descrivono e sanzionano fattispecie differenti → l'una consiste in una mera condotta di diffusione di informazioni false ed è sanzionata a livello amministrativo; l'altra sanziona un qualcosa di più, richiede un dolo, richiede la diffusione di informazioni false al fine di realizzare un evento che è l'alterazione del prezzo degli strumenti finanziari, nello specifico strumenti finanziari che erano le azioni di Fiat.

Anche se la comunque l'eccezione sollevata dalle difese non viene accolta dal tribunale di Torino, lo stesso perviene comunque ad una **sentenza di assoluzione** dicendo: **è vero, si tratta di due fattispecie diverse, però proprio perché si tratta di fattispecie diverse ai fini dell'integrazione del reato di cui all'articolo 185 è necessario che sia provato che quella condotta di diffusione di informazioni false abbia determinato un danno agli investitori** → abbia cioè determinato l'evento di alterazione del prezzo delle azioni.

All'esito della perizia disposta dal tribunale, questa prova non si ritiene raggiunta e quindi Gabetti, Grande Stevens ma anche le due società Giovanni Agnelli ed Exor vengono assolte e Marrone viene assolto.

Il motivo è differente → si ritiene che lui non abbia proprio preso parte alla condotta, perché lui non ha partecipato (diceva di essere stati in ferie e quindi non ha partecipato alla stesura del comunicato stampa incriminato e quindi lui viene assolto).

Ovviamente viene presentato un ricorso per Cassazione in questo caso da parte della Procura della Repubblica. La Procura della Repubblica presenta questo ricorso per Cassazione dicendo: sì è vero tutto quello che il tribunale ha detto, però ha commesso un errore, perché l'art. 185 è vero che si differenzia all'articolo 187 ter perché richiede un quid pluris (richiede quindi che le informazioni false determinino l'alterazione del prezzo dei titoli e quindi delle azioni Fiat), però guardate bene che **non si tratta di una fattispecie di danno, ma di una fattispecie di pericolo** → è sufficiente **che la condotta abbia determinato un pericolo per gli investitori**, quindi di un'alterazione del prezzo.

**La Cassazione accoglie effettivamente la ricostruzione giuridica fatta dalla Procura della Repubblica e quindi annulla la sentenza di assoluzione del tribunale** e rinvia → annulla la sentenza di assoluzione e rinvia, per tutte le posizioni tranne quella di Marrone ← la Corte di Cassazione concorda sul fatto che fosse estraneo ai fatti, perché lui non ha materialmente partecipato alla stesura alla redazione dei predetti comunicati.

A questo punto, nelle more del giudizio di rinvio i nostri 5 ricorrenti (anche Marrone ed ora vedremo perché) vanno a presentare un **RICORSO DINANZI ALLA CORTE DI STRASBURGO**.

I motivi alla base di questo ricorso davanti alla Corte di Strasburgo sono essenzialmente due:

1. si lamenta la violazione dell'art. 6 nell'ambito del procedimento dinanzi alla Consob (quindi nell'ambito di quello che abbiamo definito il filone amministrativo della vicenda)
2. si lamenta la violazione del divieto di ne bis in idem

Quando sono presentati i ricorsi, il governo presenta una serie di eccezioni volte a far dichiarare l'irricevibilità, l'inammissibilità dei ricorsi prima di andare a vedere nel dettaglio.\*

RECAP del contesto europeo nel quale la Corte europea si trova a dover decidere →

- in materia di abusi nell'ambito del settore dei mercati finanziari abbiamo una direttiva, la **direttiva 6/2003, la quale all'art. 14** non oppone un obbligo dinanzi agli Stati membri di sanzionare penalmente le condotte abusive → dice a livello europeo che è ammissibile anche semplicemente una sanzione amministrativa. Ciò che conta è che gli Stati membri prevedano delle misure, delle

sanzioni efficaci e deterrenti. Quindi, a livello europeo non vi è l'obbligo di assumere o di adottare un sistema a doppio binario. La scelta di adottare il sistema del doppio binario è una scelta lasciata all'autonomia degli Stati membri e che l'Italia ha deciso di accogliere. Il TUF, infatti, mantiene il doppio binario sanzionatorio.

- **Sentenza della grande camera del 2018** → sostiene che il sistema a doppio binario anche nell'ambito dei mercati finanziari è compatibile con il diritto dell'unione → questo implica che deve essere declinato il sistema a doppio binario in modo tale da garantire anche il rispetto dei diritti sanciti alla Convenzione. È un gioco forza, è un qualcosa di ovvio e scontato che comunque la giurisprudenza della Corte di giustizia tenne a ribadire e ripetere. Quindi, a livello europeo non vi è un divieto del doppio binario. Tuttavia, lo stesso doppio binario sanzionatorio è ammesso nei limiti in cui sia rispettoso dei principi sanciti anche dalla CEDU oltre che ovviamente dalla carta di Nizza.
- Posizione della **Corte europea dei diritti dell'uomo** → considera che ogni sistema giuridico possa contemplare il sistema doppio binario però con un'accortezza laddove il doppio binario sancisce un doppio binario sanzionatorio penale ← in questo caso, opera il divieto di bis in idem ← il doppio binario sanzionatorio NON è ammissibile, perché si ammetterebbe una doppia sanzione penale.

**\* ECCEZIONI DI AMMISSIBILITÀ PRESENTATE DAL GOVERNO ITALIANO:**

- I. Abusività del ricorso
- II. Assenza di un danno significativo ai ricorrenti derivante dalla presunta violazione
- III. Mancato esaurimento degli strumenti di impugnazione a livello nazionale

I. **ABUSIVITÀ DEL RICORSO:**

Il governo si limita a dire che *il ricorso è basato su premesse false*. Nega che non ci siano state udienze pubbliche, che l'ufficio di insider trading non abbia allegato le difese dei ricorrenti nella relazione istruttoria trasmessa all'ufficio sanzioni e nega che i tempi per presentare le difese fossero troppo brevi. *La corte di Strasburgo respinge l'eccezione*, dicendo che deve scendere nel merito della vicenda per vedere chi ha ragione.

II. **ASSENZA DI UN DANNO SIGNIFICATIVO AI RICORRENTI DERIVANTE DALLA PRESUNTA VIOLAZIONE:**

Il governo sostiene che *il danno lamentato dai ricorrenti è irrisorio*. Il ricorso è stato sollevato sulla base di questioni teoriche ed il danno non raggiunge la soglia minima prescritta dall'art. 35 par. 3 lett. b CEDU; quindi, non può essere qualificato in termini di "giudizio importante".

Uno dei principi in riferimento alla corte di Strasburgo è che, affinché una questione possa essere devoluta alla giurisdizione di un organo internazionale, è *necessario che il danno lamentato e subito dai ricorrenti sia un danno significativo, quindi raggiunga una soglia minima*.

A questa eccezione la corte risponde che non si è trattato di un danno irrisorio, perché l'ammontare delle sanzioni era più che significativo e perché venivano lesi anche dei diritti personalissimi delle persone fisiche: onore, rispetto, reputazione. Quindi *l'eccezione viene rigettata*. La corte osserva, inoltre, che si sta parlando della possibilità di ritenere violato il principio del ne bis in idem a fronte del procedimento formalmente amministrativo svolto dinanzi alla consob. È la prima volta che la corte di Strasburgo si trova ad affrontare una questione di questo tipo: un procedimento amministrativo svolto dinanzi ad un'autorità amministrativa indipendente può essere qualificato come un procedimento sostanzialmente penale? Può precludere lo svolgersi di un successivo processo penale? Essendo la prima volta, vale la pena dichiarare ammissibile il ricorso.

III. **MANCATO ESAURIMENTO DELLE VIE DI RICORSO INTERNE:**

Il governo dice che il giudizio penale non è ancora diventato definitivo, perché è ancora pendente il giudizio dinanzi al giudice del rinvio (in seguito alla cassazione con rinvio). I ricorrenti rispondono che è vero che non è ancora concluso, ma ai fini della violazione del divieto di bis in idem, il principio sancisce non solo il divieto di essere condannati due volte per lo stesso fatto, ma anche ad essere processati.

La Corte rigetta questa eccezione dicendo che la ratio del 35 par. 1 della CEDU (che richiede il previo esaurimento dei mezzi di impugnazione interni prima di presentare un ricorso alla Corte EDU) è finalizzato a consentire agli stati aderenti alla convenzione di conformarsi alla convenzione prima che intervenga la Corte. Nel caso di specie, la violazione del divieto di bis in idem era già stata perpetrata e non c'era modo per il governo italiano di far fronte a questa violazione, perché l'unico modo era non iniziare il processo penale, che, invece, è stato iniziato ed era già ampiamente in corso.

→ i ricorsi presentati dai ricorrenti sono dichiarati ammissibili.

La Corte passa ad analizzare i due motivi alla base dei ricorsi:

1) Violazione dell'art. 6 CEDU:

Il governo dice che il procedimento dinanzi alla Consob è amministrativo e non penale, non rientra nella materia penale, quindi non si applica l'art. 6. A sostegno di questa tesi, adduce il fatto che le sanzioni comminate non possono essere considerate sanzioni penali perché non sono particolarmente gravi e non incidono sulla libertà personale dei soggetti in nessun caso.

I ricorrenti rispondono che invece si tratta di "materia penale" secondo i criteri CEDU: le sanzioni sono significative e hanno una gravità tale da poter essere considerate sanzioni penali. Quindi si deve applicare l'art. 6.

Per risolvere la questione, la Corte fa riferimento ai **criteri Engel**, statuiti nella pronuncia Engel contro paesi bassi. Sono essenzialmente 3:

- a. Qualificazione giuridica della sanzione nel diritto nazionale
- b. Natura penale o meno dell'illecito, desumibile in base al suo ambito applicativo
- c. Gravità della sanzione

Il primo è un criterio non dirimente, perché opera soltanto in un senso: laddove la sanzione sia qualificata come penale a livello nazionale, allora sarà qualificata come penale senza bisogno di ulteriori accertamenti anche dalla Corte di Strasburgo. Viceversa, laddove sarà qualificata come illecito amministrativo, non è detto che anche la Corte lo qualifichi come illecito amministrativo. Vigeva la cosiddetta definizione antiformalistica della materia penale, perché si vuole evitare da parte degli stati membri la cosiddetta frode delle etichette.

Il secondo criterio guarda invece l'ambito applicativo dell'illecito: se ha una portata generale ed astratta, sarà un indicatore del fatto che si tratta di un illecito penale.

Allo stesso modo, laddove la sanzione sia di una gravità tale e persegua una finalità punitiva e deterrente, è ovvio che ci si trova di fronte ad una materia penale.

Nel caso di specie, la Corte dice che **la sanzione di cui all'art. 187 ter, considerato l'ambito applicativo, cioè la portata generale e astratta, e considerata la gravità della sanzione, non può che rientrare nell'ambito della materia penale**. La Corte di Strasburgo smentisce quella che fino a quel momento era stata la tesi dell'ordinamento nazionale, che negava la violazione del ne bis in idem perché si trattava di due ambiti separati, perché il 187 ter entrava solo nell'ambito amministrativo.

Chiarito che ci si trova nell'ambito penale, la Corte si chiede se le garanzie del giusto processo siano state rispettate nell'ambito del procedimento dinanzi alla Consob. *I ricorrenti dicono che le garanzie non sono state rispettate perché il contraddittorio è stato solo cartolare, non sono stati trasmessi tutti i documenti alle difese, non è stata assicurata la separazione tra fase istruttoria e decisoria.*

Il governo risponde che il principio del contraddittorio è stato rispettato, che si è data la possibilità alle parti di difendersi e tutti i documenti sono stati trasmessi alle parti come previsto dal regolamento.

La Corte di Strasburgo osserva che il procedimento dinanzi alla Consob ha sicuramente permesso alle parti di difendersi (anche se solo cartolarmente). Osserva anche che effettivamente ai ricorrenti non erano state trasmesse le conclusioni dell'ufficio sanzioni, quindi questa era stata una violazione, perché non gli era stata data la possibilità di presentare difese sul punto, che poi sarebbero state presentate alla commissione (organo sanzionatorio).

Inoltre, *il procedimento dinanzi alla Consob è essenzialmente scritto, ed arriva a comminare sanzioni anche molto significative senza prevedere in alcun caso un'udienza pubblica*. Tuttavia, *la Corte precisa che non è vietato che una sanzione anche rientrante nella materia penale sia disposta all'esito di un processo*

*amministrativo. Tuttavia, è necessario che l'organo che commina questa pena sia un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione.* Sicuramente la consob non è un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione, ma le sanzioni sono state anche sottoposte al vaglio (e ridotte) dalla corte d'appello di Torino, che invece è un organo dotato di piena giurisdizione. *Il problema, secondo i ricorrenti, è che dinanzi alla corte di appello non si è mai svolta un'udienza pubblica.* L'unica udienza pubblica si è svolta di fronte alla corte di cassazione, che non è un organo dotato di piena giurisdizione, perché non conosce del merito. Il governo ribatte che invece i ricorrenti hanno avuto la possibilità di accedere ad un organo dotato di piena giurisdizione (corte d'appello) e che comunque è stata garantita un'udienza pubblica dinanzi alla corte di cassazione, e questo secondo il governo era sufficiente.

La Corte di Strasburgo dice che la corte di appello di Torino è dotata di giurisdizione → *laddove avesse celebrato un'udienza pubblica consentendo ai ricorrenti di presenziare ed essere sentiti, non ci sarebbe stata violazione del giusto processo. Tuttavia, così non è stato, quindi la corte ritiene integrata la violazione dell'art. 6 nell'ambito del filone amministrativo.*

## 2) Violazione dell'art. 4 prot. 7 CEDU:

Premessa: è stato aggiunto nel 1986. Non tutti gli stati aderenti alla convenzione hanno sottoscritto il protocollo aggiuntivo. Altri stati, come l'Italia, hanno cercato (invano) di restringere l'ambito applicativo di questo principio. L'Italia aveva presentato una dichiarazione nella quale cercava di delimitare l'ambito applicativo escludendo le sanzioni che erano qualificate come amministrative dal diritto interno. Tuttavia, la dichiarazione presentata dall'Italia non presenta le caratteristiche necessarie previste dall'art. 57 par. 2 CEDU affinché una riserva possa risultare efficace. Una dichiarazione, per essere efficace e limitare la portata del principio in uno stato deve rispettare i seguenti requisiti:

- Deve essere fatta al momento in cui la Convenzione o i suoi Protocolli vengono firmati o ratificati
- Deve riguardare leggi ben precise in vigore all'epoca della ratifica
- Non deve essere di carattere generale
- Deve contenere una breve esposizione della legge interessata.

La dichiarazione dell'Italia non soddisfa queste esigenze, quindi *il principio del ne bis in idem produce nell'ordinamento italiano pieni effetti, indipendentemente da questa riserva, e si applica anche alle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali.*

NB: se ci si trova di fronte ad una sanzione formalmente e sostanzialmente amministrativa, a cui si aggiunge una sanzione penale, c'è un doppio binario, che è ammesso.

Quello che non è ammesso è una sanzione formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale, a cui si aggiunge una sanzione formalmente e sostanzialmente penale, perché viola il principio di ne bis in idem.

### **Art. 4 protocollo 7 CEDU:**

«1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato.

2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta.

3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'art. 15 della Convenzione»

→ il termine "**reato**" impiegato da questo articolo deve intendersi come "**fatto storico**": ciò che conta, ai fini della garanzia del ne bis in idem, è che il secondo procedimento abbia avuto ad oggetto il medesimo fatto storico del primo procedimento, già conclusosi con decisione definitiva.

Quello che emerge dalla sentenza Grande Stevens è che *l'Italia non deve guardare solo alla qualificazione giuridica, ma al fatto storico → ciò che rileva è la "medesimezza del fatto", indipendentemente dalla qualificazione giuridica.*

In questo caso il L. italiano ed i giudici hanno perseguito il medesimo fatto? I fatti posti al centro del procedimento penale sono gli stessi che erano al centro del procedimento (formalmente) amministrativo dinanzi alla consob? Per la corte di Strasburgo sì, perché *viene contestato in entrambe le sedi il fatto di non*

*aver incluso nel comunicato del 24 agosto 2005 il piano di rinegoziazione del contratto di equity swap.*

Nell'ambito della contestazione penale c'era anche l'aggiunta che l'informazione sarebbe stata tenuta nascosta allo scopo di evitare un probabile crollo del prezzo delle azioni FIAT. Si è trattato di un'unica condotta, da parte delle stesse persone, alla stessa data → violazione dell'art. 4 prot. 7 CEDU.

*La corte dice che lo Stato italiano dovrà assicurare nel più breve tempo possibile la chiusura dei procedimenti penali ancora in corso a carico dei ricorrenti.*

L'opinione in parte concordante ed in parte dissenziente dei **GIUDICI KARAKAŞ E PINTO**:

L'art. 6 CEDU nel suo profilo penale (i.e. necessario riconoscimento delle garanzie della giurisdizione penale) è applicabile anche al procedimento amministrativo sanzionatorio.

*Nel caso di specie tale procedimento non è stato equo*, non tanto perché la corte d'appello non ha tenuto udienze pubbliche, ma *perché non vi è stato alcun contraddittorio tra le parti ed i ricorrenti non sono mai stati sentiti di fronte ad un organo giudicante imparziale.*

L'indennizzo attribuito ai ricorrenti, secondo l'opinione dei giudici dissenzienti, non rimedia all'ingiustizia provocata: *l'unica soluzione effettiva potrebbe essere quella di celebrare un nuovo procedimento per l'accertamento dell'illecito amministrativo, in conformità con gli standard di cui all'art. 6 CEDU.*

Due anni dopo, la corte ritorna sul tema del ne bis in idem nella **SENTENZA A E B C. NORVEGIA**

(16 novembre 2016), *restringendo la portata del principio di ne bis in idem.*

Come regola di giudizio afferma che *non vi è violazione del principio del ne bis in idem laddove vi sia una connessione temporale e sostanziale sufficientemente stretta* (devono sussistere entrambe).

La corte definisce meglio la portata di quanto detto nell'altro caso → posto che il problema del rispetto del divieto di bis in idem nella realtà dei fatti si pone il più delle volte con riferimento all'ambito in cui gli stati membri adoperano il sistema del doppio binario, *la corte ammette il doppio binario*. Tuttavia, inizia a determinare una *violazione del principio laddove i due procedimenti (amministrativo e penale) sono privi di una connessione temporale e sostanziale sufficientemente stretta.*

Secondo l'opinione dissenziente del giudice Pinto si tratta di una regola assolutamente arbitraria, lasciata all'interprete.

*La corte nella decisione dà delle informazioni indicative, degli elementi sintomatici per spiegare quando vi è connessione sostanziale e temporale, ma non si tratta di un catalogo chiuso.* L'interprete potrebbe ravvisare la forte connessione sostanziale basandosi su diversi indici.

Nella decisione A e B c. Norvegia, la corte individua la **connessione sostanziale forte** quando:

- i procedimenti perseguono obiettivi complementari ma diversi, assumendo ad oggetto aspetti differenti della stessa condotta illecita
- la duplicazione dei procedimenti costituisce una prevedibile conseguenza di tale condotta
- i due procedimenti sono condotti in modo tale da evitare – per quanto possibile – duplicazioni in sede di acquisizione e valutazione della prova (se, cioè, la ricostruzione dei fatti effettuata nell'uno possa essere utilizzata anche nell'altro), attraverso un'adeguata interazione tra le varie autorità competenti
- il secondo giudice abbia tenuto in considerazione la prima sanzione applicata per garantire l'irrogazione di una pena proporzionata.

*Vi è connessione temporale quando i due procedimenti, pur non progredendo simultaneamente dall'inizio alla fine, presentino comunque una correlazione temporale*, in modo da evitare che il soggetto, sottoposto a più procedimenti consecutivi, sia esposto ad una condizione di perdurante incertezza sulla propria sorte. Il principio di diritto sancito dalla corte di Strasburgo nella decisione del 2016 è in via di consolidamento. C'è una sentenza del 2017/18 contro la Francia che lo applica ed una sentenza del luglio 2020 (Velkov c. Bulgaria), in cui si consolida il criterio della connessione temporale e sostanziale sufficientemente stretta. In questo caso, la violazione dell'art. 4 del prot. 7 CEDU è stato determinato dalla mancanza di connessione

sostanziale tra i due procedimenti nel riscontro dei singoli indicatori dettati dalla giurisprudenza A e B c. Norvegia.

## SECONDO PARZIALE:

### ESAMINARE O FAR ESAMINARE I TESTIMONI A CARICO ED OTTENERE LA CONVOCAZIONE E L'ESAME DEI TESTIMONI A DISCARICO NELLE STESSE CONDIZIONI DEI TESTIMONI A CARICO.

**Lettera D art. 6** → Questa stessa frase è presente nell'art. 111 Cost.

**Diritto di difendersi provando.**

**“Esaminare o far esaminare”** ← questa formula è la manifestazione di un diritto assoluto di difesa che si estrinseca da un lato nel diritto al contraddittorio e dall'altro in quello di difendersi provando e domandando, non solo per confutare affermazioni precedentemente rese dal testimone, ma anche per contribuire a far emergere circostanze diverse che devono essere conosciute dal giudice.

Questa espressione non deve essere intesa in maniera restrittiva, tale da escludere che l'imputato possa avere lo stesso diritto anche nei confronti dei testimoni a discarico. Infatti, nella seconda parte della norma si sancisce che l'imputato ha diritto di ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico. L'inciso “alle stesse condizioni” indica sostanzialmente che il diritto di interrogare o far interrogare si può dirigere anche nei confronti di quelli a discarico purché sia esercitato alle stesse modalità e condizioni con le quali si esplica nei confronti dei testimoni a carico. Perché potrebbe essere un problema che questa frase si trovi nella nostra Costituzione? Il problema è questa “o”. Se vogliamo che vi sia una differenza tra esaminare e far esaminare, vuol dire che l'accusato ha diritto ad esaminare direttamente il testimone a carico e ha diritto ad esaminare il testimone attraverso il difensore tecnico. Quando si è introdotto nella Cost. la modifica dell'art. 111 e si è voluta inserire una parte dell'art. 6 non si è data particolare importanza a questa distinzione tra esaminare e far esaminare. Nella nostra Cost. questo principio è presente. Però, non esiste nessuna norma che preveda il diritto ad esaminare personalmente il testimone. Può farlo solo attraverso il difensore.

Perché questo diritto è un diritto alla prova? Vassalli nel 1968 ci dice che:

Vassalli, 1968: «il processo penale deve essere, oltre che rivolto all'accertamento della verità reale, un processo giusto ed equo; e giustizia ed equità si manifestano anche nello spazio che alle parti del processo è lasciato in ordine alla ricerca, all'introduzione e all'assunzione delle prove»

Nel nostro sistema l'onere della prova è a carico dell'accusa. La difesa potrebbe rimanere statica e non portare nessun elemento nel processo, in quanto anzitutto spetta all'accusa l'onere di introdurre nel processo elementi che vadano oltre ogni ragionevole dubbio. La difesa potrebbe anche solo cercare di scardinare le prove portate dall'accusa, dimostrare che i testimoni non sono attendibili.

È al principio della lett. D art. 6 che la Corte si rifà ogniqualvolta faccia riferimento al diritto di difesa.

Sembra limitato alla prova orale, alla testimonianza → La Corte ha provveduto a chiarire che si tratta di un'esemplificazione del più generale principio del giusto processo applicabile ad ogni tipo di prova → par. 1 art. 6.

a disposizione in esame lascia all'interprete il compito di colmare alcune lacune → ad es. non precisa se il diritto accettare interrogare testimone a discarico si è limitato e se si debba tener conto del diritto nazionale che disciplina la rilevanza delle prove testimoniali ai fini della missione le lacune riscontrabili in realtà sono solo apparenti e sono state colmate nel corso degli anni attraverso l'elaborazione giurisprudenziale offerta dalla Corte EDU → quella inserita nel par. art. 6 CEDU è una disciplina di particolare garanzia in cui è trasfusa una rigorosa regola di uguaglianza molto più specifica della cui fondamentale direttiva di parità delle armi → ecco anche il **PRINCIPIO DI PARITÀ** perfettamente preservato → le modalità di citazione e di esame dei testimoni non possono essere sbilanciate in modo da privilegiare la possibilità di ascolto dei testimoni a carico rispetto a quello dei testimoni di scarico → sarebbe palesemente in contrasto con le clausole sopra ricordate un atteggiamento del giudice che portasse per

esempio a rifiutare l'audizione di testimoni a discarico sugli stessi temi per i quali sono sentiti testimoni a carico ← tutto ciò non esclude che possa esservi comunque un controllo giudiziale sull'astratta ammissibilità delle testimonianze, sulla loro rilevanza o pertinenza. Il diritto interno può definire le condizioni per l'ammissione della prova orale e le autorità giudiziarie competenti possono legittimamente rifiutare l'audizione di un testimone se detenuta non rilevante. Tale principio è stato ribadito con forza dalla Corte EDU, secondo la quale l'articolo sei lascia alle autorità competenti la possibilità di decidere riguardo alla rilevanza della prova in so far as compatible with the concept of a fair trial. Si è ritenuto, inoltre, che **il ricorrente che lamenta la pretesa violazione dell'art. 6 par. 3 lett. d perché non ha potuto citare un determinato testimone debba provare, oltre alla rilevanza della testimonianza, anche il pregiudizio arrecato al diritto di difesa della mancata audizione del testimone stesso.**

È un diritto alla prova → **diritto ad introdurre elementi a carico e poter contribuire alla formazione di questi elementi a carico e nello stesso tempo introdurre elementi a discarico e poter interloquire su questi** → deve essere garantita alla difesa la possibilità di vedere acquisiti al processo le testimonianze ad essa più favorevoli, ma anche di valorizzare la presenza delle fonti di prova attraverso un esame non condizionato da insindacabili censure da parte dell'organo preposto alla direzione della fase processuale in corso.

Spetta un principio alle parti richiedere e presentare in udienza i testimoni → la CEDU non impedisce all'imputato di rinunciare al diritto di interrogare i testimoni a condizione che tale rinuncia sia non equivoca e non contrasti con alcun interesse pubblico fondamentale.

La distinzione tra la testimonianza a carico (ossia la testimonianza che ha per tema la dimostrazione dell'esistenza del reato o della colpevolezza dell'imputato) e la testimonianza a discarico (da cui si pensa che si possano desumere elementi a favore dell'accusato) comporta riflessi pratici → tale distinzione non può essere assolutizzata → una testimonianza può presentarsi in prospettiva come a carico e risultare in definitiva a discarico e viceversa.

a differenza di quanto previsto per i testimoni a carico nella disposizione pattizia non vi è il riconoscimento di un diritto incondizionato all'audizione di quelli a discarico, ma semplicemente l'enunciazione della regola di eguaglianza tra le condizioni a cui tale diritto è concretamente sottoposto → con ciò non si è certo voluto attribuire all'accusato il diritto di far deporre un numero illimitato di persone. L'art. 6 par. 3 lett. d Non impedisce alle legislazioni interne la facoltà di definire le condizioni che reggono l'ammissione e l'esame dei testimoni, purché tali condizioni siano identiche per entrambe le categorie di testimoni.

il diritto alla prova non implica necessariamente che tutte le istanze di ammissione della prova debbano essere accolte, ma obbliga il giudice a motivare l'eventuale rifiuto.

Per quanto riguarda il momento della vera e propria acquisizione, vi è chi ha ritenuto che la formula "interrogare o fare interrogare" contenga un preciso riferimento all'esame diretto; altri invece lo hanno escluso, ritenendo che questo non serva a fissare precise modalità dell'esame dei testimoni. Occorre chiederci quale sia il senso da attribuire alle espressioni tradotte "interrogare" (to examine) e "far interrogare (to have examined). nel sistema processuale vigente di stampo accusatorio la distinzione testuale presente nell'art. 6 porta a pensare immediatamente alla tecnica di esame dei testimoni nel senso di richiedere che le domande vengano poste direttamente dall'imputato o dal suo difensore → tecnica più idonea ad esaltare il contraddittorio ← se guardiamo da un altro punto di vista, si nota una totale incompatibilità con regole fondamentali per l'esame di testimoni in alcuni paesi membri come Francia e Germania in cui non è ammesso l'esame diretto o è ammesso soltanto in via facoltativa suo accordo di tutte le parti. Non sarebbero neanche possibili le deroghe che nella legislazione italiana esistono il nome del bilanciamento con esigenze meno importanti di quella del contraddittorio processuale (es. esame testimoniale del minore che viene condotto dal presidente ferma restando la possibilità di disporre la prosecuzione della deposizione nelle forme ordinarie quando ciò non possa nuocere alla serenità del testimone).

La convenzione esige che l'accusato e la sua difesa siano messi in grado di contestare efficacemente le testimonianze che vengono adottate a carico → sono compatibili con la convenzione le ipotesi previste dal nostro codice in cui l'esame di un testimone particolarmente vulnerabile venga condotto dal giudice e anche il ricorso a tecniche di esame a distanza o protette che consentano comunque la partecipazione attiva dell'imputato del difensore.

Per dimostrare come la disciplina di questo principio è stato oggetto di attenzione nel nostro paese vedremo delle sentenze c. l'Italia.

### Quali sono le criticità?

Se la CEDU ha avuto un impatto importante nel nostro ordinamento si capisce dalla sua influenza sul diritto alla prova + con riferimento all'art. 3 CEDU (divieto di trattamenti inumani e degradanti + divieto di tortura). Quale era la criticità, quindi? È che prima dell'intervento della Corte europea nessuno poneva in dubbio nel nostro sistema che si potesse essere condannati sulla base di dichiarazioni di un soggetto che l'accusato non ha mai potuto interrogare. Fino al 1996 abbiamo norme nel c.p.p. che erano interpretate dalla Cassazione in modo che si permettesse ad un imputato sulla base esclusivamente ed in maniera determinante sulla base di dichiarazioni di un soggetto al quale l'imputato non ha mai potuto rivolgere domande. L'art. 512 c.p.p. per il testimone ed il 513 c.p.p. per i co-imputati permettevano ciò (in situazioni peculiari, sì, ma comunque permettevano che sulla base di dichiarazioni raccolte solo dal PM durante le indagini, e quindi non vi è possibilità per l'imputato di partecipare alla formazione dell'atto, il testimone poi veniva convocato in dibattimento, magari nelle more si rendeva irreperibile o moriva. Ecco allora la possibilità di richiamare quelle dichiarazioni e porle a base della sentenza di condanna. Peccato che l'imputato non ha partecipato a quelle dichiarazioni e non ha potuto fare alcuna domanda e quindi "esaminare o far esaminare i testimoni a carico").

Il problema è nato quando la Corte Cost. ha permesso il trasferimento del materiale raccolto nelle indagini dal PM all'interno del dibattimento, e quindi davanti al giudice → **principio di non dispersione della prova 1999.**

Non è che la CEDU imponga che qualsiasi elemento utilizzabile per la decisione debba necessariamente emergere da un confronto pubblico tra accusa e difesa. Se facesse così escluderebbe qualsiasi possibilità che materiale raccolto in segreto durante le indagini possa emergere ed essere utilizzato dal giudice. La Corte non fa questa netta distinzione tra materiale raccolto in contraddittorio o meno. La Corte all'inizio ci dice che il giudice può usare per la sua decisione atti non raccolti in segreto, dichiarazioni, testimonianze che l'imputato non ha mai potuto esaminare. La cosa importante è che tu NON ponga queste dichiarazioni come BASE sulla quale si sostiene la sentenza di condanna → **NO UTILIZZO DELLE DICHIARAZIONI COME PROVA ESCLUSIVA E DETERMINANTE DI UNA SENTENZA DI CONDANNA.**

### **DIRITTO ALLA PROVA:**

Diritto di difendersi introducendo all'interno del processo elementi di prova. L'importanza di questa garanzia è altissima. Se analizziamo l'art. 6 lett. d, questa garanzia, per come è scritta nella convenzione, riguarderebbe solo la possibilità di esaminare o contro esaminare i testimoni. I testimoni a carico sono i testimoni dell'accusa, mentre i testimoni a discarico sono quelli della difesa → da una parte si ha un diritto dell'accusa di introdurre ed esaminare i testimoni, dall'altro si ha un diritto della difesa di fare lo stesso. Entrambe le parti hanno, poi, il diritto di contro-esaminare i testimoni delle altre parti.

Si sembrerebbe fare riferimento solo alla prova testimoniale, in quanto si tratterebbe di esaminare solo i testimoni a carico. In realtà, la giurisprudenza della Corte ha chiarito nella sentenza **Bonisch c. Austria** che il **richiamo alla sola prova testimoniale non può indurre ad interpretazioni restrittive della prova testimoniale** → **si parla del diritto ad introdurre qualsiasi tipo di prova e non solo la prova testimoniale.**

Quando parliamo di diritto alla prova, parliamo di 3 fasi:

1. **diritto di richiedere la prova che si vuole introdurre**
2. **diritto di ammissione della prova dopo che è stata richiesta → introdotta nel processo**
3. **diritto alla formazione della prova**

Queste 3 fasi sono di competenza delle parti.

Poi, abbiamo una fase (sempre nella sequenza probatoria) che è di esclusiva competenza del giudice → **valutazione del risultato probatorio.** Quando parliamo di diritto alla prova, parliamo di queste tre fasi.

Quando l'art. 6 parla del diritto alla prova, non significa che questo diritto che ha la parte di introdurre debba essere limitato → nel codice sono previsti criteri che il giudice usa per decidere se ammettere o meno la prova → rilevanza, pertinenza e non superfluità. Il giudizio viene effettuato con riferimento al capo di imputazione che determina l'oggetto della prova.

I sistemi processuali che prevedono limiti alla possibilità di introdurre prove sono compatibili con la convenzione, in quanto il diritto alla prova non è illimitato. Questo diritto, da una parte consente di introdurre la prova, e dall'altra conferisce al giudice il dovere di ammetterla o motivare i motivi per i quali non ritiene di ammettere la prova (non pertinente, superflua o sovrabbondante).

Questo diritto alla prova, per come è indicato nella CEDU, sembrerebbe un diritto disponibile delle parti, cioè potrebbero decidere di rinunciare ad introdurre le prove → **la corte EDU ha previsto la compatibilità con la CEDU di sistemi che prevedono ipotesi eccezionali** (come il nostro, art. 507 cpp) **in cui il giudice può ex officio assumere delle prove** che ritenga assolutamente necessarie per la decisione.

Non è un diritto limitato all'ammissione di ogni prova → vi sono sistemi come il nostro che prevedono dei criteri.

Quali sono quelli individuati dalla corte EDU?

1. Possibilità di non ammettere fonti di prova ridondanti, cioè che chiameremmo superflue → **giudizio di superfluità**

Noi abbiamo anche il criterio della rilevanza e della pertinenza col capo di imputazione.

2. **Prova vietata dalla legge** → riferimento alla "legge" nel senso di garanzie della CEDU.



I nostri criteri sono → verosimiglianza, pertinenza e rilevanza → criteri compatibili, nel senso che il diritto alla prova non può essere interpretato come un diritto illimitato all'ammissione di qualsiasi tipo di prova, ogni sistema può prevedere dei criteri che limitano questa possibilità.

Una volta che la prova è stata ammessa e richiesta, dobbiamo vedere come essa si forma ← il sistema della CEDU si differenzia dal nostro!

**NEL NOSTRO SISTEMA** → art. 111 cost. → la prova si forma nel contraddittorio + la legge stabilisce i casi in cui la prova non si forma nel contraddittorio. Le parti contribuiscono alla formazione della prova. Es. prova orale, testimone. Le parti pongono domande al testimone. Le risposte del testimone costituiscono l'elemento di prova che poi sarà valutato dal giudice, sono il risultato dell'opera di formazione delle parti e quel risultato sarà valutato dal giudice.

La nostra dottrina, quando parla di "principio del contraddittorio"; è solita distinguere tre:

- **CONTRADDITTORIO FORTE** → contraddittorio sull'elemento di prova. Il contributo delle parti ad esaminare il testimone e porre domande. Le parti sono attori della formazione della prova.
- **CONTRADDITTORIO DEBOLE** → contraddittorio sull'elemento della prova → le parti possono dire la loro sulla testimonianza, sulla risposta data dal testimone. È la valutazione offerta al giudice dalle parti. Le parti non sono attori protagonisti nella formazione della prova, ma comunque danno un loro contributo nella valutazione della dichiarazione, trasmettendo al giudice quale sia la loro opinione su di essa.

In Italia, sulla base dell'art. 111 cost., abbiamo adottato sostanzialmente un contraddittorio forte, nonostante sia anche possibile un contraddittorio debole.

Questo perché, quando parliamo di CEDU, dobbiamo dimenticare queste due principali distinzioni.

La corte EDU segue una terza via, una strada a metà tra queste due tipologie. La CEDU ritiene che il contraddittorio forte sia la modalità migliore per poter introdurre nel modo più efficace un elemento di prova, però non esclude la possibilità anche dell'installazione di un contraddittorio debole, diretto all'introduzione dell'elemento di prova. Tra questi due, la CEDU ritiene sufficiente un qualcosa di diverso che si colloca a metà → **CONTRADDITTORIO DIFFERITO SULLA FONTE DI PROVA** → è auspicabile che l'assunzione della prova avvenga tramite un contraddittorio delle parti, tuttavia non si esclude la possibilità di usare anche una prova che sia formata al di fuori del contraddittorio (durante la fase delle indagini, ad opera magari solo del PM), purché venga accordato all'accusato ciò che la convenzione chiama "**occasione adeguata e sufficiente**" per guardare negli occhi chi ci accusa e porgli delle domande, e non è necessario che questa occasione sia inserita nel corso del dibattimento → è possibile usare elementi assunti al di fuori del contraddittorio, purché quella dichiarazione sia resa da un soggetto che, in un momento qualsiasi del processo, l'accusato abbia potuto interrogare.

DEFINIZIONE → **un'occasione adeguata e sufficiente» per contestare una testimonianza a carico e per interrogarne l'autore, al momento della deposizione, o, più tardi.**

La Corte europea non arriva a pretendere che dal contraddittorio emerga **l'elemento di prova impiegato dal giudice** nel suo provvedimento, ma esige soltanto, quale **requisito minimo**, che la **fonte di prova determinante** utilizzata in sentenza sia comunque **inserita nel circuito del contraddittorio**

**principio generale:** gli elementi di prova a carico dell'accusato devono, di norma, essere prodotti alla sua presenza e in udienza pubblica, in vista di un confronto in contraddittorio

**eccezioni,** purché sia concessa all'accusato una «**occasione adeguata e sufficiente**» di contestare le testimonianze a suo carico e di esaminare gli autori, al momento delle loro deposizioni o anche in una fase successiva

L'affermazione deve essere resa da un soggetto che l'accusato ha potuto interrogare → dopo ciò, il giudice può usare anche una dichiarazione resa non nel contraddittorio.

**Cd sole or decisive rule** → l'art. 6 par. 3 lett. d è violato solo nel momento in cui una sentenza ha come **fondamento in maniera esclusiva o determinante una prova rilasciata da una fonte che l'accusato non ha mai avuto modo di esaminare. Se comunque vi è stata l'occasione adeguata e sufficiente per fare ciò, allora, anche la sentenza che si basi su una prova esclusiva e determinante che si è formata al di fuori del contraddittorio non si pone in violazione dell'art. 6!!**

Se è stata garantita la possibilità di interrogare l'autore della dichiarazione, non vi è violazione.

Ci sono alcuni problemi a questo riguardo → cosa si intende con prova "esclusiva e determinante"? Cosa potrebbe essere una prova esclusiva? Quando esiste solo quella prova. Determinante, invece, significa che insieme a quella prova ve ne sono altre, ma quella prova è la più importante, è quella che ha un peso maggiore rispetto alle altre.

La dottrina ha individuato la cd prova di resistenza → per capire se la sentenza si basa su una prova determinante, proviamo ad eliminare quell'elemento dagli elementi a disposizione del giudice per prendere la sua decisione.

Nel 2011, con la sentenza **Grande Camera 15/12/2011 Al-Khawaja c. UK** si ha un **OVERRULING** della giurisprudenza di Strasburgo. **Fino al 2011 si riteneva che la sentenza di condanna non potesse basarsi in maniera esclusiva e determinante su una prova se non fosse stata fornita la possibilità per l'accusato di esaminare il teste.** Con questa sentenza, si ha un overruling. La giurisprudenza cambia perché all'interno del consiglio d'Europa all'epoca UK aveva un potere politico molto importante, e questo ha fatto sì che la Grande Camera smussasse la giurisprudenza in tema di contraddittorio per poter salvare il sistema del UK. La giurisprudenza cambia → per verificare se è stato rispettato l'art. 6.3.d bisogna fare una valutazione complessiva della vicenda processuale per verificare se la mancanza di contraddittorio rispetto a quella dichiarazione sia stata compensata nel corso del processo da adeguate garanzie per la difesa, in modo da riequilibrare le parti → se si trovano queste adeguate garanzie che vanno a sopperire il deficit della difesa

ha avuto quando non ha potuto porre domande, non ci è alcuna ragione per ritenere che il giudice non possa usare tale dichiarazione emessa da un soggetto che l'accusato non ha potuto esaminare. Vi sono state altre garanzie, i cd fattori di bilanciamento rispetto a questa situazione di deficit di difesa che ha subito l'accusato nel momento in cui non ha partecipato alla formazione della prova. Quella dichiarazione può essere usata anche come prova determinante nella sentenza di condanna se, nel corso del procedimento, sono stati individuati fattori di bilanciamento che possano ristabilire l'equilibrio.

**Fatto:** si trattava di una vittima di violenza sessuale subita sotto ipnosi che, dopo essersi confidata con alcune amiche accusando il proprio medico, si era suicidata. Le dichiarazioni erano state acquisite, erano state ascoltate le amiche e altre donne che avevano dichiarato di aver subito molestie da parte del medico e la giuria aveva ritenuto l'accusato colpevole.

Nel processo abbiamo solo le dichiarazioni rese dalle amiche e dalle altre donne che il medico aveva violentato, ma non abbiamo la possibilità per l'accusato di interrogare la vittima, considerata la sua morte.

**Decisione:** la Corte ribadisce la necessità che si tratti di un **motivo serio di assenza del testimone** e la regola che non si debba trattare di **prova unica e determinante la condanna**, tuttavia, viene affermato che l'**assunzione di una testimonianza determinante cui la difesa non ha potuto partecipare non determina una automatica violazione dell'art. 6, par. 1 CEDU**, ma occorre un esame più rigoroso della procedura, per verificare l'esistenza di **solide garanzie processuali** e l'esistenza di **elementi che compensino le difficoltà connesse all'ammissione**, accertando altresì che le **garanzie** siano state **concretamente applicate** al caso. I giudici europei hanno poi ricordato che il **principio** sancito dall'art. 6 secondo il quale, prima che un imputato possa essere dichiarato colpevole, tutti gli elementi a carico devono in linea di principio essere prodotti dinanzi a lui in pubblica udienza, ai fini di un dibattimento in contraddittorio, **non è privo di eccezioni**. Esse, tuttavia, **possono essere accettate** soltanto fatti salvi i diritti della difesa, i quali impongono di dare all'imputato una possibilità adeguata e sufficiente di contestare le testimonianze a carico e di interrogarne gli autori, al momento della loro deposizione o in una fase successiva.

La Corte deve quindi procedere ad un **triplice scrutinio (AL-Khawaja test)**, conformemente ai principi elaborati dalla propria giurisprudenza, valutando se:

- **Verificare quale sia la ragione che giustifica la mancata comparizione del testimone → l'impossibilità** per la difesa di interrogare o di far interrogare un testimone a carico deve essere **giustificata da un motivo serio** (qui la vittima si era suicidata, quindi è un motivo serio per cui è impossibile interrogarla, in quanto la lettura delle dichiarazioni è l'unico modo per assicurare la testimonianza); nel caso del testimone intimorito, la corte distingue tra lo stato di paura riconducibile ad una condotta dell'imputato e quella che deriva dalle conseguenze che possono in generale derivare dalla deposizione. Nel primo caso è legittimo acquisire tramite lettura le testimonianze, nel secondo, il giudice deve preventivamente verificare la fondatezza dei motivi adottati.
- **Recupero del parametro giurisdizionale precedentemente invalso nella prassi giurisprudenziale della corte EDU, ossia la valutazione se la testimonianza costituisca la prova unica o determinante →** le deposizioni del testimone assente abbiano costituito la **prova unica o determinante** della colpevolezza del ricorrente → **altre prove, altri elementi**. "unica" è la prova la cui importanza è tale da condurre alla risoluzione del caso; "determinante" è la prova la cui importanza è tale da condurre alla risoluzione del caso.
- **La violazione dell'art. 6 CEDU è esclusa qualora esistano solide garanzie procedurali idonee a bilanciare la prova unica o determinante → verificare se esistessero sufficienti elementi in grado di compensare** gli inconvenienti legati all'ammissione di una tale prova per permettere una **valutazione corretta ed equa della sua affidabilità**.

Un successivo intervento della grande camera ha contribuito a chiarire questi parametri → è stato precisato che il rilievo dell'assenza di ragioni per giustificare la rinuncia alla comparizione del testimone non determina di per sé l'iniquinà processuale; inoltre, la successione dei criteri, può essere soggetta ad immersioni dettate dalla specificità del singolo caso. La Corte ha affermato che i fattori di bilanciamento dovranno essere tanto più solidi quanto più sono rilevanti le dichiarazioni del teste assente.

Inoltre, è significativo accertare come sia stato condotto l'esame dei testimoni nella fase delle indagini preliminari per capire se già fosse prevedibile una futura impossibilità di svolgere l'audizione davanti al

giudice nel contraddittorio tra le parti → qualora l'AG possa prevedere che il testimone non sarà escusso in dibattimento, è essenziale che la difesa si veda anticipare l'occasione di confronto con i testi a carico.

Quali sono questi sufficienti elementi che riequilibrano il deficit difensivo? AL-Khawaja non ce lo dice, ma li individua solo nel caso specifico, non ci dà dei criteri generali → lo ricaviamo dalle successive sentenze →

**Grande Camera, 15 dicembre 2015, Schatschaschwili c. Germania.**

La Corte, accertato il **valore determinante** delle **prove unilaterali**, costituenti le sole testimonianze oculari del fatto, individua i seguenti **possibili fattori di bilanciamento**:

1. **le prove corroboranti** (le testimonianze indirette, i dati provenienti da intercettazioni e da GPS, le somiglianze con un altro fatto di reato commesso dall'accusato)
2. **la valutazione prudente del giudice**
3. **l'opportunità per l'imputato di spiegare gli accadimenti e di mettere in discussione la credibilità dei testimoni assenti** – conoscendo la loro identità – **anche attraverso l'interrogatorio dei testimoni de relato.**

A proposito di questo overruling, la dottrina si è espressa in modo molto critico, nonostante questo sia stato dettato da esigenze comprensibili davanti al caso concreto.

Con questo over ruling possiamo dire – con la dovuta cautela – che **la CEDU consente che un soggetto possa essere condannato sulla base di una dichiarazione resa da un soggetto che l'accusato non aveva potuto interrogare.** Anche perché, la corte non ci dice quali sono i criteri di questi fattori di bilanciamento, quale è il loro peso specifico ecc.

La logica del bilanciamento è portata alle estreme conseguenze: cade la soglia minima al di sotto della quale i diritti della difesa non possono cedere il passo ad interessi concorrenti; di fatto si può validamente fare a meno del contraddittorio, anche se l'elemento "viziato" ha importanza determinante per la sentenza di condanna.

Bastano salvaguardie procedurali che compensino, nella misura maggiore possibile, le chances difensive precluse. Possono venire in considerazione: la maniera in cui le garanzie legali sono state applicate, le possibilità offerte all'imputato per far fronte agli ostacoli con i quali si è dovuto confrontare, il modo in cui il giudice ha condotto il procedimento nel suo insieme, l'eventuale riproduzione in dibattimento della videoregistrazione dell'audizione svolta in indagine dal giudice istruttore e così via. A tale proposito, comunque, la Corte non predispone alcun catalogo dei «counter balancing factor» in astratto reperibili, in modo da poter avere il più ampio margine di manovra nella valutazione concreta delle circostanze del caso.

**CASO Cafagna c. Italia 2017** → dopo la sentenza Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, si era previsto un drastico ridimensionamento del contenzioso dell'Italia con l'Europa in materia di letture, ma così non è stato: nella sentenza Cafagna c. Italia, alla luce dei criteri fissati anche dal cd. Al-Khawaja test, la Corte di Strasburgo ha avuto buon gioco nello stabilire la violazione del dettato convenzionale:

- l'autorità nazionale non ha fatto tutto quanto ragionevolmente ci si potesse aspettare per garantire la presenza al processo della fonte di prova (step. 1);
- le dichiarazioni dell'assente erano determinanti ai fini dell'accertamento della responsabilità (step. 2);
- la mera lettura dibattimentale delle dichiarazioni raccolte, in modo unilaterale, dalla polizia giudiziaria durante le indagini ha impedito un apprezzamento corretto ed equo della credibilità di tali prove da parte dell'organo giurisdizionale (step. 3).

→ il nostro paese ha continuato ad essere condannato dalla Corte EDU. Perché questo? E perché vi sono sentenze di condanna anche con riferimento al contraddittorio? Dobbiamo partire dalla Cost. →

**Art. 111 – commi 1 e 2 Cost.**

La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Da un lato, il nostro sistema prevede delle garanzie superiori rispetto al livello minimo; talvolta, però, questo rischia di andare sotto al livello minimo.

**GARANZIE MAGGIORI** → **art. 111 co. 2** → il contraddittorio è un elemento oggettivo del processo! Abbiamo qualcosa che la CEDU non pretende → formulazione a livello costituzionale di un contraddittorio forte.

**Art. 111 co. 4** →

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

← standard maggiore.

In generale, preso atto che la costituzione italiana ha inteso recepire le principali previsioni contenute nella cedu, essa fissa un livello di garanzia più elevato rispetto a quanto richiesto dalla stessa cedu.

**Il problema nasce con il co. 5 del 111!!** →

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

I casi sono:

- **consenso dell'imputato** ← **sembra non essere in contrasto con la cedu**
- **accertata impossibilità di natura oggettiva**
- **per effetto di provata condotta illecita** ← **sembra non essere in contrasto con la cedu**

→ la legge disciplina la possibilità, con queste 3 situazioni, che la prova possa non formarsi col contraddittorio e che, quindi il giudice possa valutare una prova anche se si è formata al di fuori del contraddittorio e quindi in maniera unilaterale.

Come troviamo questo principio esplicitato nel cpp? Lo troviamo in due situazioni:

- 1) **le contestazioni dell'esame del testimone art. 500 cpp** → il teste è stato sentito durante le indagini e ha rilasciato certe dichiarazioni che risultano nel verbale redatto. Il PM, poi, ha citato il teste a rendere la testimonianza nel corso del dibattimento, ma il teste ha rilasciato una dichiarazione divergente rispetto alla risposta che alla stessa domanda aveva rilasciato al PM nelle indagini preliminari. L'art. 500 cpp permette la possibilità di chiedere al teste come mai alla stessa domanda abbia risposto in maniera differente. La precedente dichiarazione può essere usata per le contestazioni solo ai fini di valutare la credibilità del teste e NON come prova dei fatti in essa affermati.

***I commi 4 e 5 individuano i casi in cui la dichiarazione può essere usata come prova*** →

4. Quando, anche per le circostanze emerse nel dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso, le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento e quelle previste dal comma 3 possono essere utilizzate.

5. Sull'acquisizione di cui al comma 4 il giudice decide senza ritardo, svolgendo gli accertamenti che ritiene necessari, su richiesta della parte, che può fornire gli elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità.

← si usa come prova

**un qualcosa che prova non è.**

- 2) **Art. 111 co. 5 Cost.** → la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita + **art. 512 cpp** → a richiesta di parte, per sopravvenuta impossibilità di ripetizione (fatti o circostanze imprevedibili), gli atti di PG, PM, difensori o giudice nell'udienza preliminare. Ecco che Andiamo al di sotto di quanto previsto dalla CEDU. **È dalla**

**possibilità di acquisire una prova formata al di fuori del contraddittorio per sopravvenuta impossibilità di natura oggettiva di acquisizione dell'atto che il nostro sistema cade al di sotto del livello minimo.** Quando il 512 ci dice che è possibile, per impossibilità di natura oggettiva dell'atto, introdurlo nel processo come prova, non ci dice se quella prova la possiamo usare in maniera esclusiva e determinante.

La CEDU non ritiene indispensabile che l'elemento sia acquisito nel contraddittorio → il 512 potrebbe essere in linea con la CEDU. **Il problema sorge quando il 512 non ci dice se quella prova la possiamo usare in maniera esclusiva e determinante** → ecco che la corte EDU condanna l'Italia. La Corte di Cassazione ha affermato la **necessità di esaminare le dichiarazioni congiuntamente ad altri elementi di riscontro, quando l'imputato non abbia mai avuto la possibilità di interrogare il dichiarante**, considerando che l'assenza del controesame abbassa fortemente il grado di attendibilità della prova rispetto al modello ideale della testimonianza raccolta con l'esame incrociato. Come sappiamo, il giudice nazionale deve applicare le norme interne guardando sempre anche al panorama sovranazionale, perché la norma interna deve essere interpretata in maniera conforme alla CEDU. Se non esiste l'interpretazione conforme, il 512 è incostituzionale. La giurisprudenza è riuscita a dare un'interpretazione del 512 che lo rende conforme alla CEDU → **l'elemento di prova è legittimamente acquisito nel corso del dibattimento per accertata impossibilità di natura oggettiva di ripetizione dell'atto, ma quella prova deve essere accertata anche da altre prove** → ecco che la prova non è più esclusiva → servono altre prove acquisire in contraddittorio che corroborano la veridicità di quella prova.

leading case Camilleri c. Malta, 16/3/2000

E' stata ritenuta legittima dal punto di vista dell'art. 6 par. 3 lett. d CEDU l'utilizzazione probatoria ai fini della condanna di una **dichiarazione d'accusa acquisita in modo unilaterale** dagli organi di polizia giudiziaria e **poi ritrattata** attraverso un affidavit giurato, il cui **contenuto** era stato **confermato** in un secondo momento dallo stesso testimone **durante il dibattimento**

leading case Carta c. Italia, 20/4/2006

la Corte di Strasburgo ha escluso la violazione dell'art. 6 par. 3 lett. d CEDU in un caso nel quale la difesa non aveva avuto la possibilità di controinterrogare, in alcuna fase del procedimento, un coimputato che, durante il dibattimento, si era avvalso della facoltà di non rispondere.

← nel caso Camilleri non è stata ritenuta la violazione. Il ricorrente maltese era stato citato per il reato di possesso e traffico di eroina commesso mentre si trovava in carcere. La pubblica accusa aveva fondato le proprie determinazioni su una dichiarazione sottoscritta da uno dei detenuti rilasciate da un ispettore di polizia in cui dichiarava che Camilleri aveva fornito le sostanze stupefacenti in carcere. Il detenuto aveva giurato sulla veridicità della propria dichiarazione davanti al giudice e poi aveva ritrattato le sue dichiarazioni attraverso un affidavit giurato reso all'interno dell'istituto penitenziario. Nel processo, il detenuto autore delle dichiarazioni le aveva ritrattate sostenendo di trovarsi in quel primo momento sotto gli effetti di stupefacenti e quindi non poter rilasciare dichiarazioni veritiere. Il difensore del ricorrente aveva chiesto di dichiarare inammissibili le dichiarazioni in questione → rilasciate → le dichiarazioni rilasciate davanti al giudice potevano essere usate come prove e poi, sulla base di quelle, il soggetto era stato condannato. Perché questa prova è stata comunque ritenuta legittima? Perché il ricorrente ha avuto modo di interrogare l'autore di queste dichiarazioni, quando aveva ritratto la propria dichiarazione.  
No violazione art. 6 CEDU.

**Carta c. Italia** → no violazione art. 6. È un caso che affronteremo al seminario. La difesa non aveva avuto possibilità di contro-interrogare. Vd. seminario. La vittima era stata chiusa in una grotta per 5 mesi e quando era stata ritrovata aveva indosso un paio di stivali da equitazione datigli dai rapitori. Si individua l'impresa di produzione degli stivali → non erano mai stati messi in vendita, ma erano stati custoditi dal titolare della vittima in magazzino. Viene interrogato prima come persona informata sui fatti e poi come

indagato → il titolare aveva dichiarato di averli lasciati presso l'allevamento di Carta, il cognato. Tale allevamento era il più vicino rispetto alla grotta. In dibattimento erano stati sentiti dei testimoni + un computato si era valso della facoltà di non rispondere ex art. 210 e le sue dichiarazioni delle IP erano state lette ed acquisite in dibattimento, sempre ex art. 210.

In queste dichiarazioni si accusava Carta di aver avuto un diverbio con la vittima rispetto a dei soldi che la vittima gli doveva → queste dichiarazioni, unite alla vicinanza alla grotta ed al fattore stivali, erano state ritenute sufficienti per concludere per la pena responsabilità di Carta. Abbiamo dichiarazioni che accusano Carta e che costituiscono la prova determinante. È un caso limite perché la corte ha escluso la violazione, ma (VD LIBRO) se togliamo le dichiarazioni che lo accusano, rimangono elementi che non sono assolutamente sufficienti per condannarlo. In assenza di tali dichiarazioni, gli altri elementi non erano sufficienti per condannare Carta → la prova è determinante. Carta non ha mai potuto interrogare il coimputato e quindi, prima di Al-Khawaja (qui siamo nel 2006), la corte avrebbe dovuto accertare la violazione.

leading case Jerinò c. Italia, 7/6/2005

la Corte di Strasburgo ha dichiarato l'irricevibilità del ricorso fondato **sulla impossibilità di interrogare un coimputato che al dibattimento si era avvalso della facoltà di non rispondere**, motivando questa scelta con **l'esigenza di proteggere la propria famiglia dalle possibili rappresaglie**, dopo aver ricevuto ripetute visite da un fratello dell'imputato, il quale aveva esercitato pressioni per fargli mutare l'originaria versione dei fatti.

dichiarazioni predibattimentali acquisite in forza di «**provata condanna illecita**»

leading case Bracci c. Italia, 7/6/2005

La Corte europea ha invece accertato la violazione dell'art. 6 par. 3 lett. d Conv. eur., avendo constatato che la **condanna di uno dei due ricorrenti** si era fondata «**esclusivamente o in misura determinante**» sulla base di **dichiarazioni rese senza contraddittorio con la difesa**, e quindi **acquisite ex art. 512 c.p.p.** per «accertata impossibilità di natura oggettiva» di ripetizione dell'atto.

dichiarazioni predibattimentali acquisite in forza di «**accertata impossibilità di natura oggettiva**»

← seminario.

Preso atto che la Costituzione italiana ha inteso recepire le principali previsioni contenute nella Convenzione europea relative ai diritti dell'accusato, si scopre che, in realtà, la stessa disciplina costituzionale - nell'accogliere una rigida enunciazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova, accompagnata da una speciale clausola di inutilizzabilità contra reum - **fissa un livello di garanzie più alto rispetto a quanto richiesto dalla CEDU.**

Nella disciplina pattizia, infatti, non vi è alcun esplicito riferimento:

- al metodo del contraddittorio nella formazione della prova,
- a canoni di esclusione probatoria derivanti dalla sua inosservanza,
- ad una previsione come quella inserita nel comma 4 dell'art. 111 Cost., secondo cui «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore».

## TESTIMONE:

Poniamo l'attenzione sul significato di "**testimone**" → scelta interpretativa adottata dalla Corte europea consistente nel considerare la terminologia giuridica contenuta nella CEDU come dotata di un significato autonomo, indipendente e non necessariamente corrispondente a quello assunto da termini simili o identici negli ordinamenti degli Stati contraenti → qua si parla di testimoni a carico e testimoni a discarico,

e quando parliamo di testimone noi sappiamo bene cosa intende il cpp → *dichiarazione rilasciata da un soggetto che è per definizione disinteressato all'esito del processo*. Il testimone è colui che *fa parte del processo perché può aiutare con la propria conoscenza a ricostruire la vicenda, ma non entra nel processo in altra veste in quanto disinteressato all'esito del processo*. Quella fornita dalla Corte è una definizione elastica e quindi capace di adattare alle esigenze sottese dalla CEDU al singolo caso concreto che via via viene preso in considerazione → **nozione autonoma ed a-tecnica per "testimone" → "tutte le persone che, indipendentemente dal proprio status processuale così come regolato dalla legge nazionale dispongono di informazioni riguardanti un processo penale" → qualunque persona che rende all'autorità procedente dichiarazioni destinate ad essere usate dal giudice per la decisione**. È una **nozione molto ampia**, capace di ricomprendere figure che nel nostro sistema non potrebbero mai essere citate come testimone. *La ratio delle garanzie è chiaramente a favore di una loro estensione a tutti i casi in cui una persona venga a fornire dichiarazioni, se di queste possa tenersi conto per la decisione finale*. Una definizione restrittiva di testimone imporrebbe un arbitrario confine al diritto al confronto, limitando soggettivamente la possibilità di esaminare o fare esaminare i testimoni a carico ed a discarico. È una definizione che fuoriesce rispetto a quella che possiamo intendere noi. Perché questa nozione così a-tecnica e così ampia? Perché la CEDU si rivolge ad una pluralità di stati e non può usare una terminologia tipica di uno stato specifico (questo permetterebbe agli altri stati di non applicare quelle garanzie perché nel nostro sistema quel soggetto non è considerato testimone → cd truffa delle etichette). Ecco la necessità di una definizione ampia, per poter includere tutti i soggetti che possano rilasciare dichiarazioni utili al giudice per arrivare alla propria decisione.

*L'unico requisito per far sì che una dichiarazione rientri nella categoria di testimonianza è che essa sia pervenuta alla conoscenza del giudice, nulla contando che siano state lette o meno in udienza. È sufficiente che le dichiarazioni possano concretamente incidere sulla formazione del convincimento del giudice in ordine alla responsabilità dell'accusato.*

In ambito europeo è stata accolta la definizione di "testimone aperto" → colui che, in ragione della sua competenza in una particolare materia, è stato designato dal tribunale o dalle parti affinché esponga il proprio parere su alcuni aspetti del caso → male i giudici europei hanno riconosciuto che i soggetti a cui si chiedono pareri tecnici (periti e consulenti di parte) la riferibilità delle regole qui considerate risulta dal collegamento con la nozione di equo processo.

Per quanto non testimonia il senso tecnico, il coimputato può essere considerato tale ai sensi di questa lettera → la definizione ampia di testimone ha permesso alla Corte europea di considerare non pertinente la circostanza avanzata dallo stato italiano che le dichiarazioni provenivano da un coimputato e non da un testimone strictu sensu. La qualità di cui è imputato o imputato in procedimento connesso o collegato del soggetto che ha reso dichiarazioni erga alios non può in alcun modo incidere sulla sua riconducibilità alla nozione europea di testimone, nella misura in cui usa le dichiarazioni vertano sulla responsabilità di altri. In *Lucà c. Italia*, la corte EDU Ha chiarito che allorché una dichiarazione resa da un testimone o da un coimputato sia idonea a fondare la condanna del prevenuto, la stessa deve essere considerata una testimonianza a carico con conseguente applicazione delle garanzie di cui alla lettera d.

**caso Asch c. Austria**

- «testimone» una donna, che, pur non essendo comparsa in tribunale, aveva rilasciato alla polizia e al giudice istruttore dichiarazioni utilizzate poi ai fini decisori
- la Corte ha affermato che, nonostante il rifiuto a comparire in udienza, J.L. doveva comunque essere considerata come testimone poiché le sue dichiarazioni, raccolte in forma scritta dall'ufficiale di polizia e da questi riportate oralmente in udienza, erano «presenti di fronte alla Corte, che le ha prese in considerazione ai fini del giudizio»

**caso Pullar c. Regno Unito**

- «testimone» un soggetto che, senza essere stato ascoltato dalla Corte, aveva rilasciato dichiarazioni scritte, inserite poi nel fascicolo dei giudici e utilizzate per la decisione.
- nella sentenza, ad esempio, si legge che, sebbene la High Court non avesse sentito direttamente il signor Mc Lare, occorre ai fini dell'art. 6 par. 3 lett. d) considerarlo come «testimone» poiché la sua dichiarazione scritta figurava nel fascicolo dei giudici.

← (fare, anche nel libro) esempi concreti

di come questo termine è usato in modo molto diverso dal nostro.

Nel caso *Asch c. Austria*, la corte ha affermato che il teste non è solo colui che si presenta in aula di fronte alla corte a rilasciare dichiarazioni.

**caso Kostovski c. Paesi Bassi**

- qualificato come «testimoniali» le dichiarazioni che, lette o meno in udienza, comparivano di fatto nel fascicolo dibattimentale.
- la definizione di «testimone» acquista in questo caso una particolare ampiezza: l'unico requisito essenziale per includere un individuo nella "categoria" in esame è che le sue dichiarazioni testimoniali siano pervenute alla conoscenza del giudice (o della giuria), nulla contanto che siano state lette o meno in udienza. Sufficiente è che le dichiarazioni stesse possano concretamente incidere sulla formazione del convincimento di chi deve esprimere il giudizio definitivo in ordine alla responsabilità dell'accusato.

**caso C. eur., 27/9/1990, Windisch c. Austria**

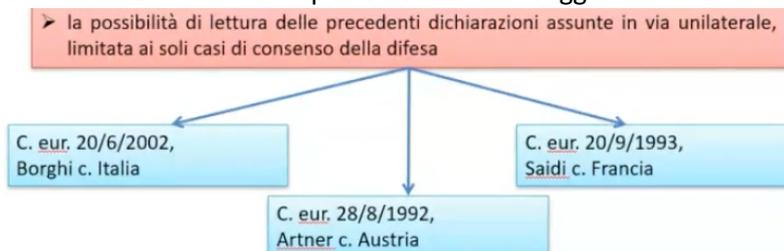
- le dichiarazioni prodotte, sia mediante testimonianza indiretta, sia attraverso la lettura, hanno indotto la Corte a considerare l'autore delle stesse come «testimone», senza riguardo alcuno alla presenza effettiva dello stesso in udienza

In Lucà c. Italia si è considerato testimone il consulente tecnico, che per noi NON è un testimone. Da noi egli non assume l'impegno di rispondere secondo verità come testimone. Inoltre, era considerato testimone anche il coimputato, che da noi non può essere considerato testimone, in quanto è la persona meno neutrale di tutte per rilasciare dichiarazioni veritiere. In Lucà c. Italia, comunque, emerge il diritto di interrogare e controinterrogare il coimputato in quanto considerato come testimone.

Esiste poi una giurisprudenza della corte che distingue tre categorie di testimoni:

- **Testimoni assenti o irreperibili** → soggetti che, dopo aver reso dichiarazioni nelle fasi anteriori al giudizio, non depongono in sede dibattimentale (deceduti, gravemente ammalati, irreperibili, intimiditi, titolari di un diritto a non rispondere, residenti all'estero).

Il mancato riconoscimento del diritto dell'accusato di presenziare all'introduzione della dichiarazione testimoniale non è causa di per sé di violazione dell'art. 6, ma tuttavia crea dei problemi alla difesa, in quanto non permette di poterli interrogare. Il problema del contraddittorio è assicurare, prima o poi, la possibilità dell'accusato di porre domande al soggetto.



In due occasioni la corte ha escluso la violazione dell'art. 6 nonostante l'utilizzo del giudice nazionale di dichiarazioni rese da un testimone irreperibile anteriormente al giudizio e senza la presenza del difensore.

**ISGRÒ C. Italia** → no violazione art. 6 → (vd. libro) → la corte ha dato rilievo al fatto che l'accusato aveva avuto la possibilità di contestare le dichiarazioni a suo carico mediante il confronto con il suo accusatore (anche se il teste non si era presentato in udienza) + alla situazione di parità, per cui le dichiarazioni del teste irreperibile erano state accolte in una fase in cui vi era la contemporanea assenza del difensore e del PM + al fatto che la sentenza si era fondata anche su prove diverse dalle dichiarazioni del teste irreperibile.

**FERRANTELLI E SANTANGELO C. Italia 1996** → il teste era irreperibile a causa di morte. La corte ha evidenziato la natura oggettiva dell'assenza + il fatto che quella dichiarazione era corroborata anche da altri elementi che confermavano la veridicità delle accuse. Questo, quindi, ha portato ad escludere la violazione.

**CRAXI C. Italia** → il coimputato si è avvalso della facoltà di non rispondere. L'accusatore di Craxi, giunto in dibattimento, essendo coimputato si era avvalso della facoltà di non rispondere.

In tutti questi casi, sono considerati testimoni anche soggetti diversi da quelli che consideriamo noi.

- **Testimoni anonimi** → categoria che stride con la concezione che abbiamo noi di una CEDU che dovrebbe garantire sì una soglia minima, ma comunque importante di tutela dell'accusato. Quando parliamo di testimone anonimo non parliamo di un soggetto che l'accusato non ha mai potuto interrogare perché non si è presentato in udienza, ma parliamo di qualcosa di più. Il testimone assente crea un problema alla difesa perché non si possono fare domande, ma la difesa sa chi è e sa alcuni elementi per minarne la credibilità. Il testimone anonimo, invece, è il testimone di cui non si

**conosce assolutamente nulla** → difficoltà estrema per la difesa. Si è privi di tutte quelle informazioni che, anche se il teste è assente, si potrebbero evidenziare per minarne la credibilità. Del teste anonimo non si sa nulla, nemmeno l'identità fisica. Parliamo di un testimone che potrebbe anche presentarsi in udienza e rispondere alle domande della difesa, ma **la difesa è priva della possibilità di poter valutare e contestare e minare la credibilità di quel teste**, perché non sa chi sia, da dove viene e perché rilascia le dichiarazioni e non si riesce a vederlo (es. collaboratori di giustizia). Vengono meno tutti quei presupposti per poter dimostrare che quel teste sta dicendo il falso e la ragione per cui lo sta facendo. Per minare la credibilità del teste è importante vedere come si muove, come risponde, il suo atteggiamento ecc. Sono tutte particolarità che nel teste anonimo non ci sono. Però, d'altra parte, capiamo bene che **il teste anonimo può avere una sua utilità processuale** → es. **collaboratori di giustizia + agente infiltrato** → **l'anonimato si giustifica per ragioni di tutela e al fine di evitare possibili pressioni esterne**.

*Infatti, per quanto sia configurabile come un dovere di ogni cittadino, la testimonianza non implica certamente quello di sacrificare la propria incolumità o di esporsi a rischi al fine di adempiere tale obbligazione.* Siamo davanti, da un lato, ad un deficit creato alla difesa che è enorme (perché se non so chi ho davanti non posso porgli delle domande, non posso contestarne la veridicità), dall'altro lato però è vero che servono e possono essere utili dal punto di vista del contrasto alla criminalità → bilanciamento costi-benefici ed ammette la possibilità di usare le dichiarazioni rese da un teste anonimo. Siamo davanti alla tensione più forte che c'è con i principi di tutela dei diritti umani, ossia addirittura la possibilità di essere condannati sulla base di dichiarazioni di un soggetto di cui non conosciamo nulla.

→ **la CEDU non esclude la possibilità di usare queste dichiarazioni, ma detta regole ben precise per poterle usare e per considerarle legittime:**

- 1) **Sussistenza dei requisiti minimi per poter concedere l'anonimato** → se la vita o la libertà del teste possono essere seriamente minacciate nel momento in cui dovesse svelare la propria identità
- 2) **Il teste deve poter offrire garanzie di affidabilità e credibilità**

Il problema diventa ancora più difficile da risolvere quando è un agente di polizia → le esigenze operative della polizia non costituiscono un motivo sufficiente. A giustificare una simile compromissione del diritto di difesa, è necessario adottare strumenti processuali atti a compensare i sacrifici imposti all'accusato. Quando si tratta di agente di polizia, comunque la sentenza non può sempre fondarsi in via esclusiva e determinante sulle dichiarazioni rese da questi soggetti.

**Kostovsky c. Paesi Bassi** → abbiamo un detenuto evaso che è il ricorrente. Nel periodo compreso tra la sua evasione e la sua cattura, 3 uomini armati assaltarono una banca e si impossessarono di una somma considerevole. I sospetti della polizia si incentrarono subito sul ricorrente e su un complice, in quanto avevano già rapinato anni prima la stessa banca con la stessa tecnica. Abbiamo una telefonata anonima molto dettagliata che conferma i sospetti. Successivamente, seguono altre telefonate altrettanto attendibili e precise. All'autorità di polizia si presentano due persone informate sui fatti con l'intenzione di rilasciare delle dichiarazioni. L'identità di questi soggetti viene resa nota agli ufficiali redigenti il verbale, mentre viene richiesta la copertura dell'anonimato. Le dichiarazioni di questi due soggetti risultano attendibili e di fatto permettono di arrivare alla cattura del ricorrente. Nella fase istruttoria, l'attività giudiziaria – non consapevole dell'identità dei dichiaranti – li interroga in separata sede, senza che fossero presenti né il difensore degli accusati, né il rappresentante dell'accusa, ma solo gli ufficiali della polizia che avevano verbalizzato le dichiarazioni. I testimoni depongono sotto giuramento e confermarono le accuse formulate. Uno dei testimoni, oltre ad essere stato sentito dalla polizia, fu interrogato da due giudici istruttori, ma senza che questi ne conoscessero l'identità ed in assenza dell'imputato e del suo difensore. A questi fu concesso soltanto di presentare delle domande scritte tramite il filtro dei giudici → su quattordici questioni, tuttavia, solo due ricevettero risposta.

La difesa poté, inoltre, interrogare a dibattimento, come testimoni de relato, uno dei due poliziotti che avevano verbalizzato le deposizioni e i due giudici istruttori che avevano registrato la deposizione. Costoro furono gli unici organi ritenuti imparziali dall'ordinamento olandese che poterono saggiare la credibilità dei testi mediante un confronto diretto, seppure limitato a causa della loro ignoranza circa le generalità dei

narratori → il giudice dibattimentale, infatti, si limitò a prender atto dei verbali e delle testimonianze indirette della polizia e dei giudici istruttori.

Il ricorrente venne condannato e la sentenza fu confermata anche negli ulteriori gradi di giudizio.

La corte accerta la violazione dell'art. 6.

Le gravi limitazioni del contraddittorio, arrecate dalla decisione di mantenere l'anonimato, non furono, nel caso in esame, compensate da adeguati meccanismi procedurali:

- infatti, nessun giudice imparziale conosceva l'identità dei testi, né il giudice dibattimentale ebbe occasione di interrogare direttamente quelle fonti di prova (il che avrebbe influito pesantemente sul controllo della loro credibilità).
- inoltre, la facoltà concessa alla difesa di porre soltanto domande scritte - senza quindi la possibilità di assistere alle reazioni da esse suscitate - e di interrogare soltanto i testi de relato, non può che dirsi un'occasione insufficiente e inadeguata per sollevare dubbi sulla fides dei dichiaranti.
- tanto più che la sentenza di condanna si era basata in maniera determinante sulle dichiarazioni rese alla polizia da due persone rimaste anonime.

Questo è un esempio di un caso in cui la Corte ritiene che il deficit creato alla difesa fosse così ampio da non poter essere colmato dal fatto che l'identità di queste persone era conosciuta dalla polizia, perché non erano conosciute nemmeno dai giudici.

Se ripercorriamo anche le altre sentenze della corte, alla fine riusciamo ad individuare delle regole che la Corte utilizza di fronte alla testimonianza anonima → la corte ritiene che l'anonimato sia la testimonianza che crea più deficit alla difesa → è necessario anzitutto verificare i due presupposti minimi per concedere l'anonimato + ai fini di usare quelle dichiarazioni, se andiamo a vedere tutte le sentenze, la corte individua una sorta di griglia → almeno l'autorità giudiziaria deve poter conoscere l'identità di questi testimoni. Se l'autorità giudiziaria ne conosce l'identità, può saggiarne anche la credibilità (verificare se questi sono dei testimoni che magari in altri processi sono stati ritenuti attendibili o meno, se magari questi testimoni hanno avuto, per la loro storia e per il loro percorso criminale, hanno interesse a rilasciare dichiarazioni accusatorie verso il ricorrente). Non è sufficiente che quest'entità sia conosciuta o dal PM o dalla PG, in quanto sono parte all'interno del processo.

Inoltre, è necessario che alla difesa sia comunque data la possibilità di fare domande che, secondo la corte, possono essere anche trasmesse attraverso i giudici.

In questo modo, la corte EDU tratta il testimone anonimo come se fosse un testimone assente.

Questa parificazione tra testimone anonimo ed assente, in realtà, non regge → per quanto riguarda il testimone assente, la difesa ha la possibilità di conoscere tutto su quella persona e quindi, magari, di convincere il giudice che, proprio perché quella dichiarazione è stata rilasciata da quel soggetto, quelle dichiarazioni potrebbero non essere attendibili.

Problema diverso, invece, per il testimone anonimo → non è sufficiente ai fini difensivi che l'autorità giudiziaria sappia l'identità del testimone. La difesa, se non conosce quel soggetto, non potrà mai portare elementi per minarne la credibilità. La distinzione che la corte fa tra l'utilizzo delle dichiarazioni anonime e del testimone assente è per queste ragioni e soprattutto dopo la sentenza Al-Khawaja, che consente la possibilità che una sentenza di condanna si basi in maniera determinante su dichiarazioni rese da testimoni anonimi o assenti, nel momento in cui consente la possibilità di usare come base di una sentenza di condanna le dichiarazioni rese da un soggetto che l'accusato non ha mai potuto guardare negli occhi ed interrogare.

A tale proposito il [comitato dei ministri](#) segnala alcune misure che si rendono necessarie in [materia di protezione dei testimoni](#) → [raccomandazione R \(97\)13](#) in capo agli Stati membri vi è l'obbligo di garantire un'adeguata protezione a coloro che sono chiamati a deporre. È necessario che le misure adottate siano adeguate alle diverse circostanze, e pertanto si dovrà procedere ad una classificazione delle categorie di testimoni vulnerabili o potenzialmente vulnerabili. Il comitato precisa che, se esistono fattispecie in cui la necessità di protezione si impone con assoluta evidenza, le misure speciali non devono essere necessariamente limitate ad esse, dal momento che possono presentarsi casi che contengono aspetti di sicura rilevanza.

E opportuno bilanciare i diritti della difesa con quelli del testimone → il testimone deve poter deporre liberamente senza essere sottoposto ad alcuna intimidazione ← minacce dirette, indirette o potenziali che possono interferire con il dovere di rendere una deposizione veritiera. Le soluzioni proposte dal comitato spaziano dalla garanzia di anonimato del testimone alla assunzione della deposizione al di fuori dell'area del tribunale o alla valorizzazione probatoria delle dichiarazioni rilasciate dal test nella fase preliminare. In particolare, se suggerisce l'adozione di una procedura giudiziaria autonoma capace di verificare la sua assistenza delle condizioni che giustificano il mantenimento dell'anonimato → la richiesta di anonimato deve essere inoltrata dal PM all'AG è notificata sia all'accusato che al suo difensore. Un magistrato deve essere incaricato di indagare che non ci sia alcun complotto contro l'accusato.

Sono due i presupposti minimi per la concessione dell'anonimato:

1. La vita o la libertà del teste devono essere seriamente minacciate
2. Il teste deve offrire garanzie di affidabilità e credibilità

La corte ricorda sempre che ogni misura restrittiva dei diritti della difesa deve rispondere ai canoni di proporzionalità e gradualità → quando può bastare una misura meno restrittiva, è quella che bisogna applicare.

I paesi che adottano un sistema accusatorio solitamente ricorrono a misure eccezionali diverse, come per es. nascondere alla vista dell'accusato il viso del testimone, in virtù dei principi di oralità ed immediatezza. L'ordinamento italiano si mantiene ancora refrattario all'anonimato → il nostro ordinamento non consente alcuna forma di testimonianza proveniente da soggetti ignoti. Es. art. 194 cpp (divieto di deporre sulle voci correnti del pubblico), art. 204 (divieto di acquisizione di documenti contenenti dichiarazioni anonime).

La materia è regolata più puntualmente con riguardo ai cd testimoni di giustizia → alla persona è attribuita una nuova identità, sono consegnati dei nuovi documenti in un contesto di massima riservatezza. Il giudice può disporre le cautele idonee ad evitare che il volto della persona sia visibile in un processo.

AMMISSIBILITÀ ED UTILIZZABILITÀ → progressivo affinarsi delle soluzioni proposte dalla corte → in un primo momento si è registrato un atteggiamento negativo verso l'utilizzo di testimonianze anonime, in quanto fondare l'intera sentenza su dichiarazioni rilasciate da fonti occulte può generare problemi.

L'orientamento della corte muta davanti ad un caso particolare che porta la corte a prendere in considerazione anche gli interessi della persona chiamata a deporre e non solo quelli della difesa (Doorson c. Paesi Bassi). L'ammissibilità di testimonianza anonime è possibile ma è sottoposta ad alcune regole → se si trattasse di utilizzare queste dichiarazioni durante l'itinerario decisorio, non sussisterebbe alcuna violazione solo quando le testimonianze anonime non fossero determinanti per la pronuncia di condanna.

- **Testimoni vulnerabili** → concetto che deriva da valutazioni extra-giuridiche relative all'attitudine psico-fisica del soggetto a comunicare in modo attendibile il proprio vissuto personale e dal riconoscimento dei rischi che potrebbero derivare alla sua salute dalla sottoposizione ad un ordinario esame dibattimentale. Questi problemi sono legati allo stato psico-fisico ed emotivo del soggetto e quindi non sono nelle condizioni di sostenere una cross examination. Il teste vulnerabile è spesso vittima di reati particolarmente lesivi della salute fisica e mentale. Questa è una categoria di testimoni che la corte considera. La corte ritiene sufficiente che in queste situazioni l'instaurazione di un rapporto mediato tra la difesa e la fonte di prova → ammette la possibilità che all'interno dei sistemi processuali vi siano modalità che consentano di esaminare questi testimoni senza fargli correre il rischio di ricadute psico-fisiche a seguito dell'esame → individua una serie di situazioni che permettano comunque alla difesa di avere un certo ruolo in questo esame, anche se non nel modo classico che intendiamo noi (es. sufficiente che la difesa possa visionare il filmato o ascoltare la registrazione dell'interrogatorio della vittima effettuato dalla polizia + dà la possibilità di chiedere di porre delle domande a questo soggetto senza porle direttamente ma tramite la polizia o il giudice). Nel nostro sistema, noi abbiamo delle modalità simili a queste proprio per questi soggetti vulnerabili. Es. esame del minore o delle vittime di violenza sessuale. tutti questi accorgimenti sono ritenuti compatibili e quindi non posti in violazione dell'art. 6 dalla corte che ritiene sufficiente la possibilità che la difesa faccia domande tramite la mediazione del giudice.

→ questi testimoni possono creare problemi al diritto di difesa dell'accusato, sempre nell'ottica di poter o meno riuscire ad interrogare il testimone che è un testimone di accusa.

**Il comitato dei ministri identifica come categoria di testimoni vulnerabili anche i prossimi congiunti dell'accusato**, soprattutto nei casi di crimini commessi all'interno del gruppo familiare → il rischio di intimidazione è altissimo. Sono due le esigenze che si possono individuare a fondamento di questa tematica → **tutela della genuinità della prova** (preservazione del processo dal pericolo di introduzione di prove che potrebbero essere inquinate) + **rispetto di determinati doveri morali** (che il prossimo congiunto sente naturalmente di avere verso il parente).

Art. 8 CEDU → oggetto della tutela → libertà di corrispondere e di comunicare con persone determinate + diritto a che nessun soggetto estraneo venga a conoscenza di certe comunicazioni.

Tradizionalmente l'orientamento giurisprudenziale consolidato riteneva che l'archetipo processuale ideale fosse quello secondo il quale gli elementi di prova a carico sono prodotti davanti all'imputato in un'udienza pubblica e nel contraddittorio tra le parti ← in realtà, questa non è una regola assoluta → **in alcuni casi è stata riconosciuta l'utilizzabilità di elementi probatori raccolti in assenza di contraddittorio purché all'accusato fosse stata fornita un'occasione adeguata e sufficiente per contestare la testimonianza a carico ed interrogarne l'autore** → il ricorso ha dichiarazioni rese durante la fase delle indagini preliminari non viola la lettera d se l'imputato ha avuto l'occasione di contestarle al momento in cui sono state rese o più tardi.

**La Corte ha affermato che non può sostenersi che le dichiarazioni rese da un testimone nel corso dell'udienza pubblica debbano considerarsi più attendibili di quelle rese dallo stesso testimone in un'altra occasione nel corso del procedimento, anche qualora esse siano discordanti** → l'occasione di confronto deve svolgersi dinanzi a un giudice.

I diritti della difesa sono compresi in modo incompatibile con l'articolo sei qualora una condanna si fonda in modo esclusivo o determinante sulle dichiarazioni rese da una persona che per varie ragioni l'imputato non ha potuto interrogare né far interrogare né durante le indagini preliminari né successivamente.

## **DOPPIO GRADO DI GIUDIZIO → ART. 2 PROT. 7 CEDU:**

Ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale ha il diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore (in linea a quanto previsto dall'art. 14 patto int. Dir. Civ. pol.

Prima dell'introduzione di questo protocollo mancava la previsione di un diritto al riesame dei provvedimenti in materia penale e la Corte escludeva che tale diritto potesse desumersi anche dalla disciplina dell'art. 6 e questo diritto non veniva ricavato nemmeno dall'art. 13.

L'art. 2 prot. 7, nel disciplinare il diritto al doppio grado di giudizio, configura un diritto autonomo che si distingue dalla peculiare ipotesi contemplata dall'art. 4 prot. 5 che riguarda i procedimenti de libertate e cioè il diritto ad un controllo giurisdizionale limitatamente ai provvedimenti restrittivi della libertà personale.

Dal punto di vista soggettivo → il diritto all'impugnazione deve intendersi esteso anche al responsabile civile e al civilmente obbligato per la pena pecuniaria.

Dal punto di vista oggettivo → rientrano nell'ambito applicativo della previsione tutti i procedimenti aventi ad oggetto una criminal offence, il cui concetto corrisponde a quello della criminal charge ex art. 6 → ad ogni infrazione che rientra nel novero delle garanzie di cui all'art. 6 si estende automaticamente anche il diritto previsto dall'art. 2 prot. 7 → ricadono nell'ambito applicativo della previsione anche le condanne relative ad infrazioni che sono ritenute dalla Corte connotate da carattere punitivo.

La garanzia del doppio grado è riconosciuta ai provvedimenti emessi da un tribunale, diversamente da quanto previsto dal patto intern., nel cui ambito non vi è un riferimento all'organo che ha emesso la decisione. La Corte europea ha sottolineato l'autonomia interpretativa della nozione di tribunale rispetto alle qualifiche offerte dagli Stati + il riferimento a questa nozione sembra finalizzato ad escludere che la prima impugnazione ad un tribunale valga a soddisfare la garanzia del doppio grado di giurisdizione → incassi simili la persona dichiarata colpevole avrà il diritto di impugnare il provvedimento davanti ad un giudice superiore.

Il diritto al riesame concerne la dichiarazione di colpevolezza o la condanna → la norma è formulata in chiave disgiuntiva perché il diritto all'impugnazione riguarda anche i casi in cui l'accertamento della colpevolezza non sia seguito da una condanna in senso proprio. Nell'ordinamento nazionale devono considerarsi oggetto della garanzia le decisioni di assoluzioni emesse perché lo imputato non è imputabile o non è punibile. *È riservata alla discrezionalità delle legislazioni nazionali la scelta sulle modalità e sui presupposti dell'esercizio del diritto all'impugnazione.* La Corte ha più volte affermato che è sufficiente la previsione di un secondo grado di mera legittimità, ma non è necessario l'accesso ad un secondo grado che investa anche le questioni di fatto. 4

Inoltre, l'art. 2 prevede espressamente che il diritto all'impugnazione possa subire deroghe in un triplice ordine di ipotesi → **infrazioni minori**, quando il giudizio di seconda istanza sia stato reso dalla giurisdizione più elevata o quando la condanna sia stata pronunciata in appello a seguito dell'impugnazione di una sentenza di procedimento. Per qualificare un'infrazione come minore se guarda alla possibilità di applicare una sanzione detentiva oppure la qualificazione formale del reato nella legislazione nazionale interessata o la valutazione del trattamento sanzionatorio complessivo.

Un'altra deroga riguarda le ipotesi nelle quali **il giudizio di primo grado si svolge davanti ad un giudice della giurisdizione più elevata** (corte cost. per noi).

Infine, il diritto all'impugnazione può essere derogato nell'ipotesi in cui **la sentenza di condanna segua ad un ricorso proposto avverso una decisione di proscioglimento.**

**Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale** → nella CEDU non vi è il riconoscimento esplicito del principio di immediatezza. Tuttavia, la Corte ha individuato una situazione patologica che rischia di compromettere l'equità processuale ← situazione in cui, in seguito al procedimento di primo grado fondato sulla valutazione di una prova dichiarativa, l'imputato venga condannato in appello sulla base della mera rilettura del verbale di quella medesima prova giudicata in modo differente dal giudice del grado superiore senza procedere alla rinnovazione dell'esame del testimone.

Secondo un primo approccio, la prerogativa di poter rinnovare la prova in appello era ricavabile dal diritto ad un'udienza pubblica → Ekbatani c. Svezia → violazione dell'equità processuale perché il giudice d'appello, chiamato a valutare tutte le questioni di fatto e di diritto che riguardavano la responsabilità dell'imputato, avrebbe dovuto decidere in seguito ad una valutazione diretta della prova. Nella pronuncia successiva c. Francia, la dichiarazione di iniquità del procedimento aveva avuto ad oggetto l'emissione di una sentenza di condanna di riforma in appello derivata dalla rivalutazione cartolare delle precedenti dichiarazioni a discarico, senza che fosse stata accolta la richiesta della difesa di procedere ad un nuovo esame testimoniale.

Il successivo caso c. Moldavia → l'unica prova a carico consisteva nelle dichiarazioni del presunto corrotto che il ricorrente non aveva potuto esaminare. L'oggetto del ricorso della Corte europea ruotava attorno al fatto che la prima condanna fosse giunta in appello sulla base delle dichiarazioni del proprio accusatore, sulla cui credibilità il ricorrente aveva sollevato numerosi dubbi, senza però poterle esaminare. La Corte ha affermato che in linea di massima **coloro che hanno la responsabilità di decidere sulla colpevolezza all'innocenza di un imputato dovrebbero avere la possibilità di ascoltare testimoni e valutare la loro attendibilità → le corti sono tenute ad assumere misure positive al fine di garantire la nuova escussione delle fonti di prova determinanti per il giudizio** → si ritiene **violato l'art. 6 nel caso in cui una decisione di assoluzione pronunciata in 1° grado venga ribaltata in appello senza che prima si sia proceduto alla rinnovazione davanti al giudice dell'impugnazione della prova dichiarativa decisiva ai fini della pronuncia di responsabilità.**

Non si ritiene che vi sia una violazione qualora il giudice d'appello esegua una rivalutazione cartolare delle prove formate in 1° grado fornendo una **motivazione particolarmente accurata per spiegare le ragioni del discostamento dalla situazione di primo grado in ordine alla valutazione delle prove dichiarative.**

Recente decisione inerente all'ordinamento italiano → ricorrente condannato per la 1° volta in appello sulla base di dichiarazioni di testi che in 1° grado erano stati ritenuti non credibili. La corte aveva ribaltato la decisione senza riascoltare i testimoni → condanna x violazione art. 6 per mancata applicazione del 603 cpp → la corte non aveva azionato il meccanismo messo a disposizione dalla legge + non aveva proceduto ex officio all'audizione dei testimoni.

## IL DIRITTO ALLA LIBERTÀ PERSONALE:

Partiamo dall'art. 3 CEDU. Noi abbiamo affrontato l'art. 6 con riferimento al diritto ed alle garanzie che l'accusato deve avere all'interno del processo. quando, invece, parliamo dell'art. 3, parliamo sostanzialmente perlopiù di un soggetto condannato → **l'art. 3 CEDU sancisce il divieto di essere sottoposti a tortura ed a pene o trattamenti inumani e degradanti** → nessuno può essere sottoposto a tortura né appena ho trattamenti inumani o degradanti ← uno dei valori fondamentali della società democratica avente **carattere assoluto ed inderogabile**. Le eventuali deroghe agli obblighi previsti dalla convenzione da parte degli Stati contraenti in caso di guerra o di altre pubbliche calamità che minacciano la vita della nazione non possono mai riguardare determinate norme tra le quali l'art. 3. La ratio principale è tutelare la dignità di ogni essere umano → questi diritti non possono essere oggetto di bilanciamento con altri valori.

Questo art. 3 ha come contro altare l'art. 4 della Carta di Nizza → nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani e degradanti.

Questo art. ha riguardato e continua a riguardare il nostro paese → noi, come paese Italia, siamo stati non solo condannati per aver sottoposto a tortura dei soggetti all'interno dei nostri penitenziari, ma continuiamo ad essere condannati perché all'interno delle nostre carceri noi garantiamo al detenuto in alcune situazioni dei trattamenti inumani e degradanti.

La CEDU non dà una definizione di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, ma è qualcosa che si costruisce attraverso la giurisprudenza e le sentenze.

Parliamo sì di soggetti che sono posti, in una maniera o nell'altra, al controllo da parte dell'autorità pubblica. Quando parliamo di trattamenti inumani e degradanti non parliamo della violenza che può fare un privato nei confronti di un altro soggetto che lo sta torturando, parliamo sempre di qualcuno che l'autorità riconosciuta dalla legge per limitare la nostra libertà personale, ma le modalità attraverso la quale questa libertà riconosciuta legittima viene attuata sconfinano all'interno della tortura e del trattamento inumano/degradante. Parliamo soprattutto di soggetti sottoposti ad una pena in base ad una sentenza di condanna che applica una pena legittima. Quei soggetti sono sottoposti ad una pena a seguito di un processo evidentemente che ha portato ad una sentenza di condanna con l'applicazione di una pena detentiva nella consapevolezza che la convenzione ha che una pena detentiva già di per sé è una sofferenza → bisogna andare a verificare se questa sofferenza ha superato una determinata soglia. Se questa sofferenza, che è insita in ogni tipo di pena che limita la nostra libertà personale, sconfini rispetto ad una determinata soglia ← avremo un trattamento inumano o degradante e, quando la sofferenza arriva a livelli ancora superiori, abbiamo la tortura.

L'art. 3 CEDU, quando ci dice che nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti, in realtà ci sta dicendo due cose:

- A. Ci dà un **obbligo negativo** a carico dello Stato → lo stato NON può sottoporre a tortura o a trattamenti inumani e degradanti
- B. Ci dà una serie di **obblighi positivi** di tutela → lo stato deve riuscire a prevenire tali situazioni ed eventualmente a punire le violazioni del divieto previsto dall'art. 3.

L'art. 3, nel momento in cui pone un divieto, impone a carico dello stato sia obblighi negativi che obblighi positivi.

La giurisprudenza richiede il superamento di una **soglia minima** di gravità → deve essere **individuata caso per caso**, alla luce delle **circostanze oggettive del fatto** (durata del trattamento e gravità dello stesso) e delle (età, sesso, condizioni psicologiche) → la giurisprudenza non ci dice quando l'esecuzione di una pena può essere considerata generalmente un trattamento inumano o degradante ed, in crescendo, tortura, ma ci dice quali sono i fattori da analizzare caso per caso per capire se quella soglia minima di sofferenza insita in ciascuna esecuzione della pena sia stata superata e come sia stata superata, che grado di superamento è stato effettuato.

La Corte ne anche tutte le condotte lesive dell'integrità psicofisica dell'individuo comportino una violazione di questo art. → ritiene necessario il superamento della soglia minima di gravità. Nella giurisprudenza di Strasburgo riscontriamo che la donna ha una soglia di sofferenza minima più arretrata rispetto ad un soggetto maschile.



Se tenuto conto di circostanze oggettive e soggettive del fatto si è superata una determinata soglia, allora siamo davanti ad una condotta che deve essere considerata posta in violazione dell'art. 3.

Le condotte proibite dall'art. 3 sono le seguenti:

- 1) Trattamenti degradanti** → soglia di sofferenza superiore a quella insita nella pena, ma comunque minore rispetto al grado di sofferenza necessario per parlare di tortura. Il trattamento degradante è il trattamento per il quale **la componente di sofferenza essenziale non è fisica, ma soprattutto di NATURA EMOTIVA**. In particolare, la caratteristica che di solito si rileva nel trattamento degradante è l'umiliazione della vittima. Dal punto di vista fisico, il soggetto non prova dolore maggiore rispetto a quello insito nella pena, ma c'è una componente emotiva particolarmente sottoposta ad attenzione.
- 2) Trattamenti inumani** → soglia di sofferenza superiore a quella insita nella pena, ma comunque minore rispetto al grado di sofferenza necessario per parlare di tortura. Il trattamento inumano **UNISCE UNA FORTE DOSE DI SOFFERENZA FISICA A QUELLA PSICOLOGICA**. Questa nozione copre le condotte che si caratterizzano per una sofferenza fisica o psicologica di particolare intensità. Quindi, unisce alla sofferenza emotiva tipica del trattamento degradante anche una forte componente di sofferenza fisica. Questa sofferenza fisica o psicologica di particolare intensità che non deve essere sorretta dall'intenzione degli autori della stessa. Quando la sofferenza fisica è particolarmente grave, allora arriviamo alla tortura.
- 3) Torture** → la tortura ha come caratteristica che la distingue rispetto alle altre il fatto che questa **SOFFERENZA FISICA E PSICOLOGICA HA UNO SCOPO PRECISO**, ossia lo scopo di ottenere informazioni, estorcere una confessione, infliggere una punizione, intimidire o esercitare una pressione su qualcuno. La differenza tra trattamento inumano e tortura è la finalità usata per infliggere quella sofferenza fisica e psicologica. Se questa finalità è la finalità di ottenere la collaborazione con l'autorità (confessione o info o infliggere una punizione), sulla falsa riga dell'art. 1 Convenzione ONU contro la tortura, la CEDU dice che ci troviamo davanti ad una tortura. Stiamo parlando di condotte poste in essere da soggetti che legittimamente hanno la possibilità di limitare la nostra libertà personale. Non pensiamo solo all'esecuzione di una pena, ma a tutte le situazioni che vedono l'autorità giudiziaria legittimamente usare un potere di coercizione nei confronti di un soggetto.

Quando parliamo di trattamento inumano, trattamento degradante e tortura parliamo sempre di un **trattamento posto in essere dall'autorità che legittimamente limita la nostra libertà personale** → forma di esecuzione di una pena legittimamente inflitta a seguito di un processo; vi sono anche altri esempi dove questo trattamento viene posto in essere anche nei confronti di un soggetto sottoposto ad indagine, magari durante una perquisizione particolarmente intrusiva dove c'è la componente dell'umiliazione. Esempi tratti dalle sentenze di Strasburgo per far capire come i giudici hanno via via configurato nei casi specifici se si trattasse di tortura, trattamento inumano o trattamento degradante:

#### L'interpretazione evolutiva della Corte in tema di tortura

- **Ajkalim e Babich c. Russia**, in cui i ricorrenti erano stati colpiti ripetutamente alla testa e alla schiena perché confessassero il furto di un'auto;
- **Belousov c. Russia**, in cui il ricorrente era stato costretto da un gruppo di poliziotti ubriachi a spogliarsi e a eseguire alcuni esercizi ginnici;
- **Paduret c. Moldavia**, in cui il ricorrente lamentava di essere stato malmenato e sevizato dagli agenti di polizia e appeso per i piedi, con le mani legate, a un tubo metallico;

Nella **sentenza Ajkalim e Babich c. Russia** è stata riconosciuta la tortura → la componente fisica quasi esclusiva e lo scopo di estorcere una confessione.

Un'altra situazione dove è stata riconosciuta la tortura è in **Belousov c. Russia** ← l'umiliazione della vittima da parte delle forze dell'ordine → il ricorrente era stato costretto da un gruppo di poliziotti ubriachi a spogliarsi e compiere una serie di esercizi ginnici.

#### L'interpretazione evolutiva della Corte in tema di tortura

- **Gurgurov c. Moldavia** in cui il ricorrente, sospettato di furto, era stato sospeso su una barra di metallo con le mani legate dietro la schiena, era stato sottoposto a scosse elettriche, era stato costretto a sostenere sulla schiena un peso di 32 kg per una decina di minuti ed era stato costretto a indossare una maschera antigas alla quale periodicamente veniva chiuso il tubo dell'aria;
- **Aleksandr Sokolov c. Russia**, in cui il ricorrente, detenuto, veniva malmenato dai poliziotti per due giorni interi, riportando tra l'altro la frattura di quattro costole, e si vedeva bruciare i genitali con un accendino;

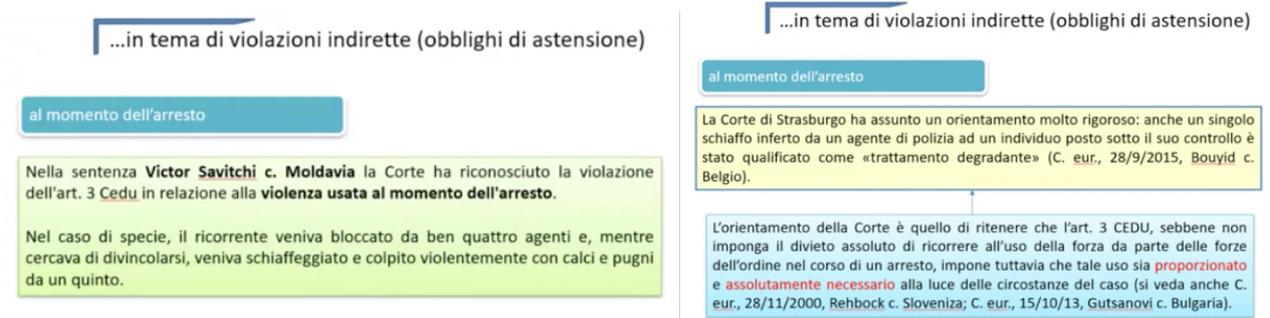
Alcuni es. di trattamento inumano e degradante:

Caso **Harutyunyan vs Armenia** → prevalenza della componente emotiva scaturita dall'umiliazione nel farsi vedere all'interno di questa gabbia nell'aula di tribunale da familiari e amici. Il caso è rilevante perché in tribunale alcune aule sono dotate di gabbie metalliche dove vengono portati i detenuti che stanno eseguendo la pena a seguito di un altro processo oppure i soggetti sottoposti a misura cautelare per evitare il pericolo di fuga o il rischio che possano reagire in maniera violenta, cercando di preservare l'ordine pubblico all'interno dell'aula. Il trattamento inumano è stato ravvisato dalla corte non perché il soggetto era stato posto all'interno di questa gabbia, non perché il fatto può di per sé integrare un trattamento inumano ma esclusivamente per la proporzione; non c'era alcun motivo per poter inserire quell'imputato all'interno della gabbia in virtù dei reati che gli erano contestati (truffa ed evasione fiscale, ovvero reati non violenti).

In molti casi la differenza tra trattamento inumano e trattamento degradante è molto sottile. Tutte le volte in cui c'è un trattamento degradante, c'è di solito anche un grado di sofferenza fisica e quindi la corte sostanzialmente sancisce la violazione dell'art. 3 per trattamento inumano e degradante senza operare una distinzione particolare.

Nel **caso Udayeva e Yusopova vs Russia** siamo davanti alla sofferenza prolungata patita dai familiari di soggetti scomparsi, dai quali per anni non si è avuta alcuna notizia. La sofferenza dei familiari può essere qualificata come trattamento inumano e degradante nel momento in cui abbia carattere permanente. In questa situazione si registra la morte di due bambini ceceni uccisi da un missile russo sulla strada di ritorno da scuola → **trattamento inumano perché questa modalità di condotta veniva ripetuta in maniera sistematica da parte dei militari russi** ← **caso limite perché non siamo di fronte ad un'autorità che limita la libertà personale in maniera illegittima ma le modalità di questa limitazione sono tali da integrare il trattamento inumano e degradante** → in questo caso vi è una sofferenza di riflesso che per come è stata posta in essere e per il grado sistematico era una sorta di trattamento degradante nei confronti dei familiari delle vittime.

Si parla di queste condotte non solo con riferimento all'esecuzione della pena ma anche con riferimento ad altri momenti in cui la libertà dell'accusato può essere limitata.



Nella **sentenza Victor Savitchi c. Moldavia** la corte adotta un orientamento molto rigoroso dove anche un singolo schiaffo è stato considerato un trattamento degradante. In questo caso la componente da evidenziare è la sproporzione e la inutilità della condotta.

### Obblighi positivi:

Con obblighi positivi si intende quando lo stato non solo non deve porre in essere quelle tipologie di trattamento (pena la violazione dell'art. 3), ma anche che deve rispettare degli obblighi positivi di tutela → **lo stato deve evitare che questi tipi di condotte vengano posti in essere da parte delle autorità e deve predisporre non solo presidi volti a evitare il rischio, ma anche strumenti volti a punire i soggetti che pongono in essere queste condotte**. La corte di Strasburgo ha evidenziato come, **nel caso di maltrattamenti deliberatamente inflitti da agenti dello Stato in violazione dell'art. 3 CEDU, le autorità interne debbano condurre un'inchiesta approfondita ed effettiva che possa portare alla punizione dei responsabili**.

Allo stesso tempo è necessario prevedere che questi tipi di trattamenti possano configurare delle fattispecie di rilevanza penale non soggette a **prescrizione**. Infine, proprio perché di solito chi pone in essere queste condotte fa parte dello stato gli individui responsabili devono essere **sospesi** dalle loro funzioni in attesa di essere giudicati e in caso di condanna devono essere **rimossi dalla propria funzione**. La condizione preliminare per poter adempiere a questi obblighi positivi di tutela è l'esistenza all'interno degli ordinamenti penali dei singoli stati di norme penali adeguate a prevenire e punire chi pone in essere queste fattispecie. Se non c'è una norma penale capace di prevenire e punire il reato di tortura, allora diventa inutile l'inchiesta quando ciò che manca è il presupposto per aprire un processo e arrivare ad una condanna.

Sotto il profilo probatorio, l'onere dimostrativo può essere assolto anche dalla coesistenza di indizi sufficientemente forti, chiari e concordanti → nel caso in cui gli eventi si verificano nel periodo in cui il soggetto si trova nella totale disponibilità dell'autorità statali sorgerà una presunzione di responsabilità in capo allo stato convenuto che dovrà dimostrare l'estraneità l'autorità rispetto a quanto avvenuto, fornendo elementi ottenute attraverso indagini approfondite ed accurate.

Obblighi positivi:

- **obblighi di protezione contro violazioni della norma convenzionale perpetrate da soggetti privati** nei confronti di soggetti deboli o particolarmente vulnerabili
- **obblighi di repressione penale delle violazioni dell'art. 3 attraverso l'introduzione legislativa di disposizioni normative adeguate** in grado di consentire all'autorità nazionale di indagare e punire gli individui responsabili
- **obblighi procedurali che impongono di avviare indagini** che siano non solo condotte in modo indipendente, imparziale e sottoposte ad un controllo pubblico, ma anche espletate in modo tempestivo, approfondito ed effettivo per accertare l'eventuale violazione della norma

## CASO G8 DI GENOVA (2001):

Nel 2001 il G8 ha avuto luogo a Genova. Durante il G8 si era temuto che tra i soggetti che andavano a protestare si fossero infiltrati dei movimenti particolarmente estremisti e violenti (fra cui i *black block*). Molte delle persone che andavano a protestare sulla strada (soprattutto studenti) si ritrovano poi all'interno di varie scuole che venivano adibite ad ostelli per ospitare questi ragazzi. Una di queste scuole è la scuola Diaz dove avviene il fatto.

Degli agenti di polizia che fecero irruzione nella scuola Diaz furono messi sotto processo → a processo vengono sottoposti non solo gli agenti ma anche il capo della polizia che aveva disposto tale azione. L'irruzione all'interno della scuola doveva essere giustificata, pertanto la polizia ha giustificato gli atti violenti di quella sera con il *timore che all'interno della scuola fosse stato introdotto e nascosto del materiale esplosivo, terroristico* (la polizia addirittura è arrivata al punto di introdurre essa stessa il materiale esplosivo nella scuola per cercare di giustificare l'irruzione).

Si è arrivati a delle sentenze di condanna sia da parte delle corti nazionali sia da parte della Corte europea. Da ricordare inoltre le **sentenze Cestaro c. Italia e Bartesaghi c. Italia**, in quanto la corte europea ha condannato il nostro paese per la violazione dell'art. 3 in relazione alle violenze perpetrate dalle forze di polizia in occasione del G8 e in particolare l'irruzione nelle scuole. Nel **caso Cestaro** il ricorrente lamentava di essere stato gravemente malmenato pur trovandosi contro il muro con le braccia alzate in segno di resa. **La corte ha ritenuto integrata un'ipotesi di tortura alla luce dell'estrema gravità e crudeltà dei maltrattamenti inflitti intenzionalmente al ricorrente da parte degli agenti di polizia** entrati nella scuola Diaz per compiere una perquisizione. In particolare, **i giudici di Strasburgo hanno sottolineato la gratuità di questa condotta, di questi maltrattamenti posti in essere dagli agenti del tutto sproporzionati rispetto allo scopo investigativo della missione.**

È particolare il ragionamento che ha portato la Corte a riscontrare la violazione dell'art. 3 da un punto di vista procedurale → alcuni capi di imputazione nei confronti degli agenti sottoposti a giudizio erano caduti in prescrizione nel corso del procedimento interno. I giudici hanno ritenuto che la reazione dell'autorità non fosse stata adeguata alla gravità dei fatti commessi non per responsabilità dell'autorità giudiziaria, ma piuttosto per un problema di carattere strutturale dell'ordinamento interno (sentenza quasi pilota) → la principale causa dell'impunità delle forze dell'ordine risiedeva nell'inadeguatezza della legislazione italiana che avrebbe dovuto necessariamente dotarsi degli strumenti giuridici atti a sanzionare in maniera adeguata e responsabili degli atti di tortura o di altri maltrattamenti e ad impedire che questi ultimi potessero beneficiare di misure che contrastano con la giurisprudenza della Corte.

Inoltre, anche l'assenza di collaborazione da parte dei vertici della polizia italiana aveva contribuito all'inadeguatezza della risposta statale, impedendo l'individuazione della maggior parte degli agenti coinvolti negli atti di tortura.

Secondo i giudici le condotte poste in essere integravano la fattispecie di tortura alla luce della natura particolarmente grave e crudele degli stessi e dell'acuta sofferenza fisica e psichica causata intenzionalmente alle vittime.

Stessa situazione è presente nella **sentenza Bartesaghi**, e oltre a queste ne sono poi seguite altre (**Azzolina c. Italia, Blair c. Italia e Cirino e Renne c. Italia**) → atti di tortura posti in essere in modo sistematico ed organizzato.

Il problema è che in queste situazioni le indagini non semplici portano i tempi ad allungarsi, in quanto si deve indagare all'interno di un corpo dello stato che tende fisiologicamente a difendersi. La corte da quindi delle indicazioni allo stato italiano andando ad evidenziare come fosse necessaria l'esistenza di una fattispecie ad hoc per queste situazioni.

Una delle difficoltà era stata l'individuazione dei responsabili per via dei caschi che indossavano, in molti stati per evitare questi problemi le divise sono numerate e questo avrebbe potuto aiutare all'individuazione dei responsabili.

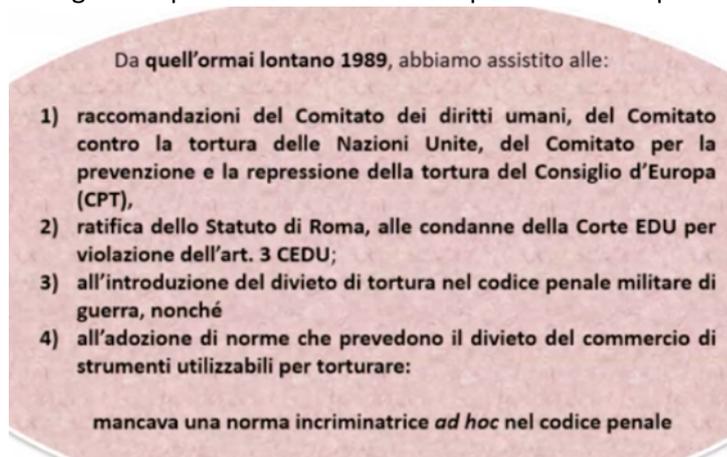
La seconda difficoltà era la necessità di trovare la collaborazione da parte della polizia di stato che si autotutelava. Infine, si denunciava l'assenza di fattispecie edittali tali da evitare il rischio prescrizione.

**La corte europea e tutte le convenzioni contro la tortura hanno sempre ritenuto che il reato di tortura debba essere imprescrittibile → lo stato a seguito di queste sentenze è stato costretto ad introdurre una fattispecie contro la tortura.**

Nella vicenda gli eventi ravvisabili sono:

- sofferenza dovuta alla ripetuta violenza fisica inflitta a qualsiasi ora del giorno e della notte e per molti giorni consecutivi, passaggio che si trae dalla sentenza per i fatti accorsi alla caserma Bolzaneto dove alcuni di questi studenti vengono portati
- l'umiliazione derivata dall'essere stati costretti a rimanere nudi per diversi giorni,
- il fatto che l'abuso fisico fosse stato accompagnato da privazioni materiali estremamente gravi (mancanza di cibo, acqua, adeguati servizi sanitari, biancheria per il letto e riscaldamento).

Le varie sentenze portano ad esercitare nei confronti del nostro stato delle pressioni importanti. Inoltre, nel 1989 l'Italia aveva già firmato la convenzione contro la tortura dell'Onu e infatti si sono susseguite dopo l'89 raccomandazioni per introdurre questo reato.



La norma ad hoc è stata poi introdotta nel 2017 subito dopo la sentenza Azzolina c. Italia per i fatti accaduti nella caserma di Bolzaneto.

L'individuazione da parte della Corte di una carenza strutturale all'interno dell'ordinamento italiano con riferimento alla repressione della tortura ha contribuito in maniera determinante all'introduzione dei reati di cui agli artt. [613-bis \(tortura\)](#) e [613 ter \(istigazione di PU a commettere tortura\)](#).

Prima di ciò, la mancata previsione del reato di tortura nel nostro codice aveva imposto di ricondurre queste condotte ad altre fattispecie penali presenti nel codice con la conseguenza che molto spesso il reato era stato prescritto. Negli anni successivi alla ratifica della convenzione del 1989 se erano moltiplicate le pressioni provenienti dal contesto internazionale a favore dell'introduzione del reato di tortura del nostro paese → il L. ha introdotto i due articoli di cui sopra ed il co. 2-bis del 191 cpp.

#### Tortura: art. 613-bis c.p. (legge 14 luglio 2017, n. 110)

Chiunque con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona.

Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni.

Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti.

Se dai fatti di cui al primo comma deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate; se ne deriva una lesione personale grave sono aumentate di un terzo e se ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà.

Se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo.

← reclusione da 4 a 10 anni.

#### Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura: art. 613-ter c.p. (legge 14 luglio 2017, n. 110)

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

**613-bis** → sono messe in evidenza la componente fisica del trattamento inumano e la componente psicologica del trattamento degradante. Si tratta di un reato di evento a condotta vincolata. Per quanto riguarda l'elemento oggettivo del reato, la fattispecie criminosa è integrata da una pluralità di condotte o da un'unica condotta che possa essere qualificata come trattamento inumano e degradante. Il co. 2 prevede una pena più significativa nel caso in cui i fatti siano commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio con abuso di poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio ← cd tortura di stato.

**613-ter** → Reclusione da sei mesi a tre anni per la condotta del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che istighi in modo concretamente idoneo un altro pubblico ufficiale o un altro incaricato a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta o se è accolta ma il delitto non è commesso.

**Co. 2-bis art. 191 cpp** → Le dichiarazioni alle informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono utilizzabili salvo che contro le persone accusate di tale delitto ed al solo fine di provarne la responsabilità penale.

Queste previsioni in realtà non permettono di evitare che il reato possa essere dichiarato prescritto.

Esistono delle criticità rilevate dalla Corte che tutt'oggi sussistono:

- difficoltà di identificare i responsabili di abusi e violenze tra gli appartenenti alle forze dell'ordine, anche a causa della mancanza di collaborazione da parte dei vertici e dell'assenza di un numero identificativo sulle uniformi degli agenti
- problema della difficile emersione di maltrattamenti posti in essere in contesti chiusi come quello carcerario
- inadeguatezza dei procedimenti disciplinari che non risultano idonei a sanzionare i responsabili e sono privi dell'effetto sospensivo dall'esercizio delle funzioni in attesa dell'esito dell'accertamento penale
- mancanza di prescrizione

La Corte ha evidenziato come la nozione di tortura nell'ordinamento italiano risulti più ampia di quella fornita dalla norma convenzionale ricomprendendo al suo interno anche i trattamenti inumani e degradanti che ai sensi della CEDU risultano essere differenziati dal concetto di tortura in senso stretto, poiché connotati da minore gravità. Una seconda sentenza della Corte ha chiarito come la locuzione "mediante più condotte" vada interpretata come integrata non solo da una pluralità di episodi reiterati nel tempo ma anche da una pluralità di comportamenti violenti nello stesso contesto temporale.

Inoltre c'è la possibilità che questi trattamenti inumani e degradanti possano essere integrati attraverso condotte diverse da quelle descritte fino ad ora (dove c'è una componente volontaria importante) ma **condotte costituite dalla semplice condizione di detenzione**, ad es l'ambiente nel quale è costretto ad eseguire la pena → le condizioni ambientali possono in alcuni casi determinare la violazione dell'art. 3 → condizioni della detenzione, della durata della pena e di regimi particolari come il carcere duro ex art. 41 bis.

Quindi dall'art. 3 deriva anche il divieto di sottoporre a pene che rivestono il carattere inumano e degradante non per come sono poste in essere, ma per le condizioni in cui il detenuto è costretto a stare nel momento in cui esegue quella pena.

## CONDIZIONI DELLA DETENZIONE:

art. 3 → divieto di pene inumani o degradanti:

- condizioni di detenzione
- sottoposizione a determinati regimi carcerari
- durata della pena

Ogni pena comporta di per sé una sofferenza fisiologica in ogni esecuzione di pena, bisogna verificare se questa sofferenza supera una soglia minima di gravità. La Corte ha individuato questo problema distinguendo **situazioni di carattere obiettivo** (problema del sovraffollamento carcerario, delle precarie condizioni in cui un carcerato è costretto a vivere) e **condizioni di carattere soggettivo del ricorrente** (e quindi la compatibilità o meno di quel regime carcerario con quel determinato soggetto che ha delle determinate caratteristiche fisiche e psichiche).

La Corte Europea distingue i diversi ambiti di carattere oggettivo (ambientale) e di carattere personale, con riferimento allo specifico detenuto:

- **Situazioni di carattere obiettivo** → all'interno della nostra Cost. abbiamo un principio che è quello per cui **la pena deve tendere alla rieducazione del condannato**. L'esecuzione della pena deve essere tale da cercare il più possibile di portare il soggetto a viverla in maniera costruttiva. Nelle situazioni di carattere obiettivo vengono, ad es., presi in considerazione i **mq che ciascun detenuto ha a disposizione, lo spazio personale del detenuto**. Situazioni di carattere obiettivo sono condizioni di scarso spazio disponibile o precarie condizioni igieniche. La Corte è stata ripetutamente chiamata a pronunciarsi in merito ai ricorsi relativi all'esiguità dello spazio personale a disposizione dei detenuti → La Corte si è concentrata sulla determinazione del cd spazio minimo vitale da garantire ad ogni detenuto e sulle conseguenze derivanti dalla disponibilità di una superficie inferiore e sul criterio di calcolo di tale spazio minimo vitale. La Corte ha spesso evidenziato come non sia possibile individuare a priori numero minimo di metri quadrati da garantire alle persone internate al di sotto del quale debba essere riconosciuta la violazione della norma convenzionale → **sarebbero da considerarsi altri fattori come la durata della privazione della libertà o la possibilità di accesso all'esercizio all'aria aperta o lo stato di salute fisica e mentale del detenuto**. La Corte è sempre stata restia ad individuare automatismi tra lo scarso spazio personale a disposizione del ricorrente e la violazione della convenzione → **bisogna tenere in considerazione tutte le condizioni della detenzione**. **Mursic c. Croazia** rappresenta un punto fondamentale → **valutazione multifattoriale e cumulativa delle condizioni detentive, in cui gioca un ruolo rilevante anche il dato temporale**. La Grande Camera ha utilizzato come standard rilevante i **3 mq di spazio minimo calpestabile per detenuto all'interno di celle condivise, stabilendo che ove sussista una disponibilità di spazio inferiore ai 3 mq, l'esiguità dello spazio disponibile debba essere considerata talmente grave da far nascere una forte presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU**. Tale presunzione può essere vinta dal Governo attraverso la dimostrazione della sussistenza di ulteriori fattori in grado di compensare adeguatamente la scarsa disponibilità di spazio personale → il governo deve dimostrare che siano state cumulativamente rispettate tre condizioni: 1) riduzioni di spazio al di sotto dei 3 mq che siano brevi, occasionali e di modesta entità, 2) tali limitazioni devono essere accompagnate da una sufficiente libertà di movimento ed attività al di fuori della cella, 3) il ricorrente deve essere confinato all'interno di una struttura detentiva complessivamente adeguata.

Nel caso in cui lo spazio minimo calpestabile sia compreso tra i 3 ed i 4 mq, l'esiguità dello spazio disponibile costituisce un elemento di rilievo da valutare assieme ad altri fattori, tra cui l'esercizio all'aria aperta, accesso alla luce naturale, disponibilità di areazione, adeguatezza del sistema di riscaldamento, possibilità di usare servizi igienici in privato e conformità con i requisiti sanitari ed igienici di base. Anche qualora lo spazio calpestabile sia superiore ai 4 mq, devono essere effettuate delle valutazioni con riguardo agli altri fattori caratterizzanti la detenzione del ricorrente.

Con riguardo alla metodologia da utilizzare per il calcolo dello spazio minimo individuale all'interno delle celle condivise, nella pronuncia Mursic c. Croazia, La Corte ha fatto proprio il criterio promosso dal CPT (comitato europeo per la prevenzione della tortura) → non deve essere conteggiato lo spazio occupato dai servizi igienici ma dovrà essere compreso lo spazio occupato la mobili. Ciò che rileva è la possibilità di determinare se i detenuti hanno la possibilità di muoversi normalmente all'interno della cella.

Nelle prime sentenze di Strasburgo lo spazio personale era sempre accompagnato da altri indici come precarie condizioni igieniche, rischio di diffusione di malattia ecc. → col tempo la giurisprudenza si è poi evoluta e nelle ultime sentenze anche il solo spazio personale a disposizione se particolarmente esiguo può comportare la violazione dell'art. 3 anche se non accompagnato da altri indici. Nella sentenza **Sulejmonvic**

**c. Italia** la corte ha riscontrato la violazione dell'art. 3 per il solo fatto che il ricorrente aveva a disposizione uno spazio personale di 2,70 mq per una durata di una pena in questo caso di 25 anni. Questa situazione riguarda il nostro paese da tempo e riguarda tutte le nostre carceri, noi abbiamo un tasso di sovraffollamento che ha raggiunto livelli da record rispetto ad altri paesi.

## DIRITTO AL CONFRONTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU - SEMINARIO

Andremo ad analizzare un effetto particolare del diritto al contraddittorio, che a sua volta è contenuto nell'ambito della più generale disciplina dell'art. 6 della CEDU, in tema di equo processo.

Analizzeremo:

1. Le fonti del diritto al confronto
2. Le sentenze della Corte EDU, vedendo come negli anni la portata del diritto al confronto è cambiata nell'ambito della giurisprudenza della corte.

### 1. LE FONTI E L'AZIONE DI TESTIMONE:

L'articolo di riferimento è l'art.6 par. 3 lett. d della CEDU che riconosce, ad ogni persona accusata il *diritto di esaminare o a far esaminare i testimoni a carico, così come, nelle medesime condizioni, ad esaminare e a far esaminare quelli a discarico.*

Una norma simile la troviamo al comma 4 dell'art. 111 della Costituzione, la quale prevede un concetto molto simile → la responsabilità penale, quindi *la colpevolezza dell'imputato, non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi per libera scelta si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato e del suo difensore.*

Tanto nella costituzione quanto nella CEDU non si tratta di un diritto assoluto → **il diritto al confronto** ammette a determinate condizioni delle eccezioni → **è un diritto relativo**, che pertanto può essere limitato.

Mentre nel testo della costituzione le eccezioni alla formazione della prova nel contraddittorio delle parti, e conseguentemente anche l'aspetto del diritto al confronto, sono elencati nel successivo co. 5 del 111, dove i padri costituenti sono andati ad indicare tre eccezioni, non accade lo stesso nella CEDU dove la portata limitativa del diritto al confronto è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale e quindi di come la Corte EDU è andata, nel corso degli anni, ad interpretare questa norma, o meglio com'è andata nel concreto ad applicarla, andando ad individuare le condizioni ed i limiti entro cui questo diritto al confronto potesse essere limitato, potesse essere sacrificato.

Prima di concentrarci sui limiti, dobbiamo osservare come anche in questo caso (abbiamo già parlato di una nozione autonoma elaborata dalla Corte EDU in ambito della materia penale), nel caso della **nozione di testimone**, la Corte EDU ha sentito l'esigenza di elaborare una sua **nozione autonoma** → evitare che gli stati, qualificando una determinata fonte di prova non come testimone ma entro un'altra veste processuale, potessero aggirare il diritto al confronto. Quindi, la Corte ha deciso di elaborare una propria nozione di testimone che prescinde dalla qualificazione nazionale di quella determinata fonte di prova e individua come *testimone chiunque offre nell'ambito del processo un contributo dichiarativo nella ricostruzione dei fatti, indipendentemente dallo status che la legge processuale gli assegna.*

La portata della regola del diritto al confronto così come è relativa a livello costituzionale ammettendo delle eccezioni, ammette delle eccezioni anche a livello della CEDU, laddove a certe condizioni può essere limitata, cioè *possono essere recuperate e usate come prove nell'ambito del processo le dichiarazioni rese da soggetti che avrebbero potuto rivestire la veste di testimoni in udienza, le dichiarazioni rese nella fase procedimentale, ovvero quelle rese in precedenza.*

Es: la persona offesa che nella fase delle indagini rende le dichiarazioni alla polizia giudiziaria e poi per una serie di x motivi non è più disponibile, in questo caso le dichiarazioni (in determinate circostanze e a determinate condizioni) rese in precedenza possono essere recuperate e quindi

utilizzate nell'ambito del dibattimento, nella fase processuale e utilizzate come prova e quindi usate come elementi sui quali basare la sentenza di condanna, piuttosto che di assoluzione.

## 2. LE SENTENZE DELLA CORTE EDU:

Vediamo come nel corso degli anni la corte è andata ad interpretare, o meglio ad applicare l'art. 6 par. 3 lett. d in modo differente → se inizialmente riteneva il diritto al confronto violato in presenza di determinate condizioni, a partire dal 2011 ha rivisitato questa regola, andando a compiere un revirement giudiziale.

*Premessa* → fino al 2011 la Corte riteneva violato il diritto al confronto quando non si riconosceva all'accusato un'occasione, definita opportuna ed efficace, per poter contrastare la versione dei fatti dichiarata dal testimone poi non presentatosi in udienza, sempre che quelle dichiarazioni rese extra-udienza non fossero la prova unica e determinante su cui basare la sentenza di condanna.

Dal 2011 in poi la Corte ritorna un po' sui propri passi, sostenendo che non fosse possibile applicare la regola della prova unica e determinante in modo così rigido, ma che bisognasse un po' stemperarla andando a prendere in considerazione una serie di elementi per vedere se nel caso specifico siano state rispettate o meno le garanzie del giusto processo. Bisogna quindi analizzare una serie di parametri, che vanno a costituire l'Al-Khawaja Test e verificare se, sulla base di questo test, c'è stata o no violazione. Quella prima del 2011, prima che fosse stemperata dalla corte, era considerata una giurisprudenza prevalente.

### **BRACCI C. Italia:**

CEDU, 13 OTTOBRE 2005)

#### **BRACCI C. ITALIA**

Cedu, 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia

##### **Le circostanze del caso concreto**

- Il 27.02.1998, una prostituta di nazionalità russa (Y) denunciava alla Polizia di Roma di essere stata rapinata e violentata;
  - Il 10.03.1998, anche una prostituta di nazionalità ucraina (X) denunciava alla polizia di Roma di essere stata rapinata e violentata;
  - → In questo secondo caso, la Polizia procedeva al sequestro di una gonna sulla quale, secondo la versione offerta dalla persona offesa, si sarebbero trovate le tracce biologiche dell'aggressore.
- X e Y riconoscevano il ricorrente in fotografia e fornivano entrambe una descrizione dettagliata del suo aspetto fisico.
  - Il ricorrente veniva arrestato in flagrante mentre stava per commettere una nuova rapina in danno di un'altra prostituta.
  - Veniva quindi sottoposto alla misura cautelare della custodia in carcere e rinviato a giudizio per i delitti di violenza sessuale, rapina, resistenza a pubblico ufficiale e tentato omicidio (degli agenti di polizia durante la colluttazione al momento dell'arresto).

Sono dei fatti che risalgono al febbraio/marzo 1998 dove, a distanza di pochi giorni l'uno dall'altro, due prostitute (una di nazionalità russa ed una di nazionalità ucraina (X e Y) andarono a denunciare alla polizia di Roma di essere state rapinate e stuprate. Inoltre, la vittima di nazionalità ucraina (X) aveva fornito alla polizia giudiziaria una gonna, dalla quale, secondo una versione data dalla persona offesa, si sarebbe potuto ricavare il DNA del proprio aggressore. Le persone offese andavano a riconoscere tutto questo in fase di indagine, fotograficamente l'accusato, fornivano poi una descrizione dettagliata del suo aspetto fisico; inoltre, le lesioni riportate da X e Y venivano confermate dagli agenti di polizia che le avevano soccorse.

Sulla base della risultanza delle indagini si procede all'arresto del ricorrente, arresto che avviene in flagranza mentre stava per procedere alla rapina di un'altra prostituta. Il ricorrente viene appunto arrestato e viene a lui imputata, oltre la rapina e la violenza sessuale, anche la resistenza a pubblico ufficiale ed il tentato omicidio nei confronti degli agenti che avevano proceduto all'arresto.

#### IL PROCESSO DI PRIMO GRADO

- Nel dibattimento, il Tribunale rilevava l'**irreperibilità** di X e Y e, sulla base dell'art. 512 c.p.p., decideva di utilizzare le dichiarazioni rese da quest'ultime di fronte alla Polizia.
- **Art. 512 c.p.p.** – Lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione. *“Il giudice, a richiesta di parte, dispone che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso dell'udienza preliminare, quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione”.*
- **Art. 512 bis c.p.p.** – Lettura di dichiarazioni rese da persone residenti all'estero. *“Il giudice, a richiesta di parte, può disporre, tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti, che sia data lettura dei verbali di dichiarazioni rese da persona residente all'estero anche a seguito di rogatoria internazionale se essa, essendo stata citata, non è comparsa e solo nel caso in cui non ne sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale”.*

A questo punto, nell'ambito del dibattimento (anni dopo) le due persone offese diventano irreperibili e non possono essere escuse in udienza come testimoni → entrano così in gioco due artt. del cpp: art. 512 e 512-bis.

Questi due articoli, in tema di letture, *permettono a determinate condizioni di dare lettura in udienza delle dichiarazioni rese nella fase procedimentale, quindi extra-udienza*, non nel contraddittorio tra le parti, o quando è assolutamente impossibile (impossibilità oggettiva) ovvero non si può in nessun modo verificare la fonte di prova, o laddove si tratti di un cittadino straniero che non sia comparso e quindi non si può procedere all'esame dibattimentale. Si tratta ovviamente di *ipotesi eccezionali, che permettono di recuperare nelle fasi di istruttoria dibattimentale un atto raccolto nella fase delle indagini unilateralmente o dall'accusa o dalla difesa e non nel contraddittorio tra le parti.*

Il ricorrente veniva condannato a 6 anni di reclusione perché il tribunale aveva ritenuto che effettivamente sussistessero le condizioni per poter dare lettura ed utilizzare come fonti di prova le dichiarazioni rese dalle due persone offese (la versione della persona di nazionalità ucraina era stata confermata da coloro che le avevano prestato primo soccorso; inoltre la vittima ucraina aveva descritto l'auto con la quale era stata approcciata dal proprio aggressore che assomigliava particolarmente all'autovettura della quale era stato trovato in possesso l'imputato al momento dell'arresto). Inoltre, secondo la tesi dei giudici di primo grado, non c'erano degli elementi in grado di smentire e di smontare la tesi portata dall'accusa e quindi la versione dei fatti delle due persone offese.

Il ricorrente ovviamente propone appello e lamenta da un lato la non credibilità delle due vittime, e dall'altro che l'accusa non avesse mai proceduto ad un test del DNA sulla gonna e sulle cose portate dalla seconda vittima, sulla base del fatto che ci sarebbero potute essere delle tracce organiche del proprio aggressore. La corte di appello conferma la sentenza dei giudici di 1° grado e ritiene che le dichiarazioni rese nelle indagini dalle due persone offese erano utilizzabili anche perché non erano state sollevate questioni in ordine all'inutilizzabilità.

Il ricorrente propone ricorso in cassazione lamentando il mancato test del DNA ed in secondo luogo dicendo che, trattandosi di persone straniere, che per altro esercitavano attività di prostituzione, **era prevedibile che le stesse al momento del dibattimento si sarebbero rese irreperibili** ← motivo per cui era inapplicabile l'articolo 512, perché questo avrebbe consentito il recupero delle dichiarazioni extra-indagine a patto che si tratti di un'irreperibilità del teste imprevedibile, e, secondo la tesi prospettata dal ricorrente in cassazione, l'elemento della imprevedibilità non c'era. Tuttavia, il ricorso per cassazione viene rigettato e la successiva richiesta di revisione presentata dal ricorrente viene dichiarata inammissibile.

## RICORSO DINANZI LA CORTE EDU

### ARGOMENTI DELLE PARTI – IL RICORRENTE

- Il ricorrente lamenta di non aver potuto esaminare le fonti di prova a carico, sebbene fosse del tutto prevedibile l'impossibilità di ottenere la loro presenza in dibattimento;
- Nessun test del DNA era mai stato eseguito per provare a chi appartenessero le tracce biologiche rinvenute sulla gonna;
- Le dichiarazioni rese dagli agenti della polizia non erano sufficienti per provare la responsabilità del ricorrente in ordine ai reati di violenza sessuale e rapina a mano armata.

A questo punto il ricorrente decide di ricorrere alla Corte di Strasburgo, lamentando la violazione del diritto al confronto, perché appunto non aveva avuto la possibilità di esaminare le fonti di prova a proprio carico e che non fosse stato eseguito il test del DNA; osserva anche che le dichiarazioni rese dalla polizia giudiziaria non erano di per sé sufficienti a confermare la tesi portata dalle vittime e quindi conseguentemente la responsabilità penale del ricorrente.

### LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI – IL GOVERNO ITALIANO

- L'impossibilità di reperire X e Y era una **circostanza anomala** e dunque **non prevedibile**. Inoltre, l'impiego dei verbali contenenti le loro dichiarazioni ha una base nel diritto nazionale (ossia l'art. 512 c.p.p., che introduce una deroga alla regola generale secondo cui ogni testimonianza deve essere resa in contraddittorio);
- Le dichiarazioni in questione comunque risultavano **corroborate** da numerosi elementi esterni (dichiarazioni di due agenti della polizia, certificati medici). X e Y avevano riconosciuto in fotografia il ricorrente e avevano fornito una descrizione dettagliata del suo aspetto fisico;
- Il Governo ritiene che la condanna non si sia fondata solo sulle dichiarazioni di X e Y e che la Corte e.d.u. non ha compito di valutare il peso dei diversi elementi di prova considerati dai giudici nazionali.

← il governo italiano cerca di difendere la sua posizione.

La corte ribadisce i principi generali, dicendo che la regola generale è quella secondo cui gli elementi di prova che sono posti alla base della sentenza di condanna siano prodotti e si formino in udienza pubblica di fronte all'imputato. Inoltre, il diritto al confronto fornisce all'imputato un'occasione adeguata e sufficiente per contrastare la testimonianza a carico resa da chi non si sia eventualmente poi presentato in udienza. Nel caso di specie quest'occasione l'imputato non l'ha mai avuta, né durante le indagini, né tantomeno in dibattimento, perché le persone offese sono risultate essere irreperibili.

La corte fa anche, però, una distinzione sulla base della regola in merito alla prova unica e determinante → in riferimento alla vittima ucraina (X), le dichiarazioni rese dalla vittima non erano l'unico strumento di prova su cui era stata basata la condanna, perché vi erano anche la testimonianza del poliziotto che l'aveva soccorsa e la somiglianza tra l'auto descritta dalla persona offesa e l'auto che possedeva l'imputato. Non era così per la vittima di nazionalità russa (Y), perché in quel caso la condanna per rapina e violenza sessuale nei suoi confronti si basava esclusivamente sulle dichiarazioni rese dalla stessa extra-udienza ← è vero che aveva riconosciuto su foto l'imputato, ma si trattava di un riconoscimento non nel contraddittorio tra le parti, quindi di una prova che non possiamo definire tale, ma di un semplice elemento usato per la sentenza di condanna, che si era formato extra-udienza.

Quindi **la Corte EDU dichiara la violazione dell'art. 6** in merito al diritto al confronto con riferimento alla posizione della vittima russa (Y), perché lì si è riscontrata l'impossibilità del ricorrente di interrogare il testimone → non ha avuto quell'occasione sufficiente ed adeguata per contrastare il testimone e non vi erano altri elementi a sostegno della condanna. Non così vale per l'altra vittima (X), rispetto alla quale l'elemento determinante, nonostante non si sia comunque data la possibilità all'imputato di contrastare la versione dei fatti data da X, non è solo la testimonianza, ma ci sono altri elementi di prova che vanno a corroborare quelle dichiarazioni sulle quali si forma la sentenza di condanna.

## OGARISTI C. ITALIA (CEDU, 18 AGOSTO 2010)

Siamo nel 2010 e vertiamo nell'ambito di reati di criminalità organizzata. Nel febbraio 2002 le nostre vittime (X e Y) sono vittime di un attentato con arma da fuoco a bordo di un'auto, nell'ambito del quale la vittima X resta uccisa e la vittima Y resta gravemente ferito. In ospedale Y dichiarava di riconoscere il ricorrente (Ogaristi) ed il complice A come gli autori dell'attentato → individuava il ricorrente come colui che aveva sparato ed A come il conducente dell'auto. Nel corso delle intercettazioni ambientali nella camera di ospedale si sente ripetere più volte la vittima Y del suo timore riguardo le possibili ripercussioni per la testimonianza e la conseguente volontà di andar via. Successivamente poi la vittima effettua una ricognizione (atipica) del ricorrente in fase di indagine (quindi non nel contraddittorio delle parti e in assenza della difesa).

Tenuto conto del pericolo di intenzione da parte della vittima di lasciare il territorio italiano, la difesa chiede un'udienza ad hoc per procedere alla ricognizione personale → incidente probatorio, richiesta che viene però rigettata dal GIP. La vittima si reca in Albania per un periodo di vacanza e, durante una telefonata con il responsabile del programma di protezione testimoni nel quale era stato inserito, dichiara di non volere più fare ritorno in Italia per via delle possibili ripercussioni.

Inizia il processo di 1° grado → problema sull'assenza del testimone Y e sulla validità delle sue dichiarazioni. Secondo il tribunale di 1° grado queste dichiarazioni non sono utilizzabili, perché comunque si tratta dell'ipotesi in cui il testimone, senza un motivo apparente o comunque comprovato, ha deciso volontariamente di sottrarsi all'esame dell'imputato e di confrontarsi col soggetto accusato → se in base all'art. 111 co. 4 Cost. queste prove non sono utilizzabili, o meglio non le possiamo utilizzare per formare la penale responsabilità dell'imputato, conseguentemente non possono essere poste a fondamento della sentenza di condanna.

### L'ASSOLUZIONE IN PRIMO GRADO

- **Art. 526 c.p.p.** – Prove utilizzabili ai fini della deliberazione. “Il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento.
- *La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni di chi si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore”.*
- La Corte **assolveva** gli imputati perché escluse le dichiarazioni di Y e non residuavano in atti altri elementi in grado di dimostrare la loro responsabilità.

Richiamiamo **art. 526 cpp** perché ci dice che **le prove utilizzabili ai fini della decisione sono soltanto quelle che sono state legittimamente acquisite in dibattimento** → le dichiarazioni rese extra-udienza in fase di indagine, quindi non nell'ambito di incidente probatorio, da parte del testimone che si è volontariamente sottratto all'esame non sono legittimamente acquisite nel dibattimento, e pertanto non possono essere poste a fondamento della sentenza di condanna → la corte decide di assolvere l'imputato per mancanza di prove.

La procura della repubblica propone appello e l'elemento a sostegno del proprio atto di appello è l'errore della Corte d'assise che ha sbagliato a non considerare utilizzabili le dichiarazioni rese dal testimone durante le indagini, perché in quel caso era applicabile il 512, sostenendo che fosse imprevedibile che il testimone si sarebbe reso irreperibile.

L'imputato sostiene che non era vero e che non si potesse parlare di imprevedibilità, avendo lui manifestato in più occasioni la volontà di allontanarsi dal territorio nazionale. Tuttavia, **la corte di appello appoggia la tesi della procura della repubblica e condanna il ricorrente alla pena dell'ergastolo, perché ritiene utilizzabili le dichiarazioni rese dal testimone assente.**

La Corte di Cassazione adita dal ricorrente rigettava il ricorso ritenendo che il giudice dell'appello avesse motivato in modo logico e coerente tutti i punti contestati; quindi, la motivazione non era illogica come invece denunciato dal ricorrente.

## LA RICHIESTA DI REVISIONE

- Dopo due anni, un collaboratore di giustizia (Z) rendeva dichiarazioni spontanee nell'ambito delle quali affermava di aver partecipato ad un agguato insieme ad A e ad altre tre persone. In particolare, indicava W come colui che aveva sparato uccidendo X e ferendo Y. Tali circostanze venivano confermate anche da altri collaboratori di giustizia.
- Il Procuratore Generale presentava una richiesta di revisione che veniva dichiarata **inammissibile**.
- Avverso questa decisione, il ricorrente proponeva un ricorso per Cassazione che veniva accolto rinviando il procedimento alla Corte d'Appello di Perugia.
- La Corte d'Appello di Perugia dichiarava la richiesta di revisione inammissibile perché non rientrante in alcuno dei casi previsti dall'art. 630 c.p.p. (almeno finché non fosse divenuto definitivo l'accertamento della responsabilità di W non si sarebbe potuto valutare il contrasto dei giudicati) e **sospendeva** il giudizio.

Da quando la sentenza diventa definitiva succede qualcosa di imprevisto: un collaboratore di giustizia (Z) rileva una serie di dichiarazioni in merito all'attentato ai danni della vita di X e Y e riferisce che l'agguato era stato commesso da altre persone: lui, A e altri (tra cui W), W individuato come colui che avrebbe sparato. Se la tesi del collaboratore di giustizia Z è vera, non c'è spazio per la tesi del testimone assente, che aveva individuato Ogaristi come colui che aveva premuto il grilletto.

## LA RICHIESTA DI REVISIONE

- Dopo due anni, un collaboratore di giustizia (Z) rendeva dichiarazioni spontanee nell'ambito delle quali affermava di aver partecipato ad un agguato insieme ad A e ad altre tre persone. In particolare, indicava W come colui che aveva sparato uccidendo X e ferendo Y. Tali circostanze venivano confermate anche da altri collaboratori di giustizia.
- Il Procuratore Generale presentava una richiesta di revisione che veniva dichiarata **inammissibile**.
- Avverso questa decisione, il ricorrente proponeva un ricorso per Cassazione che veniva accolto rinviando il procedimento alla Corte d'Appello di Perugia.
- La Corte d'Appello di Perugia dichiarava la richiesta di revisione inammissibile perché non rientrante in alcuno dei casi previsti dall'art. 630 c.p.p. (almeno finché non fosse divenuto definitivo l'accertamento della responsabilità di W non si sarebbe potuto valutare il contrasto dei giudicati) e **sospendeva** il giudizio.

Il punto è che questa tesi riferita dal collaboratore di giustizia viene ribadita e confermata da altri collaboratori di giustizia. A questo punto, il procuratore generale presenta una richiesta di revisione per contrasto di giudicati → dapprima viene dichiarata inammissibile, dopodiché il ricorrente impugna l'ordinanza che aveva dichiarato inammissibile la sentenza di revisione e la Cassazione sostiene che la richiesta è ammissibile e rinvia tutto dinanzi la corte d'appello di Perugia. La Corte d'appello di Perugia rigetta parzialmente il ricorso, dicendo che, allo stato, non è possibile che vi sia una revisione perché non ricorre alcuna delle cause di revisione della sentenza. Infatti, in realtà non c'è contrasto di giudicati, perché possiamo parlare di contrasto di giudicati soltanto nel momento in cui ci sarà sentenza definitiva che accerti la penale responsabilità di W, cioè di colui che era stato individuato dai collaboratori di giustizia come colui che aveva premuto il grilletto, e quindi decideva di sospendere il giudizio (la corte d'appello di Perugia).

Ogaristi, la cui sentenza è definitiva decide di ricorrere alla Corte di Strasburgo → il governo, anche dinanzi alla Corte EDU, cerca di far presente la situazione, sostenendo che in realtà anche loro prima di condannare l'Italia dovrebbero aspettare, ovvero andare a vedere la soluzione della revisione che è momentaneamente sospesa in attesa del giudizio a carico di W. La corte però sostiene che non si possa formulare una prognosi sull'esito del procedimento penale in corso, perché non si può fare nessuna prognosi né sulla durata né tantomeno sul fatto che verrà o meno dichiarata la penale responsabilità di questo W, per cui ritiene ammissibile il ricorso presentato da Ogaristi.

### GLI ARGOMENTI DELLE PARTI – IL GOVERNO

- Il Governo difendeva la scelta legislativa nazionale degli artt. 512 e 526 c.p.p., finalizzata a garantire l'equilibrio tra la tutela dei diritti dell'accusato e l'accertamento dei fatti.
- Nel caso di specie il ricorrente era stato informato del contenuto delle dichiarazioni di Y, dunque aveva avuto la possibilità di **rispondere in dibattimento agli argomenti del medesimo**.
- L'assenza di Y era giustificata dal timore di minacce.
- La condanna del ricorrente non si era fondata solo sulle dichiarazioni di Y, ma anche su altri elementi (verbale di ispezione dei luoghi, dubbia fondatezza dell'alibi del ricorrente).

Il nostro ordinamento già all'art. 111 co. 5 cost. prevede che sono utilizzabili le dichiarazioni rese da chi non si sottopone al controesame in ragione delle minacce nei suoi confronti, perché l'imputato non può beneficiare della mancanza da parte di chi ha minacciato e coartato.

### GLI ARGOMENTI DELLE PARTI – IL RICORRENTE

- Il ricorrente contestava la tesi del Governo sulla non necessità di esaminare Y in dibattimento (non è possibile formulare ipotesi sull'esito dello svolgimento del confronto diretto).
- La condanna si era fondata solo sulle dichiarazioni di Y, a conferma vi è la sentenza di assoluzione di primo grado.
- Il ricorrente sottolineava di aver sollecitato un'occasione di confronto con il suo accusatore sin dalla fase delle indagini preliminari.

### LA DECISIONE DELLA CORTE

- In alcune circostanze può essere necessario ricorrere a dichiarazioni rese nella fase delle indagini preliminari:
  - se l'imputato ha avuto **un'occasione adeguata e sufficiente** di contestare la deposizione a carico, nel momento in cui è stata resa o in seguito, il suo utilizzo non è di per sé contrario all'art. 6 § 1 e 3 lett. d) Cedu;
  - i diritti di difesa sono limitati in modo incompatibile con le garanzie della Convenzione se la condanna si basa, **in modo unico o determinante**, su dichiarazioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto esaminare o fare esaminare, né durante le indagini preliminari né in dibattimento.

### LA DECISIONE DELLA CORTE (SEGUE)<sup>97</sup>

1. Quanto al primo aspetto, nel procedimento, il ricorrente **non aveva potuto procedere ad un confronto** diretto con il suo accusatore (in particolare, durante le indagini preliminari era stata rigettata la richiesta di incidente probatorio);
2. Quanto al secondo profilo, i restanti elementi di prova (il verbale di ispezione dei luoghi e l'alibi fornito dal ricorrente), più che avere un valore autonomo, avevano semmai corroborato le dichiarazioni di Y.

Il fascicolo non conteneva altri elementi in grado di dimostrare la responsabilità del ricorrente.

La corte decide di verificare le due condizioni:

- A. **Se vi è stata o meno un'occasione adeguata e sufficiente per l'imputato per contestare la dichiarazione resa dal testimone a carico** → la corte ritiene che lo Stato italiano non abbia dato un'occasione adeguata all'accusato di contestare la tesi offerta dal testimone assente, perché non ha mai avuto la possibilità, né prima né dopo, di confrontarsi con il proprio accusatore;
- B. **Se tale prova è stata messa a fondamento della sentenza come prova unica e determinante e che quindi i diritti della difesa non sono stati limitati ingiustificatamente o eccessivamente** → è vero che le dichiarazioni del testimone assente sono state la prova unica e determinante su cui si basa la condanna, perché tutti gli altri elementi (verbale d'iscrizione dei luoghi e l'alibi assai debole fornito

dal ricorrente) non sono degli elementi di prova autonomi sui quali potremmo basare la sentenza di condanna, ma sono elementi di contorno che vanno per lo più a corroborare la tesi accusatoria, che però è retta quasi unicamente sulle dichiarazioni del testimone assente.

→ per questo motivo la corte ritiene violato l'art. 6 par. 3 lett. D della CEDU (nell'ambito del giudizio a carico di W, alla fine Y va a testimoniare ed effettivamente non riconosce Ogaristi come colui che aveva sparato.)

## AL KHAWAJA & THAERY C. REGNO UNITO

(CEDU, GRANDE CAMERA 15 DICEMBRE 2011)

È il caso di un medico che era stato accusato di aver abusato di due sue pazienti dopo averle ipnotizzate → la prima vittima racconta l'episodio dopo molti mesi a due suoi amici e dopodiché, prima dell'inizio del dibattimento, si suicida; la seconda vittima rende delle dichiarazioni anche in dibattimento.

Ovviamente con riferimento alle dichiarazioni rilasciate dalla prima vittima, le dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria vengono ammesse in sede di dibattimento (morte nel caso tipico di impossibilità oggettiva del teste in udienza) ed il giudice, oltre ad ammettere le dichiarazioni della querelante ormai morta, ammette anche i due amici come testimonianza de relato, dando così anche la possibilità all'imputato di contro esaminare e contrastare la tesi della prima querelante, dando la possibilità di esaminare i suoi amici. La seconda vittima viene contro esaminata anche dall'imputato in udienza, anche i due agenti che avevano svolto le indagini, i due amici della prima vittima e altri due pazienti del medico che vanno a confermare un modus operandi abbastanza simile. La polizia aveva fatto degli accertamenti in ordine al rapporto tra le vittime, per verificare che non si conoscessero e che non ci fosse il rischio di una collusione tra di loro. A questo punto la giuria decide di condannare il signor Al Khawaja, dopo aver ricevuto delle indicazioni precise da parte del giudice, che aveva suggerito di valutare con cautela la cd "testimonianza de relato", e quindi di prendere con le pinze le dichiarazioni dei due amici della vittima ormai morta. Questa sentenza viene condannata anche in appello.

### CASO THAERY:

Ci troviamo nell'ambito di una rissa verificatasi in una comunità iraniana inglese, dove la persona offesa veniva accoltellata davanti ad altre persone, ma nessuna di queste persone andava ad attribuire la responsabilità dell'accoltellamento al ricorrente, ovvero al signor THAERY.

A pochi giorni dai fatti, un alto membro della comunità iraniana riferiva di aver visto il ricorrente accoltellare alle spalle la persona offesa, ma bisogna segnalare che la persona offesa non conferma questa tesi, cioè sostiene di non sapere se realmente fosse stato il ricorrente a colpirlo alle spalle.

Il signor Thaery viene arrestato e condannato di percosse e lesioni volontarie. Nel corso del processo, dopo un esame infruttuoso della vittima la quale sostiene di non sapere da chi sia stata materialmente accoltellata, vengono ammesse le dichiarazioni rese in sede di indagine dal testimone, che era stato dalla polizia giudiziaria due giorni dopo l'accaduto. Il testimone non si presenta in udienza perché sostiene di avere paura di possibili ripercussioni, ed il tribunale ritiene che effettivamente le dichiarazioni rese precedentemente fossero ammissibili, perché era sì un testimone assente, ma era un assente giustificato dalla paura delle percussioni perché aveva ricevuto delle minacce anonime.

Thaery viene ritenuto colpevole dei reati a lui contestati da questa giuria, giuria anche in questo caso educata ad esaminare con cautela le dichiarazioni rese dal testimone assente. Il sistema inglese, che funziona con la giuria, prevede, in caso di testimone assente, un'educazione della giuria in ordine a come deve valutare quella determinata fonte di prova.

Nel primo caso (c.1.) alla giuria era stato detto di considerare con attenzione le dichiarazioni dei testimoni de relato, perché comunque raccontano una testimonianza per sentito dire.

Nel secondo caso invece (c.2.) vi è l'opportunità di prendere con le pinze la testimonianza delle dichiarazioni rese extra-udienza da chi si era sottratto volontariamente dalla fase dibattimentale.

Il sig. Thaery viene ritenuto colpevole dei reati contestati sia in primo grado che in appello.

→ sia Al Khawaja che Thery presentano ricorso alla Corte EDU entrambi per violazione del diritto al confronto da parte del Regno Unito.

All'inizio la quarta sezione della Corte Europea aveva riconosciuto la violazione dell'art. 6 par.3 lett.d da parte del Regno Unito, sulla base della prassi della giurisprudenza consolidata, ponendosi due domande:

1. Agli imputati è stata data occasione adeguata e sufficiente di contestare le dichiarazioni rese dal testimone assente? (no)
2. Si tratta della prova unica e determinante su cui si basa la sentenza di condanna? (si)

Tuttavia, lo stato inglese impugna la sentenza e chiede rinvio dinanzi alla Grande Camera, **mettendo in dubbio l'assolutezza del test della prova sola o determinante** → va a sostenere che la regola della prova unica e determinante vada rivista, perché non si può sostenere questo automatismo, cioè che ogni volta che le dichiarazioni del testimone assente sono usate come prova unica e determinante, allora di default vi è la violazione dell'art 6 par. 3 lett. D, perché questa regola non consente di tenere in considerazione una serie di altri elementi, di altre cautele e garanzie procedurali che, stati come la Gran Bretagna, vanno a garantire.

Inoltre, aveva censurato la mancata considerazione delle ampie garanzie procedurali che l'ordinamento inglese prevede per controbilanciare l'uso del sentito dire.

### LA REGOLA DELLA PROVA UNICA O DETERMINANTE

Secondo la Grande Camera:

- serve una **ragione valida** per derogare al principio di cui all'art. 6 § 3 lett. d) della Cedu;
- grava sulle Autorità nazionali l'obbligo di adottare **tutte le misure idonee** ad assicurare la presenza del testimone al processo.

La regola della prova «sola o determinante» non è imprecisa:

- «sola» significa **prova esclusiva**;
- «determinante» va inteso in senso stretto, ossia come **prova decisiva**, quella la cui importanza è tale da decidere da sola il caso.

**Es:** se la deposizione di un teste assente è supportata da altre prove, l'apprezzamento del suo carattere determinante dipenderà dalla forza probante delle altre prove: più queste sono significative, meno la deposizione del testimone assente sarà suscettibile d'essere considerata "determinante".

La grande camera dice che sicuramente un primo elemento da prendere in considerazione è la ragione per cui il testimone è assente → si può discutere su una possibile deroga al diritto al confronto solo se vi si domanda se sussiste una **ragione valida in capo all'assenza** (morte).

Il caso delle minacce è una situazione più ambigua, bisogna verificare se le minacce sono concrete o se la paura è solo teorica o anche reale.

Inoltre, la Grande Camera sostiene che le autorità nazionali fanno tutto quanto in loro potere per cercare di garantire il rispetto del diritto al confronto e quindi la possibilità di constatare il proprio accusatore e di confrontarsi con lui. La Grande Camera ci dice anche che la regola della prova unica o determinante non è imprecisa, ma dobbiamo inserire la valutazione nell'ambito di un testo più ampio e chiarisce il concetto di prova unica e determinante.

Si parla di prova unica e determinante →

- Sola o unica → solo se si basa esclusivamente su quella prova
- Determinante → vi sono anche altri elementi di prova a sostegno della tesi, tuttavia il valore probatorio attribuito a quella prova, nello specifico attribuito dalle corti nazionali, è decisiva. Una prova assume valore di prova determinante quando il suo peso probatorio cresce rispetto a quello degli altri elementi di prova.

Cosa decide la Grande Camera nei casi in questione?

#### LA DECISIONE DELLA CORTE

- La regola della «**prova unica o determinante**» non può essere applicata in modo eccessivamente rigido, ma richiede la valutazione delle specificità dell'ordinamento nazionale (l'equità complessiva del procedimento, il modo in cui le garanzie sono state applicate, l'estensione delle possibilità procedurali offerte alla difesa per compensare gli ostacoli con cui essa si è dovuta confrontare).
- Deve riconoscersi che la semplice ammissione di una testimonianza che appaia determinante, alla cui assunzione la difesa non abbia partecipato, non comporta automaticamente la violazione dell'art. 6 Cedu.
- In una valutazione complessiva, occorre verificare se gli svantaggi subiti dalla difesa siano stati **controbilanciati da solide garanzie procedurali**.

Bisogna prendere **tre elementi** in esame:

- La ragione alla base dell'assenza del testimone
- Se la dichiarazione del teste assente assume ruolo di prova unica e determinante
- Andare a guardare le garanzie procedurali dello stato per contro bilanciare la lesione del diritto al confronto.

Questi tre step sono i tre step del cd **Al Khawaja test**

#### IL C.D. AL KHAWAJA TEST

**Step 1:** indagine sulla validità dei motivi per cui il teste non è stato escusso nel processo;

**Step 2:** valutazione del carattere unico o determinante della prova unilateralmente assunta impiegata in condanna;

**Step 3:** esistenza di adeguati fattori in grado di controbilanciare il *deficit* dialettico.

Applicazione non sempre coerente e lineare nella giurisprudenza della Corte e.d.u.:

- 1) L'accertamento della *fairness* processuale deve passare attraverso tutti e tre i criteri del test?
- 2) Qual è la successione dei parametri per lo svolgimento?

→ applicando questo test, cosa decide nello specifico la corte di Strasburgo?

#### LA DECISIONE DELLA CORTE. IL CASO AL KHAWAJA

• L'assenza al dibattimento della prima vittima era dovuta al suo decesso (impossibilità di natura oggettiva).

In questo caso:

- La deposizione *de relato* dei due amici della vittima era stata attendibile e compatibile con quanto dichiarato dalla persona offesa;
- Le dichiarazioni erano state documentate con tutti i crismi dalla polizia;
- Le dichiarazioni delle altre vittime erano analoghe a quelle della persona offesa (no prova di collusione tra di loro);
- Negli episodi di violenza sessuale, in cui sono presenti solo vittima e agente, è difficile avere prove maggiormente persuasive.

#### LA DECISIONE DELLA CORTE. IL CASO THAERY

- Nel caso concreto si era reso necessario verificare se il Giudice avesse accertato se lo stato di paura del testimone T fosse fondato su motivi oggettivi e quindi se la scelta di dare lettura delle dichiarazioni raccolte senza contraddittorio fosse stata corretta.
- Le dichiarazioni di T erano infatti la prova determinante a carico del ricorrente (avevano un peso tale da accrescere le probabilità di condanna rispetto a quelle di assoluzione);
- Nella valutazione dell'esistenza di **elementi compensatori a garanzia dei diritti della difesa**, la Corte rilevava che nessuno degli argomenti addotti dal Governo (possibilità per il ricorrente di farsi interrogare, ovvero di citare altri testimoni a controprova) era in grado di controbilanciare le difficoltà arrecate alla difesa.

## SCHATSHASCHWILI C. Germania:

È sempre una sentenza della Grande Camera che va a precisare alcuni particolari del TEST.

Il ricorrente veniva condannato per estorsione e rapina sulla base della testimonianza di due prostitute italiane che si erano poi rese irreperibili e che quindi avevano reso le loro dichiarazioni solo durante la fase delle indagini preliminari e in assenza della difesa; si pone un problema di utilizzabilità o inutilizzabilità delle loro dichiarazioni. Viene ad essere applicato l'Al Khawaja test:

Sforzo ragguardevole del giudice nazionale affinché i testimoni venissero esaminati in aula

Le dichiarazioni non erano la prova unica e determinante

Presenza di sufficienti fattori riequilibranti per bilanciare i limiti del diritto al confronto. In particolare, durante la fase delle indagini era stata predisposta l'audizione dei testimoni, ma in assenza della difesa, tenendo conto del loro timore. Inoltre, le dichiarazioni erano state scrupolosamente analizzate dalle Corti di merito e le testimonianze erano corroborate da altri elementi di prova.

La Grande Camera ha specificato la portata dei singoli criteri dell'«Al Khawaja test».

### ➤ Relazione tra i criteri:

- La mancanza di buone ragioni idonee a giustificare l'assenza del testimone (*step 1*) non può implicare di per sé l'iniustizia del processo.
- La valutazione della *fairness* processuale implica un esame sia dell'importanza delle dichiarazioni accusatorie non verificate in contraddittorio (*step 2*), sia delle misure adottate dall'autorità giudiziaria allo scopo di compensare il pregiudizio per la difesa (*step 3*).

Nello specifico la Grande Camera coglie l'occasione per andare a fare delle specificazioni sulla portata dei singoli criteri dell'Al Khawaja test → conferma sentenza del 2011 → bisogna tenere conto dei fattori, ma la mancanza di uno non esclude la continuazione dell'esame: quindi l'ordine è quello del primo test, tuttavia il mancato soddisfacimento di uno dei parametri non implica necessariamente la violazione o la non violazione dell'art. 6; dice infatti che anche se mancano delle buone ragioni che giustificano l'assenza del teste, non può di per sé dirsi che il processo non è stato equo, ma bisogna procedere anche all'esame degli altri due punti e poi bilanciare per capire.

L'ordine da seguire è quello della sentenza Al Khawaja, tuttavia la Corte precisa che vanno usati tutti i criteri (anche se 1 non soddisfatto bisogna continuare).

Scendendo nello specifico nei singoli criteri:

### Valutazione della solidità dei motivi per cui il teste non è stato escusso nel processo

- **morte o infermità:** l'unico modo per assicurare al giudizio le dichiarazioni è la loro lettura.
- **paura:**
  - se determinata da **minacce** (dirette o per interposta persona) è sempre legittima la lettura delle dichiarazioni precedenti → non si può permettere all'imputato di trarre beneficio da azioni incompatibili con i diritti della vittima o dei testimoni;
  - se determinata da una più generale **apprensione per le conseguenze** derivanti dal deporre nel processo, le corti nazionali devono condurre un'indagine accurata prima di disporre la lettura delle dichiarazioni precedenti.

### ANALISI DEL PRIMO PARAMETRO DEL TEST

#### IRREPERIBILITÀ:

- spetta all'organo giurisdizionale compiere ogni ragionevole sforzo per ottenere la comparizione della fonte di prova (aiuto delle autorità nazionali inclusa la polizia, ricorso agli strumenti di assistenza internazionale disponibili se il dichiarante è residente all'estero) → in ogni caso il giudice deve compiere una valutazione approfondita delle ragioni che hanno impedito la comparizione del dichiarante in udienza.

Tra le ragioni che giustificano l'assenza → la morte o ragioni come l'infermità, o malattia mentale che influisce sulle capacità mnemoniche del testimone. Nel caso della **paura** la cosa è un po' diversa, perché bisogna guardare da cosa deriva la paura ← se deriva da minacce dirette o tramite interposta persona allora possono essere legittime le dichiarazioni in sede di indagini (non si può permettere all'imputato di

trarre beneficio da un comportamento illecito). Se si parla di una paura in termini di generiche ripercussioni, in questo caso bisogna valutare con attenzione, valutare se una persona normale nelle stesse condizioni avrebbe reagito allo stesso modo, tenendo conto del caso specifico.

Diverso è il caso dell'**irreperibilità** → non ci sono dei criteri chiari per capire quando si possa essere giustificati per l'irreperibilità, bisogna analizzare ogni circostanza nello specifico. Il giudice deve compiere una valutazione approfondita per vedere se ci sono delle ragioni fondate che giustificano la mancata comparizione in udienza. Nei casi d'irreperibilità dubbia bisogna che l'autorità oltre allo sforzo di rintracciarle faccia una valutazione approfondita in modo da scoprire dagli atti o altro le ragioni; laddove non ci riesce, e quindi manchi una ragione giustificativa dell'assenza del testimone, gli altri due step devono essere comunque svolti e si deve passare a valutare il parametro sulla prova unica e determinante.

#### ANALISI DEL SECONDO PARAMETRO DEL TEST

##### CARATTERE DI PROVA UNICA E DETERMINANTE:

- La prova «**unica**» è quella che è la sola a pesare contro un accusato.
- La parola «**determinante**» deve essere intesa in senso stretto, come se designasse una prova la cui importanza è tale da poter da essere decisiva per l'esito della causa.

Se la deposizione di un testimone che non è comparso al processo è corroborata da altri elementi, la valutazione del suo carattere determinante dipenderà dal valore probatorio di questi altri elementi: più questa sarà probante, meno la deposizione del testimone assente potrà essere considerata determinante.

Una prova «ha un peso significativo» se la sua ammissione può aver causato delle difficoltà alla difesa.

La Corte Edu deve verificare la valutazione dei giudici nazionali alla luce dei criteri di apprezzamento dell'importanza delle testimonianze come prova e garantire essa stessa che la valutazione fatta dai giudici nazionali del peso della prova non fosse inaccettabile o arbitraria. Inoltre, deve effettuare una propria valutazione dell'importanza attribuita alla deposizione del testimone assente se le autorità giudiziarie nazionali non hanno indicato la loro posizione al riguardo o se quest'ultima non è chiara

Carattere di prova unica e determinante → (abbiamo già detto quando una prova è unica o determinante) in questo caso la corte va a ribadire quanto detto nella sentenza del 2011 (Al Khawaja) ribadendo come la valutazione sulla determinatezza o meno della prova deve essere effettuato dai giudici nazionali ma la Corte di Strasburgo stessa deve andare e a verificare se la valutazione del valore probatorio della dichiarazione del testimone assente sia logica e razionale; cioè se i giudici nazionali abbiano attribuito alle dichiarazioni rese dal testimone assente un valore di prova non determinante (valutando altri come elementi determinanti), questo non deve essere accettato acriticamente dalla corte di Strasburgo che lo specifica nella sentenza del 2015, la corte infatti deve andare ad effettuare una propria valutazione sulle dichiarazioni del testimone assente e verificare se le valutazioni probatorie dei giudici nazionali siano logiche e coerenti. Se la corte, con la stessa documentazione che aveva in mano il giudice nazionale, si rende conto di come in realtà le dichiarazioni del testimone assente hanno avuto il valore di prova unica o determinante nella sentenza di condanna lo deve far presente, vuol dire che in quel caso al di là delle considerazioni fatte dai giudici nazionali quella prova era determinante. Strasburgo giudice anche del peso probatorio attribuito alle dichiarazioni da parte dei giudici nazionali.

#### ANALISI DEL TERZO PARAMETRO DEL TEST

##### VALUTAZIONE DELLE MISURE DIRETTE A CONTROBILANCIARE IL DEFICIT DIALETTICO

Il giudice nazionale deve valutare gli elementi di prova formati unilateralmente con **particolare prudenza** a causa del valore ridotto delle dichiarazioni provenienti dai testimoni assenti:

- avvalersi della **videoregistrazione** per permettere alle parti di osservare il contegno del teste sotto esame (Corte e.d.u., 3.04.2012, *Chmura c. Polonia*; Id., 10.01.2012, *A.G. c. Svezia*);
- assicurare all'imputato la possibilità di fornire la propria versione dei fatti (Corte e.d.u., 22.11.2012, *Tseber c. Repubblica Ceca*);
- considerare gli elementi in grado di corroborare le dichiarazioni del teste non verificate (Corte e.d.u., 17.09.2013, *Brzuszyński c. Polonia*);
- possibilità per la difesa di porre domande indirette al teste assente (per esempio per iscritto) (Corte e.d.u., 18.12.2014, *Scholer c. Germania*);
- garantire la possibilità di sentire il teste nella fase delle indagini (Corte e.d.u., 19.02.2013, *Gani c. Spagna*).

Garanzie procedurali che vanno a contro bilanciare il deficit dialettico, vanno a bilanciare la limitazione del diritto al confronto → vista la differenza tra gli ordinamenti aderenti alla Convenzione non vi è un elenco tassativo; è la Corte di Strasburgo che di volta deve andare a verificare la sussistenza di queste garanzie sufficienti a contro bilanciare questo deficit del contraddittorio, per esempio utilizzo delle videoregistrazioni (registrazione del testimone assente: consento all'accusato di andare a valutare una serie di aspetti che altrimenti gli sarebbero preclusi; dandogli anche la possibilità di spiegare determinate circostanze – anche il legislatore italiano tramite la riforma Cartabia ha introdotto la videoregistrazione come uno degli atti di alcune indagini). Un'altra misura per contro bilanciare potrebbe essere quella di valutare una serie di elementi in modo tale che siano in grado di corroborare la tesi del teste assente, di permettere di non fondare la decisione solo sulle dichiarazioni del teste assente. Vi è anche la possibilità in alcuni ordinamenti di porre delle domande in differita al teste che non si vuole sottoporre al contraddittorio tra le parti ma magari ad un cartolare. Un'altra ipotesi, sempre laddove sia possibile, esaminare il teste durante le indagini preliminari.

Queste sono alcune delle semplificazioni delle possibili misure volte a contro bilanciare questo deficit dialettico, ovviamente la Corte dovrà di volta in volta prendere in considerazione tutte le misure prese nel caso specifico e se sono sufficienti o meno e quindi se il piatto della bilancia pesa di più verso la violazione o la non violazione del diritto al confronto.

La decisione della Corte in merito al caso c. la Germania.

#### LA DECISIONE

La Grande Camera ha riformato quanto statuito dalla V sezione della Corte, accertando la violazione della Cedu da parte della Germania.

➤ In applicazione dell'*Al Khawaja test*, la Grande Camera ha verificato che lo Stato convenuto aveva compiuto ogni sforzo per assicurare la presenza dei testimoni.

Tuttavia, il giudizio complessivo sulle misure adottate per controbilanciare il pregiudizio patito dalla difesa era comunque negativo → non è stata fornita al ricorrente un'occasione adeguata di confronto con i testimoni dell'accusa in nessuna fase del procedimento (in particolare nell'udienza anticipata di acquisizione delle prove disposta per prevenire il rischio di dispersione probatoria, era stata celebrata senza la presenza del difensore).

La Corte applica quanto detto in precedenza nel caso di specie: siamo dinanzi ad un caso di irreperibilità, in quanto non sappiamo perché si sono rese tali le due testimonianze; nonostante ciò, lo stato tedesco ha fatto quanto in suo potere per assicurare la presenza delle due testi.

**GIUDIZIO COMPLESSIVO TENENDO CONTO DEI 3 PARAMETRI DEL TEST** → il giudizio tende verso la violazione, in quanto il ricorrente non ha avuto occasione adeguata e sufficiente e in quanto la prova unica e determinante sono le dichiarazioni e perché non ci sono garanzie procedurali che bilanciarono questo deficit.

## CAFAGNA C. Italia

(CEDU, 12 OTTOBRE 2017)

#### IL CASO

- La Corte di Cassazione aveva dichiarato inammissibile il ricorso dell'imputato, che si lamentava dell'impiego in sentenza delle dichiarazioni del testimone irreperibile.
- A parere della Corte, mancavano «*circostanze da cui ricavare la prova che il teste d'accusa a[vesse] mai espresso la volontà di sottrarsi al contraddittorio con l'accusato e il suo stato di latitanza ... [aveva] impedito una sua regolare citazione per l'udienza*».
- Da qui, la **piena utilizzabilità** delle prove assunte in difetto di contraddittorio, ai sensi dell'art. 512 c.p.p.

È un caso successivo alla sentenza Al Khawaja e alla successiva pronuncia della grande camera del 2015, che vede nuovamente protagonista l'Italia. Ancora una volta Italia viola il diritto al confronto. Si pensava

che dopo che la corte individuò il Test, oltre ad indirizzare la stessa corte di Strasburgo dovrebbe andare ad orientare l'operato dei giudici nazionali. Di conseguenza il giudice italiano, nell'udienza preliminare, nel momento in cui decide se acquisire o meno in dibattimento le dichiarazioni rese durante le indagini dal teste assente dovrebbe fondare la sua decisione sulla base dell'Al Khawaja test, severamente vuole evitare che l'Italia venga condannata per violazione del diritto al confronto.

Tuttavia, questa sentenza serve a confermare che nell'ordinamento italiano c'è stata una certa ritrosia ad adeguarsi agli standard della corte di Strasburgo, tanto è vero che l'Italia è stata condannata. Infatti, nel caso di specie: testimone irreperibile e il giudice senza ulteriori accertamenti (come quelli dettati nella sentenza Al Khawaja) ha ammesso ex art 512 c.p.p. le dichiarazioni rese dal teste assente in fase di indagine e su questo ha basato la sentenza di condanna.

A questo punto il caso arriva a Strasburgo, dove la corte applicando alla lettera gli step dell'Al Khawaja test va ad accertare che c'è stata violazione dell'art. 6 CEDU.

Alla luce dei criteri fissati nel c.d. "Al-Khawaja test" – e ribaditi, con ulteriori precisazioni, dalla sentenza Schatschaschwili c. Germania – la Corte di Strasburgo ha avuto buon gioco nello stabilire la violazione del dettato convenzionale:

L'autorità nazionale non ha fatto tutto quanto ragionevolmente ci si potesse aspettare per garantire la presenza al processo della fonte di prova (1° step);

Le dichiarazioni dell'assente erano determinanti ai fini dell'accertamento della responsabilità (2° step);

Lo stato italiano non ha offerto nello specifico delle garanzie sufficienti a contro bilanciare quel deficit dialettico la mera lettura (consentita dal 512) dibattimentale delle dichiarazioni raccolte, in modo unilaterale, dalla polizia giudiziaria durante le indagini ha impedito un apprezzamento corretto ed equo della credibilità di tali prove da parte dell'organo giurisdizionale (3° step).

Abbiamo detto cosa si intende per trattamenti inumani, trattamenti degradanti, fino ad arrivare all'ipotesi della tortura

i profili problematici strettamente inerenti alla formulazione ed all'interpretazione della nuova norma incriminatrice non devono distogliere l'attenzione da almeno altre tre questioni di non trascurabile rilievo

identificazione dei singoli responsabili di abusi e violenze tra gli appartenenti alle forze dell'ordine. Nei casi di specie si rileva sempre la mancanza di collaborazione da parte delle forze dell'ordine ai fini dell'accertamento dei fatti e il problema dell'assenza del numero identificativo sulle uniformi degli agenti.

problema dell'emersione dei maltrattamenti posti in essere in contesti "chiusi" come quello carcerario. Vale la pena ricordare, sul punto, che nel caso dei detenuti di Asti gli abusi degli agenti erano emersi solo incidentalmente, grazie alle intercettazioni telefoniche volte ad accertare l'esistenza di un traffico di stupefacenti nell'istituto

Queste vicende sono caratterizzate da un alto tasso di corporativismo → mancata collaborazione dei soggetti che hanno parte di questo ordine (polizia, carabinieri ecc.). queste vicende di solito emergono all'interno di contesti chiusi dove sostanzialmente i colleghi non sono sempre disposti per individuare la responsabilità del soggetto.

Questi comportamenti possono emergere anche all'interno del contesto carcerario.

Un'altra questione riguarda la pena edittale per la tortura → tutti i trattati hanno individuato come elemento fondamentale il fatto che il reato individuato sia imprescrittibile, cosa che invece non è prevista nel 613-bis/ter.

Vediamo se questa condotta può emergere dall'esecuzione di una pena, cioè dal divieto di sottoposizione a pene che rivestono trattamenti inumani o degradanti → anche la pena legittimamente inflitta (a seguito di un processo che si è concluso con una sentenza di condanna), che di per sé è una sofferenza, quando questa sofferenza fisiologica supra una determinata soglia, ecco che anche l'esecuzione di una legittima pena detentiva può integrare un trattamento inumano o degradante.

La giurisprudenza ha individuato 3 diverse situazioni che riguardano i momenti in cui l'esecuzione della pena può configurare un trattamento inumano e degradante:

1. **Condizioni della detenzione** → ambiente nel quale il soggetto è recluso, è obbligato ad eseguire la pena
2. **Sottoposizione a regimi carcerari particolarmente duri** (regime ex. Art. 41 bis ord. penit., isolamento). Alcuni sistemi prevedono un doppio binario → regime differenziato di detenzione rispetto ai comuni detenuti.
3. **Durata della pena** → se sproporzionata, se eccessiva può integrare un trattamento inumano e degradante

1. **CONDIZIONI DELLA DETENZIONE:**

La giurisprudenza ha subito un'evoluzione. Le pronunce rese dalla corte possono dividersi in due gruppi:

- Hanno riscontrato la violazione dell'art. 3 a fronte di **situazioni di carattere obiettivo** ← a prescindere dalla qualità del soggetto, della condizione soggettiva del soggetto. Le sentenze hanno evidenziato le condizioni nel quale il soggetto, a prescindere dalle sue condizioni di salute soggettive, dovesse essere costretto a vivere. Es. precarie condizioni igieniche della cella o lo spazio disponibile per ogni singolo detenuto nella cella. Es. mancanza di areazione, mancanza di servizi sanitari.

Per quanto riguarda queste sentenze, nel nostro ordinamento la sentenza di riferimento è la sentenza

**Sulejmanovic c. Italia**. quale è il messaggio che emerge da questo filone di sentenze? Ad ogni detenuto deve essere garantito uno spazio minimo personale a sua disposizione. Deve avere a disposizione un proprio spazio, spazio di cui deve essere verificata l'entità. I giudici di Strasburgo hanno ravvisato nei confronti dell'Italia la violazione dell'art. 3 per il fatto che al detenuto era riservato uno spazio personale di 2.72 mq. Ci sono celle disposte per due persone nelle quali in cui, in realtà, sono detenute 12 persone. L'aspetto dello spazio personale a disposizione che deve essere garantito è di fondamentale importanza. Infatti, se non viene garantito un determinato spazio di vita personale → violazione art. 3 → trattamento inumano.

Vi sono alcuni filoni che hanno fatto riferimento allo spazio minimo, ai mq minimi da mettere a disposizione. In Russia si è optato per 3.4 mq. I mq, ad oggi, dovrebbero essere tra 3 e 4.

Questi mq a disposizione per ogni singolo detenuto aiutano anche a calcolare il **tasso di sovraffollamento carcerario**. Cosa vuol dire questo? Vi sono molte carceri dove vi sono più ospiti rispetto a quanti la struttura ne potrebbe ospitare. Il nostro paese è stato interessato a questa situazione soprattutto nel 2013, perché in quell'anno è arrivata nei confronti dell'Italia una sentenza pilota → **sentenza Torreggiani c. Italia** →

**problema strutturale dell'ordinamento**. Serve un intervento, una **misura generale di riparazione**. Se il L. non interviene, l'Italia rischia di essere destinataria di una serie di sentenze di condanna per trattamenti inumani. Il consiglio d'Europa lascia aperta la procedura di infrazione per dare tempo all'Italia di porre in essere le modifiche strutturali che permettano di evitare altre violazioni.

Torreggiani lamentava che il carcere nel quale era detenuto, di Busto Arsizio, era un carcere nel quale **non era garantito lo spazio minimo a disposizione per ciascun detenuto** → **alto tasso di sovraffollamento** (8 detenuti per cella). **Vi erano scarse condizioni igieniche e molti detenuti erano costretti a lavarsi solo 1 volta a settimana e non c'era la possibilità di usufruire di acqua calda** → condanna dell'Italia.

Come si interviene? Con il cd **piano carceri** → entro la fine del 2012 prevedeva la costruzione di 11 nuovi penitenziari e l'ampliamento di 20 istituti già esistenti ed il reclutamento di 2000 agenti di polizia penitenziaria e la previsione della possibilità di far scontare in detenzione domiciliare le pene detentive inferiori ai 12 mesi. Nonostante ciò, dopo 2 anni il tasso di sovraffollamento era rimasto immutato (148%). → la corte ha constatato inadeguatezza delle misure adottate dal governo italiano per sopperire al problema del sovraffollamento carcerario. La Corte ha esortato l'Italia a limitare il ricorso alla custodia cautelare in carcere e ad ampliare il ricorso a misure punitive non privative della libertà personale e ad individuare misure alternative alla detenzione.

Cosa si può fare? Dopo il 2013, nel 2014 il problema si è posto nella sua importanza. Bisogna risolvere il problema del sovraffollamento carcerario. Il tasso di sovraffollamento italiano era del 147%. Ci sono troppi detenuti condannati ad eseguire una pena detentiva → come si potrebbe risolvere il problema? magari

prevedendo pene alternative al carcere, maggiori casi di amnistia ed indulto. Ma il punto principale è la depenalizzazione → nel cpp abbiamo comportamenti dichiarati di rilevanza penale che non sono più di allarme sociale. Continuiamo ad introdurre condotte che, secondo i nostri L., meritano l'esecuzione della pena in carcere. Questo perché tutto ciò che non comporta il carcere viene visto come qualcosa di poco rilevante dal punto di vista dell'inflizione della pena. La depenalizzazione, quindi, sarebbe lo strumento più importante.

Per quanto riguarda l'aumento delle strutture carcerarie, vi sono alcuni studi che dimostrano che più si aumentano le strutture carcerarie, più proporzionalmente aumentano i detenuti in queste. È una sorta di effetto al contrario, in quanto psicologicamente il L. continuerebbe sempre di più alla penalizzazione di comportamenti.

Come ha risolto l'Italia il problema? Il primo intervento è stato nel 1990 quando il L. è intervenuto sulla fattispecie di piccolo spaccio riducendo la pena edittale → così facendo, per questa fattispecie di reato l'applicazione della custodia cautelare in carcere era preclusa. Similari esigenze di natura deflattiva hanno portato all'introduzione nel 2015 dell'ipotesi di non punibilità per particolare tenuità del fatto per reati di circoscritta gravità sanzionati con pena detentiva non superiore nel massimo a 5 anni ed alla depenalizzazione di alcuni reati.

Nel 2013 Sono state adottate le misure cd decreti svuota carceri che sono intervenuti sia sulle modalità esecutive che sulla durata della pena. Importante è stata la previsione della liberazione anticipata speciale caratterizzata da una detrazione di pena di 75 giorni ogni sei mesi di pena scontata.

Di rilievo è l'intervento in materia di detenzione domiciliare (con l'introduzione di procedure di controllo elettronico come lo utilizzo del braccialetto elettronico).

**LEGGE 21 FEBBRAIO 2014, N.10** (conversione del decreto svuota carceri dello stesso 2014). Quello è l'unico decreto che è intervenuto per cercare di risolvere la situazione.

Anzitutto, si ha il tentativo di rendere più fruibili tutti quegli strumenti che erano già presenti nell'ordinamento e che permettono di scontare, almeno in parte, la pena al di fuori delle strutture carcerarie → **misure alternative alla detenzione + permessi premio**, di cui il detenuto può usufruire dopo aver scontato già alcuni anni nel carcere + **liberazione anticipata speciale**, caratterizzata dalla detrazione di 75 gg ogni 6 mesi di pena scontata (anziché i 45 gg originari). Questo decreto dice che questo sconto forte di pena è una misura avente carattere temporaneo per un periodo di 2 anni dall'entrata in vigore del decreto. Chi può partecipare è solo il soggetto che abbia dato prova di avere partecipato all'opera di rieducazione come previsto nella forma ordinaria.

Vengono innanzitutto in considerazione le disposizioni dirette ad **ampliare** l'ambito di operatività delle **misure alternative** e dei **benefici penitenziari**.

In questo senso, la novità più significativa è senz'altro rappresentata dall'introduzione, ai sensi dell'art. 4 del decreto, della "**liberazione anticipata speciale**", caratterizzata da una **detrazione di 75 giorni ogni sei mesi di pena scontata**, anziché di 45 giorni, come nella liberazione anticipata ordinaria, di cui all'art. 54 o.p.

- la misura si caratterizza, innanzitutto, per il suo **carattere temporaneo**: essa infatti è destinata ad operare solo per un periodo di **due anni dalla data di entrata in vigore del decreto** (ciò che spiega perché la disposizione non è stata inserita nel corpo dell'art. 54 o.p.).
- Rimane invece **invariato il presupposto soggettivo**, posto che la misura continua a concedersi sulla base della **prova della partecipazione del condannato all'opera di rieducazione**, così come previsto nella forma ordinaria.

Quanto al potenziamento delle misure alternative, occorre anzitutto accennare alle modifiche apportate all'art. 47 op, in **materia di affidamento in prova, il quale viene ampliato** (anche in questo caso in misura provvisoria). Viene ampliato estendendolo anche ai condannati con pene anche residue fino a 4 anni (anziché 3 anni).

Altra misura è **l'abolizione del divieto** (di cui all'art. 94.5 d.P.R. 1990) **di applicare più di due volte l'affidamento in prova terapeutico per condannati tossicodipendenti ed alcol dipendenti**.

Era prevista la possibilità di affidamento in prova per questi soggetti per un massimo di due volte → se per due volte non fossero riusciti a superare questa misura, sarebbero tornati in carcere. Quando parliamo di

questa misura che sembra molto specifica, in realtà, stiamo parlando del 25% della popolazione carceraria italiana.

L'altra misura è la **stabilizzazione della misura dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ai 18 mesi** → fuoriuscita dalle carceri di circa 12k detenuti.

Un'altra misura riguarda l'art. **275 bis cpp** → è possibile sottoporre i soggetti agli arresti domiciliari anche in sostituzione della custodia cautelare in carcere a procedure di controllo elettronico, salvo che il giudice le ritenga non necessarie in relazione alla natura ed al grado della pena.

Inoltre, si interviene su uno specifico strumento che era già a disposizione del detenuto, ma lo si modifica in meglio → il decreto ha messo ordine nella materia del reclamo del detenuto al magistrato di sorveglianza.

Di tale reclamo si occupa l'art. 35 bis dell'ordinamento penitenziario il quale, rinviando all'art. 69 op, stabilisce innanzitutto i casi in cui può essere attivato.

Secondo la nuova normativa, il detenuto può proporre reclamo al magistrato di sorveglianza in due ipotesi:

- 1) Provvedimenti di natura disciplinare adottati dall'amministrazione penitenziaria
- 2) Inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti.

→ la corte EDU stabilisce le condizioni affinché il detenuto possa accedere al magistrato di sorveglianza.

→ l'Italia è riuscita ad avere una forte riduzione del tasso di sovraffollamento → il numero della popolazione carceraria è sceso del 18%. Nel 2015 il tasso di sovraffollamento italiano è dell'86%.

**Quale è il problema del decreto del 2014? Che è temporaneo e dura solo 2 anni.**

Ecco che dal 2016 torniamo alla stessa situazione → tasso di sovraffollamento del 113%.

Con riguardo al tasso di sovraffollamento, sia durante l'efficacia delle misure del decreto sia dopo, abbiamo una percentuale molto simile e molto alta di soggetti che sono in carcere non per eseguire una pena, ma per custodia cautelare in quanto hanno una misura cautelare nei loro confronti (35%). Sono in carcere in assenza di una condanna. Ovviamente vi sono esigenze cautelari.

Tradurre un soggetto all'interno del carcere è la situazione più comoda. Se il giudice dovesse scegliere una misura diversa potrebbero esserci dei rischi + costi di più in termini di risorse ed organico.

L'Italia, quindi, rimane nei 5 paesi dell'UE con il più alto tasso di detenuti in custodia cautelare, con una media del 22% a livello europeo.

Secondo i dati forniti dal Ministero della Giustizia, a fine febbraio 2020 erano presenti nei 189 istituti penitenziari 61.230 detenuti a fronte di una capienza regolamentare di 50.931 posti. Il tasso di sovraffollamento si attestava al 119%.

**114** Art. 19 co. 1.1. T.U. Immigrazione (così come modificato dal d.l. n. 130/2020)

L'articolo 3 della l. 14 luglio 2017, n. 110, ha inserito il co. 1.1 all'art. 19 del T.U. sull'immigrazione (da ultimo modificato dal d.l. 130/2020) che così recita:

**«Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani.»**

Alla luce di quanto presente nei rapporti di Amnesty International e degli organismi internazionali che si occupano di prevenzione della tortura, è **illegittima l'espulsione di detenuti verso paesi dove la tortura è un rischio possibile e i diritti umani sono sistematicamente violati**. Dunque non possono essere espulsi a fine pena i detenuti egiziani, siriani, turchi e di tutti quegli altri Paesi dove analoghi sono i rischi.

→ la legge considera contraria alla legge l'espulsione di stranieri, a prescindere dalla loro condizione di clandestinità, verso paesi nei quali sono possibili torture, trattamenti inumani o nei quali sono sistematicamente violati i diritti umani → no espulsione, a fine pena, dei detenuti Egiziani e Siriani e Turchi (è prevista la tortura).

Nel 2017 la situazione continua ad essere molto grave. Ad un certo punto, nel 2020, si inizia a pensare alla soluzione dell'indulto. Nel nostro sistema, nella nostra storia, fino a 10 anni fa il problema del sovraffollamento carcerario si poneva sempre con percentuali molto contenute. Il problema c'era, ma non eravamo i secondi paesi subito dopo la Grecia ad avere questo problema, perché ogni tot anni si sapeva che

sarebbe uscito un provvedimento di indulto che tamponava il problema facendo uscire una % importante di detenuti dalle carceri.

L'indulto, poi, non si è più fatto per una serie di ragioni, nonostante questo rappresenti una sorta di strumento di pacificazione. Anche perché l'indulto ha sempre caratterizzato sconti di pena (possibilità di non eseguire più la pena) di soggetti che avevano una pena residua, e che quindi avevano già eseguito una pena importante all'interno delle carceri.

L'arrivo della **pandemia** ha avuto un impatto molto forte sulla situazione carceraria, perché si temeva che il virus potesse entrare nelle carceri → il governo ha emesso una serie di divieti per evitare ciò → **divieto di colloqui con i familiari**. Proprio questo ha comportato delle manifestazioni di protesta. **I colloqui con i familiari per molti detenuti rappresentano l'unico canale con l'esterno e con la società civile, per cui interromperli ha creato molto disagio e sofferenza.**

Inoltre, si è avuta la scarcerazione di detenuti particolarmente anziani e con patologie pregresse + applicazione di iter più snelli per l'accesso alla misura della detenzione domiciliare per chi doveva scontare una pena residue inferiore a 18 mesi, assieme alla concessione di permessi premio per chi già si trovasse in semilibertà.

**N.b.** Ruolo preponderante lo ha svolto la magistratura di sorveglianza attraverso l'utilizzo di istituti già in essere: l'affidamento in prova, la detenzione domiciliare ex artt. 47 e 47 ter della legge sull'ordinamento penitenziario e il differimento della pena ai sensi dell'art. 147 c.p.

Tra le pronunce in cui la Corte ha affrontato il diverso profilo della compatibilità della detenzione con le condizioni di salute del ricorrente, la sentenza di riferimento è **Scoppola c. Italia del 2008**.

Il Tribunale di sorveglianza di Roma, alla luce dell'incompatibilità dello stato di salute del ricorrente con la detenzione in carcere, aveva accordato al medesimo la detenzione domiciliare, salvo poi revocare la decisione pochi mesi dopo per via dell'inadeguatezza dell'abitazione.

La Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu in ragione del fatto che il ricorrente prima di essere trasferito in un istituto carcerario provvisto di una sezione per disabili, aveva continuato a scontare la pena per oltre un anno nel carcere di Regina Coeli, che il Tribunale di sorveglianza aveva originariamente considerato inadeguato alle sue condizioni di salute.

Anche l'abitazione non era in grado di salvaguardare le condizioni di salute.

Da questa sentenza emerge un chiaro elemento → **obbligo dell'autorità giurisdizionale di procedere alla valutazione dell'adeguatezza del soggetto che versi in CONDIZIONI DI SALUTE incompatibili con la detenzione prima di adottare provvedimenti di concessione della detenzione domiciliare.**

Si ha un'attenzione particolare anzitutto delle condizioni di salute del soggetto. **Deve essere eseguita la pena, ma non a scapito delle sue condizioni di salute. Quando la sofferenza della pena (che è fisiologica) è aumentata dalla situazione di salute fragile, allora si deve valutare l'adeguatezza non solo del carcere, ma anche della misura alternativa.** Gli Stati devono necessariamente **prendere in considerazione lo stato di salute, l'età e l'eventuale sussistenza di una grave disabilità fisica per valutare l'idoneità di un individuo ad essere sottoposto ad un regime detentivo in carcere** → conseguente obbligo di scarcerazione o trasferimento in ospedale anche se affetti da patologie difficili da curare. È necessario che sia salvaguardato lo stato di salute ed il benessere dei reclusi fornendo loro **l'assistenza medica necessaria.**

Pare che la Corte EDU attribuisca un peso decisamente minore alle condizioni di salute del ricorrente laddove questi sia un soggetto socialmente pericoloso, ed in particolare nelle ipotesi in cui lo stesso sia sottoposto ad un regime carcerario più severo di quello ordinario.

Nella sentenza **Enea c. Italia** del 2009 abbiamo un soggetto sottoposto al carcere duro del 41-bis (isolamento diurno; isolamento notturno; divieto di corrispondenza e di rapportarsi con gli altri detenuti). Enea era sottoposto a 41 bis in condizioni di salute uguali a quelle di Scoppola (trasferito in un reparto ospedaliero del carcere e necessitava di un intervento chirurgico che il reparto non era in grado di assicurare) → solo a seguito di questo intervento era stato sottoposto a detenzione domiciliare (per le sue condizioni di salute non avrebbe potuto porre in essere nessuna condotta, era quasi in uno stato vegetativo) → la Corte ha sostenuto che non ci fosse stata alcuna violazione dell'art. 3 con riguardo al trattamento sanitario offerto al ricorrente. Le restrizioni imposte nell'ambito del regime di detenzione speciale erano necessarie al fine di evitare che il ricorrente, considerato socialmente pericoloso, potesse

mantenere i contatti con l'organizzazione criminale a cui apparteneva e non c'era nessuna dimostrazione del fatto che la proroga delle restrizioni era stata evidentemente ingiustificata.

- Hanno riscontrato la violazione dell'art. 3 in ragione della **problematica compatibilità del regime di detenzione comune con le condizioni di salute del ricorrente, affetto da gravi disturbi fisici o psichici** → problema di compatibilità tra la detenzione ed il diritto alla salute.

Anche per quanto riguarda i detenuti affetti da problemi di malattia mentale, la Corte ha ripetutamente stabilito l'obbligo per gli Stati membri di garantire in modo adeguato il loro stato di salute ed il loro benessere tramite un'assistenza medica ed il corretto trattamento previsto per la specifica patologia diagnosticata. È stato affermato l'obbligo di trasferire i detenuti affetti da malattia mentale in strutture specializzate dove possano ricevere un trattamento adeguato.

Alcuni particolari regimi carcerari, per come sono configurati e per il grado di sofferenza che provocano nei confronti del soggetto detenuto, possono provocare quale tensione con l'art. 3.

Torregiani c. Italia è importante in quanto per la prima volta la corte, attraverso una sentenza pilota, ha rappresentato nei confronti del nostro ordinamento un problema strutturale tamponato (e non risolto) nel 2014.

Tuttavia, l'orientamento dei giudici di Strasburgo nega che l'applicazione dei regimi detentivi di alta sicurezza comporti di per sé una violazione dell'art. 3 CEDU. Le misure poste in essere sono solitamente basate sulla separazione dei detenuti sottoposti al regime differenziato dal resto della comunità carceraria, congiuntamente alla previsione di controlli più rigorosi. In ogni caso la detenzione deve essere posta in essere in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana e non si deve sottoporre al detenuto a sofferenze o difficoltà superiori al livello di sofferenza inevitabilmente inerente alla detenzione.

### **DURATA DELLA PENA:**

Dobbiamo necessariamente parlare dell'**ERGASTOLO** → quale è l'orientamento della Corte EDU con riferimento a questa tipologia di pena? Quale è la valutazione che fa? Quali sono i principi che la corte ritiene debbano essere presenti per evitare che l'ergastolo (pena a vita) possa integrare una violazione dell'art. 3.

Il concetto base sempre presente nelle sentenze della corte è il seguente → **l'ordinamento può prevedere una pena che duri finché il detenuto è in vita. L'importante è che vi sia sempre una possibilità, modulata secondo le caratteristiche dell'ordinamento, che quella pena possa terminare prima della fine della vita** → **astratta possibilità di liberazione anticipata.**

Se all'interno dell'ordinamento c'è una possibilità che l'ergastolo sia interrotto, ecco che la corte tendenzialmente ritiene compatibile quella pena con quella durata con l'art. 3.

La Corte comunque richiede che la pena dell'ergastolo non sia manifestamente sproporzionata rispetto al reato commesso e che sia prevista all'interno dell'ordinamento nazionale un meccanismo di revisioni periodiche idonee a valutare gli sviluppi del condannato ed i progressi verso la risocializzazione. La legge deve permettere al condannato di sapere in base a quali condizioni e in quali tempistiche potrà essere sottoposto alla revisione della sua pena. **Al detenuto deve rimanere il diritto alla speranza che la sua vita possa terminare anche al di fuori del carcere.**

In Murray c. Olanda, il ricorrente lamentava il fatto che nonostante fosse stato introdotto un meccanismo di revisione delle pene perpetue, nel suo caso specifico le prospettive di liberazione erano di fatto assenti perché non era mai stato sottoposto ad una cura psichiatrica e quindi il rischio che potesse nuovamente delinquere era considerato troppo alto → violazione. Comunque, La Corte ribadisce che gli Stati membri hanno un margine di apprezzamento nel valutare quali misure adottare per consentire al condannato di risocializzarsi.

**Lorgov c. Bulgaria** → il ricorrente era stato condannato per omicidio alla pena di morte nel 1990. Viene abolita la pena di morte → conversione della pena all'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata (pena introdotta nel 1998). La Corte EDU è abbastanza rigida nel senso di ammettere comunque l'ergastolo → ha escluso la violazione perché la condanna a vita di fatto nel sistema bulgaro non era così – nel sistema

vi erano comunque dei meccanismi (grazia) per cui il ricorrente poteva nutrire la ragionevole speranza di uscire dal carcere prima di morire.

Kafkaria c. Cipro → non c'è violazione dell'art. 3 perché l'ordinamento contemplava la possibilità di liberazione disposta per volontà del PdR. Si segnala, tuttavia, la dissenting opinion dei giudici Tulkens, Cabrai Barreto, Fura-Sandstrom e Spielmann → secondo i quali la liberazione per volontà del PdR non è sufficiente ad escludere un contrasto con l'art. 3, a causa della totale discrezionalità di questo provvedimento. Il ricorrente in via teorica potrebbe usufruire di questa libertà, ma essendo totalmente discrezionale questo provvedimento, in realtà il ricorrente non ha la percezione dei motivi per cui il PdR potrebbe disporre la sua liberazione anticipata.

Addirittura, in un sistema in cui la pena è considerata a vita e non ci sono meccanismi processuali ad hoc per poter convertire quella pena in una di minore durata, la presenza di un'ipotesi di liberazione anticipata consente di ritenere compatibile quella pena con l'art. 3.

## VIOLA C. Italia

→ riguarda l'**ergastolo ostativo**. Nel nostro sistema vi sono due tipologie di ergastoli. All'ergastolano sono consentiti tutta una serie di benefici e di sconti di pena che sono consentiti a tutti i detenuti → se dà prova di essere inserito in un percorso rieducativo all'interno del carcere, può usufruire dei permessi premio o degli sconti di pena. L'ergastolano che si comporta secondo il percorso rieducativo nel carcere esce dal carcere sostanzialmente dopo 30 anni, usufruendo di sconti di pena che vengono calcolati automaticamente se il magistrato di sorveglianza dà il proprio assenso. Perché? abbiamo un principio costituzionale che prevede la finalità rieducativa della pena → nel carcere, i detenuti devono essere accompagnati verso una risocializzazione con il mondo esterno → finalità sia preventiva che rieducativa della pena → anche l'ergastolano deve e può usufruire di questo percorso.

Quando parliamo di ergastolo ostativo, parliamo di una tipologia di pena non prevista in origine dal nostro cp, ma introdotta dal **d.l. 306/1992**. Nel 1992 si hanno le stragi di mafia in Italia → necessità di reagire contro questa situazione che riguarda la criminalità organizzata. Con questo decreto viene introdotto una **sorta di doppio binario per i soggetti condannati all'ergastolo per criminalità organizzata/di stampo mafioso**. All'interno di questo d.l. è prevista una modifica importante al regime dell'ergastolo → il detenuto all'ergastolo ostativo può usufruire di permessi e sconti di pena comuni a tutti gli altri detenuti solo se dà prova di aver spezzato il legame con la criminalità organizzata a causa della quale è stato condannato. Dunque, non si consente l'accesso a tutti i benefici ed a tutti i premi a cui hanno accesso i detenuti "semplici" se non si ha una collaborazione con la giustizia (fatta eccezione per la libertà anticipata, che comunque davanti all'ergastolo non esplica i suoi effetti). Questi benefici non sono dei premi, ma sono stati ideati perché permettono il percorso di risocializzazione con l'esterno. La possibilità di poter usufruire di alcuni giorni fuori dal carcere servono a cominciare a riportare il detenuto all'interno della società, seguendo un piano ben preciso di rieducazione e risocializzazione.

Cosa vuol dire per un ergastolano ostativo collaborare? Fornire elementi per individuare altri responsabili o altri soggetti che fanno parte dell'associazione criminale per esempio → tutta una serie di info che devono essere valutate per capire se concedere o meno questi benefici.

Quali sono i delitti ostativi? Questi nascono nel 1991, poi con il decreto del '92 dopo la Strage di Capaci e vengono poi ampliati + viene introdotta l'impossibilità di accedere a sconti e benefici in assenza di collaborazione. **Si inizia con la criminalità di stampo mafioso, e poi vengono inclusi delitti commessi per finalità di terrorismo, eversione dell'ordinamento, delitti di omicidio rapina aggravata, alcune ipotesi di estorsione, violenza sessuale, incendio boschivo, furbo in abitazione (ovviamente posti in essere con modalità particolarmente rilevanti).**

- Introdotto con il **decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, l'art. 4 bis ord. penit.**, inizialmente, non solo riguardava **pochi e specifici reati**, ma funzionava nel senso di permettere, a chi avesse collaborato con la giustizia, di accedere alle misure alternative alla detenzione anticipando i limiti di tempo ordinari, fatta salva l'accertata esclusione dell'attualità dei collegamenti con le associazioni criminali.
- Dopo la strage di Capaci (23 maggio 1992), un nuovo **decreto legge 8 giugno 1992, n. 306** ha mutato il volto dell'art. 4 bis, poiché, **in assenza di collaborazione** con la giustizia, **è sempre preclusa la possibilità di accedere alle misure alternative** alla detenzione. Nello stesso decreto legge n. 306 si introdusse come noto l'art. 41 bis o.p., il cd. "carcere duro", che poteva (e può ancora oggi) essere disposto *solo* dal Ministro della Giustizia e *solo* per imputati e condannati di reati di cui all'art. 4 bis o.p.

Cosa prevede inoltre questo regime? Quale è il problema di questo regime nell'ottica della CEDU? La collaborazione dimostra l'intenzione onesta del soggetto di spezzare legami con l'ambiente mafioso → non sempre non collaborare può essere interpretato come indice di mantenere questo legame con l'associazione di stampo mafioso. Le ragioni per le quali il soggetto può decidere di non collaborare sono diverse (es. paura di ritorsioni sulla famiglia del carcerato. Abbiamo molti esempi di collaboratori di giustizia che hanno visto sterminata la famiglia, come Buscetta). Quello che si fa notare è questo tipo di modalità → se l'ergastolano ostativo è obbligato a collaborare per poter avere la speranza di terminare la propria vita al di fuori delle carceri, forse questa modalità, questo modo può creare dei problemi con l'art. 3, con il trattamento inumano, perché non sempre la collaborazione non viene fornita per ragioni di mantenimento di connessione con la criminalità. C'è anche la cd *collaborazione impossibile*: soggetto che non ha più alcuna info utile da dare. La collaborazione, infatti, non deve essere "di facciata", ma l'ergastolano ostativo, per poter accedere ai benefici, deve dare una collaborazione utile e fattiva. Un detenuto potrebbe iniziare a collaborare magari dopo 10/20 anni ← non ha info attuali da poter integrare una collaborazione utile. VIOLA C. Italia → condannato a 12 anni di reclusione per associazione a delinquere di stampo mafioso aggravata dalla qualifica di promotore ed organizzatore. Secondo processo → ergastolo. La pena perpetua diventa definitiva nel 2004 (lui è già in carcere dal 1992). Viola in tutti i processi si è sempre proclamato innocente. Nel 2011 forma una domanda di permesso premio, che viene negata. Nel 2015 chiede liberazione condizionale. Dato che si è sempre proclamato innocente, non può collaborare con l'AG. Il tribunale di sorveglianza, in assenza di collaborazione, rigetta tutte le sue istanze. Viola chiede al tribunale di sorveglianza di sollevare questione di illegittimità cost. del 4-bis co. 1 ord. pen. per contrasto con la finalità rieducativa della pena (27.3 Cost) e per violazione dell'art. 3 CEDU → negata + negata anche dalla Cassazione. Sul piano interno ha esaurito i rimedi. Non può fare altro che rivolgersi alla Corte EDU → cosa invoca? Anzitutto, l'art. 3 → il non aver collaborato preclude un riesame della sua posizione. Il tribunale di sorveglianza per legge non può, in assenza di collaborazione, valutare il suo percorso rieducativo per concedere sconti o permessi premio + art. 5 diritto alla libertà (la detenzione non è mai stata considerata legittima sulla base di una valutazione di merito) + art. 6.2 (il diritto al silenzio è una conseguenza della presunzione di innocenza) + art. 8 (l'obbligo di collaborare con la giustizia viola l'integrità morale della persona e la pone in perenne conflitto con la propria coscienza – dovrebbe dare info che non corrispondono alla realtà). La CEDU ammette l'istanza solo con riguardo agli artt. 3 ed 8. Con la sentenza Viola la corte è chiamata per la 1° volta a valutare la compatibilità dell'ergastolo ostativo con la CEDU. È una sentenza importante anche per i dati → quando c'è la sentenza nel 2016, gli ergastolani ostativi erano il 72.5% degli ergastolani totali. Come decide la corte EDU? La corte ha sempre sostanzialmente ammesso la compatibilità dell'ergastolo con l'art. 3. Ma qui è chiamata a valutare un diverso tipo di ergastolo. Secondo la corte, **il regime dell'ergastolo ostativo è lesivo dell'art. 3 nel momento in cui non consente, in assenza di collaborazione, misure di affievolimento della restrizione carceraria ed in prospettiva di liberazione anticipata. La corte ritiene che l'ergastolo ostativo restringa eccessivamente la prospettiva di rieducazione dell'interessato e la possibilità di riesame della sua pena → la mancata collaborazione, introducendo una cd presunzione assoluta di inaffidabilità e pericolosità sociale, preclude la possibilità di riesaminare la pena. Non è tanto la mancata possibilità di usufruire di benefici e permessi premio, quanto piuttosto che a giudice è proprio preclusa la possibilità di esaminare la singola posizione.**

In altre parole, la Corte ha ritenuto violato il parametro dell'art. 3 CEDU poiché l'istituto metterebbe il detenuto **di fronte alla scelta inesigibile di collaborare** e affrontare le conseguenze quasi certe del "pentimento" **oppure tacere e restare in carcere a vita**, rinunciando alla prospettiva di liberazione e di risocializzazione.

Questa sentenza diviene definitiva nel 2019, in quanto la 1° sezione è talmente convinta di questa incompatibilità, che evita di mandare la causa davanti alla grande camera e la sentenza diventa definitiva → **problema nell'ordinamento italiano**.

La palla passa alla corte costituzionale → viene sollevata la questione di illegittimità costituzionale che era sempre stata negata a Viola.

Vediamo la posizione della corte nel corso della storia → **ha sempre considerato compatibile l'ergastolo ostativo → il ragionamento della corte era che fosse rimessa alla libera scelta del condannato se usufruire o meno del diritto alla speranza, in quanto è lui che decide se collaborare o meno. Siamo comunque davanti a fattispecie di rilevanza penale particolari.** Siamo davanti a crimini di organizzazione mafiosa → solo la collaborazione può dimostrare una rottura del legame → **giustificazione costituzionale in base all'intrinseca natura dei reati commessi. Solo una fattiva collaborazione con la giustizia certifica per fatti concludenti il distacco del soggetto dall'organizzazione mafiosa ← sentenza del 2001.**

Questa impostazione è sempre stata condivisa anche dalla Corte di Cassazione.

La **dottrina** nei confronti di questo regime è sempre stata molto critica → si sta sottovalutando la finalità principale della pena, che non può essere soltanto inflittiva, ma deve necessariamente essere rieducativa del soggetto per essere in grado di tornare all'interno della società civile. la componente rieducativa della pena viene sottovalutata al massimo + è necessario valutare l'impegno del detenuto in quel processo rieducativo ← tutti elementi che non possono non essere presi in considerazione per il fatto che il soggetto non ha collaborato.

Questo tipo di valutazione che il tribunale di sorveglianza fa su permessi o sconti di pena, il tribunale è chiamato ad effettuarlo almeno dopo 20 anni di carcere → non stiamo parlando in un soggetto che dopo qualche anno chiede di usufruire a benefici, ma di un soggetto che da 20 anni è in carcere (magari carcere duro) e che ovviamente ha problemi a fornire informazioni tali per una collaborazione fattiva. Dopo 20 si deve considerare la possibilità che non abbia più collegamenti con l'esterno.

**Stati generali 2020** → gruppo di lavoro istituito dal ministro della giustizia, il quale convoca i maggiori esperti di diritti penitenziario e penale e chiede loro di rivalutare il sistema penitenziario del nostro ordinamento. Il presidente di questa commissione sull'esecuzione penale è stato Giostra. Lo scopo era creare una relazione da fornire al ministro.

*«Non sono ammesse presunzioni legali di irrecuperabilità sociale. Nessuna pena deve rimanere per sempre indifferente all'evoluzione psicologica e comportamentale del soggetto che la subisce. Postulati, questi, che debbono ritenersi impliciti nella funzione rieducativa assegnata alla pena dalla nostra Costituzione: quel dovere di "tendere" alla rieducazione significa che il risultato non deve mai essere né imposto, né certo, ma neppure deve essere mai ritenuto impossibile. In definitiva, va riconosciuto al condannato il diritto alla speranza, che peraltro si traduce sovente in una spinta motivazionale in grado di promuovere positive evoluzioni psico-comportamentali in vista di un proficuo, anticipato rientro nel consorzio civile. Il diritto alla speranza non può essere **negato neppure al condannato all'ergastolo**, come ha di recente statuito anche la Corte di Strasburgo, incardinandolo sull'art. 3 C.e.d.u.: il sistema deve sempre prevedere un riesame che permetta «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». In conclusione dalla nostra Costituzione e dalla normativa sovranazionale è possibile desumere una linea di confine invalicabile dal legislatore e dall'amministrazione penitenziaria nel regolare l'esecuzione penale: niente può mai autorizzare lo Stato a togliere, oltre alla libertà, anche la dignità e la speranza».*

“irrecuperabilità sociale” → come abbiamo detto, la mancata collaborazione implica una presunzione assoluta di pericolosità sociale.

Quel regime ostativo è un regime che quando è nato nel 1992 è nato con certe finalità ed evidentemente ha funzionato → i collaboratori di giustizia sono l'elemento più importante che abbiamo per la lotta contro la mafia. È ciò che l'associazione mafiosa teme di più. È così che si scardina un'associazione.

Ciò che qua si contesta è qualcosa di diverso → **se non si collabora, non è nemmeno possibile per il tribunale di sorveglianza una serie di altri fattori, che magari avrebbero comunque portato a negare una serie di benefici, ma almeno una valutazione deve essere fatta.** La mancata valutazione non può permettere una valutazione generale, che invece deve essere caso per caso, soggetto per soggetto, anche per appurare che magari effettivamente non ci sono elementi per ritenere che abbia spezzato legame con l'associazione mafiosa. **La mancata collaborazione preclude in via assoluta questa possibilità, che non è la possibilità di concedere permessi premio o benefici, ma proprio la possibilità di porre la questione all'analisi di un giudice → sentenza della Corte Cost. del 23/10/2019.** Questa sentenza riguarda sono i permessi premio, ossia permessi che consentono di uscire dal carcere per qualche ora/per qualche giorno, sempre nell'ottica di risocializzazione.

La Corte ha dichiarato l'**illegittimità costituzionale** dell'articolo 4 bis, comma 1, ord. penit. 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.** Sempre che, ovviamente, il condannato abbia dato **piena prova di partecipazione** al percorso rieducativo.

In questo caso, la Corte - pronunciandosi nei limiti della richiesta dei giudici rimettenti - ha quindi **sottratto la concessione del solo permesso premio** alla generale applicazione del meccanismo "ostativo" (secondo cui i condannati per i reati previsti dall'articolo 4 bis che dopo la condanna non collaborano con la giustizia non possono accedere ai benefici previsti dall'Ordinamento penitenziario per la generalità dei detenuti).

Anche se l'AG aveva acquisito elementi inconfutabili che escludevano l'attualità della partecipazione ed il pericolo di ripristinare i collegamenti tra detenuto ed associazione mafiosa, questi elementi non potevano nemmeno essere analizzati dal giudice → incostituzionale nel momento in cui non prevede la legittimità di porre in essere questa valutazione → la corte sottrae la concessione del permesso premio alla generale disciplina del permesso ostativo.

In virtù della pronuncia della Corte, la **presunzione di "pericolosità sociale"** del detenuto non collaborante **non è più assoluta** ma diventa **relativa** e quindi può essere superata dal magistrato di sorveglianza, la cui valutazione caso per caso deve basarsi sulle relazioni del Carcere nonché sulle informazioni e i pareri di varie autorità, dalla Procura antimafia o antiterrorismo al competente Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica.

Nel diritto non è possibile una presunzione assoluta! Devono essere sempre relative, cioè tali da essere superate con altri elementi. Quindi, la collaborazione è ancora un elemento fondamentale, ma la mancata collaborazione non può essere la sola causa che non permette di valutare anche altri elementi. Su questi permessi premio ci sono una serie di autorità che si esprimono → sulle richieste del detenuto si esprime il tribunale di sorveglianza, la procura antimafia ed il comitato provinciale per la sicurezza pubblica. Sono tutti organi chiamati a valutare se concedere o no questo permesso premio.

Viene sollevata anche questione di illegittimità con riferimento alla liberazione condizionale, altro beneficio → possibilità, dopo tot anni, di uscire dal carcere e svolgere attività al di fuori del carcere. La liberazione condizionale è una misura molto importante. Siccome la corte cost. con la sentenza del 2019 aveva sottratto al meccanismo ostativo solo il permesso premio, ora è necessario capire se si può sottrarre anche la liberazione condizionale da questo meccanismo.

La corte cost. nel 2021 è chiamata ad affrontare questa situazione ed emette un comunicato → sostanzialmente decide di non decidere.

In linea di principio, la corte cost. dice la stessa cosa già espressa nel 2019 → pericolo di presunzione assoluta. La corte, conscia del fatto che questa decisione poteva creare confusione nel sistema e correre anche alcuni rischi rispetto a determinati soggetti, decide di rinviare l'udienza al 10 maggio 2022 → è un

problema del L. → è necessario che il L. metta mano a tutto il sistema per evitare che la corte possa creare qualche danno a seguito di tutte queste pronunce di incostituzionalità.

Con il comunicato si rinvia l'udienza ulteriormente all'8/11/2022.

→ [d.l. 31/10/2022 n. 162](#) →

- Per quanto riguarda l'**accesso ai benefici penitenziari**, l'art. 4-bis, 1 comma, è rimasto immutato e dunque la **collaborazione con la giustizia** rimane la strada principale che il detenuto deve intraprendere per ottenere i permessi premio e le misure alternative alla detenzione.
- In assenza di collaborazione, per ottenere i benefici premiali i condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis, 1 comma, devono dimostrare di aver adempiuto alle **obbligazioni civili e agli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna**, e sono tenuti ad allegare elementi «diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria e alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo» tali da consentire di escludere «l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata».
- Al fine della concessione dei benefici va, infine, accertata la sussistenza di «iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa». Si osserva che, in modo del tutto irrazionale, è prevista la medesima procedura istruttoria per qualsiasi beneficio premiale con la conseguenza che la trafila per chiedere un permesso premio è la stessa di quella necessaria per ottenere la liberazione condizionale.

Ma questo dl, con le modifiche apportate, è in grado di rispondere alle esigenze sollevate? Se il discorso era superare la presunzione assoluta e renderla relativa, il problema viene superato, anche se tendenzialmente – con riguardo alla liberazione condizionale – vi è comunque una disciplina che differenzia la possibilità di usufruire della libertà condizionale se c'è una collaborazione entro i primi 10 anni o meno. Se non si collabora entro i 10 anni, allora la possibilità di usufruire della libertà condizionale viene riesaminata dopo 30 anni di reclusione → soggetti nella stessa posizione vengono trattati diversamente sempre sulla base della scelta di collaborare con l'AG o meno.

Il detenuto che non collabora deve dimostrare una serie di situazioni che è difficile dimostrare. In assenza di collaborazione, prima di tutto deve aver adempiuto alle obbligazioni civili ed agli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna + deve allegare elementi diversi ed ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria ed alla partecipazione al percorso rieducativo tali da consentire di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. Ma come può un detenuto dopo 30 anni che magari è anche al 41-bis dimostrare che non ha più collegamenti, se non il mero fatto che sono passati 30 anni?

- Il nuovo quadro normativo, quindi, consolida l'**illogica inclusione nel regime ostativo**, voluta dalla legge 3/2019, di tipologie di delitti generalmente di natura monosoggettiva, e completamente estranei al fenomeno della criminalità organizzata.
- Il provvedimento si premura, altresì, di precisare che i benefici possono essere concessi ai detenuti sottoposti al regime del 41-bis solo se «tale regime speciale sia stato revocato o non prorogato». In pratica, in base a questa tautologica disposizione, i detenuti ristretti in **regime di 41-bis sono esclusi dai benefici penitenziari**.
- Infine, il decreto-legge modifica i presupposti della liberazione condizionale stabilendo che, per esservi ammessi, i detenuti **devono aver scontato almeno due terzi della pena temporanea o trent'anni in caso di ergastolo**, e non più ventisei come in precedenza.
- Inoltre, in base all'art. 16-nonies d.l. 15.1.1991 n. 8, conv. in l. 15.3.1991, n. 82, il condannato all'ergastolo che collabori con la giustizia può accedere alla liberazione condizionale dopo almeno 10 anni di pena.
- In pratica, la nuova disciplina **acuisce in modo irragionevole la disparità di trattamento tra l'ergastolano che collabora**, che potrà accedere alla liberazione condizionale già dopo 10 anni e l'**ergastolano non collaborante** che dovrà invece attendere 30 anni.
- Si tratta, in tutta evidenza, di una previsione non compatibile con i parametri di **artt. 3 e 27 Cost.** In buona sostanza, la nuova disciplina del **regime ostativo**, lungi dall'aver attuato le indicazioni della Corte Costituzionale, **non appare conforme ai principi costituzionali**.

Bisognerà vedere se il giudice al quale sono stati rinviati gli atti riterrà necessario sollevare ancora la questione di illegittimità costituzionale o meno.

**LEGGERE 291-297**

### **SEMINARIO SUL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO:**

L'art. 3 CEDU è una delle norme a tutela rafforzata → non può essere sottoposta a limitazioni e deroghe. Nello studio dell'art. 3 abbiamo visto che ci possiamo soffermare non solo sui trattamenti inumani e degradanti, ma anche sulle pene inumane e degradanti → la corte EDU si è soffermata sia sulla compatibilità o meno delle disposizioni con l'art. 3 + compatibilità della sottoposizione del detenuto a determinati regimi carcerari + durata della pena (ergastolo ed ergastolo ostativo).

Dobbiamo distinguere tra:

- Compatibilità dell'ordinamento carcerario con le condizioni di salute del carcerato, sia fisiche che psichiche
- Compatibilità con le condizioni oggettive (scarso spazio disponibile o condizioni igieniche precarie).

Dobbiamo tenere in considerazione tre aspetti principali:

- 1) Precisa determinazione dell'area media da garantire ad ogni detenuto → spazio minimo vitale secondo le corte EDU.
- 2) L'effetto giuridico che deriva dalla disponibilità di una superficie inferiore
- 3) Il criterio di calcolo di tale spazio minimo vitale

## CASO TORREGGIANI C. Italia

Per quanto riguarda la pronuncia Torreggiani, vediamo insieme la sentenza. I ricorsi sono 7. I ricorsi contro l'Italia in relazione alle condizioni carcerarie erano migliaia → la corte EDU ne seleziona 7 e li tratta congiuntamente. La corte arriva a pronunciare una sentenza pilota → nel momento in cui rileva un alto numero di ricorsi analoghi in relazione alle stesse problematiche, ne seleziona alcune e sospende gli altri ricorsi dopo l'emissione di una sentenza pilota finché lo stato non modifichi l'ordinamento.

Il sezione della corte → inizia dall'analisi delle circostanze: i ricorrenti erano due detenuti nelle carceri di Piacenza e Busto Arsizio. Per Busto Arsizio, si lamentava il fatto che 3 ricorrenti dovevano occupare una cella di 9mq → a ciascun ricorrente venivano garantiti solo 3 mq. Inoltre, si lamentava l'assenza dell'accesso all'acqua calda nelle docce.

Passando al carcere di Piacenza, la doglianza riguardava lo scarso spazio disponibile → lo spazio per 3 era di 9 mq. Oltre all'assenza di acqua calda, c'era anche il problema di insufficienza di luce nelle celle.

Il governo riteneva, con solo riguardo al carcere di Piacenza, lo spazio a disposizione per 3 fosse di 11 mq.

La corte tiene ad evidenziare che uno dei ricorrenti, Visoni, prima di arrivare a Strasburgo aveva già lamentato davanti al magistrato di sorveglianza la violazione dell'art. 3 della legge sull'ordinamento penitenziario → aveva proposto un reclamo. Facendo riferimento all'importante precedente di Sulejmanovic c. Italia, Visoni aveva lamentato che le proprie condizioni detentive andavano contro allo standard posto dall'art. 3.

Accade che il magistrato di sorveglianza dà ragione a Visone ed emette un'ordinanza di trasferimento di Visone dalla cella. Questa ordinanza, emessa ad agosto 2010, viene eseguita a febbraio 2011.

Dopodiché, la corte analizza il diritto della prassi interna italiana pertinente → riferimento alla **legge sull'ordinamento penitenziario → art. 6:**

*«I locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura; aerati, riscaldati ove le condizioni climatiche lo esigono, e dotati di servizi igienici riservati, decenti e di tipo razionale. I detti locali devono essere tenuti in buono stato di conservazione e di pulizia. I locali destinati al pernottamento consistono in camere dotate di uno o più posti.*

*Particolare cura è impiegata nella scelta di quei soggetti che sono collocati in camere a più posti.*

*Agli imputati deve essere garantito il pernottamento in camere ad un posto a meno che la situazione particolare dell'istituto non lo consenta.*

*Ciascun detenuto (...) dispone di adeguato corredo per il proprio letto.»*

Inoltre, si fa riferimento agli **artt. 35 e 69** della legge sull'ordinamento penitenziario. **L'art. 35 rappresenta il diritto di reclamo. L'art. 69 disciplina le funzioni ed i provvedimenti del magistrato di sorveglianza** (cosa può fare a fronte di un richiamo).

Sempre in questo ambito, si fa riferimento ad un'altra ordinanza di un altro magistrato di sorveglianza, di Lecce. Il reclamo non era stato posto da uno dei ricorrenti che andrà davanti a Strasburgo, ma è importante perché il magistrato accoglie il reclamo di un detenuto e prevede un indennizzo a causa del danno derivante dalle condizioni non compatibili con la legge. Ma questo è un caso isolato.

Dopodiché, la corte passa ad esprimere il contesto, ossia la situazione di sovraffollamento italiana → nel 2010, il tasso di sovraffollamento in Italia aveva raggiunto il 151% → a fronte di 45k posti erano detenute 68k persone → stato di emergenza nazionale → serie di iniziative → piano carceri: prevedeva la costruzione di nuovi istituti penitenziari per circa 10k posti + assunzione di nuovi agenti di polizia penitenziaria + la pena detentiva non superiore ai 12 mesi, anche se in relazione ad una pena più lunga già espiata (cioè rimasta), poteva essere espiata ai domiciliari. La legge 199/2010 era entrata in vigore per il tempo necessario alla conclusione dei lavori del piano carceri, mai conclusosi. Questo piano carceri si era dimostrato del tutto inadeguato → a distanza di due anni dalla dichiarazione di emergenza nazionale, il tasso di sovraffollamento era rimasto praticamente immutato + il 42% dei detenuti era ancora in attesa di giudizio ed in stato di custodia cautelare in carcere.

Quali sono i testi internazionali pertinenti? Nell'ambito del Consiglio d'Europa ci sono anche altri organi (come il comitato europeo per la prevenzione di tortura e di trattamenti inumani e degradanti). Si fa riferimento ad una serie di rapporti di questo comitato per la prevenzione.

Sofferamoci sul settimo rapporto → c'è un passaggio importante → il grado di sovraffollamento delle carceri può dipendere da:

circostanze come la situazione complessiva della criminalità, le priorità in materia di lotta alla criminalità, la gamma di sanzioni previste dai testi legislativi, la gravità delle pene pronunciate, la frequenza del ricorso a sanzioni e misure applicate nella comunità, l'uso della custodia cautelare, l'efficienza e l'efficacia degli organi della giustizia penale e, in particolare, l'atteggiamento del pubblico nei confronti della criminalità e della sua repressione; (...)

\*\*Facciamo un breve excursus sui numeri del sovraffollamento carcerario in Italia dal 1942 al 2017 in relazione alle scelte di politica criminale del nostro Paese.

Anni '70 - 1984 → anni di piombo + criminalità organizzata → viene adottata una legislazione di emergenza e per questo la popolazione carceraria raddoppia (da 20k a 40k).

1984 – 1990 → amnistia ed indulto (da 40k a 25k)

1990 – 1993 → D.P.R. 309/90 che inasprisce la normativa sulle sostanze stupefacenti + nuove misure antimafia → la popolazione carceraria raddoppia a 50k

2004 → indulto → diminuzione della popolazione carceraria

2006 – 2010 → leggi Fini-Giovanardi e Bossi-Fini → 60/70k persone in carcere\*\*

Il comitato pone degli standard anche molto alti, dei principi generali molto importanti → la carcerazione deve rappresentare un'estrema ratio + l'aumento degli istituti penitenziari non è una soluzione valida e duratura per il problema + sarebbe importante agire sul piano legislativo con depenalizzazione e riduzione del ricorso alla custodia cautelare in carcere ed incarcerazione preventiva.

[Raccomandazione 2006/2](#) → condizioni di sanità, igiene, aria fresca ecc.

La corte arriva alla parte centrale della sua decisione, la parte in diritto. Si riuniscono i 7 ricorsi degli internati di Piacenza e Busto Arsizio.

Il governo italiano pone due eccezioni:

- 1) **I ricorrenti non erano vittime, in quanto l'eventuale lesione al loro diritto era stata già riparata in quanto non si trovavano più nelle celle con quelle determinate condizioni detentive** → la corte ci dice che:

38. La Corte rammenta 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 (si vedano, ad esempio, *Eckle c. Germania*, 15 luglio 1982, § 69, serie A n. 51; *Amuur c. Francia*, 25 giugno 1996, § 36, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III; *Dalban c. Romania [GC]*, n. 28114/95, § 44, *CEDU* 1999-VI; e *Jensen c. Danimarca (dec.)*, n. 48470/99, *CEDU* 2001-X).

Non si può ritenere che, con il trasferimento, le autorità interne abbiano riconosciuto le violazioni denunciate dai ricorrenti e poi riparato il danno che essi avrebbero potuto subire a causa delle situazioni descritte nei loro ricorsi.

- 2) **Mancanza di esaurimento dei ricorsi interni** → artt. 35 e 69 (vd sopra). **Nei fatti, solo Visoni aveva utilizzato tutte le vie di ricorso interno.** I ricorrenti rispondono che il sistema italiano non offre

alcuna via di ricorso interno effettiva e proprio la vicenda di Visoni lo dimostra (ordinanza di trasferimento emessa a 08/2010 ed eseguita a 02/2011). Secondo la corte:

47. La Corte rammenta che la **regola dell'esaurimento delle vie di ricorso interne mira a offrire agli Stati contraenti l'occasione per prevenire o riparare le violazioni denunciate nei loro confronti prima che tali denunce siano portate alla sua attenzione** (si vedano, tra molte altre, Remli c. Francia, 23

L'art. 35 non si limita a questo, ma prevede anche una ripartizione dell'onere della prova → se il governo sostiene che i ricorrenti non abbiano esaurito le vie di ricorso interne, deve dimostrare che il ricorso di cui agli artt. 35 e 69 era effettiva, accessibile ed in grado di offrire al ricorrente la riparazione delle doglianze. Secondo la corte, il governo non aveva sufficientemente dimostrato che la via dei ricorsi interni fosse effettiva. Era accessibile ma non effettiva.

La corte, in questo passaggio, sottolinea che la natura strutturale della problematica del sovraffollamento carcerario (ed il fatto che pendessero migliaia di ricorsi davanti alla corte) dimostra che le autorità italiane non sono in grado di eseguire le decisioni del magistrato di sorveglianza → la corte rigetta anche la 2° eccezione sollevata dal governo.

### MERITO DELLA SENTENZA:

Ricordiamo che i ricorrenti lamentavano la mancanza dello spazio minimo abitabile (3mq per uno) + lo spazio era ulteriormente ridotto dalla presenza di mobilio delle celle (importante per il criterio di calcolo) + assenza di acqua calda e luce per le pesanti sbarre alle finestre.

Il governo, sul merito, risponde che tali condizioni di detenzione non raggiungono la soglia minima di gravità richiesta dall'art. 3 CEDU. La situazione dell'istituto carcerario di Busto Arsizio è ritenuta non preoccupante e sotto controllo dal governo (439 detenuti su 297 posti).

Per quanto riguarda Piacenza, le motivazioni sono simili (no raggiungimento della soglia minima) + il sovraffollamento era reale ma non preoccupante.

Con solo riferimento a Piacenza, il governo eccepisce che, al contrario di quanto sostenuto dai ricorrenti (9mq), la superficie di ciascuna cella x 3 persone era di 11 mq + la mancanza di acqua calda era dovuta ad un malfunzionamento occasionale.

La corte stabilisce dei principi ben precisi richiamando la giurisprudenza precedente →

65. La Corte rileva che di solito le misure privative della libertà comportano per il detenuto alcuni inconvenienti. Tuttavia, essa rammenta che **la carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione. Al contrario, in alcuni casi, la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato.** In questo contesto, l'articolo 3 pone a carico delle autorità un **obbligo positivo che consiste nell'assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente**

Proprio alla luce dello stato di carcerazione, lo Stato ha un obbligo positivo di far sì che chi è nelle sue mani abbia tutte le garanzie di cui all'art. 3 CEDU ed anche garanzie maggiori.

La corte ricorda come debbano essere considerati gli effetti cumulativi, in particolare il tempo.

67. Quando il sovraffollamento carcerario raggiunge un certo livello, **la mancanza di spazio in un istituto penitenziario può costituire l'elemento centrale da prendere in considerazione nella valutazione della conformità di una data situazione all'articolo 3** (si veda, in questo senso, Karalevičius c. Lituania, n. 53254/99, 7 aprile 2005). **68. Così, quando si è dovuta occupare di casi di sovraffollamento grave, la Corte ha giudicato che tale elemento, da solo, basta a concludere per la violazione dell'articolo 3 della Convenzione. Di norma, sebbene lo spazio ritenuto auspicabile dal CPT per le celle collettive sia di 4 m<sup>2</sup>, si tratta di casi emblematici in cui lo spazio personale concesso ad un ricorrente era inferiore a 3 m<sup>2</sup>** (Kantjrev c. Russia, n. 37213/02, §§ 50-51, 21 giugno

→ il punto di riferimento, secondo la corte, non sono i 4 mq, ma il numero di mq rilevante è 3. Sotto i 3 mq può esserci una violazione di per sé della CEDU.

55, 4 maggio 2006; Sulejmanovic c. Italia, n. 22635/03, § 43, 16 luglio 2009).<sup>69</sup>. Invece, in cause in cui il sovraffollamento non era così serio da sollevare da solo un problema sotto il profilo dell'articolo 3, la Corte ha notato che, nell'esame del rispetto di tale disposizione, andavano presi in considerazione altri aspetti delle condizioni detentive. Tra questi elementi figurano la possibilità di utilizzare i servizi igienici in modo riservato, l'aerazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento e il rispetto delle esigenze sanitarie di base (si vedano anche nel paragrafo 32 supra). Così, persino in cause in cui ciascun detenuto disponeva di uno spazio variabile dai 3 ai 4 m<sup>2</sup>, la Corte ha concluso per la violazione dell'articolo 3 quando la mancanza di spazio era accompagnata da una mancanza di ventilazione e di luce (Moisseiev c. Russia, n.

A questo punto, vi è l'applicazione dei principi generali richiamati al caso concreto.

Per quanto riguarda Busto Arsizio, il governo non ha contestato la grandezza delle celle, cosa che invece aveva fatto per le celle di Piacenza, anche se non aveva portato nessuna prova a supporto di tale tesi. Secondo la corte, l'onere della prova era il governo, in quanto sia l'unico che ha accesso ad i dati sulle carceri. Siccome il governo non ha soddisfatto l'onere probatorio, la corte valuta il ricorso sulla base delle info dei ricorrenti.

Per quanto riguarda Piacenza, la corte fa leva sul fatto che le versioni dei ricorrenti erano unanimi + era stato confermato dal magistrato di sorveglianza nel caso Visoni. La corte, quindi, ritiene che i ricorrenti del carcere di Piacenza non abbiano beneficiato di spazi ritenuti sufficienti ed accettabili.

Per Busto Arsizio non c'era stata alcuna contestazione → si dà per buono che i mq fossero insufficienti. Facendo leva sui principi generali richiamati, la Corte ci dice che la grave mancanza di spazio alla luce del problema di sovraffollamento carcerario costitutiva di per sé un trattamento contrario alla CEDU + tale situazione era aggravata anche da altri fattori (mancanza di acqua calda + illuminazione e ventilazione insufficiente a Piacenza) →

78. Anche se la Corte ammette che nel caso di specie niente suggerisce che vi sia stata intenzione di umiliare o di degradare i ricorrenti, l'assenza di un tale scopo non può escludere una constatazione di violazione dell'articolo 3 (si veda, tra altre, Peers c. Grecia, n. 28524/95, § 74, CEDU 2001 III). La Corte ritiene 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 alla detenzione.<sup>70</sup>

79. Pertanto, vi è stata violazione dell'articolo 3 della Convenzione.

Tornando ai 3 parametri visti all'inizio della lezione:

- 1) La precisa determinazione dell'area media da garantire ad ogni detenuto: 3 m<sup>2</sup>;
- 2) L'effetto giuridico della disponibilità di una superficie inferiore: in una situazione generale denotata dal sovraffollamento carcerario, la grave mancanza di spazio sperimentata dai sette ricorrenti per periodi variabili dai quattordici ai cinquantaquattro mesi costituiva di per sé un trattamento contrario alla Convenzione (spazio + tempo) comunque da valutare assieme ad altri elementi (dicitura ambigua);
- 3) Il criterio di calcolo di tale spazio minimo vitale (tema non affrontato: solo un cenno «Essa osserva che tale spazio (N.d.r. 3 m<sup>2</sup>) era peraltro ulteriormente ridotto dalla presenza di mobilio nelle celle».

Ai sensi dell'art. 46 CEDU, le alte parti devono conformarsi alle sentenze [...] ← sulla base del fatto che vi erano numerosi ricorsi analoghi pendenti davanti alla corte europea, ed alla luce della natura strutturale del problema del sovraffollamento carcerario, la CEDU decide di adottare una sentenza pilota. Non era la prima volta che la CEDU condannava l'Italia (Sulejmanovic), ma questa era stata una sentenza limitata al caso concreto specifico.

Spetta allo stato membro decidere concretamente quali misure generali attuare a seguito della sentenza pilota. Ciononostante, la corte europea può indicare quali potrebbero essere le migliori soluzioni al problema strutturale. La corte ci dice che, malgrado le misure adottate dall'Italia (es. piano carceri), dal 2010 al 2012 il tasso di sovraffollamento era rimasto sostanzialmente immutato (da 151% a 148% → secondo i giudici europei sarebbe opportuno ricorrere maggiormente alle misure alternative alla

carcerazione, minore ricorso alla carcerazione detentiva + maggiore applicazione di misure punitive non privative della libertà.

In più, la corte invita lo stato ad intervenire su quelli che sono i rimedi interni → la corte aveva ritenuto i rimedi interni come accessibili ma non efficaci → invita ad intervenire anche su questo punto → chiede di introdurre entro 1 anno delle vie di ricorso interne effettive in grado di garantire una riparazione effettiva delle violazioni della CEDU risultanti dal problema del sovraffollamento carcerario.

Nel frattempo, gli altri casi sono sospesi e differiti anch'essi di un anno in attesa di applicazione di misure generali da parte dello stato.

Infine, viene accordati, ai sensi dell'art. 41, un risarcimento per danni morali ai ricorrenti.

La corte, che qui si esprime all'unanimità, dà la possibilità di allegare opinioni dissenzienti. C'è un'interessante opinione concorrente che è legata al fatto che il giudice vuole giustificare perché in Sulejmanovic c. Italia avesse votato contro, mentre in Torreggiani vota a favore → la situazione era peggiorata + lo aveva convinto il fatto che un magistrato di sorveglianza italiana aveva dato ragione a Visoni per trattamenti inumani e degradanti.

Uno dei rimedi adottati a seguito di questa sentenza pilota (ed a seguito della richiesta di introduzione di vie di ricorso effettive), sono introdotti gli artt. 35-bis e 35-ter.

Il 35-bis ambisce a garantire ai detenuti una tutela immediata e preventiva delle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti → possono essere oggetto di reclamo i provvedimenti disciplinari emessi dall'amministrazione penitenziaria, nonché l'inosservanza da parte dell'amministrazione delle disposizioni della legge penitenziaria.

Il 35-ter è ancora più importante → due rimedi a seconda che gli interessati siano ancora reclusi o abbiano riacquisito la libertà:

1. Internato ancora recluso → la riparazione in forma specifica consiste nella riduzione della pena ancora da espiare pari ad un giorno ogni 10 di pregiudizio subito
2. Non più internato → rimedio di natura economica pari ad 8 euro per ogni giorno di pregiudizio subito.

Lo standard di cui all'art. 3 CEDU così come interpretato dalla corte per valutare questi reclami è direttamente inserito nel nostro interno nell'art. 35-ter, che appunto si riferisce, al co.1, espressamente all'art. 3 CEDU.

«Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare **Particolo 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**, su istanza presentata dal detenuto, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, **il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio**».

vincolante!

← parametro di giudizio

## CASO MURSIC C. CROAZIA 2016

Mursic deve scontare 2 anni ed 11 mesi di reclusione. Ha già scontato 1 anno e mezzo e lamentava una serie di violazioni dell'art. 3: sovraffollamento + condizioni degradanti della sua cella + no possibilità di svolgere attività lavorativa + insufficiente accesso ad attività ricreative + inadeguatezza delle strutture al di fuori della cella.

La CEDU rileva che il ricorrente aveva trascorso un periodo di 50 gg non consecutivi (di cui 27 consecutivi) in uno spazio nettamente inferiore ai 3mq (2.8). positivo era che il ricorrente aveva potuto trascorrere 3 ore al giorno al di fuori della cella.

La corte richiama il [cd Ananyev test](#) (da una sentenza c. Russia):

## Chiara Banti – Diritto processuale penale europeo

- Ogni detenuto deve avere nella cella un **posto individuale** per dormire;
- Ogni detenuto deve poter disporre di **almeno 3 metri quadri** di superficie;
- La superficie totale della cella deve essere tale da permettere ai detenuti di **muoversi liberamente** fra gli arredi.

**N.b.** Questi criteri devono essere soddisfatti in maniera **cumulativa**: l'assenza di uno di essi crea di per sé una **forte presunzione** di violazione dell'art. 3.

Non si ha una violazione automatica, ma solo una forte presunzione. Cosa succede? In che modo può essere vinta la presunzione? Tenendo in considerazione le complessive condizioni detentive dell'istituto penitenziario con onere in capo al governo. Nel caso di specie, secondo la CEDU sezione. I, i primi due criteri del test erano soddisfatti, mentre il terzo non lo era.

Siccome i 3 criteri dovevano essere presenti cumulativamente, si ha una forte presunzione dell'art. 3. Per vincere la presunzione, bisogna valutare il fattore tempo (per quanto tempo si è protratta la reclusione in uno spazio inferiore ai 3mq). Se tale era breve, sporadica e non consecutiva, la presunzione poteva essere vinta.

La sez. I, stabilisce che non vi è stata violazione dell'art. 3 CEDU → in considerazione del tempo, evidentemente considerato breve e sporadico di detenzione, ed in considerazione del fatto che il detenuto poteva uscire dalla cella, la presunzione era stata vinta.

Dissenting opinion → Sicilianos va a riprendere 4 indirizzi giurisprudenziali della CEDU che possono essere così schematizzati:

- 1) Concedere uno spazio detentivo minimo *pro capite* inferiore a 3 m<sup>2</sup> genera una **forte presunzione di violazione dell'art. 3 C.e.d.u.** (v. *Ananyev c. Russia*, cit.), che può essere vinta attraverso l'analisi di ulteriori aspetti riguardanti le condizioni materiali di detenzione;
- 2) Concedere uno spazio detentivo minimo *pro capite* inferiore a 3 m<sup>2</sup> costituisce **di per sé** una violazione dell'art. 3 C.e.d.u. (v. Corte E.d.u., 25 settembre 2012, *Byghvasvili c. Grecia*);
- 3) Concedere uno spazio detentivo minimo *pro capite* inferiore a 4 m<sup>2</sup> costituisce **di per sé** una violazione dell'art. 3 C.e.d.u. (v. Corte E.d.u., 3 febbraio 2015, *Apostu c. Romania*);
- 4) Concedere uno spazio detentivo minimo *pro capite* inferiore a 4 m<sup>2</sup> genera una **forte presunzione di violazione dell'art. 3 C.e.d.u.** (v. Corte E.d.u., 20 gennaio 2015, *Tomoiaga c. Romania*), che può essere vinta attraverso l'analisi di ulteriori aspetti riguardanti le condizioni materiali di detenzione.

Alla luce di questi indirizzi molto diversi fra loro, la grande Camera accetta di decidere sul caso.

I 17 giudici della grande Camera evidenziano una serie di fattori → secondo loro, il parametro rilevante ai fini del calcolo dello spazio minimo disponibile è **3m<sup>2</sup> calpestabili per detenuto**. Secondo la Corte, il comitato per la prevenzione della tortura svolge una funzione diversa da quella della Corte, quindi esclude dalla sua funzione quello di mirare ad un livello di tutela più alto (individuando nei 4m<sup>2</sup> lo spazio minimo disponibile).

Infine, arriviamo al 3° elemento sopracitato, la **METODOLOGIA DI CALCOLO** → la grande Camera dice che nel computo dei 3m<sup>2</sup> i servizi igienici non vanno calcolati → vi deve essere una misurazione al netto del bagno mentre lo spazio occupato dai mobili deve essere calcolato con la clausola però che l'internato deve potersi muovere tra il mobilio.

La grande Camera dice che, in base alla propria giurisprudenza consolidata, bisogna tenere in considerazione tutte le circostanze del caso, della detenzione, senza ridursi al calcolo dello spazio minimo disponibile, ma ciononostante il calcolo dello spazio è denotato da un'importanza primaria in questa valutazione complessiva → la Corte dice che al momento in cui lo spazio minimo disponibile è inferiore ai 3m<sup>2</sup> ciò fa scaturire una forte presunzione di violazione. La presunzione non è però inconfutabile e spetta allo Stato dimostrare in modo convincente che vi siano fattori in grado di compensare la scarsa disponibilità di spazio.

La Corte dice ancora che per vincere questa forte presunzione ci vogliono 3 condizioni fondamentali da tenere in considerazione che devono essere presenti cumulativamente:

- i. Le riduzioni di spazio devono essere brevi, occasionali e di modesta entità;

- ii. Deve essere garantita sufficiente libertà di movimento ed adeguate attività al di fuori della cella;
- iii. La struttura deve essere ritenuta complessivamente adeguata, non sussistendo circostanze aggravanti con riguardo alle condizioni igieniche di detenzione del ricorrente.

I giudici continuano → nel caso in cui lo spazio minimo calpestabile a disposizione dell'internato sia compreso tra 3 e 4m<sup>2</sup>, l'esiguità dello spazio disponibile costituisce un elemento di rilievo (weighty) da valutare assieme ad altri fattori (accesso all'aria aperta, alla luce del sole, riscaldamento, servizi igienici, ecc...). Infine, anche ove lo spazio calpestabile sia superiore ai 4m<sup>2</sup>, pur non ponendosi in questo caso una problematica in termini di spazio minimo vitale, dovrà essere effettuata una valutazione degli altri fattori, all'esito della quale potrebbe comunque essere pronunciata una sentenza di condanna per violazione dell'art. 3 → vuol dire che non esiste nessun automatismo, anche nel caso in cui non si ponga il problema spazio, comunque, vi potrebbe essere una violazione dell'art. 3 Cedu. Al tempo stesso, però, quando siamo al di sotto dei 3m<sup>2</sup> non vi è una violazione di per sé, solo una forte presunzione.

Le sezioni unite della nostra Cassazione hanno dato un'efficace definizione di questo orientamento autorevole della grande Camera → hanno detto che la valutazione operata da quest'ultima in Muršic è multifattoriale e cumulativa delle concrete condizioni detentive in cui gioca un ruolo rilevante anche il suo dato temporale. Su questa base passiamo al dato temporale, che è la chiave per comprendere la decisione in Muršic → la grande camera distingue 3 archi temporali in cui:

- A) il ricorrente era stato per 27 gg consecutivi in uno spazio di 2.62m<sup>2</sup>. In questo caso scaturisce una forte presunzione di violazione che, secondo la grande Camera all'unanimità, non può essere vinta, perché in questo caso la riduzione dello spazio non è stata breve, occasionale e di modesta entità. **In relazione a questo periodo vi è quindi violazione dell'art. 3.**
- B) 23 gg non consecutivi, di cui 12 non consecutivi in 2.62m<sup>2</sup> e 11 in 2.55m<sup>2</sup>. In questo caso la Camera dice che vi è forte presunzione ma il periodo è stato di breve durata ed è quindi confutabile sulla base dell'allegazione del governo → nel caso specifico il governo ha comunque dimostrato la possibilità per il sig. Mursic di godere di una sufficiente libertà di movimento e compiere attività fuori dalla cella, ed il ricorrente inoltre è stato ospitato in una struttura detentiva adeguata. Tutte le condizioni sono soddisfatte, **per il secondo periodo non vi è violazione dell'art. 3 Cedu.**
- C) Vari periodi non consecutivi in cui il ricorrente ha avuto a disposizione uno spazio personale compreso tra i 3 e 4m<sup>2</sup>. In questo caso non vi è una forte presunzione di violazione, lo spazio viene considerato comunque un elemento rilevante nella valutazione della Corte; vi deve essere un approccio comprensivo cumulativo e proprio sulla base di questo approccio la grande Camera, con 10 voti contro 4, **non rileva una violazione dell'art. 3.**

In definitiva, sui 3 periodi individuati, soltanto nel primo viene rilevata una violazione dell'art. 3.

Anche qui abbiamo 3 gruppi di *dissenting opinion*.

- a) un primo gruppo ci dice che secondo quei 3 giudici lo standard individuato di 3m<sup>2</sup> non è soddisfacente e porta ad accettare delle condizioni che in realtà sono insostenibili → sarebbe stato auspicabile che la Corte abbracciasse come standard non i 3m<sup>2</sup> ma i 4m<sup>2</sup>. Secondo loro, la compresenza di fattori di bilanciamento, e quindi la valutazione multifattoriale dovrebbe essere effettuata esclusivamente al momento in cui la superficie disponibile sia tra i 3 e 4m<sup>2</sup>. Secondo loro, la violazione doveva essere rilevata in relazione a tutti e 3 i periodi presi in considerazione. Per quanto riguarda il periodo in cui ciò era avvenuto tra i 3 e i 4m<sup>2</sup>, secondo i giudici dissenzianti nella valutazione onnicomprensiva il governo non aveva addotto elementi idonei ad escludere una violazione dell'art.3.
- b) un altro gruppo di giudici dissenzianti vi era stata una violazione per tutti e 3 i periodi in quanto i fattori addotti dal governo erano inidonei a vincere la forte presunzione.
- c) giudice Pinto de Albuquerque, rilevando che secondo lui vi era violazione in relazione a tutti i periodi presi in considerazione + rifiuta quello che è l'approccio multifattoriale sposato dalla maggioranza, perché da un punto di vista di principio secondo lui la mancanza di spazio non può essere controbilanciata da altri fattori, e poi aggiunge "attenzione noi prendiamo in considerazione altri fattori (come l'accesso all'aria fresca ecc...) che dovrebbero essere dati per scontati. Non possiamo accettare una valutazione onnicomprensiva su elementi che stanno alla base di una

condizione detentiva dignitosa. Se vogliamo adottare un approccio multifattoriale dobbiamo prendere in considerazione altri elementi, ad esempio la possibilità per il detenuto di essere impiegato in attività lavorative o la possibilità di far incontrare i propri parenti.”

#### Ripercussioni della pronuncia all'interno del nostro ordinamento:

A seguito della pronuncia della grande camera, anche la nostra cassazione adotta un **approccio multifattoriale e cumulativo** anche in presenza di uno spazio minimo vitale inferiore ai 3m<sup>2</sup>:

« In tema di rimedio risarcitorio ex-art. 35-ter ord. pen., ai fini dell'accertamento della violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, se lo spazio delle celle e inferiore ai tre metri quadrati esiste una forte presunzione di violazione dell'art. 3 Cedu superabile - in applicazione dei principi affermati dalla sentenza della Grande Camera della Corte Edu, 20 ottobre 2010, n. /294/19 - solo attraverso la valutazione dell'esistenza di adeguati fattori compensativi che si individuano nella durata della restrizione carceraria, nei margini della libertà di circolazione concessa fuori dalla cella, nell'offerta di attività esterne alla cella e nel decoro complessivo delle condizioni di detenzione»

(Cass. pen., sez. V, 7 giugno 2018, n. 53731)

In merito al **criterio di calcolo**, la nostra cassazione si è espressa in senso contrastante → alcune pronunce avevano escluso dal computo il letto in quanto non funzionale alla libertà di movimento del recluso, altre pronunce che avevano escluso i soli letti singoli e altre i letti a castello perché quelli singoli erano considerati amovibili. Accade che viene rimessa alle sezioni unite una questione relativa alla necessità di escludere o includere il mobilio dal computo totale. La Corte di Cassazione a sezioni unite si esprime dicendo che nella valutazione dello spazio minimo di 3m si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento, e pertanto vanno detratti gli arredi tendenzialmente fissi al suolo tra cui rientrano i letti a castello.

Sia le condizioni della detenzione che la sua durata possono configurare un trattamento inumano e degradante.

Oggi parliamo della possibilità che alcuni regimi carcerari particolari del nostro ordinamento possano entrare in tensione con l'art. 3 → integrare un trattamento inumano e degradante.

Quando parliamo di questi regimi speciali, ci riferiamo di solito al regime dell'art. 41-bis ord. pen. Prima di capire la specificità della condizione del detenuto sottoposto al 41-bis, vediamo l'approccio che ha la corte EDU rispetto a queste situazioni, che sono situazioni che riguardano soggetti considerati socialmente pericolosi (fenomeno mafioso, criminalità organizzata ← molto sentiti nel nostro paese e visti da tutte EU come un problema). tutti quegli approcci visti dai giudici di Strasburgo con riferimento a condizioni e durata non li ritroveremo qua → la corte tende a giustificare o ad essere meo rigida quando si tratta di questa tipologia di detenuti e condannati per reati che rivestono particolare allarme sociale. quel livello minimo di sofferenza, superato il quale siamo davanti ad un trattamento inumano e degradante, sembra essere più alto.

Partiamo dalla sentenza **Dell'Anna c. Italia** che ha affrontato proprio la compatibilità con l'art. 3 del 41-bis. Con questa sentenza siamo davanti a perquisizioni ed ispezioni corporali particolarmente invasive. La corte dice che in realtà, anche se invasive, queste ispezioni corporali si rendevano necessarie per garantire la sicurezza del carcere → non ravvisa la violazione dell'art.3

**Enea c. Italia 2009** → detenuto in gravissime condizioni di salute. Se il detenuto non fosse in regime di 41-bis, queste condizioni di salute sarebbero state dichiarate incompatibili con il regime carcerario. Qui siamo davanti, però, ad altre esigenze, ossia quelle del 41-bis di isolare il detenuto rispetto a tutti gli altri detenuti + evitare al massimo i contatti esterni tra il detenuto e soggetti che possono costituire il collegamento con l'associazione mafiosa. In Enea c. Italia, queste esigenze hanno fatto sì che la corte non ravvisasse l'incompatibilità del regime detentivo con le condizioni di salute.

**Caratteristiche principali di questo regime detentivo:**

la ratio è la necessità di spezzare ogni legame tra il detenuto sottoposto al 41-bis e l'esterno → necessario ostacolare il più possibile le comunicazioni dei detenuti con l'esterno → evitare che i mafiosi condannati per associazione mafiosa o altri crimini potessero continuare dal carcere ad avere un ruolo nell'ambito dell'organizzazione criminale posta al di fuori del carcere. Questo si può fare attraverso una serie di misure che evitano il più possibile qualsiasi contatto tra l'organizzazione criminale ed il detenuto.

Le principali misure sono:

- **Isolamento** → allontanati da tutti gli altri detenuti. Non tutte le carceri sono dotate del regime del 41-bis. Qualora il carcere ne sia dotato, in questo sono presenti delle zone totalmente separate dai soggetti "normali" detenuti. Cella singola senza accesso agli spazi comuni e costantemente sorvegliati dalla polizia penitenziaria.  
La possibilità di usufruire da spazi comuni e di uscire dalla cella, questo tipo di detenuto non la ha. Dispongono di un'ora d'aria che avviene sempre in isolamento. I colloqui con i familiari sono sottoposti a sorveglianza e sono 1 al mese massimo. Fino al 2013 questo divieto era esteso anche ad i colloqui con il detenuto (dichiarato incostituzionale). I colloqui sono tutti registrati, tranne quelli con il difensore.
- Divieto di usare il telefono
- Divieto di inviare o ricevere denaro
- Divieto di ricevere più di 2 pacchi al mese
- Divieto di fare lavori artigianali in carcere
- Divieto di acquistare e cucinare cibo in cella
- La corrispondenza in entrata ed uscita viene sempre monitorata dalla polizia che sceglie quali info si possono dare al detenuto e quali no.

A questo scopo, dunque, la legge prevede una **serie di misure** applicabili ai detenuti sottoposti al regime di carcere duro.

- I "ristretti" al 41-bis vengono posti **in isolamento**, dunque allontanati dagli altri detenuti sottoposti a regime ordinario, situati in una **cella singola senza accesso agli spazi comuni** e sono **costantemente sorvegliati** da un corpo speciale di polizia penitenziaria.
- Dispongono **dell'ora d'aria**, che viene concessa comunque in maniera limitata, in gruppi composti da massimo 4 persone, e avviene **sempre in isolamento**.
- Per quanto concerne i contatti con l'esterno, i detenuti al 41-bis subiscono una limitazione del numero **colloqui con i familiari**, massimo **uno al mese**, e della relativa durata. Prima del 2013 la limitazione si estendeva anche ai colloqui con i legali, ma la Corte Costituzionale ha abolito la norma.
- I colloqui concessi si svolgono **in un'area speciale**, dotata di vetri divisorii, allo scopo di impedire il contatto fisico con i familiari, e vengono **registrati**.

- I detenuti al 41-bis, infine, dispongono di una **sola telefonata al mese** della durata di dieci minuti, anch'essa **registrata**, e **tutta la corrispondenza**, con la sola eccezione di quella con membri del Parlamento o con autorità nazionali o europee competenti in materia di giustizia, è **sottoposta a censura**.
- I detenuti inoltre subiscono ulteriori limitazioni, che però non sono le medesime in tutte le carceri, e spesso **non possono detenere in cella oggetti personali come penne, quaderni, denaro**.

- In **caso di malattia**, i detenuti vengono trasferiti in strutture ospedaliere dotate di reparti speciali in cui viene assicurata l'applicazione di tutte le disposizioni di legge previste dal regime 41-bis. In alcuni casi di particolare gravità è possibile che venga concessa la custodia attenuata, che va richiesta dai legali difensori.

Ovviamente si tratta di soggetti ritenuti socialmente pericolosi che si sono macchiati di reati gravissimi. Questo regime è destinato a durare quasi tutta la pena → spesso ergastolo. È una modalità di esecuzione della pena spesso al limite della tollerabilità umana, perché questi soggetti sostanzialmente – a parte degli sporadici contatti – sono completamente tagliati fuori dalla società e dai loro simili e dai loro familiari. Nelle celle, i detenuti non possono avere nemmeno penne, quaderni, libri.

In caso di malattia, dovrebbero essere trasferiti in strutture ospedaliere con reparti speciali sorvegliati dalla polizia. Solitamente, vicini alle carceri dotati delle ali del 41-bis, non ci sono carceri con queste aree apposite → conseguenza → non curare queste persone, perché è troppo difficile il trasferimento. È il regime carcerario più invasivo previsto a livello europeo.

### A chi si applica il 41-bis?

La disciplina è speciale → chi è competente a prorogare di volta in volta questa topologia di detenzione nel nostro ordinamento è il ministro della giustizia, che ha la facoltà di sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati → si sospende la possibilità di fare godere questi detenuti delle normali regole di trattamento.

La sospensione deve essere motivata → il 41-bis prescrive eccezionali e gravi situazioni di emergenza e nella durata necessaria al conseguimento del fine → ripristinare l'ordine e la sicurezza.

È un regime che sulla legge non è destinato a durare per tutta la durata della pena, ma dovrebbe essere applicato solamente in gravi situazioni di emergenza e dura finché non è stata raggiunta la finalità che si pone sul caso specifico.

Al co. 2 si dice che:

Al secondo comma, invece, la norma prevede che "quando **ricorrono gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica**, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia ha altresì la **facoltà di sospendere**, in tutto o in parte, nei confronti **dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-bis o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza**. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente. In caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell' articolo 4-bis".

Il co. 1 viene applicato in gravi situazioni di emergenza per qualsiasi tipo di fattispecie, quando vi sono situazioni di emergenza e la finalità è ristabilire ordine all'interno del carcere (es. una rivolta).

Il co. 2 estende questo regime ad i detenuti per determinati delitti e la finalità è impedire i collegamenti con l'associazione. Finché non vi è da parte del ministro della giustizia la convinzione che il detenuto non abbia più collegamento con l'associazione mafiosa di appartenenza, questo regime sarà di volta in volta prorogato.

Durata di 4 anni prorogabile per ulteriori due, potenzialmente all'infinito se dovesse sempre sussistere il rischio per questi detenuti di collegamenti con l'esterno.

"La **proroga** è disposta quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno, tenuto conto anche del profilo criminale e della posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione, della perdurante operatività del sodalizio criminale, della sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate, degli esiti del trattamento penitenziario e del tenore di vita dei familiari del sottoposto. Il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa".

Il mero decorso del tempo non costituisce di per sé elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa.

Se esiste ancora il rischio che, una volta posto il regime normale, possa ristabilire i contatti con l'associazione mafiosa, il regime viene prorogato.

Il co. 2-quater prevede che:

Il comma 2-quater dell'art. 41- bis prevede che "i detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione" siano "ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto".

Fin da quanto è stato introdotto questo regime (che è sempre stato introdotto a seguito delle stragi di mafia degli anni '90) è stato duramente criticato da tutte le organizzazioni internazionali predisposte a monitorare il divieto di tortura a livello mondiale → Amnesty, l'associazione Antigone (associazione fondata dal presidente Palma), Nessuno tocchi Caino, il Comitato ONU contro la tortura ← quest'ultimo si chiede se un detenuto possa essere sottoposto al regime del 41-bis anche per 20 anni. Questo regime è stato definito crudele, inumano e degradante.

La corte EDU, comunque, l'ha sempre tenuto compatibile con l'art. 3 → il fenomeno mafioso italiano è stato sempre visto come un'emergenza per la quale tutti gli strumenti sono ritenuti compatibili con le garanzie della CEDU.

Secondo la corte EDU, uno spazio minimo personale non garantito ad oggi singolo detenuto può integrare il trattamento inumano (sotto i 3 mq siamo in violazione dell'art. 3 → livello di sofferenza che non può essere superato → la constatazione che il detenuto possa usufruire solo di limitati mq di spazio personale integra una sofferenza tale da integrare un trattamento inumano). È evidente che, se c'è compatibilità con questo regime, l'art. 3 è per l'utilità che ha questo regime, per la difficoltà di trovare altre modalità diverse rispetto all'isolamento totale di quel detenuto, altri strumenti per impedire che il detenuto possa continuare ad avere contatti con l'esterno. Solo così si può giustificare che la corte non abbia mai dichiarato la violazione dell'art. 3 rispetto a questo regime, anche quando – come in Enea c. Italia – il soggetto era in gravissime condizioni di salute e quindi evidentemente quel soggetto poteva continuare ad avere contatti con l'esterno.

L'idea è che il boss mafioso può anche all'interno del carcere mandare dei messaggi e dirigere l'associazione mafiosa interna.

La diversa sensibilità della corte → da un lato, al di sotto di 3.4 mq a disposizione del singolo detenuto si ha il trattamento inumano, dall'altro abbiamo la compatibilità di questo regime che a livello di sofferenza ha restrizioni molto più importanti. Comunque, la corte non ha mai ravvisato l'incompatibilità di questo regime con l'art. 3 → il fenomeno mafioso è talmente allarmante che non può essere affrontato se non con determinati strumenti. L'allarme sociale che questo fenomeno suscita nel paese rende compatibile una sofferenza tale delle restrizioni con l'art. 3.

**Sentenza 25/10/2018 Provenzano c. Italia** → Provenzano era capo mafia dopo Totò Riina latitante per molti anni. Quando viene catturato, viene condannato a numerosi ergastoli e sottoposto al regime del 41-bis.

All'epoca era considerato come il successore di Riina nel ruolo massimo di vertice di Cosa Nostra, mandante di numerosi omicidi, capaci di dare ordini anche attraverso lo sguardo. Viene sottoposto al 41-bis.

Provenzano era rimasto latitante per 40 anni. Arresta nel 2006 e condannato per associazione mafiosa, strage tentato omicidio aggravato, traffico di stupefacenti, detenzione illegale di armi, estorsione, sequestro di persone → plurimi ergastoli.

Il primo provvedimento del ministro della giustizia è di 13 giorni dopo la sua cattura, nel 2006 → regime cautelare differenziato del 41-bis. Anche dopo che è stato condannato subisce il 41-bis. Questo regime viene prorogato all'infinito fino alla data della sua morte. Il problema di questa vicenda è che gli ultimi anni di detenzione, **Provenzano chiede la sospensione del 41-bis per essere trasferito in strutture ospedaliere che potessero curarla, perché le sue condizioni di salute erano così gravi da aver ormai compromesso la funzione cognitiva. Queste condizioni di salute così gravi e che dimostravano che egli non poteva più parlare sono state apposte a fondamento delle istanze di revoca del 41-bis e di reclami verso i decreti ministeriali di proroga del Ministero della giustizia, ma nessuna istanza è mai stata accolta.**

**Corte EDU, 25 ottobre 2018, Provenzano c. Italia**

**Massima**

Al fine di valutare se l'applicazione al detenuto delle restrizioni previste dall'art. 41-bis l. 354 del 1975 raggiunga o non la soglia minima di gravità richiesta per rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (divieto di tortura), **la durata dell'applicazione deve essere esaminata** alla luce delle **circostanze del caso di specie**, in modo da poter accertare se **il rinnovo o l'estensione delle restrizioni contestate sia giustificato o non**. Ciò posto, sussiste la violazione dell'art. 3 cit., se, pur in presenza di detenuto di elevatissima pericolosità, i giudici nazionali **non si confrontano in modo puntuale con l'accertato quadro di grave deterioramento cognitivo dello stesso**, al fine di dar conto delle ragioni della necessità della rinnovata applicazione delle restrizioni.

La corte, nelle varie sentenze sui regimi di detenzione del 41-bis, non ha mai ravvisato violazioni dell'art. 3. **In Provenzano c. Italia la corte dice che c'è violazione dell'art. 3 se davanti ad un detenuto che è ritenuto particolarmente pericoloso se i giudici nemmeno si confrontano per prendere una decisione sulle istanze rivolte ai giudici e quindi sull'effettivo grave deterioramento cognitivo dello stesso.** Il quadro che emerge dalla documentazione medica può far suscitare alcuni legittimi dubbi sulla persistente pericolosità del ricorrente e sulla sua capacità di mantenere i collegamenti significativi costruttivi con l'organizzazione criminale di cui faceva parte. **La Corte, quindi, non può affermare che il ricorrente non abbia presentato prove che potessero indurla a concludere che la proroga dei tali restrizioni era ingiustificata.**

Sui giornali italiani si sottolineava il fatto che l'UE non conoscesse effettivamente cosa significasse avere la mafia nel proprio paese + Provenzano poteva comunicare anche con gli occhi.

In realtà, questa sentenza dice l'ovvio → il 41-bis è compatibile con l'art. 3, ma la necessità di prorogare questo regime deve essere comune valutata dal giudice dell'esecuzione e deve valutare di volta in volta se l'estensione e la proroga di questo regime sia giustificata. È giustificata nel momento in cui il soggetto è ancora in grado, lasciato il regime di detenzione normale, di avere ancora contatti con l'associazione mafiosa. se per il suo stato di salute non è più in grado di potere avere contatti con l'associazione mafiosa, non è più necessario prorogare il 41-bis e prorogarlo significherebbe violare l'art. 3.

Quindi, quello che dice la sentenza, non è che il 41-bis all'ergastolo non sia compatibile con l'art. 3, ma il giudice, prima di concedere la proroga disposta dal ministro della giustizia per estendere il regime, deve guardare al caso specifico e capire se questa proroga è compatibile con le condizioni di salute del detenuto. Fin dal 2006 a Provenzano viene prorogato il 41-bis.

L'ultimo provvedimento di proroga è del 26/03/2016 → per 10 anni Provenzano è in 41-bis. Dopo qualche mese dall'ultima proroga si ha la morte.

Dal 2013 inizia ad essere costretto a stare a letto ed è alimentato in maniera artificiale. Dal 2013 al 2016 i difensori di Provenzano iniziano a presentare istanze volte ad ottenere la sospensione della pena e la revoca del 41-bis. Queste istanze non hanno effetto → era stato ritenuto che Provenzano continuasse ad avere un regime appropriato e che la sua sottoposizione al 41-bis fosse necessaria per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica.

A questo punto, i difensori di Provenzano sollevano la questione davanti alla Corte EDU:

Il procedimento, promosso dal Provenzano e proseguito dal figlio, lamentava **la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sotto i profili della insufficiente assistenza sanitaria in carcere e della sottoposizione al regime dell'art. 41-bis ord. pen.**, nonostante le patologie dalle quali era affetto.

La Corte EDU riconosce la violazione dell'art. 3 solo rispetto alla proroga di regime differenziato limitatamente all'ultimo provvedimento ministeriale, e non alle condizioni della detenzione. La questione riguardava due aspetti:

- Violazione dell'art. 3 per compatibilità con la condizione di salute
- Sottoposizione al 41-bis

La I sezione della corte EDU dice, da un lato, che il 41-bis non integra di per sé la violazione dell'art. 3. Dall'altro lato dice che nell'ultimo provvedimento di proroga i giudici hanno mancato di valutare se le condizioni di salute di Provenzano potessero ritenersi compatibili con le condizioni di cui al 41-bis.

Il progressivo avanzamento delle condizioni di salute, il decadimento cognitivo che faceva venire meno il rischio di contatto con l'associazione di appartenenza dovevano essere valutate dai giudici al fine di approvare il rinnovamento della proroga → **il 41-bis è compatibile con l'art. 3 CEDU, ma si ha la necessità di una valutazione periodica di necessità di tale regime.**

La corte contesta che non vi sia stata questa valutazione, perché **se il giudice avesse analizzato il quadro clinico di Provenzano, avrebbe con assoluta certezza verificato il venir meno di contatti con Provenzano e l'associazione mafiosa nel momento in cui egli fosse stato trasferito in un regime ordinario di detenzione.** L'ultimo provvedimento non prende in considerazione le condizioni di salute di Provenzano, e per questo è in violazione dell'art. 3. La ragione della violazione risiede nel non avere dimostrato nel provvedimento di proroga che il ricorrente, nonostante lo stato di deterioramento psichico, avrebbe potuto continuare ad avere collegamenti con l'associazione mafiosa qualora fosse stato trasferito in un regime ordinario.

Al contrario, con riguardo **all'ultimo rinnovo del 23 marzo 2016**, che avrebbe preceduto di qualche mese il decesso del luglio dello stesso anno, la Corte ha rilevato che la documentazione medica aveva sottolineato l'esistenza di un quadro di deterioramento cognitivo estremamente severo (e ciò senza dire del gravissimo decadimento fisico del Provenzano), con la conseguenza che **la reiterazione del provvedimento di sottoposizione al regime detentivo speciale avrebbe richiesto un accurato esame e una puntuale motivazione – che al contrario non si riscontrava - rispetto alla irrilevanza di tali mutamenti rispetto alla concreta pericolosità dell'individuo.**

Nel libro si parla di **inerzia motivazionale** nell'affrontare il progressivo decadimento cognitivo del detenuto → la violazione di questo divieto motivazionale (si deve spiegare come mai è necessario continuare ad estendere il regime di detenzione) ha comportato la violazione dell'art. 3.

All'interno della giurisprudenza della Corte si possono individuare numerose pronunce in tema di durata della pena e in merito alla compatibilità della pena perpetua con l'art. 3.

allungò i giudici europei hanno ritenuto il carcere a vita compatibile con la norma convenzionale in presenza di un'astratta possibilità di liberazione anticipata. Questo grazie all'esistenza all'interno degli ordinamenti di meccanismi come grazia o conversione della sentenza che permettevano al ricorrente di nutrire la ragionevole speranza di essere rimesso in libertà. Più recentemente la grande camera ha modificato il proprio orientamento richiedendo che la pena dell'ergastolo non sia manifestamente sproporzionata rispetto al reato commesso e che sia previsto all'interno dell'ordinamento nazionale al meccanismo di revisioni periodiche idoneo a valutare gli sviluppi della vita detentiva del condannato appena perpetua e gli eventuali progressi verso la risocializzazione.

Pur evidenziando come la scelta finale in merito alla natura ed alle modalità applicative del meccanismo di revisioni periodiche spetti ai singoli stati, la Corte ha sottolineato che per non incorrere nella violazione dell'art. 3 tale meccanismo debba essere disciplinato dalla legge in modo da permettere al condannato di sapere fin dall'inizio in base a quale condizione temporistica potrà essere sottoposto alla revisione della sua pena.

Un esempio importante è il caso Murray c. Olanda, dove il ricorrente lamentava il fatto che nel suo caso specifico le prospettive di liberazione erano de facto assenti poiché il ricorrente non era mai stato sottoposto ad una cura psichiatrica e quindi il rischio che potesse nuovamente delinquere da considerato troppo alto.

### **INIZIAMO AD AFFRONTARE L'ULTIMO TEMA:**

#### **ART. 5 CEDU:**

Siamo sempre in tema di libertà, come nell'art. 3.

**L'art. 5 CEDU disciplina il diritto alla libertà ed alla sicurezza** ← la parola sicurezza in questo caso assume un'accezione accessoria e strumentale rispetto alla libertà, così che la CEDU è indirizzata a tutelare l'individuo da arbitrarie limitazioni della propria libertà.

La nozione di privazione della libertà rilevante ai sensi dell'art. 5 CEDU è distinta da quella di restrizione della libertà personale di cui all'art. **2 prot. 4 CEDU** → diverso grado di intensità della limitazione tramite una valutazione in concreto sulla base di parametri → come durata o modalità di esecuzione della misura limitativa della libertà personale.

La stessa garanzia è riconosciuta dall'art. **6 Carta di Nizza** → piena corrispondenza tra la tutela garantita dalla piccola e grande Europa. Quanto all'ordinamento italiano, si fa riferimento all'art. **13 Cost** → concetto di libertà maggiormente esteso → non solo libertà fisica ma anche libertà morale.

Diritto alla libertà fisica ed alla sicurezza. Noi abbiamo parlato del divieto di trattamenti inumani e degradanti attraverso limitazioni della libertà, ma quello era un divieto. Qui abbiamo un diritto, un diritto alla libertà, alla circolazione, a non vedersi limitata la propria libertà di movimento + diritto alla sicurezza.

Art. 5 CEDU ed art. 6 Carta di Nizza tutelano la classica limitazione della libertà, ossia quella fisica.

→ vedremo come deve essere goduto il diritto alla libertà per non violare l'art. 5. Individua in maniera tassativa tutte le situazioni nelle quali è possibile limitare legittimamente la nostra libertà.

L'art. inizia dicendo che ogni persona ha diritto alla libertà alla sicurezza e nessuno può esserne privato, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge. Questo è un diritto inviolabile che ricorda la disciplina prevista nel nostro ordinamento → anche nel nostro ordinamento è inviolabile e non può essere limitato se non nei casi e nei modi previsti dalla legge → richiama il principio di legalità e di tassatività. Non è possibile limitare la nostra libertà se non c'è una norma che lo prevede (norma di legge) e se non rientriamo nei casi tassativi previsti dalla legge.

→ sono due le condizioni in presenza delle quali è ammessa la privazione della libertà personale.

**5.1.** Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei **casi seguenti** e nei **modi previsti dalla legge**

1. Si deve trattare d'una delle **ipotesi tassativamente indicate** nello stesso comma
2. Occorre rispettare il **canone di legalità** nella privazione dell'*habeas corpus*

Non è sufficiente che rientriamo nei casi previsti dalla legge, ma è necessario anche che ci sia una legge che preveda la possibilità di limitare la nostra libertà.

Ogni persona ha **diritto alla libertà e alla sicurezza**. Nessuno può essere privato della libertà, **se non nei casi seguenti** e nei **modi previsti dalla legge**:

- a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente;
- b) se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge;
- c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso;

## **SEMINARIO: IL RIESAME E LA RIAPERTURA DEL GIUDICATO NAZIONALE A SEGUITO DI CONDANNA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO:**

Pronuncia molto importante della Grande camera della Corte europea.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, la Corte cost. nel 2011 pronuncia una **sentenza di illegittimità costituzionale dell'art. 630 cpp nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo quando sia necessario ai sensi dell'art. 46 cedu per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti**

**dell'uomo**. Anche a seguito della raccomandazione 2/2000 la nostra giurisprudenza di legittimità ha operato uno sviluppo giurisprudenziale individuando vari strumenti già presenti all'interno del cpp per tentare di consentire l'esecuzione delle pronunce di condanna della Corte europea.

Si arriva poi nel 2011 all'intervento della Corte costituzionale. Qui vi ho riportato le parti principali della pronuncia della Corte costituzionale che però già avete analizzato con il professore a lezione:

*"L'incidenza della declaratoria di incostituzionalità sull'art. 630 c.p.p. non implica una pregiudiziale opzione a favore dell'istituto della revisione, essendo giustificata soltanto dall'inesistenza di altra e più idonea sede dell'intervento*

*additivo, restando il legislatore ovviamente libero di regolare con una diversa disciplina—recata anche dall'introduzione di un autonomo e distinto istituto —il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo, come pure di dettare norme su specifici aspetti di esso sui quali la Corte costituzionale non potrebbe intervenire, in quanto involventi scelte discrezionali”.*

Abbiamo anche visto che questo strumento individuato dalla Corte costituzionale aveva dei **limiti**. Qual era il limite principale? Il limite principale è che la revisione è volta al proscioglimento dell'individuo ovvero al momento in cui il soggetto richiama la revisione della propria pronuncia di condanna c'è una valutazione di ammissibilità della richiesta ai sensi dell'art. 631 che è proprio operata sulla base della previsione di proscioglimento all'esito del giudizio di revisione. Allo stesso modo, anche l'art. 637 co. 2 e 3 prevede come possibili esiti del giudizio di revisione proprio il proscioglimento dell'individuo. Noi abbiamo detto che, in realtà, nel momento in cui parliamo del caso in cui ci sia stata una sentenza di condanna della Corte europea che abbia rilevato una violazione della convenzione, non è detto che ciò implichi la necessità di un proscioglimento nel merito dell'individuo che abbia adito la Corte edu. Semplicemente, la Corte edu ha rilevato una violazione → in determinate situazioni ritiene necessario rimediare alla violazione rilevata attraverso la riapertura del giudicato nazionale. Poi però potrebbe benissimo esserci una conferma della sentenza di condanna a livello nazionale.

articoli di riferimento:

- **Art. 46 Cedu**, forza vincolante ed esecuzione della sentenza

1. *Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti.*

2. *La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione.*

- **Art. 41 Cedu**, equa soddisfazione

*Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.*

- **Art. 35. 1 Cedu**, condizioni di ricevibilità

*La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne entro un periodo di 4 mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva.*

Dove si va a creare il contrasto? Il contrasto è tra il piano sovranazionale che richiede in caso di sentenza di condanna da parte della Corte europea di ripristinare lo status quo ante (la restitutio in integrum) e allo stesso tempo il fatto che a livello nazionale abbiamo una pronuncia che ha forza di giudicato → ricorso straordinario.

- **Raccomandazione 2/2000**

riapertura della procedura nazionale al momento in cui si verificano dei requisiti ben precisi:

1. la parte danneggiata continui a soffrire le conseguenze negative della decisione nazionale + il fatto che tali conseguenze negative non possono essere rimosse tramite l'equa soddisfazione, ma possono essere rimosse esclusivamente attraverso il riesame e la riapertura del giudicato.
2. la Corte europea abbia rilevato (a) la contrarietà della decisione nazionale nel merito rispetto alla convenzione oppure (b) una violazione di natura procedurale di una gravità tale da gettare un serio dubbio sull'esito del giudizio nazionale.

### **Sentenza Moreira Ferreira c. Portogallo n. 2**

è un leading case in materia perché la Corte europea, sia nell'opinione della maggioranza sia nell'opinione dissenziente (guarda caso del giudice portoghese Pinto), compie una panoramica molto importante su quelli che sono gli strumenti adottati o comunque le vie adottate a livello nazionale per adeguarsi a quello che è l'invito arrivato dal comitato dei ministri attraverso la raccomandazione 2/2000.

**FATTI.** La causa viene assegnata alla Grande camera. Ai sensi dell'art. 30, al momento in cui vengono sollevati davanti alla Corte europea dei gravi problemi di interpretazione della convenzione, nei casi in cui vi siano stati dei contrasti sul tema in passato, la Corte stessa può decidere di devolvere la causa alla Grande camera. La ricorrente è una cittadina portoghese che viene perseguita a livello nazionale in relazione ai reati di **minacce e ingiuria**. Viene condannata al risarcimento delle vittime in 1° grado e la signora Moreira

Ferreira fa appello a livello nazionale. La Corte d'appello portoghese conferma la sentenza di condanna pur mitigando la pena che era stata inflitta in 1° grado. A questo punto c'è l'esaurimento delle vie di ricorso interne → Moreira Ferreira adisce la Corte edu. Cos'è che lamenta la signora? Lamenta che vi è stata una **violazione dell'art. 6 paragrafo 1 della CEDU perché pur avendolo richiesto non le era stato consentito di essere sentita personalmente dalla Corte di appello nazionale.**

C'è una prima pronuncia da parte della Corte edu in relazione alla violazione dell'art. 6 della CEDU → rileva la violazione ed allo stesso tempo però evidenzia come non sia possibile in qualche modo prevedere quello che sarebbe stato l'esito del giudizio interno anche nel caso in cui non vi fosse stata la violazione. Ovvero, se la signora Moreira Ferreira fosse stata comunque sentita dalla Corte d'appello, non poteva essere escluso che comunque la condanna sarebbe stata ugualmente confermata. Qui ritorniamo a ciò che ci dicevamo prima, cioè una violazione rilevata dalla Corte di Strasburgo non significa per forza un ribaltamento della pronuncia di condanna nazionale, semplicemente che c'è stata una violazione.

Quindi, alla luce della pronuncia della Corte, Moreira Ferreira va davanti alla Corte suprema portoghese ai sensi dell'art. 449 cpp portoghese che disciplina la possibilità di andare davanti alla Corte suprema al momento in cui vi sia stata una pronuncia favorevole da parte di un tribunale internazionale come la Corte edu → attivare la revisione del mio processo. Però, la Corte suprema portoghese rifiuta di concedere l'esame del processo perché sostiene che il fatto che Moreira Ferreira non fosse stata sentita davanti alla Corte d'appello rappresentasse esclusivamente un'irregolarità processuale → non aveva quelle caratteristiche di gravità tali da integrare i requisiti che consentono la revisione del giudicato nazionale.

A seguito di questa decisione della Corte suprema portoghese, la ricorrente va di nuovo davanti alla Corte edu e, in questo caso, invoca sia la violazione dell'art. 6 sia la violazione dell'art. 46 CEDU. Il punto fondamentale è che la signora Ferreira dice "l'organo nazionale non ha dato esecuzione a quello che era stato il dictum della Corte europea dei diritti dell'uomo e quindi sono stata privata del diritto alla revisione della mia condanna definitiva".

#### **NORMATIVA NAZIONALE:**

Art. 449. 1 lett. g) cpp portoghese (casi di revisione):

«A judgment which has become final may be reviewed on the following grounds: [...] (g) the conviction is irreconcilable with a judgment binding on the Portuguese State that has been delivered by an international authority, or such a judgment casts serious doubt on the validity of the conviction in question»

Facciamo una piccola digressione sullo strumento nazionale. Come abbiamo detto, questo art. del cpp portoghese ci dice che una pronuncia definitiva può essere sottoposta a revisione sulla base di determinate circostanze (ricorda un po' il nostro articolo 630). Tra queste c'è la G che dice "una sentenza di condanna che è incompatibile con una pronuncia vincolante sullo Stato portoghese che sia stata emessa da un'autorità internazionale". Ovviamente la Corte EDU rientra precisamente in questa casistica. La Corte suprema portoghese però, nel suo orientamento costante ha sempre interpretato restrittivamente questa lettera G.

Soggetti legittimati alla luce del diritto nazionale a portare avanti queste richieste di revisione (sono tutti parametri che ritroveremo più avanti): (a) Attorney General e (b) persona condannata, quindi l'interessato. Cosa succede al momento in cui vi sia una richiesta di revisione che venga in qualche modo accolta per il suo esame → non c'è un accoglimento nel merito, c'è una richiesta che integra tutti i requisiti richiesti dalla legge e la Corte suprema decide in qualche modo di decidere sul punto. Ecco, in questo caso la Corte suprema dovrà rinviare alla Corte territorialmente più vicina e dello stesso grado di quella che si è pronunciata nell'ambito del giudizio in cui è avvenuta la violazione rilevata dalla Corte di Strasburgo. Accade poi che in questo caso la Corte suprema ha una discrezionalità in merito alla sospensione dell'esecuzione del giudicato in attesa della decisione sulla revisione. Quindi, cosa accade nel momento in cui la richiesta viene accolta? Rinvio alla Corte territorialmente più vicina rispetto a quella che si era pronunciata nell'ambito nazionale e davanti alla quale si era verificata la violazione e poi sospensione dell'esecuzione della sentenza fino alla decisione sulla revisione in mano diciamo alla facoltà della suprema corte.

Cosa dice la Corte europea dei diritti dell'uomo che è stata nuovamente adita dalla signora Moreira Ferrera? «The Court reiterates that it does not have jurisdiction to order, in particular, the reopening of proceedings [...] the practice of the Committee of Ministers in supervising the execution of the Court's

judgments shows that in exceptional circumstances the reexamination of a case or the reopening of proceedings has proved the most efficient, if not the only, means of achieving restitutio in integrum, that is to say ensuring that the injured party is restored, as far as possible, to the situation which he or she enjoyed prior to the violation of the Convention. Among the cases in which the Court finds a violation, re-examination or reopening will be of particular importance in the field of criminal law»

**PRINCIPI.** Bene, qui la Corte europea riepiloga i principi generali da seguire per quanto riguarda il riesame e la riapertura del giudicato nazionale. Il comitato dei ministri, in casi eccezionali, reputa il riesame e la riapertura del giudicato come la misura più efficiente se non l'unica per raggiungere quella che è la restitutio in integrum. Per quanto riguarda le violazioni dell'art. 6, la Corte EDU in determinate situazioni può indicare la riapertura del giudicato come la misura in principio più adeguata a rimediare alla violazione. In casi eccezionali la riapertura può rappresentare l'unica misura adeguata a garantire la restitutio in integrum. E ancora, sempre in caso di violazione dell'art. 6, la riapertura non rappresenta automaticamente la soluzione più adeguata. La Corte in questa pronuncia applica un'interpretazione che è restrittiva del rimedio della riapertura del giudicato. E poi, ci dice che a sostegno di questa tesi c'è anche il fatto che nei vari paesi membri c'è una grande difformità per quanto riguarda gli strumenti adottati per dare esecuzione alle sentenze di condanna che arrivino da Strasburgo.

**MERITO.** La Corte europea prima riprende quelli che sono i principi della propria giurisprudenza (ovviamente scegliendoli adeguatamente in base a quelle che poi sono le circostanze del caso) e poi arriva all'esame del caso di specie.

La Corte ritiene che quando la suprema Corte portoghese ha ritenuto che la violazione riscontrata dalla Corte EDU nella prima pronuncia Moreira Ferreira rappresentava una mera irregolarità, ebbene questa mera irregolarità non dava automaticamente il diritto alla riapertura del giudicato nazionale, perché in realtà uno dei principi fondamentali è che le violazioni procedurali debbano avere avuto un impatto su quello che è stato l'esito del giudizio nazionale → evidentemente, le mere irregolarità non possono rientrare nella casistica. E quindi, sempre facendo applicazione del fatto che in determinati casi la riapertura del giudicato può essere la soluzione adeguata ma non l'unica, anche nel caso Moreira Ferreira la scelta della Corte suprema di non garantire la revisione e quindi di dare un rimedio adeguato al ricorrente attraverso altre vie non era stata una scelta arbitraria.

E quindi, nove voti contro otto (quindi nove voti a favore e nove contrari), la Corte ci dice che non c'è stata violazione dell'art. 6 della convenzione.

#### **DISSENTING OPINION.**

Una è del giudice italiano Raimondi. Opinion sull'ammissibilità del ricorso della signora Moreira Ferreira perché in pratica la Corte dice "il secondo ricorso presentato da Moreira Ferrera atteneva all'esecuzione di una pronuncia di condanna che non è di competenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, quindi noi in qualche modo stiamo entrando nell'ambito di competenza di un altro organismo, che come sappiamo è il comitato dei ministri".

E poi, c'è la dissenting opinion del giudice Pinto, che poi vedremo più nel dettaglio. Il giudice Pinto dice che la decisione della maggioranza è molto rischiosa perché in qualche modo garantisce la possibilità agli Stati nazionali di non dare esecuzione delle sentenze di condanna in qualche modo impunemente. Invece il fatto, secondo lui ovviamente, che la Corte suprema portoghese non avesse concesso la revisione del giudicato nazionale doveva integrare gli estremi della violazione della garanzia convenzionale di quell'art. 6.

#### **ANALISI COMPARATISTICA.**

Sappiamo che l'Italia arriva tra gli ultimi paesi nazionali (se la riforma Cartabia mai entrerà in vigore) a dotarsi di uno strumento ad hoc. In realtà, grazie anche all'attività giurisprudenziale e alla sentenza della Corte costituzionale 113/2011, in Italia è possibile in qualche modo avere una revisione del giudicato nazionale a seguito di sentenza di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Perché, in realtà, fra 46 paesi membri tutti ad eccezione di uno (ovvero il Liechtenstein) prevedono la possibilità di riesaminare o riaprire il giudicato nazionale in ambito penale sulla base di una sentenza emessa dalla Corte europea. E tra questi paesi una prima grande distinzione che viene operata è tra (a) quelli che si sono dotati di una

disciplina specifica per quanto riguarda la riapertura del giudicato e (b) quelli che invece hanno operato delle interpretazioni estensive giurisprudenziali.

(a) Per quanto riguarda il primo gruppo di paesi un forte impulso a dotarsi di uno strumento è venuto proprio dalla Raccomandazione 2/2000. Quindi, se nel 1999 erano soltanto tre i paesi membri che avevano una propria disciplina ad hoc, a seguito della raccomandazione del 2000 si passa nel 2017 a 36 paesi membri. Ad oggi sono 38.

(b) In altri paesi invece è stata la giurisprudenza a supplire all'inerzia del legislatore.

L'Italia in quale delle due categorie rientra? Nella seconda. Il caso italiano è peculiare, perché comunque fino a quando era stata la Corte di cassazione come giudice di legittimità ad interpretare estensivamente l'Italia rientrava a pieno titolo nella seconda categoria. Alla luce dell'intervento della Corte cost. c'è stato un intervento sull'art. 630 con una dichiarazione di legittimità costituzionale parziale, quindi comunque è un caso peculiare, però sicuramente siamo più vicini al secondo gruppo che è il primo.

Solo una minoranza di Paesi nell'ambito del consiglio europeo si è pienamente adeguato ai presupposti richiamati dalla raccomandazione 2/2000. Quindi, solo una minoranza richiede la sussistenza di entrambe le condizioni che abbiamo visto. Un es. è quello del Belgio la cui legislazione nazionale in tema è considerata la più avanzata.

Per quanto riguarda invece la maggioranza dei Paesi, essi richiedono la sussistenza dell'uno o dell'altro presupposto.

Altri paesi ancora hanno introdotto all'interno della legislazione nazionale dei requisiti ulteriori. Ecco che in un gruppo di paesi, ad es., la decisione nazionale coperta dal giudicato perché si possa addivenire alla riapertura del giudicato nazionale deve essersi basata su quella che poi è stata la violazione rilevata alla Corte EDU.

#### **NATURA del rimedio straordinario**

sempre sulle differenze per quanto riguarda la natura del rimedio straordinario individuato a livello nazionale, nella maggior parte dei paesi membri il rimedio va a coincidere con il mezzo di impugnazione straordinario già previsto all'interno dell'ordinamento. In altri paesi (la minoranza) invece il rimedio specifico introdotto è stato in qualche modo separato da quelli che erano i mezzi di impugnazione straordinari già previsti.

#### **SOGGETTI LEGITTIMATI ad avanzare una richiesta di riapertura del giudicato:**

- la **vittima** (quindi chi è andato davanti alla Corte di Strasburgo e abbia ottenuto una pronuncia favorevole da parte della Corte di Strasburgo);
- le **autorità pubbliche**.

Ci sono dei paesi che garantiscono sia al privato (al soggetto in relazione al quale si è verificata la violazione) sia ad un'autorità pubblica la possibilità di richiedere la revisione del giudicato nazionale. Ora, secondo voi perché affidare a un'autorità pubblica questo tipo di potere?

Risposta: l'imparzialità. Lei dice l'imparzialità, quindi la vittima ha un interesse. In qualche modo il ragionamento del L. nazionale è quello di ritenere talmente ingiusto un giudicato in relazione al quale la Corte europea abbia rilevato una violazione della garanzia convenzionale per cui si dice "ok, anche se la vittima della violazione non ha un interesse a richiedere la riapertura, comunque lo Stato in primis è interessato a farsi che non ci siano delle condanne ingiuste a livello nazionale". E questo è molto discusso perché c'è anche chi ritiene che in realtà l'autorità pubblica non dovrebbe avere questo potere.

Quindi, la maggior parte dei paesi garantisce questa possibilità sia al privato sia all'autorità pubblica.

#### **TERMINE DI DECADENZA:**

Nel momento in cui ho ottenuto una pronuncia favorevole da parte della Corte di Strasburgo, entro quando posso richiedere la revisione del mio giudicato nazionale? Ecco, anche su questo parametro ci sono delle differenze importanti.

**Dies a quo** → in alcuni paesi il dies a quo è da individuarsi al momento in cui la pronuncia della Corte europea diventa definitiva, in altri casi al momento in cui la pronuncia della Corte europea viene conosciuta da parte dei soggetti legittimati a richiedere la riapertura, in altri casi ancora al momento in cui viene pubblicata.

**Durata** → 30 gg in Croazia fino a un anno in San Marino, Spagna, Turchia e Moldavia. Però, quello che è da tenere in mente è che in quasi in tutti gli ordinamenti vi è sempre un termine di decadenza entro il quale è possibile presentare la richiesta di riapertura. Noi siamo sempre a bilanciare la necessità della certezza di un giudicato nazionale con le necessità di dare esecuzione a quelle che sono le sentenze che arrivano dalla Corte EDU → necessario un termine di decadenza.

### **ORGANO COMPETENTE SULLA RICHIESTA**

Anche qui ci sono delle differenze notevoli → c'è chi lo ha affidato ad un organo giurisdizionale (maggior parte dei paesi membri) e chi invece l'ha affidato ad un organo non giurisdizionale.

Quale può essere il lato negativo di affidare la decisione sull'ammissibilità a un organo giurisdizionale? I giudici devono andare a giudicare l'operato dei loro colleghi. Se noi affidiamo il giudizio sull'ammissibilità alla Corte di cassazione, c'è il dato di fatto che la Corte deve annullare una pronuncia (che ovviamente i giudici non avranno pronunciato ma dei loro colleghi lo hanno fatto). In determinati paesi si è deciso di affidare questo compito a degli organismi non giurisdizionali, ad es. delle autorità amministrative.

### **STRUTTURA: bifasica o monofasica**

Dobbiamo distinguere a seconda del fatto che la legislazione preveda una struttura bifasica o monofasica. Cosa vuol dire?

- A. per quanto riguarda i paesi con una **struttura monofasica**, l'organo che era competente a decidere sull'ammissibilità sarà anche competente a decidere nel merito sulla revisione stessa.
- B. **struttura bifasica**, l'organo che ha deciso sull'ammissibilità potrà decidere di rinviare il processo ad un altro organo perché decida nel merito, perché davanti a quest'altro organo si svolge il nuovo giudizio.

Ecco, in realtà se in determinati paesi è possibile delimitare nettamente paesi che hanno adottato una struttura bifasica e i paesi che hanno adottato una struttura prettamente monofasica, nella maggior parte dei paesi la struttura potrà essere bifasica o monofasica. Cosa vuol dire? Vuol dire che l'organo competente sull'ammissibilità, a seconda del tipo di violazione che è stata rilevata dalla Corte di Strasburgo, potrà ritenere necessario decidere autonomamente su quello che è il merito oppure potrà ritenere necessario disporre la riapertura del giudizio e quindi compiere un rinvio ad un altro organo.

### **SOSPENSIONE dell'esecuzione del giudicato al momento in cui venga accolta la richiesta di riapertura**

→ in alcuni paesi essa rappresenta un effetto automatico dell'accoglimento della richiesta di riapertura, in altri Paesi, come per il Portogallo, la sospensione dell'esecuzione del giudicato è affidata alla discrezionalità dell'organo preposto.

### **ESITI**

possibili esiti del nuovo giudizio → nella maggior parte dei paesi membri è previsto che, a seguito di accoglimento della richiesta di riapertura, l'organo competente a decidere nel merito potrà addivenire a un'assoluzione, a una conferma della condanna o a una rideterminazione della pena in mitius. Cosa vuol dire? Che in molti ordinamenti è espressamente sancito un divieto di reformatio in peius nell'ambito del giudizio riaperto. E, nel caso in cui nell'ambito del giudizio di aperto si arrivi a una soluzione, alcuni paesi prevedono una forma di risarcimento del danno o comunque delle forme per rimediare alla condanna ingiusta.

### **RIFORMA CARTABIA**

L'Italia arriva comunque tra gli ultimi paesi a dotarsi di uno strumento specifico. È da circa vent'anni, quindi dalla raccomandazione 2/2000 che il L. latita. Nella latitanza del L. è stata la giurisprudenza a sopperire (prima la giurisprudenza della Corte di cassazione e poi l'intervento della Corte costituzionale).

A maggio 2021 nasce il nuovo governo Draghi e la ministra Cartabia avvia quella che è la riforma del processo penale. Alla fine del lavoro della commissione viene elaborato una relazione e si evidenzia la necessità di un intervento normativo dal momento che, a più di vent'anni dalla raccomandazione 2000 (2), con la quale il comitato dei ministri del consiglio d'Europa aveva sollecitato gli Stati membri a disciplinare la riapertura del procedimento in caso di condanna della Corte di Strasburgo, essa rimane affidata alla giurisprudenza. Qui in qualche modo la Commissione Lattanzi già individua quelli che sono i criteri principali che dovranno orientare il L. nel suo intervento e quindi la

Commissione suggerisce di “affidare al giudice della nomofilachia, ossia la Corte di cassazione, un vaglio preventivo sulla sentenza europea. In tal modo, la trasposizione di un dictum internazionale nell'ordinamento interno verrebbe coerentemente affidato alla Corte suprema; quest'ultima sarebbe chiamata ad interpretare la sentenza della Corte europea, dandole attuazione con un annullamento senza rinvio o con un annullamento con rinvio (nel caso in cui risulti indispensabile riaprire il processo)”.

L'organo che viene scelto come competente a decidere sulla richiesta è la Corte di cassazione. Poi già si vede una struttura che può assumere diciamo una natura monofasica in determinate circostanze; quindi, al momento in cui la Corte suprema valuti di dover solo modificare la pena o di dover assolvere in tutto o in parte ente, potrà dare attuazione direttamente alla pronuncia europea con un annullamento senza rinvio. Viceversa, potrà operare un annullamento con rinvio, quindi struttura bifasica, nel momento in cui risulti ciò indispensabile riaprire il processo.

L'art. 1 delega il governo a “introdurre un mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte edu, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso (quindi il soggetto legittimato è il soggetto che abbia presentato il ricorso), entro un termine perentorio (quindi vedete la previsione in termini di decadenza).

Quindi, legge delega: vengono nominati sei gruppi di lavoro che hanno il compito di tradurre quelli che sono i criteri di delega della legge delega ed elaborare delle proposte di modifica del codice di procedura penale per poi addivenire allo schema del decreto legislativo. Ecco, in questo ambito proprio alla luce del lavoro dei gruppi all'interno dello schema del decreto legislativo, viene inserito l'art. 628 bis del cpp.

L'art. 628 bis viene inserito all'interno di un autonomo titolo, un nuovo titolo che viene denominato "Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo". E l'art. 628 bis viene rubricato come "Richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei protocolli addizionali".

Comma 1 (primo periodo): "Il condannato e la persona sottoposta misura di sicurezza (i soggetti legittimati, non c'è autorità pubblica) possono richiedere alla Corte di cassazione (organo competente, organo giurisdizionale) di revocare la sentenza penale o il decreto penale di condanna pronunciata nei loro confronti, di disporre la riapertura del procedimento o, comunque, di adottare i provvedimenti necessari per eliminare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione accertata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo" → a seconda della valutazione operata dall'organo giurisdizionale competente potremmo avere una struttura monofasica o una struttura bifasica.

Comma 2: “la richiesta di cui al comma uno contiene l'indicazione specifica delle ragioni che la giustificano ed è presentata personalmente dall'interessato o, in caso di morte, da un suo congiunto”. Questa previsione di non limitarsi al singolo interessato ma ad estenderlo anche ai congiunti è comune a molte legislazioni europee. Termine di decadenza: ciò deve avvenire “entro 90 giorni (dies a quo) dalla data in cui è divenuta definitiva la decisione della Corte europea che ha accertato la violazione”.

Comma 3: “le disposizioni del comma 2 si osservano appena di inammissibilità”.

La sanzione processuale in caso di mancato rispetto dei requisiti formali, l'invalidità prevista è quella dell'inammissibilità.

Comma 4: “sulla richiesta la Corte di cassazione decide in camera di consiglio e la sospensione dell'esecuzione della pena viene affidata alla facoltatività, alla discrezionalità della Corte di cassazione stessa. Se ne ricorrono i presupposti la Corte dispone la sospensione dell'esecuzione della pena”.

Comma 5: “fuori dei casi di inammissibilità (quindi il primo vaglio di inammissibilità viene superato), la Corte accoglie la richiesta quando la violazione accertata dalla Corte europea per natura e gravità ha avuto un'incidenza effettiva sulla sentenza”.

## IL CONTENUTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI

### **Il diritto alla libertà personale:**

La conclusione sull'art. 5 sul tema della libertà, tema che abbiamo già affrontato con riferimento all'art. 3, anche se l'art.3 pone più un divieto di trattamenti inumani e degradanti e divieto di tortura. Sono comunque forme di limitazione della libertà, come la pena piuttosto che forme di restrizione durante interrogatori, perquisizioni ecc. e li abbiamo trattati nell'ottica se questa limitazione legittima della libertà poteva. O no integrare una fattispecie di trattamento disumano e degradante. Qui trattiamo la libertà nel senso di verificare, secondo la CEDU e l'ordinamento europeo, quando è possibile dire che quella limitazione sia da considerarsi legittima; quindi, quando il potere statale può legittimamente limitare la

nostra libertà fisica. L'art. 3 verifica che, di fronte ad una limitazione legittima (art.5) della libertà, la modalità di limitazione di quella libertà ha integrato trattamento inumano, degradante o tortura; quindi, qua ci poniamo un passo indietro rispetto all'art. 3 e ci chiediamo quando la nostra libertà fisica/ personale può essere legittimamente limitata attraverso delle misure coercitive personali. Il riferimento convenzionale è all'art.5 mentre il riferimento europeo è soprattutto all'art. 6 della Carta di Nizza. Poi, l'UE parla di diritto alla libertà e sicurezza anche agli artt. 82-83-85 TFUE.

#### **Art. 5 CEDU**

1. *Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge:*
  - a) *se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente;*
  - b) *se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge;*
  - c) *se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso;*
  - d) *se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente;*
  - e) *se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo;*
  - f) *se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione.*
2. *Ogni persona arrestata deve essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico.*
3. *Ogni persona arrestata o detenuta, conformemente alle condizioni previste dal paragrafo 1 c del presente articolo, deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura. La scarcerazione può essere subordinata a garanzie che assicurino la comparizione dell'interessato all'udienza.*
4. *Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima.*
5. *Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto a una riparazione.*

Dovremo analizzare questo articolo cercando di capire quali influenze la convenzione ha sul nostro ordinamento. Ovviamente la lettura è da effettuare con l'idea che la Convenzione si rivolge ad una pluralità di stati (46 stati membri), quindi per evitare che uno stato possa ritenere di non applicare la garanzia perché nel suo ordinamento quel termine non ha quel significato, ecco che si utilizzano termini tecnici che possano essere poi interpretati dalla CEDU che specifica meglio l'ambito di queste garanzie.

Il primo paragrafo dell'art. 5 sancisce un diritto, a differenza dell'art. 3 che sancisce un divieto/diritto alla libertà intesa come libertà fisica, qualcosa di più della libertà intesa come movimento (prevista nel protocollo n. 4). Qua abbiamo una libertà intesa come concetto a 360°. Vedremo se c'è differenza fra libertà e sicurezza. Questo diritto è inteso come inviolabile, perché l'art.5 parla di come "nessuno può essere privato della libertà", quindi un diritto inviolabile che richiama l'art. 13 Cost., perché anche lì, dopo aver sancito che la libertà personale è inviolabile, si introduce la possibilità che questa libertà in concreto possa essere limitata nei casi e nei modi previsti dalla legge, riserva di legge e principio di tassatività. I diritti possono essere considerati inviolabili nel momento in cui rientrano all'interno di alcuni parametri, che sono individuati dalla legge e che sono tassativi: quindi la libertà è inviolabile nel senso che non può essere limitata se non nei modi e nei casi previsti dalla legge. C'è quindi il divieto di analogia e ogni forma di limitazione che non riesce a rientrare in questi casi è di per sé illegittima e quindi viola l'art.5. Guardiamo dall'esterno la struttura di questo articolo: al primo paragrafo abbiamo l'individuazione del diritto, poi abbiamo l'elencazione dei modi previsti dalla legge circa quando può essere limitata la libertà del soggetto (a,b,c,d,e,f,g), poi abbiamo il secondo paragrafo che comincia a prevedere quali sono i diritti della persona privata della libertà nei casi e nei modi previsti dalla legge. Quindi se la limitazione rientra in alcuni di questi casi, il passaggio successivo è andare a vedere quali sono i diritti delle persone legittimamente limitate nella loro libertà.

Quindi i paragrafi 2,3,4,5 ci dicono a che cosa ha diritto la persona quando gli viene limitata la libertà personale.

### **Art. 6 Carta di Nizza**

*Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza*

Questo articolo enuncia soltanto il diritto inteso sempre come libertà e sicurezza.

Andiamo a vedere quali sono le situazioni previste dall'art.5, partendo dal primo paragrafo. Devono esserci due condizioni in presenza delle quali è ammessa la privazione della libertà personale:

1. Si deve trattare d'una delle **ipotesi tassativamente indicate** nello stesso comma. Si deve trattare di ipotesi tassativamente indicate, che sono quelle individuate dalla legge, che però non possono essere differenti rispetto a quelle indicate nelle lettere dell'art.5.
2. Occorre rispettare il **canone di legalità** nella privazione dell'habeas corpus non è sufficiente che la limitazione della libertà personale rientri nei casi tassativamente previsti dalla legge, ma è necessario altresì che nel diritto nazionale vi sia una legge che preveda questa forma di limitazione della libertà.

## **ART. 5 CEDU:**

### **ANALIZZIAMO L'ART. 5 CEDU:**

#### **5.1.a → DETENZIONE LEGITTIMA IN ESECUZIONE DI UNA SENTENZA DI CONDANNA PRONUNCIATA DA UN TRIBUNALE COMPETENTE:**

**Condanna** → *dichiarazione di colpevolezza da parte di un organo giurisdizionale conseguente all'accertamento legale di un'infrazione e l'inflizione di una pena detentiva o altra misura di privazione della libertà*. Nell'ambito convenzionale non si esige che la condanna se definitiva essendo sufficiente, per giustificare la privazione della libertà, anche la sola sentenza emessa in primo grado indipendentemente dai successivi esiti in seguito ad impugnazione.

Per la mancanza del primo requisito vanno quindi escluse:

- decisioni conseguenti a processi svoltisi in modo palesemente contrario ai precetti dell'art. 6 Conv. eur. dir. Uomo
- misure di prevenzione e di sicurezza lesive della libertà personale, pure se disposte da organi giurisdizionali

Ogni stato membro può prevedere per legge la possibilità di limitare la libertà personale a seguito di una sentenza di condanna che deve essere pronunciata da un organo giurisdizionale, quindi da un tribunale (utilizzato in senso a-tecnico, noi sappiamo che nel nostro sistema abbiamo anche il giudice monocratico). La garanzia convenzionale non impedisce che un ordinamento nazionale possa prevedere uno standard di tutela più elevato → art. 27 co. 2 Cost. → per parlare di colpevolezza richiede la definitività della pronuncia di condanna. Inoltre, deve sussistere un **sufficiente nesso causale** ← la detenzione deve risultare, seguire e dipendere dalla condanna ed essere applicata in virtù della stessa.

Vi sono situazioni in cui la limitazione della libertà personale, prevista dall'applicazione di una misura di sicurezza post delictum, è stata prolungata rispetto al limite massimo previsto dalla legge, per venire incontro all'esigenza di evitare che il detenuto socialmente pericoloso uscisse dal carcere. Queste forme sono state censurate dalla CEDU, proprio facendo riferimento al fatto che quella limitazione della libertà personale deve essere conseguenza del provvedimento di condanna. Una volta che il soggetto ha scontato la sua pena, allora non rientriamo più nella lettera a dell'art. 5. Magari è possibile limitare la libertà personale facendo riferimento ad altri casi, ma non alla lettera a) di questo articolo.

Cosa si intende per *"tribunale competente"*? È un organo giurisdizionale, tuttavia non è sufficiente che sia un organo giurisdizionale, ma deve avere le caratteristiche che la convenzione prevede per essere considerato un giudice capace di poter giudicare in un processo che si ponga in linea con le garanzie dell'art. 6. Deve essere giudice imparziale ed indipendente nei confronti del potere esecutivo e delle parti in causa. Noi abbiamo la caratteristica aggiuntiva del giudice naturale precostituito per legge.

### 5.1.b → REGOLARE STATO DI ARRESTO O DETENZIONE

Un soggetto può essere sottoposto a restrizioni della propria libertà personale nel caso di regolare stato di arresto o detenzione quale conseguenza dell'inosservanza di un provvedimento legittimamente adottato da un'autorità giudiziaria o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo imposto dalla legge → possibilità di privare un soggetto della libertà personale per adempiere un obbligo specifico e concreto. Con riferimento alla detenzione, il discorso si ripete rispetto alla lettera **a**). Dobbiamo fare riferimento allo **stato di arresto**.

Cosa si intende con stato di arresto? Nelle proprie sentenze, la corte ha sancito come questa locuzione debba essere riportata all'esecuzione di un **obbligo giuridico specifico e concreto** diverso rispetto alla sentenza di condanna. La limitazione della libertà personale deve corrispondere ad una previsione legislativa che limita la libertà personale per un periodo limitato; quindi, per un periodo proporzionato rispetto all'obiettivo che si vuole raggiungere limitando la libertà personale e, soprattutto, non deve avere carattere punitivo (differenza dalla lettera a dove al soggetto si limita la libertà personale perché deve eseguire la pena). Si sembra fare riferimento all'istituto dell'accompagnamento coattivo di testimoni o periti che omettono senza un legittimo impedimento di comparire nel luogo e allora stabiliti per procedere all'assunzione del mezzo di prova di cui sono protagonisti.

Le finalità della lettera **b**) sono diverse rispetto allo sconto della pena.

Anche il nostro ordinamento parla di arresto e fermo, quelle che sono definite come misure precautelari. La durata del trattenimento è ritenuta dalla Corte indice fondamentale per valutare la proporzione della privazione della libertà personale.

Sul piano europeo, abbiamo la [Direttiva 2008/115 CE](#) recante norme e procedure comuni applicabili negli stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare. La direttiva ha sancito che viga il principio di sussidiarietà per cui la misura restrittiva può essere adottata solo nei casi in cui non risultino applicabili misure meno afflittive. Inoltre, ha previsto che gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio solo in presenza di un rischio di fuga o quando il soggetto eviti o ostacoli la preparazione del rimpatrio.

In questa lettera b rientrano anche le situazioni che chiamiamo rimpatri forzati. Anche qua abbiamo questa misura restrittiva, che è naturalmente applicabile quando non sono applicabili misure meno restrittive, come l'ordine di espulsione per cui lo straniero irregolare deve provvedere a tornare nel proprio paese; nel momento in cui non dovesse adempiere spontaneamente, allora si applica l'accompagnamento coattivo sull'aereo che lo riporta al proprio paese. Questa direttiva dà anche una serie di garanzie a queste persone, come il tempo necessario all'espletamento delle modalità di rimpatrio (comunque non più di 6 mesi).

Quindi questa forma di limitazione della libertà personale ha una sua disciplina:

- sancito il principio di sussidiarietà (per cui la misura restrittiva può essere adottata solo quando non risultino applicabili misure meno afflittive)
- previsto che gli Stati membri possano trattenere il cittadino di un Paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio solo in presenza di un rischio di fuga o quando il soggetto eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio
- il procedimento deve avvenire nei tempi più rapidi e la coercizione può essere mantenuta solo per il tempo necessario all'espletamento delle modalità di rimpatrio, e comunque per non più di sei mesi.

### 5.1.c → LA CUSTODIA CAUTELARE

Questa lettera legittima restrizioni della libertà personale a scopo cautelare. Prevede che è consentito a restare oppure in detenzione un individuo per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente quando vi sono ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato o ci sono motivi fondati per ritenere necessario di impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso. La presenza di questa o sembra presentare come alternative la sussistenza di ragioni plausibili per sospettare che un individuo abbia commesso un reato è la presenza di fondati motivi per ritenere che si è necessario impedirgli di commettere un reato di darsi alla fuga. Tuttavia, è univoca l'interpretazione per cui il **fumus commissi delicti** rappresenta un **presupposto indefettibile** che deve sussistere in tutto il periodo in cui una persona si trovi privata della libertà

*Le esigenze cautelari previste nel nostro sistema sono:*

1. *Rischio di fuga*
2. *Rischio di reiterazione del reato (in particolare della stessa specie del reato per il quale si procede)*
3. *Rischio di inquinamento probatorio*

Queste sono le tre esigenze cautelari in base alle quali gli artt. 273-274 cpp consentono nel nostro sistema l'applicazione di misure cautelari, che potrebbe essere la custodia cautelare in carcere o misure meno invasive come gli arresti domiciliari, l'obbligo di soggiorno, il divieto di espatrio etc. Oltre alle esigenze cautelari, nel nostro sistema, per poter applicare una misura cautelare, è necessario anche che vi sia anche il **fumus commissi delicti**, cioè i gravi indizi di colpevolezza, che devono sempre accompagnare l'esigenza cautelare. Il nostro sistema è quindi impregnato su queste due condizioni e se viene meno uno dei due elementi, la misura cautelare non può più essere applicata.

La Corte parla in termini molto tecnici. Se andiamo ad esaminare le sentenze che sono intervenute su questo art. 5, quelle di condanna della CEDU sono quasi pari in numero a quelle sull'art. 6, cioè sono le sentenze di condanna più elevate dal punto di vista numerico.

La Corte, nelle proprie sentenze, parla prima di tutto di **ragioni plausibili per sospettare** che il soggetto **abbia commesso un reato** ← queste ragioni plausibili ricordano molto i gravi indizi di colpevolezza del nostro sistema. Parla poi di **motivi fondati** per ritenere necessaria la limitazione al fine di **impedirgli di commettere un reato o fuggire dopo averlo commesso**. Sono due delle esigenze che abbiamo richiamato nel nostro sistema, anche se noi abbiamo una formulazione più stringente perché specificiamo che il reato deve essere della stessa specie.

Se ci pensiamo per ogni individuo vi è il rischio che possa commettere un reato, quindi la nostra formulazione è più stringente ma anche più corretta: si sta parlando di un determinato tipo di reato, non della possibilità generica di commettere reati.

Inoltre, **la sussistenza di ragionevoli sospetti** deve concernere non solo la fase iniziale in cui si proceda all'arresto o alla detenzione, ma anche tutto il periodo in cui una persona si trovi privata della libertà, costituendo pertanto la loro persistenza una **condicio sine qua non per la regolarità del mantenimento in vinculis**. Questo fa capire che nel momento in cui l'indagine dovesse andare avanti e i sospetti sul soggetto dovessero venire meno, viene meno il presupposto per ritenere legittimo quell'arresto o quella misura cautelare e quindi il soggetto deve essere liberato.

**In sostanza, la privazione della libertà può reggersi in un primo momento sulla sola sussistenza del fumus commissi delicti, ma per giustificare la prosecuzione della misura, al quadro indiziario dovrà affiancarsi la verifica circa la sussistenza di almeno una tra le esigenze cautelari.**

Con riferimento a questa situazione, vi sono alcune sentenze dove la corte di Strasburgo ha ritenuto illegittimo continuare a detenere il soggetto all'interno del carcere o in caserma oltre il periodo in cui questi ragionevoli sospetti si mostravano attuali, anche per esigenze sociali, come nel caso in cui il soggetto sia un senza-dimora.

Nella formulazione della CEDU, non si fa riferimento all'inquinamento probatorio, non sembra che ci sia e non sembra possibile farla rientrare all'interno della lettera c). Si è posto il problema di questa ulteriore esigenza cautelare e la Corte ha sciolto ogni dubbio dicendo che ciò che è importante sono i gravi indizi di colpevolezza, mentre le esigenze cautelari possono essere più o meno modulate a seconda delle varie sensibilità → La Corte ha incluso tra le esigenze cautelari anche la necessità di fronteggiare il rischio di inquinamento probatorio. Ha però puntualizzato come la stessa sia idonea a giustificare la privazione della libertà personale per un periodo di tempo limitato funzionale alla raccolta di elementi di prova. questa esigenza è concepibile all'inizio dell'attività investigative ma perde via via vigore con il procedere delle acquisizioni probatorie → non più ruolo determinante per la giustificazione del mantenimento della custodia cautelare quando le acquisizioni probatorie siano ormai state effettuate.

→ **le esigenze cautelari vengono a coincidere con le tre codificate all'art. 274 cpp.**

Nel nostro sistema, quando i gravi indizi di colpevolezza vengono meno, abbiamo l'estinzione *ex lege* della misura cautelare.

Dalla lettera d) in poi, parliamo di situazioni un po' più specifiche che forse conosciamo meno.

#### 5.1.d → DETENZIONE DI MINORENNI

Questa lettera consente due ipotesi di privazione della libertà dei soggetti minorenni → **la restrizione per sorvegliarne l'educazione e la loro custodia cautelare disposta nel processo.**

Per quanto riguarda quest'ultima ipotesi, si guarda alla disciplina delle misure cautelari applicate agli adulti. L'ipotesi di educazione sorvegliata si pone a cavallo tra misure preventive e cautelari e pone una serie di ulteriori problemi. Abbiamo due esempi di sentenze: una contro il Belgio ed una contro l'Irlanda.

In **Bouamar c. Belgio, 1988**, un minore sospettato della commissione di alcuni reati era stato arrestato e posto in detenzione presso una struttura carceraria, in seguito alla scelta di non celebrare il processo da parte della pubblica accusa, la CEDU ha considerato la privazione della libertà personale come posta a fini educativi. Nella specie, però, l'inadeguatezza della struttura detentiva rispetto allo scopo perseguito con l'applicazione della misura privativa della libertà ha comportato una violazione dell'art. 5 CEDU.

In **D.G. c. Irlanda, 2002**, il minore aveva scontato la pena inflittagli in sede penale, ma al momento della scarcerazione risultava senza fissa dimora; il giudice penale aveva quindi ordinato la prosecuzione della detenzione per scopi educativi presso un diverso istituto penitenziario benché non fosse sospettato né accusato d'ulteriori reati. La Corte ha sancito la violazione dell'art. 5 par. 1 lett. d solo perché la struttura non era idonea al conseguimento delle finalità educative

### 5.1.e → PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ DI PERSONE CONTAGIOSE, DEGLI ALIENATI, DEGLI ALCOLIZZATI, DEI TOSSICOMANI E DEI VAGABONDI

Questa ipotesi riguarda 5 categorie di persone (persone contagiose, affette da disturbi mentali, alcolizzate, tossicodipendenti e vagabondi) accumulate dal fatto che tutte possono essere private della loro libertà o per essere sottoposte a cure mediche o per ragioni di sicurezza pubblica. La ragione che giustifica la restrizione della libertà personale è che il soggetto può essere non solo un pericolo per gli altri ma anche per sé stesso.

Siamo stati interessati da questa casistica per quanto riguarda l'obbligo di rimanere nella propria abitazione se contagiati da Covid-19. Le sentenze che ha pronunciato la corte riguardano soprattutto il contagio di HIV. Limitazione della libertà personale per rischio che la persona ne contagi altre.

**Caso Enhron c. Svezia** relativo al ricovero coatto presso una struttura ospedaliera, per oltre un anno e mezzo, d'un individuo affetto da HIV

La Corte ha precisato che la privazione della libertà di una **persona contagiosa** è legittima a due condizioni:

1. la diffusione della malattia deve rappresentare un **pericolo effettivo** per la salute e la sicurezza pubblica
2. l'internamento deve costituire una misura realmente in grado di salvaguardare l'interesse pubblico, risultando **gli strumenti meno afflittivi insufficienti allo scopo**

In questo caso, abbiamo la violazione dell'art. 5 poiché nonostante la contrazione del virus giustificasse la detenzione del ricorrente, quest'ultima si era protratta per un lasso di tempo eccessivo, senza che venissero adottate misure meno rigorose.

Riguardo alle **persone che soffrono di disturbi mentali**, secondo la Corte **tre** sono le condizioni che possono **autorizzare la detenzione dell'alienato**:

- 1) l'effettivo disturbo mentale va accertato sulla base di una perizia medica obiettiva;
- 2) l'alterazione mentale deve essere tale da giustificare il ricovero coatto presso un ospedale, una clinica o un'altra istituzione;
- 3) la validità del prolungamento del ricovero deve dipendere dalla persistenza del disturbo mentale

La privazione della libertà deve soddisfare una duplice funzione → sociale di protezione e insieme terapeutica nell'interesse della persona con disturbi mentali → è essenziale che venga fornito un trattamento appropriato ed individualizzato.

Riguardo alle **persone alcolizzate**, affinché la detenzione non sia arbitraria è indispensabile:

1. che le condizioni per la detenzione siano stabilite dalla legge
2. la privazione della libertà deve costituire l'extrema ratio non potendo l'autorità nazionale ricorrere a misure meno afflittive per scongiurare il pericolo generato dal comportamento dell'alcolizzato

Riguardo alle persone rientranti nella categoria dei vagabondi, la nozione di «vagabondo» secondo la Corte europea → **persona che non ha un domicilio fisso o una professione**

Nel caso **Guzzardi c. Italia**, il giudice europeo ha rigettato l'assunto del nostro Governo secondo cui sarebbe inquadrabile nella figura del vagabondo ex art. 5 par. 1 lett. e) il soggetto pericoloso sospettato d'essere affiliato alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

Sostanzialmente, la corte europea respinge una difesa del Governo, in cui veniva rappresentata l'esigenza di prolungare questo stato di detenzione perché il soggetto era sospettato essere un membro della criminalità organizzata. La corte ritiene che debba rientrare nella casistica della custodia cautelare.

#### 5.1.F → POSSIBILITÀ DI PRIVARE LA LIBERTÀ NEL CORSO DEL PROCEDIMENTO DI ESTRADIZIONE

la corte ammette restrizioni della libertà personale nel caso di arresto e detenzione per impedire l'ingresso illegale di una persona sul territorio dello stato o nel corso del procedimento di estradizione. Nella prima ipotesi la convenzione mira ad escludere che sia arbitraria la detenzione del migrante, effettuata nel quadro del controllo statale sull'immigrazione, prima che sia autorizzato ad entrare nel territorio italiano o che gli venga concesso asilo. A tal fine, la restrizione deve essere strettamente limitata a quanto necessario per impedire l'entrata irregolare e la restrizione non deve coinvolgere persone che hanno commesso un illecito e deve avvenire con modalità, i luoghi e con durata adatti allo scopo.

Il problema che più volte si è posta la corte è l'eccessiva protrazione nel tempo della limitazione della libertà dell'estradando.

nel secondo caso ci si riferisce sia alla fase precedente alla decisione di accoglimento della domanda di estradizione sia a quella successiva alla pronuncia con cui sia stata decisa la consegna dell'estradando. Questa restrizione legittima solo se è disposta nell'ambito di un procedimento pienamente rispettoso del diritto interno. È inoltre necessario che le autorità interne operino diligentemente per impedire un'eccessiva protrazione nel tempo della limitazione.

#### 5.2, 5.3, 5.4, 5.5. individuano i diritti fondamentali che devono spettare alle persone private di tale libertà

La privazione della libertà personale **nei casi autorizzati dalla normativa pattizia** implica comunque che venga rispettata una **serie di garanzie** a tutela di chi ne subisca gli effetti, in modo da consentirgli di **far valere il proprio diritto di libertà** attraverso un eventuale **controllo del provvedimento** assunto nei suoi confronti.

#### 5.2 → DIRITTO ALL'INFORMAZIONE

La **prima garanzia** è rappresentata dal diritto all'informazione sui motivi dell'arresto e sull'accusa → l'art. 5.2 **obbliga ad informare l'interessato, con linguaggio semplice ed accessibile** - anche se non necessariamente con il dettaglio che caratterizza l'informazione sull'accusa - delle **ragioni di fatto e di diritto** poste a fondamento della privazione della sua libertà, affinché egli possa **contestarne la legalità** davanti a un tribunale competente (C. eur. 5/2/2002, **Conka c. Belgio**). Inoltre, l'informazione deve essere **tempestiva**.

La formulazione della corte sembra richiamare il diritto ad essere informati dell'accusa e dell'imputazione che abbiamo già visto nell'art. 6. *Si richiama la necessità che il soggetto possa comprendere perché la sua libertà personale venga limitata. Si richiama la necessità di specificità e di dettaglio dei motivi.*

A differenza dell'informazione rispetto all'accusa, proprio perché è una limitazione provvisoria, ci sono dei distinguo da fare. La sentenza contro il Belgio è interessante in questo senso.

La Corte di Strasburgo non richiede che il provvedimento coercitivo debba essere scritto in una lingua comprensibile all'arrestato, reputando sufficiente che questi, dopo aver esplicitato la sua difficoltà a comprendere la lingua utilizzata dall'autorità giudiziaria, possa fruire di un **interprete** nel corso del susseguente interrogatorio (C.eur. 5/2/2002, Conka c. Belgio).

Il professore è molto critico su questo punto. Se questa situazione accadesse all'interno dell'ordinamento italiano, l'ordinanza che applica la misura cautelare dovrebbe avere determinate caratteristiche → indicazione di cosa si contesta, quali sono le norme violate, quali sono i gravi indizi di colpevolezza, quali sono le esigenze cautelari e le indicazioni delle fonti, se questo non causi pregiudizio o intralcio alle indagini.

**In questa sentenza, sembra che la corte ritenga sufficiente che tutta questa situazione possa poi essere spiegata in sede di interrogatorio attraverso un interprete.** Non è necessario che quel provvedimento sia tradotto.

A livello europeo, abbiamo l'impegno alla traduzione scritta almeno degli atti più importanti del processo, sicuramente quelli che limitano la libertà personale. Nel nostro sistema sono la sentenza di condanna che applica una misura detentiva e l'ordinanza che applica la misura cautelare. Un **livello garantistico più elevato** è riscontrabile nella [direttiva 2010/64/UE](#), del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione ed alla traduzione nei procedimenti penali, il cui art. 3 impegna gli Stati ad assicurare che gli indagati e gli imputati che non comprendono la lingua del procedimento penale ricevano, entro un periodo di tempo ragionevole, una traduzione scritta delle decisioni che comportano una privazione della libertà personale.

### 5.3 → TRADUZIONE DAVANTI ALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA

Una seconda garanzia di fondamentale importanza è rappresentata dal **diritto all'immediata traduzione davanti al giudice** (o ad altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie), previsto dall'art. 5.3 per ogni persona arrestata o detenuta → si tratta di **tutte le situazioni di custodia dell'imputato in attesa di giudizio** disposte in seguito ad un'autonoma iniziativa della polizia giudiziaria ovvero con un provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Sussiste la necessità che gli stati membri prevedano comunque la **possibilità di un'interlocuzione fra il soggetto al quale è limitata la libertà personale e l'autorità giudiziaria**. Ovviamente, questa garanzia deve essere interpretata nel senso di traduzione davanti al giudice nel momento in cui la libertà personale viene limitata in maniera provvisoria. Sono tutte persone in attesa di giudizio. Da questo punto di vista, il nostro sistema è perfettamente in linea, sia per quanto riguarda le misure precautelari (arresto e fermo, da convalidare entro 48 ore), sia per quanto riguarda la misura cautelare (interrogatorio di garanzia entro 5 giorni dall'esecuzione dell'ordinanza limitativa della libertà personale).

La previsione garantisce un vero e proprio habeas corpus, mirando a proteggere da privazioni della libertà personale e arbitrarie o ingiustificate. Essa riguarda specificamente la custodia (anche nella forma di arresti domiciliari) disposta nell'ambito di un procedimento penale → indipendentemente dalla circostanza che essa tragga origine da un intervento autonomo di polizia giudiziaria (si pensi all'arresto in flagranza) oppure consegua a un provvedimento emesso da un magistrato, ivi compreso quello esercente funzioni giurisdizionali. Essa richiede un **contatto fisico dell'arrestato con l'autorità giudiziaria** (C. eur.21/12/2000, Egmez c. Cipro), **affinché essa si pronunci sulla legalità della detenzione**, liberando il soggetto quando la privazione della libertà appaia arbitraria o non più giustificata → il nostro sistema è ancora più garantista, perché prevede la liberazione in seguito ad arresto o fermo se non convalidato entro 48 ore.

**L'immediato intervento del giudice implica un controllo sull'operato della polizia**, e sui comportamenti di quest'ultima che abbiano portato a eventuali maltrattamenti. La traduzione davanti al giudice deve essere tempestiva, e quindi deve avvenire nel più breve tempo possibile.

Per quanto concerne l'organo davanti a cui comparire, non è prescritto che debba necessariamente possedere tutti i **caratteri della giurisdizionalità**, bastando quello dell'indipendenza sia dall'esecutivo che dalle parti in causa e potendo anche essere subordinato ad altri magistrati, purché essi godano di tali requisiti → potrebbe anche essere un'autorità amministrativa. Si cerca di venire incontro ad alcuni sistemi. In ossequio al criterio - applicabile altresì in ambito cautelare - di separazione delle funzioni di accusa e di decisione, si è ritenuta contraria al precetto convenzionale la circostanza che il magistrato competente a decidere in materia potesse adempiere, anche in altro momento dello svolgimento procedimentale, alle funzioni di organo dell'accusa.

La Corte di Strasburgo ha ritenuto nel leading case Brogan e al. c. Regno Unito (1988) che tale traduzione davanti all'organo competente debba avvenire **entro quattro giorni e sei ore** dall'applicazione della misura restrittiva.

Ricordiamo che essendo la Corte EDU giudice del caso concreto, tale limite temporale non è considerato tassativo → esistono ipotesi in cui il limite è stato derogato e la privazione della libertà personale è stata ritenuta legittima e casi in cui al contrario, in considerazione delle circostanze specifiche del caso, la Corte ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 5 CEDU ove il ricorrente sia stato tradotto davanti l'autorità giudiziaria dopo tre giorni, cinque ore e trenta minuti.

Il par. 3 fa riferimento al diritto alla durata ragionevole della custodia cautelare. La valutazione di ragionevolezza prescinde dai limiti temporali di durata massima della misura previsti dagli ordinamenti interni, ma essa deve essere effettuata caso per caso procedendo a due verifiche secondo un modello bifasico → bisogna verificare se sussistano ragioni rilevanti e sufficienti che giustificano il mantenimento della custodia cautelare e, se sì, bisogna accertare se le autorità giudiziarie nazionali abbiano adottato una particolare diligenza nella conduzione del procedimento.

**La ECJ ha affermato che la ripartizione dell'onere della prova è di esclusiva competenza del diritto nazionale.** La direttiva 2013/48/UE prevede che gli imputati/indagati ristretti abbiano diritto all'assistenza di un difensore prima di comparire davanti ad un giudice + tali soggetti devono poter informare senza ritardo una persona del loro stato detentivo e poter comunicare con essa.

#### 5.4 → DIRITTO AD ESSERE SENTITO/AD UN RICORDO GIURSDIZIONALE EFFETTIVO

Questo par. prevede per tutte le persone private della libertà personale per qualsiasi ragione la possibilità di ricorrere ad un tribunale. Viene conferito all'interessato il diritto di proporre istanza davanti ad un organo giudiziario affinché verifichi se permangono le condizioni di legittimità dell'arresto o della detenzione. a differenza della garanzia prevista dal paragrafo precedente questa non si applica per i soli casi previsti dal par. 1 lett. c e non si tratta di un controllo automatico, ma è azionato su domanda dell'interessato.

La possibilità del ricorso deve possedere un grado sufficiente di certezza nell'ordinamento giuridico interno. Il procedimento deve essere rispettoso delle garanzie dell'equo processo in particolare con riferimento all'osservanza del contraddittorio e della parità delle armi.

Il par. 4 non richiede la stessa tempestività del par. 3, ma il controllo deve avvenire al più presto possibile e la decisione intervenire entro un termine ragionevole → gli stati devono operarsi affinché il giudizio abbia luogo nel minor tempo possibile e senza ritardi.

#### 5.5 → DIRITTO AD UNA RIPARAZIONE PER VITTIME DI ARRESTO O DETENZIONE IN VIOLAZIONE DELLE DISPOSIZIONI CONTENUTE NEI PRIMI 4 PAR.

Il diritto alla riparazione sorge solo nei casi in cui la privazione della libertà sia illegittima, sulla base di una valutazione ex ante, cioè violi il sistema di garanzia in materia di libertà personale predisposto dalla CEDU. Escluso dall'ambito di applicazione il caso in cui la privazione della libertà si riveli ingiusta ex post in quanto l'applicazione del provvedimento cautelare sia poi seguita dall'esito assolutorio del giudizio. La vittima di una privazione della libertà ingiusta ha diritto ad una riparazione per il pregiudizio subito e questa deve risultare ottenibile attraverso un ricorso dotato di un sufficiente grado di certezza relativamente alla possibilità della sua instaurazione.

Nel nostro ordinamento, il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione in sede cautelare è previsto dal 314 cpp è la portata del diritto è più ampia e al contempo più limitata della CEDU.

→ da un lato, l'ordinamento interno prevede che abbia diritto ad un'equa riparazione anche al soggetto che abbia subito una detenzione cautelare risultata ingiusta sotto il profilo sostanziale → rosso volto con sentenze revocabile di assoluzione perché il fatto non sussiste o per non aver commesso il fatto o perché il fatto non costituisce reato.

→ dall'altro lato, limita l'estensione della detenzione per ingiustizia formale → il 314 prevede che possa essere anche indennizzato il soggetto che sia stato sottoposto a misure custodiali in mancanza di gravi indizi di colpevolezza o delle altre condizioni di applicabilità.

Così come nel nostro sistema, nella CEDU questo diritto alla riparazione per illegittima privazione della libertà deve essere valutato al momento in cui la privazione è stata applicata, e non successivamente.

## DIRITTO DI COMUNICARE CON IL DIFENSORE

→ diritto molto importante perché potrebbe anche spiegare come mai, con riferimento al diritto ad essere sentito, la corte non ritiene indispensabile la presenza del difensore → perché quando la corte va a commentare ed interpretare meglio il diritto di comunicare con il difensore, ci tiene a precisare come questo diritto di interloquire con il difensore deve essere garantito PRIMA del contatto con l'AG. Da questo punto di vista si potrebbe spiegare come mai la corte non ritenga indispensabile la presenza del difensore nell'interrogatorio, perché evidentemente questo contatto con il difensore c'è già stato, in quanto prima di comparire davanti al giudice è necessario garantire al soggetto la possibilità di interloquire con il difensore per preparare la strategia difensiva.

Questo diritto è stato implementato sul piano europeo → direttiva 48/2013 sul diritto di accesso al difensore e diritto a comunicare con terze persone nel caso di privazione della libertà personale. Il libro parla di questa direttiva, di come l'UE ha invitato gli stati membri ad implementare questa fondamentale garanzia, cioè la possibilità, prima di comunicare con l'AG, di poter interloquire con il difensore.

Ricordiamoci sempre come interpreta la convenzione la corte europea l'assistenza del difensore → parlando dell'art. 6, la difesa deve essere concreta ed effettiva. Non è sufficiente che il difensore sia stato nominato. La corte va a verificare come il difensore ha effettivamente svolto l'attività difensiva. Il difensore, per poter svolgere in maniera effettiva l'attività difensiva deve essere informato, gli deve essere dato il tempo per guardare le carte ed interloquire con il proprio assistito. Quando si parla di misura cautelare e limitazione della libertà personale, i tempi sono tutti molto serrati (entro 5 gg dall'applicazione della misura il soggetto deve essere interrogato e deve esser dato il tempo necessario al difensore per poter interloquire con il soggetto e preparare la strategia difensiva).

La corte usa delle formule molto ampie, cioè informare senza ritardo, poter comunicare nel più breve tempo possibile. L'idea è stabilire il contatto col difensore prima del contatto con l'AG → il contatto con l'AG potrebbe essere svolto anche senza il difensore.

Ragionevole durata della custodia cautelare → si traduce nel diritto al rilascio non appena i termini che contrassegnano la ragionevolezza della durata vengano meno. Qua la corte individua due verifiche per stabilire quando la durata provvisoria della limitazione della libertà personale possa ritenersi entro un termine ragionevole:

- Ragioni rilevanti e sufficienti per poter stabilire il mantenimento della custodia cautelare
- Solo in caso di esito positivo della precedente verifica → andare a verificare come si sono comportate le AG, se abbiano o no adottato quella che viene interpretata nella sentenza Lavita c. Italia la particolare diligenza nella conduzione del procedimento.

Ricordiamo sempre che siamo davanti alla limitazione della libertà personale di un soggetto che è ancora presunto non colpevole → parliamo sempre della limitazione della libertà personale cautelare, quindi da un punto di vista provvisorio. Ecco che è necessario che questa limitazione duri lo stretto necessario.

Quando la corte parla di tempi ragionevoli, parla sia di continuare a verificare se il presupposto del mantenimento della limitazione continui ad essere attuale. Se dovesse venire meno, allora il soggetto deve essere liberato.

Non è tollerabile dal punto di vista convenzionale lungaggine da parte dell'AG → in queste situazioni, l'AG non può lamentare disguidi rispetto a determinate verifiche. Questo è successo soprattutto in una sentenza contro la Moldavia (Castravet c. Moldavia), dove sostanzialmente lo stato di detenzione era stato prolungato solo perché non si trovava un giudice compatibile a valutare la legittimazione di quella libertà personale. Con riferimento a questo ricorrente si erano già espressi in diverse situazioni tutti i giudici componenti l'organo giudiziario davanti al quale il soggetto era stato tradotto → durata eccessiva e non giustificata della limitazione della libertà personale dovuta a problemi organizzativi.

Quando si parla del fenomeno mafioso, la corte sembra essere più prudente nel valutare anche da questo punto di vista la legittimità di alcune situazioni con la CEDU → compatibilità con il sistema convenzionale di presunzioni previste nel nostro ordinamento anche dal punto di vista cautelare quando si parla del fenomeno della criminalità organizzata di stampo mafioso. Nel nostro sistema, l'art. 275 co. 3 cpp prevede

una presunzione di pericolosità del soggetto accusato di essere appartenente alla criminalità organizzata che consente il prolungamento del regime di custodia cautelare, rispetto ad altri soggetti, proprio perché si ha presunzione di continua attualità della pericolosità.

La corte, anche su questo aspetto, non si è mai espressa in maniera contraria, proprio perché ha sempre avuto questa sensibilità contro questi fenomeni.

Per concludere il discorso sulla vicenda cautelare, vediamo alcune precisazioni in tema di esigenze cautelari. Pensiamo al pericolo di fuga → deve essere valutato in base ad elementi concreti e specifici. Non basta che il soggetto abbia, per es., la capacità economica per fuggire. Sono necessari elementi individualizzanti e specifici, come per es. la prova che il soggetto ha contatti importanti all'estero e che quindi una volta uscito dal paese non sarebbe più possibile individuarlo. Non si può fare riferimento a moralità, professione, a disponibilità economiche, vincoli familiari. Deve essere tutto molto più specifico. La corte ragiona caso per caso. Non fa discorsi generali, non detta un principio generale. Bisogna che una serie di elementi possano portare a ritenere che, se lasciato libero, il soggetto abbia elevate possibilità di darsi alla fuga.

Così come per il pericolo di reiterazione del reato → i precedenti specifici possono valere, ma anche la continuazione dei comportamenti illeciti. Questa può giustificare il rischio, se lasciato libero, che il soggetto continui a comportarsi come si è sempre comportato.

Obiettivo → capire se, avendo come centro di interesse l'imputato, le garanzie previste dal nostro codice sono in linea con quelle previste dalla Convenzione.

Abbiamo individuato delle differenze che poi sono state, in un modo o nell'altro, colmate sul piano interno attraverso una modifica dell'orientamento giurisprudenziale.

Es: art. 512, sistema delle letture, e art. 6 → diritto al confronto dell'accusato con il proprio accusatore.

Altro es. solo le condanne nei confronti dell'Italia, l'art. 512 e il 511, sistema delle letture che permette di richiamare il verbale acquisito durante le indagini preliminari in dibattimento per impossibilità di natura oggettiva di ripetizione dell'atto.

L'influenza della CEDU → un esempio dell'influenza della CEDU anche in sistemi processuali avanzati come i nostri è proprio questo → prima potevamo essere condannati sulla base di un'accusa per la quale non ci eravamo mai potuti confrontare. Bastava quella dichiarazione, ma ora non è più così.

Proprio per merito della giurisprudenza della CEDU il nostro sistema si è modificato → attraverso una modifica della interpretazione della norma interna che deve, prima di essere applicata, verificata come conforme alla CEDU ed in particolare alla giurisprudenza della corte. Interviene poi una modifica della giurisprudenza che dà un'interpretazione conforme.

Un altro strumento per colmare queste lacune è l'introduzione di una nuova norma, che va a colmare un vuoto di tutela ← es: la fattispecie di tortura, g8 di Genova. I fatti del G8 di Genova potevano essere perseguiti attraverso il ricorso a fattispecie come omicidio colposo, lesioni gravi o gravissime, le quali però poi rischiavano di finire con una prescrizione → ecco che proprio su input del Comitato dei ministri, che chiede l'esecuzione di quella sentenza nel nostro ordinamento, viene introdotta per la prima volta la fattispecie del reato di tortura, con tutte le peculiarità e magari anche le incongruenze della fattispecie, rispetto a quanto previsto anche nelle convenzioni contro la tortura.

Quindi, **altro strumento di adeguamento è l'introduzione da parte del legislatore di una norma o comunque di un principio che prima non era presente.**

Un altro esempio di influenza della Cedu nel nostro nel nostro sistema → perché questa attenzione particolare all'imputato/l'accusato? L'attenzione è sempre stata con riferimento all'imputato perché è il soggetto che necessita di maggiori tutele all'interno del processo. Ad es.:

- È l'imputato, che si è dichiarato colpevole, deve scontare una pena.
- È l'imputato, che durante tutto il processo è presunto non colpevole (art. 27 cost., ma anche Convenzione europea, con la presunzione di innocenza).

Queste garanzie sono necessarie perché l'imputato è il soggetto che "rischia" di più di tutte le altre parti → deve essere trattato con riguardo, con garanzie, in quanto presunto non colpevole fino a sentenza definitiva.

Questa è la motivazione per cui anche la CEDU, quando fa riferimento alle garanzie del processo, ci parla sempre e solo delle garanzie della persona accusata. Questo riflette l'idea di un **processo che ha come finalità quella di accertare di come sono andati fatti**, per capire se quei fatti possono essere ricondotti a un certo comportamento dell'accusato.

## VITTIMA:

Inoltre, all'interno del processo nel nostro sistema un qualche ruolo ce l'ha anche la persona offesa, e quando parliamo di **vittima** non ne parliamo come soggetto che ha subito la violazione delle garanzie della CEDU (perché in questa accezione la vittima è l'imputato, è il ricorrente), bensì la corte EDU definisce la vittima come **soggetto che pretende di aver subito una violazione dei propri diritti garantiti dalla CEDU da parte di uno stato contraente**. Se anche la CEDU non fa riferimento alla "vittima del reato", la sua interpretazione negli anni ha mostrato progressive aperture nel riconoscimento di protezione anche a questa figura. Inizialmente, la tutela dell'offeso era subordinata all'essere anche danneggiato e quindi alla possibilità di far valere le sue pretese civilistiche nel processo penale. Recentemente l'interpretazione della Corte si è evoluta leggendo ulteriori profili di tutela della vittima.

Ma come mai anche nel nostro sistema la persona offesa non ha questo grande ruolo nel processo? Dopotutto, molti processi iniziano proprio con la querela della persona offesa, è la persona offesa che chiede al pubblico ministero di iniziare il processo, e se non ci fosse questa volontà il processo non ci sarebbe neanche.

Inoltre, la riforma Cartabia introdurrà e tramuterà molte fattispecie di reato, che ora sono soltanto perseguibili d'ufficio, in perseguibili a querela, e quindi molti processi potranno iniziare soltanto se la persona offesa deciderà di portare la sua vicenda all'iter del processo.

Come mai la persona offesa, la **vittima** ha sempre avuto un ruolo così marginale all'interno del processo? Cioè qual è il ruolo della persona offesa del processo dal punto di vista della vicenda? "Il danneggiato si può costituire parte civile" ma cosa significa? → decide di esercitare l'azione civile che avrebbe potuto esercitare davanti al giudice civile nell'ambito del processo penale, cioè quello che poteva fare davanti al giudice civile si inserisce nel processo penale ← ma questa azione è un'azione di **risarcimento del danno** + inoltre la parte civile è una parte eventuale → il processo potrebbe iniziare e terminare senza la parte civile.

Questo ci può far riflettere rispetto al ruolo della persona offesa.

In realtà **la persona offesa, al di là che si costituisca parte civile** (sua decisione che può fare anche davanti al giudice civile), **nel processo penale ha un unico ruolo, cioè quello di sollecitare il PM a fare determinate cose perché ha interesse a che accadano**.

Inoltre, ha come ruolo principale quello di portare il suo contributo alla ricostruzione attraverso l'esame della persona offesa → è colui che o colei che più di altri sa come sono andate le cose perché era presente e le ha subite.

Ecco come mai all'interno del processo il ruolo della vittima ha avuto e deve avere un ruolo "marginale" → questo vuol dire riconoscere al processo una determinata finalità:

1. cercare di ricostruire come sono andate le cose
2. per poi successivamente verificare se ciò integra una fattispecie penale sostanziale
3. verificare se quella fattispecie penale sostanziale può essere attribuita alla condotta dell'imputato.

**In queste tre tappe, la vittima deve inserirsi, e può inserirsi esclusivamente come fonte di contributo alla ricostruzione del fatto**. La vittima può e deve essere in grado di portare elementi che aiutino il giudice a ricostruire il fatto storico, il fatto che deve essere accertato, con la maggiore possibilità di corrispondenza rispetto alla realtà.

Non vi sono nel processo penale altre istanze che possano essere fatte valere dalla vittima (oltre che chiedere il danno e quindi esercitare l'azione civile → tra l'altro il giudice penale poi non ha neanche gli

strumenti per poter quantificare questo danno, quindi quando lo dichiara all'interno del processo, poi rinvia gli atti al giudice civile per la quantificazione del danno).

La persona offesa che si costituisce parte civile nel processo penale da molti è considerata anche come uno degli elementi che porta, in determinate situazioni, ad una *durata irragionevole del processo*.

Inoltre, secondo alcuni la vittima all'interno del processo penale dovrebbe avere un unico ruolo: cioè quello della ricostruzione del fatto. Infatti, la "sua" sede (civile) per ottenere il risarcimento del danno ce l'ha, e quindi dovrebbe essere esercitata davanti al giudice civile, capace, in quanto dotato degli strumenti, di quantificare anche il danno.

Esempi:

- il prof. ha partecipato al processo per il fallimento Cirio dove addirittura l'appello delle persone offese, costituite parte civile durava tutta la mattina, in quanto si erano costituiti parte civile tutti gli obbligazionisti, tutti coloro che avevano comprato nel corso di tempo obbligazioni Cirio, e questo non porterà mai ad un risultato diverso da quello della prescrizione.
- il processo per il ponte per il crollo del ponte di Genova uguale, cioè tutte le persone costituite parte civile erano centinaia perché le persone offese non sono solo i familiari delle persone decedute.

Negli ultimi anni, anche a livello europeo la sensibilità sul ruolo della vittima all'interno del processo penale si è sempre più accentuata. La giurisprudenza iniziale aveva riconosciuto un ruolo esclusivamente al danneggiato → quando si parlava di persona offesa o di vittima si parlava di danneggiato. Non è quindi la sola persona offesa, ma è anche colui che ha subito un danno rispetto alla condotta dell'imputato. In particolare, la sensibilità della Corte, con riguardo alla vittima, è sempre stata relativa a vittime di reati violenti, perché lì effettivamente non c'era soltanto un ruolo di risarcimento economico di un danno subito, ma c'era anche una componente in più.

Con riferimento, per es., alle indagini per omicidio, la Corte ha affermato che dovrebbero in teoria essere attivate d'ufficio, cioè gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di procedere d'ufficio per quanto riguarda i reati violenti, proprio perché in questi casi la responsabilità di azionare l'indagine penale alle persone offese potrebbe portare un carico eccessivo.

Ecco, se arrivate poi alla **sentenza c. l'Italia del 2011**, che ha previsto la **necessità di rendere, con riferimento ai reati violenti, imprescrittibili quelli che potevano integrare una violazione dell'art. 3**. Già sappiamo che questa non è una prerogativa, ma è una raccomandazione → l'imprescindibilità per condotte in violazione dell'art. 3 non è stata inserita nella fattispecie dell'atto di tortura all'interno del nostro codice penale, perché prevede comunque una pena edittale che in teoria si potrebbe prescrivere.

La prima importante Convenzione con riferimento alle garanzie della vittima è del 1983 → **Convenzione europea relativa al risarcimento delle vittime di reati violenti** firmata a Strasburgo. In questa Convenzione, per la prima volta si impone il risarcimento del danno a favore di soggetti che hanno subito gravi pregiudizi all'integrità fisica o alla salute causata da reati violenti.

Nel caso in cui il risarcimento non potesse essere garantito ai soggetti che avevano posto in essere la condotta, lo Stato dovrebbe impegnarsi a risarcire in maniera subordinata, quando la vittima non sia in grado. Questa convenzione non è mai stata sottoscritta dall'Italia.

**In ambito EU** →

La tutela della vittima ha da sempre avuto un ruolo centrale → il processo penale è sempre stato considerato come strumento di difesa sociale per far fronte alle minacce rappresentate da gravi forme di criminalità organizzata e transnazionale. Proprio in relazione alle garanzie attribuite alla vittima la normativa comunitaria ha fornito il suo maggior apporto alla definizione di elevati standard di tutela dei diritti fondamentali nel processo penale.

Con il **Trattato di Lisbona** → **art. 82 par. 2 TFUE** → introduce la possibilità che vengano adottate direttive volte a stabilire norme minime riguardanti i diritti delle vittime → rappresenta la base legale dell'intervento delle istituzioni europee finalizzato ad elevare gli standard di protezione delle vittime. sulla base di questa

disposizione, si cerca di porre in essere l'armonizzazione delle legislazioni nazionali. Il primo strumento emanato a tutela delle vittime dei reati è stato la che si è posto come una carta dei diritti delle vittime e ha imposto agli Stati membri di procedere ad una serie di adeguamenti dei loro ordinamenti volti a garantire alla vittima nel procedimento penale un trattamento debitamente rispettoso della sua dignità personale ed il riconoscimento dei diritti ed interessi giuridicamente protetti.

Questa decisione ha fornito una prima definizione di **vittima** come **persona fisica che ha subito un pregiudizio anche fisico o mentale, sofferenze o danni materiali che derivano dal reato.**

Gli Stati membri dovevano poi assicurare alle vittime particolarmente vulnerabili un trattamento specifico e rispondesse in modo ottimale la loro situazione ← questa decisione, mai attuata in Italia, è stata sostituita da una direttiva del 2012.

Un ulteriore atto rilevante prima del trattato di Lisbona è la **Direttiva 2004/80/CE** relativa all'indennizzo delle vittime di reato nelle situazioni transfrontaliere → implementata dall'Italia nel 2016 che ha riconosciuto carico dello Stato il diritto all'indennizzo della vittima di un reato doloso commesso con violenza alla persona.

tra i provvedimenti post trattato di Lisbona abbiamo la Direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato → mira a garantire un triplice ordine di misure a tutela della vittima: 1) quelle attinenti all'informazione e il sostegno della stessa, 2) quelle attinenti alla sua partecipazione al procedimento, 3) quelle attinenti alla sua protezione.

Questa direttiva ha trovato applicazione nell'ordinamento italiano nel 2015 con l'introduzione di una serie di diritti della vittima (es. introduzione dell'art. 90-bis cpp cerca il diritto a ricevere comunicazioni sullo stato del procedimento). Vengono formalizzati poi il diritto all'interpretazione e alla traduzione degli atti che contengano informazioni utili.

Sempre in attuazione dell'art. 82 si pongono poi una serie di direttive volte alla lotta contro specifiche forme di criminalità che richiedono particolari esigenze di tutela della persona offesa → **Direttive 36 e 93 del 2011** per adottare un approccio globale nella repressione della tratta degli esseri umani e dell'abuso dello sfruttamento sessuale dei minori. La prima direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento 2014 e ha determinato l'estensione della fattispecie di riduzione in schiavitù e di tratta di persone. La seconda è stata recepita nel nostro ordinamento nel 2014 e ha previsto l'obbligo di chiedere prima dell'assunzione di personale per lo svolgimento di attività a contatto con i minorenni il certificato casellario per verificare l'esistenza dei precedenti per prostituzione minorile o pedopornografia o reati simili.

Un'ultima direttiva del 2017 (541) è volta alla tutela delle vittime del terrorismo per cui è stata prevista l'adozione da parte degli Stati membri di una serie di misure di protezione, sostegno ed assistenza anche sotto il profilo emotivo e psicologico.

---

## CAP. 6 NULLA POENA SINE LEGE:

L'art. 7 CEDU sancisce il principio di legalità ed il divieto di retroattività che devono connaturale la materia penale ← principi scritti anche nella dichiarazione universale dei diritti umani (art. 11) e nel patto internazionale (art. 15) e nella carta (art. 49). il contenuto di questo articolo è inviolabile e non derogabile nemmeno in caso di guerra o in caso di altre pubbliche calamità che minacciano la vita della nazione. È stata a lungo dibattuta l'estensione della portata del par. 2 art. 7 → formula di Radbruch → il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'ammissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali dei diritti riconosciuti dalle Nazioni civili. il dibattito è stato risolto dalla Corte che ha chiarito che questa disposizione si riferisce esclusivamente ai principi di Norimberga e quindi ha fatto i commessi durante la Seconda guerra mondiale.

→ Par. 1 Regola generale di irretroattività

→ Par. 2 chiarimento all'ambito di operatività della regola generale volto a rimuovere qualsiasi dubbio sulla possibilità di instaurare procedimenti giudiziari per accertare i crimini commessi durante la guerra

il punto di partenza di questo articolo è costituito dalla definizione di materia penale → a questa nozione rimesso il compito di delimitare il campo di applicazione della disposizione de qua → nella CEDU si tratta di una nozione autonoma appunto la materia penale viene intesa in senso sostanziale ed è individuata sulla base di tre criteri alternativi e non cumulativi (criteri Engel):

1. la qualifica giuridica della misura
2. la natura della misura
3. la natura e la gravità della sanzione, non di quella che è stata effettivamente inflitta, ma della sanzione che può essere inflitta a priori alla parte interessata.

Dunque, se il fatto è qualificato come illecito penale nel diritto nazionale lo stesso avrà natura penale anche nella CEDU; tuttavia, la sua mancata qualificazione come penale nell'ordinamento interno non preclude che lo stesso rientri nella nozione convenzionale di materia penale.

L'art. 7, prevedendo espressamente che **nessuno possa essere condannato per condotta che non era prevista come reato dal diritto interno o internazionale nel momento in cui è stata commessa, tipizza il principio di irretroattività della legge penale**. la nozione di legge penale è diversa dalla nostra → si ricomprende tanto il diritto di fonte legislativa quanto quello di fonte giurisprudenziale. La legge penale deve risultare accessibile e prevedibile → all'esito di una valutazione ex ante, l'accusato deve essere in grado di conoscere quale condotta risulti penalmente vietata.

recentemente i giudici di Strasburgo hanno ravvisato la violazione dell'art. 7 CEDU dinanzi a sentenze di condanna in cui sono state adottate soluzioni interpretative imprevedibili rispetto agli orientamenti giurisprudenziali precedenti → sentenza contrada → condanna dell'Italia per violazione in quanto all'epoca dei fatti la giurisprudenza relativa al riconoscimento del concorso esterno in associazione mafiosa era frammentaria. I principi espressi dalla sentenza contrada dovevano intendersi come aventi efficacia esclusivamente nel caso oggetto della stessa decisione → le sezioni unite hanno escluso che il ragionamento li seguito potesse essere estesa anche nei confronti dei soggetti non coinvolti in quella decisione pur trovandosi nella medesima posizione con riguardo alla non prevedibilità della condanna per concorso esterno un'associazione per delinquere di stampo mafioso.

Nella prospettiva della piccola Europa il principio di legalità è riconosciuto dall'art. 49 della Carta → il principio di legalità si è storicamente affermato al di fuori della materia penale ed è stato richiamato come principio generale derivante dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, evidenziando la necessità che la legge dell'UE definisca le infrazioni e le sanzioni affinché gli interessati possano conoscere esattamente la portata dei propri diritti dei propri obblighi. Anche in questo caso, il principio si estende a ricomprendere il divieto di retroattività della legge penale sfavorevole.

Ordinamento italiano → art. 25 co. 2 Cost.

**PREVEDIBILITÀ DELLA PENA** → il divieto di retroattività riguarda non solo le fattispecie incriminatrici, ma anche l'entità del trattamento sanzionatorio da valutarsi sulla base della specie della sanzione, della sua durata e del suo ammontare se pecuniaria.

Venendo al contenuto del divieto, verrebbe integrata una violazione dell'art. 7 CEDU in caso di applicazione analogica di una pena, eccessiva discrezionalità consentita dalla legge circa la commisurazione del trattamento sanzionatorio o riferimento ad una cornice edittale più severa.

Anche il concetto di pena rappresenta una nozione autonoma → misure irrogate conseguentemente ad una condanna per reato + può essere ravvisata in misure che non derivano da una pronuncia di condanna → altri elementi determinanti per comprendere se si è in presenza di una pena sono la natura e lo scopo della misura, la sua qualificazione nel diritto interno, le procedure utilizzate per la sua adozione ed esecuzione e la sua severità.

→ l'adozione di una nozione autonoma dipende se riflette anche nell'estensione del divieto di retroattività a disposizione qualificate negli ordinamenti nazionali come non sostanziali → integrata una violazione dal mutamento giurisprudenziale sfavorevole inerente alle modalità di applicazione dei benefici penitenziari.

negli ultimi anni questo articolo è stato oggetto di un'importante interpretazione evolutiva che ha portato al riconoscimento di ulteriori garanzie → **principio di retroattività della lex mitior** → applicazione retroattiva della legge penale più favorevole. L'art. 7 non esplicita la garanzia della retroattività della legge più favorevole, ma la scelta della Corte comporta il riconoscimento della sua inderogabilità e dell'inammissibilità di un suo bilanciamento con altre garanzie. Ricordiamo che nell'ordinamento italiano invece la garanzia delle retroattività della legge penale più favorevole è considerata essere un'implicazione del principio di uguaglianza e non del principio di legalità e pertanto inderogabile in presenza di deroghe ritenute ragionevoli.

L'interpretazione evolutiva di questo articolo ha anche consentito di far emergere le garanzie rappresentate dal divieto di responsabilità oggettiva e per fatto altrui e dall'obbligo di accertamento della colpevolezza.

---

## CAP. 7 MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI E LIBERTÀ DI MOVIMENTO

La Corte di Strasburgo ha più volte escluso la natura penale delle misure di prevenzione → il parametro convenzionale di riferimento è l'art. 2 prot. 4 CEDU che presidia la libertà di circolazione. L'applicazione di misure limitative della libertà di movimento dipende dalla duplice condizione per cui le misure devono essere previste dalla legge devono essere necessarie in una società democratica.

Inizialmente la Corte ha qualificato la misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno come misura privativa della libertà di movimento implicante quindi le garanzie previste, invece, dall'art. 5 CEDU ← la Corte ha ancorato questa qualificazione al fatto che la distinzione tra privazione e limitazione della libertà di movimento dipende essenzialmente dal grado o intensità della misura da valutarsi caso per caso.

Qualche anno dopo i giudici di Strasburgo sono tornati ad escludere che le misure di prevenzione potessero legittimare una totale privazione della libertà di movimento → l'art. 5 par. 1 CEDU, Da leggersi in combinato disposto con il par. 3, e unicamente riferito a misure connesse a procedimenti penali in corso e quindi, con riguardo all'ordinamento italiano, alle misure cautelari.

**La Corte ha escluso che le misure di prevenzione potessero comportare una totale privazione di libertà di movimento del soggetto. Al contrario, se la misura di prevenzione determina esclusivamente una limitazione della libertà di movimento può essere ricondotta all'art. 2 prot. 4 CEDU ed essere giudicata legittima se giustificata sulla base dei parametri specificati.**

Persone che devono rispettare le misure di prevenzione personali per essere ritenute illegittime sono esplicitate nei par. 3 e 4 dell'art. 2 prot. 4 CEDU → la singola misura deve essere:

- 1) prevista dalla legge
- 2) funzionale ad almeno uno dei seguenti contro-interessi → sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, mantenimento dell'ordine pubblico, protezione della salute o dei diritti ecc.
- 3) necessaria in una società democratica al rispetto di uno dei predetti obiettivi → la limitazione non deve essere sproporzionata rispetto a quanto necessario per perseguire la finalità.

Il n. 1) implica che la stessa renda prevedibili per i destinatari le conseguenze della propria condotta.

**CASO DE TOMMASO C. Italia** → VEDERE LIBRO PAGINE 316-324 PER APPROFONDIRE