



A.A. 2024/2025

BLAB

DISPENSA

PROCEDURA PENALE EUROPEA

A CURA DI

CARLOTTA CAROMANI

MARTINA PAOLUCCI



TEACHING DIVISION

“

Questa dispensa è scritta da studenti senza alcuna intenzione di sostituire i materiali universitari.

Essa costituisce uno strumento utile allo studio della materia, ma non garantisce una preparazione altrettanto esaustiva e completa quanto il materiale consigliato dall'Università.

”

Sommario

INTRODUZIONE	4
<i>La morte di Ebru Timtik</i>	4
<i>Il processo di Norimberga</i>	4
FONTI DEL DIRITTO PROCESSUALE PENALE EUROPEO	5
LA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI: LE FONTI DEL DIRITTO PROCESSUALE PENALE EUROPEO	7
FONTI A LIVELLO INTERNAZIONALE: IL SISTEMA DELLE NAZIONI UNITE (CENNI)	8
APPUNTI	9
IL SISTEMA DELLE FONTI	9
IL SISTEMA DELL'UNIONE EUROPEA	9
<i>Atti normativi</i>	9
IL SISTEMA EUROPEO DI PROTEZIONE DEI DIRITTI	11
IL SISTEMA CEDU	11
IL CONSIGLIO D'EUROPA NELL'AZIONE DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI	11
<i>La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)</i>	11
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO (CORTE EDU)	12
<i>Ricorso dinanzi alla Corte europea</i>	14
<i>Incidenza sul diritto interno</i>	18
<i>L'obbligo degli Stati di dare esecuzione alle decisioni di condanna della Corte europea</i>	19
<i>La tutela multilivello dei diritti fondamentali</i>	35
IL CONTENUTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI	40
LEGGE DELEGA DEL 1987 (PASSAGGIO DAL CODICE ROCCO AL CODICE VASSALLI)	41
L'EQUO PROCESSO.....	42
<i>Fonti del processo equo:</i>	43
<i>LE GARANZIE DEL PROCESSO EQUO – Art. 6 CEDU</i>	43
<i>FAIRNESS PROCESSUALE E ART. 6 CEDU</i>	45
EGUAGLIANZA DAVANTI AL GIUDICE.....	46
DIRITTO DI ACCESSO AL GIUDICE	47
<i>Diritto di Accesso al Giudice: Limitazioni</i>	47
PRECOSTITUZIONE DEL GIUDICE.....	48
<i>Analisi dell'Art. 25 della Costituzione Italiana</i>	49
IMPARZIALITÀ E INDIPENDENZA DELL'ORGANO GIUDIZIARIO	50
<i>Imparzialità</i>	50
<i>Indipendenza</i>	51
LA PUBBLICITÀ	53
<i>Limitazioni al Principio di Pubblicità</i>	54
<i>Eccezioni al Principio di Pubblicità</i>	54
<i>Il principio di pubblicità nell'amministrazione della giustizia in Italia</i>	55
MOTIVAZIONE	57
<i>Estensione del Dovere di Motivazione</i>	58
<i>L'articolo 111 della Costituzione</i>	58
DIRITTO ALL'IMPUGNAZIONE	59
<i>La giurisdizione: doppio grado di giudizio</i>	60
<i>La rinnovazione ex officio introdotta dalla l. 103/2017</i>	62
- <i>Riflessioni Critiche</i>	63
NE BIS IN IDEM.....	63
<i>Protocollo n. 7</i>	64
<i>Eccezioni</i>	64
DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO.....	65
<i>Criteri Guida per la Valutazione della Durata</i>	66
PRESUNZIONE DI INNOCENZA.....	67
<i>La presunzione di non colpevolezza nel nostro sistema</i>	70

PARITÀ DELLE ARMI	70
DIRITTO ALLA DIFESA	71
<i>Art. 6 par. 3 CEDU</i>	72
<i>Diritto all'informazione – art. 6 par. 3 let. a CEDU</i>	73
<i>Nemo tenetur se detegere</i>	74
<i>Diritto di presenza alle udienze e al processo</i>	75
La Direttiva 2016/343/UE: Presenziare al Processo	78
TEMPO E FACILITAZIONI PER PREPARARE LA DIFESA	78
DIFESA TECNICA	80
IL DIRITTO ALLA PROVA	81
IL DIRITTO AL CONFRONTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO	83
<i>Le fonti</i>	83
<i>La nozione di testimone</i>	83
<i>La portata del diritto al confronto</i>	84
<i>Bracci c. Italia</i>	84
<i>Ogaristi c. Italia</i>	87
<i>Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito</i>	90
<i>Il caso Schatschaschwili c. Germania</i>	93
LE CONTESTAZIONI	97
ITALIA.....	97
<i>Eccezioni alla Formazione della Prova in Contraddittorio</i>	97
STRASBURGO	98
COSTITUZIONE VS CEDU.....	99
<i>Nuova giurisprudenza in tema di testimoni assenti</i>	100
TESTIMONI	102
NOZIONE TESTIMONE CEDU	102
<i>I tipi di testimoni</i>	103
IL DIRITTO ALLA LIBERTÀ PERSONALE	108
DIRITTO ALLA LIBERTÀ E ALLA SICUREZZA	108
ART. 6 CARTA DI NIZZA	108
ART. 5 CEDU	109
<i>Art. 5.1 CEDU nello specifico</i>	109
<i>5.2. diritto all'informazione</i>	116
<i>Art. 5.3 CEDU nello specifico – Misure cautelari</i>	116
<i>5.4: diritto al ricorso ad un tribunale</i>	120
<i>5.5: diritto alla riparazione</i>	121
IL DIVIETO DI TORTURA E DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI	122
AMBITO DI APPLICAZIONE	123
IL CRITERIO DELLA SOGLIA MINIMA	123
CATEGORIE DI CONDOTTE PROIBITE	124
<i>L'interpretazione evolutiva della Corte in tema di tortura</i>	124
<i>...in tema di trattamenti inumani o degradanti</i>	125
<i>...in tema di violazioni indirette (obblighi di astensione)</i>	126
GLI OBBLIGHI POSITIVI	127
IL G8 DI GENOVA DEL 2001: VIOLAZIONI DEI DIRITTI UMANI E CONDANNA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO	128
<i>CEDU, 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia</i>	129
<i>Tortura: Bartesaghi e altri c. Italia, 22 giugno 2017</i>	131
<i>Tortura: Azzolina c. Italia, Blair c. Italia, Cirino e Renne c. Italia 26 ottobre 2017</i>	131
CAT.....	132
TORTURA: ART. 613-BIS C.P. (LEGGE 14 LUGLIO 2017, N. 110)	133
<i>Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura: art. 613-ter c.p. (legge 14 luglio 2017, n. 110)</i>	134
<i>Art. 2 Modifiche all'art. 191 c.p.p. (legge 14 luglio 2017, n. 110)</i>	134
<i>Profili problematici</i>	134
<i>Pronunce applicative</i>	136

DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI	136
CONDIZIONI DELLA DETENZIONE	137
<i>Situazioni di carattere obiettivo</i>	137
<i>Incompatibilità della detenzione con le condizioni di salute</i>	144
DURATA DELLA PENA	146
<i>Corte Edu, Viola c. Italia, ric. n. 77633/16</i>	147
IL PROBLEMA DEL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO – ANALISI DI CASI CONCRETI.....	154
I TERMINI DELLA QUESTIONE.....	154
L’AFFAIRE “TORREGGIANI C. ITALIA” – CORTE E.D.U., SEZ. II, 8 GENNAIO 2013	154
<i>Le ordinanze del Magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia</i>	154
<i>Esame del diritto e della giurisprudenza pertinenti</i>	155
<i>Misure adottate dallo Stato italiano</i>	155
<i>Testi internazionali rilevanti (soft law)</i>	156
<i>Questioni preliminari</i>	157
<i>Sul merito – Gli argomenti delle parti</i>	158
<i>Principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte</i>	158
<i>Applicazione dei principi al caso di specie</i>	159
<i>L’applicazione della “procedura pilota” – Art. 46 C.e.d.u.</i>	160
<i>Il rafforzamento dei diritti dei detenuti</i>	161
IL CASO MURŠIĆ C. CROAZIA – CORTE E.D.U., GRANDE CAMERA , 20 OTTOBRE 2016	162
<i>La decisione della I Sezione (sent. 12 marzo 2015)</i>	162
<i>Sentenza della Grande Camera</i>	163
<i>Applicazione dei principi al caso di specie</i>	165
<i>Le dissenting opinions</i>	165
<i>Le ripercussioni all’interno dell’ordinamento italiano</i>	166
IL CASO PROVENZANO – SEMINARIO DI APPROFONDIMENTO.....	169
REGIME CARCERARIO SPECIALE EX ART. 41-BIS ORD. PENIT.	169
<i>Orientamento della CtEDU</i>	171
CIRCOSTANZE DEL CASO DI SPECIE	172
<i>Sul merito</i>	173
<i>Applicazione dell’art. 41 Cedu</i>	175
<i>I termini della questione</i>	176
LA TUTELA DELLA VITTIMA	177
LA VITTIMA	177
<i>Giurisprudenza CEDU</i>	177
<i>Convenzione europea relativa al risarcimento delle vittime di reati violenti, Strasburgo, 24 novembre 1983</i>	179
<i>Raccomandazione CM/Rec(2023)2 sui diritti, servizi e supporti delle vittime di reato (Comitato dei Ministri)</i>	179
<i>Unione europea prima del Trattato di Lisbona</i>	179
<i>Unione europea dopo il Trattato di Lisbona</i>	180

Procedura penale europea

Il corso è finalizzato a verificare le garanzie previste a livello europeo, ma anche più ampio (consiglio d’Europa), dal *fair trial*, per poi capire se il nostro sistema processuale italiano sia in linea con tali garanzie. Il consiglio d’Europa ha un unico atto fondamentale: la convenzione europea dei diritti dell’uomo firmata nel 1950.

Verificheremo come la CtEDU e la ECJ interpretino le garanzie. L’Italia è stata spesso ripresa al fine di mettersi in linea con le garanzie fondamentali.

Ci sarà la possibilità di andare a Strasburgo per assistere ad un’udienza. A Strasburgo le cause vengono trattate soprattutto per iscritto, solo le cause più importanti hanno un’udienza.

Introduzione

La morte di Ebru Timtik

Avvocata turca molto impegnata nella difesa dei diritti umani in Turchia, viene accusata di far parte di un gruppo terrorista di sinistra. Viene condannata a 16 anni di reclusione perché considerata una terrorista facente parte del fronte rivoluzionario della liberazione popolare. Lei si era occupata di numerosi casi di tortura in Turchia, si occupò in particolare della morte di più di 300 minatori in Turchia. Lei voleva evidenziare la mancata tutela dei diritti minimi dei lavoratori, perciò viene incarcerata, ma comincia a fare lo sciopero della fame e comincia ad evidenziare una serie di mancate garanzie nel suo processo: il giudice non era indipendente ed imparziale; alla difesa non è stato permesso portare dei testimoni che potessero contraddire l'accusa; la sentenza di primo grado si basava su una sentenza che aveva come prova principale la testimonianza di un soggetto anonimo, quindi non era possibile un contro-esame; non è stato garantito il contraddittorio, la possibilità di assumere la prova nel contraddittorio delle parti, quindi ci fu la violazione delle più elementari regole del diritto di difesa. Dopo qualche mese di sciopero muore in carcere.

In questo caso, ciò che veniva lamentato era la mancanza delle garanzie fondamentali del processo *fair*, equo, compatibile con il diritto internazionale, quindi con la CEDU.

Il processo di Norimberga

Siamo di fronte al primo processo penale internazionale. Si pone il problema della necessità che anche coloro che sono accusati di crimini orrendi abbiano la possibilità di essere giudicati tramite un processo equo. Anche chi ha commesso crimini importanti deve essere giudicato in base alle garanzie che spettano a chiunque. Anche a loro deve essere garantita la presunzione di innocenza ed un equo processo. L'iter volto a verificare la loro responsabilità doveva necessariamente essere in linea con le garanzie internazionali. Ciò che era stato offeso era il bene comune, il vivere in maniera civile; nonostante ciò, il processo deve essere equo.

La possibilità di pensare a regole comuni tra i vari Stati non è imposta solo dalla civiltà, ma anche dalla constatazione che ormai la criminalità non è più esclusivamente nazionale, soprattutto quella organizzata, per cui è necessario che il fenomeno venga giudicato sulla base di regole comuni da parte di più autorità: tra più stati vi deve essere una condivisione dei valori fondamentali di un processo corretto, equo. Se queste regole sono condivise da un pluralità di stati, quando si tratta di giudicare una persona che ha commesso crimini anche in altri stati, le autorità sono in grado di meglio coordinarsi per reprimere queste attività. Le regole previste dall'ordinamento non sono più sufficienti, occorre alzare lo sguardo e verificare quali sono queste regole condivise. Anche a procedura penale 1 abbiamo detto che il magistrato italiano deve porsi il problema della coerenza con i principi sovranazionali, visto che la Costituzione impone che le nostre norme siano compatibili con quelle sovranazionali europee e del consiglio d'Europa. Ecco perché è necessaria l'integrazione europea nel campo processuale. Vedremo quali sono gli atti che hanno reso più omogenee le regole tra i vari stati; vedremo le forme di cooperazione tra diversi stati. Se i principi sono comuni, sarà più semplice che diverse autorità giurisdizionali possano cooperare. Parleremo anche del fronte più attuale dell'armonizzazione delle regole di procedura penale: il cpp italiano potrebbe contenere regole che derivano da altri ordinamenti, perché se questi arrivano a parlare lo stesso linguaggio, saranno più inclini a cooperare. Si parte quindi dal recepimento di principi comuni.

Se dovessimo pensare di scrivere un cpp europeo, dovremmo necessariamente partire da principi già condivisi, a partire dai diritti fondamentali dell'uomo. La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo costituisce (1948, NY) il punto di partenza.

Spostandoci in Europa, parleremo dei trattati costitutivi, fino alla carta dei diritti fondamentali, che è diventata diritto primario dell'unione, vincolante come i trattati istitutivi stessi. Sempre a livello europeo, l'art. 7 TEU prevede l'adesione dell'UE alla CEDU. Tutto ciò può essere considerato la carta costituzionale del nostro diritto processuale penale europeo.

FONTI DEL DIRITTO PROCESSUALE PENALE EUROPEO

Oramai sembra che ogni spazio giudiziario penale non possa esimersi dal cercare una nuova sintonia con le prospettive europee. Soprattutto in ambito processuale penale, 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. 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'ispirazione che ne sta alla base e l'attenzione alla salvaguardia di un patrimonio di determinati valori ritenuti imprescindibili nello svolgimento delle attività processuali.¹ Di quel patrimonio l'Europa si è fatta interprete su un duplice piano:

1. del **Consiglio d'Europa**, attraverso la Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo;
 - a. il Consiglio d'Europa (la c.d. "*grande Europa*", attualmente composta da 47 Stati membri), 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 e ad una sempre più intensa cooperazione giudiziaria.
2. del diritto dell'**Unione europea** con le garanzie previste dall'art. 6 TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza);
 - a. l'Europa dei 27 Stati membri (la c.d. "*piccola Europa*"), la cui produzione normativa di diritto derivato ha inciso e continua ad incidere in profondità sul diritto penale sostanziale e processuale.

Vi è l'esigenza che gli Stati europei pervengano – senza escludere la prospettiva di una disciplina comune almeno laddove necessario – a un'**armonizzazione** dei propri sistemi giuridici.² Un progressivo ravvicinamento degli ordinamenti nazionali consente, infatti, di creare le condizioni perché si stabilisca fra le autorità nazionali che amministrano la giustizia penale, una fiducia reciproca nei rispettivi sistemi normativi e nelle modalità secondo le quali ciascuno di essi funziona. Gli ordinamenti nazionali si trovano, dunque, a fare inevitabilmente i conti con le scelte di politica criminale provenienti dall'Unione europea, tendenti alla creazione di uno spazio di giustizia comune, e, contestualmente, con le petizioni di principio annunciate nella più ampia sfera del Consiglio d'Europa. Ciò, tuttavia, **non** ha prodotto una disciplina unica ed unitaria del processo, ma la disciplina e i principi su cui essi si reggono sono oramai fortemente interessati dall'incidenza sovranazionale.³

La prospettiva europea ci insegna innanzitutto il temperamento, il ragionevole bilanciamento tra le esigenze della giustizia penale, sostanziale e processuale, ed il rispetto dei diritti fondamentali della persona.

¹ Patrimonio comune di valori che affondano le radici nella stagione illuministica, ma che vanno aggiornati alle esigenze di una società pluralistica in trasformazione come quella contemporanea.

² Per «armonizzazione» s'intende in generale il processo che conduce ad instaurare una relazione funzionale fra sistemi, parti o componenti di 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 appunto. A tale significato si conforma più specificatamente la **nozione giuridica** di armonizzazione, convenzionalmente intesa quale tecnica normativa mediante la quale si opera un ravvicinamento, una omogenizzazione tra ordinamenti, istituti o norme giuridiche individuati, i quali vengono così ad iscriversi in una cornice unitaria.

³ Es. Il sistema processuale **italiano**, per lungo tempo sostanzialmente refrattario alle sollecitazioni europee, ha iniziato a cedere alle tendenze provenienti dall'Europa dopo le **sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale** che hanno reinterpretato, in particolare, il rapporto tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il sistema interno.

Questo bilanciamento, d'altro canto, deve essere letto in funzione riequilibratrice, per così dire, a tutto campo. Ciò significa che, se da un lato, le Carte internazionali dei diritti umani e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo in particolare, che codificano tale obiettivo di giusto equilibrio, impongono il ripensamento di alcune scelte normative, specie processuali, dall'altro, esse suggeriscono anche la strada di un ridimensionamento di alcune garanzie o di alcuni istituti che costituiscono il patrimonio gelosamente conservato dalla nostra cultura giuridica.

Il monopolio statale del "diritto di punire" deve quindi cimentarsi - oggi più di ieri - per un verso, con il c.d. "diritto vivente" della giurisprudenza degli organi giudiziari europei e per l'altro, con le istanze provenienti dall'Unione europea, dirette ad attuare lo spazio di giustizia e libertà, alla ricerca di una maggiore armonizzazione delle norme nazionali, ed infine a realizzare una cooperazione investigativa e giudiziaria tra gli organi dei diversi Stati, oltre che a condividere il principio del mutuo riconoscimento dei provvedimenti giudiziari, basato sul rafforzamento della reciproca fiducia.

La strutturazione dello spazio giuridico europeo come luogo di diritti e di libertà ha visto l'affidamento di un ruolo particolarmente importante alla giurisprudenza delle Corti — la Corte di giustizia con sede a Lussemburgo e la Corte europea dei diritti dell'uomo con sede a Strasburgo — sia pure dalle diverse prospettive, l'una della protezione dei diritti in vista dell'attuazione degli obiettivi di integrazione dell'Unione, l'altra della tutela delle garanzie individuali come obiettivo ultimo di effettività dei singoli ordinamenti statali.

L'abbattimento della struttura a Pilastri di Maastricht a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 2009 e, quindi, l'eliminazione delle differenze di regime giuridico a cui era sottoposto lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia,

ha poi attribuito al Parlamento europeo e al Consiglio la competenza a legiferare sulla materia penale e processuale penale. Il passo avanti compiuto con il Trattato di Lisbona è stato, quindi, quello di non opporre più, ma, anzi, di far convergere le istanze di mutuo riconoscimento con quelle di armonizzazione.

In questa direzione, l'art. 82 TFUE rappresenta la base legale per un'opera di armonizzazione sia pure lenta e difficile: si precisa infatti che la cooperazione giudiziaria in materia penale «è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri». Tale armonizzazione deve svilupparsi — nell'ambito della materia processuale penale — tramite «misure» intese a «definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria; [...] prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri; [...] sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari; [...] facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni».

Più specificatamente, il secondo comma dell'art. 82 TFUE prevede la possibilità per il Parlamento europeo e il Consiglio di stabilire «norme minime» adottate in forma di Direttiva, quando l'armonizzazione sia «necessaria per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensioni transnazionali»; nonché «in materia di ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri, diritti della persona nella procedura penale, diritti delle vittime della criminalità, altri elementi specifici della procedura penale». Queste «norme minime» dovrebbero dunque garantire che le legislazioni processuali penali nazionali, nel recepirle, presentino alcuni denominatori di fondo comuni tali da alimentare quella fiducia reciproca tra gli Stati membri che dovrebbe rappresentare il presupposto naturale del mutuo riconoscimento.

Ancora, la valorizzazione dei compiti dell'Unione nel campo delle misure destinate a incidere nel diritto penale e processuale penale degli Stati membri non poteva non essere accompagnata da un rafforzato statuto delle garanzie individuali con il riconoscimento del valore internazionale delle

disposizioni contenute nella Carta di Nizza e con la previsione circa l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti umani.

Il quadro si arricchisce ovviamente con le previsioni delle varie Carte costituzionali e si struttura come luogo di un dialogo fecondo, attraversato a volte da inevitabili conflitti, tra Corti europee e tra queste e le Corti nazionali, specie costituzionali.

Su queste basi, di diritti e di garanzie, sorge e si sviluppa il diritto processuale penale europeo, che si affranca, in misura maggiore dei singoli ordinamenti statali, dalla matrice repressiva, favorendone una sempre più elevata tensione liberale.

Ora, è urgente e non più rinviabile per i singoli Stati adeguare le proprie strutture giudiziarie, abbandonando ogni ipocrisia ed operando senza ulteriori remore per la sostanziale convergenza delle garanzie, dando corpo e sostanza in ogni momento della giurisdizione (dalla fase delle indagini preliminari a quella dell'esecuzione della pena) ai canoni del fair trial incentrati sulla pienezza e sulla effettività dei connotati del «processo equo» garantito dall'art. 6 Cedu.

La tutela multilivello dei diritti: le fonti del diritto processuale penale europeo

Discutere di protezione multilivello dei diritti fondamentali significa affrontare nodi problematici di portata generale quanto al ruolo del giudice nazionale e del legislatore. L'espressione "**protezione multilivello dei diritti**" è utilizzata per indicare un fenomeno giuridico che consiste nella tutela dei diritti fondamentali su più livelli, nazionale e internazionale, il che implica che norme e istituzioni appartenenti a ordinamenti diversi coesistano, si intreccino e interagiscano dinamicamente su uno stesso oggetto. È una sorta 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:

1. Consiglio d'Europa, il cui prodotto giuridico maggiormente significativo per il processo penale è la **CEDU** (Roma, 1950);
2. Comunitario, costituito dal diritto primario contenuto nei trattati e nella carta dei diritti fondamentali dell'UE e dal diritto derivato (direttive, regolamenti, decisioni e decisioni quadro di terzo pilastro);
3. Nazionale, che fa riferimento al dettato normativo, *in primis* costituzionale.

A queste fonti normative si affiancano poi quelle giurisprudenziali delle due Corti di vertice europee: la **ECJ** e la **CtEDU**, accumulate dal fatto che le loro decisioni si presentano esse stesse come fonti di produzione del diritto europeo.⁴ Alla Corte europea una simile funzione viene implicitamente riconosciuta quando si fa riferimento alla Convenzione «*così come interpretata*» dai giudici di Strasburgo. Mentre la nostra Corte costituzionale, nelle **sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007**, ha attribuito a quelle interpretazioni addirittura il valore di «parametri interposti» di costituzionalità. La Corte di giustizia si è attribuita da sé quel ruolo paralegislativo, avendo creato dal nulla i fondamenti stessi del diritto comunitario.

Conseguenze di un diritto plurale:

- Progressiva crisi della sovranità statale e conseguente "relativizzazione" del diritto interno e del concetto tradizionale di legalità;
- il venir meno della coerenza normativa e l'inevitabile prodursi di antinomie e contrasti;
- il progressivo affermarsi di una razionalità "materiale" sulla razionalità "formale" di matrice codicistica;

⁴ Si è parlato di «giurisprudenza fonte», perché questi organi non solo interpretano il diritto europeo, ma lo statuiscono, perché ne definiscono autonomamente il contenuto precettivo mentre lo applicano. Nonostante nessuna norma attribuisca loro formalmente un ruolo esorbitante da quello di una mera nomofilachia (cfr. rispettivamente, gli artt. 19 TUE e 32 Cedu), di fatto queste Corti si comportano come giudici legislatori.



- l'enfatizzarsi sotto vari profili del ruolo del giudice/interprete.

È un sistema complesso e articolato di fonti, che non si struttura secondo il modello gerarchico con il quale un ordinamento chiuso definisce le proprie fonti di produzione giuridica.

Fonti a livello internazionale: il sistema delle Nazioni Unite (cenni)

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, sebbene costituenti i (riflesso di altri, adottati a livello mondiale.)

Per questi ultimi, ci si intende riferire a quei documenti che mirano a salvaguardare quell'insieme di situazioni giuridiche definite come "diritti dell'uomo", il primo dei quali, nel secondo dopoguerra, è costituito dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni

Unite a New York con la Risoluzione n. 217A (111) del 10 dicembre 1948.



Appunti

Il sistema delle fonti

Vedremo come le garanzie sono state interpretate dalla ECJ e dal consiglio d'Europa, composto da 46 stati aderenti. La CtEDU è l'unico organo competente a valutare l'aderenza alla CEDU da parte di quei 46 stati (la Russia è venuta meno nel 2022 con la guerra in Ucraina, ma studieremo comunque delle sentenze di condanna pronunciate contro la Russia fino a settembre 2022).

Fonti conoscitive:

- Sovranazionali: dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, CEDU (artt. 6, 3 e 5), trattato di Lisbona, che riconosce la carta dei diritti fondamentali dell'UE come fonte primaria, dopo aver fatto diventare il pilastro della giustizia di competenza dell'UE stessa.
 - o Anche l'Italia continua ad essere condannata dalla CtEDU per trattamenti inumani e degradanti commessi dall'autorità statale nei confronti di detenuti, così come siamo stati condannati nel 2008 per tortura al G8 di Genova.
- Ordinarie primarie e secondarie
- Giurisprudenziali

Le norme internazionali ed europee in tema di processo devono essere conosciute anche da chi opera nelle aule nazionali, in quanto, dopo le sentenze gemelle del 2007, sappiamo che le norme nazionali devono essere applicate tenendo conto di quelle sovranazionali. Il giudice, il pm o l'avvocato devono interpretare le norme nazionali in armonia con quelle sovranazionali, in quanto, se in violazione, tale norma non potrà essere applicata, perché occorre trovare un'interpretazione conforme. Se non si riesce a trovare c'è un problema: si solleva la questione di legittimità costituzionale, affinché la corte costituzionale verifichi la conformità con l'art. 6 CEDU; se tale verifica è negativa, la norma dovrà essere dichiarata illegittima in base all'articolo della Cost che impone la conformità del nostro ordinamento con le norme sovranazionali.

Il nostro Paese continua ad essere condannato dalla CtEDU, quindi tale armonizzazione non è sempre presente. Il legislatore del '99 ha sentito la necessità di aggiungere nella nostra costituzione parte dell'art. 6 CEDU con la riforma del giusto processo, pertanto una violazione di tale articolo è anche una violazione della nostra Cost.

Il sistema dell'Unione europea

Il trattato di Lisbona abolisce il sistema dei 3 pilastri e rende quello relativo alla giustizia di competenza dell'UE. Il trattato è importante anche perché con esso abbiamo il passaggio dalla cooperazione giudiziaria tra gli Stati all'armonizzazione delle legislazioni nazionali, strada diversa ma complementare, perché più le legislazioni si fondano su principi comuni, più le diverse autorità giurisdizionali potranno cooperare. La comunitarizzazione della materia penale sostanziale e processuale vede l'UE diventare competente nel legiferare la materia penale, il che permette di far introdurre agli stati membri determinati principi, come la presunzione di innocenza e di non colpevolezza, che ha avuto un'implementazione importante a livello europeo, mentre per tanti stati era puramente formale.

Non si è abbandonata la cooperazione, pur essendo l'armonizzazione la strada maestra.

Atti normativi

Con i regolamenti sono state istituite due autorità fondamentali per la cooperazione, così come la procura europea: un p.m. che deve valutare la condotta dei cittadini degli stati membri in base alle norme dell'UE.

Tutti gli atti sono produttivi di norme che interessano il processo penale.



La ECJ ha il compito di sorvegliare l'applicazione dei trattati. Essa è chiamata ad interpretarli. Se la corte di giustizia parla di diritto, quando parliamo della corte di Strasburgo parliamo del caso, del cittadino processato nel proprio paese e che ha subito una violazione della CEDU, quindi parliamo di un giudice internazionale che decide il caso concreto, dicendoci come interpretare la norma violata, esaminando se in quel processo vi è stata violazione o meno. La CtEDU esamina gli atti compiuti nel processo, quindi esamina il merito nei limiti di ciò che è stato accertato nel processo. La ECJ è un giudice di diritto e di interpretazione.

Affrontiamo ora il tema del sistema dell'UE nell'ottica delle garanzie nel processo penale. Lo strumento a disposizione degli stati per assicurarsi tali garanzie espresse a livello europeo è il **ricorso per via pregiudiziale** alla ECJ, il che permette di ottenere negli atti dell'unione il rispetto di tali garanzie fondamentali. È uno strumento particolare perché non è una possibilità solo dei singoli cittadini, ma dello stato, o meglio del giudice, dell'organo giurisdizionale. Il cittadino ottiene il rispetto di una norma sovranazionale convincendo il giudice ad azionare il ricorso per via pregiudiziale davanti alla ECJ. Se il cittadino ritiene che una norma del c.p. sia in contrasto con una norma europea, il ricorso in via pregiudiziale permette la verifica da parte della ECJ della compatibilità della norma nazionale con quella sovranazionale: il cittadino non può agire autonomamente, sarà il giudice a dover richiedere la verifica di tale compatibilità.

Una caratteristica da evidenziare del sistema dell'UE è il fatto che le norme emanate a livello europeo in tema di processo penale sono tendenzialmente **non self-executing**, nel senso che non hanno applicazione diretta nel nostro ordinamento. Le norme europee diverse rispetto a quelle relative al terzo pilastro hanno invece questa caratteristica di immediata applicabilità tendenzialmente. Quando parliamo di norme europee in contrasto con quella nazionale il giudice ha quindi la possibilità di disapplicare quella interna e applicare direttamente quella sovranazionale. Ciò, in materia penale, solitamente non succede, proprio perché tali norme non sono immediatamente applicabili. Ecco perché per le norme nazionali che si pongono in contrasto con quelle sovranazionali il giudice dovrà verificare l'armonia, e se individua un contrasto non potrà disapplicare la norma nazionale in favore di quella sovranazionale, bensì dovrà sollevare una questione di legittimità costituzionale per chiedere alla corte un'interpretazione conforme; nel qual caso non ci fosse, avremmo un contrasto con l'art. 117 cost., per cui si dovrà espungere dall'ordinamento la norma nazionale contrastante.

Il sistema europeo di protezione dei diritti

Il sistema CEDU

Gli organi del Consiglio d'Europa, che conta 46 stati membri dopo l'uscita nel 2022 della Russia, sono:

- assemblea parlamentare (organo legislativo);
- consiglio dei ministri (organi esecutivo);
- organo giurisdizionale della **CtEDU**, unico giudice competente a valutare la conformità dell'operato degli Stati membri rispetto alla CEDU (+ protocolli aggiuntivi), l'unico a poter valutare se all'interno degli stati essa venga osservata o meno.

Il Consiglio d'Europa nell'azione di tutela dei diritti umani

Le funzioni del consiglio d'Europa sono:

- garantire taluni diritti e beni giuridici fondamentali a livello «**minimo**»; attraverso la propria attività, cerca di assicurare che attraverso gli stati membri vi sia un livello minimo di tutela dei beni giuridici fondamentali. Maggiori livelli di tutela che gli stati dovessero decidere di attuare sono ovviamente leciti, ma non è possibile andare al di sotto della CEDU, unica convenzione stipulata dal consiglio d'Europa.
- favorire l'**avvicinamento** e, in prospettiva futura, l'**unificazione delle legislazioni nazionali** in relazione a fenomeni criminali. Fa quindi anch'esso un'opera di armonizzazione degli ordinamenti, inserendo norme minime comuni di modo che le legislazioni degli stati siano tra loro simili e possano parlarsi; inoltre, quando le legislazioni interne si basano su principi comuni, è più facile che collaborino tra di loro.
- **cooperazione internazionale** per la repressione del crimine salvaguardando i diritti e le libertà per porli al riparo da misure arbitrarie dei pubblici poteri.

N.B. A differenza dell'Unione Europea non produce norme alle quali debbano adeguarsi gli Stati membri ma «propone» convenzioni internazionali che ogni Stato può ratificare (es. CEDU), quindi cercando di convincere gli stati membri ad aderire.

Una volta che aderiscono, gli stati sono tenuti a rispettare le norme di tali convenzioni, anche se l'unica finora stipulata è la CEDU.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)

- Firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848.
- 15 protocolli aggiuntivi (il protocollo n. 16 è aperto alla firma dei Paesi membri a partire dal 2 ottobre 2013). Il suo testo è quindi stato aggiornato nel corso del tempo con 15 protocolli aggiuntivi, mentre il 16° entrerà in vigore a breve, mancando la firma di uno stato. I protocolli aggiuntivi sono parte integrante della CEDU, in quanto aggiornano ai tempi un testo scritto nel 1950.
- Il suo scopo è la tutela dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri.
- *Problema della collocazione della CEDU nell'ambito delle fonti del nostro diritto interno: valore di legge ordinaria o valore sovraordinato?*
 - art. 2, 10, 11 Cost. non danno soluzione;
 - art. 117.1 Cost.: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato [...] nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali»;

- **C. Cost. 348 e 349/2007:** il problema si è risolto con le due cd. **sentenze gemelle**, che hanno chiarito il fatto che sono norme sovranazionali interposte, quindi le norme interne devono conformarsi anche ad esse; il parametro di riferimento è l'art. 117 Cost.
 - **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 nel limite del testo della legge nazionale, ma non può disapplicare la *legge nazionale*.
 - Ciò spetta soltanto alla Corte costituzionale, che eventualmente dichiara illegittima la legge nazionale, purché ovviamente la norma internazionale sia compatibile con la Costituzione italiana.⁵ Se quindi il giudice non riesce a trovare un'interpretazione conforme alla CEDU, si rivolge alla Corte costituzionale, chiamata a verificare se la norma nazionale sia effettivamente in contrasto o meno con la CEDU. Se la Corte trova un'interpretazione conforme, la trasmette al giudice nazionale, che da quel momento in poi applicherà quella norma secondo tale interpretazione. Se, al contrario, non si trova un'interpretazione conforme, vi è il contrasto con l'art. 117 Cost., che impone di conformarsi ai trattati internazionali, quindi la norma è incostituzionale e si espunge dall'ordinamento.
- C. Cost. 311 e 317/2009, 303/2011 e 230/2012: successive sentenze della Corte costituzionale hanno ridimensionato tale aspetto. La Consulta ha infatti precisato di riservarsi un «*margin di apprezzamento*» in ordine all'incidenza che l'interpretazione della Corte Europea possa avere sulla specificità del nostro ordinamento interno, ferma restando l'esigenza che ne sia salvaguardata la «*sostanza*».
 - È dunque necessario che la norma nazionale non sia in contrasto con quella sovranazionale, ma, soprattutto con riferimento alla CEDU, si lascia al giudice nazionale un margine di apprezzamento per verificare se la norma nazionale non si ponga in contrasto con quella sovranazionale *nella sostanza*, per evitare che la Corte costituzionale la espunga direttamente dall'ordinamento.
 - La dottrina lamenta una significativa discontinuità rispetto alle sentenze «gemelle» del 2007.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU)

- Art. **32** CEDU: 1. *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 nelle condizioni previste dagli artt. 33, 34 e 37;*
- Art. **46** CEDU: 1. *Le Alti Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte;*

⁵ 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 qua.



- Vi è l'obbligo per tutti gli stati aderenti di conformarsi alle sentenze di condanna nei loro confronti. La sentenza di condanna non è infatti contro i giudici nazionali, bensì è emanata nei confronti dello stato che non ha assicurato l'osservazione della CEDU: si condanna per violazione dell'art. 6 e, ai sensi dell'art. 46, lo stato deve conformarsi a tale condanna. Conformarsi, eseguire la sentenza di condanna, significa che gli stati sono tenuti ad adottare misure generali o individuali di riparazione per poter eseguire le sentenze. Prima di tutto, il condannato non dovrà ovviamente subire le conseguenze di una sentenza che viola le condizioni poste dall'art. 6.
- *Esempio: se non era stato permesso al condannato di portare testimoni, la corte non dice che egli non debba essere condannato, bensì che si debba riaprire il giudicato di modo da rifare il processo al fine di riportarlo al momento in cui doveva avere il diritto di far sentire i testimoni. Se questi ultimi cambiano il sistema probatorio facendo risultare una sentenza di assoluzione, ci dovrà effettivamente essere la scarcerazione definitiva.*
 - *L'eventuale indennizzo sarà ovviamente proporzionato al torto subito. La misura di riparazione, la forma di esecuzione della sentenza di condanna della CtEDU è comunque prima di tutto quella di riaprire il processo.*
- *Esempio 2: il ricorso è fatto da un cittadino perché il suo processo giusto è durato un tempo irragionevole. Lo stato è condannato per violazione dell'art. 6, ma in questo caso la forma di esecuzione e la modalità per conformarsi alla sentenza non sarà la riapertura del processo, in quanto ciò consisterebbe nel perpetuarsi della violazione; l'unica soluzione è un indennizzo, altra modalità di esecuzione.*
- Chi aziona il ricorso è il cittadino che si ritiene vittima della violazione della convenzione e chiama in causa il proprio paese. Se la violazione è riconosciuta si condanna il paese. L'obbligo di conformarsi è limitato agli stati condannati nell'ambito della sentenza, ma la corte, nel risolvere un caso, dice anche come interpretare la norma, il che deve essere tenuto in considerazione da tutti gli stati membri. Il paese condannato ha l'obbligo di eseguire la sentenza definitiva, ma tutti gli altri stati devono tener conto dell'interpretazione.
 - Se anche l'obbligo di dare esecuzione alle sentenze di condanna ex art. 46 CEDU è disatteso, a quel punto vi è l'intervento del comitato dei ministri presso il consiglio d'Europa, organo chiamato a verificare se gli stati rispettano quest'ultimo articolo dando esecuzione alle sentenze di condanna. Se un intervento diplomatico non basta, si può arrivare fino all'espulsione dello stato dal consiglio.
- La CtEDU si rivolge ad **una pluralità di Stati** e di ordinamenti diversi per **valutare se i diritti convenzionali siano stati rispettati nello specifico ambito di ognuno**;
 - La competenza della corte è quindi anche quella di interpretare la CEDU, non solo quella di verificare la violazione: spiega come si interpreta e applica la norma.
- A differenza della Corte di Giustizia, la CtEDU non è un giudice delle leggi, ma un giudice dei casi concreti che le vengono sottoposti, *in quanto è lo stesso cittadino a lamentare che nel suo caso concreto si è verificata una violazione. Essa esamina tutti i fatti dal primo grado di giudizio grado fino al passaggio in giudicato, per verificare se vi è stata violazione.*



- Le sue decisioni sono il frutto combinato di enunciazioni di principio e di bilanciamento legati alla specificità non solo dell'ordinamento preso in considerazione, ma soprattutto della singola vicenda giudiziaria.
 - Ogni stato membro ha un sistema processuale penale diverso, quindi il linguaggio della corte può sembrarci particolare, poco giuridico/tecnico. Parleremo infatti di nozioni atecniche inserite nell'ambito della convenzione, perché la corte usare un linguaggio comprensibile a tutti, evitando termini tecnici propri di un solo ordinamento.
- Una caratteristica che distingue il sistema del consiglio d'Europa da quello dell'UE è quindi che con il consiglio d'Europa il singolo cittadino ha la possibilità di adire alla CtEDU direttamente; ovviamente ci sono requisiti di ricevibilità, ma la tutela è diretta. Al contrario, l'ECJ prevede la necessità che sia lo stato a dover attivare la protezione dinanzi ad essa: si deve convincere il giudice nazionale a fare ricorso in via pregiudiziale al fine di verificare la compatibilità delle norme. I rami d'azione sono quindi molto diversi, pur essendo entrambi efficaci.
- *Esaminando il caso concreto, la CtEDU interpreta l'articolo violato specificando come applicarlo.* Essa ha infatti un'importante **funzione nomofilattica, ossia interpretativa di carattere generale**; funzione che riceverà ulteriore impulso quando verrà approvato il **Protocollo n. 16**, che *permetterà al giudice nazionale di chiedere alla CtEDU di chiedere come interpretare una norma, così come avviene nel sistema dell'UE.*⁶
- **È l'unico caso** in cui, in **previsione di un catalogo di diritti** riguardanti specificatamente il processo penale, e, in particolare, la posizione dell'imputato **si accompagna all'istituzione di un apposito giudice**.
 - La particolarità maggiore del consiglio d'Europa è l'organo giurisdizionale: è l'unica convenzione ad avere un giudice *ad hoc*, l'unico in grado di valutare l'osservanza della convenzione stessa.
 - Con questo non significa che i giudici nazionali non abbiano competenza in relazione all'applicazione della convenzione; è infatti il giudice nazionale il primo ad essere in grado di ottenere il rispetto della convenzione e assicurarne la tutela.

Ricorso dinanzi alla Corte europea⁷

La Corte europea dei Diritti dell'Uomo respinge circa il 90% dei ricorsi che riceve in quanto inammissibili.

1. **Formulario di ricorso** e l'Articolo 47 del regolamento della Corte
 - a. Affinché il vostro ricorso alla Corte sia dichiarato ammissibile, dovete innanzitutto fornire tutte le informazioni richieste nel formulario di ricorso. Per esempio, dovete inserire un riassunto del vostro caso compilare la parte relativa all'esposizione delle violazioni, e apporre la vostra firma al termine del formulario.
 - i. Dovete inoltre includere tutti i documenti pertinenti a supporto delle vostre doglianze, come ad esempio le sentenze dei tribunali nazionali.

⁶ Il protocollo 16 consentirà al giudice di fare una sorta di richiesta **preventiva** di interpretazione della CEDU per evitarne una violazione nel processo nazionale che si sta svolgendo.

⁷ https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/COURtalks_Inad_Talk_ITA

- ii. Il vostro ricorso non deve essere anonimo. Se desiderate mantenere l'anonimato nei confronti del pubblico, dovete presentare tale richiesta nel formulario di ricorso o il prima possibile dopo il suo invio. Dovete inoltre esporre le ragioni della vostra richiesta e precisare le conseguenze che la divulgazione della vostra identità potrebbe avere nei vostri confronti. Solo la Corte può prendere tale decisione. Se vi è concesso l'anonimato, sarete indicati pubblicamente con le vostre iniziali o con una semplice lettera. Altrimenti, il vostro nome apparirà in tutti i documenti che verranno pubblicati on-line in HUDOC, la banca dati della Corte.
- 2. Esaurimento delle vie di ricorso interne e termine di sei mesi** (Articolo 35, comma 1 della Convenzione)
- a. Dovete inviare un formulario completo prima dello scadere del termine tassativo di sei mesi. Solo l'invio di un formulario completo interromperà il trascorrere di tale tempo limite.
 - i. Dovete inviare il vostro ricorso a mezzo posta il prima possibile entro il termine di sei mesi. Tale termine inizia a scorrere dalla data della decisione interna definitiva, valida al fine di dimostrare che avete esaurito tutte le vie di ricorso interne. Tenete presente che all'entrata in vigore del Protocollo n. 15 il termine di sei mesi verrà ridotto a quattro.
 - b. Per quanto riguarda l'esaurimento delle vie di ricorso interne, dovete aver utilizzato, a livello nazionale, tutte le vie di ricorso che avrebbero potuto risolvere la situazione all'origine delle vostre doglianze.
 - i. Dovete inoltre aver rispettato norme e le procedure vigenti nel diritto nazionale. Se i tribunali interni non hanno potuto esaminare il vostro caso in quanto non sono stati aditi entro i termini di legge, il vostro ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo potrebbe essere dichiarato inammissibile.
 - ii. Infine, quando adite i tribunali nazionali è necessario che menzionate almeno il contenuto delle violazioni della Convenzione che sono oggetto della vostra doglianza dinanzi alla Corte.
- 3. Abuso del diritto al ricorso** (Articolo 35, comma 3 della Convenzione)
- a. Il vostro ricorso potrebbe essere dichiarato inammissibile per abuso del diritto al ricorso.
 - i. Ciò avverrà nel caso in cui abbiate ingannato la Corte presentando un ricorso sotto una falsa identità o falsificando dei documenti; o se omettete di informare la Corte in merito ad un elemento essenziale per l'esame del caso o di nuovi sviluppi importanti intervenuti nel corso del procedimento di fronte alla Corte di Strasburgo.
 - b. Il vostro ricorso potrà essere dichiarato inammissibile se utilizzate un linguaggio offensivo o se violate l'obbligo di confidenzialità inerente ad un'eventuale composizione amichevole della controversia.
- 4. Ricorso già sottoposto alla Corte o ad un'altra istanza internazionale** (Articolo 35, comma 2 della Convenzione)
- a. Se la Corte ha già esaminato un ricorso precedentemente depositato da voi, avente ad oggetto gli stessi fatti di causa e le stesse doglianze di un nuovo ricorso, quest'ultimo potrà essere rigettato.



- b. Lo stesso dicasi nel caso in cui il vostro ricorso sia essenzialmente identico ad un altro sottoposto ad un'ulteriore istanza internazionale, quale ad esempio l'Alto commissariato dell'ONU per i diritti umani.

5. Qualità di vittima (Articolo 34 della Convenzione)

- a. Potete invocare una violazione solo se siete state vittime di tale violazione.
 - i. Potete essere vittime dirette. Per esempio, se siete stati/e oggetto di maltrattamenti in prigione che non sono stati riconosciuti e condannati da un tribunale nazionale o se non siete stati/e debitamente risarciti in relazione a tali violenze.
 - ii. Potete essere vittime indirette. Per esempio, se la vittima diretta è deceduta prima dell'introduzione del ricorso davanti alla Corte di Strasburgo e voi avete un interesse legittimo in quanto prossimi congiunti della persona defunta, potete presentare il vostro ricorso sollevando doglianze legate al decesso o alla scomparsa del/la vostro/a parente. Tuttavia, se le doglianze presentate non sono strettamente legate al decesso o alla sparizione della vittima diretta, la qualità di vittima potrebbe esservi negata.
 - iii. Potreste essere vittime potenziali nel caso in cui, per esempio, siate cittadine/i straniera/i oggetto di un ordine di espulsione che non è stato ancora eseguito, se l'esecuzione di tale ordine vi espone al rischio di subire trattamenti inumani o degradanti, o tortura, nel paese di destinazione.
 - iv. Infine, se la vittima decede nel corso del procedimento dinanzi alla Corte di Strasburgo e siete eredi o parenti prossimi/e della stessa, potrete proseguire la causa se riuscite a dimostrare che avete un interesse legittimo nella continuazione del procedimento.

6. Responsabilità statale (*Ratione personae*) (Articolo 35, comma 3 della Convenzione)

- a. La violazione della Convenzione oggetto delle vostre doglianze dev'essere stata commessa dallo Stato convenuto o essergli in qualche modo attribuibile. Il vostro ricorso potrà essere dichiarato inammissibile in relazione allo Stato convenuto:
 - i. se è diretto nei confronti di un individuo;
 - ii. se è diretto contro uno Stato che non ha ratificato la Convenzione o i suoi Protocolli;
 - iii. se è rivolto direttamente contro un'organizzazione internazionale che non ha aderito alla Convenzione, come le istituzioni dell'Unione europea. Tuttavia, i ricorsi presentati contro gli Stati membri dell'Unione europea aventi ad oggetto l'applicazione, da parte degli stessi, del diritto dell'Unione possono essere dichiarati ammissibili.
- b. Potete depositare un ricorso se siete un individuo o un'organizzazione non governativa, quale ad esempio un'associazione o un'impresa privata. Potete depositare un ricorso a prescindere dalla vostra nazionalità, dalla vostra condizione migratoria o dalla vostra capacità giuridica.

7. Competenza territoriale (*Ratione loci*) (Articolo 35, comma 3 della Convenzione)

- a. La violazione di cui vi lamentate deve aver avuto luogo nella giurisdizione dello Stato convenuto o sul territorio da questi effettivamente controllato.
 - i. Così, ad esempio, lo Stato convenuto potrebbe essere ritenuto responsabile degli atti dei suoi rappresentanti diplomatici e consolari all'estero nel contesto di missioni diplomatiche, quando gli stessi hanno esercitato autorità e controllo nei confronti di un individuo al di fuori del territorio di tale Stato.

8. **Competenza temporale** (*Ratione temporis*) (Articolo 35, comma 3 della Convenzione)
 - a. Gli atti o fatti oggetto delle vostre doglianze devono aver avuto luogo successivamente alla data di entrata in vigore della Convenzione nei confronti dello Stato convenuto in questione.
 - i. Tuttavia, il vostro ricorso potrebbe essere dichiarato ammissibile se i fatti sono stati all'origine di una situazione continua sorta prima della ratifica e che si è prolungata successivamente a tale data.
9. **Materia del caso** (*Ratione materiae*) (Articolo 35, comma 3 della Convenzione)
 - a. Dovete invocare un diritto protetto dalla Convenzione o dai suoi Protocolli, quali il diritto alla vita o il diritto ad un ricorso effettivo.
 - i. Le vostre doglianze devono rientrare nell'ambito di applicazione del diritto che invocate, quale il diritto ad un equo processo, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, o il diritto alla protezione della proprietà. Ad esempio, le garanzie di un equo processo tutelate dall'Articolo 6 della Convenzione non sono applicabili ai procedimenti di richiesta di asilo o di espulsione o alla maggior parte dei procedimenti tributari.
 - ii. Il ricorso può essere dichiarato inammissibile se riguarda l'applicazione della legge europea.
10. **Assenza di un pregiudizio importante** (Articolo 35, comma 3 lett. b) della Convenzione)
 - a. Il vostro ricorso potrà essere dichiarato inammissibile se non avete subito alcun pregiudizio importante. Ciò potrebbe avvenire a causa della rilevanza economica non significativa delle vostre domande.
 - i. Tuttavia, il criterio in esame presenta due clausole di salvaguardia: in primo luogo, se il rispetto dei diritti umani richiede l'esame del caso nel merito.
 - ii. La seconda clausola di salvaguardia richiede che il vostro caso sia stato debitamente considerato da un tribunale nazionale. Per esempio, in un caso la Corte ha dichiarato ammissibile un ricorso relativo ad una somma di €70 in quanto il diritto interno non prevedeva un ricorso effettivo a riguardo. Tenete presente che la seconda clausola di salvaguardia verrà eliminata una volta entrato in vigore il Protocollo n. 15.
11. **Manifestamente infondato** (Articolo 35, comma 3 della Convenzione)
 - a. Il vostro ricorso potrà essere dichiarato "manifestamente infondato" malgrado lo stesso soddisfi tutti i criteri formali di ammissibilità menzionati in precedenza, se, per esempio, lo stesso non presenta alcuna apparenza di violazione o se esiste giurisprudenza consolidata o abbondante in casi identici o simili al vostro in cui la Corte ha concluso che non sussisteva alcuna violazione della Convenzione.
 - b. Inoltre, il vostro ricorso potrà essere manifestamente infondato se non fornite prove sufficienti per sostenere gli argomenti di fatto e diritto che sollevate. Per esempio, se non spiegate in che modo sono stati violati gli articoli della Convenzione che avete citato.
 - c. Il vostro ricorso potrebbe inoltre essere dichiarato inammissibile se è talmente confuso da far diventare oggettivamente impossibile per la Corte capire i fatti che denunciate. Lo stesso dicasi per le doglianze che riguardano fatti oggettivamente impossibili, manifestamente inventati o manifestamente contrari al buon senso.



- d. Infine, la Corte non è un tribunale di “quarta istanza”, quale una giurisdizione d’appello, di revisione o di cassazione. Non può mettere in discussione l’accertamento dei fatti del vostro caso o l’interpretazione e l’applicazione del diritto interno da parte delle giurisdizioni nazionali, né la vostra colpevolezza o innocenza in un procedimento penale.
12. Infine, il procedimento davanti alla Corte di Strasburgo è gratuito. Non c’è bisogno che siate rappresentati da un avvocato, quantomeno nelle fasi iniziali del procedimento, e potete depositare il vostro ricorso in una qualsiasi delle lingue degli Stati membri.
- a. Vogliate notare che se la vostra doglianza è dichiarata inammissibile dalla Corte, non esiste alcuna procedura di appello contro tale decisione.

Incidenza sul diritto interno

- Il **giudice interno** rappresenta il primo garante dell’applicazione dei diritti previsti dalla Convenzione (per il **principio di sussidiarietà**), infatti deve garantirne il rispetto interpretando la norma nazionale in armonia con quella sovranazionale:
 - **Art. 13 CEDU**: «*ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciute nella Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un’istanza nazionale*»;
 - Colui che può presentare il ricorso è prima di tutto il cittadino, ma anche organizzazioni, contro il proprio paese. Il primo garante della convenzione è l’ordinamento interno, che deve essere dotato di strumenti con cui l’individuo possa lamentare una violazione della convenzione.
 - **Art. 35 CEDU**: richiede quale condizione per adire la Corte Europea il «*previo esaurimento di tutte le vie di ricorso interne*». La **CtEDU** interviene solo quando tutti i rimedi interni sono già stati attivati e rimane il dubbio sulla sussistenza effettiva di una violazione.
 - Devo dimostrare che davanti ai giudici nazionali si è lamentata la violazione della convenzione, anche solo come motivo d’appello, ma nessuna delle istanze interne ha ravvisato la violazione. In questo caso, posso rivolgermi a Strasburgo. Questa corte può infatti intervenire solo *in extrema ratio*, perché il giudice nazionale è tenuto ad applicare la norma nazionale interpretata in armonia con la CEDU (se non si trova un’interpretazione compatibile, si passa alla questione di legittimità costituzionale). Se così non fosse, ci sarebbe un ingolfamento della corte, il che è avvenuto per la violazione della durata ragionevole del processo in Italia, perché è arrivata una massa di ricorsi.⁸

Limiti dell’applicabilità diretta delle norme CEDU

Il **giudice interno** si trova onerato dal rispetto di alcuni **obblighi**:

- **limiti all’applicabilità delle norme CEDU** dovuti alla specificità delle norme stesse.

⁸ In quel caso, la corte ha obbligato l’Italia a modificare la propria legislazione in modo da assicurare che il processo avesse una durata ragionevole; nel frattempo, doveva istituire un’ulteriore via di ricorso interna (la legge Pinto ha introdotto uno strumento da poter utilizzare in appello).

- Alcune norme CEDU sono direttamente applicabili. Se tuttavia una norma nazionale è in contrasto con una norma CEDU, il giudice non può semplicemente disapplicare la norma interna (a differenza delle norme dell'Unione Europea).
- **interpretazione convenzionalmente conforme** del diritto interno. Se non si trova un'interpretazione conforme, vi è l'obbligo di investire la Corte costituzionale per la violazione dell'art. 117 Cost.
- **applicazione diretta** da parte del giudice **ove possibile**. A seguito della legge di esecuzione, infatti, 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).

L'applicazione convenzionalmente conforme

Per l'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, Lacàrcel 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).

L'obbligo del giudice interno di investire la Corte costituzionale

Le norme della convenzione necessitano quindi anzitutto di un'interpretazione conforme della norma nazionale. Se però l'interpretazione convenzionalmente conforme **risulta preclusa**, o il giudice interno dubita della **compatibilità** della norma interna con la disposizione convenzionale, sussiste l'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). Se la Corte costituzionale non trova un'interpretazione conforme, dovrà dichiarare incostituzionale la norma nazionale.

N.B. 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.

L'obbligo degli Stati di dare esecuzione alle decisioni di condanna della Corte europea

Art. 46 CEDU: *Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle quali sono parte.*

Vi è l'obbligo dello Stato di dare esecuzione alle decisioni di condanna della Corte Europea, che abbiano riconosciuto la violazione da parte dello Stato, nelle sue varie vesti, comprensive anche del potere giudiziario, di uno dei diritti garantiti dalla Convenzione. Non solo quindi gli stati membri devono rispettare la convenzione; se essi non la rispettano, vi è l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della corte di cui sono parte.

Come si dà esecuzione ad una sentenza che ravvisa una violazione? Dipende dalla violazione. L'**obbligo** riguarda infatti **due diverse situazioni**:

- La Corte ha censurato il comportamento dell'autorità nazionale in relazione ad una **specifica e isolata vicenda giudiziaria**; l'obbligo di conformarsi alla sentenza definitiva della Corte riguarda solo il caso da esso deciso.
 - **misure individuali di riparazione**, cioè una misura capace di risolvere la sola situazione del singolo, perché la situazione analizzata dalla corte riguarda solo una specifica vicenda giudiziaria in cui i giudici nazionali non sono stati in grado di assicurare il rispetto della convenzione. Il giudice nazionale è infatti il primo a dover garantire il rispetto della CEDU, ma quando ciò non avviene nel singolo caso, la CtEDU prevederà una misura individuale di riparazione, che consiste nella rimozione degli effetti del processo ingiusto, ed eventuale equa soddisfazione.
 - *Es. La garanzia di interrogare i testimoni che fanno testimonianze a carico (diritto di controesame ex art. 6 CEDU) non è rispettata in concreto, pur essendo prevista dall'ordinamento nazionale, e si esauriscono tutte le vie di ricorso interne. In questo caso la vittima comincia ad eseguire la pena ingiusta e ricorre alla CtEDU, che ritiene che le sia effettivamente stato negato questo diritto, il che si è rivelato rilevante per la sua condanna. Il Paese in questione è condannato per violazione dell'art. 6 CEDU. La sentenza di condanna della vittima, nel frattempo, è passata in giudicato. La corte non si permette di dire che, se si fosse rispettata tale garanzia, il ricorrente non sarebbe stato condannato. Alla corte interessa solo il fatto che la garanzia non è stata rispettata, potendosi quindi controesame il testimone e arrivare al medesimo risultato. Ecco perché si riporta la situazione al momento in cui si doveva applicare quella garanzia, riaprendosi il giudicato. Questo caso è diverso dalla revisione, impugnazione straordinaria, ma permette comunque di riaprire il giudicato.*
 - In Italia, il problema è che fino alla riforma Cartabia non vi era uno strumento capace di riaprire il giudicato per rimediare a queste situazioni, nonostante il comitato dei ministri continuasse dal 2002 a dire all'Italia di adeguarsi. I giudici, per evitare che l'Italia venisse espulsa dal consiglio d'Europa, hanno cercato strumenti nell'ordinamento che, se forzati, potevano raggiungere questo risultato. Oggi però abbiamo lo strumento della revisione europea.
- **Carenze strutturali di un ordinamento statale**, delle quali la concreta vicenda giudiziaria non rappresenta che una diretta conseguenza.
 - **misure generali di riparazione**, per quando la violazione riscontrata nel processo non è data dal fatto che il giudice ha interpretato male la CEDU, ma è proprio la norma nazionale a non permettere una determinata garanzia della convenzione, con qualsiasi interpretazione. Si tratta di un problema strutturale, in quanto è la norma nazionale a porsi in violazione della CEDU, il che riguarda la generalità dei casi. In questo caso, il paese deve modificare la propria legislazione nazionale inserendo quella garanzia al fine di evitare future violazioni.

L'equa soddisfazione e la riapertura: misure individuali

la Corte ha censurato il comportamento dell'autorità nazionale in relazione ad una **specifico e isolata vicenda giudiziaria**. Se il giudice nazionale ha sbagliato causando la violazione della convenzione, l'art. 41 CEDU è quello di riferimento.

Art. 41 CEDU: rimuovere le conseguenze derivanti dalla violazione e, in via sussidiaria, se il diritto interno dello Stato lo consente, la stessa CEDU accorda, se del caso, **un'equa soddisfazione** alla parte lesa. Il rimedio consiste quindi in due parti:

- **Rimozione conseguenze derivanti dalla violazione** in via prioritaria (es. qualcuno si trova in carcere ad eseguire la pena, per cui si deve impedire che continui a subire le conseguenze negative di qualcosa che non è compatibile con la CEDU);
- **Equa soddisfazione** in via secondaria in termini di denaro, per quando le conseguenze negative non possono più essere eliminate, oltre al riconoscimento della violazione e all'eventuale apertura del processo a carico di chi ha perpetrato la violazione (es. Si pensi al caso della tortura o al caso in cui il soggetto abbia già eseguito la pena). Si dà pertanto esecuzione alla sentenza di condanna attraverso la corresponsione di una somma di denaro, che accompagna la constatazione circa il fatto che il processo fosse ingiusto.
 - L'equa soddisfazione si ha sempre ed esclusivamente anche nel caso in cui la violazione riscontrata da Strasburgo e lamentata dal ricorrente concerne la durata ragionevole del processo, in quanto riaprire il processo significherebbe perpetrare la violazione. Quando l'art. 6 dice che un processo equo deve avere una durata ragionevole, l'unica misura possibile sarà quindi l'equazione riparazione, per cui lo stato sarà obbligato a risarcire il ricorrente con una somma di denaro qualora il processo sia durato troppo a lungo.
 - L'equa soddisfazione è individuata dalla CtEDU secondo parametri di individuazione giurisprudenziale:
 - «*complessità del caso*» → è chiaro che un caso semplice, con una sola imputazione a carico di un solo imputato, dovrebbe durare meno di un caso più complesso, con una pluralità di imputazioni ed imputati;
 - «*comportamento dell'autorità*» → s'intende il verificare che i giudici abbiano assicurato e organizzato le udienze di modo da non avere tempi troppo lunghi tra un'udienza e l'altra. I rinvii molto lunghi tra un'udienza e l'altra devono essere giustificati da situazioni effettivamente obbligate;
 - «*comportamento dell'imputato*» → riguarda il fatto che egli abbia o meno posto in essere comportamenti che hanno causato il prolungamento del processo;
 - «*oggetto del procedimento*» → potrebbe essere particolarmente complesso, il che implica un'attività probatoria altrettanto complessa, con perizie tecniche e accertamenti irripetibili.

Questi parametri sono utilizzati sia per verificare se il tempo del processo sia stato troppo lungo, sia per quantificare la somma di denaro qualora effettivamente si sia protratto oltre un termine ragionevole, in quanto l'art. 6 CEDU non dice quanto debba durare un processo in generale o nel complesso dei gradi di giudizio per essere conforme, in quanto non è possibile individuare una durata a priori, per cui tale garanzia deve essere interpretata.

- Nel caso dell'Italia, in caso di violazione dei tempi ragionevoli del processo, la l. 89/2000 (c.d. **legge Pinto**), modificata dalla l. 134/2012, ha **introdotto come rimedio interno** la possibilità per la vittima della violazione di adire la **Corte d'appello** al fine di decidere sull'equa riparazione prima di rivolgersi a Strasburgo. La corte d'appello userà gli stessi

parametri creati dalla giurisprudenza della CtEDU nelle sue sentenze, per cui la valutazione si basa sugli stessi parametri. Esaurito tale rimedio interno senza trovare soddisfazione, il ricorrente può riproporre la medesima lamentela direttamente a Strasburgo, dove gli sarà riconosciuta una misura individuale di 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. Se tale legge era nata come uno strumento per evitare che la CtEDU fosse subissata dai ricorsi, a distanza di anni dalla sua introduzione, ci si rivolge a Strasburgo per la durata irragionevole del processo volto a verificare la durata irragionevole del processo nazionale, in quanto la corte adita per questo rimedio ci mette troppo tempo a compiere tale valutazione. La riforma Cartabia ha introdotto invece degli incentivi volti a velocizzare le attività processuali.⁹
- **Riesame del caso o riapertura del processo:**¹⁰ è possibile che la misura individuale di riparazione possa consistere, nell'ambito della riduzione delle conseguenze negative, nella riapertura del caso, nel riportare la situazione a un attimo prima della violazione per assicurare il rispetto della garanzia e vedere se cambia qualcosa. La CtEDU **non** dice infatti che il rispetto di tale garanzia avrebbe assicurato un risultato diverso, in quanto non le compete entrare nel merito, dice semplicemente al giudice nazionale che deve rispettare tale garanzia. Se si arriva comunque ad una sentenza di condanna, essa sarà emessa nell'ambito di un processo conforme alle garanzie fondamentali dell'uomo.
 - È il caso in cui la corte censura il comportamento del giudice nazionale ma la misura di riparazione non può essere solo l'equazione riparazione, in quanto vi sono una serie di elementi che non possono essere soddisfatti attraverso la mera corresponsione di una somma di denaro, il che viene evidenziato per la prima volta nella **raccomandazione R(2000)2 del comitato dei ministri**, organo che verifica il rispetto da parte del paese condannato dell'art. 46 CEDU, dando esecuzione alle sentenze di condanna. Esso monitora le misure di riparazione adottate e chiude il procedimento solo se ritiene che sia stata adottata quella più adatta a togliere gli effetti negativi del processo ingiusto. La raccomandazione prevede l'obbligo per gli Stati membri di introdurre nel proprio ordinamento un rimedio che possa garantire alla parte lesa, nel caso di sentenza di condanna, quelle chance di cui era stata privata, ripristinandola nella situazione in cui si trovava un attimo prima rispetto al momento della violazione.
 -

⁹ Ad esempio, a procedura penale abbiamo studiato l'avviso di conclusione delle indagini (415-bis cpp), dopo il quale l'imputato ha 20 giorni per convincere il pm a non esercitare l'azione penale. Dopo questi 20 giorni, il pm doveva essere in grado di decidere se archiviare o meno il caso, ma prima della riforma Cartabia, non era previsto un tempo entro cui il pm dovesse prendere tale decisione, mentre ora ha un termine preciso (30 giorni). Il problema di questo termine è che è privo di sanzioni, quindi il pm non subisce alcuna conseguenza per il mancato rispetto di tale termine ordinatorio.

¹⁰ **giurisprudenza della Corte:** C. eur. 8/2/2007, Kollcakva c. Italia; 17/9/2009, Scoppola c. Italia; 3/3/2005 Stoichkov c. Bulgaria.

- Il comitato dei ministri dice che quando sussistono le condizioni elencate nella raccomandazione, l'unica misura di riparazione adeguata che lo stato può adottare è la riapertura del processo, volta a verificare se il rispetto della garanzia violata avrebbe portato ad una soluzione diversa, il che implica che gli stati membri, di solito liberi di eseguire la sentenza di condanna come meglio credono, non lo sono più. Le condizioni sono:
 - la parte lesa **continui** a soffrire conseguenze negative molto gravi a seguito di tale violazione (il fatto che vi sia stata una sentenza di condanna).
 - la decisione interna che l'ha prodotta sia contraria «nel **merito**» alla Convenzione, la quale indica le garanzie che il processo deve avere per essere equo, ma esse non sono puramente enunciate, devono essere concretamente attuate nel caso concreto.

Es. Ogni accusato deve poter essere assistito da un difensore. A volte però capita che, mancando un difensore d'ufficio, la nomina venga data ad un difensore presente in quel momento in aula, che però non era stato posto nelle condizioni di poter esercitare tale garanzia, il che è stato censurato dalla CtEDU. Il difensore d'ufficio deve essere posto nelle condizioni di poter esercitare effettivamente il proprio mandato d'ufficio.
 - la violazione sia dovuta a vizi processuali tale da generare dubbi sulla correttezza dell'esito del processo.
- I tempi di adeguamento non sono stati specificati nella raccomandazione, infatti nel nostro ordinamento tale strumento è stato introdotto solo nel 2022.
- **Drassich c. Italia (n.2) del 22 febbraio 2018: 50.** *La Corte ha posto i principi generali (§§ 126 e 127), che possono riassumersi come segue:*
 - *Quando un individuo è stato condannato in seguito a un procedimento viziato da una violazione dell'articolo 6 della Convenzione, un nuovo processo o una riapertura della procedura, su richiesta dell'interessato, costituiscono in linea di principio un mezzo adeguato per porre rimedio alla violazione constatata. **Tuttavia**, le misure di riparazione specifiche da adottare da uno Stato convenuto per adempiere agli obblighi che gli incombono in virtù della Convenzione dipendono necessariamente dalle particolari circostanze della causa e devono essere definite alla luce della sentenza pronunciata dalla Corte nella causa in questione, tenendo debitamente conto della giurisprudenza della Corte.*
 - *In particolare, **non** spetta alla Corte indicare le modalità e la forma di un nuovo eventuale processo. Lo Stato convenuto rimane libero di scegliere i mezzi per adempiere al proprio obbligo di porre il ricorrente in una situazione il più possibile equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata inosservanza delle esigenze della Convenzione, a condizione che questi mezzi siano compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte e con i diritti della difesa.*

*51. 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 (si vedano, ad esempio, Assanidzé c. Georgia [GC], n. 71503/01, §§ 202 e*

203, CEDU 2004 II, e *Del Río Prada c. Spagna* [GC], n. 42750/09, §§ 138 e 139, CEDU 2013).

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 (si veda, ad esempio, *Henryk Urban e Ryszard Urban c. Polonia*, n. 23614/08, § 66, 30 novembre 2010).»

- In questa sentenza, essendo un cd. *leading case*, la corte sviluppa un principio fondamentale il **principio di libertà dello stato di scegliere la modalità più adatta per eseguire una sentenza di condanna**, in linea generale. Gli stati, nella loro discrezionalità, scelgono la modalità più adeguata; il comitato dei ministri vigilerà poi sull'adeguatezza di tale modalità.
 - In alcuni casi eccezionali, però, la natura stessa della violazione **non** offre scelta fra le diverse misure individuali di riparazione: in tal caso, la corte può, nel dispositivo/sentenza, indicare la misura di riparazione individuale da applicare.
 - Abbiamo per la prima volta un'apertura, nel paragrafo 51, al fatto che il dispositivo della sentenza di condanna non contenga solo la condanna, appunto, bensì anche la misura di riparazione individuale che lo stato deve adottare per dare esecuzione alla sentenza di condanna.
 - La situazione, fino alla riforma Cartabia, era caratterizzata dall'assenza nel nostro ordinamento di uno **strumento ad hoc** che riaprisse un giudicato in seguito alla condanna di Strasburgo per violazione della CEDU, nonostante il consiglio d'Europa facesse pressioni al nostro legislatore per inserirlo. Il nostro codice aveva però strumenti per situazioni diverse che, in attesa dell'intervento del legislatore, sono stati utilizzati per riaprire il processo. I rimedi temporanei sono stati individuati dalla giurisprudenza, dai giudici nazionali dei casi concreti chiamati a dare esecuzione alle condanne della CtEDU.
 - 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*).
 - In assenza dello strumento previsto a livello legislativo, di fronte all'inerzia del legislatore, subentrano **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.
- **Soluzioni giurisprudenziali: Cass. Sez. I, 1° dicembre 2006 (caso Dorigo):** *Il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea abbia accertato che la condanna sia stata pronunciata in violazione 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 ad 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*».
- **Fatti:** 3 imputati si erano presentati nel corso del dibattimento, ma si sono avvalsi della facoltà di non rispondere, il che, secondo le norme del nostro cpp, aveva permesso, su richiesta del pm, di acquisire come prova in dibattimento le dichiarazioni che avevano rilasciato unilateralmente al pm durante le indagini preliminari, senza il difensore dell'accusato.

Dorigo dice che il fatto che egli sia stato condannato sulla base di dichiarazioni rese nel segreto delle indagini preliminari, da soggetti che si sono avvalsi della facoltà di non rispondere, gli ha impedito di esercitare il diritto di esaminare/controesaminare il testimone ex art. 6 CEDU. I coimputati potevano avvalersi della facoltà di non rispondere, ma ciò ha impedito a Dorigo di fare domande e ha permesso al giudice di condannarlo sulla base di dichiarazioni rilasciate da soggetti che Dorigo non ha mai potuto esaminare. L'ordinamento italiano permette questa situazione.

La CtEDU dice che l'ordinamento italiano dovrebbe cambiare la possibilità per il giudice di prendere come prova esclusiva e determinante quelle dichiarazioni di soggetti che non si sono potuti esaminare, per le quali l'imputato **non** ha avuto un'occasione adeguata e sufficiente di controesame.

- a seguito di tale sentenza, la norma che permetteva di fondare la condanna su dichiarazioni di imputati che non si potevano interrogare è stata interpretata in maniera diversa, conforme alla CEDU, nel senso che in tali casi servono **altri** strumenti che vadano a confermare la validità delle dichiarazioni.
- In assenza di uno strumento *ad hoc*, la prima sezione della cassazione dice che il giudice dell'esecuzione, chiamato a verificare la corretta esecuzione della condanna (e l'ultimo giudice che ha pronunciato nel merito), deve dichiarare l'ineseguitività del giudicato, al fine di impedire che Dorigo continui a subire le conseguenze negative della sentenza di condanna in violazione della CEDU. La corte ha dichiarato inefficace l'ordine di carcerazione, così che Dorigo uscisse dal carcere.

Il problema è che si è messa una toppa: si è impedito che Dorigo continuasse a subire le conseguenze negative della condanna, dichiarando inefficace l'ordine di esecuzione ex art. 670 c.p.p., ma egli rimane un soggetto condannato per terrorismo, il che non può essere una soluzione ottimale. Il giudicato **non** è stato riaperto, ma l'ordine di esecuzione è inefficace. Il 670 permette al giudice dell'esecuzione, che ha pronunciato l'ultima sentenza sul merito ed è competente a risolvere le questioni relative all'esecuzione della pena, di fare un incidente di esecuzione, ossia di valutare se l'esecuzione richiedesse delle modifiche.

Soluzioni giurisprudenziali: Cass. Sez. VI, 25 maggio 2009 (caso Drassich): *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 caso 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. In cassazione, i giudici scoprono infatti che la condanna per corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio, se dovesse essere confermata, sarebbe prescritta; la corte di cassazione riqualifica allora il fatto come corruzione per atti giudiziari, che ha un limite edittale più importante, al momento non ancora prescritto.

C'è una violazione dell'art. 6 CEDU: il giudice è sempre libero di riqualificare i fatti, ma all'imputato deve essere data la possibilità di difendersi anche nei confronti di questa nuova qualificazione. La CtEDU impone di riaprire il giudicato per introdurre elementi di difesa nei confronti di tale fattispecie. La cassazione verifica se vi è uno strumento che venga incontro a tale esigenza: ricorso straordinario ex 625-bis cpp, per correggere errori di fatto/diritto commessi dalla cassazione. È uno strumento che aveva finalità diverse, non contemplava quella della CtEDU. La cassazione non ha commesso alcun errore di questo tipo, visto che era libera di riqualificare, ma almeno questo strumento permetteva a Drassich di difendersi rispetto alla nuova qualificazione.

- La cassazione riconferma comunque la condanna, ma almeno egli ha potuto difendersi.
 - Questo strumento ex 625-bis c.p.p. ha tuttavia un problema: esso ha la possibilità di riaprire il processo **solo** quando la violazione è stata commessa davanti alla cassazione, mentre la sorte dei casi in cui la violazione si è perpetrata in altri gradi rimane scoperta. Anche questo rimedio pretorio non era quindi adeguato a risolvere tutti i casi.
- **Soluzioni giurisprudenziali: Corte cost. 7 aprile 2011, n. 113 (nuovo caso di revisione):** *Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 del codice di procedura penale, 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, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.*
 - È una sentenza di legittimità costituzionale interpretativa additiva: per ritenere il 630 costituzionale occorre interpretarlo come se contemplasse anche il caso di necessità di riaprire il processo per condanna della CtEDU per violazione di una garanzia, posto che il caso concreto presenti le caratteristiche previste dalla raccomandazione 2000. In questo caso, la violazione è di carattere processuale e fa sorgere dubbi sull'esito del processo.
 - **Fatti:** La corte d'appello di bologna aveva sollevato una qlc circa l'art. 630 c.p.p., che parla di revisione come di uno strumento capace di verificare se nel processo,

conclusosi con una sentenza passata in giudicato, è stato commesso un errore giudiziario. In ipotesi tassativamente previste, la revisione permette di riaprire il processo per rimediare a tali errori, ma è esperibile solo nei confronti di sentenze di condanna per evitare che vi sia in carcere un innocente a scontare la pena.

- *Esempio: vi è una sentenza di condanna all'ergastolo passata in giudicato. Si comincia ad eseguire la pena, e solo allora si scopre un testimone che dà un alibi perfetto e di cui nessuno sapeva l'esistenza fino a quel momento. Gli elementi che provano la sua testimonianza sono inconfutabili, quindi si tratta di una prova nuova che non si conosceva al momento del processo e che dimostra che durante lo stesso è stato commesso un errore giudiziario, che c'è un innocente in carcere. In questi casi, è prevista l'impugnazione straordinaria della revisione, esperibile in ogni momento (non c'è un termine) nei confronti delle sole sentenze di condanna, nei casi tassativamente previsti dal 630, tra i quali vi è la prova nuova che dimostra l'innocenza del condannato.*
- *I casi previsti non contemplan situazioni di sentenze di condanna della CtEDU, ma l'articolo ha nelle sue finalità originarie la possibilità di riaprire il processo per ribaltare la sentenza di condanna. Seguendo questa ratio, si potrebbe applicare anche alle condanne della CtEDU per violazione dei requisiti dell'equo processo. Il problema è che nei casi tassativi questa possibilità non è prevista.*

Le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) integrano, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali».

- *Laddove non si conformi, la norma sarebbe quindi incostituzionale per la violazione di un parametro interposto dalla costituzione.*

*A sua volta, la Corte costituzionale, 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 subcostituzionale — si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: ipotesi nella quale dovrà essere esclusa l'idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato (sentt. nn. 348, 349 del 2007, 39 del 2008, 311, 317 del 2009, 138, 187, 196 del 2010, 1, 80 del 2011).*

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 (riportare il condannato alla situazione prima della violazione, riaprendo il processo, per verificare se, rispettando la garanzia non osservata, l'esito del processo sarebbe stato diverso), nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, particolarmente in tema di equo processo.

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.

Riforma Cartabia e il nuovo art. 628-bis c.p.p.: la Commissione Lattanzi (maggio 2021)

Art. 1, co. 13, lett. o) l. 27 settembre 2021, n. 134: Tra le altre riforme, si impone di introdurre un **mezzo di impugnazione straordinario** davanti alla Corte di **cassazione** al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso (ricorrente vittorioso a Strasburgo), **entro un termine perentorio** (il che è importante, perché di solito le impugnazioni straordinarie non hanno termine). Si attribuisce alla Corte di cassazione il **potere di adottare i provvedimenti necessari** e disciplinare l'eventuale procedimento successivo. La cassazione, se rientra nei suoi poteri, potrebbe dare direttamente esecuzione annullando la sentenza, per esempio, oppure potrebbe revocare la sentenza di condanna e chiedere al giudice di merito di rifare il processo soltanto rivalutando se, applicando la garanzia in questione, l'esito sarebbe stato diverso o meno.

- coordinare il rimedio di cui alla presente lettera con quello della rescissione del giudicato, individuando per quest'ultimo una coerente collocazione sistematica, e con l'incidente di esecuzione di cui all'articolo 670 del codice di procedura penale. La commissione Lattanzi dice quindi che il nuovo strumento deve essere capace di coordinarsi con gli altri rimedi pretori.

È la **nuova revisione europea** al fine di dare esecuzione alle sentenze di condanna che impongono la riapertura del giudicato come misura individuale di riparazione.

Art. 628-bis c.p.p. , inserito in un inedito Titolo III-bis «*Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*».

Alcune considerazioni tratte dalla Relazione illustrativa al d.lgs. n. 150 del 2022:

- «triplice obbligo di **neutralizzazione e rivalutazione della sentenza e di riapertura del procedimento derivante dalla sentenza europea di condanna alla restitutio in integrum**, conservando però un ragionevole margine di apprezzamento a tutela del giudicato nazionale».

Questa triplice obbligazione è in capo alla cassazione, che però così facendo rischia di entrare nel merito. Un giudice di legittimità non dovrebbe esserne in grado, è un'attività che solitamente gli è preclusa.

- *«[...] comma 1 indica i casi in cui è possibile attivare il rimedio in questione e i **soggetti legittimati**, individuati esclusivamente nel ricorrente in sede europea, con conseguente esclusione dei terzi **non impugnanti** che avrebbero potuto vantare la medesima violazione [...]*»;
- *«commi 2 e 3 disciplinano essenzialmente i profili procedurali della richiesta. In proposito, si stabilisce che essa debba, a pena di **inammissibilità**:*
 1. *contenere «l'indicazione specifica delle ragioni che la giustificano»;*
 2. *essere presentata personalmente dall'interessato o, in caso di morte, da un suo congiunto, a mezzo di difensore munito di procura speciale;*

3. formulata con ricorso depositato presso la cancelleria del giudice che ha emesso la sentenza o il decreto penale di condanna nelle forme previste dall'articolo 582, entro novanta giorni dalla data in cui è divenuta definitiva la decisione della Corte europea che ha accertato la violazione o dalla data in cui è stata emessa la decisione che ha disposto la cancellazione del ricorso dal ruolo»;

- 1. **Ruolo della Cassazione:** La Corte di Cassazione può intervenire per verificare se vi è stata una violazione delle garanzie procedurali senza entrare nel merito della valutazione delle prove. Se la Cassazione accerta che vi è stata una violazione, essa deve revocare la sentenza di condanna, riaprendo così il giudicato.
- 2. **Rinvio al giudice di merito:** Dopo aver revocato la sentenza, la Cassazione può rinviare il caso al giudice di merito. Questo giudice, che sarà diverso dalla persona fisica che ha emesso la sentenza originaria, avrà accesso a tutti gli atti già svolti nei vari gradi di giudizio.
- 3. **Applicazione della garanzia violata:** Il giudice di merito deve garantire che la violazione della garanzia fondamentale sia sanata. Ciò può avvenire ad esempio consentendo l'esame di un testimone la cui mancata audizione ha costituito la violazione. Non è necessario rifare l'intero processo; è sufficiente correggere la specifica violazione e valutare l'impatto di questa correzione.
- 4. **Valutazione dell'impatto:** Il giudice valuta se l'applicazione della garanzia violata è in grado di modificare la condanna. Se le nuove circostanze portano a concludere per un proscioglimento dell'imputato, il giudice pronuncerà una sentenza di assoluzione. Se invece l'impatto è tale da attenuare la responsabilità, la sentenza di condanna può essere modificata in senso migliorativo, come ridurre la pena o escludere alcune contestazioni.
 - *«Ulteriore conseguenza della riapertura del processo è la “riassunzione” della qualità di imputato, che viene disciplinata con apposita modifica della disposizione di cui all'articolo 60 del codice».*

Il nuovo art. 628-bis c.p.p.: la vicenda Amanda Knox

Per la prima volta, si dà esecuzione alla sentenza di condanna della CtEDU con lo strumento introdotto dalla riforma Cartabia.

Il caso si inserisce all'interno di un filone più ampio relativo all'**omicidio di Meredith Kercher**: studentessa inglese che si trovava a Perugia, morta per una ferita al collo causata da un coltello nella casa dove abitava anche Amanda Knox. Il fidanzato di quest'ultima – Raffaele Sollecito – chiama la polizia dicendo di aver trovato Meredith morta. Queste due figure vengono condannate per l'omicidio in primo grado, ma assolti in Appello.

La cassazione annulla l'assoluzione, rinviando alla corte d'assise d'appello, che condanna. Un ulteriore ricorso in cassazione si conclude con l'annullamento dell'ultima sentenza della corte d'assise d'appello, senza rinvio, facendo quindi rivivere l'assoluzione.

Inizialmente, visto che non vi erano elementi per ritenerli possibili indagati, i due fidanzati vengono sentiti come persone informate sui fatti. Ad un certo punto, le loro audizioni diventano particolarmente difficili: vengono svegliati e sentiti di notte, il che è complicato soprattutto per Amanda, che non parla italiano. Ad un certo punto, Amanda fa il nome di Patrick Lomumba, il suo datore di lavoro, proprietario di un bar a Perugia. Amanda racconta una serie di circostanze che portano la procura ad iscrivere nel registro degli indagati Patrick, sottoponendolo anche a misura

cautelare in carcere per 14 giorni. Queste dichiarazioni sono anche contenute in un diario che lei stessa scrive e poi consegna.

Dopo 14 giorni, Patrick viene scarcerato, in quanto si capisce che tale coinvolgimento è completamente infondato. Amanda viene quindi chiamata a rispondere anche di calunnia nei confronti di Patrick. Lei aveva detto di aver visto Patrick uscire dalla casa di Meredith, e che i due avrebbero avuto una relazione. Amanda viene iscritta nel registro degli indagati per calunnia. Gli elementi a carico sono soprattutto le dichiarazioni rese una notte spontaneamente al pm e la memoria scritta redatta e consegnata lo stesso giorno, il che condurrà a sottoporre Patrick a misura cautelare.

Si instaura un procedimento in questo senso a carico di Amanda, che viene condannata a 3 anni di reclusione per calunnia: sapeva di mentire, sapeva che tali dichiarazioni avrebbero avuto delle conseguenze nei confronti di Patrick, eppure lo calunnia. La sentenza passa in giudicato. Amanda fa allora ricorso alla CtEDU. Le violazioni che lamenta nel ricorso sono diverse, noi ci focalizziamo su quelle accolte: la corte ritiene violato l'art. 6 paragrafo 1 e **3 lettera c** della CEDU, ossia il **diritto di assistenza del difensore**. La seconda violazione riguarda la **lettera e** del paragrafo 3: ogni indagato ha diritto a comprendere chiaramente l'accusa, con l'aiuto di un interprete ove necessario.

La constatazione della corte di Strasburgo è che, quando Amanda è stata sentita, lei doveva già essere iscritta al registro degli indagati, in modo da poter essere assistita da un avvocato. Amanda aveva poi un'**interprete**, ma la CtEDU riconosce garanzie concrete ed effettive, non solo formali, quindi il fatto che le fosse dato un interprete non significa che tale garanzia sia stata rispettata. La corte verifica e dice che l'interprete che ha affiancato Amanda in queste audizioni in realtà svolgeva più un ruolo da psicologa che da interprete. Quest'ultima, infatti, non si limita a tradurre, ma, essendo l'unica che la capisce e che parla inglese, le dà dei consigli su cosa dire/fare, il che è valutato come sbagliato dalla CtEDU, in quanto l'ha convinta a dire determinate cose. La CtEDU dice che tali dichiarazioni, a causa di queste violazioni, non possono essere utilizzate, proprio perché nelle prime doveva essere assistita da un difensore, mentre poi l'interprete non si limita ad interpretare ma svolge un lavoro di coinvolgimento, pertanto tali dichiarazioni assunte in violazione delle garanzie della CEDU non dovevano essere considerate dai giudici.

Inoltre, nel diario su cui Amanda ha scritto una ricostruzione del fatto, non è chiaro il fatto che Patrick sia l'assassino.

La corte di Strasburgo ha quindi esplicitato che le dichiarazioni non potevano far parte del compendio probatorio, ma ora la Cassazione deve capire cosa fare: ha la possibilità di annullare la sentenza di condanna in virtù di tali violazioni, ma il memoriale/diario permane. La cassazione sostiene di non poter entrare nel merito e, valutando solo il memoriale, non affetto da alcuna violazione delle garanzie, ciò è sufficiente per ritenere integrato il reato di calunnia. Pertanto, la cassazione chiede al giudice di merito di fare tale valutazione: essa revoca la sentenza di condanna e rinvia gli atti alla corte d'assise d'appello di Firenze. Lo stesso giudice di merito (diverso nella sua composizione) che aveva pronunciato la sentenza di condanna deve seguire un principio di diritto dato dalla cassazione: non si deve rifare l'intero processo, essa deve valutare se, espunte le dichiarazioni tacciate dalla CtEDU, il memoriale è sufficiente a pronunciare una sentenza di condanna. La corte d'appello, applicando per la prima volta questo strumento, dice – secondo il prof – alcune cose condivisibili e altre meno. La corte d'assise d'appello dice che essa stessa si deve attenere alla sentenza della CtEDU e della cassazione, concludendo che il memoriale è sufficiente per poter fondare una sentenza di condanna.

Le carenze strutturali: misure generali

Quando bisogna dare esecuzione alle sentenze di condanna che riguardano sì una situazione specifica, ma **non** isolata, si parla di un problema strutturale, di una lacuna nell'ordinamento

processuale, che, se non colmata, rischia di procurare future sentenze di condanna nei confronti dell'Italia. La soluzione è sì risolvere la situazione del singolo ricorrente, ma anche evitare che tale situazione si ripeta in futuro.

La violazione riscontrata nella concreta vicenda dipende quindi da **carenze strutturali dell'ordinamento nazionale**. La misura da adottare deve quindi essere una modifica dell'ordinamento (ossia una diversa interpretazione della cassazione, di modo che gli altri giudici possano rifarsi a tale interpretazione, una nuova norma o la modifica della norma).

- La risoluzione C.M. 6/2004 e le risoluzioni Assemblea 1516 (2006) e 1764 (2006) riconoscono l'obbligo degli Stati di intervenire con misure di carattere generale per rimediare a tali carenze.
- **C. eur. 22/6/2004, 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**. Nella sentenza contro la Polonia la CtEDU dice per la prima volta di dare esecuzione alla sentenza attraverso la modifica dell'ordinamento processuale. Lo stato, per dare esecuzione, deve quindi aggiungere una norma o modificare l'interpretazione della legge.
 - **Sentenza pilota:** la Corte, per prevenire il rischio di ulteriori violazioni seriali, viene a togliere allo Stato quella libertà nella scelta delle misure da introdurre 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.

- nel nostro sistema: C. eur. 10/11/2004, **Sejdovich c. Italia:**
 - *Sussiste la violazione dell'articolo 6 (diritto ad un equo processo) della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, allorché 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 allorché dopo tale condanna non sia previsto dal codice di procedura penale 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'articolo 6 della Convenzione.*
 - La violazione riguardava una sentenza pronunciata in contumacia. Nel nostro ordinamento, l'imputato ha il diritto di essere presente alle udienze, ma può anche scegliere di non parteciparvi. Ai tempi di questa sentenza, qualora l'imputato non si presentasse, pur essendo stato informato, veniva dichiarato contumace, in modo da agire in contumacia per far andare avanti il processo (ovviamente il difensore svolgeva il proprio mandato difensivo).
 - **Fatti:** L'imputato contumace condannato in primo grado lamentò la mancata informazione del processo. Con il sistema della contumacia, ciò era possibile, nel senso

che si cercava l'imputato, gli si notificavano gli atti, ma se l'imputato non avesse ricevuto tale notifica, questa sarebbe stata affissa in comune e l'imputato si sarebbe ritenuto così informato.

Si lamenta anche che la mancata informazione del processo a suo carico gli ha impedito di esercitare il suo diritto di impugnazione, il che gli ha anche impedito di lamentare dinanzi alla corte d'appello il fatto di non essere stato informato.

La CtEDU sottolinea che nell'ordinamento italiano non era previsto uno strumento che permettesse al condannato in contumacia, che dimostrasse di non essere stato informato del processo a suo carico, la possibilità di impugnare la sentenza, di essere rimesso nei termini per essere adito ad un giudice e lamentare tale violazione.

- Questa sentenza pilota porta il nostro ordinamento a modificare il c.p.p., permettendo al condannato in contumacia che dimostri di non essere stato informato di essere rimesso nei termini per proporre impugnazione.
- **L'istituto della contumacia non c'è più**, oggi l'imputato può essere dichiarato **assente** grazie alla **riforma Cartabia**.
- **Corte costituzionale sent. n. 210/2013:** sentenza pilota:
 - La Corte ha rilevato come non sia necessario che le «**sentenze pilota**» determinino puntualmente nel loro contenuto le misure strutturali che lo Stato deve adottare, essendo sufficiente che queste risultino individuabili con un ragionevole margine di apprezzamento come conseguenze necessarie della violazione CEDU in cui lo Stato sia incorso.
 - La Corte si è riferita in particolare alla **sentenza Scoppola c. Italia del 17.09.2009**, rispetto alla quale la Consulta ha ritenuto implicito – pur in assenza di indicazioni espresse dei giudici di Strasburgo – il dovere dello Stato di **non limitarsi a sostituire la pena nel caso di specie**, ma di **porre riparo a livello normativo alla violazione riscontrata e a rimuoverne gli effetti nei confronti di tutti i condannati che si trovino nelle medesime condizioni del ricorrente.**
- C. eur 8/1/2013, **Torregiani c. Italia**;
- **Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia:** sentenza pilota:
 - **La legge no. 1423/1956, art. 1 e ss., – oggi art. 1 del d.lgs. n. 159/2011 (decreto antimafia)** – prevede l'applicazione delle **misure di prevenzione**,¹¹ ossia misure restrittive della libertà personale che possono essere stabilite anche in assenza di un processo a carico di un determinato soggetto (e che viaggiano parallelamente al processo penale che poi si instaura, spesso adottate nei confronti di mafiosi), nei confronti di:
 - coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi;
 - coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose;
 - coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

¹¹ Esempio: Una misura di prevenzione potrebbe essere l'obbligo o il divieto di soggiornare in un determinato comune, il divieto di determinati uffici/attività.



- D.Lgs. n. 1423 del 1956, art. 5 (corrispondente all'attuale **D.Lgs. n. 156 del 2011, art. 8, comma 4**), prevede **l'obbligo rivolto al sorvegliato speciale di "vivere onestamente e rispettare le leggi"**.
 - Oltre all'obbligo derivante dalla misura di prevenzione, vi è anche l'obbligo di vivere onestamente e rispettare le leggi. La violazione di quest'ultimo obbligo è reato.
- **art. 75, c.2, del d.lgs. n. 156/2011** prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi».
 - De Tommaso è stato condannato proprio per violazione di quest'ultimo obbligo ex art. 75 c.2. Questo obbligo di vivere onestamente e rispettare le leggi, la cui violazione comporta l'integrazione di una fattispecie di reato, **non** permette al soggetto di capire la concreta condotta da adottare per evitare la violazione di questo obbligo. Es. *Prendere una multa significa violare questo obbligo? Qual è la legge che se non rispettata comporta la violazione di questo obbligo?* Il soggetto non capisce quale sia la condotta da evitare se non vuole incorrere in tale violazione.
-
- Si subordina la **legittimità delle misure di restrizione della libertà di circolazione** al **principio di legalità** e di **proporzione**: **comma 3, art. 2 Prot. IV**: *L'esercizio di tali diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui*".
- Il provvedimento legislativo deve avere le **caratteristiche della precisione e prevedibilità**. La Grande Camera è intervenuta in merito alla disciplina delle misure di prevenzione personali, ritenuta, sotto alcuni profili, in conflitto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha tra l'altro affermato il **deficit di precisione e prevedibilità** delle prescrizioni previste dalla D.Lgs. n. 1423 del 1956, art. 5 (corrispondente all'attuale **D.Lgs. n. 156 del 2011, art. 8, comma 4**), proprio in relazione **all'obbligo rivolto al sorvegliato speciale di "vivere onestamente e rispettare le leggi"**.
 - **Par. 126 della sentenza la sentenza De Tommaso**: *"non si può affermare che l'ingerenza nella libertà di circolazione del ricorrente sia stata basata su disposizioni di legge che soddisfano i requisiti di legittimità previsti dalla Convenzione. Vi è pertanto stata violazione dell'art. 2 prot. n. 4 a causa dell'imprevedibilità della legge in questione"*.
- Quanto **all'art. 2 Prot. 4 Cedu**, la Corte è chiamata a **valutare se la limitazione della libertà di circolazione** realizzata con la misura
 - sia stata **"prevista dalla legge"** e
 - potesse giudicarsi **"necessaria in una società democratica"** per il perseguimento di uno degli scopi menzionati dalla disposizione convenzionale: tutela della sicurezza nazionale

o della pubblica sicurezza, mantenimento dell'ordine pubblico, prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione dei diritti e libertà altrui.

- Ora, secondo la **consolidata giurisprudenza della Corte**, il **requisito della previsione per legge** – cui è **subordinata la liceità di ogni ipotesi di restrizione** di un diritto convenzionale – **comporta** non soltanto la **necessità di individuare**, nell'ordinamento nazionale, una **specificata base legale della restrizione**, ma anche la necessità che **tale base legale – e dunque la descrizione normativa dei presupposti ai quali le misure sono condizionate – sia sufficientemente precisa, in modo da rendere prevedibile per l'interessato l'applicazione della misura stessa.**
 - Più in particolare, la giurisprudenza della Corte europea ritiene che la **qualificazione di una norma** come “legge” necessita di una **formulazione sufficientemente precisa**, in modo **da consentire ai cittadini di regolare la propria condotta e di prevedere**, se necessario con appropriata consulenza e ad un livello che sia ragionevole in concreto, **le conseguenze che possono derivare da una determinata condotta**, (Corte EDU, GC, 17/09/2009, Scoppola c. Italia).
 - Le garanzie devono essere concrete ed effettive.
 - Il governo si era difeso dicendo che la legge era presente, ma la corte dice che cosa debba essere presente affinché tale atto possa essere considerato legge: è necessaria la precisa descrizione dei presupposti. Il generico riferimento a vivere onestamente e rispettare le leggi non rispetta il requisito della prevedibilità e della precisione, in quanto anche la violazione del codice della strada poteva potenzialmente comportare la violazione dell'obbligo.
- Secondo la Corte, **pur essendovi una base legale**, che assicura il rispetto del **requisito dell'accessibilità**, la **descrizione legale delle fattispecie di pericolosità generica non presenta quella sufficiente prevedibilità necessaria per applicare la misura**, perché **non sono chiaramente identificati** (dalla legge e dalla giurisprudenza) **“gli elementi fattuali né le specifiche tipologie di condotta che devono essere prese in considerazione per valutare la pericolosità sociale dell'individuo”**.
 - Né i destinatari (art. 1) né il contenuto delle misure di prevenzione (artt. 3 e 5) sono stati definiti con sufficiente precisione e chiarezza, concludendo che la legge del 1956 non rispetta il requisito di prevedibilità. Manca un'individuazione precisa della condotta.
 - **prescrizioni obbligatorie inerenti alla sorveglianza speciale** sono *“formulate in termini molto generici e il loro contenuto è estremamente vago e indeterminato: ciò vale in particolare per le disposizioni relative agli obblighi di ‘vivere onestamente e rispettare le leggi, e di non dare ragione di sospetti’”* (v. art. 5, 3° comma della legge del 1956, e ora art. 8, 4° comma del D.Lgs. del 2011, dove, tuttavia, non è stata riprodotta la clausola *“non dare ragioni di sospetti”*).
 - I concetti di **“traffici delittuosi”** (art. 1, lett. a) e di **“attività delittuose”** (art. 1, lett. b) sono, in effetti, del tutto indeterminati, risolvendosi in definitiva nel **richiamo alla totalità delle leggi penali (intra ed extra codicem)** vigenti nel nostro ordinamento.

- Né molto più preciso appare il richiamo alla lett.c) alla totalità dei **“reati che offendono o mettono in pericolo l’integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica”**, che **non individua in modo preciso alcuna classe di reati**, lasciando così mano libera all’interprete nell’individuazione dei presupposti della misura.
- **Reazione della giurisprudenza di merito e di legittimità italiana:** c’è stata una reazione abbastanza violenta della giurisprudenza riguardo a questa sentenza. Il legislatore non interveniva a modificare tali espressioni in modo da renderle conformi alla CEDU, allora i giudici potevano solo chiedere alla Corte costituzionale di rendere incostituzionali tali norme al fine di espungerle dall’ordinamento per contrasto con l’art. 117 cost.
 - **Una parte della giurisprudenza di merito** – tra cui la Corte d’appello di Napoli e il Tribunale di Udine – ha infatti **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**. Tali norme, finché formulate in modo impreciso, non potevano più essere applicate, altrimenti ci sarebbero state ulteriori violazioni della 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.**
- **Corte cost. n. 24/2019:** Incostituzionalità dell’art. 75, c.2, del d.lgs. n. 159/2011, nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell’inosservanza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi».
 - Era da adottare una misura di riparazione generale, in quanto la situazione poteva riguardare tutti coloro che si ritrovavano nella stessa situazione, il problema era strutturale: la legge è formulata in modo tale da non poter essere considerata legge, mancando dei requisiti di precisione e prevedibilità, il che non permette di capire che condotta adottare per non integrare la fattispecie.
 - Vi sono state pressioni diplomatiche per far sì che il legislatore cambiasse la disposizione, ma nel frattempo sono intervenuti i giudici nazionali per applicare la misura generale di riparazione.

La tutela multilivello dei diritti fondamentali

Tutela multilivello dei diritti fondamentali: complesso di istituti di varia matrice, normativa e giurisprudenziale, attraverso cui si articolano le varie competenze e relazioni tra giurisdizioni nazionali e sovranazionali davanti alle quali è possibile far valere la tutela dei diritti fondamentali.

Fonti normative:

- Ordinamenti nazionali e Costituzioni, visto che il primo giudice competente a tutelare i diritti fondamentali è il giudice nazionale, che deve applicare la norma nazionale in armonia con quella sovranazionale.
- Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

- Normativa primaria dell'Unione Europea: art. 6 TUE, Carta di Nizza.
- Produzione normativa secondaria dell'Unione Europea: art. 82.2 TFUE.
- Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CtEDU) e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE). Parallelamente alla Consiglio d'Europa vi è quindi la tutela offerta dall'UE attraverso la ECJ.

La CEDU è l'unico testo di tutela dei diritti fondamentali del consiglio d'Europa, ma a questo si devono aggiungere i trattati dell'UE e la produzione normativa europea, visto che l'UE produce atti normativi, cosa che invece non fa il consiglio d'Europa, che propone convenzioni.

Nel sistema delle fonti del diritto processuale penale europeo è da inserirsi anche la giurisprudenza della CtEDU, visto che quando essa risolve un caso dice anche come interpretare la norma, tant'è che nelle sentenze successive si richiama la giurisprudenza precedente su quella specifica norma in modo da introdurre nei singoli stati l'interpretazione corretta della convenzione.

Tutto ciò è il fondamento della tutela multilivello dei diritti fondamentali all'interno di un sistema europeo, che non può essere limitato agli stati membri dell'unione, bensì deve essere esteso a tutti i membri del consiglio d'Europa. La tutela della corte di Strasburgo si estende poi al di là del consiglio d'Europa, in quanto segue i cittadini anche quando si trovano all'interno di uno stato che non ne fa parte.

Organi giurisdizionali a tutela dei diritti fondamentali:

- **Corte europea dei diritti dell'uomo**
 - o nata per salvaguardare la tutela delle garanzie individuali sancite nella CEDU e controllare il loro rispetto effettivo da parte degli Stati nell'ambito dei rispettivi ordinamenti;
 - o si rivolge direttamente ad ognuno dei 46 Stati parte del Consiglio d'Europa e ai loro ordinamenti;
 - o si pronuncia sulla specifica violazione della CEDU lamentata dal ricorrente e la sua decisione è vincolante per il caso deciso.
- **Corte di giustizia**
 - o si giova di un maggior numero di fonti in materia di diritti umani:
 - Carta di Nizza (art. 6.1 TUE);
 - atti dell'Unione.
 - o si pone come organo di controllo del loro rispetto da parte dell'intera normativa dell'Unione, oltre che di controllo del rispetto degli altri diritti garantiti dalla normativa primaria e secondaria dell'Unione.

La ECJ valuta la conformità agli atti dell'unione in base ad una pluralità di fonti: diritto primario, trattati istitutivi, tra cui anche il trattato di Lisbona e la carta di Nizza, che era nata come carta di propositi ma che con il trattato di Lisbona è diventata diritto primario dell'unione.

La CtEDU considera la convenzione ed i protocolli che ne sono parte integrante e vanno ad aggiornarla, visto che un testo degli anni 50 altrimenti non potrebbe venire in contro alle esigenze attuali. Oltre ai protocolli, considera le sue stesse sentenze, visto che i diritti previsti dalla convenzione devono essere applicati così come interpretati nelle sentenze della corte stessa.

Altra differenza è che la CtEDU si pronuncia su una specifica violazione della CEDU lamentata dal ricorrente: è il cittadino che lamenta una violazione dei diritti fondamentali che ha già lamentato di fronte agli organi giurisdizionali nazionali senza trovare giustizia. Previa soddisfazione delle condizioni di ammissibilità, è sempre il cittadino che fa ricorso diretto alla corte.

La ECJ si occupa della conformità degli atti dell'unione con il diritto primario, quindi la tutela diretta nei confronti del cittadino è minore, visto che la sua unica possibilità è un ricorso pregiudiziale, il che implica quindi convincere il giudice nazionale ad adire alla ECJ.

L'adesione dell'Unione alla CEDU:

È una prospettiva, nel senso che è in programma nel trattato di Lisbona questa adesione, ma è ancora difficile capire quali saranno le implicazioni.

- **art. 6.2 TUE** prevede l'adesione dell'Unione alla CEDU;
- prospettiva gravida di implicazioni;
- condizioni per l'adesione (limiti):
 - **6.2 TUE e art. 2 Protocollo 8** del Trattato di Lisbona;
 - **344 TFUE e art. 3 Protocollo 8**;
 - **art. 1 Protocollo 8 e dichiarazione 2** allegata al trattato di Lisbona;
 - **art. 2 protocollo 8**.
- mentre il riconoscimento alla Carta di Nizza del valore giuridico dei Trattati mira a migliorare la protezione dei diritti fondamentali sul piano interno del diritto dell'Unione, con l'adesione si mira invece a rafforzare la protezione sul piano esterno.
- porre l'Unione rispetto alla CEDU in una posizione analoga a quella in cui sono posti gli Stati parte rispetto a tale Convenzione per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali: i suoi atti, ora conformi alla carta di Nizza, dovranno essere conformi alla CEDU, che non è poi così diversa in termini di principi del processo penale.
- protezione dei diritti CEDU nei confronti degli **atti e dei comportamenti dell'Unione** e dei suoi organi pari a quella di cui godono già nei confronti degli atti e dei comportamenti degli Stati membri del Consiglio d'Europa, quindi è possibile che l'unione stessa possa sentirsi violata ed adire lei stessa alla CtEDU come ogni cittadino.
- la Corte di Strasburgo sarà destinata a diventare **ultimo giudice della tutela dei diritti CEDU anche per il diritto UE**, così come attualmente lo è rispetto al diritto interno dei singoli Stati parte.

Questa adesione non si è ancora realizzata in quanto non si è ancora chiarito quale debba essere il ruolo della ECJ, che vedrà molto ridimensionato il proprio campo di azione.

Escamotage nel frattempo: condannare gli stati membri dell'unione anziché l'unione stessa.



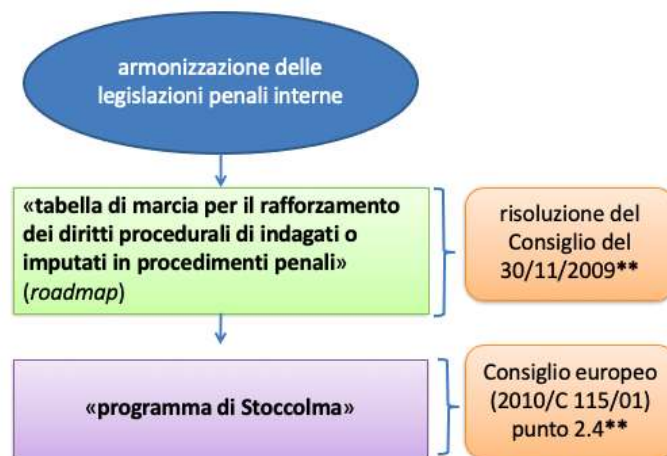
Armonizzazione delle legislazioni processuali penali interne (82.2 TFUE):

Nel frattempo, l’UE ha un’arma importante, oltre alla ECJ, per assicurare ancor di più, negli ordinamenti nazionali, la tutela ed il rispetto dei diritti fondamentali, che è la strada dell’armonizzazione delle legislazioni processuali penali di ogni ordinamento. Questo è forse lo strumento più importante che l’UE ha per cercare di rendere gli ordinamenti nazionali più vicini possibile tra loro, in modo che questi possano parlare tra di loro e comprendersi, il che vuol dire condividere la maggior parte dei principi e quindi poter aiutarsi tra di loro. Ecco allora che lo strumento fondamentale non è tanto la cooperazione, quanto **l’armonizzazione**, ossia la possibilità di inserire dei vari cpp nazionali regole comuni che possano avvicinare sempre di più le legislazioni. Lo scopo ultimo sarebbe avere una legislazione processuale penale unica nell’unione, e passi in tale direzione sono stati fatti.

Per cooperare dal punto di vista giurisdizionale occorre che i soggetti chiamati a cooperare rispondano a principi comuni, e l’opera di armonizzazione è proprio questa: più regole comuni si inseriscono, più questi codici saranno simili ed il passaggio per avere un codice unico sarà più semplice. Per ora, con focus la procedura penale, ci si concentra su particolari settori di intervento.

- **art. 82.2 TFUE** base legale per l’armonizzazione delle legislazioni processuali penali;
- previsione di norme minime comuni quando ciò sia ritenuto «necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale»;
 - norme adottate attraverso direttive.
- **settori di intervento:**
 - «**l’ammissibilità reciproca delle prove**»: requisiti per ammetterla, valore della prova. Proprio perché ammessa con criteri simili in un altro stato dell’unione, può avere valore, nel caso servisse, anche nel nostro processo penale.
 - «**i diritti della persona** nella procedura penale»;
 - nonché «**altri elementi** della procedura penale»;
- critiche da parte della dottrina.

È stata prevista una tabella di marcia per cercare di implementare sempre più l’introduzione di queste norme.



Si prospetta quindi armonizzazione delle legislazioni penali interne partendo dall’armonizzazione dei seguenti diritti (*roadmap*):

1. diritto all’interpretazione e alla traduzione;

2. diritto all'informazione;
 3. diritto alla consulenza legale e al gratuito patrocinio;
 4. diritto di comunicare con i familiari, i datori di lavoro e le autorità consolari;
 5. garanzie speciali per indagati e imputati vulnerabili;
 6. adozione di un libro verde sulla detenzione preventiva: legiferare anche in tema di libertà personale e di misure restrittive della stessa.
- **Nessun cenno alle garanzie in materia probatoria**, che è invece un settore d'intervento ex art. 82 TFEU, quindi è un settore che andrà comunque affrontato in tema di armonizzazione.



Le norme minime comuni che queste direttive impongono agli stati membri di introdurre in gran parte riproducono la giurisprudenza della CtEDU nell'interpretazione dell'art. 6. L'Unione europea, quindi, quando legifera, si pone già in una prospettiva di rispetto della convenzione, anche se alcuni in dottrina sostengono che il parametro di diritto in tali casi rimanga la corte di Nizza, che contiene principi simili, seppur esplicitati in maniera diversa. Sarebbe quindi semplicemente questione di conformità col diritto primario dell'unione, con la carta di Nizza, che per alcuni diritti è in linea con la CEDU.



Il contenuto dei diritti fondamentali

Siamo abituati a distinguere nel processo penale modello accusatorio ed inquisitorio, ma questa dicotomia si deve ora accantonare, in quanto il sistema di tutela e delle garanzie in processo penale della CEDU non fa tale distinzione, ma parla di garanzie. L'idea è che al consiglio d'Europa e all'UE poco importa quale modello ogni stato abbia applicato, la cosa importante è applicare le garanzie (e comunque le disposizioni comunitarie prediligono un sistema accusatorio puro).

Questi modelli si sono succeduti storicamente e hanno influenzato in modo diverso il sistema processuale italiano. Con la riforma del 1988, l'Italia ha adottato un sistema accusatorio, ma nella pratica permangono elementi di matrice inquisitoria, creando un sistema misto, che è definito a "stampo accusatorio" con alcune residue caratteristiche inquisitorie.

sistema accusatorio	sistema inquisitorio
<ul style="list-style-type: none"> libertà di accusa riconosciuta all'offeso del reato e ai suoi congiunti ovvero anche al <i>quivis de populo</i>, senza l'esercizio del quale il giudice non può intervenire. 	<ul style="list-style-type: none"> intervento <i>ex officio</i> del giudice, il quale instaura di propria iniziativa il processo, con sovrapposizione dei poteri di accusa e di decisione.
<ul style="list-style-type: none"> principio dispositivo in tema di prova. 	<ul style="list-style-type: none"> libertà del giudice di raccogliere le prove, indipendentemente dalle richieste dell'accusatore e dell'accusato.
<ul style="list-style-type: none"> pubblicità del processo: il processo penale è pubblico; principio di oralità: il processo penale non è solo scritto; principio di immediatezza; principio di concentrazione: è necessario che tutto si svolga nel minor tempo possibile. 	<ul style="list-style-type: none"> segretezza del processo; il processo si svolge per iscritto; l'organo istruttorio (giudice inquisitore) compie da solo le acquisizioni probatorie.
<ul style="list-style-type: none"> principio di parità tra le parti (accusa e difesa, il che non significa che queste abbiano gli stessi poteri, ma che la differenza debba essere giustificata); giudice terzo e imparziale, che deve partecipare all'assunzione della prova per valutarla, ma non deve ricercare la stessa, che può essere introdotta di principio solo dalla parte (le possibilità di introduzione d'ufficio sono i germi che rimangono del sistema inquisitorio). 	<ul style="list-style-type: none"> evidente disparità di poteri tra giudice-accusatore e imputato.
<ul style="list-style-type: none"> libertà, in linea di principio, dell'accusato fino alla sentenza irrevocabile di condanna. 	<ul style="list-style-type: none"> previsione della carcerazione preventiva dell'imputato: l'imputato è considerato oggetto di investigazione.

Non sembrano attualmente riscontrabili nell'esperienza giuridica concrete realizzazioni di **uno dei due sistemi nella loro purezza**. Si sostiene infatti che esistano effettivamente soltanto quelli che vengono definiti come **sistemi misti**:

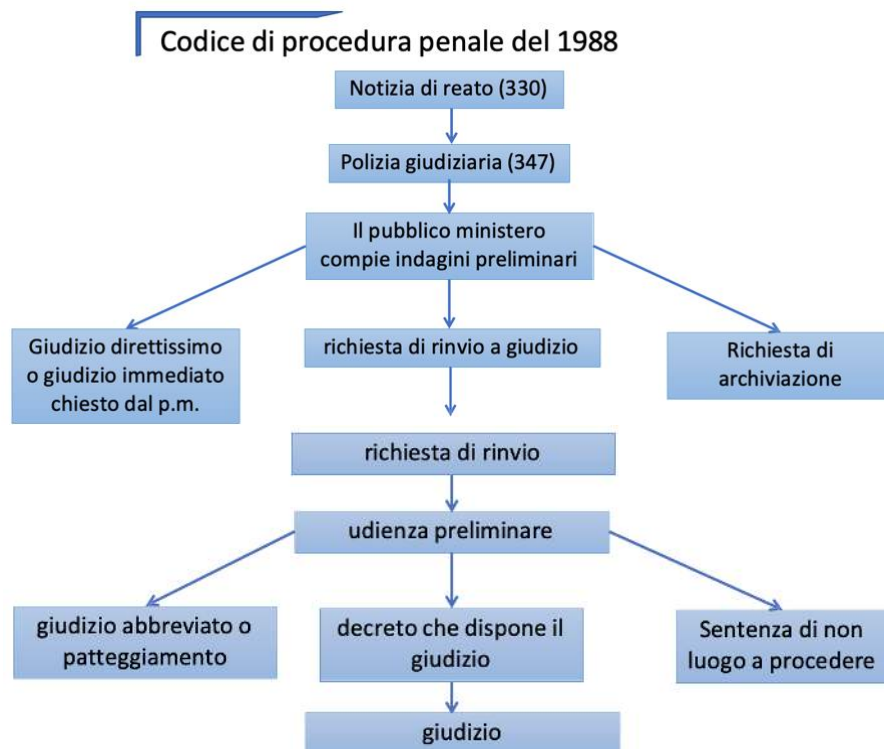
- a. sistemi in cui siano tra loro intrecciati o variamente dosati i profili di accusatorietà e inquisitorietà;
- b. ordinamenti, al cui interno si trova una molteplicità di provvedimenti, a loro volta più o meno ispirati ai due schemi fondamentali.

Legge delega del 1987 (passaggio dal codice Rocco al codice Vassalli)

Art. 2 della legge delega per il codice di procedura penale (L. 16,2,1987, n.81):

«Il codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e **adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale**. Esso inoltre deve attuare nel processo penale i caratteri del **sistema accusatorio**, secondo i principi e i criteri direttivi che seguono...»:

- netta differenziazione di ruolo tra p.m. e giudice;
- eliminazione del segreto negli atti del giudice;
- principio dispositivo nella formazione della prova;
- accentuazione dei poteri delle parti;
- principio di parità delle parti;
- valorizzazione del dibattimento e dell'oralità.



Codice di procedura penale del 1988: involuzione

«colpito dalle sentenze della Corte costituzionale e dai decreti legge, il modello accusatorio del codice del 1988 si è convertito in qualcosa che non si sa più – o non si sa ancora – come chiamare» (Ferrua)

Involuzione in senso inquisitorio del sistema a seguito di stragi di mafia in nome del **principio di non dispersione della prova**:

- La Corte costituzionale, attraverso sentenze interpretative di rigetto, stabilì che nel caso **non** fosse più possibile riprodurre la prova **fondamentale**, anche se non assunta in contraddittorio, questa poteva essere ugualmente considerata dal giudice.

- Si permetteva di introdurre all'interno del processo un atto assunto unilateralmente in violazione del principio di assunzione della prova nel contraddittorio.

Codice di procedura penale del 1988: reazione

Successivamente, la **riforma del "giusto processo"** ha segnato un punto di svolta nel nostro ordinamento.

Con la **I. cost. 23 novembre 1999 n.2** , si è intervenuti riformulando l' **articolo 111 Cost.** Questa modifica ha avuto l'obiettivo di avvicinare il sistema giudiziario italiano agli standard europei in materia di equità processuale, sanciti **dall'articolo 6 CEDU** (copiandone addirittura parti senza preoccuparsi di sostituire certi termini atecnici).

Tuttavia, l'adozione di questi principi **non** ha risolto tutte le criticità del sistema, lasciando spazio a discussioni sull'effettiva realizzazione di un modello accusatorio "puro" e sull'influenza delle garanzie europee nel contesto giuridico nazionale.

L'EQUO PROCESSO

Così l'articolo 6 della CEDU assume, nel contesto italiano, un valore quasi costituzionale, rendendo agevole l'armonizzazione del diritto interno con il diritto sovranazionale.

Patto internazionale, CEDU e Carta di Nizza

- Contengono diritti simili, ma il **Patto internazionale** ha un raggio d'azione più ampio rispetto al solo **Consiglio d'Europa** .
- **Nessuna definizione esplicita di "processo equo"** o riferimento a un modello accusatorio puro.
 - L'approccio è diverso: si concentra sulle garanzie necessarie per l'equità processuale.
- nonostante la diversità delle soluzioni accolte dai diversi Paesi, alcuni **principi** quali **l'imparzialità del giudice, il rispetto della persona dell'imputato, la pubblicità delle udienze, il diritto al contraddittorio e l'inviolabilità della difesa** appaiono ormai **indefettibili per ogni sistema processuale** che non intenda porsi ai margini della comunità internazionale.
- **distinzione tra la fase** delle investigazioni e quella della decisione.

Approccio della CEDU al processo equo

- **Valutazione dell'equità complessiva** del processo senza suddividere in fasi.
 - Considera tutte le fasi, l' **intero arco processuale** , dalle **indagini preliminari** fino alla **Cassazione** .

Sistema processuale italiano

- **Impronta accusatoria** , ma con elementi vicini al modello inquisitorio.
- **Caratteristiche accusatorie del sistema** :
 - **Oralità** del processo.
 - **Formazione della prova nel contraddittorio** (salvo eccezioni).
 - **Pubblicità del processo** , come garanzia di trasparenza e controllo sull'operato di giudici e parti.

Fonti del processo equo:

Per individuare le caratteristiche di un processo equo si farà riferimento a principi che si ritrovano anche in altre fonti internazionali come la **Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo**, che, pur non essendo un trattato internazionale, **non essendo quindi produttiva di norme giuridicamente obbligatorie**, viene comunque menzionata anche nel preambolo della CEDU. In particolare, si vedano:

- Art. 5 e 12
- Art. 9
- Art. 10
- Art. 11 c.1

La Corte europea dice poi che il processo equo, considerato nella sua globalità, deve soddisfare questi requisiti:

- Art. 5 CEDU → art. 9 Patto int. sui diritti civili e politici
- Art. 6 CEDU → art 14 c 1-3 Patto int.
- Art. 2 Prot. n. 4 CEDU → art. 12 Patto int.
- Artt. 2 e 4 Prot. 7 CEDU → art. 14 c.5 e 7 Patto int.
- Artt. 3 e 8 CEDU → artt. 7 e 17 Patt int.

Carta di Nizza: Il Trattato di Lisbona ha elevato il testo della Carta di Nizza (2000 e 2007) a «diritto primario dell'Unione». L'art. 6.1 TUE le riconosce lo stesso valore giuridico dei Trattati.

- art. 47
- art. 48
- artt. 49 e 50
- art. 52 par. 3
- artt. 53 e 54

Assetto post Lisbona:

- l'art. **6.2 TUE** prevede l'adesione dell'Unione alla CEDU;
- art. **6.3 TUE**: «i diritti fondamentali della CEDU (...) fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

LE GARANZIE DEL PROCESSO EQUO – Art. 6 CEDU

Struttura dell'articolo 6 → Tre paragrafi principali:

1. **Primo paragrafo:** stabilisce le **caratteristiche per un processo equo**, garantendo che ogni persona abbia diritto a un esame imparziale della sua causa. Riguarda anche **l'accesso alla sala d'udienza** e i casi in cui il processo può essere svolto a porte chiuse, considerando gli interessi da tutelare (es. sicurezza nazionale, privacy).
2. **Secondo e terzo paragrafo:** dettagliano le **garanzie specifiche** di cui deve beneficiare l'accusato in un processo penale (es. presunzione di innocenza, diritto alla difesa).

ART. 6 par. 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.

Articolo 6 CEDU: una "carta costituzionale" dei diritti fondamentali

- Considerato quasi come una **carta costituzionale dei diritti dell'uomo**, con l'obiettivo di garantire un livello minimo di tutela dei diritti processuali.

Caratteristiche e scopo dell'articolo

- **Linguaggio semplice e universale:**
 - Scritto in modo comprensibile e non tecnico per adattarsi alla pluralità di ordinamenti nazionali.
 - Evita termini specifici che potrebbero non avere lo stesso significato in tutti i paesi, garantendo **chiarezza e applicabilità universale**.
- **Livello minimo di garanzia:**
 - Gli Stati membri possono implementare le garanzie con maggiore protezione rispetto a quanto previsto dall'articolo.
 - Se un ordinamento scende al di sotto del livello minimo garantito, la **Corte di Strasburgo può sanzionare lo Stato**.

Connessione tra i paragrafi → Il **primo paragrafo** è strettamente legato agli altri.

- **Violazione del secondo o terzo paragrafo** comporta automaticamente la violazione del primo.
- Il primo paragrafo rappresenta il principio generale di equità che sottende a tutte le specifiche garanzie previste nei paragrafi successivi.

ART. 6 par 2-3

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.

I diritti elencati dal paragrafo 2 in poi garantiscono che la causa sia esaminata equamente.

- **Assenza di una definizione esplicita di "processo equo":**

- La definizione emerge dalla **giurisprudenza della Corte EDU**, dove si intende come l'insieme dei diritti garantiti nei paragrafi.

Esempio di garanzia maggiore nel nostro ordinamento → Presunzione di innocenza:

- In Italia dura fino a che la condanna sia definitiva (**passata in giudicato**).
- Secondo il **paragrafo 2 dell'articolo 6**, potrebbe sembrare sufficiente rispettare la presunzione solo fino alla fine del primo grado di giudizio (livello minimo di garanzia).

Art. 6 par. 3

a) **Diritto a conoscere l'accusa:**

- È fondamentale per poter preparare una **difesa efficace**.
- Le informazioni sull'accusa devono essere fornite nel **minor tempo possibile**.

b) **Tempo e mezzi per la difesa:**

- **Equilibrio tra accusa e difesa:** l'accusato deve avere il tempo e le facilitazioni necessarie, considerando che l'accusa ha avuto tutto il tempo per formulare le sue ipotesi.

c) **Diritto alla difesa personale:**

- La CEDU prevede la possibilità di **difendersi personalmente**, senza l'obbligo di un avvocato.
- Nei sistemi nazionali, compreso il nostro, esistono **momenti in cui l'imputato può difendersi da solo**, come quando rende dichiarazioni spontanee o si sottopone all'esame.
- Non esistono ordinamenti che consentano di difendersi **completamente senza un difensore**.

d) **Esame dei testimoni → Condanne della Corte EDU nei confronti dell'Italia:**

- L'Italia è stata condannata su questo punto; ora la **garanzia prevista nella lettera d è presente nel Codice di procedura penale**, adottata letteralmente.

Questi punti evidenziano come il paragrafo 3 dell'articolo 6 CEDU stabilisca una serie di diritti fondamentali che, se non rispettati, portano automaticamente alla violazione del principio di equità sancito dal paragrafo 1.

FAIRNESS PROCESSUALE E ART. 6 CEDU

L'equità processuale intesa con riferimento a questo articolo non ha una vera e propria definizione, nemmeno nelle sentenze della corte, che parla più di una configurazione che deve possedere ogni processo per poter essere coerente con il rispetto dei diritti fondamentali.

1. Configurazione del Processo Equo:

- **Definizione:** Ogni processo deve possedere una configurazione specifica per potersi definire effettivamente equo e non solo un'apparenza di giustizia.
- **Elenco esemplificativo:** Le caratteristiche di un processo conforme alle prescrizioni internazionali (interpretate dalla giurisprudenza CEDU) sono presentate in modo meramente esemplificativo.

2. Applicabilità Universale:

- **Tipi di reato:** Il concetto di processo equo **non** fa distinzioni tra tipi di reato; le caratteristiche devono essere rispettate indipendentemente dalla fattispecie.



- **Deroghe:** Per reati estremamente gravi (es. terrorismo, mafia), possono esistere deroghe, ma il processo rimane considerato equo.
3. **Estensione ai Procedimenti:**
- **Procedimenti inclusi:** L'equità processuale si applica a tutti i procedimenti, compresi quelli successivi all'emanazione di una sentenza, come i **giudizi di impugnazione**, fino al **passaggio in giudicato**.
 - **Controversie civili e amministrative:** L'insieme di garanzie si estende anche alle controversie civili e di diritto amministrativo.
4. **Forme Alternative di Processo:**
- **Patteggiamento, giudizio abbreviato, giudizio direttissimo:** Queste forme **non** sembrano rispettare tutte le garanzie previste dall'art. 6 CEDU.
 - **Verifica di compatibilità:** È necessario esaminare se tali forme alternative siano compatibili con le garanzie di equità processuale e se possano compromettere la tutela dei diritti fondamentali.

La definizione di equità processuale potrebbe fare riferimento ad una serie di garanzie che vanno **oltre** l'art. 6, e che vengono via via individuate dalla giurisprudenza della corte, che ha il preciso compito di completare tale elenco di garanzie.

EGUAGLIANZA DAVANTI AL GIUDICE

1. Lacuna Apparente nell'Art. 6 CEDU:

- **Interpretazione:** L'art. 6 CEDU **non** menziona esplicitamente l'uguaglianza delle parti, ma tale principio può essere ricavato in via interpretativa dall'art. **14 CEDU**, che stabilisce un divieto di discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione, richiamando l'uguaglianza come componente essenziale dell'equità processuale.
- **Eguaglianza come Canone di Ragionevolezza:** Nelle procedure differenziate, è possibile avere situazioni diverse disciplinate in modo differente, purché ciò sia ragionevole.
- **Patto Internazionale (art. 14):** Riconosce esplicitamente che *«tutti siano eguali davanti ai tribunali e alle corti di giustizia»*, evidenziando il principio di uguaglianza come componente essenziale del principio di equità.

2. Presupposto di Minimo Livello di Garanzie:

- **Livello Minimo:** La CEDU stabilisce un livello minimo di garanzie che gli Stati membri non possono violare, consentendo loro di adottare garanzie maggiori.

3. Esempi di Disuguaglianza Apparente:

- **Minorenni e Interdetti:** Possono ricevere maggiori garanzie davanti al giudice a causa della loro fragilità, dimostrando un'apparente disuguaglianza giustificata.
- **Parlamentari:** Devono godere di garanzie maggiori per prevenire discriminazioni politiche, garantendo equità e protezione contro pregiudizi non correlati al loro comportamento.

4. Posizione Equidistante delle Parti:

- **Equidistanza:** Le parti devono essere considerate in posizioni equidistanti rispetto al giudice, una garanzia **non** esplicitamente menzionata nell'art. 6, ma implicata nel concetto di equità processuale.



- **Esempio di Non Esaustività:** La mancanza di riferimento esplicito all'uguaglianza delle parti all'art. 6 è un esempio di **non** esaustività dell'elenco di garanzie.

DIRITTO DI ACCESSO AL GIUDICE

1. Riferimenti Normativi:

- **Art. 6, Par. 1 CEDU:** Stabilisce il diritto a un processo equo, implicando l'accesso a un giudice.
- **Art. 14, Par. 1 Patto Internazionale:** Riconosce il diritto di ogni individuo a essere uguale davanti ai tribunali e corti di giustizia.

2. Corollario del Principio di Eguaglianza:

L'uguaglianza davanti agli organi di giustizia implica che ogni individuo debba avere le stesse opportunità di accesso al giudice.

3. Principio di Accesso al Giudice:

- **Definizione:** Diritto di ogni persona a far valere i propri diritti dinanzi a un giudice, chiedendo la valutazione di eventuali violazioni.
- **Illegittimità di Limitazioni:** Qualsiasi disposizione che ostacoli o renda più difficile l'accesso al giudice per determinate persone è considerata illegittima.

Diritto di Accesso al Giudice: Limitazioni

1. Principio Generale → Il diritto di accesso al giudice **può** essere limitato, **ma** tali limitazioni devono:

- Rispondere a uno scopo legittimo.
- Essere conformi a un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e il fine perseguito.

2. Esempi di Limitazioni → Situazioni particolari, come:

- **Minorenni:** necessitano della presenza di un genitore per accedere al giudice.
- **Persone con incapacità:** necessitano dell'assistenza di un amministratore di sostegno.
- Tali limitazioni mirano a garantire che le persone coinvolte comprendano le conseguenze delle loro azioni legali.

3. Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani (CtEDU):

- **C. eur. 30/1/2003, Cordova c. Italia e C. eur. 24/5/2011, Onorato c. Italia:** esempi di immunità della giurisdizione.
- **C. eur. 28/6/1984, Campbell c. Regno Unito, §107:** le limitazioni non devono essere solo giuridiche ma anche fattuali.
- **Casi specifici:** considerato illegittimo subordinare l'accesso alla Cassazione alla detenzione dell'imputato (Sez. I, 24/2/2005, Stift c. Belgio; Sez. I, 29/7/1998, Guérin c. Francia).

4. Rinuncia al Diritto di Accesso: È ammessa solo se avviene in modo libero, volontario e consapevole.

5. Leading Case: C. eur. 21/2/1975, Caso Golder c. Regno Unito: primo caso che ha riconosciuto il diritto di accesso al giudice in modo implicito.

- Golder, accusato di aver partecipato ad una rivolta in carcere, assume un avvocato per accusare di diffamazione/calunnia la guardia che l'aveva accusato. Nel sistema britannico, i detenuti che vogliono intentare una causa mentre stanno eseguendo la

pena, devono fare istanza al ministero degli interni, come previsto dalla legge carceraria inglese. Egli **non** ottiene però il permesso dal ministro degli interni per avviare un'azione legale mentre è in carcere.

- Golder propone allora ricorso a Strasburgo (all'epoca vi era la commissione) per violazione art. 6 par. 1. Dandogli ragione, la CtEDU ha stabilito che, sebbene il diritto di accesso non fosse esplicito, era implicitamente contenuto nell'art. 6, par. 1 CEDU.
- La Corte ha ribadito che i diritti e le libertà devono essere interpretati in modo ampio e che le norme della CEDU devono garantire la tutela concreta dei diritti individuali.

6. Interpretazione della CEDU:

- La CtEDU ha sottolineato che le norme devono essere interpretate per garantire di realizzare gli obiettivi posti alla base della commissione. Le norme della convenzione devono essere interpretate in modo da assicurare lo scopo della convenzione, ossia di garantire l'effettiva e concreta tutela dei diritti dell'individuo.
 - In caso di ambiguità, è preferibile l'interpretazione che offre maggiori garanzie al ricorrente.
 - A questa precisazione va aggiunta la razionalità del legislatore: *a cosa servirebbe prevedere dettagliatamente una serie di garanzie se poi i governi potessero privare gli accusati di esercitare tali garanzie dinanzi ad un giudice?*
 - Non si possono negare le garanzie ai soggetti accusati; il diritto di adire a un giudice è quindi implicitamente garantito. Da questa sentenza in poi, questo diritto è sempre stato riconosciuto.
- Esplicito fondamento normativo nell'art. **47.1 Carta di Nizza**, carta di propositi che dopo il trattato di Lisbona diventa diritto primario dell'unione.
 - **C. giust. 3/9/2008, C-402/05 e C-415/05, Kadi e Al Barakaat**: «principio generale comunitario»

PRECOSTITUZIONE DEL GIUDICE

1. **Definizione:** La **precostituzione del giudice** si riferisce all'organo giurisdizionale che è previamente individuato per legge. Questo principio mira a evitare l'arbitrio nella scelta del giudice in relazione alla singola controversia (*res iudicanda*).

2. Riferimenti Normativi:

- **Art. 6 par. 1 CEDU:**
 - Prescrive la necessità che gli organi giudiziari siano costituiti per legge per il principio di riserva di legge e tassatività.
 - Implica che la legge debba definire chiaramente l'organo giurisdizionale.
- **Art. 14 par. 1 Patto Internazionale:**
 - Distinzione tra giudici **stabiliti dalla legge** e la loro **competenza**.
 - La differenza tra "costituiti" e "stabiliti" è sostanzialmente irrilevante ai fini della tutela dei diritti.
- **Art. 47.2 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea:** Sottolinea la necessità di una precostituzione, allineandosi con il **principio di riserva di legge**. Si pone in linea con l'**art. 25 c.2 Cost.** che prevede un **più elevato standard di garanzie** rispetto al testo convenzionale.

- *Differenza tra istituito/constituito e preconstituito? Benché la convenzione impieghi il termine “costituzione”, per non svuotare di significato la previsione, deve ugualmente ritenersi connaturata la garanzia dell’irretroattività dei mutamenti di competenza (la precostituzione è infatti configurata dalla corte europea come una garanzia strumentale alla salvaguardia degli ulteriori connotati di imparzialità e indipendenza).*

3. Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani (CtEDU):

- **C. eur. 28/11/2002, Lavents c. Lettonia, § 114:** Riconosce che l’espressione “costituito per legge” riguarda sia l’esistenza dell’organo giurisdizionale che la sua composizione.
- **Corte, 6.12.1988, Barberà c. Spagna:** Lesione del principio riscontrata in caso di sostituzione inaspettata del collegio giudicante prima dell’apertura del dibattimento.
- **C. eur. 8/12/2009, Previti c. Italia; C. eur. 5/10/2010 Dmp Group c. Slovacchia:** È fondamentale che le regole da applicare siano chiare, garantendo obiettività e trasparenza per prevenire l’arbitrarietà nell’assegnazione dei casi ai giudici.

4. Principi Chiave:

- **Principio di Riserva di Legge:** L’organo giurisdizionale deve essere determinato da una norma di legge, evitando decisioni arbitrarie.
- **Trasparenza e Obiettività:** Le regole per l’assegnazione dei casi devono essere chiare e prevedibili, in modo da garantire un sistema giudiziario giusto ed equo.

Analisi dell'Art. 25 della Costituzione Italiana

Testo dell'Articolo:

1. *Nessuno può essere distolto dal giudice naturale preconstituito per legge.*
2. *Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.*
3. *Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge.*

Significato e Implicazioni

1. Giudice Naturale:

- **Precauzione Legale:** Il principio di "giudice naturale" garantisce che ogni individuo sia giudicato da un organo giurisdizionale specifico e stabilito per legge, prevenendo l’arbitrarietà nella scelta del giudice.
- **Criteri Predeterminati:** I criteri per la scelta del giudice sono definiti dalla legge prima della commissione del reato, il che consente di sapere in anticipo quale sarà l’organo giuridico competente. Questo meccanismo crea una maggiore trasparenza e prevedibilità per le parti coinvolte.

2. Garanzia di Imparzialità:

- La precostituzione del giudice implica una garanzia di obiettività nell’individuazione dell’organo giurisdizionale, assicurando che il giudice sia scelto sulla base di criteri legali e non arbitrari.
- Anche se **non** è possibile scegliere il giudice specifico, la legge determina in anticipo quale **organo** sarà competente in base alla tipologia di condotta.

3. Naturalità del Giudice:

- Il principio della naturalità implica che il giudice dovrebbe essere quello del luogo in cui è avvenuto il reato, poiché si presume che conosca meglio il contesto locale e possa quindi giudicare in modo più equo.
- Tuttavia, ci sono meccanismi (es. remissione del processo) che consentono di trasferire il processo a un altro giudice per motivi di imparzialità, che sono giustificabili e non violano i principi costituzionali.

N.B. La garanzia di conoscere in anticipo il giudice, PRIMA ANCORA CHE IL FATTO SIA COMMESSO (differenza con “costituzione” per legge), è vista come un ulteriore livello di protezione dei diritti delle parti, implementando le garanzie previste dalla CEDU.

Oggetto principio

- Criteri di individuazione dei **giudici persona fisica** che comporranno ciascun organo,
- Criteri di individuazione dei **singoli processi** da attribuirsi a ciascuna composizione dell'organo.

Disciplina e Riserva di Legge

1. **Riserva di Legge** (art. 117 c.1 leg. g) assoluta nei confronti del potere esecutivo, relativa nei confronti del CSM.
 - La **riserva di legge** è un principio fondamentale che richiede che le norme che disciplinano l'assegnazione dei giudici e le procedure giuridiche siano stabilite da una legge e non da atti amministrativi o esecutivi.
 - **Art. 117 Cost.:** Stabilisce che la disciplina deve rientrare nella competenza esclusiva dello Stato.
2. **Irretroattività:** La legge deve essere applicata senza effetti retroattivi, a meno che non sia espressamente previsto, garantendo che nessuno possa essere giudicato sulla base di norme introdotte dopo la commissione del fatto.
3. **Determinatezza:** Le norme devono essere **chiare e determinate**, evitando ambiguità che possano portare a interpretazioni arbitrarie.

IMPARZIALITÀ E INDIPENDENZA DELL'ORGANO GIUDIZIARIO

L'**Articolo 6, par. 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)** e l'**Articolo 14 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici** stabiliscono principi fondamentali riguardanti l'imparzialità e l'indipendenza degli organi giuridici. Questi due aspetti, sebbene interconnessi, si riferiscono a caratteristiche distinte necessarie per garantire un processo equo.

Imparzialità

a. Definizione e Significato:

- L'imparzialità è definita come "assenza di pregiudizi o di partiti presi" (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 1° ottobre 1982, *Piersack c. Belgio*).
- Essa implica una condizione di equidistanza del giudice rispetto alle parti coinvolte nel processo.

b. Valutazione:

- La Corte Europea sottolinea che l'imparzialità deve essere valutata sia dal punto di vista **oggettivo** che **soggettivo**:

- **Oggettiva:** Riguarda le circostanze esterne che possono influenzare l'imparzialità del giudice.
- **Soggettiva:** Considera le convinzioni personali e le attitudini del giudice.
- giudice non deve solo «**essere**» ma pure «**apparire**» imparziale e indipendente, altrimenti non sarebbe adatto a portare avanti un equo processo.

c. Situazioni di Compromissione

- L'imparzialità è compromessa ogni qualvolta il giudice eserciti attività giurisdizionale nella stessa vicenda in cui abbia già svolto funzioni di accusa.
- Tuttavia, **non** si verifica violazione del principio di imparzialità quando il giudice si pronuncia su questioni diverse riguardanti la stessa persona in procedimenti distinti, come dimostrato dal caso di Silvio Berlusconi, dove la Corte di Strasburgo ha rigettato il ricorso basato sull'argomento che i giudici di Milano non fossero adatti a giudicarlo a causa di precedenti pronunciamenti.

d. Legami tra Giudici e Parti

- Si riconosce che ci possono essere situazioni in cui un giudice o membri del collegio giudicante siano legati alle parti (es. legami familiari, amicizia, colleganza, affiliazione politica o religiosa). In tali casi, la loro imparzialità può essere messa in discussione.
- Anche se esiste un sistema disciplinare all'interno del **Consiglio Superiore della Magistratura (CSM)** per affrontare tali situazioni, nella pratica tali sistemi sono raramente attuati.

Indipendenza

L'indipendenza del giudice è un principio fondamentale per garantire un processo equo e giusto. Essa rappresenta una condizione necessaria affinché il giudice possa svolgere le proprie funzioni senza influenze esterne, mantenendo l'imparzialità necessaria per decidere le controversie in modo equo.

- Un **giudice dipendente** da un altro soggetto, che deve rispondere della propria attività a qualcuno, non può garantire l'imparzialità. Di conseguenza, l'indipendenza del giudice è un prerequisito essenziale per l'esistenza stessa della sua imparzialità.

Aspetti della Valutazione dell'Indipendenza

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo valuta l'indipendenza del giudice sotto diversi aspetti:

1. **Indipendenza Funzionale:** Riguarda la libertà di un giudice di esercitare le proprie funzioni senza subire pressioni o influenze esterne, inclusi gli organi politici o il potere esecutivo.
2. **Indipendenza Organica Interna:** Si riferisce alla struttura interna dell'organo giudiziario e alla sua capacità di funzionare autonomamente. Ciò implica che i giudici debbano essere in grado di decidere le loro cause senza interferenze.
3. **Indipendenza Istituzionale o Organica Esterna:** Si concentra sulla relazione tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato. L'indipendenza istituzionale garantisce che il sistema giudiziario operi autonomamente rispetto ai poteri legislativo ed esecutivo.

Nomina e Inamovibilità

- La **nomina dell'organo giudicante** da parte del potere politico **non** compromette automaticamente l'indipendenza. Tuttavia, è fondamentale che il processo di nomina garantisca l'indipendenza del giudice.

- L'**inamovibilità** è considerata un corollario dell'indipendenza. Questo significa che i giudici **non** possono essere rimossi o trasferiti arbitrariamente, assicurando così la loro capacità di esercitare le funzioni senza timore di ripercussioni. È importante notare che **non** è sempre necessaria una previsione normativa esplicita per garantire l'inalienabilità dei giudici.

Indipendenza e Imparzialità sono considerati requisiti **indissociabili** e vengono esaminati congiuntamente. Un giudice deve non solo essere indipendente, ma anche apparire tale per garantire la fiducia del pubblico nel sistema giudiziario.

Giurisdizione nel Sistema Italiano

Il sistema giuridico italiano è costruito attorno a principi fondamentali che garantiscono l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici, essenziali per un'equa amministrazione della giustizia. Di seguito, vengono analizzati i principali articoli della Costituzione Italiana riguardanti la giurisdizione e il ruolo dei giudici.

Articoli Costituzionali Rilevanti

1. **Art. 101 c. 2 Cost.:** *"I giudici sono soggetti soltanto alla legge."*
 - **Significato:** Questo principio stabilisce l'autonomia del potere giudiziario, affermando che i giudici devono decidere i casi unicamente in base alla legge, senza influenze esterne o pressioni.
2. **Art. 107 Cost.:** *"I magistrati sono inamovibili. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso.
Il Ministro della giustizia ha facoltà di promuovere l'azione disciplinare. I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni.
Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario."*
 - **Significato:** L'**inamovibilità** dei magistrati garantisce che non possano essere rimossi o trasferiti senza una decisione formale del Consiglio Superiore della Magistratura (CSM). Questo principio è fondamentale per l'indipendenza del giudice, poiché impedisce che il potere esecutivo possa influenzare le decisioni giudiziarie.
3. **Art. 111 c. 2 Cost.:** *"Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. Le legge ne assicura la ragionevole durata."*
 - **Significato:** Questo articolo stabilisce il diritto a un processo equo, evidenziando l'importanza del **contraddittorio** e della parità di trattamento tra le parti, assicurando che il giudice sia terzo e imparziale.

Imparzialità e Indipendenza

- **Imparzialità (Art. 101 c.2 e 111 c.2 Cost.):**
 - **Funzionale:** Riguarda la tendenziale passività dell'organo giurisdizionale, ovvero il giudice deve non solo essere imparziale, ma anche apparire tale. Le sentenze delle Corte costituzionale (ad esempio, le sentenze 108/1962 e 124/1992) sottolineano che il giudice deve evitare conflitti di interesse e situazioni che possano compromettere la sua imparzialità.

- **Personale:** Riguarda l'incompatibilità di un giudice che abbia già pronunciato su una controversia nel dover giudicare nuovamente sulla stessa questione (*rei iudicanda*).
- **Indipendenza (Art. 108 Cost.:** *Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge. La legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia*):
 - **Esterna (da organi non giurisdizionali):** I giudici non devono subire pressioni da organi non giurisdizionali. Sono soggetti solo alla legge, il che implica che possono applicare la norma senza essere vincolati alle deduzioni delle parti (principio di *iura novit curia*).
 - **Interna (da organi giurisdizionali sovraordinati):** Deve garantire a ogni organo giurisdizionale la libertà di interpretare la legge e accertare i fatti. Sentenze della Corte costituzionale (ad esempio, 225/2001, 125/2007) confermano che ogni magistrato deve essere libero di applicare la legge in base alla propria interpretazione e alle evidenze presentate.

LA PUBBLICITÀ

La **pubblicità** delle udienze e delle decisioni giudiziarie è un principio fondamentale per garantire l'equità e la trasparenza nel processo, come stabilito dall'**articolo 6, paragrafo 1 CEDU¹²** e dall'**articolo 47, paragrafo 2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea** (Nizza).

La Corte Europea dei Diritti Umani ha affermato che la pubblicità serve a proteggere i singoli da una giustizia che sfugge al controllo del pubblico, contribuendo così a mantenere la fiducia nelle istituzioni giudiziarie (C. eur. 10/4/2012, *Lorenzetti c. Italia*).

Il Ruolo della Pubblicità

1. **Garanzia Esplicita:** La pubblicità rappresenta una garanzia chiara e fondamentale, in quanto se le persone sanno di essere osservate e controllate, tendono a comportarsi in modo più corretto e responsabile. Questo è particolarmente rilevante nel contesto della giustizia, dove la fiducia nel sistema è cruciale per il funzionamento della democrazia.
2. **Controllo e Fiducia:** La trasparenza consente ai cittadini di comprendere meglio i procedimenti giuridici e le decisioni che li riguardano. Se il pubblico è informato sull'andamento dei procedimenti, è più probabile che nutra fiducia nei risultati, mentre l'opacità può generare sospetti e dubbi.
 - La pubblicità è contemplata principalmente per l'attività del giudice competente a deliberare la sentenza;
 - possibilità di fasi procedurali ispirate alla diversa **regola della segretezza**;
 - la decisione definitiva sfavorevole all'accusato **non può fondarsi su elementi conseguiti senza osservare il criterio della pubblicità**;

¹² La sentenza deve essere resa pubblicamente, con delle **limitazioni**, comprese quelle riguardanti **l'accesso** alla sala, qualora la pubblicità possa arrecare pregiudizio all'interesse della giustizia.

- le acquisizioni **non passate attraverso un filtro di un dibattito pubblico** non potranno, in linea di principio, essere inserite tra il materiale gnoseologico **utilizzabile dal giudice per formare il proprio convincimento**. Rendere tutto pubblico fin da subito potrebbe essere controproducente per la finalità del processo, ecco perché tutto ciò che utilizza il giudice deve provenire dal contraddittorio, fase caratterizzata dalla pubblicità.

Limitazioni al Principio di Pubblicità

L'articolo 6 della CEDU ammette che ci possano essere limitazioni alla pubblicità per motivi specifici. Queste limitazioni devono essere:

- **Giustificate:** È necessario dimostrare che le restrizioni siano necessarie e proporzionate, tenendo in considerazione le finalità del processo.
- **Conformi a Interessi Superiori:** Alcune fasi del processo, come le indagini preliminari o le misure cautelari, necessitano di riservatezza per evitare che l'intervento della giustizia venga compromesso.

Equilibrio tra Pubblicità e Segretezza

Il principio della pubblicità deve essere bilanciato con le esigenze del processo. La fase del dibattimento, ad esempio, deve essere aperta al pubblico, garantendo che tutte le prove siano discusse in un contesto pubblico. Tuttavia, ci sono fasi del processo in cui la segretezza è legittima, come:

- **Indagini Preliminari:** Qui, la riservatezza è necessaria per la raccolta di prove e per proteggere le parti coinvolte.
- **Misure Cautelari:** In questo caso, è essenziale **non** avvisare il soggetto in anticipo per garantire l'efficacia dell'azione penale.

Criticità del Sistema Giudiziario: Esistono problematiche specifiche riguardanti l'uso di prove **non** emerse nel contraddittorio. Il nostro sistema giudiziario attuale consente, in alcune circostanze, l'uso di dichiarazioni di testimoni che non sono stati esaminati dall'accusato, il che può costituire una violazione del diritto alla difesa e alla pubblicità.

Eccezioni al Principio di Pubblicità

L'articolo 6, paragrafo 1 della CEDU menziona alcune eccezioni alla pubblicità, tra cui:

- **Valori di Rilevanza Generale:** Situazioni che riguardano la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico.
- **Interessi Individuali:** La protezione dei minori e della vita privata delle parti.
- **Circostanze Speciali:** Situazioni particolari che giustificano la limitazione della pubblicità.

Le eccezioni sono formulate con termini generali, permettendo così ai diversi sistemi giuridici di modulare il principio di pubblicità secondo le proprie necessità, ma ciò può dare adito a **critiche** circa l'interpretazione e l'applicazione di tali eccezioni:

1. **Ambito di Applicazione delle Eccezioni:** Non è chiaro se le eccezioni contemplative dell'articolo 6 riguardino esclusivamente le fasi di svolgimento del processo o se si estendano anche alla pronuncia finale del giudice. Questo solleva dubbi su quali situazioni giustifichino una limitazione della pubblicità.
2. **Definizione di "Sentenza Pubblica":** Esiste incertezza su cosa si intenda per "*sentenza [che] deve essere resa pubblicamente*". Si chiede se la sentenza debba

essere proclamata davanti a un pubblico presente o se debba semplicemente essere accessibile a chiunque, anche senza una proclamazione in aula. Ancora, vuol dire che la sentenza deve basarsi su elementi emersi nel contesto pubblico, in una fase caratterizzata da pubblicità?

3. **Struttura Procedurale Nazionale:** Ci sono problemi strutturali nel nostro sistema giudiziario relativi a specifiche tipologie procedimentali, come nel caso delle misure di prevenzione patrimoniali e di sicurezza. Tali misure possono essere adottate *inaudita altera parte*, senza che l'interessato possa esprimere la propria posizione.
 - **C. eur. 13/11/2007, Bocelloni c. Italia**
 - **C. eur. 5/1/2010, Bongiorno c. Italia**
 - **C. eur. 10/4/2012, Lorenzetti c. Italia**

Misure di Prevenzione e Sicurezza

Nel caso di **De Tommaso**, è emersa la necessità di chiarire meglio i termini relativi alle misure di prevenzione, in quanto queste possono essere applicate senza la partecipazione degli interessati. La **Corte di Strasburgo** ha evidenziato che l'assenza di un meccanismo di partecipazione degli interessati potrebbe violare i diritti sanciti dall'articolo 6.

- **Corte costituzionale 93/2010:** Ha dichiarato illegittima l'impossibilità per gli interessati di richiedere che il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica.
- **Corte costituzionale 135/2014:** Ha ritenuto incostituzionali le norme che regolano il procedimento davanti al magistrato di sorveglianza e al tribunale di sorveglianza per l'applicazione delle misure di sicurezza, in quanto **non** consentono la pubblicità su richiesta degli interessati.

Riflessioni sul Giudizio di Legittimità: La **Corte costituzionale** ha ritenuto illegittimo che l'interessato non potesse interloquire sul fondamento del provvedimento. Se la Corte Europea dei Diritti Umani stabilisce che una norma non rispetta l'articolo 6, la Corte costituzionale può dichiararla illegittima in base all'articolo 117, qualora non sia possibile trovare un'interpretazione conforme.

Situazioni Riconosciute dalla Corte Europea

1. **Giudizio di Cassazione:** La Corte ha riconosciuto che un giudizio di Cassazione può essere condotto senza pubblicità **se** è limitato all'esame della legittimità di un provvedimento già reso pubblicamente (C. eur. 22/2/1984, *Sutter c. Svezia*).
2. **Giudizio di Appello:** È stato ammesso che un giudizio di appello possa basarsi esclusivamente sull'esame del fascicolo procedimentale (C. eur. 29/10/1991, *Fejde c. Svezia*).
3. **Rinuncia alla Pubblicità (principio disponibile):** La Corte ha stabilito che è possibile rinunciare alla garanzia di pubblicità nelle udienze, a condizione che **non** si opponga a un significativo interesse pubblico e che la rinuncia sia consapevole e non equivoca (C. eur. 21/2/1993, *Hakansson c. Svezia*).¹³

Il principio di pubblicità nell'amministrazione della giustizia in Italia
Esso è saldamente ancorato alla **Costituzione**:

¹³ Vi è un interesse pubblico a che determinate fasi vengano rese nella pubblicità.

Articolo 101 della Costituzione Italiana: *"La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge."*

1. **Significato:** Questo articolo stabilisce che le decisioni giudiziarie devono essere pronunciate nel nome del popolo italiano. Ciò implica che la giustizia **non** è un affare privato, ma un'istituzione pubblica che deve rendere conto al popolo. Questo articolo è il fondamento costituzionale del principio di pubblicità.
2. **Implicazione sul Principio di Pubblicità:** Poiché la giustizia viene amministrata in nome del popolo, è fondamentale che il popolo possa conoscere i modi in cui tale amministrazione avviene e i risultati che essa produce. Questa trasparenza è essenziale per garantire la fiducia nella giustizia e nel suo funzionamento.

Articoli 24 e 111 della Costituzione Italiana

1. **Articolo 24, comma 2:** *"La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento."*
 - Questo articolo, pur focalizzandosi sul diritto alla difesa, implica anche la necessità di pubblicità **interna**, cioè il diritto delle parti di avere accesso e conoscenza degli atti del processo.
2. **Articolo 111, comma 2:** *"Ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti in condizione di parità e con la garanzia della pubblicità."*
 - Qui si afferma esplicitamente il principio di pubblicità, che deve garantire che le parti abbiano accesso agli atti e possano interagire in un ambiente giuridico trasparente.

Tipologie di Pubblicità

La pubblicità si divide in due categorie principali:

1. **Pubblicità Interna:** Riguarda il diritto delle **parti** di conoscere gli atti del processo. È fondamentale per garantire un giusto processo e per permettere alle parti di preparare la loro difesa in modo equo e informato.
2. **Pubblicità Estera:** Si riferisce al diritto del **pubblico** (non parte del processo) di avere accesso e conoscenza degli atti del processo. **Tipologie:**
 - **Pubblicità Immediata:** Riguarda la visibilità delle udienze e delle sentenze in tempo reale, consentendo al pubblico di assistere ai procedimenti.
 - **Pubblicità Mediata:** Involge la possibilità di accesso ai documenti del processo attraverso pubblicazioni ufficiali o altre forme di comunicazione, rendendo le informazioni disponibili anche a chi non può assistere direttamente.

Limitazioni alla Pubblicità

Il principio di pubblicità non è assoluto e può essere soggetto a limitazioni necessarie per il contemperamento con altri interessi costituzionalmente garantiti. Tali limitazioni possono includere:

1. **Tutela delle Indagini:** La pubblicità potrebbe interferire con le indagini in corso, compromettendo la raccolta di prove o la sicurezza degli investigatori.
2. **Tutela di Determinati Soggetti:** In particolare, la protezione dei minori o di persone vulnerabili, dove la pubblicità può risultare dannosa o compromettente.
3. **Corretto Svolgimento del Processo:** Per garantire che il processo si svolga senza interferenze esterne o pressioni indebite.
4. **Sicurezza dei Partecipanti:** In alcune situazioni, la pubblicità potrebbe compromettere la sicurezza fisica o psicologica dei partecipanti al processo.

MOTIVAZIONE

Principio di derivazione giurisprudenziale che si ricava da:

- **Principio di Buon Amministrazione della Giustizia** → Il principio di buon'amministrazione della giustizia è sancito dalla CtEDU, che stabilisce che le decisioni dei giudici devono essere chiare e motivate. Ad esempio, nel caso **Alija c. Grecia** (C. eur. 7/4/2005, § 21), si sottolinea l'importanza della chiarezza e della motivazione nella giustizia.
- **Canone dell'equità del processo** → Analogamente, nel caso **H. c. Belgio** (C. eur. 30/11/1987, § 53), la Corte ha riconosciuto la necessità di un equo processo, dove la motivazione delle sentenze è essenziale per garantire i diritti delle parti.

Obbligo di Motivazione

1. **Obbligo Generale:** Ogni provvedimento giudiziario deve essere motivato, tranne per il decreto (nel nostro sistema), che ha una funzione di gestione delle fasi processuali e non richiede una motivazione sul merito.
2. **Importanza della Motivazione:** La motivazione consente al pubblico e alle parti coinvolte di comprendere le ragioni alla base della decisione, esercitando un controllo sulla correttezza e sull'imparzialità della stessa. Se il giudice non fosse obbligato a motivare le sue decisioni, ciò potrebbe portare a decisioni arbitrarie; caso **Baucher c. Francia** (C. eur. 24/7/2007, § 49).
 1. **Baucher c. Francia** (C. eur. 24/7/2007, § 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».*
 2. Questo discorso è connesso al principio di pubblicità: spiego come sono arrivato alla decisione. Conoscere la motivazione costituisce un controllo che il pubblico può fare per valutare la correttezza della decisione assunta dal giudice. Se la parte conoscibile fosse solo il dispositivo, il giudice potrebbe fare ciò che vuole.
3. **Derivazione Giurisprudenziale:** Sebbene l'obbligo di motivazione non sia esplicitamente previsto all'articolo 6, è riconosciuto attraverso la giurisprudenza della CtEDU, evidenziando l'importanza di rendere conto delle decisioni in modo chiaro e trasparente.

Significato del Principio

- **Chiarezza nella Motivazione:** La motivazione deve essere comprensibile e accessibile, permettendo alle parti e ai loro legali di comprendere le ragioni che hanno portato alla decisione.
- **Strumento di Impugnazione:** Una motivazione chiara consente agli avvocati di valutare se sussistano i presupposti per un'impugnazione. Senza una motivazione adeguata, è difficile per le parti identificare le basi legali della decisione e contestarla efficacemente.
- **Controllo dell'Imparzialità:** Fornendo una motivazione dettagliata, il giudice è sottoposto a un controllo indiretto della propria imparzialità, poiché le sue ragioni devono essere esposte e giustificate in modo pubblico e verificabile.

Estensione del Dovere di Motivazione

Ci sono diversi modi che i giudici utilizzano per redigere la motivazione che hanno attirato l'interesse della CtEDU:

1. **Motivazione per *Relationem***: La Corte ha riconosciuto che è legittimo rifarsi a motivazioni **già** esposte in precedenti decisioni, purché ciò avvenga in modo coerente e compatibile con il procedimento in corso (C. eur. 10/4/2007, Panarisi c. Italia, § 71).
2. La motivazione può variare in base al **tipo di impugnazione** (C. eur. 9/12/1994, Hiro c. Spagna, § 27) e alla **natura del procedimento** (C. eur. 29/5/1997, Georgiadis c. Grecia, § 42). Questo implica che, a seconda del contesto e del tipo di decisione, il grado di dettaglio richiesto nella motivazione possa differire (es. la motivazione della cassazione riguarderà solo profili di diritto, non il fatto).
3. **Iter Processuale**: La motivazione deve riflettere un iter processuale che rispetti il diritto all'ascolto delle parti (*hearing*), garantendo che il giudice prenda in considerazione le argomentazioni e le prove presentate. Vi è quindi la necessità di basarsi su elementi che sono emersi nel corso del dibattimento.¹⁴

Chiarezza e Precisione della Motivazione

1. **Prove e Argomentazioni**: La motivazione deve basarsi su prove concrete e deve essere formulata in modo chiaro e preciso. È essenziale che le argomentazioni siano coerenti con gli elementi emersi nel corso del dibattimento.
2. **Differenze tra Tipi di Provvedimenti**: La motivazione per i provvedimenti cautelari, ad esempio, si concentrerà sulla sussistenza di gravi indizi e sulle esigenze specifiche, mentre per la Cassazione si focalizzerà principalmente su profili di diritto, non sul merito dei fatti.

L'articolo 111 della Costituzione

1. Obbligo di Motivazione

1. **Comma 6**: *Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.*

1. **Universalità dell'Obbligo**: Questo principio si applica a **tutti** i provvedimenti giurisdizionali, sia quelli degli organi giurisdizionali ordinari che speciali. La motivazione è fondamentale per garantire la trasparenza e l'equità nelle decisioni giudiziarie.

2. **Comma 7**: *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.*

1. **Ricorso in Cassazione**: Questo comma stabilisce un importante rimedio giuridico per le parti. Se un provvedimento **non** è motivato adeguatamente o se ci sono violazioni della legge, le parti possono impugnare la decisione davanti alla Corte di Cassazione, garantendo una tutela aggiuntiva dei diritti.

2. **Contenuti della Motivazione** → La motivazione deve coprire due aspetti fondamentali:

- **In Diritto**: Deve dare conto delle ragioni dell'interpretazione data alle norme rilevanti nel caso deciso. Questo implica un'analisi chiara delle norme applicate e della loro interpretazione, consentendo alle parti di comprendere il ragionamento giuridico dietro la decisione.

¹⁴ Diversamente, un provvedimento cautelare si concentrerà sulla sussistenza dei gravi indizi e delle esigenze/finalità.

- **In Fatto:** Deve indicare le prove poste alla base del convincimento, i criteri seguiti nella loro valutazione, gli esiti di tale valutazione e le ragioni per le quali **non** si sono ritenute attendibili le prove contrarie. Ciò significa che la motivazione deve dimostrare come il giudice ha valutato le prove e perché ha dato credito a certe evidenze rispetto ad altre.

3. Funzioni della Motivazione → La motivazione ha una duplice funzione:

- **Funzione Endoprocessuale:** Assicura la legalità e la giustizia dei provvedimenti. È un completamento necessario delle garanzie dei diritti di difesa, del contraddittorio e della prova sancite dagli articoli 24, comma 2, e 111, commi 2-5 della Costituzione. Ciò garantisce che le parti siano ascoltate e che le loro argomentazioni siano considerate.
- **Funzione Extraprocessuale:** La motivazione è conoscibile dal pubblico, il che consente all'opinione pubblica di:
 - **Conoscere le Ragioni:** Le motivazioni rendono pubbliche le ragioni che hanno condotto il giudice ad adottare la decisione, contribuendo alla trasparenza del sistema giudiziario.
 - **Valutare la Legalità e la Giustizia:** La motivazione consente al pubblico di valutare la correttezza della decisione e la sua conformità alla legge, promuovendo la fiducia nel sistema giudiziario.

DIRITTO ALL'IMPUGNAZIONE

Il diritto all'impugnazione **non** è esplicitamente menzionato nell'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), ma trova la sua base legale nell'articolo 2 del Protocollo 7 CEDU e nell'articolo 14 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici. Queste disposizioni riconoscono il diritto di ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale di far esaminare la propria condanna da una giurisdizione superiore.

1. Riconoscimento del Diritto all'Impugnazione

- **Articolo 2 del Protocollo 7 CEDU:** Stabilisce che *"ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale ha diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore. L'esercizio di tale diritto, ivi compresi i motivi per cui esso può essere esercitato, è disciplinato dalla legge"*.
 - Questo diritto è riservato esclusivamente all'imputato e non si estende al pubblico ministero o alla vittima del reato.
- **Limiti al Diritto di Impugnazione:** L'articolo stesso riconosce che l'esercizio del diritto di impugnazione può essere soggetto a eccezioni, come nei casi di reati minori (definiti dalla legge), o quando l'interessato è **già** 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.

2. Interpretazione del Diritto all'Impugnazione → Il diritto di impugnazione consente a una persona condannata di adire un giudice superiore per rivedere e valutare l'operato del giudice di primo grado. È importante notare che:

- **Assoluzione:** L'articolo **non** specifica se una persona assolta abbia diritto di impugnare la sentenza. Dal punto di vista letterale, un sistema che **non** prevede la possibilità di impugnazione per le persone assolte potrebbe essere considerato

legittimo. **Tuttavia**, ci sono situazioni in cui la formulazione di un'assoluzione potrebbe dare all'interessato un interesse a impugnare.

- **Pubblica Accusa**: La CEDU **non** prevede esplicitamente che la pubblica accusa possa impugnare una sentenza di proscioglimento. L'interesse della Convenzione è garantire una protezione minima: che la persona dichiarata colpevole possa sempre ricorrere a un giudice superiore.

3. Evoluzione Giurisprudenziale della Corte Europea → Nel corso degli anni, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CtEDU) ha mostrato una tendenza a espandere le garanzie relative al diritto di impugnazione:

- **Ampliamento delle Garanzie**: La Corte ha interpretato il diritto di impugnazione in modo da garantire una protezione più ampia possibile per gli individui, incluso il riconoscimento di situazioni in cui l'imputato o terzi possano avere interesse a impugnare anche le decisioni di proscioglimento.
- **Importanza della Revisione Giudiziaria**: L'obiettivo è garantire che vi sia sempre una possibilità di revisione giuridica, a favore di una maggiore giustizia e imparzialità nel sistema giudiziario.
- **Diritto all'Impugnazione nel Sistema Giuridico Italiano**: Il sistema giuridico italiano si distingue per la sua apertura rispetto al diritto di impugnazione, permettendo non solo al condannato, ma anche al pubblico ministero, alla parte civile e al responsabile civile di presentare ricorso. Questo approccio garantisce che tutti gli attori del processo possano far valere i propri diritti, nei modi e nei termini stabiliti dalla legge.

La giurisdizione: doppio grado di giudizio

Anche nel **secondo** grado di giudizio, le garanzie del processo equo devono essere rispettate, tenendo conto delle peculiarità del procedimento in questione. Nei giudizi di appello, l'udienza è molto diversa rispetto a quella dinanzi ad un tribunale, visto che non c'è attività probatoria, non si assumono le prove, in quanto è uno strumento di controllo dell'operato del giudice di primo grado, per cui ci si basa su quanto emerso in primo grado. Il giudice di secondo grado si basa sulle trascrizioni degli esami dei testimoni, delle udienze, per valutare se il giudice di primo grado ha correttamente fatto affidamento su tali testimoni.

1. Applicazione delle Garanzie del Processo Equo: Nella sentenza **Hanu c. Romania**, la Corte ha affermato che vi è stata una violazione dell'articolo 6 nel caso in cui il giudice di appello abbia emesso una pronuncia di condanna senza procedere a una nuova audizione dell'imputato e dei testimoni, nonostante la necessità di una rivalutazione completa, sia in fatto che in diritto, della questione impugnata. Questa decisione evidenzia che, per garantire un processo equo, è cruciale riascoltare le testimonianze nel caso di una modifica sostanziale della sentenza di primo grado, specialmente se si passa da un'assoluzione a una condanna.

2. Sentenze Rilevanti della CtEDU

- **C. eur. Lorefice c. Italia** (giugno 2017): Qui, la Corte ha riscontrato una violazione dell'articolo 6 poiché il ricorrente era stato condannato per la prima volta in appello a seguito della rivalutazione in *malam partem* delle prove che avevano portato all'assoluzione in primo grado, senza una rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.
- **C. eur. Kashelev c. Estonia** (aprile 2016): La Corte ha stabilito che **non** si verifica una violazione dell'articolo 6 quando la rinnovazione dell'istruttoria **non** avviene, a

condizione che l'ordinamento garantisca adeguate **protezioni** contro valutazioni arbitrarie o irragionevoli delle prove. Per esempio, l'obbligo per il giudice d'appello, in caso di riforma del proscioglimento, di esporre una motivazione particolarmente approfondita sulle ragioni del mutato apprezzamento delle risultanze processuali, con l'evidenza degli errori compiuti dal giudice di primo grado.

- La sentenza testimonia il fatto che è molto difficile trarre dalle sentenze un principio generale, visto che la CtEDU è un giudice del caso concreto. Il fatto che ci sia violazione o meno dipende dal caso concreto, infatti questa sentenza non ci dice che in questi casi il principio deve essere la rinnovazione del dibattimento: può anche non aversi rinnovazione, basta che sia giustificato il fatto di passare da una sentenza di proscioglimento ad una di condanna. Occorre una motivazione rafforzata da altri elementi che spieghino perché si sta valutando diversamente la situazione. Ciò si può dimostrare anche senza risentire il testimone, se è probabile che questi si rifarà alle dichiarazioni rese in sede dibattimentale.
- **C. eur. Marilena Carmen Popa c. Romania** (febbraio 2020): In questo caso, la Corte ha stabilito che la condanna in appello, basata sulla rivalutazione del peso probatorio di una consulenza tecnica, **non** costituiva violazione del diritto a un processo equo **se l'imputato era stato presente e si era difeso**. Questo caso illustra che, quando il disaccordo tra giudici riguarda il valore di una testimonianza esperta, **non** è necessaria una rinnovazione del dibattimento, a condizione che le conclusioni del giudice non siano arbitrarie o manifestamente irragionevoli.

Contenuti dell'Articolo 603 c.p.p.

L'art. 603 prevede la possibilità, in casi eccezionali, di rinnovare l'istruttoria davanti alla corte d'appello, formando prove e riascoltando testimoni.

1. **Rinnovazione dell'Istruttoria:**

- **Richiesta di Parte:** Se una parte, nell'atto di appello o nei motivi presentati ai sensi dell'articolo 585 comma 4, richiede la riassunzione di prove già acquisite o l'assunzione di nuove prove, il giudice deve decidere se può procedere sulla base degli atti esistenti. Se **non** è in grado di farlo, deve disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.
 - **Nuove Prove:** Se le prove sono sopravvenute o scoperte **dopo** il giudizio di primo grado, il giudice disporrà la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei limiti stabiliti dall'articolo 495 comma 1.
2. **Rinnovazione d'Ufficio:** Il giudice ha la facoltà di disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale di ufficio se la ritiene assolutamente necessaria (comma 3).
3. **Appello del Pubblico Ministero** → **Comma 3-bis:** Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento, se il motivo riguarda la valutazione della prova dichiarativa, il giudice deve disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.

Tipi di Rinnovazione su richiesta di parte:

- **Facoltativa** (comma 1) → La rinnovazione è facoltativa quando si richiede la riassunzione di prove **già** acquisite nel primo grado o quando si chiedono prove nuove

già note alle parti. In questi casi, il giudice deve decidere **se** può esaminare la causa senza rinnovare l'istruttoria.

- **Obbligatoria** (comma 2) → La rinnovazione è obbligatoria se le prove sono nuove e sono state scoperte o sono sopravvenute **dopo** il giudizio di primo grado. In questo caso, il giudice non ha margini di discrezionalità e deve procedere alla rinnovazione.

La rinnovazione *ex officio* introdotta dalla l. 103/2017

- **Comma 3-bis** dell'art. 603: Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento, quando il motivo di appello riguarda la valutazione della prova dichiarativa, il giudice è obbligato a disporre la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.
 - **Cristallizzazione del Principio Giuridico** stabilito dalla **Cassazione S.U. n. 27620 del 2016 (Dasgupta)** afferma che: Se il giudice d'appello intende riformare una sentenza di proscioglimento per affermare la responsabilità dell'imputato, sulla base di una nuova valutazione della prova dichiarativa considerata decisiva, deve disporre la rinnovazione dell'istruttoria mediante l'esame dei soggetti che hanno reso tali dichiarazioni.¹⁵
- La **Corte di Cassazione (sez. V, 16 aprile 2019, n. 19730)** ha chiarito che: Anche se l'appello del pubblico ministero è centrato sulla contestazione della valutazione della prova dichiarativa, **non** è obbligatorio per il giudice procedere alla riassunzione della prova dichiarativa. Tuttavia, il giudice deve:
 - a) Verificare l'ammissibilità dei motivi d'appello secondo l'art. 581 c.p.p.
 - b) Valutare la decisività delle prove indicate dall'appellante.
 - c) Considerare la necessità della loro rinnovazione mirata.
- **Caratteristiche della Prova Dichiarativa** → La **Cassazione S.U. n. 14426 del 2019** stabilisce che la prova dichiarativa, secondo l'art. 603, comma 3-bis, deve presentare alcune caratteristiche fondamentali:¹⁶
 1. Può trattarsi di dichiarazioni percettive o valutative.
 2. Deve essere espletata oralmente (testimonianza, esame delle parti, confronti, ricognizioni), perché questo è l'unico mezzo che garantisce ed attua i principi di oralità ed immediatezza: di conseguenza, in essa non possono essere ricompresi quei mezzi di prova che si limitano a veicolare l'informazione nel processo attraverso scritti o altri documenti (art. 234 c.p.p.);

¹⁵ Prima che questo principio fosse introdotto con questa legge, era già stato fatto proprio dalle SU un anno prima, interpretando l'articolo in maniera molto estensiva, in modo da renderlo conforme all'art. 6 CEDU. Se il giudice d'appello ritiene che talune dichiarazioni siano state mal interpretate, nel senso che una sentenza di proscioglimento potrebbe diventare di condanna, i testimoni in questione debbono essere risentiti.

¹⁶ «La **dichiarazione resa dal perito** nel corso del dibattimento costituisce una **prova dichiarativa**. Di conseguenza, ove risulti decisiva, il giudice di appello ha **l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale**, nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa [...] Ove, nel giudizio di primo grado, della relazione peritale sia stata data la **sola lettura senza esame del perito**, il giudice di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, condanni l'imputato assolto nel giudizio di primo grado, **non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale** attraverso l'esame del perito [...] Le dichiarazioni rese dal consulente tecnicamente oralmente, vanno ritenute prove dichiarative, sicché, ove siano poste a fondamento dal giudice di primo grado della sentenza di assoluzione, il giudice di appello - nel caso di riforma della suddetta sentenza sulla base di un diverso apprezzamento delle medesime - ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale tramite l'esame del consulente».

3. Deve essere considerata decisiva, essendo stata alla base dell'assoluzione del primo giudice.

- **Situazioni di Non Necessità di Rinnovazione** → Ulteriori sentenze (Cass. VI n. 6804/2019, Cass. VI, n. 12397/2018, Cass. V, n. 32351/2018) evidenziano che: La riassunzione delle prove dichiarative non è necessaria in caso di mutamento della qualificazione giuridica del fatto, a meno che non vi sia una difforme valutazione della prova dichiarativa da parte del giudice d'appello rispetto al giudizio di primo grado.
- **Riflessioni Critiche**
 1. **Disparità di Trattamento:** È possibile che si verifichino questioni di legittimità costituzionale se la rinnovazione diventa obbligatoria **solo** per l'appello del pubblico ministero. Questo potrebbe creare disparità rispetto all'appello dell'imputato, in quanto la rinnovazione resterebbe disciplinata dalla clausola della "non decidibilità allo stato degli atti", con una disparità delle armi che la Corte costituzionale è probabilmente destinata a censurare.
 2. **Conseguenze per l'Imputato:** Si deve considerare che l'appello del pubblico ministero può avere conseguenze molto più sfavorevoli per l'imputato rispetto a quello proposto dallo stesso. Pertanto, il legislatore ha previsto una disciplina differente.
 3. **Efficacia dei Testimoni:** C'è una critica sulla reale utilità della rinnovazione, poiché spesso i testimoni **non** apportano nuovi elementi. Le testimonianze possono risultare poco utili, considerando che i testimoni possono **non** ricordare dettagli cruciali a distanza di anni e confermare solo quanto già dichiarato nelle indagini.

NE BIS IN IDEM

L'articolo 6 CEDU non contiene esplicitamente il principio di ne bis in idem, ma si concentra sui diritti a un processo equo.

1. **Articolo 4 del Protocollo 7 CEDU:** Stabilisce il diritto a non essere *perseguiti* o condannati penalmente dallo stesso Stato per un'infrazione per la quale si è **già** stati assolti o condannati in via definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato.
 - Si specifica che la riapertura del processo è possibile **solo se** emergono fatti o elementi nuovi o se c'è stato un vizio fondamentale nella procedura.
 - È un principio inderogabile, non soggetto a deroghe ai sensi dell'art. 15 della CEDU.
 - Il principio normalmente implica che nessuno può essere condannato per gli stessi fatti, la stessa condotta nello stesso ordine di tempo, due volte. Qui però si parla però anche di "perseguito", il che porta a pensare che non si possa nemmeno iniziare un'indagine nei confronti del condannato in merito agli stessi fatti.
 - Inoltre, siamo in ambito domestico, il che in teoria non impedisce la possibilità che sia un altro stato a perseguire il medesimo soggetto condannato da un altro stato, quindi la garanzia è limitata alla sfera domestica.
2. **Articolo 14 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici:** Riconosce il diritto a non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato.
3. **Articolo 50 della Carta di Nizza:** Conferma che nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato in via definitiva

nell'Unione Europea conformemente alla legge. Il riferimento non è limitato a nuove condanne, ma include anche nuovi procedimenti penali, escludendo i provvedimenti di archiviazione della *notitia criminis*.

o **Ambito di Applicazione**

- La norma **confina** la garanzia **nell'ambito domestico**, **non** impedendo alla giurisdizione di altro Stato – firmatario della Cedu o terzo – di perseguire il medesimo soggetto per gli stessi fatti per i quali sia già stata pronunciata da un primo Stato una sanzione definitiva.
- Dopo il Trattato di Lisbona che ha attribuito valore legale alla Carta di Nizza, l'art. 50 Carta Nizza consente di valicare il ristretto ambito territoriale descritto dall'art. 4 Prot. n. 7 Cedu, abbracciando sia il *ne bis in idem* interno, sia quello eurounitario o transnazionale.

Protocollo n. 7

- Germania, Paesi Bassi, Regno Unito e Turchia hanno deciso di **non** aderire alla protezione aggiuntiva, che pure è qualificabile come garanzia inviolabile e non derogabile, al pari del divieto di tortura, visto l'esplicito riferimento operato dal comma 3 dell'art. 4 all'art. 15 Cedu.
- All'atto della ratifica del Protocollo 7, **l'Italia** ha depositato una riserva, ossia una dichiarazione che esclude l'applicabilità interna del divieto di *ne bis in idem* per violazioni e sanzioni **non** qualificate come penali dalla legge italiana.

Eccezioni

Diverse sentenze hanno delineato le **eccezioni** a questo principio e chiarito in quali circostanze non si applica. Ecco una sintesi delle principali decisioni della Corte EDU:

1. Istituto della Revisione¹⁷

- **Corte europea, sentenza del 20/7/2004, Nikitine c. Russia (§ 44-47):** La Corte ha stabilito che l'istituto della revisione di un processo penale **non** viola il principio di *ne bis in idem*, a condizione che siano emersi nuovi elementi o prove che giustifichino una nuova valutazione del caso. Questo consente di riaprire un processo in presenza di circostanze che non erano state considerate in precedenza.

2. Sanzioni Complementari e Connessione tra Procedure

- **Corte europea, sentenza del 21/9/2006, Maszani c. Romania (§ 69):** La Corte ha ritenuto che il principio di *ne bis in idem* **non** impedisce l'irrogazione di sanzioni complementari che, sebbene distinte, sono strettamente connesse a un precedente procedimento. Ad esempio, può essere lecito infliggere una sanzione penale e una disciplinare per lo stesso comportamento, purché siano giustificate dalle diverse nature delle violazioni.

3. Condanne Concomitanti per Illeciti Diversi

- **Corte europea, sentenza del 24/6/2003, Gorandy c. Francia:** In questo caso, la Corte ha stabilito che il principio di *ne bis in idem* **non** si applica quando si infliggono

¹⁷ La revisione, che è solo favor rei, potendo quindi essere attivata solo dal condannato quando emergono fatti nuovi capaci di dimostrare che il condannato doveva essere prosciolto. La procedura contraria non esiste, sempre a garanzia dell'imputato. Alcuni sistemi invece lo prevedono (es. Russia) ed è compatibile.

condanne per illeciti diversi. La Corte ha sottolineato che la pluralità di condanne può essere giustificata se i fatti di cui si discute riguardano comportamenti distinti.

- **Corte europea, sentenza del 4/3/2008, Garretta c. Francia (§ 75):** Anche in questo caso, è stata riconosciuta la possibilità di infliggere condanne successive basate su comportamenti che, sebbene simili o identici, si sono verificati in momenti diversi. Questo è stato interpretato come una legittima applicazione del diritto penale, non violando il principio di ne bis in idem.

4. Sanzioni di Natura Amministrativa o Disciplinare → La Corte ha chiarito che il divieto di ne bis in idem non si applica solo in relazione a condanne penali, come accade in relazione al corrispondente divieto riconosciuto a livello nazionale dall'**art. 649 c.p.p.**; ma si estende anche a procedure di natura amministrativa o disciplinare che abbiano un carattere sostanzialmente punitivo.

- **Corte europea, Grande Stevens c. Italia (2014):** In questa sentenza, la Corte ha esaminato un caso in cui il ricorrente era stato sanzionato sia in ambito penale che in ambito amministrativo per lo stesso comportamento. La Corte ha sottolineato che, anche se un procedimento è formalmente qualificato come "amministrativo", può comunque violare il principio di ne bis in idem se implica sanzioni di natura punitiva.

DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO

È configurato come «**diritto soggettivo**» individuale immediatamente azionabile (anziché in chiave di **canone oggettivo** la cui attivazione è affidata alla legge **come prevede art. 111 c.2 Cost**):¹⁸

- **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».

È un principio fondamentale previsto dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), specificamente nell'articolo 5, paragrafo 3, che stabilisce il diritto di ogni persona arrestata o detenuta a essere tradotta "al più presto" dinanzi a un giudice e a essere giudicata entro un termine "ragionevole". La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) ha elaborato nel tempo criteri e parametri per valutare la ragionevolezza della durata del processo.

Ratio e Giurisprudenza

- Il principio di durata ragionevole è stato sottolineato nella sentenza **Wemhoff c. Germania** (27/7/1968), dove la Corte ha evidenziato la necessità di evitare che l'imputato possa "*restare troppo a lungo sotto il peso di un'accusa*".
- La giurisprudenza ha stabilito che per valutare la durata di un processo si deve considerare:

¹⁸ La garanzia della durata ragionevole del processo come diritto soggettivo spesso significa che a tale garanzia si può anche rinunciare in maniera consapevole ed esplicita, proprio perché viene espressa come diritto soggettivo in capo all'imputato, e non come canone oggettivo, caratteristica oggettiva del processo.

- **Dies a quo:** il momento di inizio del processo, di solito identificato con la formulazione dell'accusa, che è diverso in ogni sistema. Nel nostro processo, la giurisprudenza di Strasburgo tende a considerare l'iscrizione del nome nel registro degli indagati.
- **Dies a quem:** il momento conclusivo del processo, corrispondente al momento in cui la sentenza passa in giudicato, visto che la CtEDU considera tutto l'arco del processo.

Criteria Guida per la Valutazione della Durata

Complessità del Caso¹⁹

- **Alto numero di testi da escutare:** La presenza di numerosi testimoni può allungare significativamente i tempi del processo, richiedendo tempo per la loro escussione e valutazione delle prove.
- **Mole dei documenti da acquisire:** La necessità di esaminare una grande quantità di documenti e prove può aumentare la durata complessiva del processo.
- **Necessità di ricorrere a interpreti e traduttori:** In casi che coinvolgono lingue diverse, l'intervento di traduttori può causare ritardi.
- **Coinvolgimento di più persone:** La partecipazione di numerosi soggetti coinvolti, come co-imputati o parti civili, complica ulteriormente il procedimento.
- **Livello transnazionale delle manifestazioni criminali:** Casi che attraversano più giurisdizioni possono richiedere procedure più lunghe per coordinare le indagini e le udienze.

Condotta del Ricorrente²⁰

- Il ricorrente è tenuto a svolgere gli atti che lo riguardano con diligenza, evitando manovre dilatorie e sfruttando le possibilità offerte dal diritto interno per abbreviare il procedimento.
- L'intenzione di ritardare le indagini può teoricamente non influenzare l'irragionevolezza della durata, ma se l'imputato si sottrae alla giustizia di uno Stato rispettoso del principio di supremazia del diritto, la presunzione è che **non** possa lamentarsi dell'irragionevolezza della durata per il periodo successivo alla sua evasione, a meno che non sussistano circostanze che giustifichino tale situazione.

Comportamento delle Autorità Statali²¹

- **Efficienza degli organi giudiziari:** Lo Stato ha l'obbligo di garantire l'efficienza dei propri servizi e dei tribunali. Ogni Paese deve assicurare che i suoi apparati giudiziari funzionino in modo da rendere effettive le garanzie di giusto processo.

¹⁹ Un processo per furto può essere più veloce di un processo che riguarda la banca rotta di un intero gruppo societario dal punto di vista dell'accertamento probatorio, necessitando quindi di più tempo.

²⁰ L'accusato potrebbe anche porre in essere comportamenti ed attività volte a portare in là il termine del processo, banalmente per lucrare la prescrizione del reato. Anche l'interessato che non partecipa o che ha posto in essere comportamenti volti soltanto ad allungare la durata influisce quando si va a valutare se il processo ha avuto o meno durata ragionevole.

²¹ Se il processo è caratterizzato da udienze fissate a grande distanza rispetto ad un'altra, il processo sarà più lungo: se il giudice rinvia l'udienza al mese successivo, ciò sarà un dato rilevante. Nell'ottica del sistema accusatorio, per il principio di oralità ed immediatezza, il processo dovrebbe iniziare e concludersi entro un termine molto breve, anche se non succede mai.

- **Carico di lavoro arretrato:** Un carico temporaneo di lavoro arretrato **non** implica automaticamente la responsabilità dello Stato; deve essere valutato caso per caso.

Questi criteri sono quelli che utilizza la CtEDU, e sono gli stessi che usa la corte d'appello nel nostro sistema, chiamata a valutare la durata nel nostro ordinamento prima di rivolgersi a Strasburgo in seguito alla legge Pinto.

Riferimenti Normativi

L'articolo 111 della Costituzione stabilisce:

- **Giusto processo:** La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge, che deve svolgersi nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale.
- **Durata ragionevole:** La legge assicura la ragionevole durata del processo, una caratteristica oggettiva del procedimento, a cui **non** è possibile rinunciare nemmeno da parte del condannato.

Problematiche e Prospettive

- **Efficienza della Giustizia:** Ogni anno, a causa della scarsa efficienza dei processi, si stima che venga garantito solo lo 0,01% del PIL per il settore giustizia. Ciò riflette una mancanza di investimenti significativi nel sistema giudiziario e una carenza di magistrati.
- **Riforme e Meccanismi:** Si stanno esplorando meccanismi per incentivare gli imputati a utilizzare riti alternativi, evitando il dibattimento. La riforma Cartabia ha introdotto un'idea di processo giusto che è anche efficiente, evidenziando la necessità di un equilibrio tra giustizia e tempistiche.

Rimedi per la Violazione: In Italia, il rimedio per la violazione del diritto a un processo di durata ragionevole è previsto dalla **Legge n. 86/2001** (c.d. Legge Pinto), successivamente implementata dalla **Legge n. 134/2012**. Questa legge consente agli interessati di chiedere un risarcimento per il danno subito a causa della violazione del diritto alla durata ragionevole del processo.

Considerazioni Finali

- **Tempistiche e Procedure:** È essenziale che un processo inizi e si concluda in tempi ragionevoli, idealmente in breve tempo, in linea con il principio di oralità e immediatezza del sistema accusatorio. Tuttavia, in pratica, ciò raramente avviene.
- **Valutazione Complessiva:** La valutazione della durata ragionevole deve considerare tutti i fattori del processo, inclusi i comportamenti delle parti e le tempistiche delle udienze, per garantire che gli imputati non subiscano ingiustificati ritardi.

Presunzione di innocenza

Tra gli elementi costitutivi della nozione di processo equo contemplata dall'art. 6 CEDU ed espressamente sancita dall'**art. 6 par. 2 CEDU** secondo cui: «*ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata*».

- non chiarisce se tale accertamento possa essere quello conseguente all'emanazione di una sentenza anche di **primo grado purché di condanna** o debba essere quello collegato a una **pronuncia definitiva**.

Art. 27 Cost.: *La responsabilità penale è personale.*

L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

Non è ammessa la pena di morte [se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra].²²

Nel nostro ordinamento, l'imputato non è considerato colpevole fino a condanna definitiva, quindi nel nostro sistema dovremmo parlare di **presunzione di non colpevolezza**, anche se la differenza con la presunzione di innocenza è nulla, è solo una diversa formulazione.

La presunzione di innocenza cade, invece, per l'art. 6 CEDU, quando la colpevolezza è legalmente accertata, il che potrebbe consistere anche in una sentenza di primo grado, mentre nella nostra costituzione tale presunzione viene meno solo con una condanna definitiva, quindi vi è un'estensione della garanzia maggiore rispetto a quella minima richiesta dalla convenzione. Una riforma che dicesse che la presunzione di innocenza cade con una sentenza di primo grado che accerta la responsabilità penale sarebbe conforme alle CEDU, ma necessiterebbe di una modifica dell'art. 27 cost.

Principali differenze tra l'art. **6.2 CEDU** si differenzia e l'**art 27.2 Cost.:**

- **Formula:** *la presunzione di innocenza / la presunzione di non colpevolezza;*
- **Ambito temporale** la prima dura sino al momento in cui la colpevolezza venga «legalmente accertata» anche in primo grado; la seconda dura sino a pronuncia della condanna definitiva. Da noi il condannato in primo grado all'ergastolo è ancora presunto innocente in quanto può appellare, perché la sua responsabilità non è stata ancora accertata con sentenza definitiva.

Ulteriori **conseguenze** del riconoscimento di questa presunzione:

- principio strettamente connesso alle «**esigenze di legalità del processo**». Pertanto, i giudici europei ritengono, ad esempio, che l'art. 6 comma 2 Conv. eur. dir. imponga agli Stati contraenti di:
 - o contenere in limiti ragionevoli l'utilizzo di presunzioni stabilite dalle norme incriminatrici;
 - o garantire comunque che esse **non** abbiano il carattere della obbligatorietà, dovendosi conferire al giudice un reale potere di apprezzamento della *re giudicanda*.
 - La garanzia è di per sé una presunzione, il che comporta che è il p.m. a dover portare all'interno del processo prove in grado di superare tale presunzione per poter ritenere accertata la responsabilità penale. Questa presunzione può portare la difesa a rimanere inerme, visto che è l'accusa a dover introdurre prove, mentre la difesa può attendere l'impossibilità dell'accusa di portare prove sufficienti.
- La presunzione di innocenza implica inevitabilmente una connotazione della posizione del giudice tale da richiedere una sua neutralità.
 - o l'organo giurisdizionale **non** può essere coinvolto in compiti che, anteriormente all'esaurirsi della verifica processuale dell'accusa, implicino una sua adesione a quell'*opinio delicti* che è invece il motore dell'ordinaria attività del pubblico ministero.
 - o se il giudice ha di fronte a sé un presunto innocente, la sua posizione non potrà che essere equidistante rispetto ad accusa e difesa, equidistanza che viene meno quando l'accusa porta elementi sufficienti a superare tale posizione, tali da permettere al giudice di formulare una sentenza di condanna.
- Legame tra **presunzione di innocenza** e **contraddittorio**:

²² Le parole tra parentesi quadrate sono state soppresse dall'art. 1 c.1 l.cost. 2 ottobre 2007, n.1.



- occorre *esaltare la dialettica tra le parti, affinché emerga la funzione dell'accusa di provare la colpevolezza dell'imputato, senza confusioni con il compito giurisdizionale concernente l'applicazione della legge nel caso concreto attraverso l'accertamento della verità;*
- va riconosciuto che *tenere l'accusato all'oscuro dello svolgimento processuale significa o volerne limitare le possibilità difensive o presupporre che lo stesso non abbia necessità informative perché coinvolto dai fatti per cui si procede, presumendosene pertanto la colpevolezza.*
- Il metodo del contraddittorio è conseguenza della presunzione di innocenza, non è solo il metodo migliore per inserire nel processo una prova il più possibile vicina alla verità.

La presunzione di innocenza è una:

- **Regola di trattamento** (condizione da riservare all'imputato durante il procedimento): l'accusato non può essere assimilato al colpevole nel corso del giudizio, fino a che la sua responsabilità non sia stata «legalmente accertata».
 - il trattamento degli imputati deve essere differenziato rispetto a quello dei condannati, esigendo la loro sottoposizione a un diverso regime penitenziario.
 - implicazione che viene espressamente convalidata anche **dall'art. 10 comma 2 lett. a) Patto int. dir. civ. pol.**, il quale sancisce che «*gli imputati, salvo circostanze eccezionali, devono essere separati dai condannati e sottoposti a un trattamento diverso, consono alla loro condizione di persone non condannate*».
 - trattamento nell'ambito degli istituti penitenziari;
 - impiego dei cosiddetti ferri di sicurezza durante la celebrazione delle udienze: gli deve essere riservata una condizione libera da vincoli; anche se detenuto per altra causa o sottoposto a misura cautelare, quando entra in udienza vengono tolti i “ceppi” (può rimanere dietro le sbarre in caso di esigenze di ordine pubblico);
- **Regola di giudizio** (decisione): la colpevolezza dell'imputato dev'essere provata al di là di ogni ragionevole dubbio e tale prova grava sull'accusa.
 - Va rispettata la regola di giudizio (denominata altresì "regola di decisione"), per la quale la colpevolezza dell'imputato deve essere provata, secondo la formula utilizzata nell'esperienza anglosassone e inserita nell'art. 533 comma 1 c.p.p. a seguito della sua sostituzione operata dall'art. 5 l. 20 febbraio 2006 n. 46, «al di là di ogni ragionevole dubbio» (*beyond any reasonable doubt*); qualora quest'ultimo sussista nel momento decisorio, il criterio epistemologico per una sua soluzione va identificato con il principio del *favor rei* o dell'*in dubio pro reo*, costituente espressione particolare della presunzione d'innocenza: si tratta di tre formule di diversa derivazione culturale, ma volte a conseguire effetti simili.
 - quando vi è un dubbio e se il dubbio rimane, la presunzione non si supera e si ha assoluzione, visto che la responsabilità penale va provata oltre ogni ragionevole dubbio *pro reo*, nel senso che si sceglie sempre l'interpretazione *favor rei* delle leggi da applicarsi.

Spostandoci sul piano europeo, questa garanzia è stata una di quelle che è stata maggiormente oggetto di implementazione dell'unione: **Direttiva (UE) 2016/343** del Parlamento Europeo e del

Consiglio del 9 marzo 2016 sul **rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.**

- 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 (questo passaggio ha portato nel nostro ordinamento l'introduzione del processo *in absentia*, con garanzie per la persona che decide consapevolmente di non partecipare al processo);
- art. 9 riconosce il diritto a un nuovo processo nel caso di mancata osservanza di quanto stabilito all'art. 8.

La presunzione di non colpevolezza nel nostro sistema

Il principio: art. 27 c.2 Cost. → l'imputato si presume e va trattato come innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata accertata dal giudice con sentenza definitiva.

- regola di trattamento dell'imputato
 - divieto di anticipazione della sanzione
 - limiti alla possibilità di restrizione della libertà personale (**art. 13**)
- regola di giudizio
 - la condanna deve fondarsi sulla prova dei presupposti
 - l'imputato deve essere prosciolto anche quando:
 - la prova necessaria per condannare manca, è insufficiente o contraddittoria (Cost. 175/1070; 1/1980);
 - provati i presupposti processuali, le condizioni di procedibilità, i presupposti e gli elementi del reato, il dubbio riguarda la prova di una causa di giustificazione, di non punibilità o di estinzione del reato (nel processo penale non può operare una regola di distribuzione tra le parti del rischio della mancata prova, quale quella ex **art. 2697 c.c.**).

Parità delle armi

- **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 dalla giurisprudenza di Strasburgo;
- postula la «parità delle armi» tra accusa e difesa, che devono essere dotate degli stessi strumenti. Sono entrambi attori del processo che si devono muovere sulla scacchiera del procedimento con strumenti simili se non uguali;
- 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).
- In questi casi gli strumenti possono essere diversi.

Nel nostro sistema, il p.m. ha maggiori poteri durante le indagini preliminari. La CtEDU quando parla di principio di parità delle armi lascia però la possibilità che in alcune fasi del processo, per la finalità di quella fase, quegli strumenti possano essere effettivamente diversi.

Se diverse fasi del processo possono vedere accusa e difesa su posizioni differenti per quanto riguarda le armi, da un punto di vista convenzionale, *la parità quando deve essere garantita per far sì che questo principio sia rispettato?* In 3 momenti elencati dalla CtEDU:

1. **Acquisizione probatoria:** si ha parità di poteri nel chiedere ed ottenere l'ammissione delle prove. Nel nostro sistema, pertinenza, rilevanza e non manifesta superfluità della prova sono i criteri che deve seguire il giudice per valutare se acquisire e ammettere la prova sia della difesa che dell'accusa, a prescindere quindi da chi l'ha richiesta. Quando viene ammessa, una prova diventa patrimonio delle parti, che possono quindi partecipare alla sua formazione nel contraddittorio (al testimone possono fare domande sia la difesa che l'accusa).
2. **Discussione:** a istruttoria dibattimentale conclusa, il giudice invita le parti alla discussione, durante la quale il giudice non può interloquire con le parti. Non vi sono limiti di tempo o di modalità, accusa e difesa sono assolutamente in posizione di parità. Ovviamente il p.m. dovrebbe avere un dovere di imparzialità essendo pubblico ufficiale, che la difesa non ha, ma dal punto di vista degli strumenti vi è parità.
3. **Deliberazione:** una volta che le parti hanno discusso, il giudice entra in camera di consiglio ed esce soltanto una volta raggiunta la decisione.

N.B. Il principio di parità delle parti non implica che vi siano strumenti identici in tutte le fasi: a seconda della finalità delle fasi si possono distinguere strumenti e mezzi. Nel nostro sistema, le indagini preliminari hanno una disparità giustificata dal loro fine.

Diritto alla difesa

La corte EDU usa termini generici, infatti **accusato** è colui nei confronti del quale è diretta un'accusa. I diritti del terzo paragrafo dell'art. 6 CEDU sono quindi necessariamente rivolti anche all'indagato, durante la fase delle indagini.²³

Se per accusato intendiamo colui a cui è rivolta un'accusa in materia penale, dobbiamo capire cosa intenda la convenzione per "**accusa in materia penale**", termine che ha significato autonomo, svincolato dalle scelte di tecnica giuridica adottate dai diversi ordinamenti nazionali, per assicurare l'applicazione di uno «standard minimo» di garanzie per evitare la cd. «truffa delle etichette».

- nozione di «**accusa**» → La giurisprudenza di Strasburgo dice che si tratta di ogni atto che notizia una persona dell'esistenza di un'accusa nei suoi confronti, quindi anche una perquisizione. Da quel momento in poi si ha quindi la garanzia prevista dalla convenzione. Altre definizioni di accusa sono contenute nella sentenza C. eur. 27/2/80. Dewer c. Belgio:
 - ogni notificazione ufficiale da parte dell'autorità competente;
 - atto che implichi l'addebito;

²³ L'art. 48 della carta di Nizza parla invece di "imputato".

- adozione di qualunque misura che produca ripercussioni sulla situazione del destinatario.
- definizione di «**materia penale**»: “criteri Engel”
 - classificazione dell’illecito nell’ordinamento nazionale;
 - intrinseca natura dell’illecito → gravità del fatto sanzionato (rapportato alla riprovazione sociale o ai danni prodotti), struttura della norma violata (generale oppure settoriale), finalità punitivo-dissuasiva (e quindi non meramente risarcitoria, ripristinatoria o preventiva) dell’illecito;
 - severità della sanzione (se troppo afflittiva è necessariamente da considerarsi materia penale) → implica specialmente la valutazione del bene giuridico su cui la sanzione è destinata ad incidere, la natura della sanzione e il grado di severità, ossia il pregiudizio nei confronti del destinatario della medesima (in relazione alle sanzioni incidenti sulla libertà personale la severità è presunta, mentre con riferimento a quelle pecuniarie viene apprezzata alla stregua di altri indici, quali l’entità dell’ammontare o la possibilità che si converta in sanzione detentiva).

Questi criteri sono alternativi e non cumulativi: affinché si possa parlare di «accusa in materia penale» è sufficiente che l’illecito in causa sia di natura «penale» rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l’interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell’ambito della «materia penale». Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l’analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una «accusa in materia penale (adozione di un approccio **sostanziale** e non formale per l’individuazione di ciò che costituisce “materia penale”).

Si deve sempre prescindere dalle classificazioni dei singoli ordinamenti, in quanto la convenzione potrebbe considerare materia penale ciò che per un singolo stato membro materia penale non è.

Esempio: se una sanzione amministrativa è sostanzialmente afflittiva, la corte potrebbe considerarla penale, implicando quindi che devono essere assicurate le garanzie ex art. 6 (caso Grande Stevens).

Art. 6 par. 3 CEDU

L’accusato ha il diritto ad essere informato circa l’accusa (lett.a), sulle modalità di tempo e di luogo della condotta, altrimenti non saprebbe come difendersi; vi è pertanto la necessità di informare nel minor tempo possibile e in maniera più dettagliata possibile l’accusato dell’accusa. Il diritto ad essere informati si ha anche in sede di esecuzione della pena.

Altro diritto consiste nel disporre di tempo e facilitazioni necessarie per poter difendersi concretamente (lett.b). Non basta che l’ordinamento garantisca la difesa d’ufficio, il difensore deve concretamente essere in grado di difendere l’accusato.

Quando invece si parla di difesa (lett.c), tutelata in maniera non formale ma «concreta ed effettiva», le due modalità sono:

- **Difesa personale**, ossia il complesso delle attività attraverso le quali l’accusato contribuisce personalmente alla ricostruzione del fatto e all’individuazione delle sue conseguenze giuridiche, nonché al controllo sulla regolarità del processo. È l’insieme di attività che può svolgere direttamente l’accusato. La convenzione riconosce la possibilità che l’accusato possa difendersi da solo, mentre il nostro sistema prevede l’obbligatorietà della difesa tecnica, con previsione di una difesa d’ufficio.
 - Le forme in cui l’imputato può difendersi personalmente nel nostro sistema sono l’interrogatorio, le dichiarazioni spontanee, diritto a presenziare le udienze, diritto al silenzio. Queste sono tutte componenti del diritto all’imputato a difendersi da sé,

personalmente. È vero quindi che la difesa tecnica è obbligatoria, ma vi sono comunque forme di difesa personale all'interno del processo.

- **Difesa tecnica**, ossia l'assistenza fornita all'accusato da un difensore che deve poter assolvere la propria funzione fin dai primi istanti del procedimento se i diritti difensivi possono subire un pregiudizio a causa della sua mancanza.

Il diritto di difesa è il nucleo delle garanzie previste al terzo paragrafo dell'art. 6 CEDU. La finalità è fornire all'accusato una tutela concreta ed effettiva. Le componenti del diritto di difesa, a prescindere che si tratti di difesa personale o tecnica, in quanto riguardano entrambe, sono una serie di garanzie derivanti esplicitamente o implicitamente da altre formulazioni del medesimo articolo:

- diritto all'informazione tempestiva;
- *nemo tenetur se detegere*;
- diritto di presenza alle «udienze» o al «processo»;
- diritto a tempi e facilitazioni necessarie a preparare la difesa.

Diritto all'informazione – art. 6 par. 3 let. a CEDU

È il diritto dell'accusato ad essere informato nel minor tempo possibile ed in maniera più dettagliata possibile dell'accusa intesa come natura e motivi dell'addebito formulato a suo carico, in quanto ciò è necessario per poter formulare una difesa concreta ed effettiva.

Nel nostro codice, nell'imputazione non si fa riferimento solo alla fattispecie contestata, è necessario che vengano indicati altri elementi che rendano comprensibile la condotta che ha integrato la fattispecie, le modalità di tempo e di luogo. Anche nella nostra disciplina, quindi, tutti questi elementi sono obbligatori, in quanto **non** è sufficiente contestare la fattispecie, l'imputazione deve essere formulata con questi criteri.

Il diritto ad essere informato ha 3 caratteri:

- **Temporale** → minor tempo possibile;
- **Formale** → in via riservata e in modo che sia compresa (in una lingua comprensibile);
- **Sostanziale** → oggetto dell'informazione:
 - i fatti materiali contestati all'imputato,
 - la qualificazione giuridica loro attribuita (lett.a).

L'informazione precisa e completa è condizione essenziale di equità della procedura; infatti, quando si ha violazione della lett.a si ha automaticamente violazione anche del primo paragrafo.

L'interpretazione che i giudici hanno dato di questa garanzia dice che essa:

- **non** impone all'accusa di rimanere statica durante l'iter processuale;
- non esclude il potere del giudice di riqualificare i fatti. Una volta che l'accusato è informato, l'accusa può cambiare durante il processo (nel nostro codice abbiamo le nuove imputazioni), ma anche in questi casi si deve rispettare il diritto all'informazione.
 - all'accusato deve essere dato modo di esercitare il proprio diritto di difesa in maniera «concreta ed effettiva» a seguito dei mutamenti intervenuti.
 - *leading case* C. Eur. 11/12/2007, Drassich c. Italia: la Cassazione riqualifica il reato e la corte di Strasburgo condanna l'Italia poiché non sono stati dati l'informazione ed il tempo necessari all'accusato per difendersi dal fatto riqualificato in maniera diversa; per questo si è sancita la necessità per cui, se il giudice intende dare al fatto qualificazione diversa, deve informare l'imputato, dandogli il tempo necessario per

riorganizzare la propria difesa in modo tale da potersi difendere davanti alla nuova imputazione.

- Gli artt. **117** ss. prevedono una serie di garanzie, tra cui anche l'informazione: il p.m. deve contestare in udienza la nuova imputazione se l'imputato è presente, altrimenti deve provvedere alla notifica di tale modifica.

Nella **direttiva 2012/13** è disciplinato questo aspetto a livello dell'unione; essa prevede l'implementazione di questo diritto su diversi piani:

- informazione sui diritti processuali;
- informazione sull'accusa;
- consentire l'accesso alla documentazione delle indagini.

Essa è stata attuata nel nostro ordinamento col 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. Prima non era sancito in maniera così chiara quali dovessero essere gli elementi racchiusi nel documento, e quindi oggetto di informazione.

Nemo tenetur se detegere

- **art. 14 par. 3 let. g Patto intern.:** diritto dell'accusato «a non essere costretto a deporre contro sé stesso od a confessarsi colpevole»;
- **non** presente all'interno dell'art. 6 CEDU ma ricondotto dalla Corte europea all'interno della nozione di **equità**.

È il diritto a **non autoincriminarsi**, a non fornire elementi a proprio carico. Quando si parla del diritto a non essere obbligato ad autoincriminarsi, si parla anche di diritto al silenzio, a non collaborare con la giustizia, a non fornire elementi a carico come esercizio del diritto di difesa personale e all'autodeterminazione dell'accusato collegato anche alla presunzione di innocenza.

Questo è forse uno degli aspetti più delicati del sistema: l'accusato **non** può essere obbligato a collaborare con l'autorità giudiziaria; se l'accusato decide di avvalersi del diritto al silenzio, cioè **non** vuole dire e non può significare nulla a suo carico, in quanto sta esercitando un proprio diritto. È un esercizio del diritto di difesa ed è un diritto fondamentale dell'uomo individuato dalla CEDU. MA:

- 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.
 - Questo diritto non può quindi essere interpretato come ostacolo affinché possano essere usate anche a carico informazioni rese dall'accusato **non** spontaneamente, bensì attraverso strumenti o ottenuti con l'utilizzo di poteri coercitivi.
 - *Es.: intercettazioni telefoniche, utilizzo di uno scritto a firma dell'accusato trovato su documenti sequestrati, chat, e-mail, registrazioni vocali, prelievi biologici (DNA);* informazioni che **non** rientrano necessariamente nel diritto al silenzio e a non autoincriminarsi. L'imputato non può essere obbligato, ma ciò **non** vuol dire che informazioni da lui provenienti non possano essere utilizzate se procurate in altro modo rispetto alla collaborazione.

Questo diritto non è espressamente presente nella carta di Nizza, ma la ECJ ricava il diritto al silenzio dalla necessità di garantire il diritto alla difesa → 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)*».

Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul **rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali**: l'art. 7 ha riconosciuto 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.

Il 14 dicembre 2021 è entrato in vigore il **d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188**, con il quale il legislatore è intervenuto al fine di adeguare la normativa nazionale alle disposizioni contenute nella **Direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza**.

Tra le principali modifiche si prevede che:

- la diffusione di informazioni sui procedimenti penali “è consentita **solo** quando è strettamente necessaria per la prosecuzione delle indagini o ricorrono altre rilevanti ragioni di interesse pubblico”;
- informazioni devono essere fornite “in modo da chiarire la fase in cui il procedimento pende e da assicurare, in ogni caso, il diritto della persona sottoposta a indagini e dell'imputato a **non** essere indicati come colpevoli fino a quando la colpevolezza non è stata accertata”;
- sussiste il divieto per le autorità pubbliche di “indicare pubblicamente come colpevole la persona sottoposta a indagini o l'imputato fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili”;
- il Procuratore della Repubblica “mantiene personalmente” i rapporti con gli organi di informazione “esclusivamente tramite comunicati ufficiali” oppure, “nei casi di particolare rilevanza pubblica dei fatti, tramite conferenze stampa”;
- la forma dei provvedimenti giudiziari diversi dalle sentenze deve rispettare la presunzione di innocenza, perché si stabilisce che la persona sottoposta a indagini o l'imputato “**non** possono essere indicati come colpevoli fino a quando la colpevolezza non è stata accertata” in via definitiva.

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).

Non è sufficiente quindi che l'accusato sia presente, deve essere presente in maniera consapevole, deve capire cosa gli sta succedendo e le conseguenze delle azioni degli attori del processo. Quando

diciamo che l'imputato è presente intendiamo quindi che ha tutte le capacità psicofisiche per comprendere ciò che è successo nel corso dell'udienza. Ciò garantisce anche il diritto all'informazione e garantisce anche la possibilità di difendersi personalmente, in quanto se presente può esercitare tutte le modalità di difesa personale, cosa che non potrebbe fare se dovesse decidere di non essere presente (processo in assenza).

- Il diritto è garantito sia un **primo grado** che nella **fase delle impugnazioni** (su questioni di merito, in appello);
- possibile **rinuncia** effettuata **espressamente o in modo inequivoco** e con un corredo di garanzie rapportato alla gravità della rinuncia;
- non implica una assoluta inammissibilità dei procedimenti *in absentia*: i **procedimenti contumaciali** devono essere rigorosamente circondati di **garanzie compensative**.
 - *leading case* C. eur. 1/3/2006, Sejdivic c. Italia: 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 a comparire».

Nella sentenza Sejdivic si è constatata la violazione di questo diritto con riguardo alla disciplina della contumacia: l'imputato non presente all'interno del processo era dichiarato contumace, potendo il processo continuare a fare il suo corso.

- rimedio: assicurare al contumace il diritto ad un **riesame nel merito** delle accuse da parte dell'autorità giudiziaria, in sua presenza e con la possibilità di fornire elementi per la sua difesa → **celebrazione di un nuovo giudizio**.

Prima di questa misura generale di riparazione (**carenze strutturali**), non era prevista la possibilità che l'imputato condannato in primo grado che non fosse presente **non** per sua scelta, bensì perché non adeguatamente informato dell'esistenza del procedimento, potesse essere rimesso nei termini per proporre appello. Tale mancanza, per l'accusato che dimostra che non era lì non per sua scelta, non potendo riottenere un giudizio di merito, è stata lamentata dalla CtEDU. Prima si poteva solo fare ricorso in Cassazione se i termini per l'impugnazione nel merito erano decorsi. Tale situazione creava una situazione per cui **non** si era in grado di esercitare il proprio diritto di difesa personale, il che creava dubbi sul piano dell'equità: all'imputato presente era consentito un secondo giudizio di merito, mentre il contumace poteva proporre soltanto ricorso in cassazione una volta trascorsi i termini per proporre appello.

- nuova riformulazione dell'**art. 175 c.p.p.** dovuta alla l. 60/2005: si concede la possibilità al condannato in contumacia che dimostra di non essere stato presente perché **non** informato di essere rimesso nei termini per proporre appello, garantendogli un secondo giudizio di merito. Questo sistema riguardava **solo** la contumacia.
- la **l. 28 aprile 2014, n. 67**, allo scopo di dare attuazione ai principi fissati dalla Corte di Strasburgo, ha previsto la **soppressione dell'istituto della contumacia** ed ha introdotto l'istituto della **sospensione del processo per gli irreperibili** quando sia appurato che l'imputato non ha avuto effettiva conoscenza della celebrazione del processo o, almeno, della sua esistenza (introduzione del processo *in absentia*).
- Dopo l'intervento legislativo, la celebrazione del processo in *absentia* è possibile solo in alcune specifiche situazioni:

- quando l'imputato abbia **conoscenza** della celebrazione del processo o, quantomeno, della pendenza del procedimento a suo carico;
- quando esistono **elementi sintomatici** che portino ad una presunzione *ex lege* in merito a tale conoscenza (ad es. dichiarazione o elezione di domicilio, nomina di un difensore di fiducia ecc.);
- quando il soggetto si sia **volontariamente sottratto** alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo.

Possibilità di Rinuncia e Procedimenti in Absentia

Il diritto a partecipare non è assoluto; è possibile per l'imputato rinunciare alla propria presenza. Tuttavia, tale rinuncia deve essere chiara, espressa in modo inequivocabile e accompagnata da garanzie adeguate alla gravità della decisione di rinuncia. La Corte Europea ha stabilito che anche i procedimenti *in absentia* (in assenza dell'imputato) sono consentiti, ma devono essere circondati da garanzie compensative che assicurino l'equità del processo. Ad esempio, nella sentenza *Sejdovic c. Italia* (2006), la Corte ha riscontrato una violazione dell'equità processuale quando l'imputato, che non era stato adeguatamente informato del processo, non aveva avuto la possibilità di richiedere un riesame del merito delle accuse (rimedio).

Riforme nella Legislazione Italiana

In risposta alle carenze strutturali rilevate dalla Corte di Strasburgo, la legislazione italiana ha subito alcune modifiche. Con la Legge n. 60 del 2005, è stata introdotta una nuova formulazione **dell'articolo 175 cpp**, che prevede la celebrazione di un nuovo giudizio per l'imputato contumace che non aveva avuto effettiva conoscenza del processo. Successivamente, la **Legge n. 67 del 2014** ha abolito l'istituto della contumacia, sostituendolo con la sospensione del processo per gli irreperibili. Questa riforma ha stabilito che il processo può procedere solo se si è verificato che:

- l'imputato era a **conoscenza** della celebrazione del processo o almeno della sua pendenza;
- quando esistono **elementi sintomatici** che portino ad una presunzione *ex lege* in merito a tale conoscenza (ad es. dichiarazione o elezione di domicilio, nomina di un difensore di fiducia ecc.);
- quando il soggetto si sia **volontariamente sottratto** alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo.

Normativa dell'Unione Europea

Nel contesto dell'Unione Europea, la **Decisione Quadro 2009/299/GAI del 26 febbraio 2009** ha introdotto norme per armonizzare il trattamento dei procedimenti celebrati in assenza dell'imputato nei vari Stati membri. Secondo questa decisione, l'imputato **ALTERNATIVAMENTE** deve essere stato:

- **citato personalmente o informato** ufficialmente della data e del luogo del processo, in tempo utile per consentirgli di partecipare e di esercitare efficacemente il suo diritto di difesa.

- l'interessato, conoscendo la data fissata per il processo, abbia **conferito un mandato** ad un difensore, nominato da lui o dallo Stato, per patrocinarlo in giudizio, ed abbia effettivamente fruito di tale patrocinio.
- l'interessato, dopo aver ricevuto la notifica della decisione ed essere stato espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello **non si avvalga di tale facoltà entro il termine stabilito o vi rinunci espressamente.**

La direttiva è stata recepita nell'ordinamento italiano con il:

- **Decreto Legislativo n. 31 del 15 febbraio 2016** → l'esecuzione del mandato d'arresto europeo per decisioni adottate all'esito di processi in absentia;
- **Decreto Legislativo n. 161 del 7 settembre 2010** → il principio del reciproco riconoscimento delle sentenze penali nell'Unione Europea.

La Direttiva 2016/343/UE: Presenziare al Processo

La Direttiva 2016/343/UE, all'articolo 8, riconosce la natura fondamentale del diritto dell'imputato di presenziare al processo, pur ammettendo che questo diritto non è assoluto.

- La direttiva prevede che l'imputato possa rinunciare al diritto di presenza in modo esplicito o tacito, purché inequivocabile.

Ha riconosciuto la possibilità di procedimenti in "absentia" solo se sono rispettati alcuni requisiti:

- L'imputato deve essere stato informato del processo e delle conseguenze del mancato intervento in tempo adeguato.
- Deve essere stato rappresentato in giudizio da un difensore nominato da lui o dallo Stato.
- Se l'imputato è irreperibile, il processo può procedere solo se sono stati fatti ragionevoli sforzi per rintracciarlo.

La normativa dell'Unione Europea mira all'armonizzazione delle garanzie minime, rafforzando il diritto dell'imputato a partecipare al processo e assicurando che la celebrazione del processo in assenza avvenga solo in casi giustificati e ben regolati.

TEMPO E FACILITAZIONI PER PREPARARE LA DIFESA

Il diritto dell'imputato a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare adeguatamente la propria difesa è sancito dall'articolo 6, paragrafo 3, lettera b della CEDU.

Questo diritto implica che l'accusato:

- abbia accesso agli atti processuali;
- possa usufruire di termini ragionevoli per esercitare i suoi diritti;
- adeguatezza delle modalità di traduzione degli imputati detenuti.

La ragionevolezza dei termini è un tema rilevante, soprattutto in un periodo di riforme della procedura penale, e varia in base alla natura della questione trattata.

- Per esempio, i termini sono più stretti quando si tratta di misure restrittive della libertà personale.

- *Un esempio significativo è l'estensione da 15 a 20 giorni del termine previsto dall'articolo 415-bis del codice di procedura penale per consentire all'indagato di esaminare gli atti e preparare eventuali richieste difensive. La finalità di ogni termine deve essere valutata in relazione alla sua idoneità a garantire il diritto di difesa.*

È fondamentale che l'ordinamento consenta l'accesso agli atti processuali senza ostacoli e in maniera chiara. La possibilità di conoscere gli atti deve essere garantita in modo tale da non compromettere il diritto di difesa.

Comunicazioni con il Difensore

Il diritto dell'imputato a comunicare con il proprio difensore è tutelato sia **dall'articolo 14 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici** sia dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Questo diritto deve essere garantito non solo prima dell'udienza davanti al giudice, ma anche in una fase anteriore, ossia prima del primo interrogatorio.

La Grande Camera della Corte, nel caso ***Salduz c. Turchia (2008)***, ha chiarito che le comunicazioni tra l'accusato e il difensore devono avvenire senza interferenze, per salvaguardare il diritto alla difesa.

Anche la corrispondenza e i colloqui dei detenuti con il difensore rientrano in questo diritto. Per esempio, nel caso ***S. c. Svizzera (1991)***, la Corte ha sottolineato che le comunicazioni tra l'imputato e il difensore devono essere protette. Durante le udienze in videoconferenza, è fondamentale che l'imputato abbia la possibilità di comunicare con il difensore in modo riservato.

Assistenza di un Interprete

L'articolo 6, paragrafo 3, lettera 'e' della CEDU garantisce all'imputato che non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo il diritto all'assistenza gratuita di un interprete. Questo diritto è essenziale per garantire un esercizio consapevole del diritto di difesa e assicurare che l'imputato sia in grado di partecipare in condizioni di uguaglianza (C. eur. 28/11/1978, Luediche e Koç c. Germania).

L'assistenza di un interprete si applica non solo alle dichiarazioni orali rese in udienza, ma anche ai documenti scritti rilevanti per il processo. Tuttavia, resta dibattuto se la traduzione debba estendersi anche a tutti gli atti delle indagini. Attualmente, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non impone la traduzione di ogni documento, limitando l'obbligo agli atti che permettono di conoscere l'accusa o che incidono sulla libertà personale.

La Direttiva 2010/64/UE sul Diritto all'Interpretazione e Traduzione

Questa direttiva ha introdotto nell'ordinamento dell'Unione Europea il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, mirato a garantire l'armonizzazione dei diritti di difesa tra gli Stati membri. La direttiva è stata recepita in Italia

attraverso il **Decreto Legislativo n. 32 del 4 marzo 2014**, che ha modificato l'**articolo 143 c.p.p.**, e successivamente con il **Decreto Legislativo n. 129 del 23 giugno 2016**.

Le disposizioni della direttiva prevedono il diritto all'assistenza di un interprete per l'imputato che non comprende la lingua usata nel procedimento (articolo 2) e il diritto alla traduzione dei documenti rilevanti (articolo 3). Questo diritto include l'accesso alla documentazione che può influire sulla preparazione della difesa.

Il Diritto alla Difesa Personale nel Sistema Italiano

Nel sistema italiano, la Costituzione riconosce il diritto alla difesa all'articolo 24, che garantisce a chiunque la possibilità di difendersi in giudizio. In particolare:

- **Conoscenza dell'accusa:** l'imputato ha diritto a conoscere tempestivamente e riservatamente la natura e i motivi dell'accusa mossa a suo carico.
- **Tempo e condizioni per preparare la difesa:** il sistema garantisce che l'imputato disponga di condizioni adeguate per difendersi, come previsto dall'articolo 111 Cost.
- **Partecipazione consapevole:** la partecipazione al processo deve essere consapevole.

DIFESA TECNICA

La difesa tecnica è un elemento centrale del diritto alla difesa, previsto dall'articolo 6, paragrafo 3, **lettera c** CEDU. Si riferisce all'assistenza fornita all'imputato da parte di un difensore fin dalle prime fasi del procedimento penale, per garantire una tutela effettiva e pratica dei diritti difensivi, e non meramente formale. Questa assistenza legale è essenziale per garantire che l'imputato possa esercitare i propri diritti processuali in modo adeguato.

Garanzie della Difesa Tecnica

La difesa tecnica comporta una serie di garanzie che includono:

- **Diritto all'informazione:** l'imputato ha il diritto di essere informato tempestivamente sul proprio diritto ad avere un difensore. Questo è spesso formalizzato nell'ordinamento italiano attraverso l'informazione di garanzia, che elenca i diritti dell'imputato.
- **Diritto a un difensore d'ufficio:** se l'imputato non ha i mezzi per retribuire un avvocato, ha il diritto di essere assistito da un difensore d'ufficio, soprattutto quando gli interessi della giustizia lo richiedono. Il diritto al gratuito patrocinio è garantito in situazioni in cui è necessario assicurare l'equità del processo.
- **Libertà di comunicazione con il difensore:** il diritto dell'imputato di comunicare liberamente con il proprio avvocato è essenziale per garantire una difesa efficace. Questo include la possibilità di consultarsi con il difensore prima degli interrogatori e durante il processo.

Il limite alla difesa tecnica è rappresentato dal divieto di alterare il materiale probatorio o di instaurare una condotta di collaborazione illecita tra l'imputato e i suoi difensori o consulenti tecnici. L'obbligo del difensore è quello di agire nell'interesse dell'imputato, senza dover introdurre prove a carico del proprio assistito, ma evitando comportamenti che possano compromettere l'integrità del processo.

Normativa dell'Unione Europea: Diritto alla Difesa

Nell'ambito dell'Unione Europea, il diritto all'assistenza difensiva e al gratuito patrocinio è sancito dagli **articoli 47.2 e 47.3 della Carta di Nizza**. Diverse direttive europee hanno introdotto standard minimi per garantire l'efficacia della difesa nei procedimenti penali:

- **Direttiva 2013/48/UE**: Regola il diritto dell'imputato di avvalersi di un difensore fin dal momento dell'arresto. Il diritto all'assistenza legale deve essere garantito fin dalla fase iniziale del procedimento, per esempio prima dell'interrogatorio della polizia o di altre autorità, o nel corso di atti che richiedono la partecipazione dell'imputato. La direttiva prevede inoltre il diritto di comunicare con il difensore subito dopo l'arresto e di avere accesso al difensore per preparare adeguatamente la difesa.
 - La direttiva è stata recepita nell'ordinamento italiano con il **Decreto Legislativo n. 184 del 15 settembre 2016**, che ha introdotto alcune modifiche nel codice di procedura penale, migliorando la garanzia del diritto alla difesa fin dalle prime fasi del procedimento.
- **Direttiva 2016/1919/UE**: Questa direttiva regola l'accesso al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nei procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito 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).

La Direttiva 2016/1919/UE è stata recepita nell'ordinamento italiano con il **Decreto Legislativo n. 24 del 7 marzo 2019**.

IL DIRITTO ALLA PROVA

Il diritto alla prova è un aspetto centrale del diritto alla difesa e del principio del processo equo sancito dall'**articolo 6, par.3, lett. d CEDU**. Questo diritto permette alle parti di presentare prove a discarico e di contestare le prove presentate dall'accusa. L'imputato ha il diritto di "difendersi provando", cioè di introdurre nel processo elementi a suo favore e di interrogare i testimoni dell'accusa.

Garanzie del Diritto alla Prova

L'articolo 6, paragrafo 3, lettera d della CEDU prevede che l'imputato abbia il diritto di:

- **Esaminare o far esaminare i testimoni a carico.**

- **Ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni di quelli a carico.**

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha chiarito che questo diritto non si limita alla prova testimoniale ma si estende a qualsiasi tipo di prova, come affermato nel caso **Bonisch c. Austria (1985)**. Il diritto alla prova deve essere interpretato in senso ampio, per garantire un processo realmente equo.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo considera il diritto alla prova un aspetto essenziale del processo equo (art. 6 CEDU). I requisiti del paragrafo 3, lettera d, sono visti come **"aspetti particolari" del diritto a un processo equo** (C. eur., 7/8/1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, § 30). Questo diritto comprende:

- **Diritto alla ricerca probatoria:** le parti hanno il diritto di proporre esperimenti probatori.
- **Dovere del giudice di motivare:** il rigetto di una richiesta di prova deve essere adeguatamente giustificato.
- **Effettiva assunzione delle prove in contraddittorio:** garantisce che l'imputato possa partecipare alla formazione della prova.

Acquisizione ex officio → La possibilità del giudice di acquisire prove d'ufficio è compatibile con il diritto alla prova, purché sia garantito il contraddittorio. Le parti devono avere l'opportunità di interloquire sulla prova voluta dal giudice, assicurando così il rispetto del principio di equità processuale.

Ammissione della Prova

Il diritto all'ammissione della prova non è illimitato. Esistono criteri di ammissibilità che devono essere rispettati:

- **Verosimiglianza:** la prova richiesta deve essere plausibile.
- **Rilevanza:** deve essere collegata agli elementi rilevanti del procedimento.
- **Pertinenza:** deve essere pertinente ai fatti del caso.

Il giudice ha il dovere di motivare adeguatamente il rigetto di una richiesta di ammissione della prova, come sottolineato nel caso **Ferrantelli e Santangelo c. Italia (1996)**, in cui la Corte ha affermato che l'esclusione di prove rilevanti può costituire una violazione del diritto a un processo equo.

Contraddittorio e Modalità di Acquisizione della Prova

La modalità di acquisizione della prova deve rispettare il principio del contraddittorio. Questo principio richiede che l'imputato abbia la possibilità di partecipare attivamente alla formazione della prova e di contestare le prove presentate. Esistono due forme di contraddittorio (in Italia):

- **Contraddittorio forte:** l'imputato può partecipare direttamente alla formazione della prova, ad esempio interrogando un testimone durante l'udienza.
- **Contraddittorio debole:** l'imputato ha la possibilità di contestare una prova **già** formata, fornendo valutazioni critiche.

La Corte Europea ha sviluppato una "**terza via**" che consente di utilizzare prove acquisite in assenza dell'imputato, purché quest'ultimo abbia un'"**occasione adeguata e sufficiente**" per contestarle. Ad esempio, nel caso **Asciutto c. Italia (2007)**, la Corte ha affermato che le dichiarazioni raccolte fuori dal contraddittorio possono essere utilizzabili se all'imputato viene garantita la possibilità di confrontarsi con l'autore delle dichiarazioni durante il processo o successivamente.

- Caso *Ubertis* e la "terza via": La Corte adotta una posizione intermedia tra il contraddittorio debole (possibilità di contestare prove già acquisite) e il contraddittorio forte (partecipazione diretta alla formazione della prova), riconoscendo che le dichiarazioni ottenute fuori dal dibattimento possono essere utilizzate se l'imputato ha la possibilità di esaminare la fonte di prova in una fase successiva.

La Regola del "Sole or Decisive"

La "sole or decisive rule" stabilisce che una condanna **non** dovrebbe basarsi **esclusivamente o in maniera determinante** su testimonianze rese da persone che l'imputato non ha avuto l'opportunità di esaminare. La Corte ha applicato questa regola in diversi casi:

- **Prova esclusiva:** si tratta di una prova che costituisce l'unica base della condanna.
- **Prova determinante:** è una prova che, se sottratta dal materiale probatorio, renderebbe insufficiente il restante materiale per giustificare la condanna (prova di resistenza).

Nel caso ***Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito (2011)***, la Corte ha affermato che le dichiarazioni di testimoni non presenti al processo (non controinterrogati) possono essere ammesse solo se vi sono garanzie procedurali sufficienti per compensare l'assenza del contraddittorio.

Il diritto al confronto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Le fonti

- **L'art. 111 comma 4 della Costituzione** sancisce che *«il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato e del suo difensore»*.
 - Quando vi è stata la modifica dell'art. 111, nelle intenzioni del legislatore vi era quella di conformarsi all'art. 6 CEDU. Il *wording* non è completamente sovrapponibile, il che crea qualche problema.
- **L'art. 6 § 3 lett. d della Cedu** prevede per ogni accusato il diritto di *«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»*.

Quale garanzia è più ampia? L'art. 111 ha un quinto comma che prevede delle eccezioni: consenso, assoluta impossibilità oggettiva e minaccia.

La nozione di testimone

Per evitare l'elusione delle regole convenzionali, la Corte e.d.u. ha attribuito un **significato autonomo** al termine «testimone» rispetto a quello adottato nei singoli Stati contraenti (altrimenti l'applicazione dell'art. 6 Cedu sarebbe vincolata alle classificazioni interne).

La nozione autonoma comprende quindi chiunque offra il proprio contributo dichiarativo nella ricostruzione dei fatti, indipendentemente dallo *status che* la legge processuale gli assegna (Corte e.d.u., 27.02.2001, *Lucà c. Italia*).

La portata del diritto al confronto

Nel nostro sistema, le sommarie informazioni rese nella fase delle indagini preliminari dal dichiarante, sono rese unilateralmente, nel senso che le domande sono fatte dal p.m., non vi è un contraddittorio, non vi è un controesame, la difesa non esercita i propri poteri. Tipicamente, la persona viene richiamata in dibattimento in qualità di testimone, in modo da assumere la prova nel contraddittorio, mentre il verbale sarà valido solo ai fini delle contestazioni. Se però il testimone non si presenta perché nel mentre è morto, per esempio, trattandosi di impossibilità oggettiva si recupera il verbale con l'istituto delle letture. La morte è il caso di scuola, ma altre situazioni rendono applicabile questa disciplina, se cioè il testimone scompare nelle more per altre ragioni.

A tal proposito, la regola dell'art. 6 § 3 lett. d. Cedu prevede sì che gli elementi di prova debbano essere prodotti davanti all'imputato in un'udienza pubblica e nel contraddittorio tra le parti (*ex multis* Corte e.d.u., 24.7.2006, *Majadallah c. Italia*; Id., 20.04.2006, *Carta c. Italia*), ma questa **non è una regola assoluta**: a certe condizioni possono essere recuperate nel dibattimento le dichiarazioni acquisite in una fase precedente.

Il diritto al confronto rimane comunque il cuore del contraddittorio, in quanto consiste nella possibilità per la difesa di contro-esaminare la fonte a carico, il che è fondamentale e deve avvenire in un'udienza pubblica.

Per tale ragione, nel nostro sistema si prevede l'istituto dell'incidente probatorio, che consente di aprire una fase dibattimentale nella fase delle indagini preliminari qualora vi sia il rischio che la prova si deteriori o sia irripetibile, proprio per non sguarnire la difesa dai suoi poteri principali.

Bracci c. Italia

Anche in sede europea viene quindi affermato che il diritto al contraddittorio non è assoluto, vi sono eccezioni in cui si possono recuperare dichiarazioni rese in precedenza. Il caso *Bracci c. Italia* è il primo grande caso che ha riguardato il nostro paese su questo argomento, poco dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 111 Cost.

Le circostanze del caso di specie:

- 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.
- Non sono fatti che avvengono contestualmente, ma a distanza di tempo ravvicinata, mentre l'autore sarebbe lo stesso soggetto. X e Y riconoscevano infatti 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).

Il processo di primo grado

- Nel dibattimento, il Tribunale rilevava l'**irreperibilità** di X e Y²⁴ 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”.*

Tipicamente, le sex worker non sono residenti stabili di un paese. Si tratta quindi di testimoni potenzialmente irreperibili, per cui il rischio della loro non presenza in dibattimento è palese. In questo caso, tale presunzione porta a ritenere che occorre maneggiare con cura le loro dichiarazioni, nel senso che si poteva suggerire l'incidente probatorio, trattandosi di dichiarazioni determinanti. La situazione in sé suggeriva di attivare strumenti per il contraddittorio anticipato, ma così non è stato.

La sentenza di condanna

Il ricorrente veniva condannato alla pena di anni 6 di reclusione.

- Il Tribunale aveva ritenuto credibili e precise le dichiarazioni rese da X e Y nelle fasi preliminari; inoltre, queste avevano descritto in modo dettagliato l'aspetto fisico del ricorrente e avevano riconosciuto senza esitazione la sua fotografia.
- Un agente di polizia che aveva soccorso X nell'immediatezza dell'aggressione aveva testimoniato a proposito delle ferite riportate da quest'ultima alla testa e nelle braccia (circostanza confermata anche da documentazione medica).
- Inoltre, X aveva specificato che il ricorrente l'aveva approcciata a bordo di un'auto simile a quella da lui condotta il giorno dell'arresto;
- Nessun elemento in grado di smentire le affermazioni di X e Y era stato prodotto in dibattimento, il che sembra rigirare l'onere della prova.

I procedimenti di appello e Cassazione

- 1) Il ricorrente presentava **appello** contro la decisione del Giudice di primo grado, contestando la credibilità di X e Y. Inoltre, osservava che l'unico mezzo per accertare quanto riferito sarebbe stato l'esame del DNA sulla gonna, esame che tuttavia **non** era mai stato svolto.
 - La Corte d'appello confermava la decisione del primo Giudice e osservava che, nel grado precedente, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni precedentemente rese da X e Y **non** era mai stata rilevata. Inoltre, numerosi e gravi indizi (non prove) confermavano la responsabilità del ricorrente.
- 2) Prima del **giudizio di Cassazione**, il ricorrente depositava una memoria difensiva, rilevando che:

²⁴ Una persona offesa può infatti essere anche testimone, anche la persona offesa che si costituisce parte civile può ricoprire l'ufficio di testimone. La testimonianza ha valore probatorio equiparato a quello degli altri testimoni.

- il test del DNA non era mai stato svolto o richiesto in fase investigativa o dibattimentale, il che sarebbe stato significativo;
- Trattandosi di persone straniere che praticavano la prostituzione era ragionevole attendersi che sarebbero state irreperibili per il dibattimento, per cui il Pubblico Ministero avrebbe dovuto assumere le loro dichiarazioni in incidente probatorio (ripetizione dell'esame NON imprevedibile → inapplicabilità art. 512 c.p.p.).

3) Il ricorso per Cassazione veniva rigettato e anche la richiesta di revisione del processo, successivamente presentata, veniva dichiarata inammissibile.

*Corte e.d.u.*²⁵

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;
 - Bracci sostiene una violazione del proprio diritto al confronto.
- 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;
 - **Senza** il 512-*bis non* rimarrebbe quindi alcuna prova.

Argomenti 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);
 - Si specifica che l'assenza di contraddittorio è un'eccezione nel nostro sistema.
- 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.

La decisione della Corte

- Gli elementi di prova devono essere prodotti davanti all'imputato in un'udienza pubblica (**non** è un principio senza eccezioni);
- L'art. 6 § 1 e 3 Cedu impone di concedere all'imputato **un'occasione adeguata e sufficiente per contestare una testimonianza a carico e interrogarne l'autore**, al momento della deposizione o successivamente.

²⁵ La controparte è lo stato, che, nella doglianza del ricorrente, avrebbe commesso una violazione della CEDU, che effettua una ricostruzione dei fatti sulla base dei documenti nazionali.



- **Principio dell'occasione adeguata e sufficiente:** dato che il diritto al confronto è fondamentale, il ricorrente deve almeno aver avuto tale occasione per avere appunto un confronto.
- *Nel caso di specie, il ricorrente non ha mai avuto la possibilità di interrogare o fare interrogare le due persone che lo accusavano.*
- L'Italia è quindi stata condannata con un distinguo:
 - Posizione di X → Le dichiarazioni rese dalla vittima **non** erano l'unico elemento di prova su cui era stata fondata la condanna (testimonianza del poliziotto che l'aveva soccorsa; la somiglianza tra l'auto descritta dalla persona offesa e quella del ricorrente), per cui vi erano altri elementi per condannare;
 - Posizione di Y → In questo caso, per pronunciare la sentenza di condanna nei confronti del ricorrente i tribunali nazionali si erano fondati **solo** sulle dichiarazioni della vittima, quindi la condanna è ingiusta in quanto resa sulla base di prove acquisite in assenza di contraddittorio.

Conclusioni

- La Corte dichiara la violazione dell'art. 6 § 1 e 3 lett. d Cedu per l'impossibilità per il ricorrente di interrogare il testimone a carico Y;
- Dichiara che non vi è stata altra violazione dell'art. 6 § 1 e 3 lett. d della Cedu per quanto riguarda le altre doglianze sollevate dal ricorrente (caso della persona offesa X).

Ogaristi c. Italia

Le circostanze del caso di specie

- La sera del 18 febbraio 2002, X e Y furono vittime di un attentato perpetrato con arma da fuoco da alcune persone a bordo di un'auto (siamo nell'ambito di un agguato di un'organizzazione criminale). X rimase ucciso e Y gravemente ferito.
- Durante il ricovero, Y dichiarava di riconoscere in foto il ricorrente e A, rispettivamente come colui che aveva sparato e come il conducente dell'auto.
- Nel corso di intercettazioni ambientali disposte presso la stanza di ospedale in cui era ricoverato, Y esprimeva più volte la sua intenzione di fare rientro in Albania perché temeva ritorsioni.
- Successivamente Y effettuava la ricognizione del ricorrente. La ricognizione **non** presuppone il contraddittorio (si prendono persone simili e si chiede di riconoscere l'autore).
- Tenuto conto del rischio che Y lasciasse il territorio, il ricorrente richiedeva la fissazione di un'udienza *ad hoc* per procedere alla ricognizione personale (incidente probatorio).
- Il G.i.p., tuttavia, rigettava la richiesta nonostante la chiara volontà di espatriare e nonostante la testimonianza chiave per reati gravi.
- Y, recatosi in Albania per un periodo di vacanze, comunicava telefonicamente al responsabile del programma di protezione in cui era stato inserito, che non avrebbe fatto rientro in Italia. Il testimone viene quindi dichiarato irreperibile e vengono acquisite le dichiarazioni rese in fase dibattimentale.

Il processo di primo grado

Il ricorrente e A venivano rinviati a giudizio per omicidio, tentato omicidio e porto d'armi abusivo, con l'aggravante di aver favorito un'organizzazione criminale di tipo mafioso.

La Corte d'Assise disponeva l'audizione di Y, che risultava irreperibile.

- Sulla base dell'art. **512 c.p.p.** venivano acquisite le dichiarazioni rese in fase predibattimentale da Y.
- Tuttavia, ai sensi degli artt. 111 Cost. e 526 c.p.p., la Corte riteneva tali dichiarazioni **non utilizzabili** contro gli imputati (secondo la Corte, Y si era volontariamente sottratto all'esame, non si tratta di impossibilità oggettiva).

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 **non** residuavano in altri elementi in grado di dimostrare la loro responsabilità, quindi ci sarebbe stata una violazione del contraddittorio che **non** rientra nelle eccezioni se si fossero condannati gli imputati.

Il procedimento di appello

- 1) La Procura proponeva appello sulla base delle stesse dichiarazioni, rilevando che la condotta di Y **non** dimostrava la volontà di sottrarsi all'esame;
- 2) L'imputato invece osservava che Y aveva reso le proprie dichiarazioni in occasione del riconoscimento *de visu* – ma **mai** in contraddittorio – e aveva manifestato la volontà di tornare in Albania (il che dimostrava la volontà di sottrarsi all'esame) e in subordine chiedeva la riapertura dell'istruttoria per disporre l'audizione di Y.

La Corte d'Assise d'Appello accoglieva la tesi della Procura e **condannava il ricorrente all'ergastolo**, ritenendo quindi pienamente utilizzabili le dichiarazioni di Y.

Il giudizio di Cassazione: 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.

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 sulla base di tale prova nuova; revisione che però **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 diventato definitivo l'accertamento della responsabilità di W non si sarebbe potuto valutare il contrasto dei giudicati)²⁶ e sospendeva il giudizio.

Corte e.d.u.

Eccezione preliminare del Governo

²⁶ La revisione è fattibile solo se si rientra nei casi previsti dalla legge, come nel caso di contrasto tra giudicati. È un'impugnazione straordinaria rilevante in chiave difensiva perché riapre il giudicato.

- Il Governo rileva la pendenza di un giudizio di revisione dinanzi alle Autorità nazionali, per cui chiede la sospensione dell'esame del ricorso in attesa dell'esito di tale giudizio.
- La Corte afferma di non poter formulare prognosi in ordine all'esito del procedimento penale in corso a carico di W, né sulla sua durata, dunque la questione viene rigettata (non le interessa della pendenza della revisione). Nel frattempo, passano anni in cui Ogaristi sta in carcere.

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).

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 (contestare), né durante le indagini preliminari né in dibattimento.
- 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);
 - L'occasione non vi era stata per responsabilità delle autorità nazionali.
- 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. Se togliamo dal compendio le dichiarazioni, non rimane nulla per suffragare la sentenza di condanna.

Conclusioni

La Corte e.d.u. afferma la violazione dell'art. 6 § 1 e 3 lett. *d* della Convenzione.

[Nota: nel giudizio di revisione – sospeso per attendere l'esito del procedimento penale a carico di W – veniva ascoltato il teste Y, nel frattempo rintracciato in Albania. Di fronte al Giudice, il testimone non riconosceva Ogaristi come il suo aggressore. Il ricorrente veniva prosciolto nel merito per non aver commesso il fatto]. Si è smontato tutto l'architettura accusatorio che ha comportato anni di incarcerazione ingiusta.

Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito

Il caso *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito* (2011) è stato importante per l'interpretazione della "sole or decisive rule" nel contesto del diritto a un processo equo sancito dall'articolo 6 della CEDU. Si tratta di un *overruling* che ha avuto una portata che ha trasbordato fino agli orientamenti politici della CtEDU. Vi è infatti un cambiamento di giurisprudenza:²⁷ il criterio dell'occasione era fondamentale fino a questa sentenza, espressione invece della logica a fasi, flessibile, della CtEDU, che in quest'occasione elabora il **criterio delle "garanzie che controbilanciano"**. Ciò significa che si guarda alla procedura nel suo complesso, al fine di valutare la presenza di fattori di controbilanciamento che farebbero tollerare anche una violazione del contraddittorio, il che ha aperto il varco ad una flessibilità che molti giudicano eccessiva. La logica delle garanzie compensative implica il sostenere che l'equità complessiva della procedura, difficile da valutare, può costituire un bilanciamento postumo della violazione accertata.

Il caso Al Khawaja

Nel caso Al Khawaja, il ricorrente era un medico accusato di aver abusato sessualmente di due pazienti, dopo averle ipnotizzate durante una visita.

- La prima vittima, molti mesi dopo la violenza e dopo aver confidato il fatto a due amici, si suicidava prima dell'apertura del dibattimento.
 - Il Giudice ammetteva l'acquisizione delle dichiarazioni della querelante, ritenendo che i diritti difensivi dell'imputato sarebbero stati garantiti dalla possibilità di esaminare i due amici della vittima.
- La seconda vittima veniva invece esaminata direttamente, insieme agli agenti di polizia che avevano svolto le indagini e ad altre due pazienti del medico (veniva altresì appurato che le quattro donne non si conoscevano, per escludere l'ipotesi per cui si fossero messe d'accordo).

Il sig. Al Khawaja veniva condannato per violenza sessuale per entrambi i capi di imputazione da una giuria popolare che aveva ricevuto istruzioni sulla necessità di valutare con estrema cautela le dichiarazioni «per sentito dire» (che poi si prestò effettivamente attenzione particolare, non si sa).²⁸ La sentenza veniva confermata anche in appello.

Il caso Tahery

- Nel corso di una rissa, un membro della comunità iraniana veniva accoltellato alla presenza di più persone, nessuna delle quali attribuiva la responsabilità dell'accaduto al ricorrente. Pertanto, **non** si trova subito il responsabile della rissa.
- Solo due giorni dopo i fatti, un altro membro della comunità iraniana (T) riferiva di aver visto il ricorrente colpire due volte alla schiena con un coltello la persona offesa; mentre la persona offesa e altri testimoni dichiaravano di non aver visto il ricorrente colpire.

²⁷ Parlare di orientamenti è scivoloso, in quanto si tratta di un giudice del caso, con un approccio olistico, che non dà un giudizio sulle scelte di fondo ordinarie, bensì sul rispetto dell'equità processuale in una vicenda concreta. Capita però che gli stessi criteri diventino l'architettura di varie sentenze.

²⁸ Nel processo inglese vi sono una serie di regole particolari circa il "sentito dire"; inoltre, ha importanza particolare la giuria popolare, che, specie in crimini rilevanti per l'emotività, è da tener presente.

- Tahery veniva dunque arrestato e accusato di percosse e lesioni volontarie;
- Nel corso del processo, dopo l'infruttuoso esame della vittima, il giudice disponeva, su richiesta del pubblico ministero, la lettura delle dichiarazioni assunte dalla polizia.
- L'assenza di contraddittorio era giustificata dal timore del testimone T di deporre in dibattimento, avendo egli ricevuto delle **minacce** anonime. Questa può essere infatti una deroga alla formazione della prova in dibattimento.

Il sig. Tahery veniva ritenuto colpevole dei reati contestati da una giuria debitamente istruita sulla necessità di valutare con particolare attenzione le dichiarazioni provenienti da un soggetto che **non** era stato sottoposto al controesame. Anche la Corte d'appello confermava la condanna.

Il ricorso alla Corte e.d.u.

- La Quarta Sezione della Corte europea aveva inizialmente riconosciuto la violazione dell'art. 6 § 1 e 3 lett. d della Convenzione da parte del Regno Unito, sulla base della consolidata giurisprudenza in tema di contraddittorio.
- Tanto nel caso Al Khawaja che nel caso Tahery, la Corte aveva ritenuto che la sentenza di condanna si fosse fondata **in modo esclusivo o determinante** sulle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio.

Viene fatto ricorso alla grande camera, infatti la sentenza assume importanza peculiare anche per una questione politica.

La Grande Camera

- Nella richiesta di rinvio alla Grande Camera, il Governo britannico aveva messo in discussione l'assolutezza del test della prova «sola o determinante».
- Inoltre, aveva censurato la mancata considerazione delle **ampie garanzie procedurali** che l'ordinamento inglese prevede per controbilanciare l'uso del sentito dire. Il governo inglese chiede dunque perché non si siano valutate le altre garanzie adottate per bilanciare la compressione del contraddittorio, che rendono la procedura nel complesso equa.

La regola della prova unica o determinante

Secondo la Grande Camera, che ripercorre tutta la giurisprudenza precedente:

- 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 grande camera discute anche circa la regola della prova «sola o determinante», che **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 decisione della Corte

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affrontato la questione dell'ammissione delle dichiarazioni della vittima, che costituivano prove determinanti per la condanna. La Corte ha ribadito il principio

generale secondo cui le prove a carico devono essere prodotte dinanzi all'imputato in un'udienza pubblica, per consentire un dibattimento in contraddittorio. Tuttavia:

- 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, nonostante le violazioni del diritto al confronto. Le garanzie devono compensare le difficoltà legate all'ammissione di una tale prova e devono essere state effettivamente applicate al caso concreto.

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; *quali erano le garanzie della documentazione?* In Italia si ha un verbale, mentre un video è più pregnante.²⁹
- 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.³⁰

La Grande Camera, valutando l'equità della procedura nel suo complesso, ha ritenuto che l'ammissione delle dichiarazioni della vittima rese in assenza di contraddittorio fossero **bilanciate da garanzie sufficienti**, tali da far ritenere **non sussistente la violazione dell'art. 6 Cedu**.

Il caso *Tahery*

- 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 adottati 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.

²⁹ La riforma Cartaria ha predisposto l'utilizzo di strumenti audio visivi laddove possibile.

³⁰ La prova regina non può però essere la dichiarazione della persona offesa in reati di violenza sessuale, per il peculiare rapporto tra autore e vittima.

Il ricorrente **non** era stato messo nelle condizioni di vagliare la veridicità e la credibilità delle dichiarazioni raccolte senza contraddittorio.

La Grande Camera riconosceva dunque la **violazione** dell'art. 6 § 1 e 3 lett. d della Convenzione.

Il c.d. «Al Khawaja test»

La Corte ha introdotto un triplice scrutinio (Al-Khawaja test) per valutare se l'ammissione di testimonianze rese da un testimone assente sia conforme al diritto a un processo equo. Questo test prevede la valutazione di tre elementi:

1. **Giustificazione dell'assenza del testimone:** L'impossibilità per la difesa di interrogare o far interrogare il testimone deve essere giustificata da un motivo serio, come la morte del testimone.
 - *Step 1:* indagine sulla validità dei motivi per cui il teste non è stato escusso nel processo;
2. **Carattere unico o determinante della prova:** Bisogna accertare se le dichiarazioni del testimone assente costituiscano la prova unica o decisiva della colpevolezza dell'imputato.
 - *Step 2:* valutazione del carattere unico o determinante della prova unilateralmente assunta impiegata in condanna (la vecchia regola è ancora importante ai fini della decisione).
3. **Esistenza di garanzie compensative sufficienti:** La Corte deve verificare se esistano elementi in grado di compensare i problemi derivanti dall'ammissione della prova, garantendo una valutazione corretta ed equa della sua affidabilità.
 - *Step 3:* esistenza di adeguati fattori in grado di controbilanciare il *deficit* dialettico (del contraddittorio).

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?

Il caso Schatschaschwili c. Germania

Il ricorrente era stato condannato per estorsione e rapina sulla base di dichiarazioni provenienti da due prostitute lituane irreperibili, rese durante la fase delle indagini (in assenza della difesa). Le testimonianze delle vittime costituivano le uniche testimonianze oculari dei fatti e avevano un peso determinante nella condanna dell'imputato. Il ricorrente aveva lamentato che il mancato esame diretto dei testimoni violava il suo diritto a un processo equo, previsto dall'articolo 6 della CEDU.

Nel primo grado dinanzi alla Corte e.d.u. era stata esclusa la violazione dell'art. 6 § 1 e 3 lett. d Cedu, in base al **test Al Khawaja**:

- il giudice nazionale aveva compiuto ragionevoli sforzi per permettere che i testimoni venissero esaminati in aula;
- le loro dichiarazioni NON erano state le uniche prove su cui si era fondata la condanna, ma avevano avuto un peso considerevole (che **non** vuol dire determinante, bensì molto significativo);
- vi erano sufficienti fattori riequilibranti per compensare le difficoltà patite dalla difesa (fondata la preoccupazione del giudice istruttore che, in fase di indagini, aveva disposto l'audizione dei testimoni in assenza della difesa **tenuto conto del loro timore – audizione protetta**; le dichiarazioni dei testimoni erano state analizzate scrupolosamente dalle Corti di merito; le testimonianze erano corroborate da altri elementi).

Fattori di Bilanciamento Identificati

La Corte ha individuato alcuni possibili fattori che potevano bilanciare l'assenza del contraddittorio diretto:

1. **Prove corroboranti:** La presenza di elementi probatori indiretti, come testimonianze de relato, intercettazioni o dati GPS, che rafforzassero la credibilità delle dichiarazioni.
2. **Valutazione prudente del giudice:** L'accurata considerazione del valore delle prove da parte del giudice, con particolare attenzione alla loro affidabilità.
3. **Opportunità per l'imputato di contestare la credibilità dei testimoni assenti:** Anche in assenza del contraddittorio diretto, l'imputato doveva avere la possibilità di mettere in discussione le testimonianze, conoscendo l'identità dei testimoni e potendo interrogare altri soggetti che avevano riferito le dichiarazioni.

La Grande Camera ha specificato la portata dei singoli criteri dell'«Al Khawaja test»:

- **Relazione tra i criteri:**
 - La mancaza di buone ragioni idonee a giustificare l'assenza del testimone (*step 1*) **non** può implicare di per sé l'iniquità del processo. Se quindi non sappiamo il motivo dell'assenza del testimone, che può attenere alla sfera soggettiva, ciò non è rilevante.
 - 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*).
- **Ordine da seguire:** Conferma della sequenza indicata nella sentenza Al Khawaja, puntualizzando però che le specificità della vicenda possono giustificare una variazione nella successione dei criteri applicabili.

Analisi del primo parametro del test

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, mettendo quindi a rischio il testimone, per cui è giustificata la compressione del contraddittorio;
 - 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. La generale apprensione **non** lo giustifica di per sé, così come la paura per possibili ricadute reputazionali.
- **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.
 - L'irreperibilità è molto difficile da prevedere. La Cassazione adotta alcune presunzioni che riguardano la sfera soggettiva della persona, che può avere indicatori chiari di irreperibilità.

- Principio: alla lettura *ex 512-bis* si procede solo se si è fatto di tutto per garantire la presenza del testimone al procedimento. Per consentire tale deroga, l'autorità giudiziaria deve dimostrare quindi una condotta attiva.

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, *Brzuszczynski 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*).

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 CtEDU, in base alla sua giurisprudenza, riterrebbe equa una condanna sulla base di una dichiarazione da parte di una persona mai vista? Si è introdotto un criterio flessibile ed un test come valvola di sicurezza che, seppur opinabile, fa valutare l'equità complessiva della procedura. Se fossero fattori di bilanciamento, potrebbe essere. Ragionare sulla compensazione di un diritto fondamentale rimane comunque discutibile. L'apertura alle garanzie compensative è in definitiva molto flessibile.

Il caso *Schatschaschwili c. Germania* (Grande Camera, 15 dicembre 2015) ha avuto un ruolo cruciale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo all'ammissione delle prove e al principio del contraddittorio. Ecco un riassunto dei fatti, della decisione e delle implicazioni principali del caso.

Overruling e Implicazioni

La sentenza ha portato la logica del bilanciamento alle sue estreme conseguenze. La Corte ha stabilito che, in casi eccezionali, i diritti della difesa possono cedere il passo ad altri interessi, purché vi siano sufficienti garanzie procedurali per compensare le limitazioni imposte al contraddittorio. In questo modo, **non** esiste più una soglia minima rigida al di sotto della quale il diritto alla difesa non può essere sacrificato.

Per la Corte, è sufficiente che le salvaguardie procedurali adottate compensino adeguatamente le difficoltà derivanti dall'assenza del contraddittorio diretto. Tali garanzie includono vari fattori, come:

- La corretta applicazione delle garanzie legali esistenti.
- Le opportunità date all'imputato per far fronte agli ostacoli nella difesa.
- La gestione complessiva del procedimento da parte del giudice.
- La possibilità di riprodurre in udienza la videoregistrazione delle dichiarazioni rese dal testimone in fase istruttoria.

Flessibilità dei Fattori Compensativi

La Corte non ha predisposto un elenco esaustivo di "counterbalancing factors" da applicare in astratto, preferendo mantenere un ampio margine di valutazione in base alle circostanze specifiche di ciascun caso. Questo approccio offre flessibilità per garantire che le esigenze di giustizia siano bilanciate con la tutela dei diritti dell'imputato.

LE CONTESTAZIONI

Italia

Art. 500 c.p.p.³¹: contestazioni nell'esame testimoniale

Esclusione probatoria → Il **precedente difforme** non può costituire prova dei fatti affermati, ma solo elemento critico da valutare "**ai fini della credibilità del teste**" (500 c. 2).

- l'atto contenente le dichiarazioni **non** può essere acquisito e le dichiarazioni **non** possono essere valutate (**se non** nei casi espressamente previsti).

Ratio:

- il "**precedente difforme**", è mezzo che serve al contraddittorio, ma non è formato in contraddittorio (raccolto unilateralmente dalla parte);
- il suo autonomo impiego a fini probatori:
 - o realizzerebbe il contraddittorio in senso debole, "sulla" prova (contraddittorio posticipato che ha ad oggetto la valutazione di un elemento già costituito e cristallizzato nei verbali di indagine);
 - o non il contraddittorio "per" la prova (contraddittorio che ha ad oggetto, e si svolge durante, la formazione della prova).

Eccezioni alla Formazione della Prova in Contraddittorio

- **Art. 111 Cost.** prevede eccezioni nei casi di **consenso dell'imputato, impossibilità oggettiva o condotta illecita accertata**, permettendo l'uso di prove non acquisite in contraddittorio (si può usare ciò che non è stato assunto in contraddittorio come prova).
 - o Queste eccezioni sono stabilite per garantire un bilanciamento tra l'esigenza di giustizia e il diritto alla difesa.

Le deroghe al divieto di lettura degli atti nel nostro sistema

Art. 512 c.p.p.: Su richiesta di parte, per sopravvenuta impossibilità di ripetizione (ad esempio, fatti o circostanze imprevedibili), gli atti di polizia giudiziaria, pubblico ministero, difensori o giudice nell'udienza preliminare possono essere ammessi.

³¹ 1. Fermi i divieti di lettura [514] e di allegazione [515], le parti, per [contestare](#) in tutto o in parte il contenuto della deposizione, possono servirsi delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone [351, 362, 422] e contenute nel fascicolo del pubblico ministero [433]. Tale facoltà può essere esercitata solo se sui fatti o sulle circostanze da contestare il testimone abbia già deposto^[1].

2. Le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate ai fini della credibilità del teste^[2].

3. Se il teste **rifiuta** di sottoporsi all'esame o al controesame di una delle parti, nei confronti di questa **non** possono essere utilizzate, senza il suo consenso, le dichiarazioni rese ad altra parte, salve restando le sanzioni penali eventualmente applicabili al dichiarante^[3].

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^[4].

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.

6. A richiesta di parte, le dichiarazioni assunte dal giudice a norma dell'articolo 422 sono acquisite al fascicolo del dibattimento e sono valutate ai fini della prova nei confronti delle parti che hanno partecipato alla loro assunzione, se sono state utilizzate per le contestazioni previste dal presente articolo^[5]. Fuori dal caso previsto dal periodo precedente, si applicano le disposizioni di cui ai commi 2, 4 e 5.

7. Fuori dai casi di cui al comma 4, su **accordo** delle parti le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese dal testimone sono acquisite al **fascicolo del dibattimento**^[6].



- Gli atti assunti unilateralmente al di fuori del contraddittorio possono essere assunti come prova (es. muore un testimone);
- L'Italia permetteva quindi che una condanna potesse basarsi in maniera esclusiva e determinante su una dichiarazione assunta fuori dal contraddittorio, in quanto la fonte non vi era più, non era più possibile fare domande al testimone. Questo è in contrasto con la giurisprudenza di Strasburgo:
 1. Giurisprudenza di legittimità: ove si dimostri che il testimone abbia deliberatamente evitato di comparire per sottoporsi all'esame, le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate come prova della colpevolezza ex art. 526 c.1-*bis*;
 2. Giurisprudenza Strasburgo: L'interpretazione dell'art. 512 c.p.p. richiede che una dichiarazione diventata irripetibile sia corroborata da altri elementi probatori acquisiti in dibattimento.

Art. 512-bis c.p.p.: A richiesta di parte, le dichiarazioni di una persona residente all'estero citata e non comparsa (quando l'esame è assolutamente impossibile) possono essere utilizzate.

- è applicabile in situazioni in cui la ripetizione dell'esame è impossibile, come per testimoni che risiedono all'estero e non possono essere presenti in tribunale.

Strasburgo

- La Corte Europea differenzia le prove in **senso proprio** (che si basano sul contraddittorio) dagli elementi di conoscenza assunti **unilateralmente**. Questi ultimi devono rimanere fuori dal procedimento decisorio e non possono sorreggere la decisione in **modo esclusivo o determinante**.
- Ogni dichiarazione testimoniale assunta in deroga al contraddittorio pregiudica il diritto dell'imputato al confronto.
 - o La Corte ha verificato l'esistenza di **compensazioni** (per mitigare l'assenza del contraddittorio diretto) opportune per l'imputato nel processo di ammissione, acquisizione e valutazione della prova, come la **corroborazione** con altri elementi probatori o la **reciprocità delle accuse**.

Si è dato inoltre rilievo:

- alle **situazioni di parità** in cui le dichiarazioni sarebbero state raccolte per effetto della contemporanea assenza del difensore e del pubblico ministero;
- agli **sforzi** compiuti (sia pure invano) dall'autorità giudiziaria nel **ricercare** il testimone irreperibile;
- alla **plausibilità delle ragioni di incolumità** avanzate per serbare l'anonimato di una fonte di prova a carico;
- alla possibilità offerta ai difensori di interrogare mediante **rogatoria internazionale** un testimone residente all'estero.

Leading case Camilleri c. Malta, 16/3/2000³²

È 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.

Leading case Jerinò c. Italia, 7/6/2005

La Corte Europea ha dichiarato l'irricevibilità del ricorso basato sull'impossibilità di interrogare un coimputato che aveva scelto di avvalersi della facoltà di non rispondere al processo. La decisione del coimputato era motivata dall'esigenza di proteggere la sua famiglia, dopo che aveva subito pressioni e visite dal fratello dell'imputato.

- Il caso riguarda la possibilità di utilizzare come prova la dichiarazione di un soggetto non interrogato dall'accusato, seppur tale dichiarazione sia stata raccolta in condizioni che giustificano l'impossibilità di ripetizione.

Leading case Bracci c. Italia (7/6/2005)

La Corte Europea ha rilevato una violazione dell'art. 6 par. 3 lett. d della Convenzione Europea, accertando che la condanna di uno dei ricorrenti si era basata "esclusivamente o in misura determinante" su dichiarazioni assunte senza il contraddittorio con la difesa. Queste dichiarazioni erano state acquisite ai sensi dell'art. 512 c.p.p. per "accertata impossibilità di natura oggettiva" di ripetizione dell'atto.

- Le dichiarazioni predibattimentali non possono costituire la base di una condanna se l'imputato non ha avuto la possibilità di controinterrogare la persona che le ha rese, a meno che non vi siano condizioni eccezionali giustificate e altri elementi probatori a supporto.

Costituzione vs CEDU

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 elevato** rispetto a quanto richiesto dalla Convenzione.

Nella **disciplina pattizia**, infatti, **non vi è alcun esplicito riferimento:**

- al metodo del contraddittorio nella formazione della prova,

³² In base all'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), che garantisce il diritto a un processo equo, è stato considerato legittimo usare come prova una dichiarazione accusatoria fatta inizialmente alla polizia e utilizzata per condannare qualcuno.

Anche se questa dichiarazione era stata ritrattata dal testimone con un documento ufficiale (chiamato "affidavit giurato" in cui si dichiara che la precedente dichiarazione non era più valida), in seguito il testimone ha confermato nuovamente quella dichiarazione durante il processo vero e proprio.

Quindi, in questo caso, la prova è stata accettata perché, alla fine, il testimone ha confermato di nuovo le sue parole iniziali di fronte al giudice, anche se c'era stata una ritrattazione nel mezzo.

- 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*».

Questo livello di garanzie, più elevato rispetto a quanto imposto in ambito europeo, è stato ribadito anche nel **nostro sistema processuale interno** con l'**art. 500 co. 2 c.p.p.** «*le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate ai fini della credibilità del teste*».

Tuttavia, in sede di **disciplina delle deroghe** a tale principio (art. 111 Cost.), dà spazio al **rischio di cadute sotto quello livello minimo** di garanzie CEDU:

- **l'art. 512 e 512-bis c.p.p.** consente un **accertamento di responsabilità** basato (anche in maniera esclusiva, o comunque, determinante) su **dichiarazioni provenienti da persone che l'imputato non ha mai avuto modo di esaminare**.
- La giurisprudenza CtEDU ha più volte precisato come la **garanzia del contraddittorio («almeno differito») sulla fonte di prova** sia da ritenersi imprescindibile per consentire l'uso determinante in sentenza delle dichiarazioni rese senza l'osservanza del metodo dialettico.

Nuova giurisprudenza in tema di testimoni assenti

- In Europa si riconosce l'inclusione della **corroborazione procedimentale** tra le salvaguardie idonee a bilanciare l'impiego di dichiarazioni determinanti provenienti da un testimone la cui assenza sia giustificata e non imputabile all'autorità procedente.
- In Italia, c'è un consolidamento giurisprudenziale del **riscontro ex art. 192 c.3³³** per l'uso di dichiarazioni oggettivamente irripetibili in dibattimento.
- La Corte Suprema valuta se le dichiarazioni unilaterali abbiano avuto un peso esclusivo o determinante; accertata tale eventualità, cerca la presenza di riscontri o di solide garanzie procedurali, richiamando il test di *Al-Khawaja*.

Cafagna c. Italia

La Cassazione aveva dichiarato inammissibile il ricorso dell'imputato, che si doleva 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 così] 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.**

Alla luce dei criteri fissati nel c.d. "*Al-Khawaja test*" – e ribaditi, con ulteriori precisazioni, sent. 15 dicembre 2015, Schatschaschwili c. Germania **la Corte di Strasburgo ha avuto buon gioco nello stabilire la violazione del dettato convenzionale**:

1. 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**);

³³ Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità.



2. le dichiarazioni dell'assente erano determinanti ai fini dell'accertamento della responsabilità **(2° step)**;
3. 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 **(3° step)**.

Testimoni

- La CEDU, all'art. 6 par. 3 lett. d, prevede il diritto dell'imputato di esaminare o far esaminare i testimoni a carico, e ottenere l'esame dei testimoni a discarico.
- La formula ampia indica che la Convenzione non privilegia una specifica tecnica di esame testimoniale.
- **La definizione di "testimone" (per la CEDU)** include chiunque fornisca dichiarazioni utilizzabili dal giudice.
- La CEDU utilizza i termini "**esaminare o far esaminare**" i testimoni per indicare che è ammessa una varietà di modalità per condurre l'esame. Questo concetto è stato adottato nell'art. 526-*bis* cpp, ma nel nostro sistema l'imputato non può porre direttamente domande al testimone, deve farlo tramite il difensore.
 - o Anche se la nostra procedura non permette che l'imputato interroghi direttamente i testimoni, la Convenzione non esclude la possibilità che un ordinamento lo preveda. Questa flessibilità è particolarmente utile nei processi che richiedono conoscenze tecniche specifiche, in cui l'imputato potrebbe essere esperto. Tuttavia, si ricorre al consulente tecnico di parte, nonostante l'imputato possa avere competenze adeguate.
 - o Alcuni Paesi prevedono esami diretti o mediati dal giudice, ad esempio per minori. In Germania, l'esame diretto è facoltativo, mentre in altri Stati come Norvegia e Svezia è regola generale.
 - L'esame testimoniale mediato (come da noi in caso di minori con il giudice) è considerato anche una forma legittima di contraddittorio.

In definitiva, l'ampia dizione dell'art. 6 par. 3 lett. d Conv. eur. ripresa anche dall'art. 14 par. 3 lett. e Patto internaz. dir. civ pol. sembra compatibile con normative sulla testimonianza che lascino spazio a **tecniche esaminatorie molto diverse tra loro**.

Nozione testimone CEDU

«Qualunque persona che renda all'autorità procedente dichiarazioni destinate ad essere utilizzate dal giudice per la decisione».

Una definizione "restrittiva" di testimone imporrebbe:

- un arbitrario confine al diritto al confronto, limitando soggettivamente la garanzia di «esaminare o far esaminare i testimoni a carico».
- porterebbe ad un'iniqua restrizione del diritto a richiedere ed ottenere la convocazione dei testimoni a discarico, come stabilito dalla seconda parte dell'articolo 6 CEDU.

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.

Caso Kostovski c. Paesi Bassi

- qualificato come «testimoniati» 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 contando 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.

«expert witnesses»

"Le prove degli esperti, come quelle dei testimoni, devono essere verificate tramite domande e confrontate, laddove contestate, con altre prove in conflitto". Inoltre, è comprensibile che sorgano dubbi, soprattutto nell'imputato, sulla neutralità di un esperto quando il suo rapporto ha effettivamente portato all'azione penale.

«coimputato»

La qualità di coimputato o di imputato in un procedimento connesso o collegato non può influire sulla sua qualificazione come testimone, a meno che le sue dichiarazioni non riguardino la responsabilità di altri.

Nel **caso Lucà c. Italia**, la Corte ha chiarito che allorché una dichiarazione resa:

- o da un testimone *strictu sensu*
- o da un coimputato

sia idonea a fondare, in modo determinante, la condanna del prevenuto, la stessa deve essere considerata una testimonianza a carico con conseguente applicazione delle garanzie previste dall'art. 6 par. 1 e 3 lett. d CEDU.

I tipi di testimoni

Ci sono diverse figure di testimoni nella giurisprudenza di Strasburgo.

- **Assenti/irreperibili**, sempre nell'ottica del diritto a esaminare e contro-esaminare. Colui che rilascia dichiarazioni durante le indagini ma poi non è più rintracciabile;
- **Anonimi**;
- **Vulnerabili**, ossia il testimone che necessita di particolari cautele nel corso del suo esame perché ha caratteristiche psicologiche, fisiche o psichiche che lo rendono particolarmente debole dal punto di vista dell'esame (es. minore età).

Testimoni ASSENTI

Soggetti che, **dopo aver reso dichiarazioni** a contenuto testimoniale **nelle fasi anteriori al giudizio, non depongono in sede dibattimentale** perché – per esempio – deceduti,

gravemente malati, irreperibili, sentiti all'estero, titolari di un diritto di non rispondere o intimiditi.

- Il mancato riconoscimento del diritto dell'accusato di presenziare all'audizione di testimoni assunti in fasi precedenti a quella del giudizio non costituisce di per sé una violazione dell'art. 6 CEDU.
- Le garanzie stabilite potrebbero dirsi rispettate solo se fosse garantito un nuovo esame nel contraddittorio delle parti davanti all'organo giudicante.
- La possibilità di lettura delle precedenti dichiarazioni assunte in via unilaterale è limitata ai soli casi di consenso della difesa.

Casi significativi:

- C. eur. 20/6/2002 *Borghi c. Italia*;
- C. eur. 28/8/1992 *Artner c. Austria*;
- C. eur. 20/9/1993 *Saidi c. Francia*.

In **due occasioni** la Corte ha **escluso la violazione dell'art. 6 CEDU** nonostante l'utilizzo da parte del giudice nazionale di dichiarazioni rese da un «**testimone irreperibile**» anteriormente al giudizio e senza la presenza del difensore:

1. **C. eur., 19/2/1991, Isgrò c. Italia** → La Corte europea ha dato rilievo:
 - sia al fatto che l'accusato aveva avuto la possibilità di contestare le dichiarazioni a suo carico mediante il confronto con il suo accusatore;
 - sia alla situazione di parità in cui – per la contemporanea assenza del difensore e del pubblico ministero – le dichiarazioni del testimone irreperibile erano state raccolte;
 - La sentenza si era comunque fondata anche su prove diverse dalle dichiarazioni del testimone irreperibile, quali ulteriori testimonianze.
2. **C. eur., 7/8/1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia** → La Corte europea ha evidenziato:
 - sia la circostanza della morte sopravvenuta del chiamante in correità;
 - sia la corroborazione fornita da altri elementi probatori e, in particolare, dalla reciprocità delle accuse.

Al **mancato esame del testimone** deve equipararsi l'ipotesi in cui il **teste si presenti in dibattimento, avvalendosi però della facoltà di non rispondere** riconosciuta dalla procedura penale nazionale.

- **C. eur., 5712/2002, Craxi c. Italia:** in relazione all'esame del coimputato (art. 209 c. 2 c.p.p.) o dell'imputato in procedimento connesso che non assume la qualità di testimone (art. 210 c. 4 c.p.p.).

La Corte deve valutare: (**C. eur., 12/12/2017, Zadumov c. Russia**)

1. se vi sia stato un ragionevole motivo che possa giustificare la mancata escussione del testimone;
2. la decisività della prova che fonda la condanna;
3. la presenza di istituti in grado di controbilanciare lo svantaggio subito dalla difesa.

N.B. si tratta di tre requisiti interconnessi e valutabili cumulativamente.

Testimoni ANONIMI

Dichiaranti la cui **identità anagrafica non è resa nota** all'accusato e al suo difensore.



- se **non si conosce l'identità della persona** cui porre le domande, si è **privi di quei particolari elementi** grazie ai quali si potrebbe dimostrare che il **teste è prevenuto, ostile ovvero inaffidabile**.
- poiché di norma il testimone rende in questi casi la propria deposizione a volto coperto o comunque non visibile, la difesa e il giudice **non possono osservarne il comportamento e l'espressione del viso nel corso dell'esame, né fondare su tali elementi il proprio convincimento in merito alla credibilità** della persona esaminata.

Situazione di *handicap* processuale incompatibile con la Convenzione **se non adeguatamente compensata da altre garanzie sostanziali**.

Due sono i presupposti minimi per la **concessione dell'anonimato**:

1. la vita o la libertà del testimone devono essere seriamente minacciate;
2. il testimone deve offrire garanzie di affidabilità e credibilità.

La questione si complica quando il testimone anonimo è un **agente di polizia** (dovere di obbedienza verso il potere esecutivo e naturali legami con l'autorità giudiziaria):

- le esigenze operative della polizia **non costituiscono un motivo sufficiente** a giustificare una simile compressione dei diritti della difesa
- necessità dell'adozione di **strumenti processuali atti a compensare i sacrifici imposti all'accusato** e a verificare l'effettiva **necessità della misura**;
- in ogni caso la sentenza **non può fondarsi esclusivamente né in modo determinante** sulle dichiarazioni di testi anonimi.

Leading case, C. eur. 20/11/1989, Kostovsky c. Paesi Bassi (riassunto fatti su slide 122-124)

- La Corte accertò la **violazione** dell'art. 6 par. 1 e 3 lett. d) Conv. eur.;
- Le **gravi limitazioni del contraddittorio**, arretrate dalla decisione di mantenere l'anonimato, non furono, **compensate da adeguati meccanismi procedurali**:
 - o 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).
 - o 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 (di altri), è stata un'occasione insufficiente e inadeguata per sollevare dubbi sulla *fides* dei dichiaranti.
 - o tanto più che la sentenza di condanna si era basata **in maniera determinante sulle dichiarazioni** rese alla polizia da due persone rimaste anonime

Leading case, C. eur. 27/11/1990, Windisch c. Austria

Violazione dell'art. 6 par. 1 e 3 lett. d Conv. eur.

- le due donne sono state **ascoltate soltanto dagli agenti di polizia**, pertanto né il ricorrente né il suo difensore hanno potuto interrogarle. La possibilità di esaminare gli agenti di polizia o di indirizzare per iscritto delle domande alle testimoni non è stato reputato sufficiente.

- la natura e l'estensione delle domande sono state fortemente condizionate dalla scelta di non rivelare l'identità delle due signore. **I giudici nazionali non hanno potuto formarsi una opinione in ordine alla credibilità** delle stesse.
- sentenza di condanna basata in **modo determinante** su dichiarazioni rese a un poliziotto da altri agenti di polizia rimasti anonimi e confermate in sede dibattimentale attraverso un collegamento esclusivamente sonoro con l'aula in cui si trovavano gli imputati, i loro difensori e il pubblico ministero.

Leading case, C. eur. 26/3/1996, Doorson c. Paesi Bassi

La Corte europea ha concluso per **l'infondatezza del ricorso**. A differenza dei precedenti casi:

- qui **non solo la polizia conosceva le generalità dei testimoni**, ma pure un organo che, come il giudice istruttore, ha il dovere dell'imparzialità: questi aveva indicato nel verbale d'audizione le circostanze in forza delle quali il giudice del dibattimento avrebbe potuto valutarne la credibilità.
- non solo il **difensore era presente all'interrogatorio** dei testimoni effettuato dal giudice istruttore, ma gli fu concessa pure la **possibilità di rivolgere loro delle domande**.
- nel complesso quindi i **contrappesi processuali** apprestati avevano sufficientemente compensato i limiti a cui era sottoposto il contraddittorio:
 - o la difesa, infatti, era stata posta nelle condizioni di contestare le deposizioni rese in presenza del giudice istruttore, suscitando così dubbi sulla credibilità dei testimoni;
 - o I giudici avevano valutato le dichiarazioni dei testimoni «*with the necessary caution and circumspection*».

Opinione dissenziente comune di due giudici:

- Una testimonianza contestata dall'accusato non può essere valutata a carico dello stesso, quando egli non ha avuto la possibilità di interrogare, in sua presenza, l'autore della deposizione:
 - o Nel caso di specie, il ricorrente non solo non aveva potuto assistere di persona all'esame dei testimoni y15 e y16, ma non aveva avuto la possibilità di conoscerne l'identità per poterne minare l'attendibilità.

Sin dal caso *Doorson*, la Corte si è preoccupata di fissare una **soglia minima di tutela** del diritto di difesa che ogni Stato sia in grado di osservare. Essa, infatti, impone di **verificare se** – anche laddove **non sia stata garantita all'accusato un'occasione «adeguata e sufficiente» di interrogare i testimoni a carico** – la condanna si basi «esclusivamente o in maniera determinante» sulle dichiarazioni rilasciate da testimoni coperti dall'anonimato.

Il parziale *overruling* della Grande Camera in tema di **testimoni assenti** con la sentenza ***Al-Khawaja c. Regno Unito e Schatschaschwili c. Germania*** ha effetti anche sulla giurisprudenza in tema di testimoni anonimi.

Per i giudici di Strasburgo, infatti, anche se i problemi posti dai testimoni assenti e da quelli anonimi non sono identici, **le due situazioni non differiscono in linea di principio sul piano del potenziale svantaggio per la difesa dell'imputato**.

Nel **caso Sarkizov e altri c. Bulgaria**, per esempio, è stato così escluso che una condanna basata in **modo determinante** sulla deposizione di un testimone anonimo che la difesa non abbia mai potuto interrogare violi il dettato convenzionale qualora, in primo luogo,

l'assenza e l'anonimato trovino giustificazione nell'esigenza di salvaguardare l'incolumità del testimone e, in secondo luogo, sia assicurato un **idoneo contro-bilanciamento** alle limitazioni difensive.

Counterbalancing factors

- la comunicazione dell'identità del testimone al pubblico ministero o alla Corte
- il fatto che il testimone sia stato sentito davanti alla Corte senza la possibilità per il difensore di partecipare all'esame e di porre domande sulla sua identità e sul suo passato
- la video-trasmissione di ampie aree del corpo del dichiarante senza tuttavia poter vedere il volto
- la possibilità per la difesa di formulare domande per iscritto.

Possibili critiche: ce ne sono altre ma immaginate

- L'elemento costitutivo del contraddittorio è dunque soddisfatto solo quando l'identità dell'autore della dichiarazione accusatoria è resa nota all'imputato o al suo difensore: non basta la comunicazione al pubblico ministero o alla Corte, poiché la difesa non potrebbe esercitare su di essi alcun controllo.
- Così come non pare un idoneo fattore di bilanciamento di un uso decisivo della dichiarazione anonima il fatto che il testimone sia stato sentito davanti alla Corte senza la possibilità per il difensore di partecipare all'esame e di porre domande sulla sua identità e sul suo passato.
- Allo stesso modo, l'occultamento dell'aspetto fisico del dichiarante – misura precauzionale che di frequente caratterizza l'audizione del teste anonimo – impedisce al difensore di osservarne il comportamento e verificarne le reazioni (tra cui va annoverata l'espressività del volto) nel corso della deposizione.

Testimoni VULNERABILI

Le dichiarazioni testimoniali sono rilasciate da soggetti che per il loro particolare stato psico-fisico ed emotivo non sono nelle condizioni per poter sostenere un normale esame in dibattimento condotto attraverso una *cross-examination*, in udienza pubblica e alla presenza dell'imputato.

La Corte ritiene sufficiente in simili situazioni **l'instaurazione di un rapporto «mediato» tra la difesa e la fonte di prova**

- La difesa vedrebbe assicurati i suoi diritti dalla facoltà di visionare il filmato o di ascoltare la registrazione dell'interrogatorio della vittima effettuato dalla polizia, dalla possibilità di chiedere alla polizia o al giudice di porre a quest'ultima determinate domande e dall'opportunità di assistere – senza essere visto – al suo esame
- C. eur. 28/9/2000, J.M. C. Regno Unito
- C. eur. 31/8/1999, Verdam c. Paesi Bassi
- C. eur. 20/11/2001, P.S. c. Germania

Mediazione nelle Testimonianze

- **Ruolo del Giudice:** Nel nostro ordinamento, è previsto che il giudice possa intervenire attivamente nell'esame di testimoni vulnerabili. Questo avviene attraverso

la formulazione delle domande, il che aiuta a garantire che l'interrogatorio sia condotto con sensibilità e rispetto per le esigenze del testimone. Il giudice, essendo un'autorità imparziale, può gestire l'interazione in modo tale da minimizzare l'ansia del testimone e garantire una testimonianza più efficace.

- **Videoregistrazioni:** È anche possibile utilizzare videoregistrazioni delle testimonianze di questi testimoni, talvolta accompagnate da professionisti come psicologi o figure di supporto che il testimone conosce. Questo metodo consente di registrare la testimonianza in un ambiente che può essere meno stressante per il testimone e di presentare tale prova in aula successivamente.

Presenza e Interrogatorio

- **Soggetti in Aula:** La Corte ha stabilito che la presenza di una figura intermediaria, come il giudice, non crea problematiche significative. Se il testimone non è fisicamente presente in aula ma si trova in un'altra posizione dove può comunque rispondere a domande, la difesa non subisce un deficit significativo. Questo approccio tutela le esigenze del testimone senza compromettere i diritti dell'imputato a un processo equo.

Anonimato e Difficoltà nell'Interrogatorio

- **Anonimato Relativo:** L'anonimato del testimone è relativo; ciò significa che il testimone può mantenere nascosto il proprio nome e la propria storia, ma può essere presentato in aula attraverso metodi come pannelli oscuranti o modifiche vocali. Ciò consente di fare domande senza rivelare l'identità del testimone.
- **Difficoltà Informative:** Se il testimone non è in grado di fornire alcuna informazione riguardo alla sua storia, anche con l'opportunità di interrogarlo, si presentano difficoltà per la difesa. La mancanza di conoscenze sui precedenti del testimone può rendere difficile contestare o mettere in discussione la testimonianza.
- **Collaboratori di Giustizia:** Quando le dichiarazioni di collaboratori di giustizia vengono utilizzate in altri procedimenti senza rivelare la loro identità, questo aumenta ulteriormente le difficoltà. Se il testimone vulnerabile è un collaboratore di giustizia e il suo ruolo non è adeguatamente chiarito, la difesa può trovarsi in una posizione svantaggiata nel contesto del processo.

Il diritto alla libertà personale

Diritto alla libertà e alla sicurezza

- **art. 5 CEDU e art. 6 Carta di Nizza** tutelano la più classica delle accezioni della libertà, cioè la libertà fisica della persona contro arbitrarie misure coercitive.
- Al «*diritto alla libertà e alla sicurezza*» (sicurezza intesa come libertà di movimento) così configurato si deve conformare la normativa dell'Unione in base a quanto disposto dagli **artt. 82, 83 e 85 TFUE**.

Art. 6 Carta di Nizza

Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza.

A differenza dell'articolo 5 della CEDU, **non** entra nel dettaglio sui casi e sui modi in cui questo diritto può essere limitato. Si tratta quindi di una proclamazione generale del diritto, senza una specificazione dei limiti.

Tuttavia, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) ha interpretato l'articolo 6 della Carta di Nizza in modo simile a come la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo interpreta l'articolo 5 della CEDU. Questo significa che anche l'articolo 6 può essere soggetto a limitazioni in forza di esigenze tutelabili e tutelate all'interno dell'unione, a condizione che queste rispettino il *principio di tassatività*, che impone che le limitazioni siano specificamente previste dalla legge, e il *divieto di analogia*, ossia che non si possa estendere l'applicazione di queste limitazioni a casi non espressamente previsti.

Art. 5 CEDU

La *libertà personale* si riferisce al diritto di ciascun individuo di **non** essere arbitrariamente privato della propria libertà fisica, ovvero di non essere sottoposto a detenzione o altre misure coercitive **senza** una giusta causa e al di fuori delle condizioni stabilite dalla legge. La *sicurezza*, in questo contesto, sottolinea la necessità di una protezione giuridica contro abusi, come l'arresto arbitrario o il trattenimento ingiustificato. Entrambi i concetti, quindi, mirano a garantire che nessun individuo subisca privazioni della propria libertà senza una valida base giuridica.

Si prevede altresì la possibilità di **limitare** questa libertà personale ed il diritto alla sicurezza. Sono diritti inviolabili, che in teoria non possono subire limitazioni, ma la CEDU ammette, nei casi e nei modi previsti dalla legge e dietro provvedimento dell'autorità giurisdizionale, la loro limitazione.

L'art. 5 individua tutti i casi per i quali è possibile, secondo la convenzione, limitare questa libertà. Le modalità di limitazione devono comunque qui essere previste dalla legge, quindi vige un principio di **tassatività**. Se si rientra nei casi previsti, occorre quindi guardare a come la legge disciplina le modalità.

- L'art. **13 della Costituzione** italiana copre il medesimo concetto, garantendo la libertà personale come diritto inviolabile, e al pari dell'art. 5 della CEDU, prevedendo che la privazione della libertà possa avvenire solo nei casi previsti dalla legge e su ordine dell'autorità giudiziaria, o, in casi eccezionali, dell'autorità di pubblica sicurezza, ma sempre con successivo intervento giurisdizionale.

I paragrafi successivi al primo dicono di quali diritti e garanzie deve godere la persona alla quale l'autorità giudiziaria ha legittimamente limitato la libertà di movimento.

Art. 5.1 CEDU nello specifico

Due 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*;

- L'articolo 5 della CEDU stabilisce che eventuali limitazioni alla libertà personale devono rispettare la **riserva di legge**, ossia devono essere previste da una norma specifica dell'ordinamento nazionale. In pratica, questo impone agli Stati membri di integrare nelle loro normative nazionali le disposizioni dell'articolo 5 della CEDU, per garantire che le limitazioni della libertà avvengano solo nei casi e nei modi rigorosamente stabiliti dalla legge, evitando così arbitrarie e proteggendo i diritti fondamentali degli individui.
 - o Se un caso previsto dall'art. 5 non fosse previsto dall'ordinamento nazionale, ci sarebbe comunque violazione dell'articolo stesso.

Condizioni in base alle quali un individuo può essere privato della libertà:

5.1.a: detenzione legittima in esecuzione di una sentenza di condanna pronunciata (anche in primo grado) da un tribunale competente

- «**condanna**»: **dichiarazione di colpevolezza** conseguente all'accertamento legale di un'infrazione e l'**inflizione di una pena detentiva o altra misura di privazione della libertà** pronunciata da un organo giurisdizionale.
 - o per la **mancanza** del primo requisito **vanno quindi escluse**:
 - decisioni conseguenti a processi svoltisi in modo palesemente contrario ai precetti dell'art. 6 CEDU;
 - misure di prevenzione e di sicurezza lesive della libertà personale, pure se disposte da organi giurisdizionali.
- **non** occorre che la **condanna sia definitiva**;
 - o La prima condizione è quindi la condanna, non specificando come deve essere tale sentenza di condanna, quindi un ordinamento nazionale che prevedesse questa limitazione per le condanne di primo grado sarebbe conforme.
 - o Il nostro ordinamento prevede una garanzia maggiore rispetto a quella minima prevista dalla convenzione, infatti la limitazione della libertà avviene solo a seguito di una sentenza di condanna con la caratteristica di non essere più impugnabile, di essere passata in giudicato, divenendo esecutiva.
- l'espressione «**in seguito a condanna**» non indica solamente una relazione cronologica, una **priorità temporale della condanna** rispetto alla **detenzione**, ma la **necessaria sussistenza** di un **nesso di causalità** tra limitazione di libertà e sentenza di condanna, che deve quindi prevedere come pena la limitazione stessa.³⁴
 - o Non rientrerebbe quindi in questo caso se la pena prevista fosse solo pecuniaria.
- per la nozione di «**tribunale competente**», il che significa da un organo giurisdizionale nel lessico tecnico della corte. La convenzione parla di *giudice*, intendendo che deve avere le caratteristiche di imparzialità ed indipendenza, di modo che la sentenza di condanna sia pronunciata da un organo con quelle caratteristiche a seguito di un processo equo, che rispetti le garanzie di cui all'art. 6, altrimenti avremmo a cascata la violazione di entrambi gli articoli.

³⁴ Per esempio, la Corte europea **ha negato che sussista tale condizione** quando, nei confronti di un soggetto imputabile socialmente pericoloso, viene procrastinata l'applicazione d'una misura di sicurezza post delictum oltre il lasso di temporale massimo previsto dalla legge, in base ad una legge successiva con effetto retroattivo

- Non basta che l'autorità che abbia inflitto la condanna sia **imparziale e indipendente** nei confronti del potere esecutivo e delle parti in causa: occorre che essa **rispetti pure le garanzie tipiche di una procedura giudiziaria**.

5.1.b: *regolare stato di arresto o di detenzione*

- È ammessa la privazione della libertà personale (che **non può rivestire un carattere punitivo** e la cui **durata deve essere proporzionata all'obiettivo perseguito** nell'ambito di una disciplina idonea ad assicurare un equilibrio tra i contrapposti interessi), poiché si tratta **dell'esecuzione di un obbligo giuridico specifico e concreto**, per esempio di un arresto o fermo in caso il soggetto sia stato colto in flagranza di reato, nel nostro ordinamento. Essi **non** sono forme di esecuzione della pena.³⁵
 - il termine detenzione **non** deve far pensare alla forma di esecuzione della pena, bensì alla possibilità di limitare la libertà personale per esigenze diverse da quella dell'esecuzione della pena, ricompresa nella lett.a.

5.1.c: *la custodia cautelare*

- è consentito **arrestare o porre in detenzione** un individuo «*per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente quando vi sono **ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato** o ci sono **motivi fondati per ritenere necessario, di impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso***» art. 5.1.c CEDU³⁶
- la locuzione «**autorità giudiziaria competente**» andrebbe comunque intesa come un sinonimo in forma abbreviata di quella «giudice o ... altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie» utilizzata nel successivo comma.
- 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*.
 - Ciò che per la convenzione è necessario per limitare la libertà per esigenze cautelari sono i ragionevoli sospetti, che nel nostro linguaggio sarebbero i gravi indizi di colpevolezza. Questi devono esserci nel momento in cui vado a limitare la libertà, ma per continuare a mantenere lo stato di limitazione è necessaria la sussistenza di un'esigenza, rappresentata dal pericolo di fuga o dall'ipotesi di commissione di reati.

³⁵ Per esempio, alla **previsione dell'accompagnamento coattivo** di testimoni o periti che omettono senza un legittimo impedimento di comparire nel luogo e all'ora stabiliti per procedere all'assunzione del mezzo di prova di cui sono protagonisti, in quanto hanno un obbligo giuridico specifico e concreto di ottemperare alla testimonianza/perizia. O al **fermo per l'identificazione** di cui all'art. 349 comma 4 c.p.p.

³⁶ La più classica delle situazioni è la limitazione nel momento in cui vi sono esigenze cautelari nei confronti di un soggetto rispetto al quale **non** vi è una condanna, bensì solo un'indagine, e che quindi potrebbe essere assolto. Devono esserci ragioni plausibili e motivi fondati per limitare la libertà, che nel nostro ordinamento di traducono in gravi indizi di colpevolezza ed almeno una delle 3 esigenze cautelari previste: pericolo di fuga, di inquinamento della prova e di recidiva.

- la **plausibilità dei sospetti** presuppone che gli elementi da cui vengano tratti siano idonei a indurre in un osservatore obiettivo il convincimento che la persona oggetto del provvedimento privativo della libertà possa avere commesso il reato di cui sia sospettata.
 - Gli elementi dai quali si traggono i motivi di sospetto **non devono essere dotati del medesimo livello di persuasività necessario per giustificare una sentenza di condanna** e nemmeno la formulazione dell'imputazione ma devono tuttavia essere giustificati da elementi oggettivi e verificabili.
- esigenza di **impedire la commissione di un reato** – concreto e determinato – la disposizione ha riguardo o alla "**consumazione**" di un reato (rientrando quindi nel suo ambito, ad esempio, le ipotesi di arresto in fase di tentativo) o alla **proroga di una misura di sicurezza**, qualora si ritenga persistente il pericolo di una recidiva specifica.
 - Solo ultimamente la corte ha fatto rientrare anche il pericolo di inquinamento della prova, con una precisazione: se l'esigenza è quella di evitare che il soggetto lasciato libero possa inquinare le prove, la possibilità di limitare la libertà personale deve essere limitata al tempo necessario per porre in sicurezza la prova.

Il **tenore della lett. c)** potrebbe generare confusione rispetto all'impostazione seguita negli **artt. 273 e 274 c.p.p.**, poiché le **ragioni plausibili** per sospettare che un individuo abbia commesso un reato o vi siano motivi fondati per ritenere necessario di impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso **vengono elencati indistintamente alla stregua di presupposti autonomi, e fra loro alternativi, delle misure coercitive**.

- tuttavia la stessa Corte europea ha chiarito che il ***fumus commissi delicti*** (nel nostro sistema sono i gravi indizi di colpevolezza) rappresenta il presupposto indefettibile che deve precedere e accompagnare nel tempo la sussistenza di concrete esigenze cautelari.
- La privazione iniziale della libertà può essere giustificata dai soli gravi indizi (ragionevoli sospetti), **senza** che sia indispensabile motivare l'esigenza cautelare.
- Tuttavia, **per il mantenimento della detenzione preventiva** nel tempo, è necessario che vi sia una specifica esigenza cautelare che giustifichi la prosecuzione della misura.
 - Il nostro codice prevede la possibilità di applicare la misura cautelare quando vi sono gravi indizi precisi e concordanti (che possano far ritenere in maniera plausibile la commissione del reato da parte sua) **e** una delle esigenze, mentre per la convenzione sarebbe legittimo limitare la libertà anche solo con i gravi indizi, ma se si vuole perpetrarla nel tempo ci deve essere anche l'esigenza.
 - L'esigenza **non** è indispensabile per limitare la libertà personale, la quale è evidentemente data da una di quelle esigenze, ma secondo la corte tale elemento **non** deve necessariamente essere specificato nel provvedimento che limita la libertà, ergo non è un elemento indispensabile.
 - Nelle situazioni concrete affrontate dalla corte, comunque, queste esigenze erano presenti, in quanto la limitazione era **sempre** giustificata da un'esigenza, pur mancando l'attenzione alla motivazione in ordine all'esistenza di una delle esigenze.

Questa interpretazione della CtEDU mostra una maggiore flessibilità rispetto al nostro codice.

5.1. d: detenzione dei *minorenni*

- Se è **detenzione provvisoria** (non come modalità di esecuzione della pena) non ci sono problemi;
- lo stesso non vale per **le limitazioni della libertà a fini educativi**: giurisprudenza scarsa
 - **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.
 - **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.
 - In **D.K. c. Bulgaria, 2020**,
 - la Corte ha ritenuto che non è precluso che una misura detentiva provvisoria venga usata preliminarmente rispetto ad un regime di "educazione sorvegliata" **ma** la detenzione provvisoria deve essere rapidamente seguita dall'effettiva applicazione di tale regime in un ambiente progettato e dotato di risorse sufficienti allo scopo;
 - la Corte ha ritenuto accettabile la detenzione per 2 giorni del minore in un centro di crisi per bambini **prima** del suo trasferimento in un collegio correzionale.
 - In **Minasian e altri c. Moldavia, 2023**,
 - la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 5 par. 1 lett. *d* nel collocamento di minori in un centro detentivo per circa 3 mesi insieme alla madre per evitare il pericolo di fuga dopo che erano stati rimpatriati in Moldavia a seguito di un ingresso illegale in Romania;
 - è stata riscontrata una violazione della normativa nazionale che consente la detenzione dei minori come *extrema ratio* e comunque per il più breve tempo possibile nonché a causa delle condizioni di detenzione dei minori inadeguate rispetto alle loro esigenze.

Questi ordinamenti prevedono la possibilità, per soggetti sospettati della commissione di taluni reati (quindi soggetti posti sotto indagine penale), di limitare la libertà. Qui i gravi indizi non sono evidenziati, piuttosto si fa leva sulla **finalità** per il soggetto minore. La corte ritiene quindi che **non** si possa limitare la libertà del minore, anche se attinto da gravi indizi, **se** questa limitazione è contraria allo scopo di rieducare il soggetto.

- La CtEDU accetta la possibilità di limitare la libertà dei minori se esistono gravi indizi, ma **solo** se tale limitazione è compatibile con l'obiettivo rieducativo. In altre parole:

- **Non basta la presenza di gravi indizi per giustificare la detenzione di un minore**; è necessario che la misura detentiva abbia uno scopo educativo e che la struttura sia idonea a questo fine.
- Es. Minore che viene sottoposto a una custodia cautelare in un carcere di adulti → violazione dell'art. 5, in quanto la struttura non sarebbe in grado di portare avanti la finalità rieducativa.

5.1. e: privazione della libertà di *persone contagiose, degli alienati, degli alcolizzati, dei tossicomani e dei vagabondi*

- Riguarda tanto le **persone che hanno contratto** e sviluppato una malattia contagiosa quanto **chi ne sia stato semplicemente infettato**, quindi soggetti che per le loro condizioni e comportamenti potrebbero contagiare altri (es. covid).
 - Si sta parlando di una situazione delicata, in quanto non si tratta di soggetti a carico dei quali vi sono gravi indizi di colpevolezza, si sta parlando di soggetti che non hanno commesso reati, ma che per la loro condizione psico-fisica possono contagiare altre persone se lasciati liberi.
 - 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, che qui superano la libertà individuale.
 2. l'internamento deve costituire una misura realmente in grado di salvaguardare l'interesse pubblico, risultando gli strumenti meno afflittivi insufficienti allo scopo. Deve essere l'ultima ratio, l'unico strumento rimasto in grado di preservare l'incolumità pubblica.
 - **caso Enhron c. Svezia** relativo al ricovero coatto presso una struttura ospedaliera, per oltre un anno e mezzo, d'un individuo affetto da HIV;
 - 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.
 - Se guardiamo la giurisprudenza, tutti i casi di condanna riguardano sempre casi in cui la limitazione si è protratta più del necessario.
- Riguardo alle persone che soffrono **disturbi mentali**:
 - secondo la Corte **3 sono le condizioni** che possono autorizzare la detenzione **dell'alienato**:
 - 1) va accertato sulla base di una perizia medica obiettiva;
 - 2) tale da giustificare il ricovero coatto presso un ospedale, una clinica o un'altra istituzione; la limitazione è necessaria, **non** vi sono altri strumenti idonei;
 - 3) la validità del prolungamento del ricovero deve dipendere dalla persistenza del disturbo mentale; la limitazione deve essere proporzionata al protrarsi del disturbo.
 - Nel nostro sistema, il soggetto può essere dichiarato socialmente pericoloso e si può limitare la sua libertà personale come misura di sicurezza (non cautelare). Egli viene ricoverato presso una **REMS**, quindi è limitata la sua libertà e deve seguire il programma predisposto dalla struttura.



- Per i soggetti dichiarati incapaci di intendere e di volere durante la commissione di un **reato**, si ha sentenza di assoluzione, in quanto il soggetto **non** è punibile, ma viene loro applicata la misura di sicurezza perché socialmente pericolosi.
 - Per eliminare la misura di sicurezza è necessario rivolgersi al tribunale di sorveglianza, che disporrà una perizia di un soggetto terzo, che **non** conosce e non ha mai visto il soggetto, stabilendo se il soggetto è ancora socialmente pericoloso o no. Il giudice potrebbe anche decidere diversamente rispetto alla perizia.
 - **N.B.** *La lettera e non identifica la commissione di un illecito come condizione per la detenzione (Corte eur., Grande Camera, 1 giugno 2021, Denis e Irvine c. Belgio, § 168).*
- 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 lasciato libero per la pubblica incolumità.
- Riguardo alle persone **rientranti nella categoria dei vagabondi**
- 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.
 - La corte contesta il cambiamento della situazione: occorre aprire un'indagine che facesse emergere esigenze cautelari per la situazione diversa venutasi a creare.

5.1. f: possibilità di privare la libertà nel corso del *procedimento d'estradizione*

- la Corte si riferisce sia alla fase **precedente alla decisione d'accoglimento** della domanda d'estradizione sia a quella **successiva alla pronuncia** con cui sia stata decisa la consegna dell'estradando;
 - Si può limitare la libertà del soggetto che non ha commesso un reato o che non è sottoposto ad un'indagine nell'ambito dello stato in cui si trova ma che si ritiene aver commesso fatti in un **altro** paese (in attesa della decisione del giudice circa la richiesta di estradizione)
- è legittima **solo** quando sia disposta nell'ambito di un **procedimento** pienamente **rispettoso del diritto interno;**
 - Ciò è quindi possibile se l'ordinamento lo prevede; sussiste riserva di legge.
- è necessario, poi, che le autorità nazionali operino in maniera da impedire un'eccessiva protrazione nel tempo della limitazione della libertà dell'estradando.
 - Caso **Gallardo Sancez c. Italia (2015)**, nonostante l'intero *iter* estradizionale si fosse svolto nel pieno rispetto della normativa italiana, le molteplici «fasi di stallo» si erano tradotte in lungaggini ingiustificate.

5.2, 5.3, 5.4, 5.5. individua 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

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.

- **obbliga a 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).
 - o solo così è possibile difendersi
- 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**, in modo che sia comunque posto nella condizione di comprendere le ragioni (C. eur. 5/2/2002, Conka c. Belgio).
- Un **livello garantistico più elevato** è riscontrabile nella **direttiva 2010/64/UE, del 20 ottobre 2010**, sul **diritto all'interpretazione e 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**, in quanto non devono esserci equivoci, nel senso che il soggetto deve comprendere la situazione leggendo il provvedimento.

Art. 5.3 CEDU nello specifico – Misure cautelari

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.

Traduzione davanti all'autorità giudiziaria

- **diritto alla 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**.
 - o **Si tratta di tutte le situazioni di custodia dell'imputato in attesa di giudizio** disposte in seguito a un'autonoma iniziativa della polizia giudiziaria ovvero con un provvedimento dell'autorità giudiziaria.
- la previsione garantisce un vero e proprio *habeas corpus*,³⁷ mirando a proteggere da privazioni della libertà personale e arbitrarie o ingiustificate
- 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;
 - o L'interrogatorio di garanzia è il primo momento in cui si entra in contatto con l'autorità giudiziaria.
- l'immediato intervento del giudice implica, inoltre, un **controllo sull'operato della polizia**, e sui comportamenti di quest'ultima che abbiano portato a eventuali maltrattamenti;
- 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;
- 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.
 - o **N.B.** 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** (Corte EDU, sent. 4 dicembre 2014, Ali Samatar e al. c. Francia) 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 **3 giorni, cinque ore e trenta minuti** (Corte EDU, sent. 15 ottobre 2013, Gutsanovi c. Bulgaria).

³⁷ Storicamente, si riferisce al diritto di un individuo detenuto di presentarsi davanti a un giudice o a una corte per verificare la legalità della propria detenzione. Questo principio è stato codificato per la prima volta nel **Regno Unito con l'Habeas Corpus Act del 1679**, e successivamente adottato in diverse tradizioni giuridiche.

*Il principio del contraddittorio anticipato è stato oggetto di discussione nelle riforme italiane in ambito cautelare. Con alcune modifiche legislative, l'ordinamento ha previsto un aumento delle garanzie per l'indagato, anticipando in taluni casi la possibilità di difesa **prima** dell'emissione delle misure cautelari.*

- Il "**Decreto Nordio**" (più precisamente, il disegno di legge presentato dal Ministro della Giustizia Carlo Nordio)³⁸ introduce significative modifiche al procedimento di applicazione delle misure cautelari nel sistema penale italiano. Una delle principali innovazioni riguarda l'**anticipazione del contraddittorio**, ovvero la possibilità per l'indagato di essere ascoltato prima che venga emessa una misura cautelare nei suoi confronti.
- Tuttavia, l'anticipazione del contraddittorio, ora regola generale, **non si applica in tutti i casi**. Sono previste eccezioni quando sussistono specifiche esigenze cautelari, quali:
 - **Pericolo di fuga** dell'indagato.
 - **Inquinamento delle prove**, ossia il rischio che l'indagato possa alterare o distruggere elementi probatori.
 - Pericolo di reiterazione del reato: Quando il tempo necessario per procedere all'interrogatorio potrebbe esporre la collettività o le vittime a ulteriori condotte criminose da parte dell'indagato.

In tali situazioni, l'interrogatorio preventivo non è richiesto, al fine di evitare che l'indagato, informato della misura imminente, possa compromettere l'efficacia della stessa.

Diritto a essere sentito

- Il soggetto privato della libertà individuale ha il **diritto di essere sentito personalmente**, sebbene **non necessariamente alla presenza del suo difensore** – dall'**autorità giudiziaria**.
 - Il *nostro* ordinamento prevede una garanzia maggiore, in quanto si ritiene *necessaria* la presenza del difensore all'interrogatorio di garanzia, condizione necessaria per la validità dell'atto. Il difensore deve quindi essere previamente informato.
- Inoltre, l'autorità giudiziaria deve **valutare nel merito** le circostanze che militano a favore o contro la detenzione, dandone conto nel **provvedimento** – nella cui motivazione vanno evitate formule stereotipate – con il quale venga deciso di mantenere l'interessato in detenzione;
 - Il diritto ad essere sentito prevede anche il diritto ad una risposta in diritto e nel merito rispetto a quanto il soggetto ha potuto dire in sua difesa, perciò vi è la necessità che il provvedimento dia conto delle ragioni di fatto e di diritto esposte dal soggetto ascoltato.
- In mancanza di idonei elementi a carico, deve (poter) ordinare la **scarcerazione** dell'imputato.

³⁸ **Legge 9 agosto 2024, n. 114**, nota come "Legge Nordio", è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 187 del 10 agosto 2024 ed è entrata in vigore il 25 agosto 2024.

Diritto di comunicare con il difensore

Nell'ambito del diritto dell'Unione va ricordata la **direttiva 2013/48/UE del 22/10/2013** sul **diritto di accesso al difensore e sul diritto a comunicare con terze persone** nel caso di **privazione della libertà personale**, dove si prevede che:

1. gli imputati/indagati *in vinculis* abbiano diritto all'assistenza di un difensore, senza ritardo, **prima di comparire davanti a un giudice**, salvo che per **circostanze eccezionali**, dovute alla lontananza geografica del luogo ove essi si trovino, non sia possibile assicurare tale tempestività;
 - a. ciò si garantisce per capire meglio le ragioni della limitazione e per poter organizzare la propria difesa.
 - b. Questo diritto si ha fin dal primo atto con cui il soggetto ha avuto conoscenza del provvedimento cautelare.
2. tali soggetti devono poter **informare senza ritardo** una persona del loro stato detentivo e **poter comunicare** con essa e, se stranieri, godere di analoghe possibilità nei confronti dell'autorità consolare.

Ragionevole durata della custodia cautelare

L'art. 5.3 CEDU prevede inoltre il diritto alla **durata ragionevole della custodia preventiva**; che si traduce, in un «**diritto al rilascio**» non appena i limiti di tale ragionevolezza risultino superati (C. eur. 27/6/1968, Neumeister c. Austria).

- Stiamo parlando di soggetti a cui è stata legittimamente limitata la libertà personale, **ma** questa situazione non può durare in eterno. Occorre distinguere le modalità di esecuzione della pena a seguito di sentenza di condanna,³⁹ nel qual caso il tempo di limitazione è previsto dalla pena, dalle custodie cautelari preventive, nel qual caso il soggetto **non** è stato condannato, per cui il tempo di limitazione deve essere ragionevole.

Nella valutazione della **ragionevolezza della durata della custodia cautelare** la Corte europea effettua **due verifiche**:

1. occorre anzitutto stabilire se **sussistano ragioni rilevanti e sufficienti** che giustifichino il **mantenimento della custodia cautelare** (C. eur. 2/8/1988, Contrada c. Italia);
 - a. nel nostro linguaggio diremmo che è necessario che l'esigenza cautelare continui a sussistere per **tutto** il periodo di limitazione della libertà personale, mentre, se viene meno, il soggetto deve essere scarcerato.
2. nel caso in cui questa prima valutazione abbia dato **esito positivo**, occorre *altresì* verificare se le autorità giudiziarie nazionali abbiano adottato una "**particolare diligenza**" nella **conduzione del procedimento** (il c.d. "*Labita test*": C. eur 13/3/2007, Castravet c. Moldavia).
 - a. Non è permessa la limitazione perché l'autorità giurisdizionale ci ha messo troppo tempo per prendere una decisione o per cambiare fase del procedimento; anche il comportamento dell'autorità è dunque valutato dalla corte. Se passa troppo tempo dall'ultimo atto d'indagine compiuto all'avviso di conclusione delle indagini siamo in violazione dell'articolo.

³⁹ La durata irragionevole della limitazione come forma di esecuzione della pena (ergastolo), in alcune situazioni può essere considerato un trattamento disumano e degradante.

la Corte europea ha **negato rilevanza** alla sola considerazione della **gravità degli illeciti** penali per cui si procede.

- **Tensione col nostro sistema:** se il soggetto è indagato per un crimine molto grave, questo di per sé **non** giustifica il mantenimento della limitazione della libertà. Secondo la corte, deve esservi qualcosa di più che lo giustifichi. Nel nostro sistema vi è però un regime cautelare differenziato per i **delitti di stampo mafioso**, per cui nelle indagini vi è una presunzione circa l'esistenza dell'esigenza, che l'autorità giudiziaria **non** deve provare (inversione dell'onore della prova – il soggetto indagato deve provarne l'inesistenza).
- Il giudice europeo, con specifico riguardo ai soli delitti di stampo mafioso, ha tuttavia «*salvato*» il regime cautelare differenziato contenuto nell'art. 275 comma 3 c.p.p.: nei processi di criminalità organizzata di stampo mafioso, la sussistenza delle esigenze cautelari può essere oggetto di una presunzione, **purché** vincibile dalla prova contraria. La lotta contro le organizzazioni criminali di stampo mafioso, in una prospettiva di tutela dell'ordine pubblico, può giustificare un irrigidimento dell'apparato cautelare. Per altri illeciti di gravità simile ma che non erano a stampo mafioso ciò non è possibile.

Motivi legittimatori del protrarsi della custodia: il pericolo di fuga, pericolo di commissione di nuovi reati e pericolo di inquinamento probatorio:

- Il **pericolo di fuga** va valutato rispetto a **elementi concreti**, considerando soprattutto il carattere, la moralità, il domicilio, la professione, le disponibilità economiche, i vincoli familiari, i contatti internazionali del detenuto e i suoi legami con il Paese dove è in corso il processo.
 - **Né** possono bastare le semplici possibilità o facilità di passare la frontiera, ma bisogna che un insieme di evenienze, e specialmente **la previsione di una pena severa, la peculiare intolleranza alla detenzione o l'eventuale mancanza di legami con il Paese** in cui si svolge il processo, facciano apparire all'accusato le conseguenze e i rischi di una fuga come un male minore rispetto al mantenimento della privazione della libertà.
- Per quanto concerne il **pericolo della reiterazione** del comportamento criminoso, fondato peraltro sull'esame di precedenti specifici analoghi a quelli del reato per cui si procede, possono essere valutate la continuazione prolungata dei comportamenti illeciti dell'imputato, l'entità dei danni cagionati dai crimini a lui ascritti e la sua nocività.
- Relativamente al **pericolo di inquinamento probatorio**, esso è concepibile all'inizio delle attività investigative, ma **non** può più giocare un ruolo determinante nella giustificazione del mantenimento della custodia cautelare quando le acquisizioni probatorie (nella specie, attraverso plurime deposizioni testimoniali) siano ormai state effettuate.

5.4: diritto al ricorso ad un tribunale

Un **controllo sulla legittimità di ogni forma di privazione di libertà personale** è previsto dall'art.

5.4 CEDU, che conferisce a ogni persona arrestata o detenuta il **diritto al ricorso al tribunale**.

- L'interessato ha **diritto di proporre un'istanza davanti a un organo giudiziario** affinché verifichi, con la maggior celerità possibile, **se permangono** le condizioni di legittimità

dell'arresto o della detenzione, decidendo «**entro breve termine**» ed ordinando la sua liberazione qualora tale controllo abbia esito negativo.

- Con riguardo al “tribunale” è stato precisato che **non** deve necessariamente essere un tribunale di tipo classico integrato nell’apparato giudiziario standard del Paese ma deve trattarsi di un organo di carattere giudiziario che offra determinate garanzie procedurali e risulti **indipendente** sia dall’esecutivo sia dalle parti in causa.
 - Il procedimento che si instaura a seguito di questo ricorso deve rispettare le garanzie di cui **all’art. 6**.
- La possibilità del ricorso concesso all'interessato, peraltro, deve possedere un **grado sufficiente di certezza** nell’ordinamento giuridico interno, senza la quale mancherebbe delle caratteristiche di accessibilità ed efficacia richieste dall'art. 5 par. 4 Conv. Eur. dir. uomo.
 - Ci deve quindi essere un rimedio interno per contestare la legalità della limitazione, la possibilità di adire a un giudice per dimostrare che **non** si rientra nelle situazioni previste.
- In relazione al procedimento: deve essere rispettoso **dell'equo processo**, almeno nelle sue linee essenziali, in particolare con riferimento all'osservanza del contraddittorio e — come già accennato — della parità delle armi.
 - Con specifico riferimento al diritto di partecipare all’udienza ed essere sentito personalmente, la Corte europea nella causa Kocamiş e Kurt c. Turchia (25 gennaio 2022) ha ravvisato una violazione in quanto i ricorrenti **non** avevano avuto la possibilità di essere sentiti dal giudice che aveva esaminato la loro opposizione alla proroga della custodia cautelare ma avevano potuto comparire solo a partire dalla prima udienza dibattimentale, circa 2 mesi e 10 giorni dopo l’inizio della custodia cautelare.

5.5: diritto alla riparazione

Il complesso sistema di tutela della libertà personale apprestato dalla CEDU si completa con la previsione dell’art. 5.5 che attribuisce a ogni persona vittima di arresto o detenzione in violazione delle disposizioni dell’art. 5 il diritto a una **riparazione**.

- chiunque sia stato vittima di una privazione della libertà in violazione di una delle disposizioni del medesimo art. 5 Conv. eur. dir. uomo ha infatti diritto, già al livello dell’ordinamento interno, a una **riparazione per il pregiudizio** subito, ossia per l’ingiusta detenzione in virtù di un provvedimento **non** conforme alla legge.
- La riparazione deve essere ottenibile attraverso un **ricorso** dotato di un **sufficiente grado di certezza** relativamente alla possibilità della sua instaurazione, regolato in modo da garantire i requisiti contemplati dall'art. **6 comma 1 Conv. eur.** e per il quale va riconosciuto al **non abbiente** il diritto **all’assistenza gratuita** di un difensore, almeno quando la presenza di quest’ultimo sia necessaria per poter stare in giudizio.
 - L’ordinamento deve prevedere condizioni certe in presenza delle quali io possa ottenere una riparazione che può essere solo pecuniaria in caso di illegittimità.
- La forma tipica di riparazione consiste nel risarcimento del pregiudizio materiale e morale, determinato dalla violazione delle garanzie previste dall’art. 5.
 - Si è invece escluso che la riparazione possa consistere nello **scomputo della detenzione ingiustamente subita dalla pena successivamente irrogata con la sentenza di condanna**

(C. eur. 22/6/1972, Ringeisen c. Francia), nella **liberazione del detenuto** (C. eur. 15/5/1984, Boxano c. Francia), e nella **condanna del responsabile** (C. eur. 10/5/2001, Sola Castro c. Spagna).

Tuttavia, l'art. 5 par. 5 Conv. eur. dir. uomo concerne **solo i casi in cui la privazione della libertà sia illegittima**, cioè violi il sistema di garanzie in materia di libertà personale predisposto dalla normativa convenzionale (a sua volta richiamante quello approntato dall'ordinamento interno), sulla base di una **valutazione effettuabile ex ante** rispetto all'applicazione della misura.

- Risulta invece **esclusa** dal suo ambito di applicazione **l'eventualità in cui la privazione della libertà si palesi ex post ingiusta a seguito di un proscioglimento** qualificato nel senso dell'innocenza.

Con riferimento alla **legislazione italiana**, l'ambito di applicabilità del diritto alla riparazione sembrerebbe interessare almeno **quattro situazioni ulteriori** rispetto a quelle previste dal c.p.p.:

1. il superamento dei termini massimi di custodia cautelare;
2. la tardività del controllo giurisdizionale sulla legittimità delle restrizioni della libertà (C. eur. 9/6/2005, Picaro c. Italia);
3. la manca di esigenze cautelari;
4. l'irragionevole protrarsi della misura in rapporto alle modalità di conduzione del procedimento o alle risultanze probatorie.

Queste situazioni **non** sembrano essere contemplate dal nostro sistema di riparazione, che dice invece che, per verificare la legittimità della limitazione della libertà personale, basta verificare i gravi indizi e una delle esigenze cautelari, a prescindere dall'eventuale proscioglimento dell'indagato. L'esito del processo **non** è così determinante, in quanto anche soggetti condannati potrebbero dimostrare che, quando è stata applicata la misura cautelare, non vi era l'esigenza o sufficienti gravi indizi.

la Corte europea è intervenuta in più occasioni accertandola **violazione dell'art. 5 par. 5**:

- per essere stato negato il diritto alla riparazione in favore del soggetto sottoposto a misura cautelare oltre i termini di durata massima ovvero in mancata osservanza dei termini prescritti dall'art. 5 c. 4 Cedu.
- il mantenimento *in vinculis* del soggetto cui debba essere applicato l'indulto.

Il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti

- **Art. 3 CEDU:** Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani degradanti.
 - L'art. 3 è molto differente rispetto agli altri articoli visti finora.
 - Si inserisce nel tema libertà in quanto tale divieto riguarda spesso forme di limitazione della libertà personale che, secondo la convenzione, in determinate occasioni, possono configurare trattamenti inumani e degradanti, rispetto ai quali sussiste completo divieto.
- **Art. 4 Carta di Nizza:** Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani degradanti

Ambito di applicazione

La Corte di Strasburgo ha chiarito che il **divieto della tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti**, ha carattere **assoluto ed inderogabile**, non potendo cioè essere limitato da esigenze diverse che potrebbero in astratto essere altrettanto meritevoli di tutela:

- **non è quindi soggetto a bilanciamento** con altri valori, come la prevenzione dei reati, la lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata (C. eur. 2877/1999, Selmouni c. Francia), il rispetto delle regole in materia di immigrazione (C. eur. 21/1/2011, M.S.S. c. Belgio e Grecia), l'intento di salvare la vita di altri individui (C. eur. 1/6/2010, Gäfgen c. Germania), l'esigenza di fronteggiare la pericolosità dell'individuo, per lo Stato che intende procedere alla sua espulsione o estradizione (C. eur. 28/2/2008, Saadi c. Italia).
- Rispetto alle altre limitazioni, qui si pone un divieto, non si proclama un diritto. Il divieto impone:
 - Obbligo negativo di porre in essere la condotta a carico dello stato;
 - Serie di obblighi positivi di tutela allo scopo di prevenire e punire violazioni, sempre a carico dello stato: si impongono infatti attività, forme e meccanismi che devono impedire la tortura, il trattamento disumano e degradante, e sanzioni rispetto a determinate attività che possono integrare trattamento inumano e degradante e tortura.

Il criterio della soglia minima

Non abbiamo una definizione all'interno della convenzione che possa aiutarci a capire l'oggetto del divieto, così importante da non poter essere derogato anche a fronte di interessi comunque meritevoli di tutela. Le caratteristiche che deve avere la condotta per essere oggetto di tale divieto si ricavano dalla giurisprudenza della convenzione, che ha individuato esattamente gli elementi di questa condotta vietata in maniera perentoria. Per arrivare a fornire elementi utili per capire cosa sia un trattamento inumano e degradante, la corte parte dal concetto di "soglia minima di gravità". È chiaro che questo divieto è posto a carico dello stato, in quanto si sta parlando di condotte che possono essere poste in essere da apparati dello stato. Quando pensiamo a condotte che possono essere portate avanti da apparati dello stato, vengono in mente condotte legittime di limitazione della libertà personale, che, nell'ottica dell'art. 3, proprio per le modalità con cui vengono poste in essere, possono costituire l'oggetto di questo divieto.

Ogni limitazione della libertà personale posta in essere con un provvedimento legittimo comporta di per sé una certa sofferenza, sia nel momento in cui il soggetto è sottoposto a custodia cautelare, ma anche quando lo stesso è sottoposto in carcere come forma di esecuzione della pena. Anche ogni forma di limitazione della libertà legittima e necessaria comporta quindi di per sé una sofferenza, che però, se supera la suddetta soglia minima, fisiologica di sofferenza che il soggetto patisce per la limitazione, può essere considerata, a seconda delle caratteristiche, inumana o degradante.

La giurisprudenza della Corte richiede quindi il superamento di una **soglia minima di gravità**, individuata **caso per caso** in relazione a:

- **circostanze oggettive** del fatto (durata del trattamento e gravità dello stesso);
- **qualità soggettive** della vittima (età, sesso, condizioni psicologiche, ecc.).

Se, tenuto conto di queste componenti, si riesce a dimostrare che la sofferenza che sta patendo il soggetto non è quella fisiologica che la limitazione della libertà può provocare, siamo all'interno delle condotte proibite dall'art. 3.

La giurisprudenza ritiene sussistente la violazione solo a fronte delle forme più gravi di *mistreatments*.

Categorie di condotte proibite

- **Trattamenti degradanti** → nell'ipotesi di trattamenti degradanti vengano in rilievo essenzialmente elementi di natura emotiva (in particolare, l'umiliazione della vittima), quindi la sfera psicologica;
- **Trattamenti inumani** → la nozione di trattamenti inumani copre le condotte che si caratterizzano per una sofferenza fisica o psicologica di particolare intensità (che **non** deve essere sorretta dall'intenzione degli autori della stessa). L'umiliazione del soggetto di accompagna ad una sofferenza di natura fisica, tenendo conto del fatto che stiamo sempre parlando di sofferenze che hanno superato la soglia minima della fisiologica sofferenza data dalla limitazione della libertà personale.
- **Tortura** → I tratti distintivi della **tortura** sono:
 - o la rilevante gravità (costituendo la stessa una forma particolarmente grave di trattamento inumano);
 - o lo scopo specifico di ottenere informazioni, di estorcere una confessione, di infliggere una punizione, di intimidire o di esercitare una pressione su qualcuno (sulla falsariga di quanto richiesto *expressis verbis* dall'**art. 1 della Convenzione ONU contro la tortura**). Se alla sofferenza fisica e psicologica elevata aggiungiamo la finalità di ottenere qualcosa da parte del perpetrante, arriviamo alla tortura. Ecco allora che passiamo ad una soglia di gravità maggiore.

Queste componenti della tortura si ritrovano anche nell'art. 1 della convenzione ONU, che contiene anche una definizione.

La convenzione invece non contiene una definizione di tortura, in quanto le caratteristiche ricostruite dalla giurisprudenza sono quelle che si ritrovano nella convenzione ONU, cui evidentemente la CEDU rinvia.

L'interpretazione evolutiva della Corte in tema di tortura

In alcune situazioni è difficile distinguere il trattamento inumano rispetto alla tortura, in quanto entrambi hanno componenti forti di sofferenza fisica e psichica, ma alla tortura si aggiunge un livello ancora maggiore di sofferenza nelle due componenti e la finalità. In alcune situazioni è stata individuata la tortura laddove il trattamento magari provocava sofferenza fisica e psicologica non così elevata, ma sicuramente sproporzionata rispetto al fatto per cui il soggetto era indagato, sempre accompagnata dalla finalità di ottenere informazioni.

- **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; qui la componente psicologica sembra non esserci, ma sussiste la finalità di confessione. La finalità prende il sopravvento e, visto che comunque c'è sofferenza, si rientra nella tortura.

- **Belousov c. Russia**, in cui il ricorrente era stato costretto da un gruppo di poliziotti ubriachi a spogliarsi e a eseguire alcuni esercizi ginnici; qui vi è più la componente dell'umiliazione, quindi potrebbe essere un trattamento degradante, che però è accompagnato dallo scopo di infliggere una punizione, per cui la corte arriva a parlare di tortura.
- **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;
- **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;
- **Carabulea c. Romania**, nella quale il fratello del ricorrente, poi deceduto, era stato a più riprese malmenato da funzionari di polizia mentre si trovava in carcere; in questa occasione, la Corte ha fatto espresso riferimento alla **nozione di tortura dettata dall'art. 1 Conv. ONU del 1984**, rilevando come le sofferenze patite dal fratello del ricorrente fossero gravi al punto che ne avevano determinato la morte e fossero state inflitte intenzionalmente, proprio allo scopo di estorcergli una confessione.

...in tema di trattamenti inumani o degradanti

- Paradigmatica, invece, la qualificazione come **inumano e degradante del** trattamento subito dal ricorrente in **Ashot Harutyunyan c. Armenia**:
 - egli lamentava di essere stato tenuto, durante le udienze del giudizio d'appello, in una gabbia metallica; ciò che, da un lato, aveva leso la sua dignità e, dall'altro, aggravato la pena che nei suoi confronti provavano i familiari e gli amici presenti in aula.
 - La Corte ha concluso per la violazione dell'art. 3 Cedu, evidenziando in particolare **come l'uso della gabbia risultasse del tutto sproporzionato alla luce della natura non violenta dei reati di cui il ricorrente era accusato** (truffa, falsificazione di documenti, evasione fiscale).
 - Qui è stato individuato il trattamento degradante in una situazione che può riguardare anche il nostro paese. Anche in nostro ordinamento, infatti, prevede che i soggetti pericolosi o sottoposti a custodia cautelare assistono al loro processo, se ritenuti pericolosi, all'interno di queste gabbie. Coloro che vanno ad assistere al processo vedono quindi anche gli imputati all'interno di tali gabbie. La corte ha individuato come trattamento degradante il fatto che i ricorrenti fossero tenuti in tali gabbie nel momento in cui i fatti contestati erano reati tributari, con una sproporzione tra i fatti contestati e la necessità di tenere i soggetti nelle gabbie. Quel tipo di condotta, non giustificata dalla gravità dei fatti, aveva leso la loro dignità e aggravato la sofferenza provata, visto che amici e familiari li avevano visti in tali gabbie.
 - **trattamento inumano e degradante** la sofferenza prolungata patita dai familiari di soggetti scomparsi dei quali per anni non si è avuta più alcuna notizia:

- i casi nei quali tale principio viene affermato riguardano pressoché sempre le sparizioni di cittadini ceceni ad opera di militari dell'esercito russo. Perché la sofferenza dei familiari possa essere qualificata come trattamento inumano e degradante è necessario che la stessa abbia carattere **permanente e non meramente transeunte**: i giudici europei lo hanno ribadito nella sentenza **Udayeva e Yusupova c. Russia** del dicembre 2010, resa in relazione alla morte di due bambini ceceni colpiti e uccisi da un missile sulla strada di ritorno da scuola, in cui, coerentemente con le proprie precedenti pronunce, hanno escluso la violazione dell'art. 3 Cedu sotto questo profilo.

...in tema di violazioni indirette (obblighi di astensione)

- **al momento dell'arresto**

- Nella sentenza **Victor Savitchi c. Moldavia** la Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 Cedu in relazione alla **violenza usata al momento dell'arresto**. Siamo sempre parlando di apparati dello stato che legittimamente stanno limitando la libertà personale, ma eccedono. Nel caso di specie, il ricorrente veniva bloccato da ben quattro agenti e, mentre cercava di divincolarsi, veniva schiaffeggiato e colpito violentemente con calci e pugni da un quinto. Vi è sproporzione (5 vs 1), perché non c'era necessità di quel numero di agenti per tenere fermo il soggetto. La condotta è sproporzionata rispetto allo scopo di bloccare il soggetto.
- **Aşici c. Turchia**: il ricorrente, per contestare l'aumento dei costi della mensa di un'università di Istanbul, tentava di entrare insieme ad altre persone all'interno di quest'ultima per distribuire sacchi di pane agli studenti; ma gli agenti di sicurezza privata, seguendo le istruzioni del rettore, tentavano di impedirglielo. Al rifiuto dei manifestanti di fermarsi veniva chiamata la polizia, la quale in seguito a un tafferuglio li bloccava con la forza e li conduceva in commissariato.
 - La Corte ha ritenuto che dai verbali di arresto – che pure facevano riferimento alla resistenza opposta dal ricorrente – **non risultassero elementi tali da far ritenere che il ricorso alla forza fosse assolutamente necessario**: la violenza usata dalle forze di polizia nei suoi confronti poteva, dunque, avere carattere arbitrario.
- Ancora, nella sentenza **Kop c. Turchia** la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu in relazione alla forza usata dagli agenti per disperdere una manifestazione di protesta. Nel caso di specie non sussisteva, infatti, alcuna prova di comportamenti aggressivi tenuti durante la manifestazione dal ricorrente, che peraltro non figurava neppure tra le persone inquisite a seguito degli scontri.
- La Corte di Strasburgo ha assunto un orientamento molto rigoroso: anche un singolo schiaffo inferto da un agente di polizia ad un individuo posto sotto il suo controllo è stato qualificato come «*trattamento degradante*» (C. eur., 28/9/2015, Bouyid c. Belgio).
- L'orientamento della Corte è quello di ritenere che l'art. 3 CEDU, sebbene non imponga il divieto assoluto di ricorrere all'uso della forza da parte delle forze dell'ordine nel corso di un arresto, impone tuttavia che tale uso sia proporzionato e assolutamente necessario alla luce delle circostanze del caso (si veda anche C. eur., 28/11/2000, Rehbock c. Slovenia; C. eur., 15/10/13, Gutsanovi c. Bulgaria).

- **nel corso di una perquisizione**



- La perquisizione, se non è una forma di limitazione della libertà, è comunque una forma legittima di invasione da parte dell'autorità nella sfera privata. Anche qui, pertanto, è possibile ravvisare l'art. 3. Si parla di perquisizione legittima, nel corso della quale, però, si è violato l'art. 3.
- Nella sentenza **Rachwalski e Ferenc c. Polonia**, invece, i giudici di Strasburgo hanno ravvisato una violazione diretta dell'art. 3 in riferimento alla forza usata da agenti della forza pubblica nel **corso di una perquisizione** (peraltro illegittima). I ricorrenti venivano svegliati in piena notte da due poliziotti che chiedevano loro informazioni su un'auto apparentemente rubata, parcheggiata di fronte alla loro abitazione (in cui dormivano insieme a un'altra dozzina di studenti). A seguito dell'animata discussione sorta con i poliziotti, venivano inizialmente insultati e picchiati con dei manganelli: in riferimento a questo primo frammento della vicenda, la Corte non ha ritenuto sussistente alcuna violazione dell'art. 3 Cedu, posto che i poliziotti avevano fatto uso della forza sentendosi minacciati.
 - Sopraggiungevano, poi, altri dieci poliziotti con cani e manganelli, che – apparentemente in assenza di qualsiasi condotta violenta da parte dei ricorrenti – picchiavano e li umiliavano in vari modi: la Corte ha pertanto riconosciuto integrata rispetto al secondo frammento della vicenda, una violazione sostanziale dell'art. Cedu, perché nessun elemento consentiva di affermare che il ricorso alla forza potesse dirsi necessario.
- **durante l'interrogatorio e la custodia cautelare**
 - Tra le più significative, la sentenza **Erdal Aslan c. Turchia**, in cui la Corte ha riconosciuto una violazione dell'art. 3 Cedu *sub specie* di **tortura**. Il ricorrente, militante di un'organizzazione illegale armata, aveva subito minacce di morte, era stato percosso (in particolare sotto la pianta dei piedi), immerso nell'acqua e impiccato "alla palestinese" (sospensione per i polsi ammanettati dietro la schiena) perché fornisse dichiarazioni sull'organizzazione e sui suoi militanti.
 - In **Akulinin e Babich c. Russia**, invece, i ricorrenti erano stati percosi violentemente da alcuni poliziotti che volevano estorcere loro la confessione di numerosi furti d'auto avvenuti nel distretto di Mosca, e avevano riportato lesioni guarite solo dopo diversi mesi e accertate con referto medico. Anche in questo caso la Corte ha ravvisato una violazione sostanziale dell'art. 3 Cedu *sub specie* di **tortura**.
 - Ad analoga decisione essa è pervenuta nel caso **Samoylov c. Russia**, il ricorrente, arrestato perché sospettato di furto con scasso, rifiutava di confessare e veniva a più riprese sottoposto dalla polizia a trattamenti brutali (fra cui le scosse elettriche), riportando gravi lesioni.

Gli obblighi positivi

Questo divieto impone obblighi negativi, ma anche positivi a carico dello stato. Questi obblighi positivi a carico delle autorità consistono nel predisporre una serie di accorgimenti volti a prevenire la possibilità che da parte dello stato possano esserci atteggiamenti e modalità nell'ambito di attività legittime che comunque integrano trattamenti inumani, degradanti e tortura. Occorre un sistema di



prevenzione che deve necessariamente accompagnarsi anche da un sistema di punizione su diversi fronti. L'ordinamento interno deve prevedere fattispecie *ad hoc* volte a punire chi pone in essere tali condotte vietate dal punto di vista penale ma anche amministrativo. Stiamo parlando di condotte poste in essere da rappresentanti dello stato, soggetti che per la loro funzione ed il loro ruolo hanno autorità sull'individuo ed esercitano quell'attività in maniera legittima, altrimenti saremmo fuori da queste condotte, staremmo parlando di altro.

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 all'identificazione e alla punizione dei responsabili (C. eur., 24/1/2019, Knox c. Italia);
- Le autorità interne debbano attivarsi affinché i reati non cadano in prescrizione e debbano assicurare che gli interessati siano sospesi dalle loro funzioni durante l'istruzione o il processo e ne siano rimossi in caso di condanna (C. eur., 1/7/2014, Saba c. Italia);
- In un caso specifico, la misura dell'indulto implicante l'estinzione parziale della pena è stata considerata suscettibile di rendere la reazione dell'autorità nazionale inadeguata alla gravità dei fatti (C. eur., 7/4/2015, Cestaro c. Italia);
- Nonostante le approfondite indagini da parte della magistratura, sussistesse una violazione dell'art. 3 sotto il profilo procedurale poiché i responsabili di tali atti sono rimasti impuniti a causa di iniziative (o inerzie) ascrivibili al potere esecutivo, come nel caso dell'opposizione del segreto di Stato non finalizzata a tutelare la riservatezza delle informazioni, o nel caso di mancata richiesta di estradizione (C. eur., 23/2/2016, Nasr e Ghali c. Italia).
 - Nel momento in cui queste condotte devono essere evitate, quando il sistema di prevenzione non funziona, per la corte è necessario che l'ordinamento preveda la possibilità che coloro che pongono in essere tali condotte non siano solo sottoposti ad indagine, sospesi dal servizio, ma anche puniti. La difficoltà del punire è che stiamo parlando di condotte poste in essere da chi ha autorità.

In generale la condizione preliminare per un'inchiesta effettiva risiede nell'emanazione da parte dello Stato di norme penali adeguate a prevenire e reprimere gli atti contrari all'art. 3 CEDU (C. eur. 7/4/2015, Cestaro c. Italia; C. eur., 3/11/2015, Myummyun c. Bulgaria).

Il G8 di Genova del 2001: violazioni dei diritti umani e condanna della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Nel 2001, durante il vertice del G8 a Genova, la città fu teatro di manifestazioni di protesta, alcune delle quali degenerarono in episodi di violenza e devastazione, spesso attribuiti a gruppi radicali. A seguito di questi disordini, nella notte tra il 21 e il 22 luglio, la polizia effettuò un'irruzione nella scuola Diaz, utilizzata come dormitorio da manifestanti e giornalisti. Questo intervento è rimasto tristemente celebre per l'eccessivo uso della forza da parte delle forze dell'ordine, dando luogo a gravi violazioni dei diritti umani che hanno segnato il nostro Paese e hanno portato alla condanna dell'Italia da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CtEDU) per violazione dell'articolo 3 della Convenzione.

- **Le condotte della polizia e le conseguenze giudiziarie** → Durante l'irruzione alla scuola Diaz, molti dei presenti furono feriti gravemente, malmenati e costretti in posizioni dolorose per ore, senza possibilità di sedersi o riposarsi. In seguito, emerse che alcune armi e molotov, presumibilmente usate come prove per giustificare l'operazione, erano state introdotte dalla polizia stessa. Questi abusi portarono a processi nei confronti degli agenti e dei funzionari responsabili, sia per le violenze alla Diaz sia per gli abusi commessi nei giorni successivi presso la caserma di Bolzaneto, dove i manifestanti furono sottoposti a ulteriori maltrattamenti e umiliazioni.
- **L'assenza del reato di tortura nel 2001 e le difficoltà investigative** → All'epoca dei fatti, il reato di tortura **non** era previsto nel Codice penale italiano. Pertanto, le condotte degli agenti furono perseguite come lesioni gravi e gravissime, abuso d'ufficio e altre fattispecie penali. Questo ha portato a un'applicazione parziale della giustizia, poiché le pene previste per questi reati **non** riflettevano pienamente la gravità delle azioni commesse.
 - o Le indagini furono ostacolate dalla difficoltà di identificare i singoli responsabili, poiché gli agenti coinvolti indossavano equipaggiamento antisommossa che rendeva difficile il loro riconoscimento. Inoltre, molti dei testimoni erano gli stessi manifestanti, spesso traumatizzati e non sempre in grado di fornire dettagli precisi. Queste difficoltà, unite alla complessità delle indagini, portarono a un allungamento dei tempi processuali e a numerose dichiarazioni di prescrizione per vari reati.
- **L'esito giudiziario e il fallimento dello Stato** → La vicenda si concluse, per molti aspetti, con un fallimento istituzionale, poiché il lungo tempo trascorso tra i fatti e le sentenze definitive impedì di punire adeguatamente tutti i responsabili. La prescrizione intervenuta in molti casi ha impedito una piena assunzione di responsabilità per le violenze e ha sollevato seri interrogativi sull'efficacia del sistema giudiziario italiano nella gestione di casi che coinvolgono abusi di potere da parte delle forze dell'ordine.
- **La condanna della CtEDU e l'introduzione del reato di tortura in Italia** → In risposta a questa vicenda, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo condannò l'Italia per non aver saputo prevenire e punire adeguatamente tali abusi, in violazione dell'articolo 3 della Convenzione Europea. Questo processo contribuì a stimolare il dibattito interno, portando, solo nel **2017**, all'introduzione del reato di tortura nel Codice penale italiano, con l'obiettivo di garantire una maggiore tutela dei diritti fondamentali contro abusi simili in futuro.

CEDU, 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia

La vicenda analizzata riguarda l'irruzione notturna delle forze dell'ordine nella scuola Diaz-Pertini, utilizzata come dormitorio da manifestanti pacifici. La corte analizza la situazione in quanto uno dei manifestanti, il ricorrente Arnaldo Cestaro, all'epoca 62enne, venne svegliato dal rumore dell'irruzione, si sedette contro il muro con le braccia alzate ma fu ugualmente colpito con estrema violenza. Subì fratture multiple (ulna, costole, perone) e gravi conseguenze fisiche permanenti.

Procedimento interno

1. **Primo grado:** Nel 2008, 28 agenti e dirigenti delle forze dell'ordine furono processati per abuso d'ufficio, lesioni aggravate, calunnia e falsificazione di prove. Dodici furono condannati a pene tra i 2 e 4 anni, ma beneficiarono di indulto.
2. **Appello (2010):** La Corte d'Appello di Genova riconobbe la prescrizione per vari reati (calunnia aggravata, abuso d'ufficio, lesioni semplici) e ridusse le responsabilità. I condannati beneficiarono nuovamente di indulto.
3. **Cassazione (2012):** Confermata la prescrizione delle lesioni aggravate e delle altre accuse. La Corte riconobbe la gravità dei fatti, qualificandoli come trattamenti "inumani e degradanti", equiparabili alla tortura secondo la Convenzione ONU. Tuttavia, l'assenza di una normativa specifica impedì di trattare gli atti come imprescrittibili.

Ricorso alla Corte EDU

Cestaro lamentò una violazione dell'art. 3 della CEDU (divieto di tortura e trattamenti inumani/degradanti) sia sotto il profilo **sostanziale** (torture subite) che **procedurale** (mancanza di un'indagine effettiva e adeguata sanzione).

Sentenza della Corte EDU (7 aprile 2015)

La Corte di Strasburgo ha evidenziato i seguenti punti:

1. **Usò sproporzionato della forza:** I maltrattamenti inflitti alla Diaz non erano giustificati né da resistenza né da minacce da parte degli occupanti. L'operazione, mascherata da perquisizione, fu pianificata e attuata con intenti punitivi. Doveva infatti trattarsi di una perquisizione, nonostante le tenute antisommossa e il numero, per cercare elementi di prova che potessero portare all'identificazione dei black box, autori di saccheggi nella città (non si è trovato nessuno, non si sono trovate loro armi né passamontagna). Il problema è che le modalità operative seguite in concreto dai poliziotti sono assolutamente incoerenti con lo scopo perseguito.
2. **Qualificazione degli atti come tortura:** La Corte ha stabilito che le azioni avevano un carattere intenzionale e premeditato, volto a infliggere dolore fisico e intimidazione psicologica, con l'obiettivo di punire. Sono stati soddisfatti i criteri per definire gli atti come "tortura" ex art. 3 della CEDU (forza fisica + intimidazione psicologica + finalità di infliggere una punizione per gli eventi della mattina). Significativi, a questo riguardo, sono i tentativi della polizia di nascondere i fatti o di giustificarli sulla base di circostanze false. La corte respinge anche la tesi del governo secondo cui quelle condotte potevano essere giustificate dal contesto di estrema tensione derivante dai numerosi scontri avvenuti durante le manifestazioni (esigenze di tutela dell'ordine pubblico).
3. **Obblighi positivi dello Stato:** La Corte ha criticato l'Italia per non aver adottato misure sufficienti a prevenire, punire e impedire tali violazioni. Ha sottolineato che il divieto di tortura richiede agli Stati non solo di astenersi da tali pratiche (obbligo negativo), ma anche di garantire indagini efficaci e pene adeguate. L'inchiesta non è stata effettiva anche perché i poliziotti che hanno aggredito il ricorrente, coloro che lo hanno materialmente sottoposto a tortura, non sono mai stati identificati, rimanendo completamente impuniti. Le sentenze dicono che l'assenza di identificazione era dovuta al fatto che i poliziotti erano vestiti in maniera tale che fosse impossibile per la vittima individuare concretamente la persona. È stato difficile procedere a identificazioni certe anche per la mancata collaborazione della polizia nelle indagini, visto che si

è potuta rifiutare senza conseguenze di collaborare. Ciò non ha permesso di sapere se i perpetranti siano stati sospesi nel corso del processo o se siano stati sottoposti a sanzioni disciplinari.

4. **Prescrizione e indulto:** La prescrizione e l'indulto hanno impedito sanzioni adeguate contro i responsabili. La Corte ha affermato che reati di tortura non devono essere soggetti a prescrizione o amnistia, in linea con gli standard internazionali.

Implicazioni e raccomandazioni

La Corte ha sottolineato la necessità per l'Italia di introdurre il reato di tortura nel proprio ordinamento, come richiesto dalla Convenzione ONU contro la tortura (ratificata nel 1989), per colmare il vuoto legislativo che ha ostacolato la giustizia nel caso Cestaro.

Tortura: *Bartesaghi e altri c. Italia*, 22 giugno 2017

La Corte europea dei diritti dell'uomo **ha nuovamente condannato il nostro Paese per la violazione dell'articolo 3 CEDU in relazione alle violenze perpetrate dalle forze di polizia italiane** in occasione del G8 che si è svolto a Genova nel 2001 e in particolare durante l'**irruzione nella scuola Diaz-Pertini** avvenuta la notte del 21 luglio 2001. I ricorrenti erano 42, per gli stessi fatti lamentati da Cestaro.

I giudici hanno riconosciuto **la violazione dell'art. 3 CEDU** condannando l'Italia al risarcimento dei danni nei confronti dei ricorrenti. La Corte ha affermato che il **trattamento** al quale furono sottoposti i **42 ricorrenti** deve essere considerato **vera e propria "tortura"**, in considerazione della sua natura particolarmente grave e crudele e dell'acuta sofferenza fisica e psichica causata alle vittime. I ricorrenti, infatti, sono stati sia vittime che testimoni della **violenza incontrollata della polizia**, che si è scagliata sistematicamente nei confronti degli occupanti della scuola Diaz, i quali **non** avevano commesso alcun atto di violenza o di resistenza. Tanto sul fronte sostanziale, quanto su quello procedurale, la Corte ha interamente richiamato e confermato le statuizioni già espresse **nell'affaire Cestaro c. Italia** relativo ai medesimi fatti avvenuti durante il blitz alla Diaz, ivi comprese quelle relative all'inadeguatezza dell'ordinamento italiano per quanto attiene alla repressione e prevenzione della tortura.

Tortura: *Azzolina c. Italia*, *Blair c. Italia*, *Cirino e Renne c. Italia* 26 ottobre 2017

Il 26 ottobre 2017 la prima sezione della **Corte europea dei diritti dell'uomo ha pronunciato tre sentenze con le quali ha condannato all'unanimità l'Italia per violazione del divieto di tortura di cui all'art. 3 CEDU** – sotto il profilo sia sostanziale che procedurale – nei casi *Azzolina ed altri c. Italia* (ric. n. 28923/09 e n. 67599/10) e *Blair e altri c. Italia* (ric. n. 1442/14, 21319/14 e 21911/14) aventi ad oggetto gli **abusi avvenuti nella caserma di Bolzaneto a margine del G8 di Genova nel 2001**, nonché nel caso *Cirino e Renne c. Italia* (ric. n. 2539/13 e 4705/13), avente ad oggetto i **maltrattamenti subiti da due detenuti del carcere di Asti nel 2004**.

Alcuni degli occupanti la scuola Diaz sono infatti stati arrestati e portati nella caserma di Bolzaneto, ove furono detenuti. Questi ricorrenti hanno quindi la particolarità per cui non solo lamentano le violenze subite nella scuola, bensì anche quelle subite in caserma, quando erano detenuti.

Molteplici sono i profili che accomunano le **tre sentenze**.

- 1) dal punto di vista sostanziale, gli **atti di tortura** esaminati dai giudici di Strasburgo sono stati **posti in essere dalle forze dell'ordine in modo sistematico ed organizzato nei confronti di soggetti privati della libertà personale in maniera legittima** (lo stato ha legittimamente limitato la sua libertà personale);
- 2) dal punto di vista procedurale, i giudici hanno riscontrato che, nonostante lo sforzo compiuto dalle autorità giurisdizionali italiane per accertare i fatti e individuare i responsabili, da un lato **la risposta dell'ordinamento penale è stata inadeguata** in ragione dell'assenza, all'epoca dei fatti, del reato di tortura (c'è bisogno di questa fattispecie perché è necessario affermare che, in un paese civile, coloro che legittimamente hanno autorità non possono comportarsi in un determinato modo, nel caso non potendo essere accomunati a soggetti che non hanno questa autorità); dall'altro lato anche **i giudizi disciplinari a carico dei responsabili non sono stati efficaci**, o perché **non sono state proprio adottate misure disciplinari** o perché i procedimenti sono stati privi di effetto sospensivo.

Chi ha autorità ha maggiori responsabilità, che devono essere modulate e devono avere come conseguenza il fatto che, se non si rispettano le leggi in base alle quali hanno tale autorità, devono essere puniti in maniera adeguata.

La **Corte di Strasburgo** ha qualificato il trattamento subito dai ricorrenti come **tortura ai sensi dell'art. 3 Cedu** sulla base dei seguenti elementi:

- la sofferenza dovuta alla ripetuta violenza fisica inflitta a qualsiasi ora del giorno e della notte e per molti giorni consecutivi;
- l'umiliazione derivata dall'essere stati costretti a rimanere nudi per diversi giorni;
- abuso fisico accompagnato da privazioni materiali estremamente gravi, quali la mancanza di cibo, acqua, adeguati servizi sanitari, biancheria per il letto e riscaldamento.

I giudici di Strasburgo hanno inoltre evidenziato il fatto che i maltrattamenti in questione si sono svolti in **modo premeditato e organizzato** nel contesto di un più **ampio modello di abuso riservato ai detenuti "problematici"**, circostanza quest'ultima che, secondo la Corte, ha dimostrato **l'intenzionalità delle condotte** poste in essere. L'aggravante era proprio il luogo, lo stato di detenzione, visto che un'eventuale fuga **non** era contemplata.

La corte dice che non vi era necessità di tenerli in piedi nudi in una stanza. Non si capisce lo scopo perseguito privando di cibo e acqua, se non quello di punizione o di ricavare informazioni.

CAT

È trascorso molto tempo da quando l'Italia, nel **1989**, ha ratificato la **Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti (CAT)**, **adottata nel 1984 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la Risoluzione 39/461** (in questa convenzione i firmatari si impegnavano ad introdurre la fattispecie di tortura nel proprio ordinamento, soprattutto un sistema volto a prevenirne le condotte); e da quando, in diverse sedi, è iniziata la discussione circa la necessità dell'inserimento del delitto di tortura nel nostro codice penale.

Da **quell'ormai lontano 1989**, abbiamo assistito alle:

- 1) raccomandazioni del Comitato dei diritti umani, del Comitato contro la tortura delle Nazioni Unite, del Comitato per la prevenzione e la repressione della tortura del Consiglio d'Europa (CPT);
 - Tutte queste raccomandazioni evidenziano che la gravità sta nel fatto che i soggetti sono rappresentanti dello stato, per cui il reato è da considerarsi imprescrittibile.
 - La fattispecie del reato di tortura deve poi tenere conto del contesto nel quale tali condotte vengono solitamente poste in essere, che spesso sono chiusi: caserme, commissari, nei quali è difficilissimo svolgere indagini, a causa del clima di omertà tra i colleghi e per l'impossibilità di identificare i soggetti.
 - Nelle raccomandazioni si specifica anche l'esigenza della numerazione per l'identificazione dei soggetti, che il nostro ordinamento non ha mai voluto introdurre.
- 2) ratifica dello Statuto di Roma, alle condanne della Corte EDU per violazione dell'art. 3 CEDU;
- 3) all'introduzione del divieto di tortura nel codice penale militare di guerra, nonché
- 4) all'adozione di norme che prevedono il divieto del commercio di strumenti utilizzabili per torturare: **manca una norma incriminatrice ad hoc nel codice penale** che possa colpire e punire concretamente coloro che pongono in essere atti di tortura.

L'Italia era rimasta uno dei pochi paesi a non avere nel c.p. questa fattispecie, anche se aveva ratificato la Convenzione ONU nel 1988. Dal 1989 al 2017 l'Italia ha ratificato tanti altri atti che prevedevano questo intervento legislativo. Le occasioni per introdurre la fattispecie quindi ci sono state, ma il nostro paese sembra reagire solo a seguito di una tragedia.

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 con queste caratteristiche: *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.

Abbiamo dovuto attendere l'esito dei processi che riguardavano gli agenti che hanno fatto irruzione alla Diaz, in quanto tale esito ha reso evidente come la mancanza di una norma *ad hoc* avesse

sostanzialmente provocato un'ingiustizia, ossia la mancata punibilità di questi soggetti, i cui reati erano considerati prescritti per le pene edittali delle fattispecie considerate in assenza di quella della tortura.

Nel 2017 questa legge ha introdotto per la prima volta nel c.p. il divieto di tortura, il 613-bis, il che permise al comitato dei ministri di concludere il monitoraggio dell'Italia sotto questo aspetto, anche se sollevò e continua a sollevare dubbi per come è formulato. La fattispecie introdotta ha infatti i suoi limiti e lacune: **non** è imprescrittibile.

È comunque un passo importante l'introduzione di questa fattispecie, in quanto finalmente l'autorità che pone in essere determinate condotte integra la tortura sia violando il divieto CEDU che integrando ora una fattispecie incriminatrice. Questa fattispecie però è molto ampia, partendo dall'incipit "**chiunque**". Si parla di qualsiasi soggetto che per qualsiasi motivo ha autorità sulla vittima, che deve essere privata della libertà personale per diverse ragioni. L'aspetto del "**chiunque**" è qualcosa **di più** rispetto alle altre convenzioni, che prevedono solo le autorità. Vi è quindi un elemento più garantista, capace di riprendere più persone.

"Chiunque" era però già punito da altre fattispecie, qui bastava nominare le autorità.

Si vanno comunque a colpire anche dipendenti dello stato, non solo liberi cittadini. Si parla quindi di soggetti appartenenti alle forze dell'ordine che, nell'esercizio delle loro funzioni, pongono in essere tali atti, il che può essere il motivo per cui nessun governo prima del 2017 si sia voluto assumere la responsabilità di introdurla. Il governo attuale (lega) invece vuole toglierla, proprio perché problemi per i soggetti appartenenti alle forze dell'ordine.

Nel momento in cui dovesse essere cancellata, il che è legittimo, occorrerà probabilmente attendere che una nuova vicenda vada all'attenzione della corte per rimediare all'eventuale lacuna.

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.

Fattispecie aggravante prevista per i **vertici**, cioè per colui che dà il comando di porre in essere materialmente tali condotte.

Art. 2 Modifiche all'art. 191 c.p.p. (legge 14 luglio 2017, n. 110)

All'articolo 191 del codice di procedura penale, dopo il comma 2 è aggiunto il seguente:

«2-bis. Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale».

Profili problematici

Gli aspetti problematici sono prima di tutto il fatto che tutte le convenzioni firmate per la repressione della tortura, così come la giurisprudenza di Strasburgo, dicono che gli atti qualificati come tortura

non dovrebbero essere soggetti a **prescrizione**, mentre qui le fattispecie penali prevedono pene edittali che potrebbero sicuramente arrivare alla prescrizione.⁴⁰

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:

1. **identificazione dei singoli responsabili di abusi e violenze tra gli appartenenti alle forze dell'ordine.** Quando si parla di coloro che hanno la possibilità di esercitare autorità su persone private della libertà personale, parliamo di soggetti che talvolta assumono l'assetto antisommossa, il che significa indossare caschi, schermi e tutto ciò che rende impossibile l'identificazione del singolo individuo. Per il lavoro che fanno è giusto che non siano identificabili da persone comuni, ma ci devono essere meccanismi per poterlo fare se necessario. Vi sono esperienze di altri Paesi, come la Francia, dove i poliziotti possono essere identificati almeno dal numero sul casco.
 - a. Nei casi di specie si rileva sempre la **manca**za di collaborazione (omertà) da parte delle forze dell'ordine ai fini dell'accertamento dei fatti e il problema **dell'assenza del numero identificativo sulle uniformi degli agenti.**
2. Problema dell'**emersione dei maltrattamenti posti in essere in contesti "chiusi" come quello carcerario.** Se questi maltrattamenti avvengono nella caserma, in una stanza, è molto difficile, vista la mancata collaborazione, individuare prove o elementi che possono essere idonei a provare i maltrattamenti. 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.
3. La terza questione, parimenti centrale nei casi esaminati, è che spesso **neppure i procedimenti disciplinari si dimostrano all'altezza degli standard richiesti** dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia di art. 3 Cedu:
 - a. perché **non** sanzionano i responsabili (non si prevedono sanzioni disciplinari), o
 - b. perché privi del fondamentale effetto sospensivo dall'esercizio delle funzioni nel corso dell'accertamento penale. Se un soggetto è cioè sottoposto a indagini per questi fatti, **non** deve essere sospeso dalle proprie funzioni in attesa dell'esito del processo.

In conclusione, pare evidente come **la modifica introdotta nel Codice penale** è sicuramente un passo importante di civiltà e adeguamento, ma **non potrà da sola assolvere alla funzione di prevenire e reprimere gli atti di tortura, se non sarà accompagnata da un' incisiva e più ampia azione a livello di sistema**, oltre che sul piano culturale.

A tal proposito, pare significativo richiamare il comunicato stampa del **Garante nazionale delle persone private della libertà personale** a margine delle sentenze della Corte Edu, nel quale si

⁴⁰ Si potrebbe evitare assicurando una celere indagine e un processo di durata ragionevole? Il problema di queste indagini, con riferimento a queste vicende, è che sono sempre lunghe e complesse, in quanto poste in essere da appartenenti a organi dello stato, di difficile identificazione, in quanto tendono a coprirsi tra di loro, a evitare la collaborazione con l'autorità giudiziaria. La polizia, infatti, nel caso di specie non aveva prestato la necessaria collaborazione per l'identificazione dei colpevoli.

ribadisce che *“i messaggi, anche impliciti, di impunità **non** possono essere tollerati e l'azione preventiva deve essere significativamente rafforzata”*; ricordando al riguardo che *“la prima forma di prevenzione consiste nell'inviare inequivoci messaggi che maltrattamenti e tortura **non** sono minimamente tollerati o coperti, bensì perseguiti penalmente e disciplinarmente”*.

Pronunce applicative

Le prime pronunce della Corte di cassazione applicative della nuova fattispecie criminosa hanno avuto ad oggetto condotte **non** riferite ad abusi delle forze di polizia. La casistica sul tema ha per il momento riguardato ipotesi di reati commessi da privati cittadini, condotte che rientravano nella fattispecie di «*tortura comune*» prevista dall'art. 613 *bis* **co. 1** c.p. (Cass., sez. V, 15 ottobre **2019**, n. 4755; Cass., sez. V, 11 ottobre 2019, n. 50208; Cass., sez. V, 8 luglio 2019, n. 47079).

Più recentemente, nel **2021** (Cass., 25 maggio 2021, R.C.C., n. 32380, § 3.2. e 3.3.), la Corte di Cassazione, pur nell'ambito di fatti rientranti nella fattispecie di «*tortura comune*», ha affermato:

- la natura di **reato autonomo** dell'ipotesi di cui all'art. 613-bis, comma 2, c.p.p. (**tortura c.d. di Stato**), così sottraendo la stessa al giudizio di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti;
- la natura di **reato eventualmente abituale** della fattispecie di cui al comma 1, potendo esso essere integrato da **più** condotte violente, gravemente minatorie o crudeli, reiterate nel tempo, **ovvero** da un'unica condotta che comporti un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona (sul punto, in ambito cautelare, Cass., 9 novembre 2021, M.G., n. 8973, § 2.4.; sull'elemento soggettivo del reato si veda anche Cass., 15 ottobre 2019, U., n. 4755, § 2.4.).

Da ultimo, alcune pronunce dei **giudici di merito** (Tribunali di Ferrara e di Siena) hanno per la prima volta applicato la nuova norma incriminatrice proprio a fronte di violazioni da parte di agenti di polizia penitenziaria nei confronti di detenuti.

Numerose sono poi le **attività investigative** in corso in diverse Procure italiane in relazione ad episodi di violenza che sarebbero stati commessi, secondo le contestazioni, nei confronti di persone private della libertà (ad esempio, per i fatti accaduti nell'aprile 2020 all'interno del carcere di Santa Maria Capua Vetere).

Maggiore attenzione da parte della magistratura nei confronti della violenza nelle carceri, anche grazie alla possibilità di applicare il nuovo reato di tortura

VS

Le inchieste aperte negli ultimi anni testimoniano la **difficoltà** dei magistrati a individuare responsabilità e a ricostruire i fatti a causa delle già richiamate criticità che, a tutt'oggi, continuano a caratterizzare il nostro ordinamento.

Divieto di trattamenti inumani e degradanti

Dall'art. 3 CEDU discende anche il divieto di sottoposizione a pene che rivestono carattere inumano e degradante, il che riguarda anche:

1. **condizioni** della detenzione;
2. sottoposizione a **particolari regimi carcerari** (regime del carcere duro ex art. 41 bis ord. penit., isolamento);
3. **durata** della pena

Vi è quindi la possibilità che determinate forme di detenzione legittima, cioè previste come esecuzione legittima di una pena, che di per sé causa sofferenza fisica-psichica, fisiologicamente, possano integrare le fattispecie di cui all'art. 3.

Condizioni della detenzione

Perché possa riscontrarsi una violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti è necessario che **la sofferenza lamentata dal ricorrente ecceda quella connotata a qualsiasi forma di privazione della libertà personale**, pena il mancato raggiungimento della **soglia minima di gravità**.

Le pronunce rese dalla Corte in materia possono idealmente suddividersi in due gruppi:

- a) quelle in cui i giudici di Strasburgo hanno riscontrato la violazione a fronte di situazioni di **carattere obiettivo** (quali ad es. il sovraffollamento, le precarie condizioni igieniche, la mancanza di areazione, dove il soggetto esegue la pena, come la esegue, altre caratteristiche oggettive).
- b) quelle in cui, invece, la violazione dell'art. 3 Cedu è stata affermata in ragione della problematica **compatibilità del regime di detenzione "comune" con le condizioni di salute** del ricorrente, affetto da gravi disturbi fisici o psichici. Caratteristiche soggettive della persona, che determinano se vi siano o meno le condizioni per perpetrare tale sofferenza fisiologica al soggetto in questione. In pratica, la situazione va parametrata a seconda delle condizioni di ciascun detenuto.

La corte non si nasconde nel fatto che, di per sé, la condizione di essere all'interno di un carcere è condizione di sofferenza. Il problema è quando la sofferenza supera la soglia fisiologica di gravità. Se la sofferenza rientra in quella fisiologica, non vi è violazione: il soggetto soffre poiché sta eseguendo una pena esito di un processo equo. Il problema riguarda altre situazioni: quando la sofferenza supera quella fisiologica.

Scontare 10 anni di reclusione in una cella ove vi sono 8 detenuti invece di 2, dove vi sono 8 detenuti nello spazio che dovrebbe essere riservato a due, è disumano e degradante, così come scontare la pena in un carcere ove non sono assicurate le basilari condizioni igieniche. Ancora, sussiste un problema obiettivo di esiguità dello spazio nel momento in cui manca l'aria.

La corte individua caratteristiche oggettive che, se osservate, permettono di stabilire che **non** vi è violazione. Il nostro paese in alcune situazioni è stato condannato per questi motivi.

È anche un problema culturale: pochissime persone e pochissimi magistrati hanno visitato un carcere.

Situazioni di carattere **obiettivo**

L'esiguità dello **spazio personale a disposizione** di ciascun detenuto veniva, fino a un recente passato, quasi sempre valutata unitamente ad altri indici di violazione dell'art. 3 Cedu (quali le precarie condizioni igieniche, il rischio concreto di diffusione di malattie, ecc.), sul presupposto che la stessa non fosse, **di per sé, sufficiente** a determinare il superamento della soglia minima di gravità.

Alcune importanti pronunce rese dalla Corte nel corso del 2009 preludono, tuttavia, al progressivo superamento di tale impostazione:

- in particolare, nella sentenza **Sulejmanovic c. Italia** i giudici di Strasburgo hanno riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu per il **solo** fatto che il ricorrente (detenuto nel carcere di Rebibbia) avesse a disposizione uno spazio personale di soli 2,70 metri quadri;
- nella successiva sentenza **Buzhinayev c, Russia** sono pervenute alla medesima conclusione rispetto a uno spazio personale pari – nei momenti di maggior sovraffollamento – a 3,4 metri quadri.

La corte, nella propria giurisprudenza, formula **un'ipotesi di sufficienza** per individuare un criterio che possa guidare tutti gli stati membri nella gestione dei detenuti nel sistema penitenziario. L'individuazione di tale situazione è recente, in quanto fino a poco tempo fa, lo spazio ritenuto non sufficiente non era di per sé violazione dell'art.3, dovendo essere accompagnato da altri elementi. Nel **2009** però abbiamo queste due sentenze che segnano il superamento di questa impostazione: questo cambio di passo è individuato soprattutto nella sentenza contro l'Italia. In queste situazioni, all'interno della cella si misuravano i metri quadri, dividendoli per il numero dei detenuti all'interno della stessa, facendo risultare lo spazio personale di movimento che può godere l'individuo.

C'è tutta una giurisprudenza che cerca di capire anche **come calcolare gli spazi individuali**, ad esempio, valutando se considerare o meno i mobili infissi, il numero dei letti nei letti a castello... a primo acchito queste possono sembrare preoccupazioni non rilevanti, ma occorre tener conto che in quella cella si svolge la parte più intima della vita di ciascun detenuto. È chiaro che la vita nel carcere non è solo quella trascorsa in una cella, in quanto è caratterizzata anche dalla frequentazione di spazi comuni (corridoi, spazi all'aperto, ricreativi), ma poi ognuno deve tornare nella sua cella, passando tempo e momenti della propria vita al suo interno. Questa situazione, che d'ora in poi chiameremo "*problema del sovraffollamento carcerario*" è portato avanti dalla corte nei confronti del nostro paese, contestando proprio la violazione dell'art. 3. La corte, nei confronti **dell'Italia**, individua un **problema strutturale**: il tasso di sovraffollamento è talmente alto da dover imporre misure generali di riparazione.

Laddove infatti la Corte ritenga che il problema del sovraffollamento carcerario abbia **carattere strutturale**, essa potrà "condannare" lo Stato contraente all'adozione di **misure generali e individuali** idonee a porvi rimedio (quali l'introduzione di dispositivi elettronici di sorveglianza, l'avvio di politiche di edilizia carceraria, l'adozione di misure alternative alla detenzione, ecc.).

Leading case – C. eur. 8/1/2013, **Torreggiani c. Italia**: importante per le conseguenze e le modifiche imposte al nostro governo, in quanto l'Italia è destinataria di misure generali di riparazione insieme a Romania, Bulgaria, Ucraina e Russia.

Questa situazione preoccupa perché la corte arriva ad individuare la correlazione importante tra le situazioni delle carceri nel nostro paese, la violazione dell'art. 3 (le condizioni carcerarie possono integrare trattamenti disumani e degradanti) e il fatto che in tali condizioni la pena si tramuta in un trattamento disumano e degradante. La corte individua la correlazione di questi fattori al principio costituzionale implicito del rispetto della **dignità** umana.

L'attuale quadro del sistema penitenziario **italiano** presenta ancora diverse problematiche da risolvere. In questo senso, gli studi effettuati dal Consiglio d'Europa e dall'International Centre for Prison Studies sulla situazione dell'affollamento delle carceri in Italia, fanno emergere **risultati molto significativi**.

Se vi è una sentenza pilota, significa però che il comitato dei ministri vigila sulla sua attuazione, chiedendo al paese coinvolto quali siano le misure adottate per superare la situazione. Fino a quando non si adotteranno misure adeguate a portare il sovraffollamento entro limiti accettabili, continuerà la supervisione del comitato.

Ecco allora che subentra il decreto svuota carceri, che non sarebbe mai stato attuato senza una condanna della corte europea. È un chiaro esempio dell'influenza positiva del sistema di tutela dei diritti dell'uomo dal punto di vista dell'implementazione della legislazione.

d.l. 1 luglio 2014, n. 178 (decreto «svuota carceri») convertito in legge 21 febbraio 2014, n. 10:

Vengono innanzitutto in considerazione le disposizioni dirette ad ampliare l'ambito di operatività delle misure alternative e dei benefici penitenziari.⁴¹

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. Si sono quindi aumentati gli sconti di pena per buona condotta, ossia la possibilità per il detenuto che segue il programma e si comporta bene all'interno del carcere di poter uscire prima, con lo scopo di agevolare l'uscita dei detenuti a cui manca un esiguo residuo di pena.

Quanto poi al **potenziamento delle misure alternative**, occorre innanzitutto accennare alle modifiche apportate all'art. 47 o.p., in materia di **affidamento in prova**. Per effetto della novella la misura risulta ora applicabile ai condannati con **pene, anche residue, fino a 4 anni**, anziché 3, ampliando temporaneamente i destinatari delle misure alternative.

- Al fine di incentivare l'accesso all'affidamento in prova nei confronti dei condannati già detenuti, il decreto stabilisce – novellando il co. 4 dell'art. 47 o.p. – che, in caso di istanza della parte, il

⁴¹ Aumentare il numero delle carceri. Vi sono studi dal punto di vista socio-economico che dimostrano che tale aumento può addirittura causare un aumento del sovraffollamento, in quanto, mandare in carcere una persona, piuttosto che predisporre un complesso programma di misura alternativa, è meno costoso, implica meno sorveglianza ed è meno complicato. Le forme alternative alla detenzione sono molto più complicate, necessitando di sorveglianza e collaborazione da parte del detenuto.

magistrato di sorveglianza ha il potere (non più, come era sino ad oggi, di sospendere la pena, ma) di **applicare provvisoriamente** la misura alternativa, analogamente a quanto avviene per la detenzione domiciliare, la semilibertà e l'affidamento terapeutico. Il provvedimento del magistrato – che presuppone un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, un *fumus boni iuris* sulla sussistenza dei presupposti e l'assenza del pericolo di fuga – ha efficacia **sino** alla decisione definitiva del tribunale di sorveglianza, che dovrà intervenire entro 60 giorni.

- Tra gli interventi funzionali ad ampliare l'operatività delle misure alternative deve includersi anche l'**abolizione del divieto, di cui al co. 5 dell'art. 94 d.P.R. 309/1990, di applicare per più di due volte l'affidamento in prova terapeutico per condannati tossicodipendenti ed alcol dipendenti**. L'abolizione si spiega alla luce dei dati esperienziali – così si legge nella già citata relazione al decreto legge – che rivelano un consistente rischio di ricaduta nell'abuso di sostanze da parte dei tossicodipendenti e alla conseguente conclusione secondo cui appare più ragionevole evitare rigide preclusioni e **rimettere alla valutazione giudiziale la possibilità di concedere a tali soggetti**, che rappresentano circa il **25% del totale della popolazione detenuta**, **ulteriori chance di recupero** attraverso l'accesso a programmi di esecuzione extramuraria della pena detentiva.

Sempre nell'ottica di ampliare l'operatività delle misure *lato sensu* alternative alla detenzione,⁴² il Governo ha previsto:

- la **stabilizzazione della misura dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ai 18 mesi**, di cui all'art. 1 della l. 199/2010, introdotta nell'ordinamento in forma emergenziale (il termine della sua vigenza era infatti stabilito per il 31 dicembre 2013). Come si legge nella Relazione, la stabilizzazione è stata indotta dai significativi effetti che avrebbe prodotto: secondo le stime del Ministero, tale misura avrebbe infatti consentito la scarcerazione di circa 12.000 condannati.
- Infine, sempre tra le misure dirette a ridurre il numero delle presenze in carcere, vanno menzionate le disposizioni relative alle **procedure di controllo elettronico** (il c.d. braccialetto elettronico), nei confronti dei soggetti sottoposti agli arresti e alla detenzione domiciliare.
 - La modifica riguarda in primo luogo l'art. 275 *bis* c.p.p, secondo il quale il giudice "nel disporre la misura degli **arresti domiciliari anche in sostituzione della custodia cautelare in carcere**" deve prescrivere **sempre** le procedure di controllo elettronico, "salvo che le ritenga **non** necessarie in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari" (mentre, sino ad ora, erano prescritte solo se ritenute necessarie), e sempre che ne sia accertata la disponibilità da parte della polizia giudiziaria.

⁴² Il carcere dovrebbe essere l'estrema ratio nella mente del giudice che condanna. Rischio per la deterrenza? Molti studi hanno pacificamente dimostrato che la pena di per sé non è mai deterrente, in quanto chi delinque lo fa a prescindere dalla pena, il che è stato dimostrato addirittura in relazione alla pena di morte. Nemmeno la pena di morte fungerebbe dunque da deterrente.

Le forme alternative comunque non sono mai automatiche: è il giudice che valuta sulla base dell'individuo. Gli sconti di pena, inoltre, sono comunque ancorati ad un parametro positivo, come la buona condotta o un oggetto non particolarmente rilevante dal punto di vista della pericolosità sociale.

Venendo ora agli **interventi in materia di tutela dei diritti delle persone detenute**, il decreto ha innanzitutto messo **ordine nella materia del reclamo** del detenuto al magistrato di sorveglianza.

- Di tale reclamo si occupa ora il **nuovo art. 35 bis o.p.** che, rinviando all'art. 69 o.p., anche esso novellato, 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: la prima è rappresentato dai **provvedimenti di natura disciplinare adottati dall'amministrazione penitenziaria** (art. 69, co. 6 lett. a), la seconda dall' "**inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni** previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, **dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti**" (art. 69, co. 6 lett. b).
- È uno strumento per poter dire che la modalità di esecuzione della pena non è conforme alla CEDU: il detenuto può ora proporre reclamo al magistrato di sorveglianza per denunciare il comportamento non corretto da parte dell'amministrazione.
- È chiaro che l'ipotesi di cui all'art. 69 co. 6 lett. b) intende far fronte, principalmente, alle ipotesi di pregiudizio dei diritti del detenuto derivanti dalla situazione di sovraffollamento: che la mancanza di uno spazio vitale all'interno della cella sia una situazione in grado di determinare un pregiudizio grave ed attuale ai diritti del detenuto è riconosciuto non solo da una cospicua giurisprudenza della Corte europea, ma anche dalla nostra **Corte costituzionale**, che lo ha espressamente affermato nella [sentenza 279/2013](#).
- È questa, dunque, la **disposizione con la quale il Governo ha inteso rispondere alla sentenza Torreggiani** con la quale, come si è già ricordato, la Corte europea ha chiesto al nostro ordinamento di introdurre dei rimedi atti a garantire la immediata cessazione e la riparazione delle violazioni in atto al diritto del detenuto a non subire trattamenti inumani o degradanti, a causa della situazione di sovraffollamento carcerario.

Il nostro Paese al 1° settembre 2015 mostrava un **tasso medio di detenuti** pari a 85,6 per 100.000 abitanti – in valore assoluto, 51.949 detenuti su più di 60 milioni di abitanti: un tasso nettamente inferiore a quello europeo (115,7), il che significa che le misure hanno funzionato.

Tasso di sovraffollamento dal 2017 e custodia cautelare

Nel **corso del 2017** si è però registrata un'inquietante risalita del tasso di sovraffollamento che si assesta al **113,2%**. Siamo a 56.817 detenuti, ben 2,967 in più dal luglio 2016. Il motivo è che le misure del decreto avevano per legge un periodo di efficacia limitato a due anni dall'entrata in vigore del decreto. Era un esercizio unicamente volto ad evitare una sanzione da parte del consiglio d'Europa, nella convinzione che tali misure, passato il momento di imbarazzo diplomatico, sarebbero scadute facendo tornare alla situazione di prima.

Di questi, gran parte sono persone in stato di custodia cautelare, che cioè sono lì non eseguire una pena, bensì per esigenze cautelari, in quanto persone sottoposte ad indagini e che potrebbero non essere lì un giorno, visto che la sentenza potrebbe essere di proscioglimento, il che rende la situazione ancora più intollerabile, visto che si trovano lì solo sulla base di indizi, per quanto gravi. La percentuale delle **persone detenute in custodia cautelare** è infatti pari al **34,6%**. Era il 33,8% il 30

giugno del 2015. Nonostante i positivi cambiamenti legislativi, **è in aumento l'uso del carcere prima della condanna definitiva**. Purtroppo è l'effetto di pratiche di Polizia e giurisdizionali, a loro volta effetto della pressione dell'opinione pubblica a partire da casi eclatanti.

l'Italia permane nella top five dei Paesi dell'Unione Europea con il più alto tasso di detenuti in custodia cautelare (no esecuzione pena), con una percentuale di detenuti non definitivi pari al 32,6% rispetto ad una media europea pari al 22%.

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%**.

Da fine 2008 ad oggi la percentuale di stranieri nelle carceri italiane è costantemente diminuita, passando dal 37,1% al 32,7% di fine **2019** (dato comunque superiore alla media europea fornita dal Consiglio d'Europa, pari al 22,9%).

La popolazione è caratterizzata principalmente da alcol e tossicodipendenti e da comunità straniere, a cui spesso non viene garantito un effettivo diritto di difesa (viene garantito sulla carta, non in concreto). Le **comunità straniere più rappresentate** sono rispettivamente quella marocchina (18,4% degli stranieri in carcere), rumena (12%), albanese (12,1%), tunisina (10,2%), nigeriana (8,4%).⁴³

In **25** delle 98 carceri visitate da Antigone nel 2019 sono state trovate celle in cui **non** era nemmeno rispettato il criterio dei 3 mq per detenuto. In queste celle i detenuti devono dormire, mangiare e si devono lavare, funzioni basilari della vita umana, in 3 mq per ciascun detenuto.

In **14** istituti visitati le celle più affollate ospitavano 5 detenuti, in **13** c'erano celle da 6, in **due** istituti c'erano celle da 7, in **5** c'erano celle che ospitavano anche 8 persone ed in **3**, Poggioreale, Pozzuoli e Bolzano, c'erano celle che ne ospitavano 12 contemporaneamente.

In 45 istituti visitati, circa la **metà**, c'erano inoltre celle senza acqua calda per lavarsi e in 52, ben **più del 50%**, c'erano celle senza doccia, cosa che costringe i detenuti ad usare docce comuni. In 8 istituti tra quelli visitati c'erano celle in cui il wc stava a vista nella cella, anziché in un ambiente separato (come invece richiesto dall'art. 7 del DPR 30 giugno 2000, n. 230). Anche dopo il 2017 vi è quindi una situazione disastrosa.

L'arrivo del virus e la paura per una sua diffusione negli istituti penitenziari

In questa situazione, di per sé già emergenziale, di sovraffollamento e precarie condizioni igieniche è intervenuto il virus, contro cui le uniche armi a disposizione sono il distanziamento sociale e una

⁴³ 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.

corretta igiene personale. Ciò ha portato ad una protesta a San vittore contro le misure introdotte durante il covid, che rendono la vita all'interno del carcere ancora più dura.

Si è agito su più fronti:

- interruzione dei contatti con l'esterno tramite il divieto di colloqui con i famigliari (misura alla base delle rivolte nelle carceri di marzo); c'era comunque il covid da fronteggiare.
- scarcerazione di detenuti particolarmente anziani e con patologie pregresse, di quelli con un minimo residuo di pena da scontare e di quelli reclusi per reati minori o non violenti;
- applicazione di iter più snelli per l'accesso alla misura della detenzione domiciliare ex l. 199/2010 per chi doveva scontare una pena residua inferiore ai 18 mesi assieme alla concessione di permessi premio per chi già si trovasse in semilibertà, con durata sino al 30 giugno 2020.

Dopo le proteste, si è cercato, visto che il sovraffollamento carcerario rischiava di aumentare il rischio di contagio, di introdurre misure emergenziali per cercare di evitare il rischio di propagazione del virus.

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.

Il tasso di occupazione delle nostre carceri a **maggio** 2020 era pari al **107%** con alcune situazioni drammatiche a livello locale, come ad esempio negli istituti penitenziari di Latina (179,2%) o di Taranto (187,6%).

- Al 31 **ottobre** 2020, il numero di internati era di nuovo cresciuto: secondo i dati del Ministero di Giustizia a fronte di una capienza di 50.553 posti, risultavano presenti 54.868 persone (tasso di sovraffollamento al **108,5%**).
- Al 16 **novembre** 2020, secondo il segretario generale del sindacato UILPA di polizia penitenziaria, il numero di positivi nelle carceri era di 1.694 casi, di cui 758 detenuti e 936 tra agenti della polizia penitenziaria e altre persone che lavorano nelle prigioni. Il virus si è diffuso in 76 penitenziari su 189.

I Garanti dei detenuti – quelli regionali e il Garante nazionale Mauro **Palma** – ha lanciato la seguente proposta: *«È pienamente condivisibile, e dunque auspicabile, che possa essere accolta la proposta di prevedere una **liberazione anticipata speciale e la sospensione dell'emissione dell'ordine di esecuzione delle pene detentive fino al 31 dicembre 2021**»* per evitare che soggetti infetti entrassero nelle carceri.

Beneficio previsto ordinariamente dalla legge penitenziaria per cui chi si comporta bene, quindi non ha rapporti negativi o sanzioni disciplinari, e partecipa all'offerta di attività proposte dall'amministrazione, può vedersi riconosciuto dal giudice di sorveglianza uno sconto di 45 giorni per ogni semestre di pena scontata correttamente. I Garanti hanno così chiesto che sia prevista una liberazione anticipata speciale in grado di «portare eccezionalmente questo sconto di pena a 75 giorni per ogni semestre, **come** avvenne negli anni 2014 e 2015, durante l'emergenza Torreggiani» e che aveva dato risultati positivi.

Il tasso di sovraffollamento (ottobre 2023) – Riforma Cartabia

Al 31 ottobre 2023, secondo i dati del Ministero di Giustizia, a fronte di una capienza di 51.275 posti, risultavano presenti 59.715 persone (tasso di sovraffollamento del **116,46%**). Il numero di presenze in carcere è tornato inesorabilmente a salire, in quanto le misure adottate per il virus sono terminate: dal tasso di sovraffollamento carcerario sceso al 104.42 % nel luglio 2021 al 116.46% registrato ad ottobre 2023.

Il problema delle misure introdotte in queste due esperienze (Torreggiani e covid) era il fatto che avessero efficacia temporanea: una volta che queste misure non erano più efficaci, il tasso di sovraffollamento è sempre aumentato. Il legislatore, pertanto, si è convinto della necessità di introdurre misure strutturali capaci in quanto durature di ridurre/mantenere il tasso di sovraffollamento carcerario costantemente ad un livello accettabile rispetto alla media europea.

Dovrà essere valutato, in quest'ottica, l'impatto che avrà sul medio-lungo periodo la **Riforma Cartabia** e, in particolare, le misure volte ad un ripensamento del modello sanzionatorio e una riduzione della pena detentiva in carcere, riformulando tutto l'ordinamento penitenziario (interventi su pene sostitutive di pene detentive brevi: semilibertà, detenzione domiciliare, lavoro di pubblica utilità e pena pecuniaria) per confermare ciò che già doveva essere evidente: la detenzione in carcere non è l'unica modalità di esecuzione della pena.

Obiettivo: intervenire, **in senso deflattivo**, su detenuti che devono scontare pene di modesta entità, la cui fattispecie non era quindi di elevata pericolosità sociale (secondo il Garante nazionale, dei 54.728 detenuti presenti nelle carceri italiane al 28 aprile 2022, 17.768 dovevano scontare una pena residua inferiore ai tre anni e di questi ben 7.360 avevano ricevuto direttamente in sentenza una pena così breve), riformulandole in modo che potessero essere eseguite anche al di fuori del carcere.

Incompatibilità della detenzione con le condizioni di salute

La seconda situazione individuata dalla corte riguarda le condizioni di salute: le condizioni psico-psichiche del detenuto, che soffre per la detenzione in carcere maggiormente rispetto ad un detenuto normale, e questa sofferenza supera quella fisiologica per ogni esecuzione della pena che non comporta violazione. Si pensi ai malati con patologie che necessitano di cure per le quali il carcere non è attrezzato. Si pensi anche al detenuto che dovesse ammalarsi all'interno del carcere e dovesse necessitare di una cura che il carcere non può fornire.

Tra le pronunce in cui la Corte ha affrontato il diverso profilo della compatibilità della detenzione con le **condizioni di salute** del ricorrente si segnala, in particolare la sentenza **Scoppola c. Italia n. 1 del giugno 2008**, quando il nostro paese viene messo di fronte al fatto che la corte EDU pretende che al detenuto siano assicurate le dovute prestazioni mediche rispetto alle sue condizioni. Un luogo che non è in grado di assicurare tali prestazioni mediche diventa un luogo nel quale la pena non può essere eseguita, pena violazione art. 3.

Il Tribunale di sorveglianza di Roma, infatti, alla luce dell'incompatibilità dello stato di salute del ricorrente con la detenzione in carcere, aveva accordato al medesimo la detenzione domiciliare, salvo poi revocare la decisione pochi mesi dopo per via dell'inadeguatezza dell'abitazione.

La Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu in ragione del fatto che il ricorrente, **prima** di essere trasferito in un istituto carcerario provvisto di una sezione per disabili, aveva continuato a scontare la pena per **oltre un anno** nel carcere di Regina Coeli, che il Tribunale di sorveglianza aveva originariamente considerato inadeguato alle sue condizioni di salute.

Dalla sentenza sembra dunque discendere l'**obbligo**, in capo all'autorità giurisdizionale nazionale (magistratura di sorveglianza, competente a monitorare la corretta esecuzione della pena), di procedere alla **valutazione dell'adeguatezza dell'abitazione** del soggetto che versi in condizioni di salute incompatibili con la detenzione prima di adottare provvedimenti di concessione della detenzione domiciliare.

In questa sentenza emerge la sensibilità della corte alle condizioni psico-fisiche, al fatto che anche ai detenuti debbano essere assicurate adeguate forme di assistenza sanitaria. Questa assistenza viene però parametrata al grado di pericolosità del detenuto.

Pare, invece, che la Corte attribuisca un **peso decisamente minore** alle condizioni di salute del ricorrente laddove questi sia un **soggetto socialmente pericoloso**, e in particolare nelle ipotesi in cui lo stesso sia sottoposto a un regime carcerario più severo di quello ordinario.

- Nella sentenza **Enea c. Italia del settembre 2009**: la Corte **non** ha riscontrato profili di incompatibilità con l'art. 3 Cedu rispetto al regime detentivo ex art. 41-bis ord. penit., nonostante le gravissime condizioni di salute in cui versava il ricorrente, tetraplegico, condannato per reati di criminalità organizzata di stampo mafioso e pertanto sottoposto a un regime di carcere duro.
- il ricorrente aveva a più riprese invocato la sospensione della pena per gravi ragioni di salute, ma era stato semplicemente trasferito nel reparto ospedaliero del carcere. Solo a seguito di un grave intervento chirurgico era stato finalmente posto in detenzione domiciliare.
- Nonostante egli avesse passato anni in una struttura non idonea, la corte **NON** ha ravvisato violazione in ragione della sua pericolosità. La corte denota quindi una sensibilità maggiore rispetto all'esigenza di evitare che la situazione di questo soggetto socialmente pericoloso, nonostante incapace di potersi muovere autonomamente, possa integrare una violazione dell'art. 3.
- La Corte ha ritenuto che il trattamento sanitario fosse stato adeguato alle condizioni del ricorrente e che il prolungato regime carcerario speciale cui lo stesso era sottoposto si giustificasse in ragione della sua pericolosità sociale.

Questa situazione arriverà al suo culmine nella sentenza **Provenzano**, dove, seppur con grande fatica, la corte ravvisa trattamenti inumani e degradanti nell'eseguire una pena con quelle modalità su un soggetto, capo mafia fino a quel momento. La corte ha ravvisato violazione solo quando Provenzano, per le sue condizioni di salute, non era più capace di comunicare con l'esterno nemmeno con lo sguardo.

Durata della pena

Altra situazione prende in considerazione il fatto che la durata della pena possa o meno avere riflessi sull'art. 3, ossia quando la pena per la sua durata non è più modalità di esecuzione di quanto legittimamente sancito dalla sentenza, bensì diventa qualcosa di disumano e degradante. Stiamo parlando dell'ergastolo: una pena fine mai può essere una violazione del divieto di trattamento inumano e degradante, o addirittura di tortura.

Orientamento consolidato: la pena dell'**ergastolo non** contrasta con l'art. 3 CEDU ove siano previsti dall'ordinamento nazionale **istituti che consentano la scarcerazione anticipata**, che possano garantire la possibilità che anche il detenuto all'ergastolo possa non morire all'interno del carcere, terminando la sua vita al di fuori dello stesso.

- La corte parla di **diritto alla speranza**: l'ergastolo è legittimo nel momento in cui vi sono istituti che possano, anche in situazioni eccezionali, permettere al soggetto di uscire dal carcere prima della morte.
- *Quale può essere la natura di questi istituti?* Anche la presenza di **sol**i istituti eccezionali, poco utilizzati e discrezionali, quale la **grazia** (da noi la decisione spetta al PdR su proposta del ministro della giustizia), permettono all'ergastolo di non contrastare con l'art. 3 in quanto sussiste il diritto alla speranza di essere liberati.
- Tutti gli ordinamenti processuali degli stati membri del consiglio d'Europa prevedono con sfumature diverse un fine pena mai, che nel nostro sistema è rappresentato dall'ergastolo. La ratio ispiratrice della CEDU e l'interpretazione dell'art. 3 su questo aspetto è semplice: il fine pena mai, quindi il carcere a vita, non contrasta con l'art. 3 se, accanto al fine pena mai, l'ordinamento prevede, a determinate condizioni, anche per i soggetti condannati all'ergastolo, istituti particolari che rispondono a determinati requisiti stabiliti per legge e che, se rispettati, permettono al carcerato di finire la propria vita fuori dal carcere.

Casi:

- **Lorgov c. Bulgaria n. 2**: il ricorrente era stato condannato per omicidio alla pena di morte nel 1990; ma dopo l'abolizione della pena capitale, avvenuta nel 1995, la condanna veniva convertita in quella dell'ergastolo **senza** possibilità di liberazione anticipata (una pena autonoma, introdotta nel 1998).
 - La Corte ha escluso la violazione dell'art. 3 Cedu, perché la condanna al carcere a vita senza possibilità di liberazione anticipata, pur essendo formalmente irriducibile, non è **di fatto** tale: sussistono, infatti, nell'ordinamento bulgaro meccanismi (quali la grazia e la conversione della sentenza) tali per cui il ricorrente può ancora nutrire la ragionevole speranza di essere rimesso in libertà prima o poi.
- La Corte ha avuto modo di ribadirlo nell'importante pronuncia **Kafkaris c. Cipro**, in cui ha negato la violazione dell'art. 3 Cedu perché l'ordinamento cipriota contemplava un'ipotesi di liberazione disposta per volontà del Presidente della Repubblica.
 - Si segnala, tuttavia, la *dissenting opinion* (valenza didattica) dei giudici Tulkens, Cabrai Barreto, Fura-Sandström e Spielmann, secondo i quali la liberazione per volontà del Presidente **non** è sufficiente ad escludere ogni contrasto fra l'ergastolo e l'art. 3 Cedu,

essendo rimessa alla totale discrezionalità dello stesso, quindi non darebbe al condannato una ragionevole speranza di poter essere liberati. Il potere di liberare da parte del PdR infatti **non** è sottoposto al soddisfacimento di requisiti predeterminati, solo all'ampissima discrezionalità del presidente.

- La corte vota a maggioranza, quindi in questo caso non sussiste violazione, poiché l'ordinamento cipriota prevede la liberazione da parte del presidente della repubblica, ma è prevista la possibilità da parte dei giudici che non votano in maniera conforme alla maggioranza di chiedere la pubblicazione delle loro opinioni divergenti.

Corte Edu, **Viola c. Italia**, ric. n. 77633/16

L'orientamento consolidato comincia allora ad avere qualche crepa quando si confronta con l'**ergastolo ostativo**, più duro del fine pena mai.

Il ricorso pendente alla Corte di Strasburgo cui accede l'*amicus curiae* depositato dall'Associazione "**L'Altro diritto**" *onlus*, riguarda un detenuto in carcere ininterrottamente dal 1992.

- Condannato dapprima a 12 anni di reclusione per associazione a delinquere di stampo mafioso, aggravata dalla qualità di promotore e organizzatore, in un secondo processo egli è stato condannato alla pena dell'ergastolo, poiché gli sono stati attribuiti anche reati di omicidio, con il riconoscimento delle aggravanti mafiose. La pena perpetua è divenuta definitiva nel 2004.
- Viola si è sempre proclamato innocente.
- Nel 2011 e nel 2013 ha formulato domanda di permesso premio, che permettono di fare domanda al magistrato di sorveglianza per ottenere sconti di pena o periodi fuori dal carcere se si dimostra di aver seguito il percorso di rieducazione all'interno del carcere in maniera irreprensibile, ottenendo sempre una risposta negativa. Ciò gli avrebbe permesso di godere di alcuni giorni in cui poteva uscire dal carcere per vedere i propri cari, rientrando in carcere la sera; ciò è permesso dopo 10 anni di permanenza in carcere, previo soddisfacimento del requisito di aver seguito il percorso in carcere.
- Nel marzo 2015, Viola chiede la liberazione condizionale al Tribunale di sorveglianza, confermando la professione di innocenza, la quale, a suo giudizio, impedisce la utile collaborazione con la giustizia, chiedendo una pronuncia incidentale di inesigibilità della medesima. Nell'istanza, il detenuto chiede al Tribunale di sorveglianza di sollevare **questione di costituzionalità dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. per contrasto con la funzione rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.) e per violazione dell'art. 3 della Convenzione** (assunto quale norma interposta ex art. 117, comma 1, Cost.).
 - Il Tribunale di sorveglianza dichiara inammissibile e infondata la **questione di costituzionalità** e respinge l'istanza, ritenendo che la professione di innocenza **non** abbia rilievo nella fase esecutiva. La Cassazione, adita su ricorso avverso la decisione del Tribunale di sorveglianza, si pronuncia nel 2016 rigettando il ricorso e denegando di sollevare la questione di costituzionalità
- A questo punto il Viola si rivolge alla **Corte edu**, invocando la violazione di quattro articoli della Convenzione:

- l'art. 3: **non aver collaborato con la giustizia ha comportato il mancato riesame della detenzione**, tanto è vero che i giudici **non** hanno mai motivato nel merito il rigetto della condizionale; l'art. 3 infatti prevede, tra le altre cose, quando la giurisprudenza interpreta il divieto, anche il diritto del condannato a veder riesaminata la sua situazione. Si deve avere la possibilità di adire ad un giudice per chiedergli se le condizioni sono tali da integrare una qualche violazione. L'art. 3 potrebbe quindi essere ritenuto violato anche secondo questa sfumatura: l'impossibilità di veder riesaminata la propria posizione.
- l'art. 5, § 4: la detenzione non è mai stata considerata «*lawful*» (legittima) sulla base di una valutazione nel merito; l'art. 6, § 2: il diritto al silenzio è una conseguenza della presunzione di innocenza;
- l'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.

La CEDU ha ritenuto «ammissibili» le doglianze in riferimento ai soli artt. 3 e 8, contrariamente a quelle relative agli artt. 5, § 4 e 6, § 2, giudicate inammissibili.

Ergastolo ostativo

Si tratta di una tipologia di pena **non prevista in origine dal codice penale**, bensì nata dal connubio applicativo che salda la disposizione codicistica ove è contemplato l'ergastolo ordinario (art. 22 c.p.) alla norma dell'art. **4-bis**, comma 1 e *1-bis*, dell'ordinamento penitenziario, introdotta dal decreto-legge 8 giugno 1992, n.306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa), con la quale ha assunto un ruolo centrale nell'economia dell'istituto la **collaborazione con la giustizia** disciplinata nell'art. 58-ter ord. penit.

Per i **delitti «ostativi»** indicati nella norma penitenziaria, infatti, l'eventuale condanna all'ergastolo **non consente**, in assenza della collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter, ord. penit., **l'accesso ai benefici penitenziari**, fatta **eccezione per la liberazione anticipata** che, tuttavia, **non** ha alcun effetto pratico su una pena che è condanna perpetua e immutabile, una «*pena fino alla morte*».

La storia di questo istituto è sempre stata accompagnata da critiche importanti da parte di associazioni (nessuno tocchi Caino, Antigone) che ne hanno sempre evidenziato la contrarietà rispetto a determinati principi.

Delitti «ostativi» = questi reati sono elencati nell'ordinamento penitenziario all'art. **4-bis** e hanno ad oggetto i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, i delitti di omicidio, rapina aggravata, alcune ipotesi di estorsione, violenza sessuale, incendio boschivo, furto in abitazione o con scasso ecc.

- Introdotto con il **decreto legge 13 maggio 1991, n. 152**, l'art. 4-bis ord. penit., inizialmente, non solo riguardava pochi e specifici reati (delitti di omicidio, terrorismo, aggravante mafiosa...), 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.

- Prima il 4-*bis* prevedeva la necessità, per accedere ai permessi premio, che il condannato riuscisse a dimostrare di **non** avere più collegamenti con l'esterno, anche con altri elementi oltre alla collaborazione. Con il nuovo 4-*bis* la presunzione della pericolosità del condannato che non collabora non può essere superata da nessun altro elemento.
- **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.**
 - La particolarità del decreto è che il "sempre" è sorretto da una presunzione: anche se vi fossero altri elementi diversi dalla collaborazione della giustizia che potessero dimostrare il venir meno di ogni collegamento tra condannato e associazione esterna, il **solo** fatto che egli non collabori non farebbe accedere a tali istituti.
 - Secondo il legislatore, soprattutto per determinati delitti che rientrano all'interno di un'organizzazione criminale di stampo mafioso/terroristico, **solo** la collaborazione permette la dimostrazione di aver spezzato il legame con l'associazione di riferimento, mentre gli altri elementi non sarebbero in grado di dimostrare che il soggetto che non collabora abbia spezzato tale legame, impedendo quindi di dare permessi premio, altrimenti si rialimenterebbe il legame stesso.**

In Viola c. Italia, la **Corte europea** è ora chiamata per la prima volta a decidere della compatibilità con la Convenzione di questo nuovo particolare tipo di ergastolo in Italia. E il suo giudizio ha un'enorme rilevanza perché questo tipo di ergastolo è quello che di fatto regola la vita della grande maggioranza degli ergastolani italiani: si può dire che l'ergastolo è, nel nostro paese, (prevalentemente) ostativo.

I dati raccolti dal Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, mostrano infatti che nel 2016, dei 1678 ergastolani, il **72,5%**, ossia 1216, erano ergastolani ostativi. Il dato percentuale è identico a quello rilevato nel 2015, ma a causa dell'aumento degli ergastoli inflitti, in costante crescita dal 2005, il numero assoluto dei soggetti sottoposti all'ergastolo ostativo è aumentato.

- La Prima sezione, con sentenza del 13 giugno 2019, ha ritenuto il regime del c.d. ergastolo ostativo **lesivo dell'art. 3 CEDU** laddove **non** consente, in assenza di collaborazione da parte del detenuto, misure di affievolimento della restrizione carceraria e, in prospettiva, di liberazione anticipata.
- Così la Corte ha constatato la violazione dell'art. 3 della Convenzione valutando che l'ergastolo ostativo «**restringa eccessivamente la prospettiva di rieducazione dell'interessato e la possibilità di riesame della sua pena**».
- 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.

- Il 7 ottobre 2019, un collegio ristretto della Corte europea dei diritti di Strasburgo ha deciso di non consentire il rinvio alla Grande Chambre del corposo ricorso della Rappresentanza italiana contro la sentenza della Prima sezione semplice del 13 giugno 2019.

La corte, nella sentenza contro l'Italia, si esprime **soltanto** in merito all'ergastolo ostativo. La CtEDU non ha mai sollevato perplessità riguardo all'ergastolo semplice per gli istituti che, se il condannato si comporta bene, possono permettergli di uscire prima di morire.

Qui parliamo **solo** di quella preclusione assoluta che impedisce al condannato all'ergastolo ostativo che decide di non collaborare di accedere a quegli istituti per uscire prima dal carcere.

*Perché un condannato al carcere ostativo dovrebbe **non** collaborare?*

- Alcune situazioni potrebbero rendere la necessità di collaborare quasi una scelta inesigibile: si pensi al condannato che si è sempre proclamato innocente, che si è sempre difeso dicendo che non faceva parte di tale organizzazione: come si fa a pretendere che questi possa abiurare a quanto ha sempre sostenuto solo per il fatto che se non lo fa finirà la propria vita all'interno del carcere?
- Si pensi anche al condannato al carcere ostativo che, passati 15/20 anni, che non sa più cosa raccontare per poter collaborare con la giustizia, nel senso che la mancata collaborazione potrebbe derivare anche dal fatto che non si hanno elementi per poter collaborare: occorre infatti fare dichiarazioni che abbiano un riscontro.
- Terzo argomento della corte è che costringere a collaborare significa imporre, in alcune situazioni, delle scelte che un ordinamento non può imporre: o finisci la tua vita all'interno del carcere o collabori con la giustizia, sapendo che ciò potrebbe avere conseguenze anche su familiari, amici e quant'altro. Il fenomeno mafioso italiano ha infatti visto spesso come collaborare significhi per i familiari del dichiarante tutta una serie di conseguenza; pertanto, è possibile non si collabori anche per l'esigenza di preservare la vita dei propri cari al di fuori dal carcere.

Sono situazioni diverse che secondo la corte, il 4-bis e la sua preclusione assoluta impongono un pentimento che vero pentimento non è, in quanto la collaborazione non è frutto di ripensamento, ma è esclusivamente volto ad ottenere un beneficio. Ciò è lesivo dell'art. 3, in quanto restringe troppo il diritto alla speranza: anche colui che non collabora potrebbe dimostrare attraverso altri elementi altrettanto convincenti di non aver più nulla a che fare con l'organizzazione di riferimento.

Corte costituzionale v. ergastolo ostativo 2001

La Corte costituzionale ha sempre "salvato" la costituzionalità di un tale assetto, affermando che la natura perpetua di quella pena **non** risiede in un vizio strutturale della stessa, bensì riposa pur sempre su una **autonoma scelta del condannato**, libera e reversibile, di collaborare (o no) con la giustizia, non superabile dalla sussistenza di altri elementi, non in grado di dimostrare ciò che dimostrerebbe la collaborazione.

Ad avviso della Corte tale assetto discriminante trova giustificazione costituzionale per l'intrinseca natura dei reati commessi, in rapporto ai quali sarebbe ragionevole la presunzione che **soltanto** la fattiva collaborazione con la giustizia – certificando *per facta concludentia* il distacco del soggetto

dall'organizzazione mafiosa – provrebbe la volontà di emenda del condannato, rendendolo meno pericoloso e rimuovendo la preclusione impeditiva dell'accesso ai benefici (Corte cost., sentenza n. 273 del **2001**).

- La posizione del Giudice costituzionale è stata condivisa anche dalla **Cassazione**, che ha dichiarato manifestamente infondate le numerose questioni di costituzionalità sollevate in relazione a tale profilo ostativo.
- La **dottrina**, al contrario, da tempo rimarca l'intrinseca contraddizione di un meccanismo che fa dipendere l'accesso del condannato al percorso rieducativo **non** già – come sarebbe naturale – dall'evoluzione della sua personalità e dal concreto impegno dell'interessato nel trattamento rieducativo, bensì da un **dato di natura processuale**, quale la collaborazione con la giustizia, benché quest'ultima costituisca un dato storico che **non** presenta alcuna diretta connessione con la finalità rieducativa della pena sancita dalla Carta fondamentale.

Stati Generali dell'esecuzione penale: relazione illustrativa 2018

La corte comincia però a cambiare idea anche per gli stati generali dell'esecuzione penale nel 2018: commissione governativa chiamata a fare delle proposte per modificare l'ordinamento penitenziario a 360°. Vengono chiamati i maggiori esperti del tema a fare ipotesi di modifica di questo ordinamento. A capo viene messo il professore Giostra.

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».*

Questo è un passaggio della relazione, anche se con il cambio dei governi di queste proposte non se ne è più fatto nulla.

Si riprende l'espressione della CtEDU del diritto alla speranza.

Corte costituzionale v. ergastolo ostativo: sent. 23 ottobre 2019

Dopo le pressioni di CtEDU e stati generali, sicomincia ad aprire una breccia su qualcosa che sembrava granitico: 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).

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, quindi su altri elementi che possano dimostrare che il soggetto non ha più legami con l'organizzazione di appartenenza, che non è più pericoloso, che l'attualità dei legami è venuta meno, anche in virtù della partecipazione al percorso rieducativo.

- La situazione era però ben lontana da un “liberi tutti”, in quanto questa sentenza altro non fa che attribuire al magistrato di sorveglianza la possibilità di valutare, restituendogli il potere di fare una valutazione, che può anche essere: *“visto che non ha collaborato con la giustizia, gli altri elementi non sono sufficienti”.* Trasformando la presunzione in relativa, si restituisce ad un giudice la possibilità di valutare anche a fronte di una mancata collaborazione.

Corte costituzionale v. ergastolo ostativo: ord. 97 dell'11 maggio 2021

Nel 2021 la corte è chiamata a fare un ulteriore passaggio: ha rilevato l'incompatibilità con la Costituzione della vigente disciplina «ostativa», laddove l'assenza di collaborazione da parte dell'ergastolano costituisce una **presunzione assoluta di perdurante pericolosità** che preclude l'accesso alla **liberazione condizionale** (il permesso premio era già stato concesso nel 2019).

- La Corte ha però deciso di non accogliere immediatamente la questione di legittimità costituzionale ma di rinvviare la trattazione all'udienza del 10 maggio 2022 per consentire al legislatore di intervenire sulla materia. Spetterà quindi al legislatore decidere quali ulteriori scelte possano accompagnare l'eliminazione della collaborazione quale unico strumento per accedere alla liberazione condizionale.
- Allo scadere del **termine di un anno** stabilito dalla Corte costituzionale per permettere al Parlamento di legiferare in materia, i lavori riformatori **non** si erano ancora conclusi.
- La Consulta, all'esito dell'udienza del 10 maggio 2022, ha disposto con ordinanza il **rinvio all'8 novembre 2022** della trattazione delle questioni di legittimità sollevate dalla Corte di

Cassazione. La Corte ha preso tale decisione sulla base dell'avvenuta approvazione da parte della Camera dei deputati di una proposta di legge in materia (d.d.l. AS 2574): «permangono inalterate le ragioni che hanno indotto questa Corte a sollecitare l'intervento del legislatore, al quale compete, in prima battuta, una complessiva e ponderata disciplina della materia, alla luce dei rilievi svolti nell'ordinanza n. 97 del 2021 [...]» (Corte cost., 13 maggio 2022, n. 122).

Il Governo Meloni è intervenuto, a pochi giorni dalla scadenza fissata dalla Corte costituzionale, con il **d.l. 31 ottobre 2022, n. 162**: i presupposti di straordinaria necessità e urgenza previsti dall'art. 77 Cost. sarebbero consistiti proprio nei «moniti rivolti dalla Corte costituzionale al legislatore per l'adozione di una nuova regolamentazione dell'istituto al fine di ricondurlo a conformità con la Costituzione», nonché nella «imminenza della data dell'8 novembre 2022, fissata dalla Corte costituzionale per adottare la propria decisione in assenza di un intervento del legislatore».

- Lo stato attuale del regime ostativo del **4-bis** è la stessa formulazione originaria, ma si è semplicemente modificata la presunzione considerata assoluta in relativa, cioè il condannato può usufruire di permessi premio se collabora con la giustizia, ma anche se non collabora e riesce a dimostrare tutta una serie di elementi (impossibilità di restaurare legami con l'organizzazione di riferimento, venir meno del legame, mancanza di pericolosità sociale), si può usufruire degli istituti di cui usufruiscono tutti gli altri detenuti. Anche questa ultima lettura del **4-bis** è comunque soggetta a critiche, visto che il regime rimane pesante.
 - o Si pensi alla difficoltà che può avere un condannato all'ergastolo ostativo a presentare un'istanza al magistrato di sorveglianza per ottenere un permesso premio o uno sconto di pena. La critica è che l'onere di allegazione all'istanza per ottenere questi permessi premio del condannato che non collabora è ancora molto gravoso. Stiamo parlando di qualcuno che ha già passato in carcere almeno 20 anni di reclusione, magari anche in isolamento diurno, quindi quali elementi potrà portare che non siano esclusivamente, se decido di non collaborare, il fatto di essere stato in carcere, essersi comportato bene e aver seguito il percorso rieducativo? Ciò **non** è sufficiente se non si collabora, si deve dimostrare che una volta fuori non si potranno più riallacciare i legami, il che ci riporta forse a dire che o si collabora o difficilmente si esce anche oggi. Non si pensi quindi che il diritto alla speranza anche a seguito di questi interventi sia semplice da concretizzarsi, proprio per la difficoltà di poter, da dentro il carcere, dopo vent'anni, portare elementi.
- A seguito di tale intervento, la Corte costituzionale, con **ordinanza 10 novembre 2022, n. 227**, ha ordinato la restituzione degli atti al giudice rimettente, ritenendo che spettasse a quest'ultimo «valutare la portata applicativa dello *ius superveniens* nel giudizio *a quo*, anche all'esito del procedimento di conversione del decreto-legge» ritenendo che «[...] la nuova disciplina trasforma da assoluta in **relativa** la presunzione di pericolosità ostativa alla concessione dei benefici e delle misure alternative in favore dei detenuti non collaboranti» (Corte cost., 10 novembre **2022**, n. 227, cit.).

Il problema del sovraffollamento carcerario – Analisi di casi concreti

Art. 3 C.e.d.u.: “Nessuno può essere sottoposto a torture, né a pene o trattamenti inumani o degradanti”

N.B. è una delle poche norme a tutela rafforzata, tra le poche norme inderogabili ai sensi dell’art. 15 della Convenzione.

Oggetto del presente seminario sono le condizioni della detenzione, in particolare le situazioni di carattere obiettivo (scarso spazio disponibile e precarie condizioni igieniche).

I termini della questione

- 1) La precisa determinazione **dell’area** media da garantire ad ogni detenuto all’interno della cella di reclusione;
- 2) **L’effetto giuridico** della disponibilità di una superficie **inferiore** rispetto a quella che la CtEDU stabilisce come minima;
- 3) Il **criterio di calcolo** di tale spazio minimo vitale.

L’affaire “Torreggiani c. Italia” – Corte E.d.u., sez. II, 8 gennaio 2013

Siamo davanti ad una sentenza pilota: riguarda specificamente i 6 ricorrenti, ma la seconda parte della pronuncia individua un problema strutturale del sistema italiano da sistemare con misure generali di riparazione.

Circostanze del caso di specie

1. I ricorrenti detenuti nella prigione di **Busto Arsizio** (i sig. **Torreggiani**, Bamba e Biondi) occupavano ciascuno una cella di 9 m² con altre due persone, lamentando di avere uno spazio personale di circa **3 m²**. Anche l’accesso ai servizi igienici di prima necessità era limitato, soprattutto con riguardo alla doccia che non aveva acqua calda.
2. I ricorrenti detenuti nella prigione di **Piacenza** (i sig. Sela, El Haili, Hajjoubi, **Ghisoni**) affermavano di aver occupato celle di 9 m² anch’essi con altri due detenuti. Anche nel loro caso, il ricorso alla doccia era reso difficile dall’assenza di acqua calda nello stabilimento ed erano presenti problemi di illuminazione all’interno delle celle.

(Secondo il Governo italiano lo spazio delle celle occupate dai ricorrenti nel carcere di Piacenza sarebbe stato di 11 m²).

Le ordinanze del Magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia

Il sig. **Ghisoni** ed altri detenuti si erano rivolti al Magistrato di sorveglianza, denunciando la violazione del principio di eguaglianza di trattamento tra detenuti (art. 3, l. n. 354 del 1975).

I reclami venivano accolti sulla scorta di questi argomenti:

- A causa del sovraffollamento carcerario gli interessati occupavano celle concepite per una sola persona;
- Era stata ampiamente superata la capienza massima dell’istituto (415 unità raggiunte nel 2010 in un penitenziario concepito per accogliere 376 persone);
- Richiamata la sentenza della Corte E.d.u. nel caso **Sulejmanovic c. Italia** (16 luglio 2009) e di conseguenza ritenuto violato anche nel caso di specie l’art. **3 C.e.d.u.**



Il magistrato trasmetteva le ordinanze di accoglimento dei reclami alla direzione della prigione di Piacenza, al Ministero della Giustizia, all'amministrazione penitenziaria competente, perché ognuno potesse adottare con urgenza i provvedimenti di sua competenza.

Solo diversi mesi dopo l'accoglimento del suo reclamo, il sig. **Ghisoni** veniva trasferito in una cella concepita per due persone.

Esame del diritto e della giurisprudenza pertinenti

Legge sull'amministrazione penitenziaria (l. 26 luglio 1975, n. 354):

- **Art. 6 (Locali di soggiorno e di pernottamento):** «I locali nei quali si svolge la vita dei detenuti devono essere sufficientemente spaziosi e illuminati dalla luce naturale o artificiale in maniera da permettere il lavoro e la lettura; devono essere areati, riscaldati quando le condizioni climatiche lo esigono e forniti di servizi sanitari privati, decenti e di tipo razionale. Devono essere mantenuti bene e puliti correttamente. I locali dove i prigionieri passano la notte sono celle individuali o collettive. Una cura particolare deve presiedere alla scelta delle persone che sono poste nelle celle collettive. Le persone in detenzione provvisoria devono poter beneficiare di un soggiorno in una cella individuale a meno che la situazione particolare del penitenziario non lo permetta».
- **Art. 35 (Diritto di reclamo):** i detenuti possono presentare domande o reclami orali o scritti al magistrato di sorveglianza, al direttore del penitenziario, agli ispettori; al Ministro della Giustizia; alle autorità sanitarie che visitano i locali; al Capo dello Stato.
- **Art. 69 (Funzioni e provvedimenti del magistrato di sorveglianza):** è il Magistrato di sorveglianza ad essere competente per controllare l'organizzazione degli istituti di prevenzione e di detenzione e per comunicare al Ministro della Giustizia la necessità dei vari servizi; deve controllare che la sorveglianza dei detenuti sia effettuata in conformità alla legge; ha il potere di dare ordini per eliminare eventuali violazioni nei confronti delle persone detenute.

Il caso del Magistrato di Sorveglianza di Lecce, ord. 9.06.2011

Accoglie il reclamo di un detenuto che lamentava condizioni inumane di detenzione, a causa del sovraffollamento della prigione di Lecce.

Il giudice constatava che l'interessato aveva condiviso una cella di 11,5 m² (servizi igienici compresi) con altre due persone, una cella mal riscaldata e sprovvista di acqua calda.



Per la prima volta in Italia veniva riconosciuto un **indennizzo per il danno "esistenziale"** derivante dalla detenzione.

- Il Ministero della Giustizia presentava ricorso per cassazione avverso questa ordinanza, ritenendo l'incompetenza del Magistrato di Sorveglianza a riconoscere un indennizzo ai detenuti.
- Il ricorso veniva dichiarato inammissibile perché tardivo, di conseguenza l'ordinanza passava in giudicato.

L'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Lecce è rimasta un caso isolato.

Misure adottate dallo Stato italiano

Nel **2010**, le fonti del Ministero della Giustizia riportavano dati allarmanti: 67.961 detenuti a fronte di una capienza massima di 45.000 persone (tasso di sovraffollamento del **151%**).

- Con decreto del 13.01.2010, il Presidente del Consiglio dei Ministri dichiarò lo stato di emergenza nazionale per la durata di un anno (il termine di questo stato ricorreva pochi giorni prima della sentenza della CtEDU) a causa del sovraffollamento carcerario;

- Con ordinanza 19.03.2010, n. 3861, del Presidente del Consiglio dei Ministri, “*Disposizioni urgenti di protezione civile per il sovraffollamento carcerario*” viene nominato un commissario *ad hoc* per la predisposizione del c.d. “**Piano carceri**” (poi approvato il 29.06.10) che prevedeva:
 - a. la costruzione di 11 nuovi penitenziari e di 20 annessi agli istituti già esistenti;
 - b. la conseguente creazione di 9.150 posti ulteriori di detenzione, con il reclutamento di 2.000 agenti di polizia penitenziaria (limite per la fine dei lavori stabilito al 31.12.2012);
- Si cercò di risolvere il problema anche con la L. 26.11.2010, n. 199, con cui fu previsto che le pene detentive inferiori a 12 mesi, anche se frazione di pene più severe, possono essere scontate ai domiciliari (con eccezioni legate alla gravità dei reati) – legge in vigore per il tempo necessario alla conclusione dei lavori del “Piano carceri”.

Il piano carceri si dimostrò del tutto inadeguato a risolvere il problema del sovraffollamento carcerario:

- Al 13.04.12, più di due anni dopo la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale (nel frattempo prorogato per due volte) per il sovraffollamento degli istituti, le carceri italiane accoglievano ancora 66.585 detenuti ed il tasso di sovraffollamento rimaneva al **148%**.
 - **N.B. il 42% degli internati era in attesa di giudizio**

Testi internazionali rilevanti (soft law)

Rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti disumani e degradanti (secondo cui anche il grado di **sovraffollamento** del carcere, di per sé, può essere tale da costituire trattamento disumano o degradante; a prescindere dal tipo di detenzione, è necessario prevedere dei programmi soddisfacenti di attività; obiettivo del CTP è far passare parte ragionevole della giornata fuori dalla cella; attenzione alle condizioni igieniche):

- Settimo rapporto generale (CPT/Inf (97) 10): «la gestione efficace della popolazione carceraria è subordinata ad alcune 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**».
- Allegato alla raccomandazione n. 22/99 – Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa: la **carcerazione deve costituire una *extrema ratio***, da usare quando la gravità dell’infrazione rende inadeguata ogni altra misura; l’aumento degli istituti penitenziari **non** è una soluzione, essendo preferibile agire a livello legislativo, attraverso ipotesi di depenalizzazione o di riqualificazione di alcune tipologie di illeciti; è comunque necessario ridurre il ricorso alla carcerazione preventiva (custodia cautelare in carcere).
- Raccomandazione n. 2/06 – Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa: prescrive agli Stati di adottare le misure necessarie per garantire il **rispetto della dignità umana**: sanità, igiene, luce naturale e aria fresca, sistemi di allarme che consentano di poter chiamare il personale per interventi immediati; divisione dei detenuti a seconda del regime carcerario; prevedere per quanto possibile celle singole.

Breve digressione sul trend dei numeri del sovraffollamento carcerario dal 1942 ad oggi: le politiche criminali come causa?

Si può stabilire una correlazione tra popolazione detenuta e legislazione penale.

- **1970 – 1984:** epoca degli anni di piombo e della criminalità organizzata adozione della c.d. Legislazione di emergenza → popolazione carceraria cresce da 19.161 a 40.618 internati (raddoppia in 14 anni);
- **1984 – 1990:** Vengono adottati una serie di provvedimenti di amnistia ed indulto per reati minori → popolazione carceraria diminuisce da 40.618 a 24.884 internati;
- **1990 – 1993:** Viene inasprita la normativa sulle sostanze stupefacenti (D.P.R. 309/90) e vengono adottate nuove misure antimafia (sono gli anni delle stragi di mafia) che restringevano l'accesso alle misure alternative per una serie di reati → Popolazione carceraria raddoppia in soli tre anni: da 24.884 a 50.348 detenuti;
- Nel **2005** gli internati erano divenuti 59.623;
- Nel **2006** viene adottato l'ultimo indulto → Popolazione carceraria diminuisce fino a raggiungere il numero di 39.005 internati nel 2006;
- **2006 -2010:** Gli effetti delle leggi c.d. Cirielli (L. 251/2005), Fini-Giovanardi (L. 49/2006), Bossi-Fini (L. 189/2002) → Popolazione carceraria cresce fino a raggiungere il numero di 67.961 internati nel 2010.

Questioni preliminari

- Riunificazione dei ricorsi: similitudine delle doglianze rende opportuna una trattazione e una pronuncia congiunta.
- Ricevibilità:
 - **Eccezione sulla mancanza della qualifica di «vittima»** (tutti i ricorrenti – eccetto il sig. Ghisoni – erano stati scarcerati in seguito ai loro ricorsi) – rigettata: secondo la Corte *“una decisione o una misura favorevole al ricorrente è sufficiente, in linea di principio, a privarlo della qualifica di vittima **solo** quando le autorità nazionali abbiano ricosciuto, esplicitamente o sostanzialmente, la violazione della Convenzione e vi abbiano posto rimedio”.*
 - **Eccezione del mancato esaurimento delle vie di ricorso interne**
 - Governo: ogni detenuto può rivolgersi al Magistrato di Sorveglianza con un reclamo ex artt. **35 e 69** della l. 354/1975 e azionare un rimedio giudiziario effettivo, in seguito al quale l'Autorità giudiziaria adita può ordinare all'amministrazione penitenziaria di adottare misure obbligatorie dirette al miglioramento delle condizioni di detenzione (**solo Ghisoni si era avvalso di questa possibilità** ottenendo un'ordinanza favorevole, tuttavia il fatto di **non** aver chiesto l'esecuzione della decisione alle autorità giudiziarie interne avrebbe reso comunque, secondo il Governo, irricevibile anche il suo ricorso).
 - L'art. **35 § 1 C.e.d.u.** prevede una ripartizione dell'onere della prova: il Governo, quando eccepisce il mancato esaurimento delle vie interne, deve dimostrare che il ricorso era effettivo ed accessibile in teoria e in pratica all'epoca dei fatti.
 - Ricorrenti: il sistema italiano non offre vie di ricorso interne per rimediare al sovraffollamento carcerario. La procedura dinanzi al Magistrato di Sorveglianza è del tutto **ineffettiva** perché **non** è un rimedio giurisdizionale, ma amministrativo, dunque non cogente per le direzioni degli stabilimenti penitenziari. Il sig. Ghisoni, in particolare, sostiene che proprio il suo caso sarebbe la **prova dell'ineffettività delle vie di ricorso interne:** l'ordinanza ottenuta, infatti, era rimasta ineseguita per molti mesi.
 - La regola dell'esaurimento delle vie di ricorso interne ha lo **scopo** di fornire agli Stati contraenti l'occasione per prevenire o correggere le violazioni allegate dai ricorrenti, prima che esse siano sottoposte alla Corte;

- Nel caso di specie, la natura del rimedio, giurisdizionale o amministrativa, **non** è dirimente ai fini della decisione. Il punto centrale, secondo la Corte, è quello dell'**effettività pratica** del tipo di ricorso indicato dal Governo che, pur essendo accessibile, **non è da considerare effettivo** (nel caso di specie, la decisione presa in favore del Ghisoni è rimasta per molto tempo ineseguita e **non** si può pretendere – come ha fatto il Governo – che sia onere del ricorrente quello di sollecitare un'esecuzione rapida).



La situazione di **sovraffollamento** delle carceri italiane è acclarata ed un **fenomeno strutturale**, non un caso singolo dei ricorrenti, dunque è dimostrato che le Autorità italiane **non** sono in grado di eseguire le decisioni dei Magistrati di Sorveglianza.

Di conseguenza, il Governo non ha potuto dimostrare l'effettività pratica del ricorso nazionale e **la Corte rigetta l'eccezione di mancato esaurimento sollevata dal Governo**.

Sul merito – Gli argomenti delle parti

1. I ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 3 C.e.d.u. per:
 - a) la mancanza dello spazio vitale nelle loro celle: 3 m², spazio ulteriormente ridotto dalla **presenza di mobilio nelle celle**;
 - b) l'assenza di acqua calda e l'apposizione di pesanti sbarre metalliche alle finestre che impedivano l'ingresso di luce naturale e aria fresca nei locali.
2. Il Governo → Gli argomenti dei ricorrenti **non** superano la soglia minima di gravità richiesta dall'art. 3 della Convenzione.
 - **Busto Arsizio**: la situazione dell'istituto carcerario era sotto controllo e il sovraffollamento **non** aveva raggiunto una soglia preoccupante (439 detenuti a fronte di 297 posti nel 2011);
 - **Piacenza**: capienza massima 346 persone, nel 2011 accoglieva 412 persone. Anche in questo caso, secondo il Governo, **sovraffollamento «reale ma non preoccupante»**.
Le dimensioni delle celle di questo carcere sarebbero sufficienti (11 m²) perché generalmente occupate da due persone (solo per periodi di tempo limitati in alcune celle era stato collocato il terzo detenuto).
La mancanza di acqua calda era dovuta ad un malfunzionamento contestuale, risolto dalle autorità. Inoltre, i detenuti passavano 4 ore al giorno all'esterno delle loro celle e erano loro concesse due ore supplementari per lo svolgimento di attività varie.

Principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte

- Art. 3 C.e.d.u. impone un obbligo per gli Stati contraenti di assicurarsi che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della **dignità** umana:
 - Lo stato di carcerazione **non** fa perdere al detenuto il godimento dei diritti garantiti dalla Convenzione;
 - Al contrario, in alcuni casi, proprio la condizione di incarcerazione può ingenerare il bisogno di maggior protezione;
- La Corte prende in considerazione gli effetti cumulativi delle condizioni detentive e, in particolare, il **tempo** durante il quale l'individuo è stato detenuto nelle condizioni denunciate costituisce un fattore importante da considerare (v. Corte E.d.u., 8.11.2005, *Alver c. Estonia*);
- Quando il sovraffollamento carcerario raggiunge soglie elevate, la **mancanza di spazio** può essere elemento centrale da tenere in considerazione per valutare il rispetto dell'art. 3 C.e.d.u. (v. Corte E.d.u., 7.04.2005, *Karalevicius c. Lituania*).

«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'art. 3 della Convenzione. Di norma, sebbene lo spazio ritenuto auspicabile dal CPT per le celle collettive sia di 4 m², si tratta di casi emblematici in cui lo spazio personale concesso ad un ricorrente era **inferiore a 3 m²**». (v. Corte E.d.u., 16.07.2009, *Sulejmanovic c. Italia*; Corte E.d.u., 21.06.07, *Kantjrev c. Russia*)

- Quando il sovraffollamento non è tale da sollevare **da solo** problemi di compatibilità con l'art. 3 C.e.d.u., si prendono in considerazione altri aspetti di questa disposizione:
 - a) la possibilità di usare i bagni privatamente;
 - b) l'aria disponibile;
 - c) l'accesso alla luce naturale e all'aria aperta;
 - d) la qualità del riscaldamento ed il rispetto delle esigenze sanitarie di base.

«Così, persino in cause in cui ciascun detenuto disponeva di uno spazio variabile **dai 3 ai 4 m²**, 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 [...]; da un accesso limitato alla passeggiata all'aria aperta [...] o da una mancanza totale d'intimità nelle celle» (v., *inter alia*, Corte E.d.u., 9.10.08, *Moisseiev c. Russia*; Corte E.d.u., 17.01.12, *Istvan Gabor Kovacs c. Ungheria*; Corte E.d.u., 1° marzo 2007, *Belevitskiy c. Russia*).

Applicazione dei principi al caso di specie

- Busto Arsizio: il Governo non ha contestato quanto sostenuto dai ricorrenti (l'occupazione in tre di una cella di 9 m²); nessuna contestazione da parte del Governo rispetto a quanto sostenuto dai ricorrenti.
- Piacenza: divergono le versioni fornite dalle parti sulle dimensioni delle celle e sul numero degli occupanti.
 - Onere della prova → Il Governo non ha fornito documenti in grado di dimostrare l'ampiezza effettiva delle celle (secondo il Governo l'onere della prova spetterebbe ai ricorrenti). Per la Corte invece è **solo** il Governo ad **avere accesso alle informazioni in grado di confermare o smentire le affermazioni dei ricorrenti**. Quindi, dato che il Governo non ha sottoposto alla Corte le informazioni pertinenti, la questione viene esaminata **solo** sulla base delle **allegazioni degli interessati** e in base alle **informazioni in atti**.
 - Le versioni dei ricorrenti sono unanimi quanto alle dimensioni delle celle e la circostanza è confermata dalle ordinanze del Magistrato di Sorveglianza. Il Governo non ha presentato alcun documento pertinente ed è il solo ad avere accesso a quel genere di informazioni. In assenza di documenti che provino il contrario, la Corte considera che i ricorrenti non hanno beneficiato di uno spazio vitale conforme ai criteri che essa ha giudicato accettabili.

In mancanza di documenti che dimostrino il contrario ed in considerazione della situazione di sovraffollamento nelle due carceri, la Corte non ha motivo di dubitare di quanto affermato dai ricorrenti in merito allo spazio vitale in cui sono stati costretti a vivere: **3 m²**, spazio ulteriormente ridotto dalla presenza di mobilio.

«[...] la Corte ritiene che i ricorrenti non abbiano beneficiato di uno spazio vitale conforme ai criteri da essa ritenuti accettabili con la sua giurisprudenza. Essa desidera rammentare ancora una volta in questo contesto che la norma in materia di spazio abitabile nelle celle collettive raccomandata dal CPT è di **quattro metri quadrati**»

La Corte ha poi evidenziato come 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

Tale situazione era ulteriormente **aggravata** da altre circostanze (che di per sé soltanto non costituivano trattamento inumano e degradante):

- a) La mancanza di acqua calda per lunghi periodi;
- b) L'illuminazione e la ventilazione insufficienti nelle celle del carcere di Piacenza

Non c'è stata intenzione di umiliare o sminuire i detenuti, ma l'assenza di tale fine non esclude la violazione dell'art. 3 C.e.d.u.

*«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»*



«Pertanto, vi è stata violazione dell'articolo 3 della Convenzione»:

- 1) La precisa determinazione dell'area media da garantire ad ogni detenuto: 3 m²;
- 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 m²) era peraltro ulteriormente ridotto dalla presenza di mobili nelle celle»).

L'applicazione della "procedura pilota" – Art. 46 C.e.d.u.

- Il Governo non si oppone all'applicazione della procedura, pur affermando che l'Italia ha posto in essere una serie di misure per risolvere il problema del sovraffollamento;
- I ricorrenti riconoscono l'esistenza di un problema di tipo strutturale in Italia e insistono per l'applicazione della procedura (con l'esclusione del sig. Torreggiani).

Principi generali

La procedura di cui all'art. 46 C.e.d.u. crea un **obbligo giuridico per lo Stato** di mettere in atto, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o individuali che si impongono per salvaguardare il diritto del ricorrente.

La **ratio** è che misure di questo tipo devono essere adottate anche con riguardo ad altre persone che si trovano nella stessa situazione del ricorrente.

Casi di adozione della procedura pilota:

1. Risoluzione di problemi strutturali;
2. Risoluzione di casi individuali nati dal medesimo problema strutturale (**principio di sussidiarietà**).

L'obiettivo è facilitare la risoluzione più rapida ed effettiva del mal funzionamento a livello di sistema.

Applicazione dei principi nel caso di specie

- **Applicabilità della procedura pilota** → La Corte non si è limitata, come accaduto in passato (Corte E.d.u., 17.07.2009, *Sulejmanovic c. Italia*) a constatare la violazione dell'art. 3, ma ha considerato che il problema del sovraffollamento carcerario in Italia **non** riguarda solo il caso dei ricorrenti: il carattere strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario risulta **evidente anche dai dati statistici**, dal fatto che il Governo avesse proclamato nel 2010 lo stato di emergenza nazionale e dal fatto che fossero pendenti centinaia di ricorsi contro l'Italia per le condizioni delle sue carceri.

- La violazione del diritto di beneficiare di condizioni di detenzione adeguate non è conseguenza di incidenti isolati, ma origina dal **mal funzionamento cronico del sistema penitenziario italiano**.
- **Misure di carattere generale** → Spetta allo Stato, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, **individuare i mezzi concreti** per assolvere all'obbligo giuridico imposto dalla procedura dell'art. 46 C.e.d.u.:
 - Malgrado gli sforzi intrapresi dall'Italia, il numero della popolazione carceraria continua ad essere eccessivo (dal 2010 al 2012 il tasso di sovraffollamento è passato dal 151% al **148%**) e il Piano carceri elaborato risulta insufficiente (anche per la sua durata limitata);
 - Non spetta alla Corte indicare agli Stati le disposizioni di politica criminale da adottare (questioni complesse di ordine giuridico e pratico che superano persino la funzione di controllo attribuita al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa), anche se sarebbe opportuno limitare il ricorso alla carcerazione preventiva, ampliare il ricorso alle sanzioni non privative della libertà personale, individuare misure alternative alla detenzione;
 - Il solo ricorso esistente in Italia per migliorare le condizioni detentive (il reclamo ex artt. 35 e 69 l. ord. penit. al Magistrato di Sorveglianza) **non** è effettivo nella pratica e non consente di porre fine rapidamente alle violazioni dell'art. 3 C.e.d.u.;
 - La pratica recente di attribuire al Magistrato di Sorveglianza il potere di riconoscere un indennizzo nei casi di violazione non è una tendenza costante e riconosciuta da parte delle Autorità nazionali.

Necessità di instaurare (**entro un anno**) **vie di ricorso interne effettive** in grado di garantire realmente una riparazione adeguata e sufficiente delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario secondo i parametri individuati dalla Corte

- **Procedura da seguire nelle cause simili** → In attuazione della procedura pilota, la Corte decide che i ricorsi aventi ad oggetto unicamente il tema del sovraffollamento carcerario in Italia, sono **differiti per la durata di un anno** dalla data di definitività della presente sentenza
- **Danni** → La Corte accorda a tutti i ricorrenti un risarcimento per i danni morali subiti.

La decisione della Corte nel caso Torreggiani c. Italia è stata presa all'**unanimità**.

La Giudice Jociene, che nella causa Sulejmanovic c. Italia aveva votato contro la violazione dell'art. 3 C.e.d.u., ha offerto un'opinione concorrente spiegando il perché avesse modificato la sua opinione:

- Nel frattempo, il sovraffollamento nelle carceri italiane era divenuto un problema strutturale;
- Il magistrato di sorveglianza italiano aveva riconosciuto come nel caso di specie i ricorrenti fossero stati esposti a trattamenti inumani e degradanti e, su tale base, era evidente come **«lo spazio vitale abitabile nelle celle collettive raccomandato dal CPT non è stato rispettato nel caso dei ricorrenti»**.

Il rafforzamento dei diritti dei detenuti

Oltre alle carenze strutturali già segnalate, la sentenza Torreggiani denuncia un ulteriore problema del nostro sistema penitenziario: **l'inadeguatezza delle forme di tutela dei diritti del detenuto e la loro ineffettività**.

- **Rimedi di natura preventiva** → Introdotto l'art. 35 **bis** ord. penit. che prevede uno strumento *ad hoc* di 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 (Corte cost. n. 26 del 1999).
 - Inoltre, vengono affidati poteri di verifica maggiori al Magistrato di Sorveglianza.

- **Rimedi di natura compensativa** → Introduzione dell'art. 35 *ter* ord. penit., con due distinti rimedi a seconda gli interessati siano ancora reclusi o abbiano riacquisitato la libertà:
 - Nel primo caso la riparazione in forma specifica consiste nella **riduzione della pena ancora da espiare pari ad un giorno ogni dieci di pregiudizio subito**;
 - Nel secondo caso, entro sei mesi dalla cessazione della pena detentiva o della custodia cautelare, è possibile adire il tribunale civile per chiedere un **risarcimento in forma monetaria**, nella misura di 8 euro per ogni giorno di pregiudizio subito.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo rappresenta un **parametro di giudizio vincolante** per la decisione da parte del Magistrato di sorveglianza sulle istanze proposte da coloro che asseriscono di aver subito condizioni detentive non rispettose dell'art. 3 C.e.d.u. → Art. 35 *ter* co. 1 ord. penit.: «*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 l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, 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*».

- Nel **2022** sono arrivate agli uffici di sorveglianza italiani **7.643 istanze**. Ne sono state decise 7.859 e di queste 4.514 (il 57,4%) sono state accolte. Gli accoglimenti erano stati 3.115 nel 2018, 4.347 nel 2019, 3.382 nel 2020 e 4.212 nel 2021.
- L'Italia viene sistematicamente condannata, dai suoi stessi tribunali, per violazione dell'art. 3 della CEDU, **più** che ai tempi della sentenza Torreggiani. In quel caso si parlava in totale di circa 4.000 ricorsi pendenti, con potenziale esito positivo, oggi siamo ad oltre 4.000 condanne l'anno.

Il caso *Muršić c. Croazia* – Corte E.d.u., **Grande Camera**, 20 ottobre 2016

Circostanze del caso di specie

Kristijan Muršić, cittadino croato condannato a scontare due anni e undici mesi di reclusione, aveva trascorso un anno e mezzo all'interno del carcere di Bjelovar in Croazia.

Il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 3 C.e.d.u. per:

- Le condizioni di sovraffollamento in cui aveva vissuto;
- Le condizioni degradate della cella ove era recluso, mal tenuta, umida, sporca, con servizi igienici non completamente separati dalla stanza;
- L'assenza di un lavoro, l'insufficiente accesso ad attività ricreative e di istruzione, l'inadeguatezza delle strutture e attrezzature fuori dalla cella.

La decisione della I Sezione (sent. 12 marzo 2015)

La I Sezione della Corte aveva rilevato come:

- Il ricorrente aveva trascorso complessivamente un periodo di 50 giorni non consecutivi (**di cui 27 però consecutivi**) in uno spazio **inferiore ai 3 m²** (2.80/2.86 m²);
- Il ricorrente aveva potuto trascorrere 3h al giorno potendo muoversi liberamente al di fuori della cella.

La I Sezione della Corte aveva richiamato espressamente il c.d. **Ananyev test** (cfr. Corte E.d.u., 10 gennaio 2012, *Ananyev e al. C. Russia*):

- 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.

Nel caso di specie, il primo ed il terzo criterio erano soddisfatti. Secondo la I Sezione, il secondo criterio non era soddisfatto ma, date le complessive condizioni detentive, era possibile ritenere vinta la forte presunzione di violazione. In sostanza, la Prima Sezione **non aveva riconosciuto la violazione** automatica dell'art. 3 C.e.d.u. pur in presenza della disponibilità di spazio vitale del ricorrente inferiore ai 3 m². In quest'ottica, diventava essenziale:

- 1) Valutare il fattore **tempo**, poiché se la disponibilità inferiore ai 3 m² *pro capite* avveniva per un periodo breve, sporadico e non consecutivo, la presunzione di violazione poteva essere vinta;
- 2) Individuare il complesso di fattori che possono **controbilanciare** lo spazio ridotto, come ad esempio il tempo che il detenuto può trascorrere fuori dalla cella e la qualità delle strutture e dei servizi disponibili in carcere.

Nella sua **dissenting opinion**, il Giudice Sicilianos aveva evidenziato come nella giurisprudenza della Corte vi fossero almeno **quattro indirizzi giurisprudenziali**:

- 1) Concedere uno spazio detentivo minimo *pro capite* inferiore a 3 m² 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 m² costituisce di per sé una violazione dell'art. 3 C.e.d.u. (v. Corte E.d.u., 25 settembre 2012, *Byglyashvili c. Grecia*);
- 3) Concedere uno spazio detentivo minimo *pro capite* inferiore a **4 m²** 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 m² 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.

Sentenza della Grande Camera

Il ricorrente chiedeva il rinvio del caso alla Grande Camera che pronunciava sentenza il 20 ottobre 2016. I 17 giudici della Grande Camera evidenziavano come:

- Il requisito di **3 m²** di superficie calpestabile per detenuto in una cella collettiva sia il **criterio minimo pertinente** (*relevant minimum standard*) per valutare le condizioni di detenzione ai sensi dell'art. 3 C.e.d.u.;
- Il **CPT** (Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti) svolga una funzione preventiva e non giudiziaria che mira ad un livello di protezione più elevato rispetto a quello della Corte: per questa ragione, gli standard richiesti dal CPT (6 m² nelle celle individuali / 4 m² per ogni detenuto nelle celle collettive) **non** possono essere adottati dalla Corte di Strasburgo.
- La metodologia di calcolo può, invece, essere mutuata dal CPT:
 - a. il servizio igienico interno alla cella **non** si calcola (misurazione al netto del bagno);
 - b. lo spazio occupato dai mobili, invece, si calcola (misurazione al lordo della mobilia): la persona ristretta, però, deve potersi muovere liberamente tra i mobili.
- In base alla propria giurisprudenza consolidata (*well-established case-law*) la valutazione del livello minimo di severità affinché un maltrattamento violi l'art. 3 C.e.d.u. è **relativa**, dipende da

tutte le circostanze del caso (*comprehensive approach*) e non può dunque essere ridotta ad un mero calcolo numerico dei metri quadrati a disposizione;

Ma...

- Data l'importanza primaria del fattore **spazio** nella valutazione comprensiva (*overall assessment*) delle condizioni detentive, la Corte ritiene che sia riscontrabile una **forte presunzione di violazione** dell'art. 3 C.e.d.u. quando lo spazio personale disponibile è inferiore ai 3 m² in celle multiple;

Questa presunzione è pregnante, pesante (*weighty*) ma non inconfutabile

- Il relativo onere incombe sullo Stato, che deve dimostrare in modo convincente che vi siano fattori in grado di compensare adeguatamente la scarsa disponibilità di spazio personale: l'effetto **cumulativo** di tali condizioni (*the cumulative effect of those conditions*) consente alla Corte di valutare se la presunzione di violazione sia vinta o meno.
- Devono essere cumulativamente rispettate tre condizioni:
 - 1) le riduzioni di spazio devono essere **brevi, occasionali** e di **modesta entità**;
 - 2) devono essere garantite **sufficiente libertà di movimento** e **adeguate attività al di fuori della cella**;
 - 3) la struttura deve essere **complessivamente adeguata**, non sussistendo circostanze aggravanti con riguardo alle condizioni igieniche di detenzione del ricorrente.

Riassumendo:

- 1) La precisa determinazione dell'area media da garantire ad ogni detenuto: **3 m² come standard minimo rilevante**;
- 2) L'effetto giuridico della disponibilità di una superficie inferiore: **forte presunzione di violazione** dell'art. 3 C.e.d.u. + onere di vincere tale presunzione è in capo al Governo convenuto (dimostrando l'esistenza delle tre condizioni che devono essere cumulativamente presenti);
- 3) Il criterio di calcolo di tale spazio minimo vitale: lo spazio si calcola al **netto del bagno e al lordo dello spazio occupato dai mobili** (sempre che il detenuto sia in grado di muoversi «normalmente» nella cella).

Nel caso in cui, invece, lo spazio minimo calpestabile a disposizione dell'internato sia compreso **tra i 3 ed i 4 m²**, l'esiguità dello spazio disponibile costituisce un elemento di rilievo («**weighty**») da valutare assieme ad altri fattori, tra cui l'accesso all'esercizio all'aria aperta, l'accesso alla luce naturale, la disponibilità di areazione, l'adeguatezza del sistema di riscaldamento, la possibilità di usare i servizi igienici in privato e la conformità con i requisiti sanitari e igienici di base.

- Anche ove lo spazio minimo calpestabile sia **superiore ai 4 m²**, pur non ponendosi in questo caso una problematica in termini di spazio minimo vitale, dovrà essere effettuata una **valutazione degli altri fattori** caratterizzanti la detenzione del ricorrente, all'esito della quale potrebbe comunque essere pronunciata una sentenza di condanna per violazione dell'art. 3 Cedu.
- **Nessun automatismo**: anche in presenza di uno spazio disponibile superiore ai 3 m² o, addirittura, ai 4 m² la Corte deve valutare altri elementi (accesso all'esercizio all'aria aperta, accesso alla luce naturale, disponibilità di areazione, adeguatezza del sistema di riscaldamento, possibilità di usare i servizi igienici in privato, conformità con i requisiti sanitari e igienici di base) e, in caso, può rilevare la violazione dell'art. 3 C.e.d.u. (cfr. Corte E.d.u., *Story et al. c. Malta*, 29 ottobre 2015).
- La Grande Camera ha optato per una valutazione che è stata autorevolmente (ed efficacemente) definita dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione come «**multifattoriale e cumulativa delle**

concrete condizioni detentive in cui gioca un ruolo rilevante anche il dato temporale» (così Cass., S.U., 24 settembre 2020, Comisso, n. 6551).

Applicazione dei principi al caso di specie

La Corte distingue tre archi temporali riguardo la detenzione del sig. Muršić:

- 1) 27 giorni consecutivi in 2.62 m² → forte presunzione di violazione che **non** può essere confutata (decisione presa all'unanimità): la riduzione di spazio non è stata breve, non è stata occasionale, non è stata di modesta entità (**prima condizione**);
- 2) 23 giorni non consecutivi di cui **12 (non consecutivi)** in 2.62 m² e **11 (non consecutivi)** in 2.55 m² → periodo di breve durata (**breve, sporadico e di modesta entità**), quindi confutabile sulla base delle allegazioni del Governo → il Governo ha dimostrato che il sig. Muršić ha goduto di sufficiente libertà di movimento e di adeguate attività fuori dalla cella (**seconda condizione**) e che il ricorrente è stato ospitato in una struttura detentiva adeguata (**terza condizione**) → nessuna violazione dell'art. 3 C.e.d.u. (10 voti contro 7);
- 3) durante vari periodi non consecutivi il ricorrente ha avuto a disposizione uno spazio personale compreso fra 3 e 4 m² – per l'esattezza da 3,38 m² a 3,56 m² → approccio omnicomprensivo → nessuna violazione dell'art. 3 C.e.d.u. (10 voti contro 4).

Violazione dell'art. 3 solo per i giorni consecutivi.

Le dissenting opinions

I giudici Sajó, López Guerra e Wojtyczek hanno evidenziato come:

- Lo standard di 3 m² per detenuto in celle collettive **non** è soddisfacente e porta ad accettare condizioni di detenzione insostenibili;
- solo l'innalzamento dello standard a **4 m²**, in accordo con le indicazioni del CPT e con quanto ritenuto in alcuni precedenti della Corte stessa può garantire condizioni di detenzione soddisfacenti;
- la compresenza di fattori di **bilanciamento** ulteriori e diversi rispetto a quello dimensionale dovrebbe rilevare con esclusivo riferimento ai casi di detenzione sofferta in una superficie disponibile compresa fra i 3 ed i 4 m².

I tre giudici hanno sostenuto:

- la violazione dell'art. 3 C.e.d.u. per tutti i periodi in cui il ricorrente aveva potuto disporre di uno spazio inferiore ai 3 m², **considerata la loro frequenza in un arco di tempo contenuto**;
- +
- La violazione dell'art. 3 C.e.d.u. per tutti i periodi in cui la superficie disponibile era compresa fra i 3 ed i 4 m², valutando i fattori adottati dal Governo croato come **inidonei** a vincere la forte presunzione di trattamento inumano e degradante connessa al dato dimensionale. Dovrebbe esserci quindi violazione anche quando lo spazio è inferiore ai 4 m².

Il giudice Pinto de Albuquerque è giunto alle medesime conclusioni dei giudici Sajó, López Guerra e Wojtyczek (ritenendo sussistente la violazione dell'art. 3 C.e.d.u. per **tutti i periodi** in cui il ricorrente ha avuto a disposizione meno di 4 m²) e ha inoltre esplicitamente rifiutato l'approccio multifattoriale.

- Secondo il giudice portoghese la mancanza dello spazio minimo necessario non può essere controbilanciata considerando gli ulteriori aspetti delle modalità detentive;
- A maggior ragione se tali aspetti rientrano nello *standard* che dovrebbe caratterizzare d'abitudine ogni istituto penitenziario e non includono le pur lamentate doglianze costantemente sottoposte dall'interessato al vaglio delle autorità nazionali (l'impossibilità di

essere impiegato in attività lavorative presso l'istituto di pena nel quali era detenuto, di incontrare i propri parenti e mantenere i contatti con la famiglia che non poteva affrontare le spese del viaggio). È quindi da innalzare lo standard dei fattori da prendere in considerazione.

I giudici Lazarova Trajkovska, De Gaetano e Grozev hanno sostenuto la violazione dell'art. 3 C.e.d.u. per **tutti** i periodi in cui la superficie disponibile era inferiore ai 3 m², valutando i fattori adottati dal Governo croato come **inidonei** a vincere la forte presunzione di trattamento inumano e degradante connessa al dato dimensionale.

Le ripercussioni all'interno dell'ordinamento italiano

- Art. **35-ter** co. 1 ord. penit.: *«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 l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, **come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo**, 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».*
 - Nuovo strumento di rimedio risarcitorio. L'articolo stesso contiene esplicito riferimento all'art. 3 così come interpretato da Strasburgo.
- L'adozione da parte del Giudice di legittimità dell'**approccio multifattoriale e cumulativo** anche in presenza di uno spazio minimo vitale inferiore ai 3 m²:
 - *«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 è 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 2016, n. 7334/13 – 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 tema di rimedio risarcitorio ex art. 35-ter ord. pen., ai fini dell'accertamento della violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU, il giudice deve individuare **in modo preciso ed effettivo** lo spazio disponibile per il singolo soggetto recluso, non essendo sufficiente la sola indicazione dell'elenco delle basi di calcolo utili per la quantificazione della misura finale di tale spazio, e **solo successivamente** può riparametrare l'eventuale "deficit" dello spazio minimo **con i fattori compensativi**, relativi alla durata della detenzione ed alla complessiva offerta trattamentale.»* (Cass. pen., sez. V, 19 dicembre 2019, n. 11333)
 - In applicazione del principio, la Corte ha annullato la decisione del tribunale di sorveglianza che aveva respinto l'istanza del detenuto, limitandosi ad individuare lo spazio disponibile sulla sola scorta dell'elenco delle basi di calcolo e ritenendo sussistenti i fattori compensativi.
 - *«In tema di mandato di arresto europeo, la circostanza che lo spazio disponibile per ciascun detenuto in regime di detenzione cd. **chiuso** sia **temporaneamente** di poco inferiore al limite dei tre metri quadri (nella specie mq. 2,83) non comporta il rischio di un trattamento*

carcerario inumano o degradante, in presenza della concreta operatività di fattori compensativi che rendano le condizioni della detenzione conformi agli standards convenzionali. (Fattispecie di regime detentivo del carcere di destinazione contemplante un congruo numero di ore trascorribili quotidianamente all'esterno delle celle, adeguate condizioni di igiene, e, dopo l'espiazione di un quinto della pena, possibilità di accedere al regime di detenzione cd. aperto).» (Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2020, n. 7979)

Cass. pen., Sez. Un., 24 settembre 2020, Commisso, n. 6551

Le Sezioni Unite hanno autorevolmente stabilito che l'approccio **multifattoriale e cumulativo** adottato dalla Corte europea nel caso Muršić c. Croazia debba applicarsi anche nel caso di giudizio instauratosi ai sensi dell'art. 35-ter ord. penit., rifiutando qualsiasi automatismo: anche se lo spazio è superiore ai 3 m², ciò non significa che non sussista violazione, occorrendo prendere in considerazione l'intera esperienza detentiva.

- «I **fattori compensativi** costituiti dalla breve durata della detenzione, dalle dignitose condizioni carcerarie, dalla sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella mediante lo svolgimento di adeguate attività [n.d.r. la cui sussistenza deve essere dimostrata dall'Amministrazione penitenziaria], se ricorrono **congiuntamente**, possono permettere di **superare** la presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU derivante dalla disponibilità nella cella collettiva di uno spazio minimo individuale **inferiore a 3 m²**;
- nel caso di disponibilità di uno spazio individuale **fra i 3 e i 4 m²**, i predetti fattori compensativi, unitamente ad altri di carattere negativo, concorrono nella valutazione unitaria delle condizioni di detenzione richiesta in relazione all'istanza presentata ai sensi dell'art. 35-ter ord. penit.»
- In caso di spazio disponibile in una cella collettiva **superiore ai 4 m²**, l'istanza ex art. 35-ter ord. penit. dovrà essere basata su elementi differenti rispetto al sovraffollamento carcerario.

Cass. pen., Sez. VI, 28 ottobre 2022, n. 41101

La Corte europea dei diritti dell'uomo, nel tentativo di individuare uno standard minimo unitario applicabile in tema di spazio personale dei detenuti in una cella collettiva, ha fatto riferimento alla **superficie calpestabile di almeno 3 m² per detenuto**, tale da consentire ai detenuti di muoversi liberamente fra gli arredi.

- La presenza di uno spazio **inferiore** a tale soglia minima crea una forte presunzione, sia pure relativa e confutabile dallo Stato interessato, che le condizioni di detenzione integrino un **trattamento degradante**.
 - Tale presunzione è superabile allorché sia dimostrata l'esistenza di fattori che, **cumulativamente**, siano in grado di compensare la mancanza di spazio vitale, ovvero:
 - a) la brevità, l'occasionalità e la modesta entità della riduzione dello spazio personale;
 - b) la sufficiente libertà di movimento e lo svolgimento di attività all'esterno della cella;
 - c) l'adeguatezza della struttura, in assenza di altri aspetti che aggravino le condizioni generali di detenzione del ricorrente.

Cass. pen., Sez. fer., 25 agosto 2023, n. 35798

«La costrizione di un detenuto in uno spazio **inferiore** a 3 m² in una cella collettiva determina una **“forte presunzione”** di violazione dell'art. 3 Cedu, presunzione, peraltro, relativa, che può essere vinta dall'esistenza di altri fattori in grado di compensare la carenza e, in primo luogo, dalla modesta riduzione di spazio personale che, anche all'interno della cella di detenzione, garantisca, in ogni caso, la sufficiente e normale libertà di movimento e lo svolgimento di attività, tenuto conto che nella cella si svolgono sia le ore di riposo notturno sia altre attività, come la consumazione dei pasti, e che, in ogni caso, il detenuto permane nella cella di detenzione quando non è autorizzato o impegnato in

*altre attività ed è **solo** quando tale spazio minimo vitale sia assicurato che vengono in rilievo ulteriori fattori compensativi relativi alle modalità di trattamento».*

Le modalità di calcolo dello spazio minimo vitale:

*«Ai fini della **determinazione dello spazio individuale minimo intramurario in cella collettiva**, da assicurare ad ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU, la soglia minima dei **3 m²** va riferita alla "**superficie calpestabile**" funzionale alla libertà di movimento del recluso, dovendosi, pertanto, **detrarre**, al fine del calcolo dello spazio individuale minimo, l'area destinata ai servizi igienici e quella occupata da strutture tendenzialmente **fisse**, tra cui il letto, destinato a finalità di riposo.» (Cass. pen., sez. I, 26 maggio 2017, n. 41211)*

Ma i dubbi rimanevano...

Era presente un contrasto giurisprudenziale in seno al giudice di legittimità riguardo l'opportunità di calcolare lo spazio minimo disponibile al lordo o al netto degli arredi e, nel secondo caso, in merito a **quali arredi debbano esservi compresi** e quali no:

- Cass., 9 settembre 2016, Sciuto, n. 52819, aveva escluso dal computo il letto in quanto non funzionale alla libertà di movimento del recluso;
- Cass. civ., 20 febbraio 2018, n. 4096, aveva affermato la necessità di escludere dal computo anche i letti singoli;
- Cass., 16 novembre 2016, Triki, n. 40520, aveva ritenuto solo i letti a castello come ostativi al libero movimento mentre aveva considerato i letti singoli amovibili al pari di tavolini o sgabelli e, pertanto, non restringenti l'area di libero movimento.

Il Giudice di legittimità (Cass. pen., sez. I, 21 febbraio 2020, n. 14260) ha rimesso alle **Sezioni Unite** le seguenti questioni, affinché offrissero un'interpretazione risolutiva:

- a) se i criteri di computo dello "spazio minimo disponibile" per ciascun detenuto – fissato in 3 m² dalla Corte EDU e dagli orientamenti costanti della giurisprudenza della Corte di legittimità – debbano essere definiti considerando la superficie netta della stanza e detraendo, pertanto, lo spazio occupato da mobili e strutture tendenzialmente fisse **ovvero** includendo gli arredi necessari allo svolgimento delle attività quotidiane di vita;
- b) se assuma rilievo, in particolare, lo spazio occupato dal letto o dai **letti** nelle camere a più posti, **indipendentemente** dalla struttura di letto "a castello" o di letto "singolo" **ovvero** se debba essere detratto, per il suo maggiore ingombro e minore fruibilità, solo il letto a castello e non quello singolo;
- c) se, infine, nel caso di accertata **violazione** dello spazio minimo (3 m²), secondo il **corretto criterio di calcolo**, al lordo o al netto dei mobili, possa comunque **escludersi** la violazione dell'art. 3 della CEDU nel concorso di altre condizioni, come individuate dalla stessa Corte EDU (breve durata della detenzione, sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella con lo svolgimento di adeguate attività, dignitose condizioni carcerarie) **ovvero** se tali fattori compensativi incidano solo quando lo spazio pro capite sia compreso tra i 3 e i 4 m².

Cass. pen., Sez. Un., 24 settembre 2020, Comisso, n. 6551

*«Nella valutazione dello spazio minimo di 3 m² 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"**».*

Così facendo, le Sezioni Unite hanno stabilito che, laddove la Corte di Strasburgo afferma che il calcolo della superficie disponibile della cella deve includere lo spazio occupato dai mobili, devono intendersi compresi **soltanto** gli arredi che possono essere facilmente **spostati**, come ad esempio un tavolino, le sedie e (ove effettivamente amovibile) il letto singolo, mentre deve considerarsi escluso lo spazio occupato dagli arredi **fissi**, tra cui rientrano gli armadi ed il letto a castello.

Cass. pen., I Sez., 11 maggio 2022, n. 18681 – Ultima evoluzione dell'indirizzo delle sezioni unite

«[...] la considerazione secondo cui il letto singolo può essere utilizzato per finalità ulteriori rispetto al riposo (leggere, giocare a carte, parlare ecc.), a differenza del letto a castello, non rileva per la decisione in punto di sovraffollamento.

Se il letto singolo è ancorato al suolo – non è, cioè, mobile – i detenuti all'interno della cella **non possono utilizzare lo spazio dallo stesso occupato per camminare e per spostarsi; se, invece, non è ancorato al suolo, c'è la possibilità di spostarlo durante il giorno per specifiche necessità, al pari delle sedie e dei tavolini, e, quindi, di utilizzare il relativo spazio».**

«Il principio affermato dalle Sezioni Unite faceva espresso riferimento allo spazio occupato dal **letto a castello** (su cui si erano registrate decisioni contrastanti) per affermare che, **non essendo lo stesso spostabile, la superficie dallo stesso occupata deve essere detratta da quella complessiva della stanza al fine di verificare il rispetto della superficie minima pro-capite; ma non si affermava, al contrario, che la superficie occupata dai letti singoli non debba essere detratta: la detrazione deve essere operata se i letti singoli sono ancorati al suolo, perché non sono, in questo caso, "mobili", mentre non deve esserlo se possono essere spostati».**

Il caso Provenzano – Seminario di approfondimento

Oggetto del presente seminario è la sottoposizione a **particolari regimi carcerari** (regime ex art. 41 bis ord. penit., isolamento).

Regime carcerario speciale ex art. 41-bis ord. penit.

La *ratio legis* del regime 41-bis si fonda sostanzialmente sulla **necessità di ostacolare le comunicazioni dei detenuti con l'esterno, per impedire ai boss eventuali contatti con le organizzazioni criminali operanti sul territorio italiano e la possibilità di impartire ordini anche durante la detenzione.**

A questo scopo, dunque, la legge prevede una **serie di misure** applicabili ai detenuti sottoposti al regime di carcere duro.

Misure anche molto limitanti 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;
 - Art. 41-bis co. 2-quater ord. penit. 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».
 - Queste strutture sono in tutto **23**, sparse in tutto il territorio nazionale.
- 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 (un'ora);⁴⁴
- 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**;
- **Divieto** di ricevere **visite** da parte di persone **diverse dai familiari**;
- **Divieto** di utilizzare il **telefono**;
- **Divieto** di ricevere o inviare una **somma di denaro** superiore a un importo fisso;
- **Divieto** di ricevere più di due **pacchi** al mese, non eccedenti un determinato peso, ma permesso di ricevere due pacchi speciali all'anno contenenti vestiario e biancheria da letto;
- **Esclusione** del diritto di **partecipare alle elezioni (votare)** dei rappresentanti dei detenuti o di **essere eletto** in qualità di rappresentante;
- **Divieto** di fare **lavori artigianali**;
- **Divieto** di acquistare **cibo da cuocere**; il divieto dovrebbe essere relativo solo all'acquisto, **non** al cuocere in sé (vi è stata una pronuncia sul tema);
- **Non** più di **due ore giornaliere** di **attività fisica all'aperto**, una delle quali poteva essere trascorsa in biblioteca, in palestra e così via, e in gruppi di non più di quattro persone;
- La **corrispondenza** in entrata e in uscita doveva essere **monitorata** e soggetta a **preliminare provvedimento autorizzativo** dell'autorità giudiziaria.
- **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**;
- Ulteriori limitazioni, che però non sono le medesime in tutte le carceri (ad es. 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 della condizione patologica è possibile che venga concessa la custodia attenuata, che va richiesta dai legali difensori).

Possibili **sospensioni** temporanee dall'applicazione delle normali regole di trattamento:

- Art. 41-*bis* co. 1: «*in casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, il Ministro della giustizia ha facoltà di **sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati**. La sospensione deve essere motivata dalla necessità di ripristinare l'ordine e la sicurezza e ha la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto*».
- Art. 41-*bis* co. 2: «*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*.

⁴⁴ Prima dell'intervento della Corte costituzionale nel 2013 la limitazione si estendeva anche ai colloqui con i legali, ma ora non è più così.

- *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».*

Proroga e dibattito sulla legittimità delle concrete modalità di applicazione:

- Il regime 41-bis prevede **una durata di 4 anni, prorogabile per ulteriori due potenzialmente all'infinito**.
- Art. 41-bis co. 2-bis ord. penit.: «[...] 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».*
- Sin dalla sua introduzione, il regime del carcere duro è stato più e più volte **aspramente criticato** da organizzazioni internazionali e associazioni per la difesa dei diritti dei detenuti, come Amnesty International, Associazione Antigone, Nessuno tocchi Caino e il Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura.
- Il comitato Onu ha sollevato dubbi sul 41-bis chiedendosi come «*un detenuto possa essere sottoposto al regime duro di cui all'articolo 41 bis anche per **vent'anni***» e sottolineando «*l'eccessivo isolamento in cui vengono posti*» i ristretti, mentre Amnesty International ha definito il regime, in alcune circostanze, «*crudele, inumano e degradante*».

Non vi è però volontà politica di intervenire, in quanto l'opinione pubblica sul tema è molto solida.

Orientamento della CtEDU

La Corte di Strasburgo si mostra, in questo settore, assai sensibile alle istanze di difesa sociale, **giustificando** la sottoposizione di alcune categorie di detenuti a misure così severe sulla base dell'esigenza di mantenere l'ordine pubblico e garantire la sicurezza dello Stato.

- L'argomentazione spesa dalla Corte nel *leading case* (Natoli c. Italia del 2001) è che la sottoposizione al suddetto regime **non** raggiunge la soglia di gravità necessaria per configurare una violazione dell'art. 3 Cedu.
- L'orientamento "granitico" dei giudici di Strasburgo è stato espresso nell'ambito delle pronunce **Asciutto, Guidi, De Pace, Zara, Dell'Anna, Stolder**.
 - Tra queste, la sentenza **Dell'Anna** ha affrontato il profilo della compatibilità con l'art. 3 Cedu delle perquisizioni e delle ispezioni corporali previste dalla legge per i detenuti 41-bis.
 - La Corte **non** ha ravvisato alcuna violazione dell'art. 3 Cedu, rilevando da un lato che tali misure, pur così invasive, si rendevano **necessarie per garantire la sicurezza del carcere**, e dall'altro che il ricorrente **non** aveva fornito elementi tali da far pensare che nel caso di specie fosse stato superato il livello minimo di gravità richiesto dalla giurisprudenza di Strasburgo in tema di art. 3 Cedu.
 - Particolare importanza riveste la sentenza **Enea c. Italia del settembre 2009**, in cui la Corte ha "esportato" l'orientamento consolidato in tema di 41-bis al regime carcerario speciale previsto per i detenuti ad elevato indice di vigilanza.
 - Il ricorrente aveva addotto, per sostanziare la fondatezza della propria doglianza in riferimento all'art. 3 Cedu, anche le proprie **gravissime condizioni di salute: neppure**

considerazioni umanitarie sembrano dunque poter scalfire l'indirizzo ormai consolidato in seno alla giurisprudenza di Strasburgo.

Circostanze del caso di specie

- a. Il contesto della causa;
 - b. La **salute** del ricorrente, le cure mediche dispensategli e gli altri fatti pertinenti relativi alle sue condizioni carcerarie; particolare attenzione viene posta circa le strutture in cui era stato detenuto a seguito dell'aggravamento delle sue condizioni psico-fisiche.
 - c. I procedimenti interni relativi alla salute e alla detenzione del ricorrente;
 - d. Il regime detentivo previsto dall'articolo 41-*bis* della legge sull'Ordinamento penitenziario:
 - 1) il decreto di proroga del 26 marzo 2014,
 - 2) il primo procedimento dinanzi al Tribunale di Roma,
 - 3) il decreto di proroga del 23 marzo 2016,
 - 4) il secondo procedimento dinanzi al Tribunale di Roma.
- Il procedimento riguarda l'applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. a Bernardo Provenzano, deceduto nel 2016, quando la causa era pendente dinanzi alla corte EDU, tanto che la questione preliminare riguardava il fatto che il **figlio** avesse o meno la legittimità per portare avanti il caso.
 - **Sulla questione preliminare sollevata dal governo** → Legittimo interesse del sig. Angelo Provenzano a proseguire il ricorso (il padre era deceduto, dopo la presentazione del ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, in data 13 luglio 2016)
 - Secondo la Corte *«In casi come quello di specie, in cui il ricorrente è deceduto dopo aver presentato il ricorso, la Corte ha coerentemente accettato che il più prossimo parente, uno stretto congiunto o l'erede, possa, in linea di massima, proseguire il ricorso, a condizione che abbia sufficiente interesse alla causa»*.
 - *«[...] la Corte è convinta che il Sig. Angelo Provenzano abbia un legittimo interesse a proseguire il ricorso. Su sua richiesta, continuerà quindi a trattare la causa»*
 - Provenzano, arrestato nel **2006**, dopo una lunghissima latitanza, era stato ritenuto colpevole di svariati reati e aveva riportato numerose condanne all'ergastolo, nella sua qualità di **esponente apicale di Cosa Nostra**. Dopo il suo arresto, con provvedimento del 13 aprile 2006, era stato applicato nei suoi confronti il regime detentivo previsto dall'art. **41-*bis*** della l. 354/1975 (ord. pen.).
 - L'applicazione del regime era successivamente stata rinnovata ininterrottamente sino al provvedimento del 26 marzo **2016**, cui era seguito, qualche mese dopo, il decesso.
 - Nel frattempo, per l'aggravarsi delle condizioni di salute, sia fisiche che psichiche, Provenzano era stato detenuto nelle strutture carcerarie di Parma e Milano. Dal **2013** egli era stato permanentemente costretto a restare a letto ed era stato alimentato artificialmente. Tutte le istanze proposte fra il 2013 e il 2016, al fine di ottenere la sospensione dell'esecuzione della pena per motivi di salute e la revoca del regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., **non** avevano sortito alcun effetto.
 - In particolare, era stato ritenuto, alla stregua degli accertamenti medici eseguiti, che Provenzano continuasse a ricevere un trattamento appropriato e che le restrizioni che caratterizzano il regime detentivo speciale fossero giustificate dalla pericolosità del detenuto, a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica.

Il diritto e la prassi interni pertinenti

- a. Il differimento della pena detentiva per motivi di salute (artt. 146 e 147 c.p.);
- b. Il regime detentivo speciale di cui all'articolo 41-bis;
- c. Altre disposizioni del diritto interno (reclamo al magistrato di sorveglianza ex 35-bis);
- d. Altro materiale interno (Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato → più attenzione all'istruttoria in merito al rinnovo dell'applicazione del regime detentivo per evitare applicazione regime a chi è incapace di intendere e di volere).

Sulla dedotta violazione dell'articolo 3 della Convenzione

- Il ricorrente lamentava che la sua detenzione era **incompatibile** con la sua età e le sue condizioni di salute;
- Il ricorrente lamentava inoltre che le autorità interne **non** avevano adottato tutte le misure necessarie per la salvaguardia della sua salute e del suo benessere nel corso della detenzione e che la protrazione del regime detentivo speciale comportava la violazione dell'art. 3.

Sulla ricevibilità (mancato esaurimento delle vie di ricorso interne)

- Con riferimento alla doglianza sull'incompatibilità della detenzione del ricorrente con la sua salute: **esaurimento** delle vie di ricorso interne ex art. 35 par. 1 Cedu.
 - doglianze presentate ritenute sufficienti, nonostante Provenzano avrebbe potuto adottare altri strumenti nazionali.
- Con riferimento alla protrazione del regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.: **esaurimento** delle vie di ricorso interne ex art. 35 par. 1 Cedu.
 - il Governo **non** ha soddisfatto l'onere della prova incombente su di esso, non dimostrando che il ricorrente non avesse adito a tutte le vie a sua disposizione.

Sul merito

La doglianza relativa all'incompatibilità della detenzione del ricorrente con la sua salute, l'asserita inadeguatezza delle cure mediche e altri aspetti delle condizioni di detenzione

- **Governo**: il ricorrente aveva ricevuto cure mediche appropriate e adeguate, controlli regolari ed era stata garantita la prevenzione del peggioramento delle sue condizioni, e quindi protetta la sua integrità fisica.
- **Corte**: con riferimento all'art. 3 Cedu la valutazione del livello minimo di gravità è relativa, dipendendo da **tutte** le circostanze del caso, quali la durata del trattamento, i suoi effetti fisici e mentali e, in alcuni casi, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima.
 - l'**"adeguatezza" dell'assistenza medica rimane l'elemento più difficile da determinare**. La Corte ribadisce che il mero fatto che un detenuto sia visitato da un medico e gli sia prescritta una determinata cura **non** può condurre automaticamente a concludere che l'assistenza medica era adeguata.
 - valutando i **fatti pertinenti nel loro insieme**, la Corte non ritiene accertato che la detenzione del ricorrente possa essere considerata per sé incompatibile con le sue – seppur gravi – condizioni di salute ed età avanzata, o che, date le esigenze pratiche della reclusione, la sua salute e il suo benessere non erano stati tutelati adeguatamente.
 - sulla base del materiale presentato, non vi era motivo di dubitare che il richiedente avesse ricevuto **cure mediche adeguate** in un ospedale descritto dai giudici nazionali come centro di eccellenza e dove la sua salute veniva regolarmente monitorata e veniva somministrato il trattamento per i molteplici problemi medici del detenuto.
 - **Non** vi è stata violazione dell'articolo 3 in ordine a questa parte della doglianza: il suo stato di salute non era incompatibile con il suo stato di detenzione e le cure mediche erano state adeguate.

Secondo motivo di ricorso: la doglianza relativa alla **protrazione** dell'**applicazione** del regime speciale di cui all'articolo 41-*bis*

- **Ricorrente:** la protrazione della sua detenzione ai sensi del regime detentivo speciale di cui all'articolo 41-*bis* della Legge sull'Ordinamento penitenziario violava l'articolo 3.
- **Governo:** dopo aver sottolineato il **ruolo di spicco** del ricorrente nella mafia e la sua pericolosità, ha ribadito che il regime detentivo speciale di cui all'articolo 41-*bis*, come sottolineato nelle sue osservazioni, costituiva una misura di prevenzione – che non aveva quindi finalità punitive – il cui scopo principale era **impedire che i detenuti mantenessero collegamenti con membri della loro organizzazione criminale, all'interno o all'esterno del carcere.**
 - Il governo tiene ad evidenziare l'assenza di finalità afflittiva, bensì solo quella di limitare i contatti.
 - la giurisprudenza della Corte europea aveva valutato diversi aspetti del regime speciale e li aveva considerati compatibili con la Convenzione.
 - in ordine alla giustificazione della **protrazione** del regime detentivo speciale, essa era basata sul **permanere della pericolosità sociale** del ricorrente, unita alla **gravità dei reati che** aveva commesso, ed era dettata da esigenze di **sicurezza preventiva**. Tutte le decisioni che prorogavano il regime avevano enumerato **esaustivamente** le ragioni a sostegno della proroga.
 - N.B. La proroga è adottata dal ministero della giustizia.
- **Corte:** richiamando i propri precedenti ha evidenziato come in più occasioni ha valutato il regime previsto dall'articolo 41-*bis* in un notevole numero di cause di cui è stata investita, e di aver concluso che, date le circostanze di tali cause, **l'applicazione del regime non sollevava alcuna questione ai sensi dell'articolo 3, anche se** lo stesso era stato applicato per lunghi periodi di tempo.
 - quando si valuta se la proroga dell'applicazione di alcune restrizioni ai sensi del regime previsto dall'articolo 41-*bis* raggiunga la **soglia minima di gravità** richiesta per rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 3, la durata temporale deve essere esaminata **alla luce delle circostanze di ciascuna causa**, il che comporta, inter alia, la **necessità di accertare se il rinnovo o la proroga delle restrizioni contestate fossero giustificati o meno.**
 - Particolare attenzione è posta sulla legittimità del rinnovo del regime detentivo speciale.
 - con riferimento al caso di specie evidenzia come l'essenza della doglianza sembra piuttosto lamentare il fatto che, **alla luce del peggioramento del suo stato di salute generale**, e in particolare del grave deterioramento delle sue funzioni cognitive, i **motivi per applicare le restrizioni del regime speciale non sussistevano più**, e ciò rendeva pertanto la loro applicazione ingiustificata.
 - il ricorrente era stato un soggetto estremamente pericoloso e il capo di una delle maggiori organizzazioni criminali esistenti. Il quadro che emerge dalle decisioni delle autorità nazionali di prorogare l'applicazione delle misure è **chiaro e persuasivo** a tale riguardo.
 - Non vi era dubbio sulla **pericolosità** di Provenzano.
 - la Corte non è persuasa del fatto che, nel caso di specie, **tali considerazioni possano essere sufficienti, da sole, a giustificare la proroga delle misure.** A tale riguardo, la Corte sottolinea che lo stato di salute del ricorrente era caratterizzato da un grave deterioramento cognitivo, che è innegabilmente peggiorato nel tempo.
 - il rispetto della dignità umana è **l'essenza** stessa della Convenzione e che l'oggetto e la finalità della Convenzione, strumento destinato a proteggere i singoli esseri umani,

- impongono che le sue disposizioni siano interpretate e applicate in modo da rendere le sue garanzie pratiche ed effettive.
- la Corte ritiene che sottoporre un individuo a una serie di restrizioni aggiuntive, applicate dalle autorità penitenziarie a loro discrezione, **senza fornire motivi sufficienti e pertinenti basati su una valutazione personalizzata della necessità dell'applicazione di tali misure**, compromette la sua dignità umana e comporta la violazione del diritto di cui all'articolo 3.
 - tenuto conto degli specifici fatti del caso di specie, la Corte ritiene necessario **verificare** che le autorità nazionali che avevano il compito di decidere in merito alla proroga dell'applicazione del regime di cui all'articolo 41-*bis* abbiano proceduto a un **autentico riesame**, che tenesse conto dei pertinenti cambiamenti avvenuti nella situazione del ricorrente, che avrebbero potuto far dubitare della perdurante necessità di applicare tali misure. Tale riesame era necessario per evitare il rischio di abusi o arbitrarietà.
 - con riguardo al provvedimento di rinnovo del **2014**, la Corte ha osservato che, nonostante il quadro di compromissione delle facoltà del Provenzano che emergeva dalla documentazione in suo possesso, comunque l'autorità giudiziaria aveva effettuato una **valutazione indipendente** e aveva raggiunto una **conclusione motivata** in base alla quale la possibilità che il richiedente potesse trasmettere messaggi criminalmente rilevanti all'organizzazione **non** poteva essere esclusa con assoluta certezza.
 - In definitiva, **la Corte non ha potuto concludere che le condizioni del ricorrente non fossero state realmente riesaminate in modo da tener conto delle modifiche intervenute nel 2014**.
 - 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, sulla base della documentazione sottoposta alla corte, non si riscontrava – rispetto alla irrilevanza di tali mutamenti rispetto alla concreta pericolosità dell'individuo**.

Vi è conseguentemente stata **violazione** dell'articolo 3 della Convenzione, per il periodo successivo alla proroga del regime di cui all'articolo 41-*bis* in data 23 marzo **2016** (decisione prese **all'unanimità dalla sezione semplice**).

Applicazione dell'art. 41 Cedu

La Corte sottolinea di aver riscontrato la violazione della Convenzione soltanto in ordine a **un** aspetto della doglianza del ricorrente relativa alla proroga del regime detentivo speciale di cui all'articolo 41-*bis*. Date le circostanze della causa, ritiene che **la constatazione della violazione sia sufficiente a risarcire il danno non patrimoniale subito**.

Secondo la giurisprudenza della Corte il ricorrente ha diritto al rimborso delle spese solo nella misura in cui ne siano accertate la realtà e la necessità e il loro importo sia ragionevole. Stante il fatto che il ricorrente non ha fornito alcuna prova documentale che dimostri l'importo delle spese che ha realmente e necessariamente sostenuto, la **Corte rigetta la sua domanda di rimborso delle spese e non accorda alcuna somma a tale titolo**.

La corte si esprime circa l'equa soddisfazione: **non** viene data ulteriore soddisfazione economica.

I termini della questione

Nonostante il clamore mediatico della vicenda, è evidente che la Corte europea **non ha in alcun modo espresso valutazioni generali di non conformità del regime di cui all'art. 41-bis ord. pen.** rispetto al tessuto delle garanzie convenzionali. Al contrario, l'esame delle questioni è preceduto da un esplicito richiamo ai precedenti nei quali si è ritenuta l'insussistenza della violazione dell'art. 3 alla luce delle circostanze del caso concreto, anche in ipotesi di prolungata applicazione del regime speciale di detenzione.

Ciò che emerge è, invece, una certa **inerzia motivazionale** nell'affrontare il tema del progressivo decadimento cognitivo del detenuto nel caso specifico per quanto riguarda l'ultima proroga: non si era spiegato come mai sussistesse ancora pericolosità e possibilità di comunicare con la propria organizzazione → nella sostanza vi è stata **la violazione di un dovere motivazionale** che è, innanzitutto, espressione di un dovere di accertamento delle circostanze fattuali indispensabili per operare la comparazione degli interessi in gioco e, in ultima analisi, la necessità delle restrizioni alla libertà personale dell'individuo.

Più recentemente, in relazione al **c.d. caso Cospito**, ci si è interrogati su:

- persistente utilità del regime detentivo di cui all'art. 41 bis ord. penit.;
- necessità di applicare un regime così fortemente limitativo di diritti per perseguire il pur legittimo fine di interrompere il flusso di comunicazioni tra il detenuto e l'associazione criminale all'esterno;
- compatibilità del regime detentivo speciale con lo stato di infermità del detenuto (che aveva adottato un serrato regime di sciopero della fame);
- sussistenza o meno di un dovere, o quanto meno di una possibilità, per lo Stato di praticare l'alimentazione forzata nei confronti di un detenuto che abbia scelto di lasciarsi morire (su quest'ultimo aspetto si veda, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, Corte eur., 26 marzo 2013, Rappaz c. Svizzera, § 66-81; Corte eur., 5 aprile 2005, Nevmerjitski c. Ucraina, § 93-99; più recentemente Corte eur., 8 giugno 2021, Ünsal e Timtik c. Turchia, § 37).

Nel Rapporto sul regime speciale ex art. 41-bis, comma 2 ord. penit. del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, con dati aggiornati al 27 febbraio 2023, si è ricordato come in relazione alle **740** persone sottoposte al regime speciale (i numeri non sono cambiati):

- vi è la necessità di «una **riflessione integrale sulla previsione normativa**. In particolare, [...] sulla compatibilità di tale regime con il diritto alla **finalità rieducativa** della pena»;
- si dovrebbe riflettere sulla «**possibilità di un limite massimo di durata della misura**, sul **rischio della sovrapposizione di tale regime con altre forme di separazione**» e «sul possibile **potenziamento del ruolo del giudice naturale anche in fase di reiterazione** del provvedimento» di proroga adottato dal ministero ed impugnabile dinanzi al tribunale;

Sempre nel Rapporto sul regime speciale ex art. 41-bis, comma 2 ord. penit. del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, con dati aggiornati al 27 febbraio 2023, con specifico riferimento alla sentenza della Corte europea nel **caso Provenzano** si è evidenziato come:

- «finché la finalità è quella dell'interruzione di comunicazione con l'esterno, il regime ha una sua legittimità e, conseguentemente, non è la valutazione complessiva a rilevare bensì la **specificità di ogni misura adottata**»;
- «Tuttavia, questa sentenza è rilevante sotto un altro aspetto: il rinnovo del regime pur in presenza di pareri medici specifici relativi alla totale compromissione dello stato di salute [...]. Tale elemento evidenzia la rilevanza che si è invece voluta assegnare, da parte delle Autorità

italiane, al **valore simbolico della persona** ristretta in relazione al ruolo esercitato nell'organizzazione criminale di appartenenza [...]»

- Questo scivolamento simbolico è e deve rimanere del tutto esterno non solo all'esercizio della doverosa funzione penale, ma anche all'individuazione delle forme in cui la sanzione penale viene eseguita [...].
- Il regime è legittimo di per sé, quando però subentrano dei referti medici, si deve rifiutare l'applicazione simbolica del regime, esterna all'esecuzione della pena.
- è «**da questo orizzonte valutativo** che il regime speciale presenta **profili di criticità**, non certo da quello della sua definizione in sé che taluni commentatori vorrebbero impropriamente in contrasto con quanto stabilito dalla Corte Edu nella sua giurisprudenza casistica ogni volta che con esso si è misurata».

La tutela della vittima

La vittima

- La protezione della vittima si colloca nel quadro dei diritti fondamentali garantiti dal Consiglio d'Europa e dall'Unione Europea.
- **Normativa di riferimento:** Convenzione europea per il risarcimento delle vittime di reati violenti (Strasburgo, 1983) e altre fonti legislative europee e internazionali.
- **Raccomandazioni:** Tra queste, la Raccomandazione CM/Rec(2023)2 del Comitato dei Ministri sui diritti, servizi e supporti per le vittime di reato.

Giurisprudenza CEDU

Elementi principali:

- **Riconoscimento della vittima:** La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) riconosce la vittima come parte danneggiata, con il diritto di far valere pretese civilistiche nel processo penale.
- **Evoluzione dei diritti:** Il progresso della giurisprudenza CEDU ha ampliato il ruolo della vittima nel sistema giudiziario.

C. eur., 4.5.2001, Jordan c. Regno Unito:

- la Corte ha affermato che le indagini per **omicidio** (anche colposo) commesso da soggetti inseriti nell'apparato statale debbano essere attivate d'ufficio;
- **non** essere segrete;
- venir condotte da un'autorità indipendente rispetto a quella a cui afferiscono gli agenti coinvolti;
- debbano garantire la partecipazione dei familiari delle vittime.

La Corte ha ravvisato, anche recentemente, **l'inadeguatezza delle indagini** condotte dalle autorità nazionali:

- Corte eur., 31 agosto 2021, Estemirova c. Russia, § 68-72, con riferimento alle indagini relative al rapimento e all'uccisione dell'attivista cecena Natalia Estemirova, ritenute non accurate e, talvolta, di natura contraddittoria;
- Corte eur., 7 ottobre 2021, Zoletic e altri c. Azerbaigian, § 209, ove la Corte ha rilevato una violazione dell'art. 4 par. 2 Cedu sotto il profilo procedurale, non avendo lo Stato condotto una indagine effettiva a seguito delle denunce dei ricorrenti di essere stati vittime di lavoro forzato e human trafficking;

- Corte eur., 26 ottobre 2021, A.P. c. Moldavia, § 28, nell'omesso avvio delle indagini a seguito delle denunce presentate per fatti di violenze e abusi sessuali subito anni prima, nonostante la serietà delle affermazioni della vittima e l'allegazione di documentazione medica;
- Corte eur., 14 settembre 2021, Volodina c. Russia (n° 2), § 61-67, con riferimento alla risposta delle autorità russe, a causa dell'inerzia nella conduzione delle indagini e della mancata adozione di misure dissuasive nonché l'avvio del procedimento penale avvenuto con indebito ritardo, così che il reato si era inevitabilmente prescritto.

C. eur., 29.3.2011, Alikaj c. Italia; C. eur., 1.7.2014, Saba c. Italia → imprescrittibilità dei reati commessi in violazione dell'art. 3 CEDU.

Diverse le pronunce nei confronti dell'Italia in cui sono state ravvisate violazioni delle garanzie convenzionali per **non** aver predisposto gli Stati adeguate protezioni per le vittime, soprattutto di **violenza domestica**, di **genere**, **omofobia** e di **bullismo**:

- violazione dell'art. 2 Cedu per **non** aver le autorità nazionali, pur essendo nelle condizioni di valutare l'esistenza di un «*rischio reale e immediato*» per la vita di una donna e dei suoi figli a seguito delle reiterate denunce della ricorrente, attuato alcuna misura preventiva finalizzata a neutralizzare le minacce e i comportamenti aggressivi del marito poi sfociati nell'omicidio di uno dei figli e nel tentato omicidio della stessa (Corte eur., 7 aprile 2022, Landi c. Italia, § 78 ss.);
- Violazione dell'art. 3 Cedu per l'ineffettività delle misure di protezione adottate nonché l'inefficacia delle tutele contro tali violenze derivante dalla sostanziale impunità dell'aggressore a causa dell'intervento della **prescrizione**, possibile in Italia anche dopo l'esercizio dell'azione penale (Corte eur., 7 luglio 2022, M. S. c. Italia, § 123 ss.).

In Corte eur., 22 marzo 2022, Y. e altri c. Bulgaria, § 90 ss., la Corte ha ritenuto che il comportamento **omissivo** delle autorità bulgare che, nonostante le molteplici denunce di violenza domestica presentate da una donna, **non** ne avevano prevenuto l'omicidio da parte del marito, rispecchiasse un atteggiamento di generale tolleranza dello Stato verso episodi di violenza di genere.

*N.B. In Bulgaria la Corte costituzionale aveva negato la legittimità costituzionale della Convenzione di Istanbul contro la violenza di genere, ancora **non** ratificata nonostante la raccomandazione del Parlamento europeo in tal senso e le Osservazioni conclusive del Comitato delle Nazioni Unite per l'Eliminazione delle Discriminazioni contro le Donne.*

Gradualmente anche con riferimento alla vittima la Corte europea ha riconosciuto quelle garanzie proprie del **processo equo** tra le quali, ad esempio:

- il diritto ad essere ascoltati di persona in contraddittorio con le parti avverse nel processo penale a loro carico;
- il diritto alla ragionevole durata del processo quale sede per ottenere una decisione giudiziale su diritti e obblighi di carattere civile.

La Corte ha riconosciuto come, seppure non sia necessario consentire l'ingresso delle pretese civilistiche nel processo penale, quando l'ordinamento consente l'esercizio dell'azione civile in sede penale deve anche assicurare che la domanda risarcitoria venga valutata all'interno di un procedimento giurisdizionale **rispettoso delle garanzie previste dall'art. 6 Cedu** (Corte eur., 15 novembre 2022, Mena c. Romania, § 10).

Convenzione europea relativa al risarcimento delle vittime di reati violenti, Strasburgo, 24 novembre 1983

- impone allo Stato l'obbligo di contribuire al **risarcimento del danno** a favore dei soggetti che hanno subito gravi pregiudizi all'integrità fisica o alla salute causati da **reati violenti** nei casi in cui la **riparazione non può essere garantita da altre fonti**, e **anche se il colpevole non può essere perseguito o punito**;
- **Non sottoscritta dall'Italia**;
- **modello per la direttiva 2004/80/CE**.

Raccomandazione CM/Rec(2023)2 sui diritti, servizi e supporti delle vittime di reato (Comitato dei Ministri)

- adotta una **definizione di "vittima"** che include, da un lato, «*una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale, emotivo o economico, direttamente causato da un reato*» e, dall'altro, «*i familiari di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che hanno subito un danno a causa della morte di tale persona*»;
- invita gli Stati membri a ispirare la normativa interna ai principi a tutela dell'offeso dalla stessa previsti:
 - 1) accesso alla giustizia, valutazione individuale dei bisogni e delle vulnerabilità delle vittime e il diritto all'informazione e al supporto;
 - 2) garanzie da apprestare alle vittime in sede penale e nell'ambito di altri procedimenti;
 - 3) una serie di altre questioni, come quelle poste dalla *restorative justice*,⁴⁵ dal supporto per le vittime e dalle cc.dd. "*cross-border victims*".⁴⁶

Unione europea prima del Trattato di Lisbona

- massima valorizzazione
- **decisione quadro** relativa «*alla posizione della vittima nel processo penale*» (**2001/220/GAI**) del 15 marzo 2001: **carta dei diritti delle vittime** che obbliga gli Stati membri a procedere a una serie di adeguamenti dei loro ordinamenti.
 - **Prima definizione di vittima**: persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da te omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro.
 - Tra i diritti da garantirle, la decisione riconosce: essere sentita durante il procedimento e fornire elementi di prova, l'essere informata, comprendere l'essere compresa, l'essere protetta nelle varie fasi del processo...
- **direttiva 2004/80/CE**, relativa all'indennizzo delle vittime di reato nelle situazioni transfrontaliere (casi in cui il reato è stato commesso in uno Stato diverso da quello in cui risiede abitualmente la persona offesa):
 - rileva sia sul piano della cooperazione giudiziaria, sia sul piano dell'armonizzazione legislativa;

⁴⁵ La *restorative justice* si basa sull'idea di coinvolgere la vittima, l'autore del reato e, in alcuni casi, la comunità, in un processo di dialogo e risoluzione che mira a riparare i danni causati dal reato. Questo approccio si concentra su: responsabilità dell'autore del reato nei confronti della vittima; riconoscimento del danno subito dalla vittima e il suo diritto alla riparazione, che può includere scuse, risarcimenti simbolici o materiali; creazione di un dialogo che favorisca la riconciliazione e la prevenzione di futuri

⁴⁶ Vittime di reati che si trovano in uno Stato diverso da quello di residenza o di cittadinanza al momento del fatto. Gli Stati membri sono invitati a: facilitare l'accesso alla giustizia anche in situazioni transfrontaliere; creare meccanismi di cooperazione giudiziaria che consentano di risolvere le problematiche legate al risarcimento e al supporto delle vittime coinvolte in reati in ambiti sovranazionali.

- (**cooperazione**): introduce un sistema di cooperazione volto a facilitare alle vittime di reati violenti l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere;
- (**armonizzazione**): impone allo Stato di procedere alla riparazione dei danni cagionati da tali illeciti penali commessi nel suo territorio nei confronti delle persone offese residenti all'estero, laddove non siano possibili altri modi di riparazione.

La l. 7 luglio 2016, n. 122 (originata a partire da una procedura di infrazione nei confronti **dell'Italia**) ha implementato la direttiva 80/2004, riconoscendo il diritto all'indennizzo a carico dello Stato alla vittima di un reato doloso commesso con violenza alla persona, con la sola eccezione delle percosse e delle lesioni personali c.d. lievi.

- La disciplina introdotta **non** sembra in linea con gli standard europei soprattutto quando subordina il diritto all'indennizzo alla condizione che il reddito annuo della vittima **non** superi le bassissime soglie previste per l'ammissione al patrocinio gratuito.

Unione europea **dopo** il Trattato di Lisbona

- **art. 82.2 TFUE**: prevede la possibilità che vengano adottate, secondo la procedura legislativa ordinaria, **direttive volte a stabilire «norme minime» riguardanti i diritti delle vittime della criminalità**.
 - viene così prefigurato un intervento di armonizzazione delle legislazioni nazionali degli Stati membri finalizzato a facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e la cooperazione in materia penale.
 - tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime nei procedimenti penali (risoluzione del Consiglio UE approvata il 10 giugno 2011).
- **direttiva 2011/36/UE**: prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e protezione delle vittime (recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 4 marzo 2014 n. 24)
- **direttiva 2011/93/UE**: lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 4 marzo 2014 n. 39)
 - serie di obblighi sostanziali di incriminazione;
 - varie forme di responsabilità (anche delle persone giuridiche);
 - molteplici strumenti sanzionatori (incluse misure patrimoniali);
 - obbligo per gli Stati di adottare le misure necessarie per **non** perseguire attraverso il mancato esercizio dell'azione penale nei confronti delle vittime coinvolte in attività criminali che siano state costrette a compiere come conseguenza diretta di reati relativi alla tratta di esseri umani o all'abuso, allo sfruttamento sessuale di minori e alla pedopornografia.⁴⁷
- **direttiva 2011/99/UE: ordine di protezione europeo**
 - L'Italia ha recepito la Direttiva con il d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9, disciplinando sia il procedimento di emissione e trasmissione in altro Stato membro dell'o.p.e. sia quello inverso di riconoscimento da parte della Corte d'appello di un o.p.e. emesso da un altro Paese nonché inserendo, all'art. 282-*quater*, comma 1-*bis* c.p.p., la previsione dell'informazione, in caso di applicazione della misura dell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282-*bis* c.p.p.) e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-*ter* c.p.p.), della facoltà di richiedere l'emissione di un o.p.e.

⁴⁷ Le vittime non devono essere perseguite penalmente per le attività illecite che sono state costrette a compiere a causa del loro stato di vittimizzazione.

- Al termine del periodo di recepimento, 14 Stati membri (Belgio, Bulgaria, Cechia, Cipro, Grecia, Finlandia, Francia, Lettonia, Lituania, Portogallo, Romania, Slovenia, Slovacchia e Svezia) non avevano comunicato le disposizioni necessarie: nel marzo 2015 la Commissione ha avviato nei loro confronti procedure di infrazione.
 - Al 4 ottobre 2017 **tutti gli Stati membri** vincolati dalla direttiva avevano notificato alla Commissione le rispettive misure nazionali di recepimento.
- L'11 maggio 2020, la Commissione ha emesso una Relazione al Parlamento e al Consiglio sull'attuazione della Direttiva evidenziando come:
 - le disposizioni nazionali di attuazione sono risultate in generale soddisfacenti;
 - dall'analisi dell'applicazione pratica è risultato che la direttiva **non** ha ancora realizzato il suo pieno potenziale, come dimostrato dall'esiguo numero di o.p.e. emessi ed eseguiti.
- **direttiva 2012/29/UE**, che **sostituisce** la precedente decisione quadro 2001/220/GAI, concernente norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.
 - **nozione di vittima**: non solo il soggetto passivo del reato, ma anche i familiari della persona deceduta a causa del reato, i quali abbiano subito un danno in conseguenza del decesso.
 - definizione circoscritta alle persone fisiche, con esclusione delle persone giuridiche.
 - tre categorie di misure:
 - **informazioni e sostegno** alle vittime;
 - **partecipazione** delle vittime al procedimento;
 - **protezione** delle vittime.
 - **Risposta assai parziale da parte degli Stati** → Gli Stati membri dovevano recepire le disposizioni della Direttiva entro il 16 novembre 2015, tuttavia, nel gennaio 2016 la Commissione ha avviato procedure di infrazione nei confronti di 16 Stati membri (Austria, Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Romania, Slovenia e Slovacchia) che **non** avevano comunicato le misure di recepimento entro tale data.

Informazioni e sostegno alle vittime

- diritto della vittima di ottenere in forma a lei comprensibile una serie di informazioni rilevanti per la tutela dei suoi interessi dal primo contatto con le autorità competenti e nel corso del procedimento;
- diritto all'interpretazione e traduzione;
- diritto di accesso a servizi di assistenza gratuiti.

Partecipazione al processo penale

Garanzie in materia probatoria:

- gli Stati devono assicurare alla vittima la possibilità di essere **sentita** durante il procedimento;
- di poter fornire **elementi di prova**;
- *diritto di chiedere il riesame delle decisioni di non esercitare l'azione penale*;
- *diritto di accedere al patrocinio a spese dello Stato*;
- *diritto alla restituzione senza ritardo dei beni che le appartengono sottoposti a sequestro, a meno che non sia possibile in rapporto alle esigenze del processo*;
- *diritto di ottenere entro un **termine ragionevole** una decisione sul risarcimento del danno*.

Protezione delle vittime

- **Art. 18** obbliga gli Stati a predisporre le misure volte a tutelare la persona offesa e i suoi familiari da intimidazioni e ritorsioni,
 - nonché salvaguardare la dignità delle vittime durante gli interrogatori o le testimonianze;
 - diritto all'assenza di contatti con l'autore dei reati nei locali dove si svolge il processo;
 - diritto alla protezione durante le indagini penali;
 - diritto alla protezione della vita privata delle vittime e dei suoi familiari.

Recepimento

La **Commissione**, l'11 maggio **2020**, ha adottato una **relazione**, indirizzata al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della Direttiva 2012/29/UE, evidenziando:

- carenze in termini di conformità alla definizione di «vittima»;
- che in gran parte degli Stati membri le vittime di reato **non** erano ancora in grado di esercitare pienamente i diritti riconosciuti dall'Unione;
- risultavano meno problematiche le disposizioni relative ai servizi di giustizia riparativa (previste in ventiquattro Stati membri nonostante la Direttiva non imponesse alcun obbligo di introdurli) e ai diritti procedurali;
- come fossero in corso ventuno procedure di infrazione nei confronti di Stati membri che non avevano ancora recepito completamente la Direttiva (tra questi vi era anche **l'Italia**, oltre Germania e Francia).

Poiché la maggior parte degli Stati membri **non** aveva ancora recepito integralmente le norme minime concordate in questa materia, è stata adottata la **Strategia dell'UE sui diritti delle vittime (2020-2025)** incentrata su cinque **priorità**:

- i. comunicazione efficace con le vittime e garanzia di un ambiente sicuro affinché possano denunciare i reati;
- ii. miglioramento dell'assistenza e della protezione delle vittime più vulnerabili;
- iii. agevolazione dell'accesso delle vittime al risarcimento;
- iv. rafforzamento della cooperazione e del coordinamento tra tutti i soggetti coinvolti;
- v. rafforzamento della dimensione internazionale dei diritti delle vittime.

È stato inoltre nominato il Coordinatore per i diritti delle vittime e inaugurata la **Piattaforma** per i diritti delle vittime che, riunendo tutti gli attori a livello europeo di questo settore, intende sviluppare un dialogo continuo, lo scambio di *best practice* e lo sviluppo incrociato tra la strategia sui diritti delle vittime, la Strategia per l'uguaglianza di genere 2020-2025 ed eventuali ulteriori strategie future.

Il 28 giugno **2022** è stato emesso dallo Staff Working della **Commissione** un documento di valutazione nel quale si è evidenziato, tra le altre cose, che, rispetto alla situazione inquadrata nella Strategia 2020-2025, l'emergenza pandemica da **Covid-19** ha esposto le vittime di violenza domestica a un rischio ancora maggiore.

- È stato inoltre rilevato come la direttiva abbia migliorato il diritto all'informazione, alla protezione e l'accesso delle vittime ai servizi di assistenza.
- Tuttavia, le vittime di reato incontrano ancora diverse **difficoltà**: mancanza di informazioni esaustive, scarsa consapevolezza dei servizi e dei diritti, informazioni non sufficientemente adeguate alle esigenze delle vittime o non sufficientemente accessibili, barriere linguistiche, necessità di miglioramento per quanto riguarda l'offerta di competenze specializzate, assenza in alcuni Stati di procedure specifiche per le vittime vulnerabili e mancanza di sensibilità delle autorità giudiziarie nei confronti delle vittime.

Italia

La direttiva ha trovato attuazione **nell'ordinamento italiano** con il **d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212**, con l'introduzione di una serie di diritti della vittima che riguardano:

- L'informazione sul procedimento penale (art. 90-bis c.p.p.);
- L'interpretazione e la traduzione degli atti (artt. 143-bis c.p.p. e 107-ter disp. att. c.p.p.);
- La tutela della vittima particolarmente vulnerabile (art. 90-*quater* c.p.p.) con rilevanti conseguenze sul piano processuale.

N.B. *L'intervento legislativo, seppur rappresentando un importante passo in avanti nel riconoscimento dei diritti delle vittime, necessitava di ulteriori interventi in grado di rafforzare l'effettività di alcune garanzie.*

Le tutele sono state poi ulteriormente rafforzate ad opera, prima, della l. 19 luglio **2019**, n. 69 (recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere"), c.d. "**Codice Rosso**", che, in un'ottica di approccio globale alla repressione della violenza di genere, ha introdotto una serie di misure volte a una più efficace e tempestiva tutela della vittima di specifici reati, quelli di violenza domestica e di genere:

- introduzione di **nuove** fattispecie di reato e inasprimento di alcune già esistenti;
- Inserimento di misure volte ad eliminare stasi nello svolgimento delle indagini e ad accelerare la definizione del procedimento quando si tratti di delitti connotati da violenza di genere (comunicazione immediata della notizia di reato al pubblico ministero, audizione della persona offesa entro tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, compimento «senza ritardo» degli atti diretti e delegati) nonché ad aumentare la sicurezza della vittima.

Con la l. 27 settembre 2021 e il d. lgs. 26 ottobre 2022, n. 150 (c.d. **Riforma Cartabia**) il legislatore italiano è intervenuto incrementando ulteriormente l'attuazione della direttiva 2012/29/UE:

- ampliamento del catalogo delle **informazioni** da fornire alla persona offesa, prevedendo che vi rientrino anche quelle relative all'obbligo del querelante di dichiarare o eleggere domicilio per la comunicazione e la notificazione degli atti del procedimento;
- necessità di comunicare tempestivamente all'autorità giudiziaria procedente una eventuale intervenuta nuova domiciliazione;
- la mancata comparizione **senza** giustificato motivo della persona offesa che abbia proposto querela all'udienza alla quale sia stata citata in qualità di testimone determina remissione tacita della querela;
- introduzione nel sistema italiano della **giustizia riparativa**, ossia di programmi che consentono alla vittima, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un mediatore.

N.B. *La disciplina mutua la definizione di "vittima del reato" dalla direttiva 2012/29/UE ma al contempo prevede espressamente **l'estensione** dei diritti e delle facoltà della stessa anche al «soggetto giuridico offeso dal reato» e prevede la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa in **ogni** stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena.*

N.B. *Le informazioni da fornire alla persona offesa comprendono, quindi, anche quelle relative alla facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa e al fatto che la partecipazione del querelante a un programma di giustizia riparativa, concluso con un esito riparativo e con il rispetto degli eventuali impegni comportamentali assunti da parte dell'imputato, comportano la remissione tacita di querela.*

PER DUBBI O SUGGERIMENTI SULLA DISPENSA



CARLOTTA CAROMANI

carlotta.caromani@studbocconi.it

@carlottacaromani

+39 3703723764



MARTINA PAOLUCCI

martina.paolucci@studbocconi.it

@martina_paolucci__

+39 3917925789

PER INFO SULL'AREA DIDATTICA



VITTORIA NASONTE

vittoria.nasonte@studbocconi.it

@_vittorian_

+39 3274441476



ELENA CACIOLI

elena.cacioli@studbocconi.it

@elenacaciolii_

+39 3928931605



TEACHING DIVISION



NOSTRI PARTNERS

700+
CLUB



ETHAN
SUSTAINABILITY

DELIVERY VALLEY

NO GENDER KITCHEN

LA PIADINERIA

