

Dispensa di PROCEDURA PENALE EUROPEA

A cura di Anna Messina, Arianna Faldani e Marta Bettazzi
Dalle lezioni dell'A.A. 2022/2023



IUS@B

Sommario

Introduzione.....	5
La tutela dei diritti umani	5
La vicenda di Ebru Timtik.....	5
L'equo processo.....	5
Le fonti.....	5
Il processo di integrazione europea	5
Le fonti europee	6
La Corte di Giustizia di Lussemburgo.....	7
La conformità costituzionale	7
Il sistema CEDU	8
Collocazione della CEDU nell'ambito delle fonti del diritto interno.....	8
Un sistema di protezione dei diritti	9
Vaglio di inammissibilità	9
Il primo garante del rispetto della CEDU	9
Come fa lo Stato conformarsi alle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo?.....	10
La misura individuale di riparazione	10
Raccomandazione n.2 del 2000.....	11
La restituzione in termini.....	12
La revisione.....	13
Il ricorso straordinario	13
La misura generale di riparazione.....	16
L'irragionevole durata dei processi penali italiani.....	16
Le garanzie dell'equo processo	20
L'Unione Europea e la CEDU.....	20
I principi di procedura penale europea	20
I modelli processuali.....	21
Le caratteristiche fondamentali del nostro sistema processuale penale	21
Il giusto processo	22
Articolo 6 CEDU - primo paragrafo	22
Il principio di uguaglianza davanti al giudice	23
Il diritto di accesso al giudice.....	23
La precostituzione del giudice	24
L'imparzialità e l'indipendenza del giudice.....	24
Il principio di pubblicità	25
L'obbligo di motivazione.....	26
Il diritto all'impugnazione.....	27
Il principio "ne bis in idem"	29
Sentenza del 2014: Grande Stevens vs Italia	30
La durata ragionevole del processo.....	33
L'art. 6 CEDU - secondo paragrafo: la presunzione di innocenza	34
La parità delle armi	37
L'art. 6 CEDU - terzo paragrafo: le garanzie dell'accusato.....	37
Diritto all'informazione sull'accusa	38
Diritto di difesa	39
Il diritto di presenza alle «udienze» o al «processo»	42
Diritto a tempi e facilitazioni necessarie a preparare la difesa	44
Il diritto alla prova	45
La figura del testimone.....	48
La libertà personale: artt. 3-5 CEDU.....	51

La giurisprudenza della Corte edu sull'art.3 CEDU	52
Gli obblighi positivi	52
FOCUS: il G8 di Genova	53
Riforma del 2017	54
La dignità umana e le condizioni della detenzione	55
Condizioni della detenzione	55
Carattere oggettivo	55
Il reclamo	57
Carattere soggettivo	58
Durata della pena	58
I delitti ostativi	59
D.l. n.162 del 2022	61
Regimi carcerari speciali	61
Il diritto alla libertà e alla sicurezza	63
La detenzione legittima in esecuzione di una sentenza di condanna	64
Arresto o detenzione	65
La custodia cautelare	65
La detenzione di minorenni	66
Limitazione della libertà di persone contagiose, alienati, alcolizzati, tossicomani e vagabondi	66
Riguardo alla limitazione della libertà di persone contagiose	66
Privazione della libertà nel procedimento di estradizione o per impedire l'ingresso illegale	66
La tutela della vittima nel sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo	69
Il ruolo della vittima	69
Evoluzione delle garanzie della vittima	70
Direttiva n. 29 del 2012	71
I diritti della vittima nell'ordinamento italiano	71
L'ordine di protezione europeo (OPE)	72
Art. 7 CEDU: Nulla poena sine lege	72
L'irretroattività della legge penale e il principio di legalità	73
La prevedibilità della pena	73
La retroattività della lex mitior	74
Divieto di responsabilità oggettiva e per fatto altrui	74
Misure di prevenzione personali e libertà di movimento	74
Le misure di prevenzione nella giurisprudenza della Corte EDU	74
Il caso De Tommaso vs Italia	75
 Seminari	
Il diritto al confronto nella giurisprudenza della Corte EDU	78
Le fonti e la nozione di testimone	78
La giurisprudenza della Corte EDU	78
A. BRACCI vs ITALIA 2005	79
B. OGARISTI vs ITALIA 2010	80
C. AL KHAWAJA & THAERY vs REGNO UNITO 2011	81
D. SCHATSCHASCHWILI VS GERMANIA 2015	83
E. CAFAGNA vs ITALIA 2017	84
La questione del sovraffollamento carcerario	84
Il tasso di sovraffollamento in Italia	84
Sentenza-pilota TORREGGIANI vs ITALIA	85
Rafforzamento dei diritti dei detenuti	86

Sentenza Muršić vs Croazia	86
----------------------------------	----

Il riesame e la riapertura del giudicato nazionale a seguito di condanna CEDU.....88

Leading case Ferreira vs Portogallo	89
Analisi comparatistica	89
La riforma Cartabia del 2021	91

Appunti a cura di Anna Messina

Integrazione dal manuale a cura di Arianna Faldani

Revisione a cura di Marta Bettazzi

ATTENZIONE!

Questa dispensa è basata sugli appunti del corso di Procedura Penale Europea (a.a. 2022/2023) e sul libro “Profili di Procedura Penale Europea” di Massimo Ceresa-Gastaldo, a cura di Simone Lonati. Pertanto, non è volta a sostituire in alcun modo lo studio sul libro di testo, ma rappresenta solo uno strumento per facilitare la comprensione e la memorizzazione degli argomenti d’esame.

CI SERVE IL TUO AIUTO!

**Potrebbero esserci sfuggiti degli errori e/o imprecisioni. Se ne trovi qualcuno, segnalacelo!
Ci aiuterai a migliorare sempre di più il testo e a rendere questa dispensa sempre più efficace.**

Grazie!

@iusatb e i curatori

Introduzione

La tutela dei diritti umani

La vicenda di Ebru Timtik

Ebru Timtik era un avvocato che aveva difeso persone accusate di terrorismo: nel corso del processo aveva lamentato una serie di gravi violazioni dei diritti dell'uomo. A suo carico è stato iniziato un processo dopo il quale è stata condannata a una lunga pena detentiva, per tale motivo comincia uno sciopero della fame e dopo qualche mese muore. Ebru lamentava la violazione di garanzie fondamentali, necessarie affinché un processo possa essere considerato *fair*.

L'equo processo

L'Italia è stata condannata da parte della Corte di Strasburgo in numerose occasioni per la violazione di garanzie fondamentali come il divieto di tortura e di trattamenti disumani o degradanti.

Il **Processo di Norimberga** è l'esempio più eclatante di come anche di fronte a crimini di una tale gravità e intensità sia comunque necessario che gli imputati vengano giudicati secondo regole eque e nel rispetto dei diritti fondamentali.

Il Consiglio d'Europa ha come fondamento il rispetto dei diritti dell'uomo.

NB: dobbiamo tenere distinti il Consiglio d'Europa (composto da 46 Stati cd *grande Europa*) che si impegna a rispettare la CEDU e l'Unione europea che rispetta il Trattato di Lisbona e la Carta fondamentale dell'Unione Europea (composta da 27 Stati cd *piccola Europa*).

L'art. 6 CEDU dice quali sono le garanzie che un processo deve avere per essere considerato in linea con i principi fondamentali dei diritti dell'uomo, quindi *equo*.

Le fonti

Il processo di integrazione europea

Non esiste un Codice di procedura penale europea: ogni Stato ha il proprio sistema processuale penale, un sintomo di sovranità a cui nessuno vuole rinunciare.

Ad oggi, ormai, la criminalità si è evoluta a livello internazionale, acquisendo una **dimensione sovranazionale**, rendendosi necessaria la collaborazione per contrastarla.

I diversi sistemi si trovano in reciproco contatto: si parla di *integrazione europea in campo processuale penale*. Tale integrazione deve fare i conti con l'istituzione capace di emanare delle regole comuni che devono essere osservate da tutti gli stati. Questa integrazione avviene attraverso:

1. Cooperazione giudiziaria

In primo luogo, una **cooperazione intergovernativa** gestita attraverso **canali diplomatici** per poi passare ad una **cooperazione giudiziaria** in senso proprio, gestita direttamente dalle autorità giudiziarie dei Paesi coinvolti. Ad esempio, un paese chiede l'estradizione di un soggetto per processarlo. Questo fino al Trattato di Lisbona, il quale ha scelto come strumento principale per introdurre il metodo comunitario la via dell'armonizzazione.

2. Armonizzazione delle legislazioni europee

Si tratta dell'interscambio delle esperienze sviluppate nei vari paesi, una cooperazione per la giustizia e gli affari interni che, prima del trattato di Lisbona, era in mano ai singoli Stati. L'Unione Europea può, attraverso regolamenti e decisioni (legiferando), dettare norme comuni che devono essere recepite all'interno dei paesi. L'art. 82 TFUE rappresenta la base legale per una serie di interventi impostati sull'esigenza di **un'armonizzazione sul fronte processuale penale**. L'Unione è competente a legiferare **in materia penale e processuale penale, competenza fino ad ora riservata alla sovranità statale**.

I principi che rendono possibile la collaborazione sorgono da un patrimonio giuridico riconosciuto da tutti gli Stati europei e garantito da vari **atti internazionali**, specificatamente europei che mirano a salvaguardare l'insieme di situazioni giuridiche definite come **diritti dell'uomo**. Tra questi ricordiamo:

- La **Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo**, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York il 10 dicembre 1948.
- Il **Trattato di Maastricht** (*art. 6 T.U.E.*) stipulato nel 1992, in vigore dal 1993, istitutivo dell'Unione Europea attraverso la struttura dei **tre pilastri**: comunitario (CEE e CECA); cooperazione intergovernativa in materia di politica estera; cooperazione intergovernativa in materia di giustizia e affari interni comprensivo della cooperazione giudiziaria e di politica (spazio di libertà, sicurezza e giustizia).
- La **Convenzione Europea per la tutela e la salvaguardia dei diritti dell'uomo** adottata nel 1950, in vigore in Italia dal 1955.
- Il **Patto internazionale sui diritti civili e politici** in vigore in Italia dal 1978.
- La **Carta dei Diritti fondamentali** cd *Carta di Nizza*: nata nel 2000 e modificata a Strasburgo nel 2007 (*art. 6.1 TUE*), con il **Trattato di Lisbona** (*art. 87 TFUE*) firmato il 13 dicembre 2007 è diventata vincolante al pari dei Trattati. Il **Trattato di Lisbona** costituisce una svolta a livello europeo perché permette di dettare regole comuni anche in ambito di libertà e giustizia prima riservato all'esclusiva competenza del singolo stato. Si fondono, dunque, l'Unione e la Comunità in un soggetto unico che è l'**Unione Europea** inserendo come metodo di funzionamento il **metodo comunitario**. Prevede, infatti, la possibilità di varare **norme minime comuni** che tengano conto delle **differenti tradizioni giuridiche degli Stati membri**, sui **profili di garanzia del processo penale**: dalla disciplina sull'ammissibilità reciproca delle prove, ai diritti dell'imputato, ai diritti delle vittime, in sintesi ogni aspetto processuale rilevante. Dopo il Trattato di Lisbona l'*art. 6 TUE* contiene un'espressa previsione di adesione dell'Unione Europea alla CEDU.

Le fonti europee

Le fonti principali della procedura penale europea sono sia normative che giurisprudenziali. Le garanzie del processo vanno esplicitate da queste fonti oltre che dalle decisioni della Corte di Giustizia o della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

- **Diritto primario dell'unione**: Trattati e Carta di Nizza (la quale all'*art. 6 TUE* riconosce lo stesso valore dei Trattati) sono le leggi fondamentali dell'Unione. Hanno ruolo costituzionale ed efficacia diretta, contengono varie previsioni di diretta incidenza sulla cooperazione giudiziaria penale e di polizia e sul diritto processuale penale nella prospettiva del ravvicinamento delle legislazioni nazionali. Si aggiungono poi i principi generali del diritto elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.
- **Regolamenti**: hanno portata generale, sono obbligatori in tutti i loro elementi e sono direttamente applicati in ciascuno degli Stati membri. Le principali caratteristiche sono generalità, obbligatorietà, effetti diretti all'interno degli ordinamenti nazionali, **senza necessità di interventi attuativi**.
- **Direttive**: vincolano gli Stati membri solo in ordine al risultato da raggiungere, lasciandoli liberi nella scelta delle forme e dei mezzi di impiegare a tal fine; **non** sono applicabili **direttamente**, **necessitando di misure normative di attuazione, tuttavia**, vi è efficacia diretta riconosciuta in specifiche situazioni dalla Corte di Giustizia in caso di mancato adempimento.
- **Decisioni**: obbligatorie in tutti i loro elementi.

- **Decisioni quadro:** sono atti legislativi vincolanti per lo Stato quanto agli **obiettivi da perseguire**, ma tale da lasciarlo libero nella scelta della forma e dei mezzi da impiegare e, infine, **privo di efficacia diretta**.

La Corte di Giustizia di Lussemburgo

L'art. 19.1 TUE stabilisce che la Corte di Giustizia ha il compito di assicurare "*il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati*". Con il Trattato di Lisbona e la soppressione dell'articolazione in pilastri, la **giurisprudenza della Corte** si è estesa a **tutte le competenze dell'Unione**. Si occupa essenzialmente di ricorsi per infrazione verso gli Stati membri o ricorsi di annullamento di atti legislativi dell'Unione: può essere adita dagli Stati o dai giudici nazionali.

Lo strumento fondamentale è la **competenza in via pregiudiziale** disciplinato all'art. 267 TFUE: attraverso questo il giudice nazionale può chiedere qual è *l'interpretazione conforme* della norma nazionale. Meccanismo che viene opzionato se **un giudice nazionale** ritiene necessario l'intervento della Corte e, dunque, **pregiudiziale** per **definire il processo pendente** di fronte a sé. Il processo rimane presso il giudice nazionale e la Corte è chiamata solo a fornire un contributo ricavando la soluzione da **principi fondanti dell'Unione**.

Le **sentenze pregiudiziali** sono vincolanti per il giudice *a quo*, che è tenuto a conformarvisi nella decisione del caso.

Per la Corte costituzionale (230/2012) le decisioni della Corte di Giustizia andrebbero equiparate a *ius superveniens*: è una situazione simile a quella che si realizza a seguito di una declaratoria di illegittimità costituzionale, con effetti abrogativi della norma interna.

La conformità costituzionale

Il meccanismo attraverso cui le norme sovranazionali hanno applicazione nei processi penali italiani viene illustrato dalla Corte costituzionale nelle **due sentenze gemelle 248 e 249 del 2007**.

Il giudice italiano non deve soltanto rifarsi al Codice di procedura penale ma anche verificare se la norma nazionale si pone in linea con le norme sovranazionali. È necessario interpretare la norma italiana rispetto a quella sovranazionale in modo che non si pongano contrasti.

Ma se ciò non fosse possibile?

Se si tratta di una **norma dell'Unione Europea**:

- **self-executing**, la norma nazionale deve essere disapplicata con efficacia *inter partes*.
- **non self-executing**, si deve compiere una interpretazione conforme al diritto dell'Unione oppure sollevare questione di legittimità costituzionale. Vi è, dunque, un duplice ordine di limiti: l'esigenza di rispettare i principi generali del diritto europeo e dell'ordinamento costituzionale interno. Vale comunque il divieto di interpretazione *contra legem*.

Le **norme internazionali pattizie ordinarie** non sono self-executing e secondo l'art. 117 Cost. la legislazione interna deve essere conforme ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. Il giudice dovrà perciò sollevare una questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale. Se la norma è **incompatibile** con la Costituzione, la Corte la dichiara illegittima.

La Consulta si riserva un **marginale 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".

Il sistema CEDU

Il Consiglio d'Europa non ha potere legislativo, ma **propone Convenzioni internazionali** che gli Stati membri ratificano. La Convenzione *dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* è stata firmata a Roma nel 1950 e ratificata in Italia nel 1955; vi sono stati apportati una serie di aggiornamenti secondo le sensibilità moderne (16 Protocolli). Gli Stati che vi aderiscono si sottopongono alla giurisdizione della Corte di Strasburgo **cd Corte Europea dei diritti dell'uomo**.

Gli obiettivi della Convenzione Europea sono:

- Garantire diritti fondamentali nel **livello minimo di tutela**. Gli Stati membri possono stabilire garanzie maggiori, mentre se va al di sotto, la Corte può condannare il paese in cui si è verificata la violazione;
- Favorire l'avvicinamento e l'**unificazione delle legislazioni nazionali** in relazione a fenomeni criminali internazionali;
- Favorire la **cooperazione internazionale** per la repressione del crimine salvaguardando i diritti e le libertà.

È l'unico caso in cui accanto alla previsione di un catalogo di diritti riguardanti specificatamente il processo penale (e in particolare la posizione dell'imputato) vi è l'**istituzione di un apposito giudice**. Ha una importante funzione interpretativa di carattere generale.

Collocazione della CEDU nell'ambito delle fonti del diritto interno

La CEDU ha valore di legge nell'ordinamento nazionale o è fonte di diritto sovraordinato?

Le norme convenzionali non sono self-executing: quindi, o si giunge ad una interpretazione convenzionalmente conforme o si solleva una questione di legittimità costituzionale.

Se un cittadino lamenta la violazione di garanzie della Convenzione può ricorrere dinanzi alla Corte di Strasburgo dopo che la **sentenza sia diventata definitiva e previo esaurimento dei rimedi interni**.

Se si individua una violazione, viene pronunciata una sentenza di condanna nei confronti dello Stato che dovrà risarcire il danno e riparare la violazione ponendo il ricorrente nella situazione in cui si trovava prima del processo. Quindi si impone di rifare il processo con il rispetto delle garanzie. Quando la Corte EDU individua una violazione non dice che *l'esito della sentenza sia sbagliato* **MA** che debba rifarsi il processo rispettando le garanzie minime previste.

L'art. 6 CEDU impone agli Stati di dare esecuzione alle sentenze di condanna: è necessaria un'equa soddisfazione (risarcimento dei danni) e l'obbligo di ripristinare la situazione antecedente alla violazione, riaprendo il processo. La competenza si estende a tutte le questioni concernenti l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli nei casi concreti, ma non può sindacare sul sistema di ogni ordinamento, a differenza della Corte di Giustizia che invece deve valutare la conformità di un atto. La Convenzione europea è composta dalle norme così interpretate dalla Corte di Strasburgo. Il rispetto che ogni Stato deve alla Convenzione riguarda quanto affermato nella giurisprudenza della Corte Europea.

Attenzione: la Corte Europea non ha una funzione nomofilattica ma affronta casi concreti che risolve stabilendo dei principi di diritto. Non è un *giudice delle leggi* ma valuta se ci sono state violazioni nel singolo processo, è **giudice del caso concreto**: va a verificare se il soggetto che ha presentato ricorso davanti a Strasburgo ha subito o no un *fair trial*.

Un sistema di protezione dei diritti

Ogni cittadino può depositare un ricorso dinanzi alla Corte per chiedere di verificare se nell'ambito del proprio procedimento penale sono state rispettate le garanzie previste dalla Convenzione.

Ad esempio, se un cittadino italiano è stato condannato in primo grado e in Appello e il suo ricorso in Cassazione è stato rigettato - per cui la sentenza passa in giudicato e inizia la pena -, la Corte Europea può verificare che le garanzie previste dalla Convenzione nel procedimento a suo carico siano state violate o meno. Anche i cittadini di altri Stati, se subiscono un processo all'interno di Stati che sono membri del Consiglio d'Europa, possono adire alla Corte Europea.

La Corte di Strasburgo, dunque, sorveglia la corretta applicazione osservanza da parte degli stati della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Questa valuta l'intero arco processuale, dal primo all'ultimo grado di giudizio e verifica se in questo perimetro sono state rispettate le garanzie. In questo modo la corte europea **interpreta** le norme della Convenzione.

Le garanzie scritte nella Convenzione sono costantemente aggiornate e vivono *nell'interpretazione che ne dà la Corte* la quale amplia e ne specifica l'ambito.

Ricorda: La Corte Europea ha una funzione diversa rispetto alla Corte di Giustizia che è *giudice delle leggi* e ne valuta la conformità rispetto al diritto primario dell'Unione.

La Corte EDU si rivolge a una pluralità di Stati, ognuno del quale ha un ordinamento totalmente diverso, e proprio per tale motivo il linguaggio della Convenzione e della Corte è *atecnico*: non possono essere utilizzati termini tecnici propri di un determinato ordinamento. Parliamo di *nozioni autonome della corte*: nel nostro sistema, ad esempio, la persona destinataria dell'accusa acquista la qualità di *imputato*, mentre la Convenzione parla genericamente di *accusato*.

Vaglio di inammissibilità

Solo una minoranza dei casi proposti viene decisa dalla Corte. Per superare il vaglio ammissibilità è necessario far valere la questione davanti ai tribunali nazionali in tutti i gradi possibili: la Corte non è chiamata a valutare la correttezza della decisione a cui si è giunti dopo il processo, ma sulla violazione o meno delle garanzie del giusto processo. L'*art. 35 CEDU* indica il carattere sussidiario del ricorso presso la Corte Europea. Prima di rivolgersi alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, quindi (come *requisito di ammissibilità*) si deve aver lamentato la violazione della Convenzione già nell'ambito della giurisdizione interna. È, quindi, necessario che il ricorrente abbia **esaurito tutte le vie giurisdizionali interne**, altrimenti il ricorso sarà dichiarato **inammissibile**.

Può condannare lo Stato per **violazione della Convenzione**: emette una sentenza che deve essere eseguita, prevedendo una misura **individuale o generale** di riparazione.

La Corte Europa si rivolge a una pluralità di Stati e di ordinamenti diversi per **valutare se i diritti convenzionali siano stati rispettati nello specifico ambito di ognuno**. A differenza della Corte di Giustizia non è un giudice delle leggi, ma un giudice dei **casi concreti** che le vengono sottoposti. 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**.

Il primo garante del rispetto della CEDU

Il primo soggetto tenuto a garantire la conformità alla Convenzione Europea è il **giudice nazionale**. La Corte EDU interviene solo nei casi in cui il processo è stato svolto in violazione delle regole previste dalla Convenzione. Se si è svolto un processo di primo grado nel quale non è stata rispettata la garanzia del contraddittorio, non può rivolgersi direttamente a Strasburgo perché la sentenza

deve passare in giudicato, ma bisogna dimostrare di aver fatto valere il vizio con tutte le risorse previste dall'ordinamento intero: quindi, ad esempio l'appello e il ricorso per Cassazione. Solo così ci si potrà rivolgere a Strasburgo che potrà giudicare l'ammissibilità e valutare il caso: ecco perché il giudice interno è il **primo garante** dell'applicazione dei diritti previsti dalla Convenzione.¹

Vale il **principio di sussidiarietà** ex art. 35 CEDU: la Corte Europea interviene in ultima istanza. Il ricorrente deve dimostrare che la circostanza della mancata osservanza, ad esempio, del diritto al contraddittorio è stata fatta valere sollevando eccezioni davanti ai giudici nazionali.

Come fa il giudice interno a garantire nell'ambito del processo che si sta svolgendo l'applicazione della Convenzione?

In primis, con l'**interpretazione conforme**: il giudice interno non può disapplicare la norma interna se la ritiene in contrasto con la norma sovranazionale, ma deve trovare una norma conforme nell'ordinamento domestico. A differenza del diritto dell'Unione Europea, le norme della Convenzione non sono *self executing*, quindi non sono direttamente applicabili: si applica (nel caso italiano) l'art. 112 cpp in maniera che non si ponga in contrasto con l'art. 6 CEDU. Se pur tenendo conto dell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo il contrasto con la CEDU persiste bisogna sollevare una questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale che potrebbe individuare un'interpretazione concorde o ne dichiara l'incostituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost. Il giudice interno può, eventualmente, non applicare l'art. 112 cpp ma l'art. 6 CEDU.

Come fa lo Stato conformarsi alle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo?

Se la Corte condanna per la violazione di una delle disposizioni sull'equo processo lo Stato deve dare esecuzione a quella sentenza che ha riconosciuto una violazione della Convenzione ex art. 46 CEDU secondo cui "*le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle quale sono parti*".

La Corte Europea quando condanna uno Stato lo fa disinteressandosi all'esito del processo; tuttavia, le garanzie della Convenzione devono sempre essere rispettate perché solo in quel modo il ricorrente sarà condannato (o assolto) a seguito di un processo *equo*, conforme ai principi della CEDU. In caso contrario, sarà una condanna a seguito di processo ingiusto.

L'art. 111 Cost. esprime alcune garanzie fondamentali dell'art. 6 CEDU.

Bisogna innanzitutto distinguere due situazioni:

1. **Misura individuale di riparazione**: mira a riparare la specifica violazione per ristabilire la situazione anteriore ad essa. Si identificano sostanzialmente come una **restitutio in integrum**. La Corte lascia agli stati la libertà di scegliere la misura più opportuna per riparare il diritto leso e, se l'ordinamento nazionale non permette di eliminare le conseguenze della violazione o le elimina in modo incompleto, la Corte può accordare alla parte lesa un'equa soddisfazione (solitamente una somma di denaro).
2. **Misura generale di riparazione**: mira ad un efficace adeguamento degli ordinamenti nazionali alla CEDU. Consiste nell'adempimento dell'obbligo in capo a ciascun paese di interpretare in buona fede la CEDU stessa.

La misura individuale di riparazione

Se la Corte di Strasburgo individua l'inosservanza della Convenzione in un caso specifico, impone una **misura individuale di riparazione** per cui si deve rimediare a quella singola violazione rimuovendo le conseguenze da questa derivanti. In via secondaria, si richiede un'**equa**

¹ **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.

soddisfazione: si tratta di un indennizzo quando non è più possibile *riportare il ricorrente nella situazione antecedente alla violazione*.

Ad esempio, nei casi di *durata irragionevole del processo*: riportare il ricorrente alla situazione antecedente alla violazione significherebbe allungare ancora di più i tempi del processo. In altri casi questa misura necessita della **rimozione delle conseguenze** effettuando una *restitutio in integrum*: bisogna riaprire il processo e riportare il soggetto nel grado in cui si è commessa la violazione impedendo che la violazione venga commessa. Si tratta di una misura che prevede il *riesame del caso* o la sua *riapertura* (il processo potrebbe terminare con la stessa sentenza).

Il ricorrente può avere subito una *loss of real opportunities* a causa della violazione rendendosi necessario un risarcimento economico per le sofferenze morali derivanti dall'ingiustizia subita. Essendo che la corte può essere adita solo previo esaurimento dei rimedi interni, il ripristino della situazione del ricorrente prima del processo non equo può essere ostacolata dall'irretrattabilità del giudicato. È necessario disporre dell'istituto della **revisione del processo**, mezzo straordinario di impugnazione.

Raccomandazione n.2 del 2000

Il Comitato dei ministri – organo chiamato a garantire il rispetto dell'*art. 46 CEDU* da parte degli Stati Membri (esecuzione delle sentenze) - ha richiamato tutti gli Stati Membri attraverso una serie di Raccomandazioni (atti di indirizzo politico) in cui viene presa una posizione circa le misure che i Paesi membri devono adottare per dare piena esecuzione alle sentenze della Corte e si richiede che negli ordinamenti nazionali venga data la possibilità in maniera appropriata di riesaminare un caso, qualora la corte di Strasburgo accerti una violazione della CEDU.

Nel nostro sistema non esiste uno strumento del genere e il legislatore non è mai intervenuto a riguardo*, benché sin dal 2000 il Comitato dei ministri abbia lo abbia richiesto tramite la **raccomandazione R(2000)2²** *"sul riesame o la riapertura di alcuni affari a livello interno a seguito delle sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo"*.

La *raccomandazione R(2000)2* identifica i casi in cui il riesame del caso o la riapertura del procedimento sono lo strumento più efficace per realizzare eseguire la condanna:

- La parte lesa continua a soffrire **conseguenze negative molto gravi** a seguito di tale violazione: in altre parole la parte lesa sta scontando la pena
- La decisione interna che l'ha prodotta sia **contraria nel merito alla Convenzione**, cioè violazioni anche sostanziali
- La violazione sia dovuta a vizi processuali tali da generare **dubbi sulla correttezza dell'esito del processo**: *doveva essere sentito un testimone chiave, oculare che si riteneva fondamentale*.

Se non viene rispettato l'*art. 46 CEDU* il Consiglio d'Europa può sanzionare, fare pressioni politiche e chiedere l'espulsione dello Stato condannato.

*La riforma Cartabia del 2021 introduce l'*art. 629 bis cpp* uno strumento ad hoc per dare esecuzione alle sentenze di condanna per violazioni processuali e sostanziali.

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

Dato che il legislatore non è intervenuto, la magistratura ha cercato di trovare delle alternative per assicurare il rispetto degli obblighi derivanti dalla Convenzione. Nella sentenza *Drassich vs Italia* si possono rinvenire passaggi sulla corretta interpretazione della Convenzione:

*"Quando un individuo è stato condannato in seguito a un procedimento viziato da una violazione delle esigenze dell'art. 6 della Convenzione un nuovo processo o una riapertura della procedura, su richiesta dell'interessato, costituiscono in linea di principio un mezzo adeguato a porre rimedio alla violazione constatata. Tuttavia, le misure di riparazione specifiche da adottare, se del caso, 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."*

La misura individuale dipende dal caso concreto.

Ad esempio, se si lamenta di essere stati giudicati da un giudice non imparziale, l'unica misura di riparazione idonea è rifare il processo davanti a un altro giudice che abbia le caratteristiche di imparzialità e terzietà.

Per adempiere all'obbligo di esecuzione delle sentenze di condanna, gli Stati sono liberi di scegliere il **mezzo più opportuno**. Il Comitato dei Ministri poi verifica se lo Stato ne ha dato una corretta esecuzione o meno. In determinate situazioni l'unica misura individuale di riparazione adeguata è la *riapertura del processo* ma come farla deve decidere lo Stato: interpretando norme esistenti o introducendone delle nuove.

"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".

La restituzione in termini

La Corte è sempre stata favorevole alla **libertà dei mezzi**. Solo dal 2000 la Corte ha affermato che la misura più adeguata o la *sola* adeguata era la riapertura del processo. Tuttavia, questa affermazione si scontra con il principio del *giudicato* in Italia.

Innanzitutto, è necessario **sospendere l'esecuzione della pena**, e può farlo solo il giudice dell'esecuzione. L'art. 670 cpp prevede che la sospensione possa essere disposta in determinate situazioni e non è contemplata l'esecuzione di una sentenza di condanna da parte della Corte di Strasburgo: per questo motivo si è utilizzato l'art. 673 cpp interpretato conformemente dalla Corte di Cassazione.

Sentenza Somogyi vs Italia

Viene presentato ricorso alla Corte di Strasburgo per violazione dell'art. 6 CEDU da parte di un cittadino ungherese condannato in contumacia in Italia. Il ricorso viene accolto e la Corte EDU condanna l'Italia indicando come soluzione più adeguata la riapertura del procedimento con cui il ricorrente era stato condannato in contumacia. Nonostante la richiesta, da parte dei difensori del ricorrente, della rimessione in termini ex art. 175 cpp, la Corte d'Appello la respinge argomentando che la condanna non può consentire la rinnovazione di un procedimento conclusosi con sentenza definitiva. La Cassazione annulla la decisione della corte d'Appello, enunciando il fondamentale principio di diritto tale per cui, *a fronte dell'obbligo del giudice nazionale di conformarsi alle sentenze*

della Corte di Strasburgo, anche le sentenze penali passate in giudicato possono essere rimesse in discussione. La Cassazione dispone quindi della **rimessione del ricorrente nel termine per proporre Appello** avverso la sentenza definitiva di condanna in contumacia, ritenuta lesiva dei diritti garantiti ex art. 6 CEDU.

Per la sentenza *Dorigo vs Italia* *[pag. 14] è stata utilizzata la disciplina della *restituzione in termini* per proporre impugnazione ex art. 175 cpp per il contumace (riforma del 2014, abolizione dell'istituto della *contumacia* introducendo quello dell'*assenza*): colui che è stato assente durante il processo se dimostrava di non essere venuto a conoscenza del processo non per causa proprio poteva essere rimesso nei termini e proporre impugnazione anche se questi erano scaduti.

L'Italia era stata condannata per aver violato il diritto dell'imputato a presenziare al proprio processo ex art. 6 CEDU: la giurisprudenza ha utilizzato questo istituto per permettere la *riapertura* del processo. La dottrina ha criticato l'utilizzo in via analogica dell'istituto.

La revisione

È uno strumento di impugnazione straordinaria previsto nel Codice di procedura penale italiano capace di scardinare il giudicato, ma gli unici casi in cui può essere utilizzato è per prova nuova, contrasto tra giudicati e falsità in atti. Es. la *prova nuova*, non conosciuta e non conoscibile nel corso del processo. La Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 630 cpp nella parte in cui **non prevedeva tra i casi in cui è possibile utilizzare la revisione l'esecuzione di una sentenza di condanna da parte della Corte Europea**.³ Tale strumento per essere costituzionalmente legittimo deve includere anche questa fattispecie: è stato aggiunto tramite sentenza additiva (nonostante ciò è stato utilizzato poco per difficoltà applicative).

La **sentenza n.113 del 2011** individua nella **revisione** lo strumento idoneo ad eliminare le conseguenze negative che la parte lesa continua a subire dando la possibilità di riaprire il processo per riportare il soggetto a una fase antecedente alla violazione della Convenzione. Il richiedente, quindi, deve portare un elemento tale capace di dimostrare, almeno attraverso un vaglio superficiale, che quell'elemento, se conosciuto, avrebbe portato a una sentenza diversa da quella della condanna.

La revisione, però non può portare a una modifica della condanna: il soggetto o è condannato o è assolto. Quest'ultimo aspetto non è in linea con l'obiettivo della Corte Europea.

Il ricorso straordinario

Un altro strumento utilizzato in via giurisprudenziale è un istituto di impugnazione straordinaria: il **ricorso straordinario per errore di fatto** ex art. 625-bis cpp, mezzo utilizzato per poter correggere l'errore materiale compiuto dal giudice nel corso del giudizio di Cassazione: la giurisprudenza ha classificato questo errore come *materiale*, non capace di incidere in maniera determinante nel processo.

È utilizzabile la procedura del ricorso straordinario per errore di fatto di cui all'art. 625-bis cpp per dare esecuzione ad una sentenza della CEDU che ha rilevato una violazione del diritto di difesa

³ È costituzionalmente illegittimo l'art. 630 cpp, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, 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. L'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo, sancito a carico delle Parti contraenti, comporta infatti anche l'impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della restitutio in integrum in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, particolarmente in tema di equo processo.

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. È chiaro che questo strumento può essere utilizzato, ma solo per **violazioni commesse nel corso dei giudizi dinanzi la Corte di Cassazione**.

Sentenza Drassich vs Italia

La Corte di Appello di Venezia condanna Drassich per reato di falso ideologico in continuazione con episodi di corruzione per atti contrari a doveri di ufficio. La condanna passa in giudicato per effetto della sentenza della corte di Cassazione: quando rigetta il ricorso si accorge che se non avesse riqualificato i fatti da corruzione per atti contrari a doveri di ufficio a corruzione per atti giudiziari, avrebbe dovuto dichiarare il reato prescritto. Ecco che la Cassazione, in sede di rigetto del ricorso, riqualifica i fatti all'interno della fattispecie di *corruzione per atti giudiziari*, la quale prevedendo una pena diversa non comportava la scadenza dei termini di prescrizione.

Drassich fa ricorso alla Corte Europea perché, essendo stati riqualificati i fatti in una fattispecie diversa, non gli era stata permessa una difesa in ordine alla nuova fattispecie di reato: il ricorrente è stato condannato per un reato non indicato nella richiesta di rinvio a giudizio e non comunicatogli in alcuna fase del processo. Questo comporta una violazione del diritto di informazione del ricorrente (a conoscere in modo dettagliato la natura e i motivi dell'accusa), del suo diritto a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie alla preparazione della sua difesa.

Ai fini dell'*art. 41 CEDU*, la Corte ha constatato che il ricorrente non aveva presentato tempestiva domanda di equa soddisfazione e, quindi, non ha accordato alcuna somma. Tuttavia, la medesima Corte ha affermato che quando un ricorrente è stato condannato all'esito di procedimento in cui sono state violate disposizioni dell'*art. 6 CEDU*, in linea di principio il mezzo appropriato di ristoro di tali violazioni è costituito dallo svolgimento di un nuovo processo o dalla riapertura del processo già svolto, a domanda dell'interessato.

Per dare esecuzione alla sentenza europea, la Corte d'Appello di Venezia dichiara con ordinanza la parziale inesigibilità della sentenza definitiva di condanna, ordinando la trasmissione dell'originario ricorso per cassazione alla corte suprema. La Cassazione revoca la sentenza ex *art. 625 cpp* nella parte relativa alla riqualificazione del reato e dispone la rinnovazione del giudizio di legittimità contro la sentenza della Corte d'Appello, limitatamente al punto della diversa qualificazione giuridica del reato. Nel nuovo giudizio la Suprema Corte, qualificati i fatti corruttivi quali reati di corruzione in atti giudiziari, rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

La Cassazione dimostra la consapevolezza di dovere rispettare le istanze sovranazionali poste a tutela dei diritti dell'uomo. Questo sottolinea ancora una la forza vincolante delle sentenze definitive della Corte di Strasburgo (ex *art. 46 CEDU*), la quale non può prescindere dall'attuazione di strumenti giuridici interni idonei a garantire la registrazione del diritto violato (altrimenti sarebbe vanificata l'effettività del diritto al ricorso contro la violazione dei diritti garantiti dalla CEDU).

Se l'intervento legislativo è insufficiente, la giurisdizione deve applicare correttamente i criteri interpretativi della Corte di Strasburgo e assicurarsi che la disciplina processuale abbia una regola che permetta di adempiere al decum della Corte di Strasburgo.

In questo caso la violazione e la causa sono puntualmente individuate quando la Corte di Strasburgo pronuncia il decum: la conseguenza della violazione è circoscritta alla mancata applicazione della prescrizione del reato (quindi la violazione riguarda solo il giudizio di legittimità, non quello di merito). La Cassazione ritiene quindi possibile la riapertura del procedimento solo in relazione alla fase del giudizio di legittimità in cui è avvenuta la violazione: il decum del giudice di legittimità deve essere rescisso nella parte in cui non ha garantito il rispetto del contraddittorio. La Corte cerca un meccanismo capace di assicurare la rescissione del giudicato nella parte in cui è avvenuta la

Dispensa di Procedura Penale Europea

violazione della CEDU e la rinnovazione della fase di legittimità nel rispetto dei principi CEDU. *Sentenza della Corte costituzionale del 2008 n. 129*: per rimuovere gli effetti degli errori di questo tipo commessi dal giudice di legittimità si fa uso in via **analogica** (in virtù dell'identità di ratio che ha portato all'introduzione di questo tipo di impugnazione straordinaria) del **ricorso straordinario per errore materiale - di fatto** ex art. 625-bis cpp.

La Corte tratta nuovamente il ricorso originario contro la Corte di Appello assicurando al ricorrente un contraddittorio argomentativo sulla modifica del titolo di reato.

Critiche della dottrina all'impiego dell'art. 625-bis

- Forzatura interpretativa: il ricorso straordinario per errore materiale/di fatto è un rimedio straordinario; le impugnazioni sono governate dal principio di tassatività;
- L'errore di fatto legittima il ricorso straordinario se considerato nella sua dimensione percettiva (non errori di valutazione degli atti del processo, o di diritto concernenti l'esistenza o inesistenza di una norma o la sua scorretta interpretazione).

La dottrina che non vuole una lettura eccessivamente estensiva dell'art. 625-bis cpp per evitare di trasformare l'istituto in un quarto grado di giudizio. Ma queste critiche non considerano che l'esigenza di rimediare ad errori del giudizio di legittimità che hanno leso un diritto fondamentale è non diverso dai casi che legittimano il ricorso straordinario.

Inoltre, non tengono in considerazione che la distinzione tra "errore percettivo" e "di valutazione" sia sfumata: non si tratta di rimettere in discussione l'esito del processo. Infine, nel bilanciamento tra la funzione costituzionale del giudicato e il diritto ad un processo equo, prevale quest'ultimo.

In conclusione, la Cassazione ha la possibilità di dare una diversa qualificazione dei fatti se l'imputato si è potuto difendere conformemente. La Corte Europea ha sostenuto che nel diritto di difesa dell'accusato rientra la possibilità di difendersi in ordine ad una precisa qualificazione giuridica.

In questo caso, a Drassich è stato concesso di tornare dinanzi alla Corte di Cassazione (dove era avvenuta la violazione): il ricorso straordinario è stato utilizzato in maniera analogica - *restitutio in integrum*- dando la possibilità all'imputato di difendersi anche in ordine a questa nuova fattispecie.

*Sentenza Dorigo vs Italia * [pag. 12]*

Il ricorrente Dorigo era stato condannato dalla Corte di Assise di Udine per reati di associazione con finalità di terrorismo, ricettazione, banda armata, detenzione, porto illegale d'armi, attentato con finalità terroristiche e rapina aggravata. La sentenza è stata confermata in Appello e in Cassazione diventando irrevocabile. Propone un ricorso davanti alla Corte Europea lamentando che nel corso del suo processo il giudice abbia utilizzato per la decisione una dichiarazione rilasciata da un testimone che non aveva potuto interrogare.

Una dichiarazione resa da un testimone che l'accusato non ha potuto interrogare è utilizzabile ma non può essere posta come base della sentenza, non può essere la prova esclusiva e determinante. In questo modo la difesa ha subito un pregiudizio non potendo dimostrare che il testimone era inattendibile.

Secondo la Corte, l'Italia ha violato l'art. 6 CEDU rientrando tra i casi previsti dalla raccomandazione 2000(2) rendendosi necessaria la riapertura del processo.

L'art 670 cpp: il giudice dell'esecuzione può agire e modificare il titolo esecutivo MA solo in alcune situazioni, ad esempio l'**abrogazione del reato**. L'esecuzione di una sentenza della Corte Europea non rientrava nei casi previsti dall'articolo, ma la Corte ha interpretato in modo tale da includerla. Dorigo esegue una pena in forza di un titolo esecutivo derivante da un processo dichiarato *unfair*: è come se stesse eseguendo una pena in forza di un titolo **non eseguibile**. *Il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 cpp, l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea*

abbia accertato che la condanna sia stata pronunciata in violazione delle regole fondamentali sul processo equo sancite dall'art. 6 CEDU e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia omissis di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo a instaurare il nuovo processo.

La Corte dichiara l'inefficacia dell'ordine di esecuzione della condanna emesso in relazione alla sentenza irrevocabile pronunciata a seguito di un processo giudicato non equo per *la violazione del diritto al contraddittorio*. Il problema di questo strumento, oltre alla forzatura interpretativa, è che **non pone il soggetto nella posizione antecedente la violazione e non permette la riapertura del processo**. Anche questo istituto è stato considerato inefficace dalla dottrina.

La misura generale di riparazione

La CEDU è un giudice del caso concreto, ma può accadere che la violazione accertata nella singola vicenda sottoposta a scrutinio si ripresenti in una serie di casi identici o analoghi. Siamo in presenza di **violazioni strutturali**, ossia ipotesi nelle quali la condanna del singolo Stato è da ascrivere la contrasto della legislazione interna con una delle norme CEDU (non ad episodiche violazioni della CEDU). Nel caso in cui vi siano **carenze strutturali nell'ordinamento statale**, delle quali la concreta vicenda giudiziaria rappresenta un esempio, si deve *aggiustare* il sistema processuale per evitare continue violazioni della garanzia.

L'irragionevole durata dei processi penali italiani

Prima degli anni 2000 la Corte di Strasburgo era subissata da ricorsi di cittadini italiani che lamentavano la violazione del principio convenzionale della ragionevole durata del processo. Ecco allora che la Corte ha individuato **un problema strutturale** per cui era necessaria una **misura generale di riparazione**.

In Italia, l'eccessiva durata dei processi è, tuttora, dovuta a vari motivi: l'alto tasso di litigiosità e la mancata depenalizzazione di vari reati che puniscono comportamenti che non hanno più lo stesso disvalore sociale di un tempo. Un altro motivo è la complessità, dovuta al numero delle parti e **all'esercizio dell'azione civile di risarcimento del danno da parte della vittima**. La persona offesa ha, naturalmente, tutto il diritto di partecipare al processo, ma sovrapporre il piano civile con quello penale non è efficiente perché c'è il rischio che l'esercizio dell'azione civile nel procedimento penale conduca alla prescrizione. A tal riguardo, il giudice penale non può quantificare il danno riconosciuto alla persona offesa, per cui è necessario rivolgersi ad un giudice civile. La vittima, quindi, non dovrebbe fare parte del processo penale se non per portare un contributo in quanto ha la possibilità di richiedere il risarcimento direttamente ad un giudice civile.

Un ulteriore ragione è **l'obbligatorietà dell'azione penale ex art. 112 cpp**: di fronte a qualsiasi tipo di notizia di reato che non sia *ictu oculi* cestinabile, il PM deve effettuare le indagini per verificare se esercitare l'azione penale. Infine, il nostro sistema accusatorio ha delle garanzie molto complesse e i procedimenti speciali sono un fallimento perché in percentuali maggiori si ricorre al procedimento ordinario (contando sulla scadenza dei termini di prescrizione del reato).

Con la **legge 89/2000** (cd. **legge Pinto**) e poi modificata dalla **legge 134/2012**, l'Italia ha introdotto come **rimedio interno** la possibilità per la vittima di adire la **Corte d'Appello** al fine di decidere sull'equa riparazione: prima di ricorrere a Strasburgo si devono esaurire i rimedi interni e in Italia si deve ricorrere prima alla Corte d'Appello, la quale valuta il caso sulla base degli **stessi parametri** della Corte EDU. Verifica se il processo è durato troppo e, sulla base di ciò, decide di liquidare un'equa compensazione all'imputato (evitando, così, un ricorso presso la Corte di Strasburgo):

- **Complessità del caso:** alto numero dei testi da escutere, mole dei documenti da acquisire, necessità di ricorrere a interpreti e traduttori, coinvolgimento di più persone, livello transnazionale delle manifestazioni criminali;
- **Comportamento dell'autorità:** l'organizzazione interna della macchina giudiziaria. Lo Stato deve assicurare l'efficienza di tutti i suoi servizi e degli organi giudiziari in particolare. Ogni Paese è obbligato a garantire il funzionamento degli apparati giudiziari nazionali per rendere effettive le emergenze. Un carico temporaneo di lavoro arretrato non implica automaticamente la responsabilità statale;
- **Comportamento dell'imputato:** ad esempio se si è reso irreperibile o se si è voluto sottrarre dalla giustizia di uno stato o se ha usato comportamenti per ritardare le indagini. Il ricorrente deve svolgere gli atti che lo riguardano con diligenza, eludendo manovre dilatorie con lo sfruttamento delle possibilità offerte dal diritto interno per abbreviare la procedura. L'intenzione di ritardare le indagini può essere una condotta in teoria irrilevante sulla irragionevolezza della durata. La sottrazione alla giustizia di uno Stato rispettoso del principio di supremazia del diritto fa subito scattare la presunzione in base alla quale l'accusato non possa dolersi dell'irragionevole durata per il periodo successivo alla sua evasione, tranne in presenza di circostanze che superano una simile presunzione;
- **Oggetto del procedimento.**

➔ *In realtà, anche questo strumento non ha dato l'effetto sperato: a Strasburgo arrivano i ricorsi che lamentano la violazione del tempo ragionevole a causa dei ricorsi dinanzi alla Corte d'Appello*

Sentenza Broniowski vs Polonia

Questa è una cd. **sentenza pilota** che, al sorgere di un difetto strutturale dell'ordinamento, obbliga a riparare una violazione modificando l'ordinamento processuale: si toglie allo Stato la libertà di scegliere qual è la misura più adeguata a eseguire una sentenza di condanna. La corte, in questo caso rivendica a sé il ruolo di *giudice delle leggi*, indicando in questa veste anche i rimedi che ritiene necessari per evitare violazioni future (non più in relazione al caso concreto), finendo così per svolgere le funzioni normalmente assegnate al Comitato dei Ministri. È il primo caso in cui si è applicata una misura generale: una volta rilevato che la violazione dipende da un difetto sistematico dell'ordinamento lo Stato adotta misure di carattere generale per evitare nuove sistematiche violazioni. Come ha proceduto la Corte?

Ha indicato le norme domestiche in contrasto con la CEDU e i provvedimenti opportuni da adottare per sanare il contrasto. Allo Stato viene dato un termine per adeguarsi, tutti i ricorsi sulla stessa questione sono sospesi e verranno cancellati dal ruolo in caso di adempimento da parte dello Stato o verranno decisi da una sentenza di condanna, se decorso il termine lo Stato non ha adempiuto.

L'efficacia obbligatoria della sentenza pilota ha una duplice valenza:

- *Individuale:* eliminare la violazione e riparare gli effetti pregiudizievoli di essa
- *Generale:* eliminare la violazione ed evitare che essa si ripeta in casi analoghi

La sentenza pilota ha effetti **erga omnes**. La base giuridica delle sentenze pilota è nell'*art. 61 del regolamento CEDU*. Si distingue dalle sentenze a portata generale, nelle quali la Corte rileva un problema di carattere sistemico o strutturale, suscettibile di ripetersi con i medesimi effetti pregiudizievoli ai danni di soggetti diversi dal ricorrente, ma versanti nella sua stessa condizione. Le misure generali sono complesse da definire e porre in atto, presuppongono un'approfondita analisi delle cause che hanno portato alla violazione. Se la violazione è dovuta ad una legge o ad una carenza legislativa è imprescindibile un intervento.

*Sentenze pilota destinate all'Italia***1. Sentenza Sejdivic vs Italia del 2004** riguardante l'istituto della contumacia

Fatti del caso: l'imputato, dichiarato latitante, viene sottoposto a un procedimento penale in contumacia che si conclude con una sentenza di condanna nei suoi confronti. Viene arrestato in Germania, ma le autorità tedesche si rifiutano di consegnarlo a quelle italiane, in quanto la legge italiana non garantisce al condannato, se messo a conoscenza del procedimento pendente nei suoi confronti, il diritto di ottenere la riapertura del processo. Il governo italiano indica come strumento idoneo a consentire la riapertura del processo a favore dell'imputato la **restituzione in termini ai fini dell'impugnazione** (art. 175 c.2 cpp). La Corte EDU definisce tale strumento inadeguato per due ragioni: l'onere di provare la mancata conoscenza incolpevole del processo grava interamente sull'imputato e il termine di dieci giorni dalla conoscenza del procedimento è troppo breve.

"Sussiste la violazione dell'art.6 (diritto ad un equo processo) CEDU, allorquando è stata pronunciata una sentenza contumaciale di condanna di un imputato che non era stato informato in maniera effettiva del procedimento penale a suo carico e che non aveva rinunciato in maniera inequivoca al suo diritto a comparire al dibattimento, ed allorquando dopo tale condanna non sia previsto dal 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 Corte EDU sottolinea l'inderogabilità e l'improcrastinabilità di un intervento legislativo teso ad eliminare gli ostacoli alla riapertura del termine per proporre l'impugnazione a favore dell'imputato, condannato in contumacia, il quale non avesse rinunciato in modo inequivoco a partecipare al processo. Non era previsto un meccanismo che permettesse al condannato contumace, che provava di non essere a conoscenza del processo per colpa a lui non imputabile, di difendersi e di ottenere una nuova pronuncia da parte del giudice. Il legislatore ha, così, modificato l'art. 575 cpp introducendo la possibilità della **rimessione in termini per poter impugnare**.

Le critiche dottrinali

Il condannato rimesso in termini per impugnare è costretto a rinunciare ad un grado di merito, perdendo i benefici legati alla partecipazione all'udienza preliminare; sull'imputato grava la *probatio diabolica* della **non conoscenza incolpevole** del procedimento. Nel 2014 è stata soppressa l'istituto della contumacia, sostituita dagli istituti della *sospensione del processo nei confronti degli irreperibili e dell'assenza consapevole*.

2. Sentenza Torregiani vs Italia del 2013 riguardo la violazione dell'art. 3 CEDU (divieto di trattamenti inumani e degradanti e divieto di tortura).

3. Sentenza Scoppola c. Italia del 2009

Si afferma che lo Stato ha il dovere 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 nella **medesime condizioni del ricorrente**.

NB: La Corte costituzionale con la sentenza **n.210/2013** ha rilevato come non 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.

4. Sentenza della Grande Camera, De Tommaso vs Italia del 2017

La Corte Europea si è pronunciata nella sua forma *più autorevole* (la Grande Camera è come se fosse le *sezioni unite* della Cassazione) per pronunciarsi in maniera unitaria. La sentenza riguarda la compatibilità delle misure di prevenzione antimafia previste all'interno dell'ordinamento italiano. Il ricorrente è stato sottoposto a una misura di prevenzione personale (sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel proprio comune di residenza).

La *legge 159/2011* prevede l'applicazione delle **misure di prevenzione** nei confronti di:

- a. coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente **dediti a traffici delittuosi**;
- b. 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**;
- c. 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**.

Nel caso in cui si violino le disposizioni - tra cui anche la prescrizione di vivere onestamente e rispettare le leggi - si impone l'obbligo di soggiorno. **MA** cosa significa: *vivere onestamente e rispettare le leggi*? È una regola troppo poco chiara. Inoltre, i concetti di *traffici delittuosi* e di *attività delittuose* sono del tutto indeterminati risolvendosi nel richiamo delle totalità delle leggi penali. 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 l'interprete libero nell'individuare i presupposti della misura. A che leggi si riferisce? Ad esempio, sono comprese le leggi stradali? Inoltre, *vivere onestamente* sarà qualcosa di diverso dal *rispetto delle leggi*.

Vi è un deficit di precisione e prevedibilità delle prescrizioni previste.

La Convenzione sancisce che si può limitare la libertà di circolazione di un soggetto in base a norme previste dalla legge che devono essere *chiare, comprensibili e necessaria alla sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico...* L'art. 2 Prot. N. 4 CEDU dice **quando e in che modo** l'autorità può limitare la libertà di circolazione delle persone e subordina la legittimità delle misure di restrizione della libertà di circolazione al principio di **legalità e proporzione**.

La misura deve essere prevista dalla legge in maniera **sufficientemente precisa**, per **renderne prevedibile l'applicazione** in questo modo che il cittadino possa regolare la propria condotta

La Cassazione ha sollevato **questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 c.2 159/2011** per contrasto con gli *artt. 25 e 117 Cost.* La Corte costituzionale nel 2019 ne ha dichiarato l'incostituzionalità nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi».

Il Comitato dei Ministri nei casi delle sentenze pilota non interrompe la sorveglianza rispetto all'esecuzione della sentenza finché non interviene una modifica della normativa.

Schema tipico di una sentenza della Corte Europea

La sentenza inizia sempre con un'analisi dei fatti e dell'intero processo, viene individuato l'oggetto e si considera la giurisprudenza. La Corte va a verificare la violazione, poi vi è la difesa da parte dello Stato e la tesi del ricorrente con le proprie valutazioni. Infine, vi è la valutazione e decisione della Corte, infine si specifica l'eventuale misura di riparazione.

Una **particolarità** delle sentenze date dalla Grande Camera sono le allegazioni delle *opinioni separate*: ossia quelle (anche parzialmente) dissenzienti e concordanti. Una decisione collegiale è presa a *maggioranza* e ci sono varie opinioni: allegandole si vogliono indicare tutte le argomentazioni dei giudici.

Le garanzie dell'equo processo

L'Unione Europea e la CEDU

La modifica dell'*art. 6.2 TUE* prevede **l'adesione dell'Unione alla Convenzione**. Nel momento in cui aderirà, la Corte Europea sarà giudice competente a valutare gli atti dell'Unione in riferimento alla CEDU: ci sarà obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme alla CEDU per tutto il diritto europeo; in caso di violazione convenzionale sarà *in primis* la Corte di Giustizia a dover **adottare i provvedimenti riparatori** conseguenti alla pronuncia di condanna emessa dalla Corte di Strasburgo. La Corte di Giustizia è infatti organo di controllo sulla conformità dell'atto legislativo emanato dall'Unione rispetto ai Trattati (e l'*art. 6.2* è fonte primaria del diritto europeo).

Gli atti dell'UE sono redatti già tenendo conto delle garanzie della CEDU in quanto queste si ritrovano anche nella Carta di Nizza sui diritti fondamentali. È nata come *carta di buoni propositi* divenuta poi vincolante al pari dei Trattati e deve essere tenuta in considerazione nel processo legislativo insieme alle direttive intervenute in tema di procedura penale (rafforzamento della presunzione di innocenza e dei diritti della persona durante la ricerca della prova). Se all'interno della Carta di Nizza ci sono le stesse garanzie previste dalla Convenzione, gli atti sono sostanzialmente conformi.

Il processo di armonizzazione delle legislazioni

L'*art. 82.2 TFUE* è la base legale dell'armonizzazione delle legislazioni processuali penali prevedendo norme minime comuni per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale. Lo strumento più utilizzato per introdurre queste norme comuni sono le Direttive.

La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo è la soglia minima di tutela; ogni Stato Membro potrà liberamente prevedere delle garanzie maggiori.

I principi di procedura penale europea

Le caratteristiche che un processo deve avere per essere conforme ai diritti fondamentali previsti dalla CEDU corrispondono alle garanzie previste dal diritto primario. C'è corrispondenza fra i diritti del TUE e della Carta di Nizza.

Art. 6 del TUE:

I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

Art. 52.3 Carta di Nizza:

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

Avendo in mente il **principio di corrispondenza**, si deve verificare l'ordinamento nazionale osserva sia ciò che è previsto dal Consiglio d'Europa che dall'Unione Europea, altrimenti dovranno essere fatte delle modifiche che rendano il sistema compatibile.

I modelli processuali

Il sistema inquisitorio

1. la sovrapposizione di accusa e decisione: portava avanti l'accusa il giudice istruttore lo stesso che giudicava sulle stesse prove. Ogni iniziativa dell'accusa era *ex officio* del giudice;
2. le prove sono assunte dal giudice indipendentemente dalla richiesta delle parti;
3. il processo è segreto e scritto;
4. l'organo istruttorio (giudice inquisitore) compie da solo le acquisizioni probatorie;
5. un'evidente disparità di poteri tra giudice-accusatore e imputato;
6. la carcerazione preventiva dell'imputato il quale è considerato oggetto di investigazione.

Il sistema accusatorio

1. una netta distinzione tra chi deve portare le prove e chi giudica: la libertà di accusa è riconosciuta all'offeso del reato e ai suoi congiunti ovvero anche al *quivis de populo*, senza l'esercizio del quale il giudice non può intervenire;
2. il principio dispositivo in tema di prova: nell'accusatorio la prova viene portata dalle parti;
3. il processo è pubblico e orale;
4. il principio di immediatezza e di concentrazione;
5. la parità delle parti, il giudice è terzo e imparziale che valuta la prova portata dalle parti.
6. la libertà, il linea di principio, dell'accusato fino alla sentenza irrevocabile di condanna.

La CEDU non abbraccia inderogabilmente i principi accusatori. La Convenzione non impone un sistema particolare, infatti non si può obbligare agli Stati membri a preferire un modello processuale prescindendo dalle singole esperienze giuridiche: delinea una serie di livelli minimi di giustizia, oltre i quali gli Stati membri possono adottare impostazioni anche molto diverse. Secondo la Corte EDU l'equità di un processo non può essere definita in astratto, ma deve essere verificata secondo le circostanze di ogni caso concreto. Un'eventuale violazione deve essere verificata sul piano giurisprudenziale, ossia una norma contraria alla CEDU potrebbe essere sanata da un'equa applicazione da parte del giudice o, viceversa, una legge conforme alla CEDU potrebbe violare l'equità del processo a seguito dell'interpretazione giurisprudenziale.

Le caratteristiche fondamentali del nostro sistema processuale penale

Il nostro ordinamento dal 1988 ha adottato un modello di stampo accusatorio a seguito di una riforma che ha sostituito il codice Rocco del 1930 basato sul modello inquisitorio. Con la **riforma del 2001** dell'*art. 111 Cost.* si è cercato di portare principi della CEDU sul giusto processo (*art. 6*) nell'ordinamento italiano. Le caratteristiche fondamentali sono: **una netta differenziazione di ruolo tra p.m. e giudice, l'eliminazione della segretezza degli atti del giudice, il principio dispositivo nella formazione della prova e valorizzazione del dibattimento e dell'oralità, l'accentuazione dei poteri delle parti e principio di parità tra queste.**

In realtà, non sono riscontrabili delle concrete realizzazioni di uno dei due sistemi nella loro purezza: nella pratica esistono soltanto quelli che vengono definiti **sistemi misti** (in cui sono tra loro intrecciati o variamente dosati i profili di *accusatorietà* e *inquisitorietà*). Né la CEDU né il patto internazionale sui diritti civili e politici sostengono che il modello accusatorio sia migliore o più affine, né indicano una preferenza, semplicemente indicano **quali principi devono essere garantiti**. Nonostante la diversità delle soluzioni, 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.

Il giusto processo

Le norme più importanti che disciplinano il giusto processo sono gli **artt. 3-5-6 CEDU, artt. 53-54 della Carta di Nizza. e l'art. 6.3 TUE.**

L'art. 6 CEDU stabilisce la configurazione che deve avere ogni processo per potersi definire effettivamente equo. Si tratta di un elenco meramente **esemplificativo** dei requisiti imprescindibili di qualsiasi processo conforme alle prescrizioni internazionali.

- *Parità delle armi*
- *Principio del contraddittorio per la formazione della prova*
- *Diritto di rimanere in silenzio e di non collaborare con l'autorità giudiziaria*
- *Diritto di non rilasciare dichiarazioni autoincriminanti*
- *Durata ragionevole del processo*
- *Obbligo di motivazione*
- *Presunzione di innocenza*
- *Giudice precostituito*
- *Diritto all'essere informato in modo chiaro e dettagliato dell'accusa come garanzia del diritto di difesa concreta ed effettiva*

La Corte EDU ne verifica il **rispetto sostanziale nel caso concreto**, non essendo sufficiente un'osservanza formale. Ad esempio, il solo fatto che sia stato nominato un difensore non vuol dire che sia stato esercitato il diritto di difesa. Se il difensore non ha avuto il tempo necessario per preparare la difesa il diritto di difesa dell'imputato non è stato rispettato nella sostanza.

La Convenzione deve essere interpretata allo scopo di tutelare l'individuo, e qualora siano ammissibili più interpretazioni, scegliere quella che assicura maggiori garanzie al ricorrente.

Articolo 6 CEDU - primo paragrafo

L'art.6 si compone di 3 paragrafi.

Il *par.1* spiega cosa si intende per *equo processo*:

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.

Ogni persona ha diritto a che la propria vicenda processuale venga esaminata equamente, ma non c'è all'interno della Convenzione una norma dica che cosa vuol dire *equo processo equo*: il significato di **fairness processuale** è dato dalla Corte di Strasburgo nelle proprie sentenze.

La CEDU tende a garantire dei diritti che siano concreti ed effettivi; non basta l'indicazione formale della garanzia nel sistema, ma deve essere stata concretamente osservata. Se un processo non rispetta le garanzie previste all'art. 6, allora **non è definibile come processo**. L'elenco è solamente **esemplificativo** e non tassativo: ne possono essere individuate ulteriori dalla Corte EDU.

Queste garanzie devono valere per tutti i tipi di reato senza eccezioni e in tutti i tipi di procedimenti (anche non penali). Inoltre, non è riconosciuta la suddivisione in fasi, la fairness processuale deve essere rispettata anche dopo il passaggio in giudicato, durante l'esecuzione della pena.

Il principio di uguaglianza davanti al giudice

Non c'è riferimento all'*art.6 CEDU*, ma viene ricavato per via interpretativa partendo dal concetto di fairness processuale, facendo esplicito all'*art.14 CEDU* che pone un **divieto di discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà**. In Italia questa garanzia è tutelata a livello costituzionale. Un riferimento esplicito è invece nel Patto internazionale ex *art. 14 c.1*:

Tutti devono essere uguali davanti ai tribunali e alle corti di giustizia.

Il principio di uguaglianza davanti al giudice è un esempio di non esaustività, di non tassatività dell'elenco dell'*art.6*. Ma cosa implica? **Tutti godono delle stesse garanzie davanti al giudice**, a prescindere da sesso, razza, condizione sociale, professione ecc...

Eccezione: l'esame dell'imputato minorenni (serve l'intermediazione del giudice) è diverso da quello del maggiorenne (viene compiuta una cross examination dalle parti). Il principio di uguaglianza non esclude la possibilità di avere forme differenziate se il fine è **tutelare questi soggetti**. Vigge il **canone di ragionevolezza per la differenziazione delle procedure**: deve esserci una giustificazione all'eventuale procedura differenziata. È ragionevole avere una disciplina diversa per un soggetto che per caratteristiche oggettive dev'essere più tutelato di un altro: la Corte costituzionale ha sempre sancito il rispetto del principio di uguaglianza senza escludere la possibilità che per determinate categorie di soggetti siano previste forme differenziate.

Ricorda: quello della CEDU è il **livello minimo che deve essere garantito**, gli Stati Membri non possono andare al di sotto, ma possono riconoscere garanzie maggiori.

Il diritto di accesso al giudice

Un altro diritto implicitamente riconosciuto dall'*art. 6 CEDU* è il diritto di accesso al giudice, corollario del principio di eguaglianza: *ogni persona ha diritto a portare la propria vicenda davanti al giudice*. È una garanzia contenuta anche all'*art. 14 del Patto internazionale*: ogni persona ha diritto a che il giudice decida la propria controversia. Dobbiamo intenderlo non solo come diritto dell'imputato ma anche come la possibilità per lo Stato di portare il cittadino davanti al giudice per rispondere del proprio comportamento.

Ad esempio, in Francia e in Belgio è stato ritenuto illegittimo subordinare lo svolgimento del ricorso per Cassazione alla costituzione in carcere dell'imputato condannato nel giudizio di merito. Il soggetto condannato in primo e in secondo grado, per poter essere legittimato a proporre ricorso in Cassazione (accesso al giudice) doveva costituirsi in carcere: ciò è stata ritenuta come una limitazione del diritto di accesso ingiustificata, quindi una violazione dell'*art. 6*.

Nella Carta di Nizza questo diritto è garantito espressamente (principio di corrispondenza).

Art. 47 Carta di Nizza

Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.

Vi sono numerose sentenze in cui questo diritto viene definito un **principio generale comunitario**.

Leading case: Golder vs Regno Unito del 1975

Golder era un detenuto, cittadino del Regno Unito e subisce delle violenze in carcere e le denuncia. Questo tipo di denunce effettuate da detenuti avevano una disciplina particolare in Gran Bretagna: dopo aver depositata la denuncia era il Ministro della Giustizia che doveva far partire le indagini e l'eventuale processo. In questo caso il Ministro non fa niente, senza però dare un giustificato motivo. Golder allora si rivolge alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione del diritto (implicito) di accesso al giudice: riteneva fosse necessario **esplicitare il diritto di un soggetto ad andare davanti al giudice**. A cosa servirebbe prevedere dettagliatamente dei diritti processuali se poi non è garantita la possibilità di esercitare questi diritti davanti a un giudice. La Corte EDU condanna, così, il Regno Unito ad inserire un organo politico e non giurisdizionale come destinatario di denunce da detenuti. Questo caso ha stabilito un principio che verrà poi richiamato come precedente giudiziale (sebbene non valga la *regola del precedente*, ha comunque una certa valenza).

Sentenza della Grande Camera del 2009, Kart vs Turchia

Nel sistema turco vige l'immunità parlamentare e comporta la sospensione dei procedimenti. Il ricorrente Kart (un parlamentare turco) lamentava che l'irrinunciabilità dell'immunità parlamentare rendeva impossibile esercitare il proprio diritto di accesso perché il procedimento rimaneva sospeso fino alla conclusione del mandato. La Corte EDU ha escluso la violazione dell'*art. 6.1*, affermando il carattere *non assoluto* del diritto di accesso al giudice, il quale **può subire limitazioni se rispondenti a uno scopo legittimo e conformi a un ragionevole rapporto di proporzionalità tra mezzi impiegati e fine perseguito**. L'esito di tale giudizio dipende dal caso concreto e dalla ponderazione degli interessi in gioco, imponendo da un lato di considerare l'ampiezza della restrizione imposta al ricorrente e dall'altra l'importanza dei valori tutelati dalla legislazione nazionale. In questo caso tale rapporto era considerato corretto: il suo diritto di accesso non è limitato in modo assoluto (ripristinato a fine mandato).

La precostituzione del giudice

L'organo giurisdizionale deve essere previamente determinato dalla legge rispetto alla commissione del reato per evitare che possa essere arbitrariamente scelto in relazione alla singola *re giudicanda*. Ci sono dei livelli di tutela diversi tra il nostro sistema, quello previsto dalla CEDU e il livello previsto dalla Carta di Nizza. Nella CEDU la **costituzione del giudice per legge** (anche non antecedente alla commissione del reato) è la garanzia minima per un equo processo.

Nel nostro ordinamento il livello di tutela è maggiore: l'*art. 25.2 Cost.* prevede un *giudice naturale precostituito per legge, riserva di legge statale assoluta* (il giudice competente è quello più vicino al luogo in cui è stato commesso il reato).

Il Patto internazionale prevede come soglia minima la costituzione e non la precostituzione.

La Carta di Nizza invece prevede la precostituzione per legge (*art. 47*).

La CEDU richiede che le regole per la determinazione del giudice siano chiare e assicurino **obiettività e trasparenza** evitando **arbitrarietà**.

L'imparzialità e l'indipendenza del giudice

Art 6.1 CEDU, art. 25 Cost., Art. 47 Carta di Nizza, art. 14 Patto Internazionale

La Corte Europea ha definito l'**imparzialità** nella sentenza *Piersack vs Belgio*: **assenza di pregiudizi o di partiti presi**, equidistanza e disinteresse del giudice rispetto all'esito della causa. Il giudice non deve essere influenzato da legami familiari, di amicizia, di colleganza, di affiliazione politica o

comunanza religiosa. Nell'ordinamento italiano ci sono norme sulla incompatibilità, sulla ricsuzione e sull'astensione es. il giudice che si è pronunciato sulle misure cautelari non può giudicare anche il merito della causa. La Corte ha escluso che queste limitazioni si applichi nei casi in cui il giudice si sia espresso nei confronti della stessa persona in altri procedimenti per questioni **oggettivamente diverse**. Il concetto importante è che il giudice non deve solo essere, ma anche apparire imparziale e indipendente: qualsiasi situazione che ponga anche solo in dubbio l'imparzialità - anche dal punto di vista dell'apparenza- viola l'*art. 6 CEDU*.

Il principio di **indipendenza** assicura la distanza dagli altri poteri dello Stato e dagli altri organi giurisdizionali, ai quali il giudice non deve essere obbligato a dar conto. Quando viene violata l'indipendenza viene spesso compromessa anche l'imparzialità. Un giudice dipendente da un altro soggetto, che deve rispondere della propria attività a qualcun altro non è imparziale. Un corollario dell'indipendenza è l'**inamovibilità** del giudice, il quale non può essere trasferito se non per decisioni assunte dal CSM, mentre il potere esecutivo non può avere alcuna influenza sull'indipendenza. Nella nostra carta costituzionale si trovano:

- **riserva di giurisdizione:** *art. 101.2⁴ e art. 107⁵ Cost.* (inamovibilità), indipendenza del potere legislativo rispetto all'esecutivo.
- **imparzialità:** *art. 101.2 e 111.2 Cost⁶ e art. 25 Cost.* (prestituzione naturale del giudice).
 - o **funzionale:** soggetto disinteressato rispetto all'esito del processo, dunque una tendenziale passività dell'organo giurisdizionale del processo.
 - o **personale:** non deve esservi alcuna situazione di interesse rispetto al soggetto o legame di nessun tipo. Viene prevista la incompatibilità del giudice persona fisica, che abbia pronunciato su una rei giudicanda a pronunciare nuovamente sulla stessa rei giudicanda.
- **indipendenza:** *art. 108 Cost.⁷*, perfetta sovrapposizione con il parametro europeo.
 - o **esterna (da organi non giurisdizionali):** i giudici sono soggetti soltanto alla legge, non sono vincolati alle deduzioni delle parti nell'individuazione della norma di legge da applicare al fatto accertato nel caso concreto *-iura novit curia-*.
 - o **interna (da organi giurisdizionali sovraordinati):** assicurare libertà nell'interpretazione della legge, nell'accertamento dei fatti e quindi nell'applicazione della legge nei casi concreti. Poi il giudice dovrà farsi *guidare* dalle interpretazioni della Corte ma non è obbligato a conformarsi ai precedenti, anche delle SSUU.

Il principio di pubblicità

La causa deve essere **esaminata pubblicamente**. È una caratteristica indefettibile del modello accusatorio: il controllo da parte dell'opinione pubblica è considerata una garanzia rispetto al corretto operato del giudice. Questo principio non riguarda solo la necessità di un'udienza pubblica

⁴ I giudici sono soggetti soltanto alla legge

⁵ 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.

⁶ Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

⁷ 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.

ma anche la **pubblicità dei provvedimenti e delle motivazioni**. La **pubblicità come garanzia generale di equità processuale**.

Secondo la sentenza *Lorenzetti vs Italia* il principio di pubblicità contribuisce al mantenimento della fiducia nei tribunali. Se tutto fosse segreto e non accessibile ci sarebbe poca fiducia nell'operato del giudice. Nel nostro ordinamento c'è una fase processuale che non è pubblica (e che non può esserlo per motivi funzionali): la fase dell'indagine, dove vale il principio del *silenzio istruttorio*. La segretezza delle indagini si concilia, secondo la Corte EDU, con il principio di pubblicità fintanto il giudice utilizza per la propria decisione elementi che emergano da un contesto pubblico garantito nel **dibattimento**.

Naturalmente la garanzia di pubblicità può essere sottoposta a **limitazioni** previste all'art.6:

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.

Quindi, questa garanzia **non ha carattere assoluto** e viene derogato in ragione di interessi ritenuti maggiori (morale, ordine pubblico, sicurezza nazionale) per i quali, anzi, la pubblicità potrebbe arrecare pregiudizi e compromettere le finalità di giustizia. Le eccezioni devono essere **giustificate e proporzionate all'interesse** che si deve tutelare. Es. **protezione della vita**: nei processi contro la criminalità organizzata quando viene sentito come testimone un collaboratore di giustizia, l'esame non avverrà pubblicamente. Tra le circostanze speciali rientrano le situazioni che non possono essere disciplinate in maniera generale: si lascia al tribunale la possibilità di esaminare se una situazione possa recare pregiudizio alla giustizia.

La dottrina sostiene che non è chiaro né se le eccezioni riguardino solo lo svolgimento del processo o anche la pronuncia del giudice né se la proclamazione debba avvenire alla **presenza del pubblico** oppure solo che la sentenza debba essere **conoscibile da chiunque**. In ogni caso, ritiene che un procedimento concluso con il rigetto dell'impugnazione e celebrato in assenza di pubblicità è conforme al principio di pubblicità quando si è limitato alla valutazione della legittimità di un precedente provvedimento pubblicamente reso (*sentenza del 1984 Sutter vs Svezia*).

Il principio di pubblicità può essere **rinunciato a fronte di una richiesta espressa** se non va contro l'interesse pubblico. Es. nel nostro ordinamento si rinuncia alla garanzia di pubblicità se si opta per il giudizio abbreviato, che si celebra con la sola partecipazione delle parti, e la CEDU viene rispettata. Gli artt. 24.2 e 111 Cost. sono garanzia di **pubblicità interna**: diritto delle parti del processo ad avere conoscenza degli atti del processo.

Il principio di pubblicità è contenuto all'art. 101 Cost.:

La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge.

Garanzia di **pubblicità esterna**, ossia il diritto di coloro che non sono parti del processo penale, il pubblico, ad avere conoscenza degli atti del processo in via mediata e immediata.

L'obbligo di motivazione

L'art. 6 CEDU non specifica un obbligo di motivazione, ma viene ricavato dalla giurisprudenza di Strasburgo. All'interno della definizione è comunque implicito che il destinatario del provvedimento giurisdizionale debba avere l'opportunità di conoscere gli argomenti che hanno portato il giudice alla sua decisione. La *sentenza del 2007 Baucher vs Francia* statuisce che:

"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".

L'obbligo di motivazione (che riguarda sia il come mai il giudice non abbia ritenuto convincenti le prove portate da una determinata parte, sia il motivo per cui ha preferito dare maggior rilevanza ad altri elementi) è anche garanzia di imparzialità del giudice: solo in questo modo si può giudicare la coerenza del percorso argomentativo del giudice. Infatti, il dovere di motivare i provvedimenti emanati, da un lato è strumentale al diritto dell'imputato di esperire eventuali impugnazioni, dall'altro, la necessità che siano resi noti, non solo alla collettività, ma anche all'imputato gli elementi su cui poggia la decisione, è finalizzato ad evitare il rischio di un esercizio arbitrario della funzione giurisdizionale. In assenza di evidenti segni di arbitrarietà, la Corte di Strasburgo si è sempre proclamata incompetente a giudicare gli argomenti impiegati dagli organi giurisdizionali nazionali a sostegno delle proprie decisioni.

Motivazione per relationem: quando il giudice fa propria la motivazione di un'altra sentenza richiamandola nella sentenza, ritenuta compatibile con le garanzie CEDU.

La motivazione deve dare conto di un *iter processuale* imperniato sulla regola dell'«ascolto delle ragioni delle parti» ad opera del giudice. Il giudice, sostanzialmente, deve dimostrare di aver ascoltato le parti e assistito alla formazione delle prove. La motivazione deve dare conto delle **ragioni di fatto e di diritto**, i criteri seguiti nella valutazione e l'esito. All'art. 111 cc.6-7 Cost. si stabilisce che:

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

Se viene ammessa la possibilità di impugnare, necessariamente si impone l'obbligo di motivazione. La motivazione ha **funzione endoprocessuale** di assicurare la legalità e la giustizia dei provvedimenti ed **extraprocessuale** di far conoscere le ragioni che hanno condotto il giudice a adottare la decisione.

Il diritto all'impugnazione

È una delle garanzie non esplicitate all'art. 6.1, ma è stato aggiunto all'art.2 del protocollo n.7 CEDU: *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. Tale diritto può essere oggetto di eccezioni per reati minori, quali sono definiti dalla legge, o quando l'interessato è stato giudicato in prima istanza da un tribunale della giurisdizione più elevata o è stato dichiarato colpevole e condannato a seguito di un ricorso avverso il suo proscioglimento.*

e all'art. 14 Patto internazionale:

Ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale ha diritto di fare esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore.

Garantisce la possibilità di ottenere un controllo sulla correttezza del provvedimento da parte di un giudice superiore. La Corte di Strasburgo ha affermato che questo **diritto è previsto solo per l'imputato**. L'ordinamento nazionale può permettere di impugnare anche al PM e alla parte civile. In quanto la CEDU stabilisce solamente il livello minimo di garanzie. È possibile limitare questo diritto per **reati minori** o nel momento in cui **non vi sia più interesse ad impugnare** o non esista una

giurisdizione superiore in quanto il provvedimento è stato emesso dalla giurisdizione più elevata. La CEDU non impone agli Stati Membri di adottare due gradi di merito -come possiede l'ordinamento italiano-, ma si limita a dire che il provvedimento di colpevolezza deve poter essere controllato da una giurisdizione superiore.

Il nostro sistema è stato interessato indirettamente da sentenze della corte EDU per la violazione di questo diritto. Si trattava di una sentenza di proscioglimento impugnata dal PM che in Appello è stata ribaltata, portando alla condanna dell'imputato. Ciò è avvenuto sulla base di una diversa valutazione di alcune testimonianze rese in primo grado, senza compiere un nuovo esame. Il giudice di secondo grado è chiamato ad operare una rivalutazione completa in fatto e in diritto della vicenda, ma se emette una pronuncia di condanna senza procedere ad una **nuova audizione dell'imputato e dei testimoni** (già escussi in primo grado conclusosi con un proscioglimento) viola la Convenzione?

Sentenza Lorefice vs Italia

Condanna verso l'Italia per la violazione dell'*art. 6 CEDU* quando il ricorrente è stato condannato per la prima volta in appello a seguito della rivalutazione *in malam partem* del medesimo compendio probatorio che aveva condotto all'assoluzione in primo grado, **senza previa rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale**. Il giudice può arrivare ad un esito diverso soltanto leggendo le trascrizioni degli esami dei testimoni? Così facendo non emergono gli elementi che potrebbero rivelarsi fondamentali, rendendosi necessario riascoltare i testimoni. Il giudizio di secondo grado è di controllo ed è meramente cartolare, verifica la correttezza del ragionamento svolto dal giudice di primo grado. In base a questa sentenza nel 2017 il legislatore italiano ha modificato l'*art. 603 cpp* sulla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello aggiungendo un comma (3bis):

1. *Quando una parte, nell'atto di appello o nei motivi presentati a norma dell'articolo 585 comma 4, ha chiesto la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o l'assunzione di nuove prove, il giudice, se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.*
2. *Se le nuove prove sono sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei limiti previsti dall'articolo 495 comma 1.*
3. *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è disposta di ufficio se il giudice la ritiene assolutamente necessaria.*

3bis. Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.

Sentenza Kashelev vs Estonia del 2016

"La violazione dell'art. 6 non si consuma quando la rinnovazione non si è tenuta, ma l'ordinamento comunque assicura adeguate garanzie contro arbitrarie o irragionevoli valutazioni della prova o ricostruzioni dei fatti."

Per esempio: obbligo per il giudice d'Appello in caso di riforma del proscioglimento di esporre una motivazione approfondita sulle ragioni del mutato apprezzamento delle risultanze processuali evidenziando gli errori compiuti dal giudice di primo grado.

Sentenza del 2020 Marilena Carmen Popa vs Romania

"Non integra una violazione del diritto all'equo processo la condanna per la prima volta in appello basata sulla rivalutazione del peso probatorio di una consulenza tecnica in assenza di rinnovazione se l'imputato, presente e sentito, si è difeso sul punto."

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

Perché la **rinnovazione** diventa obbligatoria soltanto quando impugna il PM e non anche l'imputato? Solitamente, un testimone in primo grado viene sentito più o meno dopo 5 o 6 anni dal fatto, in appello addirittura a distanza di una decina di anni. L'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale è davvero necessario in giudizio di controllo meramente cartolare? Un testimone può veramente aggiungere qualcosa in più o di diverso, tale da ribaltare la situazione? L'esperienza dice di no, solitamente i testimoni tendono a riconfermare quanto detto in primo grado.

Il principio "ne bis in idem"

Non è presente all'*art.6 CEDU*, ma nel *protocollo n.7 art. 4⁸*, all'*art. 14 del Patto internazionale* e all'*art. 50 della Carta di Nizza⁹*.

È il diritto **a non essere giudicato e a non essere punito** due volte per lo **stesso reato** per il quale si sia già stati assolti o condannati in via definitiva. A determinate condizioni, questo può implicare anche una **condanna** verso quei sistemi che prevedono il cd. *sistema del doppio binario* secondo il quale è legittimo sanzionare uno stesso fatto con sanzioni di natura diversa: ad esempio sia da un punto di vista amministrativo sia da uno penale. La scelta riguardo l'adozione del *sistema del doppio binario* riguarda solo gli Stati Membri, essendo compatibile con diritto EU solo se rispetta la CEDU. L'estensione di questo divieto riguarda non soltanto il divieto di essere giudicato ma anche il divieto di essere sottoposto a un nuovo procedimento penale. Questo non impedisce lo svolgimento di nuove indagini nei confronti di quel soggetto: non rientra nel divieto il provvedimento di archiviazione della *notitia criminis*. Inoltre, l'ambito di efficacia è limitato ai confini dello stesso Stato (un altro stato potrebbe eventualmente perseguire un soggetto per gli stessi fatti): nella carta di Nizza questa limitazione non è prevista; infatti, il divieto vale anche se è stato perseguito o condannato in uno Stato dell'Unione (*ne bis in idem interno ed euro-unitario*). **Germania, Paesi Bassi, Regno Unito e Turchia** hanno deciso di non aderire alla protezione aggiuntiva data dalla valenza transnazionale del principio di *ne bis in idem*. **L'Italia**, invece, ha depositato una dichiarazione volta ad escludere l'applicabilità interna del *bis in idem* alle violazioni, alle procedure e alle sanzioni non qualificate come penali dalla legge italiana: il divieto non riguarda la possibilità che possano essere applicate **sanzioni di natura diversa (amministrativa)**. Una riserva di questo tipo, per essere valida: deve essere fatta alla ratifica, deve riguardare leggi ben precise in vigore all'epoca della ratifica. La dichiarazione dell'Italia non soddisfaceva tali requisiti per cui il principio opera a pieni effetti, laddove ci troviamo nell'ambito di sanzioni sostanzialmente penali e formalmente amministrativa.

La giurisprudenza della CEDU considera che ogni sistema giuridico possa contemplare sanzioni di molteplice natura, tuttavia, **in materia penale**, gli Stati contraenti devono rispettare i principi

⁸ Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato. Le disposizioni di cui al paragrafo precedente non impediranno la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se dei fatti nuovi o degli elementi nuovi o un vizio fondamentale nella procedura antecedente avrebbero potuto condizionare l'esito del caso.

Nessuna deroga a questo articolo può essere autorizzata ai sensi dell'art. 15 della Convenzione.

⁹ Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge.

convenzionali. Se una sanzione è solo formalmente amministrativa ma è sostanzialmente penale si viola la CEDU.

Art. 649 cpp:

L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto [...].

Nel nostro sistema ci sono condotte che possono essere punite sia da sanzioni amministrative che penali. Ad esempio: per i *reati di abuso di mercato* (manipolazione del mercato, insider trading, l'utilizzo di una notizia privilegiata al fine di speculare sulla notizia) si instaura sia un procedimento penale che uno amministrativo dinanzi l'autorità di vigilanza (CONSOB).

Sentenza del 2014: Grande Stevens vs Italia

Focus: i fatti del caso

La FIAT stipula nel 2002 un *prestito convertendo* con delle banche: se alla scadenza non fosse riuscita a restituire quanto dovuto, le banche avrebbero potuto convertire il proprio credito in titoli azionari FIAT (acquisendo un patrimonio pari al 28%). In prossimità della scadenza il presidente della società Exor, Gabetti, si rivolge all'avvocato Grande Stevens per avere una *legal opinion*: la situazione si sarebbe potuta rimediare rinegoziando un contratto di *equity swap*¹⁰ che la Exor aveva concluso con la banca Merrill Lynch International Ltd. Così facendo, se avesse perso una percentuale delle partecipazioni con la conversione del prestito in titoli azionari, avrebbe potuto ricostituire la maggioranza acquistando una serie di azioni che erano state trasferite dalla banca MLY. Grande Stevens si rivolge, così, alla CONSOB per capire se avesse potuto evitare l'offerta pubblica di acquisto e, contemporaneamente, inizia la trattativa con la banca sulla possibilità di rinegoziare il contratto di *equity swap*. Successivamente, la CONSOB chiede agli interessati di comunicare agli investitori quali fossero le loro determinazioni e le iniziative assunte in vista della scadenza del *prestito convertendo*. Nel comunicato stampa, l'avvocato Grande Stevens non fa alcun riferimento alla rinegoziazione ma si limita a dire che non era stata *né avviata né studiata alcuna iniziativa* ma che la Exor *auspicava di rimanere l'azionista di maggioranza*. In seguito, la CONSOB riceve una copia del contratto di *equity swap* e viene informata delle trattative in corso per consentire alla Exor di acquistare azioni FIAT. L'accordo di modifica del contratto viene concluso il 15 settembre 2005. Il 17 settembre la CONSOB conferma all'avvocato che, laddove la società avesse provveduto alla rinegoziazione del contratto, non ci sarebbe stato l'obbligo di lanciare un'offerta pubblica di acquisto. Viene, quindi, disposto l'aumento di capitale; le nuove azioni emesse vengono acquisite dalle banche a compensazione del loro credito, ed Exor in virtù dell'accordo di *equity swap* conserva la propria partecipazione azionaria.

All'esito di questa, la CONSOB inizia ad indagare e prende inizio un procedimento amministrativo: viene **contestata la violazione dell'art. 187 ter TUF n.1 d.lgs. 58/1998** e cioè viene lamentata la diffusione di informazioni false:

"Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 2.000 a euro 5.000 chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari".

¹⁰ Il contratto di *equity swap* è un **contratto derivato** in base al quale si scambia il valore della partecipazione azionaria con il tasso di interessi. La operazione in esame comprendeva 90mila azioni FIAT. Non c'era uno scambio effettivo di denaro ma questo risiedeva nei vari flussi di cassa. Se si fosse rinegoziato tale contratto si sarebbero potute riottenere delle azioni FIAT che erano state acquistate dalla banca londinese mantenendo la percentuale di capitale sociale di maggioranza.

Secondo la CONSOB l'accordo che modificava l'*equity swap* era stato concluso prima dei comunicati stampa e che dunque avrebbero dovuto menzionarlo. Dalle indagini era emerso che il piano per il mantenimento della partecipazione al 30% – mediante modifica del contratto di equity swap – era stato studiato nelle settimane precedenti ed era già in corso di esecuzione in data del comunicato al mercato che, invece, non ne faceva menzione. Le difese sono reputate insufficienti ritenendo valida la tesi accusatoria: vengono comminate una serie di **sanzioni pecuniarie** particolarmente ingenti e una **sanzione di tipo interdittivo** precludendo a Gabetti, Marrone (procuratore della Giovanni Agnelli S.a.a.) e Grande Stevens di ricoprire cariche di amministrazione, direzione e controllo di società quotate, che presentano **opposizione** dinanzi la *Corte di Appello*:

1. il procedimento dinanzi la CONSOB non rispettoso del **principio del contraddittorio**: le parti lamentavano di non essere mai state sentite (contraddittorio cartolare);
2. Grande Stevens lamentava di essere stato accusato in qualità di **legale rappresentante** ma egli era lo storico consulente legale della società;
3. la **violazione**, in tutte le fasi del giudizio, del principio ***ne bis in idem***. La CONSOB nel momento in cui commina le sanzioni trasmette gli atti alla procura ritenendo che potesse essere integrato un reato previsto dal TUF.

La Corte d'Appello riduce l'ammontare delle sanzioni pecuniarie ed interdittive comminate dalla CONSOB, ma rigetta le altre doglianze: quella relativa al rispetto del principio del contraddittorio, al rispetto del divieto di *bis in idem*, e al coinvolgimento dell'avv. Grande Stevens. Viene dunque proposto il *ricorso per Cassazione* per:

- Assenza di contraddittorio nella fase istruttoria dinanzi alla CONSOB;
- Mancata trasmissione agli imputati della relazione istruttoria dell'ufficio sanzioni;
- Impossibilità di presentare documenti e memorie ed essere sentiti personalmente.

Il ricorso viene rigettato perché alle parti era stata data la possibilità di difendersi e, soprattutto, perché i principi del giusto processo si applicano soltanto nell'ambito dei procedimenti penali; diventa, così, *definitiva la decisione amministrativa* e i vari soggetti interessati devono pagare le sanzioni.

Parallelamente, partono anche le indagini penali, in quanto la CONSOB aveva trasmetto gli atti alla Procura della Repubblica per violazione dell'art. 185 TUF.¹¹ Le fattispecie dell'*art. 187ter TUF* e dell'*art. 185* sono uguali? Entrambe hanno ad oggetto la stessa condotta (*diffusione di informazioni false*) e perseguono lo stesso scopo (*evitare manipolazioni del mercato*) **MA** differiscono quanto alla **situazione di pericolo**:

- *Art. 187ter TUF*: è sufficiente aver fornito informazioni false o fuorvianti in merito agli strumenti finanziari;
- *Art. 185 TUF*: richiede in più che le informazioni false o fuorvianti possano provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti in questione.

La fattispecie penale chiede in più il verificarsi di un evento (*che le informazioni siano in grado di alterare il prezzo degli strumenti finanziari*): potremmo definire la prima come una fattispecie di mera condotta mentre la seconda come un reato di evento.

Nel **procedimento penale** i ricorrenti erano accusati di non aver dichiarato nei comunicati stampa di aver **avviato (e concluso) accordi** che modificava l'*equity swap*. Tale informazione era stata deliberatamente tenuta nascosta per evitare un possibile crollo delle azioni FIAT.

¹¹ Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 20.000 a euro 5.000.000.

Nel momento in cui interviene la sentenza, viene richiesta **una declaratoria di improcedibilità** in virtù del principio *di ne bis in idem* sollevando un'eccezione di incostituzionalità delle norme del d.lgs. 48/1998 e dell'art. 649 cpp in violazione dell'art. 117 Cost. letto nell'ottica del Protocollo 7 art.4: **a livello legislativo si consente di procedere due volte nei confronti dello stesso soggetto per il medesimo fatto**. Le fattispecie descritte dai due articoli, nonostante la differenza formale, puniscono la *medesima condotta* violando il *ne bis in idem*. Questa tesi non viene accolta dal Tribunale ritenendola infondata perché l'art. 649 cpp¹² vieta un doppio giudizio sullo stesso fatto, ma gli art.185 - 187ter TUF non sanzionano la medesima condotta. Le due norme descrivono e sanzionano due fattispecie differenti: una consiste in una mera condotta sanzionata a livello amministrativo, l'altra prevede la diffusione di informazioni false al fine di alterare il prezzo degli strumenti finanziari e presuppone il dolo. Nonostante ciò, vi è una **sentenza di assoluzione**. Viene, pertanto, presentato un **ricorso per Cassazione** da parte della Procura della Repubblica: l'art.185 non sanziona una fattispecie *di danno* ma *di pericolo* per cui è sufficiente che la condotta abbia determinato un **potenziale danno** per gli investiti (l'alterazione del prezzo). La Cassazione accoglie questa ricostruzione annullando la sentenza di assoluzione e rinviando il giudizio al grado di merito in cui si condanna ex art. 185 TUF escludendo **la violazione del principio del ne bis in idem**.

Il ricorso dinanzi alla Corte Europea

Nelle more del giudizio di rinvio i ricorrenti presentano un **ricorso davanti la Corte di Strasburgo** lamentando la violazione dell'art.6 CEDU nell'ambito del procedimento dinanzi alla CONSOB e dinanzi alla Corte d'Appello. Inoltre, si lamenta la violazione del *ne bis in idem* sostenendo che il Tribunale e la Cassazione non abbiano emesso una sentenza di non doversi procedere una volta divenute definitive le sanzioni della CONSOB. I soggetti che presentano i cinque ricorso sono:

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

Il governo italiano presenta tre eccezioni per dichiarare l'inammissibilità del ricorso:

- **abusività del ricorso**: falsità degli argomenti presentati dai ricorrenti. La Corte respinge l'eccezione trattandosi di argomenti da trattare nel merito della vicenda.
- **assenza di un pregiudizio importante**: il ricorso è da ritenersi inammissibile perché il danno lamentato è irrisorio in quanto non raggiunge la soglia minima del *pregiudizio importante*¹³ previsto dalla CEDU ex art.35 par.3 lett. b). La Corte rigetta l'eccezione in quanto l'ammontare era più che significativo e venivano lesi diritti personalissimi delle persone fisiche quali l'onore, il rispetto e la reputazione.
- **mancato esaurimento delle vie di ricorso interne**: era pendente il giudizio di rinvio non essendovi ancora alcuna decisione definitiva. Ma, nel caso di specie la violazione del principio era stata già perpetrata in quanto basta che si venga *processati* due volte.

I ricorsi vengono, dunque, dichiarati **ammissibili**.

¹² Art. 649 cpp: «1. L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze (...).

2. Se, ciò nonostante, viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo».

¹³ Tale concetto deriva dal principio *de minimis non curat praetor* per cui a violazione di un diritto deve raggiungere la soglia minima di gravità per giustificare l'esame da parte di un organo giurisdizionale internazionale, v. Corte EDU., *Korolev c. Russia*, 1° luglio 2010

Secondo il governo italiano, non c'è alcuna violazione dell'art. 6 CEDU perché il procedimento dinanzi la CONSOB è amministrativo; la sanzione è di *natura amministrativa* perché intacca solo il patrimonio e non porta ad una privazione della libertà personale. I ricorrenti sostengono, invece, che l'art.6 CEDU non era stato rispettato perché non vi era stata alcun contraddittorio pubblico violando i diritti difensivi e il principio di parità delle armi; il procedimento è sostanzialmente penale, in base ai *criteri Engel*, poiché le sanzioni sono di una gravità tale da considerarli *sostanzialmente penali*.

La Corte di Strasburgo giunge alla conclusione che la sanzione è sostanzialmente penale essendo di importo notevole e di carattere punitivo. L'entità e le conseguenze erano tali che la sua natura era assimilabile ad una sanzione penale e anche se formalmente era stata comminata a seguito di un procedimento amministrativo.

"non si può qualificare come amministrativo un procedimento che si conclude con una sanzione, che per le caratteristiche, l'entità e le conseguenze, è di carattere punitivo al pari di una penale."

Se la sanzione è sostanzialmente penale, allora anche il procedimento deve considerarsi penale. Secondo la giurisprudenza CEDU:

"è vietato perseguire una persona per un secondo illecito quando quest'ultimo è basato su fatti identici o fatti che sono in sostanza gli stessi".

La parola **reato** va intesa come **"fatto storico"**: ciò che conta, ai fini della garanzia del *ne bis in idem*, è che il secondo procedimento *abbia avuto ad oggetto fatti che sono nella sostanza i medesimi del primo procedimento*. Nel caso di specie il secondo procedimento (penale) verteva sul medesimo fatto storico del primo.

L'art. 6 CEDU nel suo profilo penale (le garanzie della giurisdizione penale) è applicabile anche al procedimento amministrativo sanzionatorio. Quindi, anche davanti la CONSOB bisogna garantire quei diritti che l'imputato può vantare se si trova davanti al giudice penale. La violazione dei principi di equità è dovuta all'assenza di **contraddittorio** tra le parti. L'unica soluzione per ristabilire equità processuale è la celebrazione di un nuovo procedimento per l'accertamento dell'illecito amministrativo, in conformità con gli *standard* convenzionali.

La durata ragionevole del processo

Nell'ambito del Consiglio d'Europa e nella Carta di Nizza viene sancito il diritto di ogni individuo "a che la sua causa sia esaminata [...] entro un termine ragionevole". Tale diritto, nella nostra Costituzione non è indicato come **diritto soggettivo** come nell'art. 6 CEDU, nell'art.14.3 del *Patto internazionale* e all'art. 34 della *Carta di Nizza*, ma come **canone oggettivo**. Art. 111 Cost.:

La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

NB: Ogni diritto soggettivo può essere rinunciato in maniera consapevole ed esplicita; se è un canone oggettivo non può essere oggetto di rinuncia.

Il problema di avere un procedimento che dura troppo a lungo è che il processo di per sé è già una pena: essere destinatari di un'accusa porta delle conseguenze (anche da un punto di vista sociale, se il fatto ha avuto rilevanza mediatica) pur essendoci una presunzione di non colpevolezza (o di innocenza). *Ad esempio:* la sottoposizione ad un procedimento può comportare la perdita di requisiti di onorabilità; l'imprenditore non può essere firmatario di gare d'appalto. Inoltre, affinché

la pena abbia una funzione rieducativa questa non deve giungere a distanza di troppo tempo dalla commissione del fatto.

Come si fa a verificare se il processo ha durata ragionevole? I criteri che la Corte utilizza caso per caso per verificare se il ricorrente ha ragione, sono gli stessi previsti dalla Legge Pinto (complessità e oggetto del caso, comportamento dell'imputato e dello Stato). Prima del 2001 l'ordinamento italiano presentava un problema strutturale ed è per questo motivo che è stato introdotto un rimedio interno. Il principio di concentrazione ed immediatezza che caratterizzano il nostro sistema di stampo accusatorio impongono che il periodo di tempo tra il *dies a quo* (quando viene formulata l'imputazione) e il *dies a quem* (il passaggio in giudicato della sentenza che diventa definitiva) sia il più breve possibile.

L'art. 6 CEDU - secondo paragrafo: la presunzione di innocenza

Art. 6.2 e 6.3 CEDU: non è un elenco di caratteristiche che deve avere il processo, ma parlano del **soggetto accusato, il destinatario dell'accusa**. Quando la Corte condanna per violazione dell'art. 6.2 e 6.3 CEDU accerta anche la violazione dell'art. 6.1 CEDU.

Il secondo paragrafo costituisce il principio dal quale è necessario partire al fine di indicare le altre garanzie: la *presunzione di innocenza*.

Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata, anche in primo grado.

Questa presunzione è posta a garanzia delle esigenze del rispetto dei diritti della difesa.

Sentenza Barberà, Messegue e Jabardo vs Spagna

La Corte EDU chiarisce che è compito dell'accusa:

- Informare l'imputato dei reati a lui ascritti in modo che lui possa di conseguenza preparare la sua difesa;
- Avere prove sufficienti per fondare una dichiarazione di colpevolezza.

La presunzione ha lo scopo di impedire che l'individuo, prima di essere giudicato responsabile per il fatto illecito che gli viene contestato, possa essere ritenuto colpevole o trattato come tale.

Ambito di applicazione

Nelle procedure giudiziarie seguenti all'archiviazione o assoluzione definitiva dell'imputato: anche dopo la conclusione del procedimento penale, continua ad essere in gioco la reputazione dell'individuo, quindi, la presunzione di innocenza deve operare anche con riguardo a questioni che costituiscono un corollario del processo penale.

A riguardo, la Corte Europea stabilisce che si ha violazione della presunzione se, dopo il proscioglimento, viene rigettata la richiesta di riparazione per ingiusta detenzione, perché il processo penale non aveva sciolto ogni dubbio in ordine alla responsabilità dell'imputato. La presunzione di innocenza è garantita anche nel procedimento di estradizione passiva: il provvedimento de quo non può contenere affermazioni di colpevolezza dell'accusato sulla premessa che l'accertamento di responsabilità è rimesso allo stato richiedente. Anche nei procedimenti extra-penali questa presunzione opera (nella misura in cui le questioni ivi sollevate costituiscano un corollario delle procedure penali nelle quali il ricorrente ha ricoperto il ruolo di accusato). Diversamente, in sede civile la presunzione di innocenza non opera (con riguardo al risarcimento del danno da reato) perché altrimenti sarebbe limitato in maniera arbitraria ed eccessiva il diritto di accesso al giudice civile della vittima.

La presunzione di innocenza ha due dimensioni funzionali:

- **Regola di giudizio:** la colpevolezza deve essere provata dall'accusa oltre ogni ragionevole dubbio - formula ripresa dal sistema anglosassone introdotta nel 2006 all'*art. 533 c.1 cpp* - e l'imputato deve essere proscioltto se manca la prova, è insufficiente o contraddittoria. È un principio strettamente connesso alle *esigenze di legalità del processo*, gli Stati contraenti devono contenere in limiti ragionevoli l'utilizzo di presunzioni stabilite dalle norme incriminatrici e garantire che non abbiano il carattere dell'obbligatorietà, conferendo al giudice un **reale potere di apprezzamento della re giudicanda**. Per una soluzione in caso di dubbio, si utilizza il principio del *favor rei* o dell' *in dubio pro reo*.
- **Regola di trattamento:** impone di non assimilare l'accusato al condannato nel corso del processo. La presunzione in questo ambito richiede che:
 - 1) l'accusato **NON** venga trattato come responsabile fino a quando la sua responsabilità non sia stata legalmente accertata. Ciò non esclude l'applicazione di misure privative della libertà personale, in via cautelare prima della condanna qualora sussistano i presupposti, le condizioni di applicabilità e le esigenze che la misura è destinata a soddisfare (*art. 5 CEDU*). Da questo deriva la necessità di riservare ai soggetti sottoposti a misure cautelari un regime penitenziario differenziato rispetto a quello previsto per i condannati
Attenzione: la Corte di Strasburgo ha più volte negato espressamente che la presunzione di innocenza imponesse agli Stati membri di strutturare un regime penitenziario differenziato per i detenuti condannati rispetto a quelli in custodia cautelare.
 - 2) l'imputato durante l'udienza deve comparire libero davanti al giudice in modo da non rafforzare l'impressione di colpevolezza.
 - 3) Le dichiarazioni rese dalle autorità pubbliche (sia le autorità procedenti che estranee al procedimento) volte ad informare la collettività sui procedimenti penali, non devono dare un giudizio anticipato circa la colpevolezza dell'imputato, prima che sia compiuto l'accertamento legale sulla sua responsabilità, in quanto potrebbe (specialmente nella fase iniziale delle indagini):
 - a. condizionare l'opinione pubblica e indurla a credere nella colpevolezza dell'imputato
 - b. pregiudicare la valutazione che dovrà essere successivamente resa in via giurisdizionale

La Corte di Giustizia fa riferimento sì all'*art.48 par.1 Carta di Nizza* che all'*art.6 par.2 CEDU* nelle decisioni inerenti alla presunzione di innocenza, ma queste due disposizioni presentano delle differenze testuali:

- "*imputato*" invece che *accusato*
- "*considerato innocente*" invece che riferirsi alla presunzione di innocenza
- "*colpevolezza legalmente provata*" invece che legalmente accertata

La differenza con il nostro ordinamento è che si parla di presunzione di non colpevolezza e si fa riferimento al passaggio in giudicato della sentenza (fino a quando può essere oggetto di impugnazione, il soggetto è considerato *presunto non colpevole*); mentre nella CEDU si fa riferimento alla sentenza. *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. [...].*

Il nostro sistema si pone ad un livello di garanzie maggiori rispetto all'Unione Europea, ma per rispettare la CEDU uno Stato potrebbe far iniziare l'esecuzione della pena anche mentre la sentenza è ancora impugnabile. In realtà, tra presunzione di non colpevolezza e presunzione di innocenza non ci sono particolari differenze. Con la presunzione di non colpevolezza l'onere della prova ricade sul

PM; la presunzione di innocenza comporta una posizione di maggiore neutralità dal giudice e l'unica conseguenza dell'essere destinatario dell'accusa è lo stare dinanzi al giudice.

Nell'ordinamento italiano dalla presunzione di non colpevolezza discende un generalizzato effetto sospensivo delle impugnazioni contro le decisioni di condanna, mentre la disposizione CEDU non impedisce l'immediata esecutività delle sentenze di primo/secondo grado che applichino una condanna a pena detentiva, anche se soggette ad impugnazione. La Corte EDU precisa che, laddove l'ordinamento nazionale prevede un mezzo di impugnazione che consente il riesame nel merito, l'imputato deve continuare ad essere considerato innocente nonostante la condanna in primo grado, altrimenti verrebbe denegata la funzione stessa dell'impugnazione e la presunzione di innocenza non sarebbe effettiva, ma teorica ed illusoria.

Art.10 c.2 lett. A del Patto Internazionale che sancisce:

"gli imputati, salvo circostanze eccezionali, devono essere separati dai condannati e sottoposti a un trattamento diverso, consono alla loro condizione di persone non condannate".

La presunzione di innocenza esalta anche il **principio del contraddittorio**: se un soggetto è presunto non colpevole ha una condizione di parità rispetto all'altra parte. Devono essere riconosciuti gli stessi poteri che si riconoscono all'altra parte, quindi la possibilità di introdurre le prove.

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. 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."

Direttiva Europea 2016/343 [pag.43]*

Si colloca all'interno del programma di Stoccolma finalizzato al rafforzamento di alcuni diritti per introdurre regole comuni tra gli Stati:

- **Art.2:** la presunzione di innocenza copre gli indagati e gli imputati, in ogni fase del procedimento penale, dal momento in cui una persona sia indagata o imputata per avere commesso un presunto reato, sino a quando la decisione non è definitiva. Questa disposizione è però ambigua: la presunzione di innocenza non si estende fino all'irrevocabilità della condanna nonostante la Corte di Strasburgo abbia precisato che si applichi anche nei gradi di impugnazione.
- **Art.3:** divieto di presentazione in pubblico dell'imputato come colpevole. Gli Stati hanno l'obbligo di adottare le misure necessarie a garantire che, nel fornire informazioni ai mass media, le dichiarazioni rilasciate dalle autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza, non presentino l'individuo come colpevole fino all'accertamento della sua responsabilità. Resta ferma la possibilità di divulgare informazioni concernenti procedimenti penali quando questo è **strettamente necessario** per motivi connessi alle indagini, è utile ai fini dell'individuazione del presunto autore del reato o quando le autorità forniscono informazioni ai fini della salvaguardia della sicurezza o dell'interesse pubblico. La previsione costituisce un rafforzamento dell'obbligo a carico degli Stati, i quali dovranno fare in modo che le divulgazioni siano contenute e prevedere misure appropriate in caso di violazione della prescrizione. Inoltre, prevede il divieto di ricorrere a misure coercitive, a meno che questo sia necessario ai fini della sicurezza, in ragione del pericolo di fuga o contatto con testimoni e vittime.
- **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 ricorrendo a misure di coercizione fisica.
- **Art.6:** prevede l'onere della prova in capo all'accusa, ma viene fatto salvo l'eventuale obbligo per il giudice di ricercare le prove a carico e a discarico. L'onere può essere invertito solo in virtù di presunzioni, di fatto o di diritto, relative.
- **Art.7:** riconosce il diritto al silenzio e a non autoincriminarsi per chi è indagato o imputato in un procedimento penale.
- **Art.8:** prevede il diritto a presenziare al processo.
- **Art.9:** riconosce il diritto a un nuovo processo nel caso di violazione dell'art. 8.

La parità delle armi

È una derivazione della *fairness processuale*. La parità tra accusa e difesa caratterizza, infatti, il concetto di *equità processuale* permettendo di svolgere le proprie funzioni in una situazione di equilibrio soprattutto quando è necessario interloquire davanti al giudice. È un'esigenza di **equilibrio tra le parti** che deve essere assicurata in ogni fase processuale soprattutto perché la fase investigativa anteriore al giudizio è condotta da organi pubblici in segreto. Il nostro sistema prevede che le indagini preliminari avvengano in assenza di pubblicità e dà un ruolo preponderante e poteri che il difensore non ha, al PM. Es.: ispezioni, perquisizioni, intercettazioni telefoniche, sequestri, acquisizioni di documenti...

Apparentemente questo principio sembra voler assicurare equilibrio tra le parti anche nella fase investigativa anteriore al giudizio, ma in realtà la Corte specifica che la parità delle armi deve essere assicurata *in presenza del giudice* e non necessariamente in maniera contemporanea: l'importante è che l'equilibrio possa eventualmente essere ristabilito in un momento successivo. Ecco che di fronte a una misura cautelare chiesta dal PM e concessa dal giudice, il nostro codice prevede gli strumenti delle **impugnazioni** e cioè la possibilità di interloquire per poter avanzare le proprie osservazioni in ordine alla **non necessità della misura o alla mancanza dei presupposti**.

Se da una valutazione superficiale può sembrare che l'equilibrio non sia garantito, in realtà lo è nel momento in cui se si riconoscono a una delle parti poteri/strumenti diversi lo si fa secondo un **canone di ragionevolezza**.

Secondo la Corte la parità deve essere garantita in momenti particolari:

- durante l'**acquisizione** (ammissione/assunzione) **probatoria**: garantita perfettamente nel nostro sistema in quanto viene data la possibilità di ottenere la *prova contraria* rispetto a quella richiesta dall'altra parte.
- nella fase della **discussione** durante la quale deve essere dato tempo alle parti di discutere del caso in posizione di parità.
- nel momento della **deliberazione** in cui i poteri delle parti sono limitati alla possibilità di conoscere il dispositivo pronunciato alla presenza di tutte le parti e la motivazione. In questo modo ci si potrà rivolgere al giudice superiore per lamentarne la non correttezza.

Come il principio dell'equo processo, anche il principio della parità delle armi, tutte le volte viene accostato ad altre garanzie. Quando viene dichiarata la violazione di una delle garanzie previste dai paragrafi 2 e 3 quasi sempre c'è la violazione del paragrafo 1 e spesso anche quella della parità delle armi.

L'art. 6 CEDU - terzo paragrafo: le garanzie dell'accusato

L'elenco delle garanzie specifiche dell'accusato ex *art. 6 par. 3 CEDU* non è tassativo ma deve essere interpretato dalla corte di Strasburgo.

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.

Perché la Convenzione parla di **accusato**? Questo è un termine tecnico con un significato autonomo e svincolato dalle scelte di tecnica giuridica adottate dai diversi ordinamenti nazionali. Così facendo si stabilisce uno *standard minimo* di garanzie evitando la cd. *truffa delle etichette*. La qualifica di "accusato" diviene così riferibile sia ad "imputato" che ad "indagato" destinatario di atti o provvedimenti nell'ambito delle indagini. Ovviamente, l'atto o il provvedimento deve essere all'interno di una situazione che può portare alla formulazione di un'imputazione: atti che informano che c'è un'indagine nei confronti di quel soggetto, ad esempio una perquisizione. Lo scopo era di evitare che lo Stato avendo definizioni giuridiche diverse, non garantisse il rispetto dei diritti sulla base di argomentazioni formali.

Nella carta di Nizza all'art. 48 si parla di *imputato*:

Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata. 2. Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato.

Bisogna, quindi, comprendere cosa la giurisprudenza di Strasburgo intende quando si parla di **accusa in materia penale**.

Sentenza Engel

Questa sentenza ha spiegato cosa intendere per *materia penale*, indicando i cd. *criteri Engel* di cui verificarne la rilevanza:

- classificazione dell'illecito nell'ordinamento nazionale (evitare la cd *frode delle etichette*)
- natura dell'illecito (se ha portata generale astratta si tratta di illecito penale)
- il grado di severità della sanzione (carattere punitivo e deterrente)

Se siamo di fronte alla materia penale bisogna guardare a tutte le garanzie previste all'art. 6 CEDU.

Siamo davanti ad una 'accusa' qualora:

- ogni notificazione è ufficiale e compiuta da parte dell'autorità competente
- ogni atto implica l'addebito
- l'adozione di qualunque misura produce ripercussioni sulla situazione del destinatario

Diritto all'informazione sull'accusa

Diritto ad essere informato, nel più breve tempo possibile e in maniera dettagliata, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico

I dati essenziali sono la *natura* e i *motivi* necessari per preparare la difesa in modo concreto, effettivo e adeguato. Questi diritti, infatti, come sostiene la Corte, non sono dei principi, ma devono essere **concretamente garantiti** nel caso specifico perché solo così il soggetto eventualmente condannato eseguirà una pena frutto di un processo equo.

Diritto di difesa

Se non si è informati e non si comprendono l'accusa e i motivi, non ci si può difendere. Ecco perché il diritto all'informazione rientra nel più generale **diritto di difesa**. Bisogna verificare, non solo la presenza del difensore di Ufficio, ma anche come questo sia stato fornito. Se il difensore d'ufficio è stato nominato in udienza, come si può affermare che all'imputato sia stato garantito il diritto di difesa, se il proprio avvocato non era stato informato?

Quindi, la **difesa non** deve essere solo **formale** ma anche **effettiva**. Deve essere possibile esaminare (difesa personale) o far esaminare (attraverso l'ausilio di un difensore) i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico.

Dobbiamo distinguere due concetti di difesa: la *difesa tecnica* e la *difesa personale*.

La difesa tecnica

Il diritto dell'accusato ad essere assistito da un difensore, quindi un soggetto in possesso dei requisiti per esercitare la professione forense. Essa deve essere garantita sin dalle battute iniziali del procedimento, qualora i diritti difensivi possano essere pregiudicati. Questo diritto può però essere sottoposto a limitazioni, soggette ad una verifica in concreto da parte della Corte Europea, volta a stabilire se tali limitazioni abbiano compromesso l'equità processuale

CASO Yurttas vs Turchia: la Corte EDU ha ritenuto conformi alla Convenzione i procedimenti in cui l'accusato era stato privato dell'assistenza legale durante le prime fasi del fermo, ma aveva poi potuto essere assistito da un difensore nelle fasi successive del processo e contestare in quella sede le dichiarazioni rese nel corso degli interrogatori dinanzi alla polizia, a condizione che tali dichiarazioni non avessero costituito elemento determinante per la condanna.

Dunque, solo ragioni di carattere imperativo possono giustificare il mancato accesso al difensore fin dal primo interrogatorio di polizia e non possono comunque pregiudicare i diritti della difesa.

CASO Ibrahim vs Regno Unito: "Ibrahim test" propone dei criteri per valutare come vengono compensati ex post i restringimenti del diritto di difesa.

Nel nostro sistema vige il principio di **obbligatorietà della difesa tecnica**. L'imputato sta in udienza con l'ausilio del proprio difensore e se l'imputato non ha un difensore di fiducia lo Stato ne fornisce uno *d'ufficio*. Sono previste una serie di garanzie:

- **diritto all'informazione del diritto ad avere un difensore**: l'accusato è libero di rinunciare all'assistenza difensiva a patto che tale rinuncia non sia equivoca e sia assistita da sufficienti garanzie (l'accusato prima dell'interrogatorio deve essere informato del diritto all'assistenza tecnica)
- **diritto all'assistenza garantita di un avvocato d'ufficio quando lo esigono gli interessi della giustizia**: il diritto all'assistenza difensiva non deve essere sovrapposto al diritto di poter nominare un difensore che, di per sé solo, non assicura l'effettività della difesa tecnica. Rientra infatti tra i doveri dell'autorità competente quello di sostituire o indurre all'adempimento del proprio incarico, il difensore negligente di un accusato ammesso al gratuito patrocinio.
- **assicurare tempo e facilitazioni necessarie per apprestare la difesa del proprio assistito**
- **libertà di comunicazioni tra l'accusato e coloro che lo assistono**

L'avvocato ha il dovere di assistere il suo cliente ma vi è un limite all'attività difensiva, ossia il **divieto di alterazioni del materiale probatorio o di correttezza con l'accusato**. Il difensore non è obbligato a portare all'interno del processo elementi che potrebbero creare problemi al proprio assistito ma vi è un obbligo che impone di **non nascondere, non alterare e non distruggere** gli elementi a carico pena commissione di reato.

L'art. 47 cc.2-3 della Carta di Nizza prevede il diritto all'assistenza e al gratuito patrocinio. La Direttiva 2013/48 UE prevede il diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e di comunicare al momento dell'arresto, di farsi assistere da un difensore fissato a partire dal momento che precede l'interrogatorio della polizia o di altra autorità o dal momento del compimento di atti che necessitano della partecipazione dell'accusato.

La Direttiva UE 48 del 2013

È relativa a:

- il diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo,
- il diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale
- il diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e autorità consolari

Si rivolge a:

- indagati o imputati, a prescindere dalla loro condizione di privazione della libertà personale
- soggetti arrestati in esecuzione di un mandato di arresto europeo
- persone non indagate / non imputate che assumano tali qualifiche nel corso di un interrogatorio

Gli Stati devono garantire l'assistenza tecnica **“senza indebito ritardo”**, quindi non oltre alcuni momenti processuali specificatamente indicati: prima dell'interrogatorio condotto dalla polizia giudiziaria o da un'altra autorità di contrasto o giudiziaria (art. 3).

Gli Stati devono inoltre rispettare la riservatezza delle comunicazioni difensive (art. 4).

Viene individuata anche un'ipotesi derogatoria nel caso in cui sussistano circostanze oggettive e concrete che determinano il sospetto che il difensore è coinvolto in un reato con l'indagato o l'imputato. Gli Stati membri possono quindi derogare al diritto di difesa, di fronte a **circostanze eccezionali e solo nella fase che precede il processo**. Le eventuali limitazioni devono essere proporzionate, devono soggiacere a un controllo giurisdizionale, non devono pregiudicare l'equità complessiva della procedura, non possono essere basate sul tipo o sulla gravità del reato (art.8).

La Direttiva ammette anche la possibilità di rinunciare al diritto di difesa, a condizione che la legislazione interna non imponga la presenza del difensore e consenta l'autodifesa, fatta salva la comunicazione all'imputato delle conseguenze della rinuncia che per essere valida deve essere: **consapevole, volontaria, inequivocabile, espressamente verbalizzata**.

La Direttiva UE 1919 del 2016

Tratta dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del **mandato d'arresto europeo**. Le autorità degli Stati membri devono assicurare che il patrocinio gratuito sia di qualità e garantito **senza indebito ritardo, 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**. 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.

Vi è la necessità che il diritto venga garantito prima che l'indagato possa dare il proprio contributo ricostruttivo che potrà essere utilizzato dal giudice al fine della decisione: la pubblicità può essere sacrificata in alcune fasi, ma non in questa. Gli Stati membri, per poter concedere il patrocinio gratuito, potranno procedere ad una valutazione delle **risorse dell'interessato** o ad 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).

La difesa personale

È costituita dal 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. Il nostro sistema garantisce tale difesa nelle dichiarazioni spontanee e nell'esame dell'imputato per la ricostruzione del fatto. Riguardo alla possibilità di proporre impugnazione, in alcune occasioni, può esser fatta personalmente o solo per *procura speciale*. La difesa personale si delinea in:

- *nemo tenetur se detegere*: l'art. 14 par.3 lett. g del Patto internazionale prevede il diritto dell'accusato "a non essere costretto a deporre contro sé stesso od a confessarsi colpevole". Non è presente all'interno dell'art. 6 CEDU ma viene ricondotto dalla Corte europea all'interno della nozione di fairness processuale.

Nel nostro sistema è implementato con il cd **diritto al silenzio**: quando non si risponde alle domande si sta esercitando un diritto e non si può essere considerati colpevoli per questo motivo. L'esercizio di un diritto non può essere giudicato negativamente. È strettamente connesso al **diritto a non autoincriminarsi**, permettendo di rimanere in silenzio per alcune domande se si pensa che queste possano portare a un'ipotesi di autoincriminazione, e al **diritto all'autodeterminazione** dell'accusato. Il diritto al silenzio **non è assoluto**: sebbene una sentenza di condanna non possa fondarsi in modo esclusivo o determinante sul rifiuto di rispondere, non è contrario al dettato convenzionale l'impiego del silenzio per valutare la forza persuasiva delle altre prove a carico, a condizione che siano previste ulteriori garanzie, quali, per esempio, l'avviso dell'accusato delle conseguenze che possono derivare dal rifiuto di rispondere. Il diritto al silenzio viene violato dalle autorità se queste:

- fanno ricorso a sotterfugi per ottenere dichiarazioni autoincriminanti
- impiegano di torture o trattamenti inumani o degradanti contrari all'art. 3 CEDU.

Da queste 'violazioni' non deriva l'iniustizia dell'intero procedimento, ma la Corte di Strasburgo si riserva di verificare se la confessione abbia avuto un peso unico e determinante nella decisione.

La Corte EDU valuta la natura e il grado di coercizione subita, circoscrivendo all'interno delle possibili condotte abusive delle autorità, solo quelle riconducibili alla categoria delle *improper compulsions*:

- quando l'accusato è obbligato a rendere dichiarazioni sotto la minaccia di sanzioni / venga sanzionato per il rifiuto di testimoniare
- pressioni fisiche / psicologiche
- quando le autorità utilizzano sotterfugi o inganni per carpire informazioni che non sarebbero altrimenti stato in grado di ottenere

Nella sentenza *O'Holloran e Francis vs Regno Unito*, la Corte sostiene che il diritto al silenzio e a non collaborare con l'autorità giudiziaria non sia di **ostacolo** all'impiego di **informazioni** ottenute dall'accusa con poteri coercitivi che abbiano un'**esistenza indipendente dalla volontà** della persona sospettata (ad esclusione di violenza, macchina della verità) come la perquisizione, il sequestro di documenti, le registrazioni vocali, i prelievi biologici.

Non è espressamente riconosciuto all'interno della carta di Nizza ma viene ricavato, come corollario del diritto alla difesa, da un'elaborazione della Corte di Giustizia:

«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».

- **diritto all'informazione tempestiva** sulla natura e sui motivi dell'accusa ex art. 6 par. 3, lett a). La contestazione dell'accusa deve riguardare sia il profilo materiale e fattuale (i "motivi"), sia il profilo giuridico (la "natura"). Tutti i profili dell'accusa devono essere descritti dettagliatamente. Dalla condotta contestata alle norme di legge che si assumono violate, nonché il luogo e la data della commissione del fatto. L'informazione *precisa e completa* dell'accusa si ha, quindi, come

condizione essenziale di equità della procedura. Questo diritto è prodromico ad un pieno espletamento del diritto di preparare adeguatamente la propria difesa. Non si esclude la possibilità che questa cambi, né viene escluso il potere del giudice di riqualificare il fatto quando all'accusato è dato modo di esercitare il proprio diritto di difesa in maniera **concreta ed effettiva** a seguito dei mutamenti intervenuti.

Nella *sentenza Drassich vs Italia*: l'accusa era nei primi due gradi per corruzione poi viene riqualificata al fine di evitare la prescrizione del reato (in virtù del fatto che ogni giudice può dare una riqualificazione del caso). L'eventuale riqualificazione non deve comportare una violazione al diritto di difesa rispetto alla modifica.

Direttiva EU 2012/13

Prevede il diritto all'informazione nei procedimenti penali in relazione ai diritti processuali (*artt. 3-4-5*), all'accusa (*art. 6*), all'accesso alla documentazione delle indagini (*art. 7*).

Nell'ordinamento italiano è stato posto a carico della polizia giudiziaria, che debba eseguire un'ordinanza di custodia cautelare o 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.***

Il diritto di presenza alle «udienze» o al «processo»

L'andamento del processo non può essere condizionato dalla volontà o meno di partecipare alle udienze, ma all'imputato deve essere garantito questo diritto inteso come *conoscenza degli atti* formati durante l'udienza, in maniera concreta ed effettiva. Tale diritto presuppone la necessità che l'accusato comprenda realmente quello che sta accadendo in modo tale da poter svolgere un controllo adeguato rispetto all'operato del giudice. Questo diritto non è presente all'*art. 6* in maniera esplicita, ma lo troviamo nell'*art. 14 art. 3 lett. D del Patto Internazionale* come **diritto ad essere presente nel processo**. È un diritto di creazione giurisprudenziale derivante dal concetto di *fairness processuale*.

Come si concilia questo diritto con la possibilità che l'ordinamento preveda il **processo in assenza dell'imputato**? Alcune sentenze di condanna della Corte EDU hanno individuato *carenze strutturali nel nostro ordinamento*; perciò, questo istituto è stato abolito e creata la figura dell'*imputato assente*. Il processo può essere svolto soltanto se si ha **l'effettiva prova** che sappia che si sta svolgendo un processo nei suoi confronti. La sua presenza è, poi, una scelta personale ma l'autorità giudiziaria deve fare tutte le verifiche necessarie per poter ritenere dimostrata la conoscenza da parte dell'imputato dell'esistenza di questo processo. In caso contrario, tale diritto non sarebbe garantito.

È importante specificare che ciò non implica la presenza fisica dell'imputato anche quando abbia scelto di partecipare: sono previste **forme di collegamento audiovisivo**¹⁴ per salvaguardare le esigenze difensive (nel nostro ordinamento detenuti per altra causa possono partecipare al processo dal carcere), c'è la possibilità che alcune fasi del processo si svolgano attraverso **conferenze** (spesso utilizzato per i collaboratori di giustizia per evitare l'usura del testimone). L'accusato deve **comprendere lo sviluppo dell'udienza** e quindi la presenza è effettiva se in **condizioni psicofisiche adeguate** a comprendere l'andamento del processo.

¹⁴ Ad esempio, con riguardo alla disciplina italiana, la corte di Strasburgo ha affermato la compatibilità con la Convenzione della previsione che, nel caso dei gravi reati di mafia, limita la presenza in aula dell'imputato per evitare possibili pressioni sugli altri soggetti processuali, oltre che per impedire che il trasferimento dal carcere all'aula di udienza possa essere occasione per tentativi di fuga.

È un diritto disponibile che deve essere presente in tutte le fasi, dal primo grado alle impugnazioni su questioni di merito: la Corte contempla che di fronte a una **rinuncia espressa e consapevole** il processo si possa svolgere comunque. Inoltre, non si esclude che l'accusato possa essere allontanato dall'aula qualora tenga un comportamento scorretto successivamente al richiamo all'ordine o a all'avvertimento sulle conseguenze derivanti dal persistere di una simile condotta¹⁵.

Sono ammissibili i procedimenti *in absentia*, ma i **procedimenti contumaciali** devono essere rigorosamente circondati di **garanzie compensative**. La disciplina deve regolarsi tenendo in considerazione che l'imputato è assente, in tema di notificazione degli atti e di termini per la difesa. Nella *sentenza Sejdivich* si stabilisce che se il condannato non ha rinunciato a comparire ha una seconda possibilità in modo tale da avere in ogni caso un giudizio nel merito. Sarebbe una violazione dell'equità processuale se

"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".

La contumacia poneva in capo all'accusato il pesante onere di dimostrare che il processo si è svolto in sua assenza perché non era stato informato dell'esistenza del processo e il termine per impugnare era molto breve. La Corte ha individuato questa carenza strutturale nell'ordinamento italiano che non consentiva un secondo grado di merito in sua presenza e con la possibilità di fornire elementi per la difesa, imponendo una *misura generale di riparazione*.

Secondo il riformato *art. 175 cpp* l'imputato che dimostrasse di non essere arrivato a conoscenza del procedimento nei suoi confronti per colpa a lui non imputabile è rimesso in termini per avere un **riesame nel merito** in sua presenza. Il processo che arriva alla condanna in contumacia rimane, ma si rimetteva in termine l'imputato per proporre impugnazione davanti la Corte di appello in modo che il secondo grado venga garantito in sua presenza. Ma anche dopo l'intervento della riforma rimaneva la questione che l'imputato perdeva comunque un grado di giudizio. Per questo motivo interviene un'altra riforma nel 2014 che desse attuazione ai principi fissati dalla Corte di Strasburgo: **soppressione dell'istituto della contumacia** e introduzione dell'istituto di **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, né che si è sottratto volontariamente. Il processo viene sospeso fino a quando non si arriva ad acquisire la prova che l'imputato ha effettiva conoscenza della celebrazione processo o della pendenza del procedimento a suo carico, ossia quando esistono **elementi sintomatici** che portino ad una presunzione ex lege in merito a tale conoscenza (ad es. dichiarazione o elezioni di domicilio, nomina di un difensore...). La prescrizione comincia a decorrere nel momento in cui ha avuta conoscenza.

È onere, dunque, dell'autorità giudiziaria verificare che l'imputato abbia avuto conoscenza del processo in quanto basta la prova della notifica dell'avviso di citazione nell'abitazione dell'imputato per far partire il processo in sua assenza. Poi questo può comunque partecipare in un momento successivo facendo eliminare la dichiarazioni di assenza¹⁶.

Sul piano dell'**Unione Europea** vi è stata un'importante *decisione quadro 2009/299/GAI* che individua le norme minime che gli stati devono osservare nel proprio sistema:

¹⁵ La Corte ha, addirittura, sostenuto nella sentenza Corte EDU Margus vs Croazia, che se il comportamento scorretto dell'accusato prosegue nonostante le ammonizioni, esso equivale ad una **rinuncia implicita a partecipare**.

¹⁶ *Possibile domanda: misure generali di riparazione con differenza con misure individuali + questo esempio.*

Attenzione che **le misure generali di riparazione possono derivare anche da una modifica dell'orientamento della Corte**.

1. l'interessato sia stato citato personalmente o comunque informato ufficialmente della data e del luogo fissati per il processo, in tempo per consentirgli di parteciparvi e di esercitare efficacemente il suo diritto di difesa, e sia stato informato del fatto che potrà essere emessa una decisione nel caso di mancata comparizione in giudizio;
2. 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;
3. 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.

Tale decisione è stata attuata con due decreti legislativi uno del 2016 e uno del 2010, rispettivamente in tema di *mandato di arresto europeo* in relazione a decisioni emesse all'esito di processi celebrati *in absentia* ed in merito al *principio del reciproco riconoscimento* di sentenze penali nell'UE.

La *Direttiva 2016/343/UE** [pag.35] all'art.8, pur riconoscendo la natura essenziale del diritto dell'indagato e dell'imputato di presenziare al processo, ne ha sancito la portata non assoluta, ammettendo la possibilità di una rinuncia espressa o tacita, purché inequivocabile.

Si possono celebrare processi *in absentia* se:

- a. L'indagato o imputato è stato informato ufficialmente, in un tempo adeguato, del processo e delle conseguenze in caso di mancata comparizione;
- b. L'indagato o imputato è stato informato del processo, ha conferito mandato ad un difensore, nominato da lui o dallo Stato, per essere rappresentato in giudizio e sia stato effettivamente rappresentato.
- c. È impossibile rintracciare l'indagato/imputato nonostante i ragionevoli sforzi impiegati (ad es. in caso di fuga o latitanza)

Diritto a tempi e facilitazioni necessarie a preparare la difesa

Questa garanzia è corollario del diritto di poter comunicare con il proprio difensore, non presente esplicitamente all'art. 6 CEDU ma all'art. 14 par. 3 lett. B Patto Internazionale. Tale diritto deve essere salvaguardato non solo prima dell'udienza davanti al giudice ma anche anteriormente al primo interrogatorio. A tal proposito nella *sentenza della Grande Camera del 2008 Solduz vs Turchia*, viene ribadito che tale diritto deve essere garantito prima dell'eventuale interrogatorio, anche quando la formulazione dell'accusa non si è ancora formata, nella fase delle indagini preliminari. La ricostruzione del fatto dell'imputato deve essere concordata con il difensore nel delineamento della linea difensiva. Nel sistema turco era, invece, prevista la possibilità per l'imputato di essere interrogato in assenza del difensore.

Ci sono delle situazioni nelle quali è dato un termine alla difesa per potersi riorganizzare rispetto all'aggiunta di una circostanza aggravante non presente nell'imputazione originaria. La Corte EDU ritiene che la formulazione dell'accusa possa essere modificata (es. nuova istruzione nel corso del dibattimento nel caso in cui emerga un fatto nuovo, una circostanza aggravante ecc..) e per questo motivo deve esser concesso un termine per fare in modo che l'accusato possa riorganizzare la sua difesa. Queste caratteristiche sono imprescindibili:

- **ragionevolezza dei termini** se fossero ristretti non ci sarebbe una concreta tutela;
- **conoscenza degli atti processuali**;
- **adeguatezza delle traduzioni per gli imputati detenuti.**

L'art. 6 par. 3 lett. e CEDU prevede l'assistenza di un **interprete** se l'accusato *non comprende o non parla la lingua impiegata nell'udienza* per assicurare un consapevole esercizio del diritto di difesa

(corollario del divieto di discriminazione, di cui all'*art.14 CEDU*, ex *sentenza Luediche e Koç vs Germania*). La Direttiva europea 2010/64/EU sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali ne disciplina l'implementazione in ogni Stato, il quale verificherà il grado di attuazione della garanzia. È prevista anche la facoltà di **rinunciare alla traduzione** purché l'accusato abbia potuto beneficiare di una previa consulenza legale e sia stato reso edotto delle conseguenze della rinuncia. È stata recepita dall'ordinamento italiano con d.lgs. nel 2014 che ha riformulato l'*art. 143 cpp*¹⁷ e uno nel 2016. Il nostro sistema non ha presentato grandi criticità in relazione a questa garanzia, seppur sia stata necessaria l'introduzione di alcune modifiche nel nostro ordinamento. Questi principi infatti erano già presenti all'*art. 111.3 Cost.*:

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

NB: Nel 1999 e nel 2001 viene modificato l'*art. 111 Cost.* inserendo al suo interno (con delle incongruenze linguistiche) gran parte dell'*art. 6 CEDU*. Il nostro ordinamento consente una protezione maggiore considerato il fatto che sono previste sia la difesa personale sia quella tecnica.

Il diritto alla prova

Art.6 par.3 lett.d CEDU: "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."

È il diritto dell'accusato di *difendersi provando*, ossia di esaminare il testimone a carico (difesa personale) o di farlo esaminare dal proprio difensore (difesa tecnica) preservando il *principio di parità d'armi*. Il codice italiano di procedura penale, in realtà, non prevede la possibilità di esame da parte dell'imputato e il diritto viene garantito solo attraverso il difensore.

Nella *sentenza Bonish vs Austria (1985)* la Corte parla di **diritto alla prova**, limitato alla sola prova orale testimoniale, ma ribadisce che il richiamo alla **sola parte testimoniale** non deve portare a **interpretazioni restrittive**. Il diritto alla prova può essere soggetto a limiti e sono previsti criteri circa l'ammissione delle prove: **rilevanza, pertinenza e non superfluità**. È un diritto *disponibile* dalle parti, che sono libere di rinunciarvi. Sono considerate compatibili le ipotesi (eccezionali) in cui il giudice assuma *ex officio* le prove. La CEDU **non fa riferimento** al metodo del contraddittorio nella formazione della prova e ai canoni di esclusione probatoria derivanti dalla sua inosservanza.

La CEDU ha avuto una forte influenza sul diritto alla prova nel nostro ordinamento. Prima degli interventi della Corte si poteva condannare sulla base di dichiarazioni rese da un soggetto che (il difensore del) l'imputato non aveva mai potuto esaminare. Gli *artt.512-513 cpp* permettevano di porre tali dichiarazioni alla base della sentenza di condanna in situazioni peculiari sulla base del principio giurisprudenziale di **non dispersione della prova**. Con la riforma del 2001 dell'*art.111.Cost.* viene inserito il contraddittorio **forte**, in cui le parti sono *attori* della formazione, ma ci sono delle eccezioni in cui è sufficiente il contraddittorio **debole** in cui le parti non sono attori nella formazione

¹⁷ "Atti a traduzione obbligatoria" (fondamentali per l'esercizio del diritto di difesa: informazione di garanzia, informazione sul diritto di difesa, provvedimenti che dispongono misure cautelari personali, l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, i decreti che decreti che dispongono dell'udienza preliminare e la citazione a giudizio, le sentenze e i decreti penali di condanna), e "atti a traduzione facoltativa". Non sono previsti mezzi di impugnazioni in caso di omissioni. Inoltre, al traduzione può essere non integrale ma limitata a singoli passaggi; può essere disposta ex officio io su istanza di parte e l'eventuale provvedimento di rigetto è impugnabile.

della prova. L'art.111. c.4 Cost. fissa un livello di garanzie più elevato rispetto alla CEDU: il contraddittorio viene introdotto come **elemento oggettivo** del processo.

"Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto dall'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore."

L'art. 111 c. 5 Cost. fissa un livello di garanzie più basso: *"La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato, accertata impossibilità di natura oggettiva, effetto di provata condotta illecita"*.

Le deroghe al **principio della formazione della prova in contraddittorio** sono:

- a) per **consenso dell'imputato**;
- b) per **accertata impossibilità di natura oggettiva**;
- c) per **effetto di provata condotta illecita**.

In queste situazioni la prova può non formarsi nel contraddittorio e il giudice può valutare la prova anche se si è formata unilateralmente. In ottemperanza del principio sancito dal c.5 della norma costituzionale, l'art.512 cpp consente un accertamento di responsabilità basato su dichiarazioni unilateralmente acquisite provenienti da persone che l'imputato non ha mai avuto modo di esaminare. A richiesta di parte, **in caso di sopravvenuta impossibilità di natura oggettiva di ripetizione** (fatti o circostanze imprevedibili), gli atti di p.g., p.m., difensori o giudice nell'udienza preliminare possono essere acquisiti come **prove utilizzabili dal giudice**. L'art. 500 c. 2 c.p.p., in attuazione della previsione costituzionale, dispone che: *"le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate ai fini della credibilità del teste."*

Nel momento in cui emerge una divergenza tra quanto detto dal testimone durante le indagini contenute nel verbale del PM e quanto dichiarato in dibattimento, si prevede la possibilità di chiedere il motivo di tale divergenza: la precedente dichiarazione può essere utilizzata per le contestazioni soltanto per valutare la credibilità del teste, **ma non viene utilizzata come prova**. Tuttavia, sempre l'art.500 cc. 4-5 c.p.p. individua le situazioni in cui la dichiarazione può essere utilizzata come prova:

"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 c.3 possono essere utilizzate. 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."

In questo modo si dà la possibilità di acquisire una prova formata al di fuori del contraddittorio. La Convenzione, infatti, non impone che tutti gli elementi debbano emergere da un confronto pubblico tra accusa e difesa, altrimenti escluderebbe qualsiasi materiale raccolto in segreto durante le indagini. Le modalità per utilizzare tale prova sono di derivazione giurisprudenziale: secondo l'interpretazione dei giudici nazionali, poteva essere utilizzata anche come **prova esclusiva e determinante** (*sole or decisive rule*). Cosa significa? La dottrina ha introdotto la cd *prova di resistenza* per spiegarlo: bisogna valutare se, togliendo quella prova, ci sono elementi sufficienti o meno per emettere sentenza di condanna. Contrariamente, secondo la giurisprudenza CEDU, il

giudice può sì utilizzare per la decisione atti raccolti in segreto, ma è essenziale che questi non vengano posti alla base della sentenza di condanna: **non possono essere utilizzati come prova esclusiva e determinante**. Viene violata la CEDU se una sentenza ha come fondamento unico una prova rilasciata da una fonte che l'accusato non ha mai potuto esaminare. Per questo motivo era necessario dare un'interpretazione conforme a CEDU delle norma del codice nazionale.

Il principio generale è che gli elementi di prova a carico dell'accusato devono, di norma, essere prodotti alla presenza del giudice e in udienza pubblica cd. *prove in senso proprio*. Si possono utilizzare i cd. *elementi di conoscenza unilateralmente assunti* qualora ci sia il cd **contraddittorio differito sulla fonte di prova** accordando all'accusato quello che la Corte chiama un'**occasione adeguata e sufficiente** per contestare le testimonianze a suo carico e di esaminare gli autori. È necessario *esaminare le dichiarazioni congiuntamente ad altri elementi di riscontro* quando l'imputato non abbia avuto la possibilità di interrogare il dichiarante. Se vi è stata un'occasione adeguata e sufficiente, anche la sentenza che si basa su una prova esclusiva e determinante rilasciata al di fuori del contraddittorio non viola l'*art.6 CEDU*.

Leading case: Camilleri vs Malta 2000

Il ricorrente era stato citato per possesso e traffico di droga mentre si trovava all'interno del carcere. La pubblica accusa si era basata sulla dichiarazione sottoscritta da uno dei detenuti e rilasciata a un ispettore di polizia. Il detenuto aveva, poi, confermato la dichiarazione davanti a un magistrato con giuramento, ma in seguito aveva ritrattato le dichiarazioni. Durante il processo il detenuto afferma di aver ritrattato perché si trovava sotto l'effetto di stupefacenti. Il difensore del ricorrente aveva chiesto di dichiarare inammissibili tali dichiarazioni, ma la richiesta viene rifiutata.

La Corte di Strasburgo ha ritenuto legittima ex *art.6 par.3 lett.d CEDU* l'utilizzo della dichiarazione **acquisita in modo unilaterale** ai fini della condanna perché il ricorrente ha avuto modo di interrogare l'autore.

Leading case: Carta vs Italia 2006

Si tratta di un caso in cui la difesa non aveva avuto la possibilità di controinterrogare un coimputato che durante il dibattimento si era avvalso della facoltà di non rispondere; perciò, le sue dichiarazioni rese durante le indagini vengono lette in dibattimento. Questa dichiarazione insieme ad altri elementi erano stati ritenuti sufficienti per concludere sulla piena responsabilità, costituendo la prova determinante. È un caso limite, in quanto la Corte ha escluso la violazione dell'*art.6 CEDU* essendo che, senza tali dichiarazioni, gli altri elementi non sono sufficienti per una condanna.

Questa regola ha segnato la giurisprudenza della CEDU fino al 2011, in cui si ha un *over ruling*, secondo cui bisogna fare una valutazione complessiva della vicenda processuale per verificare se la mancanza di contraddittorio sia stata compensata da adeguate garanzie della difesa, i cd **fattori di bilanciamento**.

Nel 2011 si ha una sentenza contro il Regno Unito in cui la Corte modifica l'orientamento introducendo la necessità di avere **elementi di compensazione** rispetto alla mancata possibilità della difesa di far esaminare i testimoni che, se presenti, permettono una condanna basata in maniera determinate su dichiarazioni che l'accusato non ha potuto contraddire attraverso le domande al testimone.

Sentenza Al-Khawaja vs Regno Unito

Il caso riguarda una vittima di violenza sessuale che dopo aver raccontato alle amiche l'accaduto si suicida. Vi erano solo le dichiarazioni delle amiche del fatto che fosse stata violentata (testimoni de

relato). L'accusato, quindi, non ha avuto modo di interrogare la vittima: per poter usare tale dichiarazioni resa soltanto all'accusa nel momento in cui la vittima ha denunciato questa situazione, la Corte idea l'**Al-Khawaja test**:

1. Bisogna verificare il motivo per cui il soggetto non si è presentato in dibattimento.
2. La deposizione del testimone assente non deve costituire la prova unica o determinante ma devono esserci altri elementi.
3. Bisogna verificare se ci sono altri elementi sufficienti per permettere una valutazione equa della sua affidabilità in grado di compensare gli inconvenienti legati all'ammissione di tale prova. Il test non dice i criteri generali ma li individua nel caso specifico.

Es. sentenza *Schatschaschwili vs Germania 2015*:

- a. le prove corroboranti che dimostravano l'attendibilità rese dal dichiarante non esaminato;
- b. la valutazione prudente e attenta del giudice;
- c. l'opportunità per l'imputato di mettere in discussione la credibilità della dichiarazione (contraddittorio debole differito) anche attraverso testimoni de relato.

La figura del testimone

La CEDU, per evitare la cd *truffa delle etichette*, utilizza il termine *testimone* per intendere *qualunque persona che renda all'autorità dichiarazioni destinate ad essere utilizzate dal giudice per la decisione*. È una nozione molto ampia capace di comprendere figure che nel nostro sistema non potrebbero essere considerate come testimoni (persona *disinteressata all'esito del processo* che rilascia una dichiarazione per aiutare con la propria conoscenza a ricostruire la vicenda).

Nella sentenza *Asch vs Austria 1991*: una donna mai comparsa in tribunale aveva rilasciato alla polizia e al giudice dichiarazioni utilizzate poi ai fini decisori. La Corte ha affermato che, nonostante il rifiuto a comparire in udienza, doveva considerarsi 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*".

Sentenza Pullar vs 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 si legge che può essere considerato come testimone poiché la sua dichiarazione scritta figurava nel fascicolo dei giudici come dichiarazione testimoniale.

Sentenza Saso Kostovski vs Paesi Bassi

Sono qualificate come testimoniali le dichiarazioni che, lette o meno in udienza, compaiono di fatto nel fascicolo dibattimentale. La definizione di *testimone (e dichiarazione testimoniale)* acquista una particolare ampiezza: l'unico requisito essenziale è la **conoscenza da parte del giudice** (o della giuria). È sufficiente che le dichiarazioni possano concretamente incidere sulla formazione del convincimento di chi deve esprimere il giudizio definitivo in ordine alla responsabilità dell'accusato.

Sentenza Windisch vs Austria 1990

Le dichiarazioni prodotte, sia mediante testimonianza indiretta sia attraverso la lettura, hanno indotto la Corte a considerare l'autore delle stesse come «testimone», a prescindere dalla presenza effettiva dello stesso in udienza. La Corte ha riscontrato una violazione dell'*art.6 CEDU* con riguardo a una sentenza di condanna che si era 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 PM.

Fatti del caso: Due testimoni ad un furto riconoscono il ricorrente in un confronto a viso coperto, facendo presente la volontà di mantenere l'anonimato. A seguito di ciò, viene dichiarata la sua colpevolezza ed emanata sentenza di condanna. Tale sentenza **si fonda su dichiarazioni di testimoni anonime** e sulle deposizioni dei poliziotti che le avevano interrogate. Davanti alla Corte EDU il ricorrente lamenta la violazione dell'*art.6 CEDU*. Nonostante le due testimoni non abbiano deposto in udienza, la Corte le considera testimoni, dal momento che le loro dichiarazioni sono state prese in considerazione dai giudici per la decisione. In generale, la Convenzione impone di accordare all'accusato *un'occasione adeguata e sufficiente per contestare le deposizioni a suo carico e per interrogarne l'autore in una fase del processo*. Nel caso di specie, né il ricorrente né il suo difensore hanno avuto tale occasione, anche perché la possibilità di esaminare gli agenti di polizia non avrebbe potuto surrogare, secondo la Corte, il diritto dell'accusato di interrogare in udienza i testimoni a carico. Il giudice nazionale, inoltre, **non ha potuto formare un'opinione in ordine alla credibilità** delle testimoni.

La nozione di testimone si estende anche ai periti tecnici e consulenti di parte; parimenti può essere considerato testimone il coimputato o l'imputato in procedimento connesso o collegato che ha reso dichiarazioni *erga alios*. Nella sentenza *Lucà vs Italia* sono stati considerati testimoni un consulente tecnico e un coimputato (interessato all'esito del procedimento): deve rientrare tra le garanzie previste all'*art.6 par.3 lett.d. CEDU*. In Italia il consulente tecnico, a differenza del testimone, non assume l'obbligo di rispondere *secondo verità* come fa il testimone.

Vi sono testimoni:

- **Assenti o irreperibili:** soggetti che, dopo aver reso dichiarazioni testimoniali nelle fasi anteriori al giudizio, non depongono in sede dibattimentale perché deceduti, gravemente malati, irreperibili, all'estero, titolari del diritto a non rispondere, intimiditi... Il mancato riconoscimento del diritto dell'accusato di presenziare all'audizione di testimoni assunti in fasi precedenti a quella del giudizio **non è causa**, di per sé, **di violazione della CEDU**. In generale, bisogna assicurare all'accusato un nuovo esame nel contraddittorio delle parti davanti all'organo giudicante; tuttavia, vi è la possibilità di lettura delle precedenti dichiarazioni assunte in via unilaterale se vi è il consenso della difesa. In alcune 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* prima del giudizio e senza la presenza del difensore:
 - a. *Sentenza Isgrò vs Italia*: la Corte ha dato rilievo al fatto che l'accusato aveva avuto la possibilità di contestare le dichiarazioni a suo carico mediante il confronto con il suo accusatore, anche se le dichiarazioni del testimone irreperibile erano state raccolte in una fase in cui non erano presenti né PM né difensore. La sentenza si fondava anche su ulteriori testimonianze diverse dalle dichiarazioni del testimone irreperibile.
 - b. *Ferrantelli e Santangelo vs Italia*: la Corte ha evidenziato che la circostanza della morte sopravvenuta del correo era una giustificazione di natura oggettiva dell'assenza. Inoltre, era assicurata la *corroboration* con altri elementi probatori. Al **mancato esame** del testimone equivale l'ipotesi in cui il teste si presenti in dibattimento, avvalendosi però della **facoltà di non rispondere** riconosciuta dalla procedura penale nazionale.
 - c. *Sentenza Craxi vs Italia 2002*: il coimputato in dibattimento si è avvalso della facoltà di non rispondere. La Corte deve valutare se vi sia stato un **ragionevole motivo** che possa giustificare la mancata escussione del testimone, la **decisività** della prova che fonda la condanna, la presenza di **istituti in grado di controbilanciare** lo svantaggio subito dalla difesa, tre requisiti interconnessi e valutabili cumulativamente.

- **Anonimi:** soggetto di cui non si conosce l'identità, è un testimone che la difesa non può conoscere per ragioni di tutela (es. i **collaboratori di giustizia**). Se non si conosce l'identità della persona cui porre le domande si è privi degli elementi per poter dimostrare che il teste è **prevenuto, ostile o inaffidabile**. La difesa e il giudice non possono osservare il comportamento e le espressioni durante l'esame, né fondare su tali elementi il proprio **convincimento in merito alla sua credibilità** ed eventualmente contestare la veridicità della dichiarazione.

La CEDU ammette la possibilità di utilizzare le dichiarazioni rese in anonimo, detta regole precise per poterle considerare legittime. Si deve valutare se ci sono le **ragioni effettive** per poter concedere l'anonimato: la vita o la libertà del testimone devono essere *seriamente* minacciate e devono essere garantite affidabilità e credibilità.

Le esigenze operative della polizia non costituiscono un motivo sufficiente a giustificare una tale compressione dei diritti della difesa. Devono, inoltre, essere garantiti strumenti processuali che compensino il sacrificio del diritto dell'accusato avendo preventivamente verificato l'effettiva necessità della misura che deve rispondere a canoni di proporzionalità e gradualità. La sentenza non può fondarsi esclusivamente né in modo determinante sulle dichiarazioni di testi anonimi.

Leading case: Kostovsky vs Paesi Bassi 1989

Il ricorrente è un detenuto evaso che viene sospettato di aver commesso una rapina in banca; una serie di telefonate anonime molto dettagliate confermano i sospetti. Inoltre, due persone informate sui fatti, chiedendo l'anonimato (la polizia conosce l'identità), rilasciano delle dichiarazioni a riguardo che risultarono attendibili e di fatto permettono di arrivare alla sua cattura. L'autorità giudiziaria interroga senza che fosse presente il difensore dell'accusato i testimoni che confermano le accuse. La difesa ha potuto porre domande per iscritto e interrogare i poliziotti che avevano verbalizzato le deposizioni, come testimoni *de relato*, e sulla base di ciò il ricorrente viene condannato. La Corte accerta la violazione dell'*art. 6 CEDU* in quanto le gravi limitazioni del contraddittorio non sono state compensate adeguatamente: il giudice non ha interrogato direttamente i testimoni per attuare un controllo della loro credibilità, l'occasione offerta alla difesa per contestare è stata insufficiente e inadeguata, tanto più che la sentenza si era basata in maniera determinante sulle dichiarazioni anonime.

La sentenza Al-Khawaja ha effetti anche su questa disciplina: se la difesa non conosce l'identità del testimone non può portare elementi per minarne la credibilità e attuare una difesa efficace.

Leading Case: Doorson vs Paesi Bassi

Il ricorrente Doorson viene riconosciuto da alcuni testimoni (tossicodipendenti che restano anonimi) sulla base di alcune fotografie e viene condannato per spaccio di stupefacenti. Due dei testimoni vengono esaminati dal giudice senza il difensore del ricorrente, anche se uno di questi inizialmente non era sicuro. Inoltre, un esperto durante il dibattimento giudica come poco credibili le dichiarazioni rilasciate dai testimoni tossicodipendenti, sottolineando tra l'altro che non vi è alcuna ragione per poter preservare l'anonimato. In dibattimento non vengono citati i testi anonimi per preservarne l'anonimato, privando la difesa dell'opportunità di contestare. In appello il giudice istruttore esamina i testi in presenza del difensore del ricorrente che ha la possibilità di porre loro delle domande, senza conoscere la loro identità. Il ricorso dinanzi alla CEDU viene ritenuto infondato. Secondo la Corte un processo equo contempera gli interessi della difesa e quelli del testimone. Nel caso in esame questa esigenza è stata soddisfatta. La procedura compensare gli ostacoli della difesa derivanti dall'anonimato e i limiti sottoposti al contraddittorio: 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 e il giudice ha valutato le dichiarazioni dei testimoni "*with the necessary caution and circumspection*".

Sin dal caso *Doorson*, la Corte si è preoccupata di fissare una **soglia minima di tutela del diritto di difesa** che ogni Stato deve osservare. Essa impone di verificare che una sentenza di condanna non venga pronunciata quando la prova unica e determinante della colpevolezza sia una testimonianza anonima, in quanto comporta un'ingiustificata restrizione del diritto di difesa, incompatibile con l'*art.6 par.3 lett.d CEDU*.

In realtà è difficile che la contrapposizione tra la tutela di diritti dei testimoni e quelli dell'imputato sia risolta da una garanzia processuale compensativa: cosa può restituire all'imputato ciò che viene tolto, in termini di difesa, non comunicandogli l'identità del testimone? La conoscenza dell'identità del testimone è elemento costitutivo e fondante del contraddittorio, soddisfatto solo quando resa nota all'imputato o al suo difensore affinché la difesa sia tutelata.

Raccomandazione del Comitato dei ministri: definizione del concetto di testimone vulnerabile.

La caratteristica di **vulnerabilità** deriva da una valutazione extra-giuridica circa l'attitudine psicofisica del testimone a compiere una dichiarazione attendibile ed essere sottoposto ad una cross examination es. vittima di violenza sessuale, soggetti minori o testimoni in casi di criminalità organizzata. In questi contesti è necessario il bisogno di bilanciare i diritti della difesa con le esigenze del testimone. Il testimone deve poter deporre senza subire alcuna intimidazione, ma alla difesa deve essere garantita la genuinità della prova. La Corte ammette la possibilità di esaminare i testimoni vulnerabili senza correre rischi, permettendo alla difesa di partecipare. È ritenuto sufficiente, in questi casi, instaurare un rapporto *mediato* tra la difesa e la fonte di prova (es. attraverso filmati o registrazioni dell'interrogatorio).

Queste modalità sono ritenute **compatibili** con l'*art.6 CEDU*.

La libertà personale: artt. 3-5 CEDU

Art. 3 CEDU: "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamento inumani o degradanti."

Sancito anche *ex art. 4 Carta di Nizza*, il divieto in esame rappresenta uno dei valori fondamentali delle società democratiche avente carattere assoluto e inderogabile (ex *art.15 CEDU* eventuali deroghe in caso di guerra o calamità naturali non possono riguardare l'*art.3 CEDU*).

La CEDU parte dal presupposto che ogni pena (disposta legittimamente) implica di per sé una sofferenza dovuta alla limitazione della libertà; pertanto, si devono distinguere i casi in cui questa sofferenza sconfina in *trattamento inumano o degradante* o in *tortura*. Come verificare se si supera tale soglia? Il limite viene individuato **caso per caso**: ci sono fattori da analizzare che si basano sulle circostanze **oggettive** del fatto (modalità di esecuzione) e qualità **soggettive** della vittima (sesso, età, situazioni psicologiche, etc.).

Queste condotte sono realizzate da soggetti che hanno la legittimità di limitare la libertà personale non solo durante l'esecuzione della pena ma in tutte quelle situazioni in cui si esercitano legittimamente poteri di coercizione nei confronti di un soggetto es. indagato che viene interrogato o sottoposto ad una perquisizione personale.

Nel **trattamento degradante** la componente di sofferenza è soprattutto emotiva: rileva l'umiliazione della vittima, la paura e l'angoscia provocate. Il **trattamento inumano** unisce alla sofferenza psicologica anche una componente fisica anche non intenzionale. Quando la sofferenza fisica è particolarmente grave si giunge alla **tortura**: la sofferenza psicologica e fisica che hanno come scopo l'estorsione di confessione, l'ottenimento di informazioni, l'infliczione di una punizione, l'intimidazione o l'esercizio di una pressione su qualcuno. La differenza sta nella **finalità**: se è quella

di ottenere la collaborazione con l'autorità o infliggere una punizione ci troviamo di fronte a una tortura. I tratti distintivi della tortura sono ripresi dall'*art.1 della Convenzione ONU* contro la tortura. *Profilo probatorio*: l'onere può essere assolto dalla coesistenza di indizi sufficientemente forti, chiari e concordanti o da analoghe presunzioni fattuali non confutabili. Se gli eventi si verificano nel periodo in cui il soggetto si trova nella totale disponibilità delle autorità statali, sorgerà una **presunzione di responsabilità** in capo allo Stato convenuto che dovrà dimostrare la sua estraneità dall'accaduto.

La giurisprudenza della Corte edu sull'art.3 CEDU

Sentenza Carabulea vs Romania, 2010: il ricorrente, poi deceduto, era stato malmenato dai funzionari di polizia mentre era in carcere; la Corte ha fatto espresso riferimento alla nozione di tortura dettata dall'*art.1 Convenzione ONU* del 1984, rilevando come le sofferenze inflitte fossero gravi al punto che ne avevano determinato la morte, proprio allo scopo di estorcergli una confessione.

Sentenza Ashot Harutyunyan vs Armenia, 2010: la Corte qualifica come inumano e degradante il trattamento subito dal ricorrente che lamentava una lesione della sua dignità per l'umiliazione subita in quanto era stato rinchiuso in una gabbia metallica durante le udienze. Alcune aule sono dotate di gabbie metalliche per detenuti che stanno eseguendo una pena o per soggetti sottoposti a misura cautelare per cui c'è pericolo di fuga. La Corte ha ritenuto violato l'*art.3 CEDU*, in quanto l'uso della gabbia era sproporzionato rispetto alla natura non violenta dei reati di cui il ricorrente era accusato.

Sentenza Udayeva Yusupova vs Russia, 2010: la sofferenza prolungata e di carattere **permanente** patita dai familiari può essere considerata come trattamento inumano. Due bambini sono rimasti uccisi sulla strada di ritorno da scuola dall'esplosione di granate. La sofferenza inflitta ai familiari viene considerata come trattamento inumano in quanto frutto di una condotta che in quel periodo e in quel luogo ripetuta in maniera sistematica: i familiari dei bambini, tutte le volte che questi tornavano da scuola, erano terrorizzati dal rischio di esplosioni di bombe. Non c'è una limitazione della libertà posta da un'autorità: la sofferenza è una sorta di punizione.

NB: si parla di queste condotte non solo in riferimento all'esecuzione di una pena ma anche per altri casi in cui la libertà può essere limitata.

In numerose sentenze la Corte ha riconosciuto la violazione dell'*art.3 CEDU* anche in relazione all'uso arbitrario di violenza al momento dell'arresto. È necessario che ci siano elementi tali da far ritenere che il ricorso alla forza sia assolutamente necessario e non di carattere arbitrario. La Corte ha assunto un *orientamento molto rigoroso*: la sproporzione e l'inutilità della condotta integrano la fattispecie di trattamento inumano anche nell'ipotesi di un solo schiaffo da parte delle forze di polizia. L'*art.3 CEDU*, sebbene non imponga il divieto assoluto di ricorrere all'uso della forza da parte delle forze dell'ordine durante un arresto, impone proporzionalità alla luce delle circostanze del caso. La Corte ha riconosciuto una violazione dell'*art. 3 CEDU sub specie* di **tortura** quando la polizia ha usato tecniche violente e brutali cercando di far confessare soggetti arrestati.

Gli obblighi positivi

L'*art. 3 CEDU* impone in capo allo Stato un **obbligo negativo** di non porre in essere questi trattamenti e un **obbligo positivo** di prevenzione e tutela dall'eventuale violazione. Le autorità sono obbligate a condurre un'inchiesta effettiva per identificare e punire i responsabili, devono attivarsi affinché i reati non cadano in prescrizione e assicurarsi che gli interessati siano sospesi dalle loro funzioni durante l'istruzione o il processo e ne siano rimossi in caso di condanna quando chi realizza queste condotte è parte degli organi statali (*Saba vs Italia 2014*). Vi sono, inoltre, **obblighi di protezione**

verso soggetti deboli o vulnerabili; **obblighi di repressione penale** attraverso disposizioni in grado di permettere alle autorità di indagare e punire gli individui responsabili e **obblighi procedurali** che impongono l'avvio di indagini indipendenti, imparziali, tempestive, approfondite e sottoposte ad un controllo pubblico. La Corte ha evidenziato come, spesso, nel caso di maltrattamenti da parte di agenti di polizia, nonostante le indagini da parte della magistratura, i responsabili rimangano impuniti. In generale la condizione preliminare per una inchiesta effettiva è la presenza di norme penali adeguate al rispetto dell'*art.3 CEDU*.

FOCUS: il G8 di Genova

Nel luglio 2001 l'Italia ha ospitato presso la città di Genova il *summit politico G8*.

In quei giorni vi furono grandi proteste (nelle quali si infiltrano soggetti violenti ed estremisti) da parte di studenti da tutto il mondo che si ritrovano all'interno di varie scuole. Una di queste scuole è la Diaz: degli agenti della polizia vi hanno fatto irruzione (col timore che all'interno vi fosse nascosto del materiale esplosivo da utilizzare durante le manifestazione) facendo uso di violenza oltre i limiti. Questa vicenda ha portato alla formulazione di accuse penali verso gli agenti di polizia. Si giunge a varie sentenze di condanna e la vicenda è portata dinanzi alla Corte EDU, che si è espressa con le sentenze *Cestaro vs Italia* e *Bartasaghi vs Italia*. I giudici di Strasburgo hanno sottolineato la gratuità e sproporzione dei maltrattamenti posti in essere dagli agenti rispetto al contesto integrando la fattispecie di **tortura**, in considerazione della natura particolarmente grave e crudele e dell'acuta sofferenza fisica e psichica causata alle vittime.

La Corte ha, inoltre, riscontrato una violazione di carattere **procedurale**: la maggior parte dei capi di imputazione erano caduti in prescrizione nel corso del procedimento. I giudici hanno ritenuto che la reazione delle autorità non fosse stata adeguata alla gravità dei fatti per un **problema di carattere strutturale** dell'ordinamento interno (sentenza quasi-pilota). L'Italia viene, perciò, condannata per la violazione dell'*art. 3 CEDU*.

Tanto sul fronte sostanziale, quanto su quello procedurale, la Corte ha decretato l'inadeguatezza dell'ordinamento italiano circa la repressione della tortura. All'epoca il Codice penale non presentava la fattispecie del reato di tortura. Le fattispecie contestabili agli agenti erano: abuso di potere, lesioni gravi e gravissime, omicidio colposo e tali reati cadono in prescrizione durante il processo perché le indagini, molto complesse, si erano assai dilungate. Le difficoltà stavano nell'individuazione dei responsabili: gli agenti di polizia non erano identificabili in quanto i caschi e le divise indossate non erano numerate. La difficoltà derivava anche dalla mancanza di collaborazione nel corpo di polizia. La Corte EDU afferma la necessità di introdurre la fattispecie di reato di tortura che per la tale gravità deve essere imprescrittibile.

Nel 2017 la Corte EDU ha pronunciato ulteriori sentenze di condanna verso l'Italia per violazione dell'*art. 3 CEDU*. Ad accumulare queste sentenze sono:

1. dal punto di vista **sostanziale**, gli atti di tortura realizzati intenzionalmente dalle forze dell'ordine in modo sistematico ed organizzato;
2. dal punto di vista **procedurale**, che nonostante lo sforzo compiuto dalle autorità per accertare i fatti e individuare i responsabili la risposta dell'ordinamento è stata inadeguata in ragione data l'assenza all'epoca dei fatti della fattispecie di reato di tortura; inoltre, i giudizi disciplinari a carico dei responsabili non sono stati efficaci perché non sono state proprio adottate misure disciplinari o perché privi di effetto sospensivo.

Riforma del 2017

Dopo il 1989, con la ratifica della *Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti* (CAT), non viene immediatamente introdotto il reato di tortura. Solo nel 2017, a fronte delle numerose condanne da parte della Corte EDU, si introduce il reato di tortura. Questa norma avrebbe dovuto tenere conto di alcuni caratteri: possibilità di sospendere i potenziali autori delle condotte dal servizio (nei processi riguardanti le vicende del G8, gli agenti identificati in attesa della sentenza di condanna non potevano essere sospesi dal servizio), l'imprescrittibilità, inserimento di numeri di identificazioni di agenti o altri sistemi per rendere più semplici le indagini.

Art. 613-bis c.p.:

"Chiunque con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche (componente fisica del trattamento inumano) o un verificabile trauma psichico (componente psicologica del trattamento degradante) a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona. (reato di evento a condotta vincolata)

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 (cd. tortura di stato), la pena è della reclusione da cinque a dodici anni. (più alta)

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."

Art. 613-ter c.p.:

"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."

Modifiche anche all'art. 191 c.p.p. aggiungendo il c. 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."

I profili problematici della nuova formulazione

L'intervento legislativo non sembra sufficiente a adeguare la disciplina interna agli standard di tutela internazionale. Le pene edittali previste *ex art. 613-bis cc. 1-2 c.p.* non permettono di evitare la prescrizione. Fino ad accertamento definitivo del reato di tortura non si prevede la sospensione dal servizio. Resta, inoltre, il problema dell'identificazione dei singoli responsabili di abusi e violenze tra gli appartenenti alle forze dell'ordine per la mancanza di collaborazione da parte delle forze dell'ordine e dell'emersione dei maltrattamenti in contesti chiusi (es. all'interno delle carceri). Spesso i maltrattamenti emergono solo incidentalmente dato l'alto grado di omertà. La modifica

introdotta nel Codice penale non può da sola assolvere alla funzione di prevenire e reprimere gli atti di tortura, ma deve essere accompagnata da un'incisiva e più ampia azione a livello di sistema.

NB: 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.613bis c.1 .cp*.

La dignità umana e le condizioni della detenzione

Un altro profilo della violazione dell'*art.3 CEDU* discende anche dalla **sottoposizione a pene** che rivestono carattere inumano e degradante. I detenuti si trovano in una posizione di debolezza da cui deriva un **obbligo di protezione** in capo alle autorità che li hanno in custodia: bisogna sempre garantire il rispetto della dignità dei detenuti a prescindere da eventuali difficoltà finanziarie o logistiche. La giurisprudenza ha individuato tre diverse situazioni in cui l'esecuzione della pena può configurare un trattamento inumano e degradante in relazione a:

1. **le condizioni della detenzione:** l'ambiente nel quale il soggetto esegue la pena;
2. **la sottoposizione a determinati regimi carcerari particolarmente duri:** in alcuni sistemi (tra cui quello italiano) si prevede per determinate categorie di soggetti e di fattispecie il cd. **doppio binario** un regime differenziato di detenzione rispetto ai comuni detenuti (*art.41bis ord. pen.*);
3. **Durata della pena:** che, se eccessiva e sproporzionata, può integrare un trattamento inumano e degradante.

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**, altrimenti non si raggiungono le soglie minime di gravità e sofferenza. La giurisprudenza ha subito un'evoluzione e le pronunce rese dalla Corte in materia possono idealmente suddividersi in due gruppi:

- a) riscontro della violazione dell'*art.3 CEDU* a fronte di situazioni di **carattere obiettivo** (es. il sovraffollamento carcerario, le precarie condizioni igieniche, lo spazio disponibile per ogni singolo detenuto...) a prescindere dal carattere soggettivo dell'individuo;
- b) violazione dell'*art.3 CEDU* in ragione della problematica compatibilità del regime di detenzione comune con le condizioni fisiche e psichiche di salute del ricorrente, in riferimento a situazioni di **carattere soggettivo**.

Carattere oggettivo

La pena ha come presupposto la funzione di reintegro in società prevista anche dalla Costituzione (*la pena deve tendere alla rieducazione*). Nelle situazioni di carattere obiettivo le violazioni dell'*art.3 CEDU* sono strettamente collegate ai **metri² che ciascun detenuto ha a disposizione** quando esegue la propria pena e, quindi, lo spazio personale a disposizione. Nelle prime sentenze questo spazio era sempre accompagnato da altri indici: ad esempio precarie condizioni igieniche, rischio di diffusi di malattia... La giurisprudenza si è evoluta e nelle ultime sentenze: anche il solo spazio personale, se particolarmente esiguo, può causare la violazione dell'*art.3 CEDU* anche se non accompagnato da altre violazioni.

Sentenza Sulejmanovic vs Italia

Il ricorrente stava scontando una pena di 25 anni. La Corte EDU ha riscontrato la violazione dell'*art.3 CEDU* perché al detenuto era riservato uno spazio di 2,7 m². Ad ogni detenuto deve essere garantito

uno spazio minimo personale, tenendo conto del fatto che passa gran parte del proprio tempo all'interno della cella. Anche nella sentenza *Buzhinayev vs Russia* la Corte perviene alla medesima conclusione quando lo spazio riservato al detenuto era di 3,4 m².

I metri² a disposizione di ogni detenuto permettono di calcolare il **tasso di sovraffollamento carcerario**: indice che spesso in molte carceri italiane è oltre il limite, in quanto vi sono più detenuti rispetto a quanti la struttura effettivamente ne potrebbe ospitare.

Sentenza pilota: Torreggiani vs Italia

Il ricorrente lamentava che nel carcere nel quale era recluso non era garantito lo spazio minimo a disposizione per ciascun detenuto. Il tasso di sovraffollamento erano alto e vi erano scarse condizioni igieniche non potendo neanche usufruire di acqua calda. Ciò ha portato la Corte a riscontrare un problema strutturale di sovraffollamento carcerario (tasso pari al 147%).

Quali potrebbero essere gli strumenti da adottare?

- Individuare delle **modalità di esecuzione della pena diverse** dalla detenzione carceraria
- **Amnistia e/o indulto**
- **Aumentare le strutture carcerarie**: ma vi sono studi che dimostrano che, paradossalmente, più si aumentano le strutture carcerarie più aumentano i detenuti. C'è una sorta di *effetto al rovescio*: più carceri ci sono, meno l'approccio del legislatore va verso una depenalizzazione. Inoltre, costruire altre strutture carcerarie ha un costo troppo elevato.
- La **depenalizzazione dei reati**: il Codice penale italiano è obsoleto, sono puniti comportamenti che non vengono più considerati di allarme sociale. Il legislatore tende ad aumentare le condotte meritevoli di essere punite con la detenzione carceraria: spesso per soddisfare l'opinione pubblica.

L'Italia, con l'obiettivo di diminuire il tasso di sovraffollamento carcerario, adotta una serie di decreti cd. *decreti svuota-carceri* tra 2013 e 2014. Si è tentato di ampliare l'ambito di operatività degli strumenti che nel nostro ordinamento permettono in determinate situazioni di scontare almeno in parte la pena fuori dalle mura carcerarie: *misure alternative alla detenzione* e *i benefici penitenziari*.

- **La liberazione anticipata speciale**: detrazione di 75 (e non più 45) giorni di pena ogni 6 mesi di pena scontata. Rimane invariato il *presupposto soggettivo*: il giudice di sorveglianza dà una valutazione positiva del profilo del detenuto che sta seguendo un percorso rieducativo. La questione è che questo maggiore sconto forte di pena è solo una misura temporanea (due anni).
- **Le modifiche** (provvisorie) dell'*art.47 ord. pen. sull'affidamento in prova*: il detenuto segue un percorso lavorativo ed è sottoposto a limiti di movimento. Si estende la platea di coloro che possono usufruirne: condannati con pene residue fino a 4 anni anziché 3 anni. Dopo un'istanza di parte il magistrato di sorveglianza può applicare provvisoriamente la misura alternativa, analogamente a quanto avviene per la detenzione domiciliare, la semilibertà e l'affidamento terapeutico. Il provvedimento del magistrato (con il presupposto di un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione) ha efficacia sino alla decisione definitiva del Tribunale di sorveglianza, che dovrà intervenire entro 60 giorni.
- **L'abolizione del divieto di applicare per più di due volte l'affidamento in prova terapeutico per condannati tossicodipendenti e alcolodipendenti**: questa misura riguarda il 25% della popolazione detenuta all'interno delle carceri italiane permettendo l'uscita dal carcere di un'alta percentuale di soggetti.
- Ampliamento dell'utilizzo dell'**espulsione dei cittadini extracomunitari** quale misura alternativa alla detenzione.
- **Stabilizzazione della misura di esecuzione delle pene detentive non superiori a 18 mesi presso il domicilio**: comporta la fuoriuscita di 12mila detenuti. Durante gli arresti domiciliari non si

possono ricevere visite, telefonate o corrispondenza, e vengono compiute visite a sorpresa della polizia. Per ogni uscita dal domicilio (anche per lavorare) serve l'autorizzazione del giudice di sorveglianza.

- **Art.275bis cpp**: sottoporre i soggetti **agli arresti e alla detenzione domiciliare con il braccialetto elettronico**. Sostituzione della custodia cautelare con gli arresti domiciliari: la cavigliera non permette di allontanarsi da un determinato perimetro se non previo avvertimento dell'autorità giudiziaria. Il problema fu che i braccialetti elettronici non erano ancora prodotti.
- **Circoscrizione del ricorso alla custodia cautelare** in carcere ai soli casi in cui le altre misure coercitive interdittive, anche applicate cumulativamente, non fossero sufficienti (*extrema ratio*).

Il reclamo

Dopo la *sentenza Torreggiani vs Italia* si interviene su uno specifico strumento che già era a disposizione del detenuto: il **reclamo** del detenuto al magistrato di sorveglianza ex *art.35bis ord. pen.* All'*art.69 ord. pen.* sono stabilite le due ipotesi in cui può essere proposto:

- 1) **provvedimenti di natura disciplinare** adottati dall'amministrazione penitenziaria (*c.6 lett.a*);
- 2) **inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento**, dalla quale derivi al detenuto un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti (*c.6 lett. b*): il detenuto deve avere accesso al giudice.

Per rendere effettiva e vincolante la decisione del magistrato di sorveglianza può essere attivato su richiesta dell'interessato un giudizio per ordinare l'**ottemperanza del provvedimento emanato** indicando modalità e tempi di adempimento. Può dichiarare nulli gli atti posti in essere nel frattempo dall'amministrazione in violazione del provvedimento rimasto ineseguito. L'ipotesi ex *art.69 c.6 lett. b ord. penit.* intende far fronte alle ipotesi di pregiudizio dei diritti del detenuto derivanti dal sovraffollamento: la mancanza di uno spazio vitale all'interno della cella può determinare un pregiudizio grave ed attuale ai diritti del detenuto secondo la Corte EDU e la Corte costituzionale che lo ha espressamente affermato nella *sentenza 279/2013*. Questa è la modalità con cui sono stati introdotti rimedi per garantire la riparazione delle violazioni del diritto del detenuto a non subire trattamenti inumani o degradanti dovuti al sovraffollamento carcerario.

L'Italia nel 2015, a seguito degli effetti delle azioni prese dopo la sentenza Torreggiani, mostrava un tasso medio di detenuti nettamente inferiore a quello europeo. Il problema del decreto del 2014 era che tutte le misure erano **temporanee** e dopo la fine della sua efficacia il tasso ricomincia ad aumentare. Inoltre, la percentuale di soggetti detenuti in custodia cautelare è rimasta costante anche quando le misure del decreto erano efficaci. Ci sono varie misure cautelari applicabili a seconda delle diverse condizioni di applicabilità, esigenze cautelari e *fumus commissi delicti* e, tra questi, il carcere è la *extrema ratio*. Ma l'Italia è uno dei paesi con il più alto tasso di detenuti in carcere in custodia cautelare pari al 32,6% rispetto ad una media europea del 22%. Nel nostro sistema fino a pochi anni fa il tasso di affollamento carcerario veniva abbassato attraverso la tecnica dell'indulto. Il provvedimento di indulto era caratterizzato da sconti di pena per soggetti che dovevano scontare soltanto una pena residua. Anche durante la pandemia nel 2020 poteva essere una soluzione conseguentemente al rischio che all'interno delle carceri potesse scoppiare un'epidemia. Si è agito su fronti diversi come la scarcerazione di detenuti con un minimo residuo di pena da scontare e di quelli reclusi per reati minori e l'utilizzo di iter più snelli per l'accesso alla misura della detenzione domiciliare per chi doveva scontare una pena residua inferiore ai 18 mesi.

Carattere soggettivo

L'altro filone di sentenze della Corte EDU tiene conto delle **condizioni soggettive** di ogni singolo ricorrente e della compatibilità con la detenzione. Possono integrare una violazione dell'*art.3 CEDU* anche ingiustificati ritardi nel fornire una diagnosi, l'inadeguatezza della documentazione attestante le condizioni di salute, il rifiuto ingiustificato di trasferire il detenuto in un ospedale civile; il mancato rispetto degli standard delle cure negli istituti penitenziari rispetto a quello degli ospedali.

Sentenza Scoppola vs Italia 2008 (n.1)

Fatti del caso: il Tribunale di sorveglianza di Roma, alla luce dell'incompatibilità dello stato di salute del ricorrente con la detenzione in carcere, aveva accordato al medesimo la detenzione domiciliare, salvo poi revocare la decisione pochi mesi dopo per via dell'inadeguatezza dell'abitazione. Il ricorrente Scoppola era un soggetto disabile ed era stato trattenuto all'interno di un carcere non adeguato alle sue esigenze. 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 che il Tribunale di sorveglianza aveva originariamente considerato inadeguato alle sue condizioni di salute. La Corte di Strasburgo pone un'attenzione particolare alle fragili condizioni di salute del soggetto che esegue la pena in carcere: in ragione di ciò, deve essere valutata l'adeguatezza dei luoghi di detenzione da parte dell'autorità giudiziaria valutando anche un'eventuale misura alternativa. Dalla sentenza discende **l'obbligo in capo all'autorità nazionale di valutare l'adeguatezza dell'abitazione del soggetto che versi in condizioni di salute incompatibili con la detenzione prima di adottare un provvedimento per la detenzione domiciliare.**

Al ricorrente Scoppola era stata concessa la detenzione domiciliare, ma anche l'abitazione era incompatibile; pertanto, era necessario trovare una misura alternativa per l'esecuzione della pena compatibilmente con le sue condizioni fisiche.

Enea vs Italia 2009

La Corte attribuisce 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.

In questo caso il ricorrente aveva richiesto la sospensione della pena per gravi ragioni di salute, ma era stato trasferito nel reparto ospedaliero del carcere e solo a seguito di un grave intervento chirurgico era stato posto in detenzione domiciliare. La Corte ha ritenuto che il trattamento sanitario fosse stato adeguato alle condizioni del ricorrente e che il prolungato regime carcerario speciale cui lo stesso era sottoposto si giustificasse in ragione della sua pericolosità sociale. Non ha riscontrato profili di incompatibilità con l'*art.3 CEDU* rispetto al regime detentivo ex *art.41-bis ord. pen.*: nonostante le gravissime condizioni di salute in cui versava il ricorrente (tetraplegico, per cui non poteva riscontrarsi il pericolo di fuga), la Corte ha ritenuto che il trattamento sanitario fosse adeguato e che non ci fosse alcuna violazione dell'*art.3 CEDU* e che le autorità nazionali avevano adempiuto all'obbligo di tutelare l'integrità fisica.

Durata della pena

Anche la durata della pena può *integrare un trattamento inumano e degradante*, in particolare quando si tratta di **ergastolo** (*fine pena mai*).

A tal proposito la Corte fa una valutazione generale evitando che l'ergastolo possa integrare una violazione dell'*art.3*: può prevedersi una pena che duri per tutta la vita del detenuto, ma deve esserci la **possibilità che quella pena possa terminare prima**, un meccanismo per cui la pena possa essere modificata o interrotta, rendo compatibile l'ergastolo con l'*art.3 CEDU*. La Corte EDU ha

coniato il **diritto alla speranza** che la vita del detenuto possa terminare fuori dal carcere con una scarcerazione anticipata. A tal proposito, è necessario che il condannato alla pena perpetua sappia in quali **condizioni** e **tempistiche** potrà essere sottoposto alla *revisione della pena* che deve operare prima dei 25 anni dall'inizio dell'esecuzione.

Nel nostro sistema ci sono **due tipologie di ergastolo**:

1. L'**ergastolo "fine pena mai"** (*ergastolo semplice*) in cui si ha la possibilità quando si prende parte ad un percorso rieducativo di ricevere benefici come:
 - a. *permessi premio* e permessi per poter lavorare dopo dieci anni di esecuzione;
 - b. semilibertà dopo 26 anni di pena detentiva;
 - c. libertà condizionale dopo 26 anni di pena detentiva;
 - d. *sconti di pena*.

La pena carceraria dopo 30 anni può terminare usufruendo di tali strumenti che vengono considerati automaticamente quando il magistrato di sorveglianza dà il proprio assenso. La Costituzione, infatti, prevede una **finalità rieducativa della pena**; pertanto, il soggetto deve essere accompagnato verso una risocializzazione con il mondo esterno. Gli sconti sulla fine della pena servono a riportare il detenuto all'interno della società.

2. L'**ergastolo ostativo** introdotto dal *d.l. n.152 del 1991* per combattere la criminalità organizzata di stampo mafioso. Viene introdotto il cd **doppio binario** per i soggetti condannati all'ergastolo per i cd. *delitti assolutamente ostativi*. Viene modificato il regime dell'ergastolo: il detenuto all'ergastolo **ostativo** può usufruire dei benefici comuni a tutti gli altri detenuti soltanto se da prova di aver spezzato il legame con la criminalità organizzata. Quindi per questa tipologia di reati, l'eventuale condanna all'ergastolo non consente, in assenza di collaborazione con la giustizia ex *art.58-ter ord. pen.*, l'accesso ai benefici penitenziari.

I delitti ostativi

Nel 1991 viene introdotto l'*art.4bis ord. pen.* con il *d.l. n.152* e riguarda specifici reati di stampo mafioso: permetteva a chi avesse collaborato con la giustizia di accedere alle misure alternative alla detenzione.

Con il *d.l. n.306 del 1992* viene riformato l'*art.4 bis*: in assenza di collaborazione con la giustizia è sempre preclusa la possibilità di accedere a misure alternative alla detenzione (presunzione assoluta di pericolosità), vengono inclusi nel regime ostativo delitti commessi per finalità di terrorismo, eversione dell'ordinamento costituzionale, omicidio, rapina aggravata, ipotesi di estorsione, violenza sessuale e furto in abitazione se posti in essere con modalità rilevanti. Con lo stesso decreto viene introdotto l'*art.41 bis ord. pen.* cd *carcere duro*: può essere disposto solo dal Ministro della Giustizia nei casi previsti ex *art.4-bis*.

Il fine pena mai e il carcere duro sono due strumenti sono *particolarmente invasivi* e per questo vengono criticati dalla Corte EDU e dalla Convenzione ONU contro la tortura e da molte associazioni umanitarie. Non sempre la collaborazione con l'autorità giudiziaria dimostra l'intenzione del soggetto di spezzare legami con l'ambiente mafioso e allo stesso modo la mancata collaborazione implica la volontà di mantenere il legame con l'associazione criminale (ma ad es. paura di ritorsioni). La questione della cd *collaborazione indisponibile/impossibile*: un soggetto non ha più elementi utili da fornire alle autorità. Se il detenuto inizia a collaborare con la giustizia dopo numerosi anni in carcere potrebbero non avere informazioni attuali tali da essere utili.

È così che si creano **interferenze** con l'*art.3 CEDU*.

Sentenza quasi-pilota: Viola vs Italia 2016

Fatti del caso: il ricorrente viene condannato all'ergastolo per associazione a delinquere di stampo mafioso. Alle sue richieste di permessi premio e di liberazione condizionale risposta negativa, in quanto, professandosi innocente e non parte di alcuna associazione mafiosa, non collabora con l'autorità. È così che il ricorrente chiede di sollevare una **questione di legittimità costituzionale** dell'art.4 bis c.1 ord. penit. che prevede il regime dell'ergastolo ostativo per contrasto con la funzione rieducativa della pena e per violazione dell'art.3 CEDU, ma la questione viene ritenuta infondata e inammissibile. Per questo Viola si rivolge alla Corte di Strasburgo invocando la violazione degli artt.3-5 (*diritto alla libertà*), art.6 (*diritto al silenzio come conseguenza della presunzione di innocenza: la mancata collaborazione è l'esercizio di un diritto*) e art.8 CEDU (*l'obbligo di collaborare con la giustizia viola l'integrità morale della persona, l'unica modalità per poter usufruire degli sconti di pena è confessare dando informazioni false*).

La Corte EDU dichiara ammissibile l'istanza solo con riferimento all'art.3-8 e valuta la compatibilità dell'ergastolo ostativo con la CEDU: l'ergastolo semplice è ritenuto compatibile, mentre l'ergastolo ostativo non consente in assenza di collaborazione misure di affievolimento della restrizione carceraria e la liberazione anticipata. La mancata collaborazione, introducendo la cd. *presunzione assoluta di inaffidabilità, di pericolosità sociale*, preclude la possibilità di riesaminare la pena al magistrato di sorveglianza. La sentenza pone un problema all'interno del nostro ordinamento in quanto viene affermata l'incompatibilità dell'ergastolo ostativo con la Convenzione. Pertanto, viene sollevata la **questione di legittimità costituzionale**. La Corte costituzionale ha sempre ritenuto compatibile l'ergastolo ostativo con la Costituzione: è rimessa alla libera scelta del condannato se usufruire o no del diritto alla speranza, è il condannato che decide se collaborare o no, e la *fattiva* collaborazione prova la volontà di risocializzazione del condannato. Questa posizione era condivisa anche dalla Corte di Cassazione, mentre la dottrina era molto critica e lamentava il mancato rispetto della finalità rieducativa della pena, essendo necessario valutare anche l'impegno del detenuto nel percorso rieducativo.

Passaggio della relazione degli **Stati generali dell'esecuzione penale**:

"Non sono ammesse presunzioni legali di irreversibilità sociale¹⁸. 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 CEDU: 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".

¹⁸ La mancata collaborazione costituisce una presunzione assoluta, non superabile con la prova negativa, di *pericolosità sociale*. Se non si collabora non si può accedere neanche alla valutazione del magistrato di sorveglianza.

Il regime ostativo è nato per determinate finalità, ma una volta che il contestato è cambiato, la mancata collaborazione non può negare a priori la possibilità di esaminare la posizione del detenuto in ergastolo ostativo. La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità dell'*art.4bis c.1 ord. pen.* nella parte in cui non prevede la concessione di permessi-premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se si può escludere il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata e il condannato abbia dato prova di partecipazione al percorso rieducativo. L'articolo è illegittimo nella **parte in cui consente l'automaticità di non valutazione degli altri elementi** acquisiti dall'autorità giudiziaria che dimostrano che sia venuta meno l'attualità della partecipazione e il collegamento con l'associazione: la presunzione di *pericolosità sociale* del detenuto non collaborante diventa **relativa** e può essere superata dal magistrato di sorveglianza. Successivamente (nel 2021) viene sollevata anche una questione di illegittimità con riferimento alla **liberazione condizionale**. La Corte costituzionale rileva l'incompatibilità dell'ergastolo ostativo, laddove l'assenza di collaborazione costituisce una presunzione assoluta di pericolosità che preclude l'accesso alla liberazione condizionale. La Corte non accoglie immediatamente la questione, ma rinvia la trattazione per consentire al legislatore di intervenire sulla materia eliminando la collaborazione quale unico strumento per accedere alla liberazione condizionale.

D.l. n.162 del 2022

Per quanto riguarda l'**accesso ai benefici penitenziari**, l'*art.4bis c.1* è rimasto immutato e dunque la **collaborazione con la giustizia** rimane la strada principale che il detenuto deve intraprendere per ottenere i permessi premio e le misure alternative alla detenzione. In assenza di collaborazione, per ottenere i benefici premiali i condannati per i delitti di cui all'*art.4bis c.1* devono dimostrare di aver adempiuto alle **obbligazioni civili** e agli **obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna** e sono tenuti ad allegare elementi *diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria e alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo* tali da consentire di escludere l'*attualità di collegamenti con la criminalità organizzata*. Infine, va accertata la sussistenza di *iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa*.

Vengono incluse **nel regime ostativo** tipologie di delitti monosoggettivi ed estranei al fenomeno della criminalità organizzata. Il provvedimento esclude i detenuti in regime *41bis* **dai benefici penitenziari**. I presupposti della liberazione condizionale sono che i detenuti **devono aver scontato almeno due terzi della pena temporanea o trent'anni in caso di ergastolo** (e non 26 come in precedenza). Inoltre, il condannato all'ergastolo che collabori con la giustizia può accedere alla liberazione condizionale dopo almeno dieci anni di pena. La nuova disciplina del regime ostativo **acuisce in modo irragionevole la disparità di trattamento tra chi collabora**, che può accedere alla liberazione condizionale dopo 10 anni e chi **non collabora**, che deve attendere 30 anni, non attuando le indicazioni della Corte costituzionale; pertanto, **non** appare conforme ai principi costituzionali ex *artt.3-27 Cost.* Nonostante quanto detto, la presunzione assoluta viene trasformata in una presunzione relativa. Il detenuto che non collabora può dimostrare anche non collaborando di non essere più parte dell'organizzazione criminale e che ha intrapreso un percorso rieducativo (*probatio diabolica*).

Regimi carcerari speciali

Ci stiamo riferendo al regime ex *art.41-bis ord. penit.* che può interferire con l'*art.3 CEDU* integrando la fattispecie di trattamento inumano e degradante. Tuttavia, la Corte EDU con riguardo a questi casi ha una sensibilità assai diversa e tende a essere meno rigida, trattandosi di soggetti socialmente pericolosi, nella prospettiva di assicurare l'ordine pubblico e la sicurezza. Il livello minimo di

sofferenza da superare per integrare un trattamento inumano e degradante, e quindi una violazione della CEDU, è più alto.

Sentenza Enea vs Italia

Riguarda un detenuto in gravissime condizioni di salute in regime di *41bis* la cui detenzione non viene considerata in violazione della CEDU: nessuna considerazione sembra riesca a modificare l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo che considera preminente la **necessità di spezzare ogni legame** tra il detenuto sottoposto al *41bis* e l'esterno. Durante la detenzione è necessario ostacolare qualsiasi comunicazione con l'esterno per evitare il mantenimento di qualsiasi legame con l'organizzazione criminale. A questo scopo si possono attuare misure più stringenti pur garantendo il rispetto della dignità umana, salute e benessere senza sottoporre il detenuto a sofferenze maggiori. È un regime destinato a durare tutta la durata della pena. È un modalità di esecuzione della pena spesso al limite della tollerabilità umana e viene considerato il regime carcerario più invasivo a livello europeo. Chi è sottoposto al *41bis* resta in **isolamento** in una cella singola senza accesso agli spazi comuni e viene costantemente sorvegliato e i colloqui con i parenti vengono condotti in un'area speciale e sono limitati oltre che registrati. La corrispondenza è monitorata ed è soggetta ad autorizzazione. In caso di malattia, i detenuti vengono trasferiti in strutture ospedaliere dotate di reparti speciali e solo in casi di particolare gravità può essere concessa la custodia attenuata.

Art. 41-bis ord. penit.:

"In casi eccezionali il ministro della giustizia ha la facoltà di sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati. 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. La sospensione deve essere motivata: "in casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza".

Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-bis o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente. In caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell' articolo 4-bis".

Il regime *41bis* ha una durata di 4 anni prorogabile per altri due potenzialmente all'infinito. Fino a quando il Ministro della Giustizia non ritenga che il detenuto non abbia più alcun collegamento con l'associazione mafiosa, il regime viene prorogato.

NB: tale regime non riguarda solo reati di criminalità organizzata di stampo mafioso.

*c.2bis: "...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 fortemente criticato: soprattutto riguardo *l'eccessivo isolamento per un tempo così prolungato*, potendosi considerare come un trattamento *crudele, inumano e degradante*. Nonostante ciò, la Corte ha sempre ritenuto questo regime compatibile con *l'art.3 CEDU*.

Provenzano vs Italia 2018

Il protagonista della vicenda è Bernardo Provenzano, il vertice dell'associazione mafiosa *Cosa Nostra*, il quale, dopo una latitanza durata 40 anni, viene arrestato nel 2006 e condannato a numerosi ergastoli per essere stato il mandante di vari omicidi e sottoposto al regime del *41bis* (prorogato fino alla sua morte). Negli ultimi anni di detenzione, il ricorrente aveva richiesto la sospensione del *41bis* e il trasferimento in una struttura ospedaliera date le sue gravi condizioni di salute, ma nessuna istanza è mai stata accolta. Il ricorrente si rivolge dinanzi alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione dell'*art.3 CEDU* sotto i profili dell'insufficiente assistenza sanitaria e della sottoposizione al regime *del 41bis* considerate le patologie dalle quali era affetto.

Riguardo il primo profilo, la Corte ha ritenuto che il richiedente avesse ricevuto cure mediche adeguate, sotto il secondo profilo ha invece rilevato la violazione dell'*art.3 CEDU*.

La Corte ha valutato con riguardo alle circostanze del caso se la durata del regime *41bis* a cui il ricorrente era sottoposto superasse una gravità tale da incorrere nella violazione della CEDU, accertando se il rinnovo o l'estensione delle restrizioni fosse giustificato o no. Innanzitutto, l'applicazione del regime deve essere preceduta da una valutazione periodica di necessità dal rischio che il detenuto possa mantenere legami con l'esterno. Se questo rischio non vi è più per le condizioni di salute del detenuto, il regime non deve più essere applicato. L'autorità giudiziaria riteneva, invece, non assolutamente escludibile che il richiedente potesse interloquire con l'esterno. Nel parere della Corte si ritiene che i giudici nazionali non abbiano valutato puntualmente il grave deterioramento cognitivo del ricorrente nella valutazione della necessità di rinnovo del regime e abbiano peccato di **inerzia motivazionale**. Per la prima volta la Corte EDU ravvisa *l'incompatibilità* di questo regime con *l'art.3 CEDU*. Fino a questa sentenza non era mai stata rilevata la violazione della Convenzione anche quando il regime *41bis* era stato imposto per lunghi periodi di tempo. Seppur venga ribadita, **in generale, la conformità** del *41bis* alla CEDU, si puntualizza che la proroga del provvedimento di sottoposizione al regime deve essere giustificata con riguardo al caso specifico: il soggetto deve essere in grado, se lasciato in regime di detenzione normale, di poter avere contatti con l'associazione mafiosa. In questo caso, il ricorrente non era più in grado di comunicare con altri soggetti; pertanto, non vi era necessità di prorogare tale regime. Nonostante il clamore mediatico della vicenda, la Corte non ha espresso valutazioni generali di non conformità del regime di cui all'*art. 41bis* ord. pen. rispetto alle garanzie convenzionali.

Il diritto alla libertà e alla sicurezza

Art. 5 CEDU: "Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge:

a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente;

b) se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge;

c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso;

d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente;

e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo;

f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione.

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.

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.

Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima.

Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto a una riparazione."

L'art.5 CEDU, insieme all'art.6 della Carta di Nizza, tutela la libertà fisica della persona contro arbitrarie misure coercitive imposte dall'autorità e pone un elenco **esaustivo** e **soggetto a interpretazione restrittiva** dei casi in cui la privazione della libertà è legittima (*principio di legalità e di tassatività*). Inoltre, le situazioni nelle quali il potere statale può **legittimamente** limitare la libertà devono essere individuate tassativamente dalla legge (*riserva di legge*). Il diritto alla libertà è richiamato dall'art.13 Cost. che sancisce la libertà personale come inviolabile e può essere limitata nei soli casi e modi previsti dalla legge. La privazione di libertà si compone di un elemento **oggettivo** (confinamento di un soggetto per un periodo di tempo) e di uno **soggettivo** (l'individuo non ha acconsentito alla restrizione). Le situazioni previste dall'art.5 CEDU sono le seguenti.

La detenzione legittima in esecuzione di una sentenza di condanna

La detenzione legittima in esecuzione di una sentenza di condanna pronunciata (anche in primo grado, ma nell'ordinamento italiano serve una sentenza di condanna definitiva) da un tribunale competente a seguito di un procedimento giurisdizionale rispettoso de ll'art.6 CEDU. Vanno escluse:

- a) le decisioni conseguenti a processi svoltisi in modo contrario all'art.6 CEDU;
- b) le misure preventive di sicurezza lesive della libertà personale, pure se disposte da organi giurisdizionali;
- c) l'espressione *in seguito a condanna* (dichiarazione di colpevolezza a seguito di un accertamento legale di un'infrazione e l'inflizione di una misura privativa della libertà) indica non solo la priorità temporale della condanna rispetto alla detenzione, ma anche un nesso di causalità tra

provvedimento di condanna e limitazione della libertà personale che deve essere conseguenza della prima;

- d) per *tribunale competente* si intende un organo giurisdizionale indipendente e imparziale nei confronti del potere esecutivo e delle parti in causa e nel rispetto dell'*art.6 CEDU*. Inoltre, in Italia vi è anche la precostituzione per legge e la naturalità del giudice.

Arresto o detenzione

Un individuo può essere privato della libertà quando è stato **regolarmente arrestato** o si trova in stato di **detenzione**. La limitazione della libertà personale può perdurare per un periodo proporzionato all'obiettivo da raggiungere, in equilibrio tra interessi contrapposti e soprattutto che non abbia carattere punitivo (differenza con *lett. a*). Lo *stato di arresto* deve derivare dall'esecuzione di un obbligo giuridico specifico e concreto rispetto alla sentenza di condanna. Le finalità sono diverse. Nell'ordinamento italiano l'arresto e il fermo sono misure precautelari; inoltre, se un *testimone o un perito* non si presenta a seguito della richiesta di testimonianza in mancanza di un legittimo impedimento, si utilizza lo strumento dell'*accompagnamento coattivo* che non ha carattere punitivo, ma assicura la fonte di prova all'interno del processo.

In riferimento alla **Direttiva EU sui rimpatri** recante norme comuni a tutti gli Stati membri riguardo i cd *rimpatri forzati* nel caso di soggiorno irregolare. Vengono sanciti:

- il principio di **sussidiarietà**: misura utilizzata quando non sono applicabili altre meno restrittive;
- il principio secondo cui gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un Paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio solo in presenza di un **rischio di fuga** o quando il soggetto **eviti o ostacoli la preparazione del rimpatrio**;
- il principio secondo cui il procedimento deve avvenire nei **tempi rapidi** e la coercizione può essere mantenuta solo per il **tempo necessario** all'espletamento delle modalità di rimpatrio e comunque per non più di sei mesi.

La custodia cautelare

Sono previste le condizioni in base alle quali un individuo può essere privato della libertà. In Italia è prevista la misura cautelare per *rischio di fuga*, di *reiterazione del reato* e di *inquinamento della prova*. Oltre alle esigenze cautelari è necessario il *fumus commissi delicti*, ossia gravi indizi di colpevolezza. Se viene meno uno dei requisiti, la misura cautelare non può più essere applicata. La Corte parla in termini tecnici: è consentito l'arresto o la detenzione quando vi sono **ragioni plausibili** per sospettare che il soggetto abbia commesso un reato e **motivi fondati** per ritenere necessario di impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso. La locuzione **autorità giudiziaria competente** va intesa come sinonimo di *giudice o altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie*. La sussistenza di ragionevoli sospetti è una *conditio sine qua non* per considerare legittimo l'arresto o la misura cautelare e deve mantenersi per tutto il periodo di privazione della libertà personale. La plausibilità dei sospetti presuppone che vi siano elementi idonei a convincere un osservatore obiettivo che la persona oggetto del provvedimento privativo della libertà possa avere commesso il reato. L'esigenza concreta è quella di impedire la consumazione di un reato nell'ipotesi di arresto in fase di tentativo o che il soggetto sia recidivo nell'ipotesi di proroga di una misura di sicurezza. Differentemente dalle previsioni italiane, non si fa riferimento all'**inquinamento probatorio**; la Corte ha ribadito l'importanza dei *gravi indizi di colpevolezza* al cui venir meno, la misura cautelare si estingue. Inoltre, la privazione della libertà deve avvenire per un periodo di tempo limitato funzionale alla raccolta di elementi di prova.

La detenzione di minorenni

Si deve distinguere la *detenzione provvisoria del minore* che presenta poche differenze con quella di un soggetto adulto (procedimento minorile e tribunale dei minori) e *detenzione per fini educativi* presente in alcuni ordinamenti.

Bouamar vs Belgio 1988: un minore sospettato della commissione di alcuni reati era stato arrestato e posto in detenzione presso una struttura carceraria a fini educativi, ma l'inadeguatezza della stessa rispetto allo scopo perseguito ha comportato una violazione dell'art.5 CEDU. La detenzione cautelare era avvenuta in maniera legittima e vi erano gravi indizi di colpevolezza, ma successivamente alla decisione del giudice di non esercitare l'azione penale, si era prolungato lo stato di detenzione ingiustificatamente.

D.G. vs Irlanda 2002: il minorenni aveva finito di scontare la pena, ma risultando senza fissa dimora viene ordinata la prosecuzione della detenzione per scopi educativi benché non fosse sospettato né accusato d'ulteriori reati; pertanto, la Corte ha sancito la violazione dell'art.5 par.1 lett.d CEDU.

Limitazione della libertà di persone contagiose, alienati, alcolizzati, tossicomani e vagabondi Riguardo alla limitazione della libertà di **persone contagiose**

Caso Enhron vs Svezia: relativo al ricovero coatto presso una struttura ospedaliera per oltre un anno e mezzo di un individuo affetto da HIV. La corte ha precisato che è possibile limitare la libertà di una persona se sussistono due condizioni:

- fondati motivi che una persona, messa in libertà, possa contagiare altre persone causando un pericolo effettivo per la salute e la sicurezza pubblica;
- non vi sono strumenti meno afflittivi capaci di impedire il rischio e salvaguardare l'interesse pubblico.

Nel caso di specie viene rilevata la violazione dell'art.5 CEDU perché, nonostante la detenzione fosse legittima, si è protratta per un periodo eccessivo pur essendoci misure meno rigorose capaci di poter raggiungere lo stesso scopo.

Riguardo le persone con **disturbi mentali** la corte ha individuato tre condizioni che possono autorizzare la detenzione in funzione protettiva e terapeutica:

- il disturbo mentale va accertato sulla base di una perizia medica obiettiva;
- l'alterazione mentale deve giustificare il ricovero coatto presso una clinica;
- il prolungamento del ricovero è valido se il disturbo mentale persiste.

Per quanto riguarda le persone **alcolizzate e tossicodipendenti**, affinché la detenzione non sia arbitraria è indispensabile che:

- le condizioni per la detenzione siano stabilite dalla legge
- la privazione della libertà è l'*extrema ratio* per scongiurare il pericolo derivante dal comportamento dell'alcolizzato. La detenzione non può prolungarsi per un periodo troppo lungo altrimenti è illegittima.

Per quanto riguarda i **vagabondi**, ossia una *persona* che non abbia un domicilio fisso e non eserciti abitualmente una professione: nel caso *Guzzardi vs Italia* la Corte ha rigettato l'assunto del Governo italiano secondo cui sarebbe inquadrabile nella figura del vagabondo il soggetto pericoloso sospettato d'essere affiliato alla criminalità organizzata di stampo mafioso. Devono esserci ragionevoli sospetti che il soggetto vagabondo abbia commesso un reato, non può essere giustificata soltanto dal fatto che si tratti di una persona senza fissa dimora.

Privazione della libertà nel procedimento di estradizione o per impedire l'ingresso illegale

Il procedimento di estradizione è legittimo se l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa segue le procedure prescritte. Normalmente il problema è l'eccessiva durata della limitazione della

libertà dell'estraddando. In tal senso è stata condannata l'Italia nel *Caso Gallardo Sanchez vs Italia* perché, nonostante l'intero iter si fosse svolto nel totale rispetto della normativa, le fasi di stallo erano state talmente lunghe da ritenersi ingiustificate. È necessario che le autorità nazionali operino diligentemente impedendo un'eccessiva protrazione nel tempo della limitazione della libertà dell'estraddando. Nella seconda ipotesi si vuole evitare un'arbitraria detenzione del migrante prima che sia autorizzato ad entrare nel territorio italiano. La restrizione deve essere limitata a quanto necessario per impedire l'entrata irregolare: non deve coinvolgere persone che hanno commesso un illecito, deve avvenire con modalità, in luoghi e con durata adatti agli scopi.

I paragrafi successivi dell'*art.5* indicano quali sono i *diritti fondamentali* che spettano alle persone limitate della libertà. Vi è una serie di garanzie che presuppone la possibilità di verifica dei provvedimenti limitativi della libertà tutto il periodo di privazione.

Diritto all'informazione sui motivi dell'arresto e sull'accusa

L'*art.5.2 CEDU* obbliga a informare l'interessato, con linguaggio semplice ed accessibile delle ragioni di fatto e di diritto a fondamento della privazione della sua libertà, affinché egli possa contestarne la legalità davanti a un tribunale competente: tale garanzia è funzionale a quella prevista al *par.4* (ricorso giurisdizionale effettivo). Non è sufficiente che questi diritti siano previsti dall'ordinamento nazionale ma vi deve essere un'autorità che ne verifichi la corretta applicazione. Trattandosi di una limitazione provvisoria della libertà bisogna fare delle distinzioni: la Corte non richiede che il provvedimento coercitivo sia scritto in una lingua comprensibile all'arrestato, reputando sufficiente che vi sia un interprete durante il suo interrogatorio. Un livello di garanzia più elevato è previsto nell'ordinamento dell'UE: vi è il diritto all'interpretazione e alla traduzione degli atti nei procedimenti penali e gli Stati devono assicurare una traduzione scritta delle decisioni che comportano una privazione della libertà personale in un periodo di tempo ragionevole.

Diritto alla immediata traduzione davanti al giudice

L'*art.5.3 CEDU* prevede che gli Stati membri diano la possibilità di una interlocuzione tra il soggetto la cui libertà è limitata e l'autorità giudiziaria, assicurando la **traduzione davanti al giudice** quando vi è una limitazione provvisoria della libertà. Vi deve essere un **contatto tra il soggetto che vede la sua libertà limitata e colui che ha limitato la libertà**. L'immediato intervento del giudice implica un controllo sull'operato della polizia e sui comportamenti di quest'ultima che abbiano portato a eventuali maltrattamenti. L'organo davanti a cui comparire non deve necessariamente possedere tutti i caratteri della giurisdizionalità essendo sufficiente l'**indipendenza dall'esecutivo e dalle parti**. È contrario alla CEDU che il magistrato competente possa anche svolgere in altro momento procedimentale ruolo di organo di accusa (PM). Inoltre, l'attribuzione in capo all'accusato dell'onere di provare la sussistenza di elementi nuovi rispetto al contesto che ha determinato l'applicazione della misura per ottenere la liberazione comporta una violazione dell'*art.5 par.3 CEDU*, ma la ripartizione dell'onere della prova è di competenza del diritto nazionale.

Nel nostro sistema in caso di **custodia dell'imputato in attesa di giudizio** disposta dalla polizia giudiziaria autonomamente si prevede l'interrogatorio di garanzia che deve essere condotto entro il quinto giorno dall'inizio della misura cautelare ex *art.294 cpp*.

Diritto a essere sentito personalmente dall'autorità giudiziaria

Il soggetto privato della libertà individuale ha il diritto ad essere sentito personalmente dall'autorità giudiziaria, sebbene non necessariamente alla presenza del suo difensore.

Nel nostro sistema durante l'interrogatorio di garanzia è indispensabile la presenza del difensore.

Diritto di comunicare con il difensore

Questo diritto deve essere garantito prima che ci sia il contatto con l'autorità giudiziaria. Questo spiega perché la Corte non ritenga indispensabile la presenza del difensore durante l'interrogatorio: il contatto con il difensore già c'è stato.

Quanto suddetto è stato implementato nel diritto dell'Unione con una direttiva che prevede per gli imputati/indagati *in vinculis* il diritto all'assistenza di un difensore prima di comparire davanti a un giudice e a poter informare senza ritardo una persona del loro stato detentivo. La difesa deve essere concreta ed effettiva, perciò deve essere dato il tempo di interloquire con il proprio assistito.

Ragionevole durata della custodia cautelare

La custodia cautelare deve durare lo stretto necessario e il presupposto deve continuare ad essere attuale. I *tempi ragionevoli della custodia preventiva* comportano un **diritto al rilascio** non appena i limiti di tale ragionevolezza sono superati. Nella valutazione della ragionevolezza della durata della custodia cautelare la Corte europea effettua due verifiche:

- sussistenza di ragioni rilevanti e sufficienti che giustifichino il mantenimento della custodia cautelare;
- se questa prima valutazione ha dato esito positivo, occorre verificare che le autorità nazionali abbiano adottato *particolare diligenza* nella conduzione del procedimento.

La Corte EDU è particolarmente attenta riguardo il *fenomeno mafioso*: vi è una presunzione di costante attualità della pericolosità del soggetto mafioso, tanto che ha "*salvato*" il regime cautelare differenziato ex *art.275 c.3 cpp* secondo cui la sussistenza delle esigenze cautelari può essere oggetto di una presunzione relativa. Le esigenze cautelari sono le seguenti:

- il **pericolo di fuga** va valutato rispetto a elementi specifici e concreti considerando soprattutto il carattere, la moralità, il domicilio, la professione, la disponibilità economica, i vincoli familiari, i contatti internazionali e i legami con il paese dove il processo è in corso. Non basta la possibilità o la facilità di oltrepassare la frontiera, ma bisogna che un insieme di evenienze (es. 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 alla privazione della libertà;
- il **pericolo della reiterazione del comportamento criminoso** fondato sull'esame di precedenti analoghi al reato per cui si procede;
- il **pericolo di inquinamento probatorio**: non è sufficiente il fatto che, se lasciato libero, il soggetto potrebbe modificare la situazione probatoria. Tale pericolo è concepibile all'inizio delle attività investigative, ma non è determinante nella giustificazione del mantenimento della custodia cautelare quando le acquisizioni probatorie siano ormai state effettuate.

Il controllo sulla legittimità di ogni forma di privazione di libertà personale

L'*art.5.4 CEDU* conferisce ad ogni persona arrestata o detenuta il diritto al ricorso al tribunale per proporre un'istanza di **verifica delle condizioni di legittimità dell'arresto o della detenzione**. Si deve decidere entro un breve termine e, qualora tale controllo abbia esito negativo, ordinare la liberazione. Nel nostro sistema è previsto il ricorso davanti al *Tribunale delle libertà*, un giudice diverso da quello che si pronuncia sulla vicenda cautelare (il giudice dell'interrogatorio di garanzia), che verifica se vi erano ragionevoli sospetti e le esigenze cautelari nel momento in cui è stata applicata la misura. La possibilità del ricorso concesso all'interessato deve avere le caratteristiche di accessibilità ed efficacia ex *art.5 par.4 CEDU*. Il procedimento deve essere rispettoso dei principi sull'equo processo, in particolare riguardo al rispetto del contraddittorio e della parità d'armi.

Diritto alla riparazione

Il sistema di tutela della libertà personale della CEDU si completa con la previsione ex *art.5.5 CEDU* che attribuisce ad ogni persona vittima di arresto o detenzione in violazione delle disposizioni dell'*art.5 CEDU* **il diritto ad una riparazione**. Deve esserci un ricorso dotato di un sufficiente grado di certezza relativamente alla possibilità della sua instaurazione nel rispetto dell'*art.6 c.1 CEDU*. Se la limitazione della libertà personale è illegittima si può ottenere un risarcimento per l'ingiusta detenzione a seguito di una valutazione rispetto al momento dell'applicazione della misura, in base agli elementi che si avevano a disposizione. È escluso dall'ambito di applicazione dell'*art.5.5 CEDU* l'eventualità in cui la privazione della libertà sia solo *ex post ingiusta*, a seguito di una sentenza di proscioglimento. L'ambito di applicabilità interessa anche:

- a. il superamento termini massimi di custodia cautelare;
- b. la tardività del controllo giurisdizionale sulla legittimità delle restrizioni della libertà;
- c. la mancanza di esigenze cautelari;
- d. l'irragionevole protrarsi nel tempo della misura.

Nel sistema italiano: gli *artt.314-315 cpp* prevedono che il soggetto che abbia subito una detenzione cautelare risultata ingiusta sotto il profilo sostanziale abbia un'equa riparazione e limitano l'estensione della detenzione per *ingiustizia formale* (mancanza di gravi indizi di colpevolezza o condizioni di applicabilità). La Corte ha accertato la violazione dell'*art.5.5 CEDU* da parte del nostro ordinamento per essere stato negato il diritto alla riparazione in favore di un soggetto sottoposto a misura cautelare oltre i termini di durata massima, per il mantenimento *in vinculis* del soggetto cui debba essere applicato l'indulto e perché non è previsto il diritto a un ricorso per ottenere la riparazione in caso l'ingiustizia nella restrizione della libertà a seguito di procedimento di estradizione o nell'impedire ingresso illegale.

La forma tipica di riparazione consiste nel risarcimento del pregiudizio materiale e morale.

La tutela della vittima nel sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo

Il ruolo della vittima

L'imputato è il soggetto che necessita di maggiori tutele all'interno del processo, ma non è l'unico: anche la persona offesa deve essere altrettanto tutelata. Quando si parla di vittima (o persona offesa) si intende il soggetto **titolare del bene giuridico leso**.

La sensibilità verso il ruolo della vittima si è accentuata via via negli anni. All'interno del processo, la vittima ha la possibilità di costituirsi *parte civile* esercitando l'azione di risarcimento del danno (parte *eventuale*). Va sottolineato che il giudice penale non può quantificare il danno da risarcire (solo il giudice civile può farlo). La costituzione come parte civile da parte della vittima è considerata uno degli elementi che allunga i tempi processuali, portando avanti l'idea che la vittima dovrebbe avere solo il ruolo ausiliare alla ricostruzione del fatto. Infatti, è fondamentale l'azione della vittima nel **sollecitare il PM** e nel portare il suo contributo alla **ricostruzione della vicenda**. La Corte di Strasburgo esclude che l'applicabilità della CEDU dipenda dall'essere parte processuale secondo la normativa interna: la vittima viene trattata, anche quando non possa più costituirsi come parte civile in quanto il reato è prescritto, ai sensi dell'*art.6 CEDU* come la parte civile (*Arnoldi vs Italia*).

La Corte individua nella CEDU ulteriori profili di tutela della vittima: diritto alla vita ex *art.2*, divieto di tortura ex *art.3*, diritto al rispetto della vita privata ex *art. 8*, divieto di schiavitù e lavoro forzato ex *art.4*. Le autorità nazionali sono tenute ad astenersi **da condotte lesive** dei diritti tutelati e devono porre un **impegno attivo** nel garantire protezione agli individui ed evitare che terzi ledano le medesime garanzie i cd *obblighi di criminalizzazione*: dei vincoli per il legislatore di sanzionare

adeguatamente alcune condotte lesive. Le autorità nazionali hanno il dovere di condurre tempestivamente le indagini, altrimenti sarebbe inefficace la denuncia presentata dalla vittima lasciando che l'autore resti impunito e possa reiterare la condotta, e i relativi processi, verificando la responsabilità degli autori delle condotte criminose assicurando *l'effettività della sanzione* imposta (garanzia dei diritti della vittima).

Giuliani e Gaggio vs Italia: l'incompletezza e la superficialità delle indagini viola l'*art.2 CEDU*.

Gradualmente alla vittima sono state riconosciute le **garanzie** ex *art.6 CEDU*: gli interessi della difesa vanno bilanciati con quelli delle vittime e dei testimoni.

Evoluzione delle garanzie della vittima

Convenzione europea sul risarcimento delle vittime di reati violenti

Risalente al 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**.

Non è stata sottoscritta dall'Italia ma ha ispirato la *direttiva n.80 del 2004*.

Decisione-quadro del 2001

Delinea un obbligo per gli Stati membri a adeguare gli ordinamenti nazionali attraverso misure volte a garantire alla vittima nel procedimento penale un trattamento rispettoso della sua dignità personale e il riconoscimento dei suoi diritti. Viene data una **definizione di vittima**: *persona fisica che ha subito un pregiudizio fisico e/o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che violano il diritto penale di uno Stato membro*. Riconosce tra i **diritti delle vittime** quello di essere sentite durante il procedimento e fornire elementi di prova, di essere informata, di essere protetta durante il procedimento. In relazione al diritto di partecipazione al procedimento viene posta la questione circa la compatibilità **dell'incidente probatorio** nel sistema italiano che non legittimava la sua promozione da parte della persona offesa, ma la Corte esclude l'obbligo di prevedere il ricorso a tale strumento da parte del p.m. a seguito della richiesta della persona offesa. Inoltre, alle vittime più **vulnerabili** deve essere accordato un *trattamento specifico*: l'audizione di queste vittime deve garantire un livello di tutela adeguata (es. esame prima del dibattimento).

NB: la decisione non è **mai** stata attuata in Italia.

Direttiva n.80 del 2004

Viene introdotto il concetto di *armonizzazione* che però si sviluppa solo dopo il trattato di Lisbona: 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. Si introduce la *cooperazione* riguardo l'indennizzo delle vittime quando il reato è stato commesso in uno Stato diverso da quello in cui risiede. A seguito di una procedura di infrazione, l'Italia ha implementato la direttiva introducendo l'obbligo dello Stato a risarcire la vittima per reati violenti dolosi non lievi verso la persona per le vittime che hanno un reddito talmente basso da poter accedere al gratuito patrocinio.

Il Trattato di Lisbona

L'*art. 82.2 TFUE* introduce la possibilità di adottare Direttive volte a stabilire norme minime comuni all'interno degli ordinamenti processuali degli Stati membri rendendo più semplice la cooperazione. Si facilita il reciproco riconoscimento delle decisioni favorendo l'**armonizzazione** legislativa. Inoltre,

viene approvata una risoluzione per il rafforzamento della tutela dei diritti della vittima: individua le misure da predisporre per garantire un livello minimo di diritti, sostegno e protezione della vittima.

Direttiva n. 29 del 2012

Vengono trattati per la prima volta i **diritti di assistenza e di protezione** della vittima introducendo nelle legislazioni nazionali un'implementazione delle garanzie della vittima. Si considera come vittima non solo il soggetto passivo del reato, ma anche i familiari che abbiano subito un danno in conseguenza del decesso. Introduce *tre categorie di misure* a favore della vittima:

1. **l'informazione e il sostegno alle vittime:** il diritto della vittima di ottenere le informazioni rilevanti per la tutela dei suoi interessi nel corso del procedimento, diritto all'interpretazione e traduzione delle informazioni e diritto di accesso a servizi di assistenza gratuiti;
2. **la partecipazione al processo:** gli Stati devono assicurare alla vittima la possibilità di *essere sentita* durante il procedimento e poter fornire *elementi di prova* per la quantificazione del danno e la ricostruzione del fatto. Il codice italiano attribuisce la possibilità di esame della persona offesa; può sollecitare il PM a procedere con l'incidente probatorio e può depositare memorie (nel sistema italiano deve costituirsi parte civile per introdurre prove). Ha il diritto di chiedere il riesame delle decisioni di non esercitare l'azione penale che nel sistema italiano può fare tramite l'*opposizione alla richiesta di archiviazione*. Ha diritto di accedere al patrocinio a spese dello Stato; alla restituzione senza ritardo dei suoi beni sottoposti a sequestro se possibile in rapporto alle esigenze del processo; ottenere entro un termine ragionevole una decisione sul risarcimento del danno;
3. **protezione della vittima:** a seguito di una valutazione individualizzata, viene fatto obbligo agli Stati di predisporre misure volte a tutelare la persona offesa e i suoi familiari da eventuali ritorsioni, oltre che a salvaguardare la dignità delle vittime durante gli interrogatori. Ne consegue il diritto all'assenza di contatti con l'autore dei reati nei locali dove si svolge il processo, alla protezione durante le indagini penali e la presunzione di vulnerabilità per le vittime minorenni.

Codice Rosso (L.69/2019): riporta misure volte ad una efficace e tempestiva tutela della vittima di reato di violenza domestica e di genere.

Direttiva n.36 del 2011: allo scopo di prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e protezione delle vittime.

Direttiva n.93 del 2011: sulla lotta contro l'abuso sessuale dei minori e la pornografia minorile.

Le ultime due direttive prevedono una serie di obblighi sostanziali di incriminazione e molteplici strumenti sanzionatori sulla base di un approccio che auspica collaborazione internazionale nella lotta a queste classi di reati. Inoltre, gli Stati sono tenuti a adottare delle misure che permettano di non perseguire penalmente le vittime coinvolte in attività criminali che siano state costrette a compiere reati relativi alla tratta di esseri umani o all'abuso sessuale di minori e alla pedopornografia.

I diritti della vittima nell'ordinamento italiano

Negli ultimi anni sono state profondamente modificate le previsioni domestiche nei confronti della vittima grazie al ruolo attivo della CEDU.

L'art. 90-bis c.p.p. prevede il diritto alla comunicazione dello stato del procedimento, ad essere avvisata della richiesta di archiviazione, ad essere informata della data del processo e dell'imputazione, ad avvalersi di una consulenza legale.

L'art. 90-ter c.p.p. prevede la comunicazione dei provvedimenti di scarcerazione alle vittime di delitti commessi con violenza alla persona.

L'art. 143-bis c.p.p. richiede che vengano tradotti gli atti contenenti informazioni utili all'esercizio dei diritti della vittima.

L'art. 90-quater c.p.p. tutela la vittima particolarmente vulnerabile con rilevanti conseguenze sul piano processuale, in quanto le garanzie riconosciute devono essere bilanciate con i principi di oralità e immediatezza. Possibilità di compiere un incidente probatorio che prescinde dalla non rinviabilità della prova per l'assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile. Limitazione dell'esame delle persone offese già sentite dal giudice ai soli casi in cui la nuova dichiarazione verta su fatti diversi il giudice lo ritenga assolutamente necessario.

Infine, l'art.134 cpp consente la riproduzione audiovisiva delle dichiarazioni della persona offesa particolarmente vulnerabile anche fuori dai casi di assoluta necessità.

L'ordine di protezione europeo (OPE)

Per evitare che dalla libertà di circolazione possa derivare una perdita di sicurezza si prevede che in assenza di una misura di protezione volta a proteggere una persona da condotte criminose di un'altra si emetta un **ordine di protezione europeo** che consente all'autorità di un altro stato a proteggere la vittima che si trova nel suo territorio, in seguito a un comportamento di (presunta) rilevanza penale. L'Italia recepisce questa Direttiva nel 2015 disciplinando sia il procedimento di emissione e trasmissione in altro Stato dell'OPE che quello di riconoscimento di un OPE emesso da un altro.

Art. 7 CEDU: *Nulla poena sine lege*

"Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che al momento in cui fu commessa non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non può del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

Il presente articolo non ostacolerà il rinvio a giudizio e la condanna di una persona colpevole d'una azione o d'una omissione che, al momento in cui fu commessa, era criminale secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili."

Il **principio di legalità** e il **divieto di retroattività** penale sono **inviolabili** e **inderogabili** e sono riconosciuti anche ex art.11 Dich. Univ., art.15 Patto intern. e art.25 Cost.

Al par.1 viene sancita la **regola generale** di irretroattività, mentre al par.2 CEDU (c.d. *formula di Radbruch*) si fornisce un **chiarimento circa l'ambito di operatività**, per cui non possono essere instaurati, dopo la II guerra mondiale, procedimenti giudiziari per accertare i crimini commessi in guerra. Non è permessa l'applicazione retroattiva dei principi generalmente riconosciuti dalle nazioni per giustificare la repressione di crimini internazionali commessi durante conflitti più recenti.

L'art.7 è stato a lungo trascurato dalla Corte di Strasburgo, ma recentemente è stato oggetto di pronunce che ne hanno dato un'**interpretazione evolutiva**.

L'irretroattività della legge penale e il principio di legalità

- Art. 49 Carta di Nizza: “Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale.”
- Art. 25 c. 2 Cost.: “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.”
- Art. 27 Cost.: “La responsabilità penale è personale.”

L'art.7 sancisce il *principio di legalità* della legge penale comprendendo anche il **divieto di interpretazione estensiva ed analogica** e di **retroattività della legge penale sfavorevole**. Con *legge penale* si fa riferimento al diritto di fonte *legislativa e giurisprudenziale* ed è espressione di esigenze di **certezza legale** e di **conoscibilità** da parte dei cittadini; questa, infatti, deve essere **accessibile** e **prevedibile**, ossia l'accusato deve essere in grado *ex ante* di sapere se la sua condotta sia penalmente vietata. La verifica della **prevedibilità** si deve basare non solo sul testo normativo, ma anche sull'interpretazione giurisprudenziale. Le nuove interpretazioni giurisprudenziali nell'**over ruling con effetti sfavorevoli** potrebbero essere assimilate all'introduzione di una nuova fattispecie. La Corte riconosce il *principio di irretroattività* del mutamento giurisprudenziale sfavorevole MA l'art.7 CEDU non viene violato in caso di condanna derivante da un revirement giurisprudenziale **prevedibile**. La Corte ravvisa la violazione dell'art.7 CEDU di fronte a sentenze di condanna che si basano su soluzioni interpretative **imprevedibili** rispetto ai precedenti giurisprudenziali. Anche secondo la Cassazione il mutamento giurisprudenziale integra *diritto vivente*, pertanto, vale il divieto di retroattività se il mutamento è sfavorevole. La Corte costituzionale ritiene che, se la legge non è precisa, la fattispecie può essere specificata dalla giurisprudenza, benché la pronuncia giurisprudenziale non possa essere equiparata alla legge e non può portare ad un *abolitio criminis*. Il principio generale di legalità è finalizzato ad **orientare le condotte dei consociati**: devono essere definite **chiaramente** le infrazioni e le relative sanzioni in modo tale che tutti possano conoscere esattamente la portata dei propri diritti e obblighi e le condotte che implicano responsabilità penale. NB: la *materia penale* è intesa in senso sostanziale ed è individuata sulla base dei cd *criteri Engel* (qualificazione giuridica nel diritto interno, natura della misura penale, natura e gravità della sanzione che può essere inflitta).

Sentenza Contrada vs Italia 2015

Bruno Contrada viene condannato per aver agevolato delle organizzazioni mafiose, ma al momento della commissione del fatto, la configurabilità del concorso esterno in associazione a delinquere era incerta: la condotta non prevista da una disposizione legislativa specifica, ma ricavabile solo in via interpretativa. Inizialmente si esclude la configurabilità del concorso esterno all'associazione mafiosa perché lo ritiene il risultato di una giurisprudenza creativa, che viola il principio della riserva di legge, ma con un successivo intervento delle SSUU si cambia orientamento riconoscendo l'esistenza del concorso esterno senza violazione del principio di legalità. Dopo la sentenza Contrada vengono presentati diversi ricorsi in materia di concorso esterno, MA non trattandosi di una sentenza pilota: i principi espressi nella sentenza hanno efficacia esclusivamente nel caso oggetto della decisione anche quando soggetti si trovassero nella medesima posizione del ricorrente.

La prevedibilità della pena

Il divieto di retroattività ex art.7 CEDU riguarda anche l'*entità del trattamento sanzionatorio*. È compito dei giudici nazionali stabilire, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso, se la

legge successiva preveda pene più severe di quella in vigore al momento della presunta commissione del reato e, quindi, non deve essere applicata. La violazione del divieto si ha in caso di applicazione analogica di una pena o di eccessiva discrezionalità nella previsione del trattamento sanzionatorio e quando si fa riferimento a una cornice edittale più severa delineata dalla legge.

Con **pena** si intendono tutte le misure irrogate conseguentemente a una condanna per un reato, ma può essere ravvisata anche in misure che non derivano da una condanna. La Corte qualifica come pena, ad esempio, la confisca dei proventi di un reato a seguito di un accertamento di colpevolezza. Il divieto di retroattività si estende anche a disposizioni nazionali non formalmente penali: si ha violazione dell'*art.7 CEDU* in caso di mutamento giurisprudenziale sfavorevole inerente alle modalità di applicazione dei benefici penitenziari. Inoltre, è prevista l'irretroattività delle modifiche sfavorevoli delle previsioni sulla diminuzione di pena in caso di scelta del rito abbreviato; al contrario le modifiche *in peius* dell'istituto della prescrizione sono retroattive. La Corte costituzionale, invece, ritiene che la prescrizione rientri nell'ambito di applicazione del principio di legalità ex *art.25 c.2 Cost.* In particolare, la Corte di giustizia ha evidenziato come l'obbligo del giudice italiano di disapplicare *in malam partem* la disciplina della prescrizione contrastasse con il divieto di indeterminatezza e retroattività penale; pertanto, è necessario che la prescrizione rientro nell'ambito della garanzia ex *art. 25 c.2 Cost.* (cfr. *Sentenza Taricco*).

La retroattività della *lex mitior*

Nel 2009 la Corte afferma il principio di retroattività della legge più favorevole come implicazione della garanzia *nullum crimen sine lege* ex *art.7 CEDU*: si applica la pena più lieve anche se prevista dalla legge dopo la commissione del reato. L'individuazione della legge penale più favorevole dipende da una **concreta valutazione della condotta** dal giudice. Il riconoscimento della retroattività della *lex mitior* all'interno dell'*art.7 CEDU* comporta la sua **inderogabilità e inammissibilità del bilanciamento** con altre garanzie.

L'interpretazione conforme e la disapplicazione del diritto interno da parte dei giudici nazionali, in forza di una Direttiva europea e indipendentemente da un provvedimento legislativo nazionale adottato per la sua attuazione non possono avvenire se introducono la responsabilità penale o ne comportano l'aggravamento. Se porta ad un regime sanzionatorio più severo in vigore al momento di commissione dei fatti si viola il divieto derivante ex *art.7 CEDU*.

Divieto di responsabilità oggettiva e per fatto altrui

La Corte riconosce il **divieto di imputazione oggettiva** e di responsabilità **per fatto altrui** secondo il *principio di presunzione di innocenza* ex *art.6.2 CEDU* da cui deriva una tutela indiretta; poi riconduce all'*art.7 CEDU* il divieto di responsabilità oggettiva prevedendo un obbligo di accertamento della colpevolezza del soggetto nella sentenza di condanna, che rilevi un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore del reato.

Misure di prevenzione personali e libertà di movimento

Le misure di prevenzione nella giurisprudenza della Corte EDU

La Corte ha escluso più volte la natura penale delle misure di prevenzione personali e patrimoniali. Il parametro convenzionale di riferimento è l'*art.2 prot.4 CEDU* sulla *libertà di circolazione*:

“Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza.

Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio.

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.

I diritti riconosciuti al paragrafo 1 possono anche, in alcune zone determinate, essere oggetto di restrizioni previste dalla legge e giustificate dall'interesse pubblico in una società democratica."

La legittimazione delle misure limitative della libertà di movimento dipende da *due condizioni*:

- che siano **previste per legge**: deve essere innanzitutto legittima nell'ordinamento nazionale dello stato, dovendo essere accessibili e prevedibili per tutti;
- che siano **funzionali** ad interessi pubblici di sicurezza e protezione dei diritti;
- che siano **necessarie** rispetto al perseguimento dei fini, deve esserci una connessione razionale tra misura e scopo perseguito (la limitazione non è sproporzionata se persegue le finalità previste dall'articolo).

La distinzione tra privazione e limitazione della libertà di movimento dipende dal **grado** o **dall'intensità** della misura, valutabile caso per caso in base al tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione. Una misura privativa della libertà di movimento così qualificata implica le garanzie previste dall'**art.5 CEDU**. Nel nostro ordinamento generalmente le misure di prevenzione personale sono finalizzate a **prevenire la commissione di reati** e possono essere disposte anche sulla base di indizi, non sufficienti per l'emissione di una condanna in giudizio. La **proporzionalità** della misura deve sussistere al momento della sua applicazione e persistere per tutto il tempo della sua esecuzione: sono necessarie *periodiche valutazioni*.

Caso Guzzardi vs Italia: Le misure a cui il soggetto è sottoposto sono da considerarsi di **privazione** della libertà di movimento e non di limitazione della libertà personale in quanto non dirette verso un individuo pericoloso in relazione alla sua inclinazione a delinquere.

La Corte esclude che le misure di prevenzione possano legittimare una **totale privazione della libertà di movimento**: chiarisce che l'**art.5 CEDU** è riferito a misure connesse a procedimenti penali in corso e quindi, con riferimento all'ordinamento italiano, alle **misure cautelari**. Se la misura determina una **totale privazione** della libertà, non rientrando nell'**art.5 CEDU**, è *illegittima*. Se determina esclusivamente una **limitazione** della libertà di movimento, può essere ricondotta all'**art.2 prot.4 CEDU**, ed è legittima se rispetta le condizioni suddette.

Il caso De Tommaso vs Italia

Riguarda il ricorso di un soggetto sottoposto a sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel proprio comune di residenza in quanto abitualmente dedito ad attività delittuose. La misura viene in un secondo momento revocata in quanto si esclude la pericolosità attuale del ricorrente. Il ricorrente propone ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo allegando, in relazione ai 9 mesi trascorsi in regime di sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, una violazione degli **artt.5-6-13 CEDU** e dell'**art.2 prot.4 CEDU**. La Corte esclude la violazione dell'**art.5 CEDU** in quanto la misura non comporta la privazione ma una **limitazione** della libertà di circolazione rientrando nell'**art.2 prot.4 CEDU**. In ragione di ciò, verifica la sussistenza dei presupposti per la legittimità della misura. La prima violazione attiene al requisito della sufficiente prevedibilità delle conseguenze della propria condotta per il soggetto colpito dalla misura di prevenzione. L'applicazione delle misure, infatti, è legata ad un'analisi del tribunale basandosi sulle *tendenze criminali* del soggetto senza riferimento ad uno specifico comportamento. La legge, dunque, non è sufficientemente precisa nella formulazione, impedendo al ricorrente di regolare la propria condotta. Le *prescrizioni obbligatorie* che si accompagnano alla misura sono formulate con **termini vaghi e indeterminati**: *vivere*

onestamente e rispettare le leggi. Anche la disciplina delle *prescrizioni facoltative* è **imprevedibile**: il giudice le applica discrezionalmente, alla sola condizione che siano necessarie alla difesa sociale. In conclusione, la legge non soddisfa quindi i requisiti di prevedibilità e legittimità previsti pertanto violando l'*art.2 prot.4 CEDU*. La Corte esclude la violazione dell'*art.6 CEDU* ribadendo che la sorveglianza speciale non può essere equiparata ad una sanzione penale, in quanto il procedimento che conduce alla sua applicazione non comporta la valutazione di un'accusa penale. Esclude anche la violazione dell'*art.13 CEDU* avendo il ricorrente beneficiato di un rimedio interno di impugnazione del provvedimento la cui effettività è dimostrata dalla revoca della misura.

La giurisprudenza nazionale, nel recepire l'orientamento della Corte di Strasburgo, si divide in due: c'è chi fa *resistenza* al recepimento dei principi espressi muovendo dal presupposto secondo cui il giudice nazionale è vincolato alla giurisprudenza europea solo se si tratta di orientamenti consolidati. La pronuncia De Tommaso non può considerarsi un precedente consolidato in grado di vincolare i giudici italiani ai suoi contenuti. Altri si *adeguano* procedendo ad un'interpretazione convenzionalmente conforme dei presupposti di applicazione delle misure di prevenzione: il preliminare giudizio di pericolosità generica deve essere ancorato a dati e fatti oggettivi, significativi di un'effettiva tendenza a delinquere e non a meri sospetti. Alle prescrizioni accessorie di "*vivere onestamente*" e "*rispettare le leggi*" viene esclusa la rilevanza penale, ritenendo che la sanzione penale possa discendere solo da obblighi e prescrizioni con un contenuto determinato e specifico.

Sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019

La Corte dichiara illegittima ex *art.2 prot.4 CEDU* l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale nei confronti delle persone che debbano ritenersi sulla base di elementi di fatto abitualmente dedite a traffici delittuosi. L'indeterminatezza dell'individuazione dei destinatari delle misure di prevenzione personali e patrimoniali viola la CEDU. La Corte ritiene che:

- "*vivere abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose*": tramite una consolidata interpretazione giurisprudenziale tale locuzione ha raggiunto un sufficiente grado di precisione. Sono state predeterminate le categorie di reato che permettono di individuare i comportamenti presupposto della misura, ossia delitti commessi *abitualmente* dal soggetto che abbiano generato profitti in capo al soggetto e costituiscano una componente significativa di tale reddito.

A questi requisiti deve aggiungersi la valutazione dell'effettiva pericolosità del soggetto:

- "*abitualmente dediti a traffici delittuosi*" convivendo due opposti indirizzi interpretativi, la disposizione **non soddisfa le esigenze di precisione** ex *art.2 prot.4 CEDU*, pertanto ne viene dichiarata l'illegittimità costituzionale.

Sentenza della Corte costituzionale n. 25 del 2019

La Corte puntualizza che la violazione della CEDU può comportare l'illegittimità costituzionale della norma interna se si tratta di una giurisprudenza **stabile e consolidata** e se il **bilanciamento** con altri principi non comporta una valutazione diversa rispetto a quella sottesa all'accertamento della violazione della CEDU. Nella fattispecie in esame ricorrono entrambi i presupposti: la pronuncia De Tommaso è parte di un orientamento consolidato e l'esigenza di contrastare il rischio che siano commessi reati, su cui si basano le misure di prevenzione, è soddisfatta da prescrizioni specifiche che consente al giudice di modulare il contenuto della misura di prevenzione della sorveglianza speciale. Al contrario, la previsione come reato della violazione da parte del sorvegliato speciale dell'obbligo di "*vivere onestamente*" e di "*rispettare le leggi*" sanziona come reato qualsiasi violazione amministrativa e aggrava la pena qualora la violazione dell'obbligo costituisca un reato. La corte, pertanto, dichiara: la **parziale illegittimità** costituzionale della norma nella parte in cui *prevede come delitto la violazione degli obblighi inerenti alla misura della sorveglianza speciale con*

Dispensa di Procedura Penale Europea

obbligo di soggiorno se tale violazione consiste nell'inosservanza delle prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi” per violazione del requisito di prevedibilità ex art.2 prot.4 CEDU e l'**illegittimità** costituzionale nella parte in cui prevede come reato la violazione di tali obblighi.

SEMINARI

Il diritto al confronto nella giurisprudenza della Corte EDU

Le fonti e la nozione di testimone

L'articolo di riferimento è l'*art. 6 par.3 lett. d* della CEDU riconosce ad ogni persona accusata 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*.

Un concetto simile, seppur espresso in termini diversi, è l'*art. 111 c. 4 Cost.* il quale prevede 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*.

Tanto nella Costituzione quanto nella CEDU il **diritto al confronto** non è un diritto assoluto, in quanto ammette a determinate condizioni delle eccezioni: è un diritto *relativo* e pertanto può essere limitato. Nel testo della Costituzione le tre eccezioni alla formazione della prova nel contraddittorio delle parti sono elencate nel successivo c.5; nella CEDU la portata limitativa del diritto al confronto è, invece, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, e quindi varia a seconda di come, nel corso degli anni, viene interpretata e applicata questa norma andando ad individuare le condizioni e i limiti entro cui questo diritto potesse essere sacrificato. Anche in questo caso la Corte EDU ha attribuito un **significato autonomo** al termine *testimone* rispetto a quello adottato nei singoli Stati con l'obiettivo di evitare l'elusione della disciplina attraverso delle mere formalità classificatorie. Per testimone è da intendersi chiunque *offra, nell'ambito del processo, il proprio contributo dichiarativo nella ricostruzione dei fatti, indipendentemente dallo status che la legge processuale gli assegna*. L'*art. 6.3 lett. d CEDU* prevede che gli elementi di prova debbano essere prodotti davanti all'imputato in un'udienza pubblica e nel contraddittorio tra le parti. La portata del diritto, così come è relativa a livello costituzionale, **ammette delle eccezioni** anche a livello convenzionale. A certe condizioni, possono essere usate come prove nell'ambito del processo le **dichiarazioni rese** da soggetti che avrebbero potuto rivestire la veste di testimoni in udienza **nella fase procedimentale**, ovvero quelle rese in precedenza.

Es: nel caso di persona offesa che nella fase delle indagini rende le dichiarazioni alla polizia giudiziaria e poi per una serie di motivi non è più disponibile, le dichiarazioni (in determinate circostanze e a determinate condizioni) rese in precedenza possono essere utilizzate in fase processuale come **strumenti sui quali basare la sentenza** di condanna o di assoluzione.

La giurisprudenza della Corte EDU

Nel corso degli anni la Corte ha interpretato e applicato l'*art. 6 par. 3 lett. d CEDU* in modo differente. Fino al 2011 la Corte riteneva violato il diritto al confronto quando non si riconosceva all'accusato una occasione *opportuna ed efficace* per poter contrastare la versione dei fatti dichiarata dal testimone poi non presentatosi in udienza, *sempre che quelle dichiarazioni rese extra-udienza non fossero la **prova unica e determinante** su cui basare la sentenza di condanna*. Dal 2011 in poi la Corte sostiene che non fosse possibile applicare la regola della prova unica e determinante in modo così rigido, ma che bisognasse considerare una serie di elementi per verificare se nel caso specifico fossero state rispettate o meno le garanzie del giusto processo. Tali parametri, costituenti, l'**Al-Khawaja test** portano a verificare se c'è stata o no violazione.

A. BRACCI vs ITALIA 2005

Il caso risale al 1998 quando due prostitute, una di nazionalità russa (Y) e una di nazionalità ucraina (X), denunciano di essere state rapinate e stuprate. Inoltre, la vittima di nazionalità ucraina (X) aveva fornito alla polizia una gonna, dalla quale si sarebbe potuto ricavare il DNA del proprio aggressore. Le persone offese andavano a riconoscere il ricorrente dandone una descrizione dettagliata in fase di indagine; inoltre, le lesioni riportate da X e Y venivano confermate dagli agenti di polizia che le avevano soccorse. Sulla base della risultanza delle indagini si procede all'arresto del ricorrente che avviene in flagranza, mentre stava procedendo alla rapina di un'altra prostituta. Nell'ambito del dibattimento le due persone offese sono **irreperibili** per cui non possono essere escuse come testimoni; pertanto, vengono applicati due norme eccezionali:

Art. 512 c.p.p.: permette la 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.: permette la lettura di dichiarazioni rese extra-udienza non nel contraddittorio delle parti 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”.

Si tratta di ipotesi eccezionali, che permettono di recuperare nelle fasi di istruttoria dibattimentale un atto raccolto unilateralmente dall'accusa o dalla difesa non nel contraddittorio. Il ricorrente veniva condannato alla pena di sei anni di reclusione perché il tribunale aveva ritenuto credibili e precise le dichiarazioni rese da X e Y nelle fasi preliminari. Un agente di polizia che aveva soccorso X aveva testimoniato a proposito delle ferite riportate da quest'ultima la quale aveva anche specificato che il ricorrente l'aveva approcciata a bordo di un'auto simile a quella da lui condotta il giorno dell'arresto. Non era stato prodotto in dibattimento alcun elemento in grado di smentire le affermazioni di X e Y. Sussistevano, dunque, le condizioni per poter dare lettura e utilizzare come fonti di prova le dichiarazioni rese dalle persone offese. Il ricorrente proponeva appello lamentando la non credibilità delle due vittime e il fatto che non si fosse mai proceduto al test del DNA. La corte di appello conferma la sentenza dei giudici di primo grado osservando che le dichiarazioni rese nelle indagini dalle due persone offese erano utilizzabili anche perché non era mai stata rilevata l'inutilizzabilità. Inoltre, numerosi e gravi indizi confermavano la responsabilità del ricorrente. Il ricorrente propone ricorso in Cassazione lamentando il mancato test del DNA e dicendo che era prevedibile che al momento del dibattimento le due vittime, trattandosi di persone straniere che esercitavano attività di prostituzione, si sarebbero rese irreperibili, motivo per cui era inapplicabile l'*art. 512 c.p.p.* (che consentiva il recupero delle dichiarazioni extra-indagine in caso di irreperibilità imprevedibile: secondo il ricorrente l'elemento della imprevedibilità non c'era). Tuttavia, il ricorso viene rigettato e la successiva richiesta di revisione viene dichiarata inammissibile. Il ricorrente dinanzi alla Corte di Strasburgo lamenta la violazione del **diritto al confronto** perché non aveva avuto la possibilità di esaminare le fonti di prova a proprio carico e la mancata esecuzione del test del DNA; osserva anche che le dichiarazioni della polizia giudiziaria non erano di per sé sufficienti a confermare la tesi portata dalle vittime e quindi conseguentemente la responsabilità penale del ricorrente. Il governo italiano sostiene che l'irreperibilità delle due vittime era una circostanza anomala e dunque non prevedibile per l'autorità pubblica pertanto l'*art. 512 c.p.p.* era applicabile e non poteva considerarsi violato il principio del giusto processo. Inoltre, osserva che le dichiarazioni in questione non erano la prova unica e determinante, perché corroborate da altri elementi emersi

nel corso dell'istruttoria. La Corte, nella decisione, ribadisce i principi generali secondo cui *gli elementi di prova posti alla base della sentenza di condanna devono essere prodotti e formati in udienza pubblica di fronte all'imputato*. Il diritto al confronto impone di concedere all'imputato **un'occasione adeguata e sufficiente** per contestare una testimonianza a carico resa da chi non si sia poi presentato in udienza e interrogarne l'autore, al momento della deposizione o successivamente. Nel caso di specie il ricorrente non ha mai avuta questa occasione né durante le indagini, né tantomeno in dibattimento perché le persone offese sono risultate irreperibili. La Corte fa una distinzione sulla base della regola in merito alla prova unica e determinante. In riferimento alla vittima X, le dichiarazioni rese non erano l'unico strumento di prova su cui era stata fondata la condanna; pertanto, non vi è violazione dell'art.6 CEDU. In riferimento alla vittima Y, la condanna si basava esclusivamente sulle dichiarazioni della vittima, e non essendo il riconoscimento avvenuto nel contraddittorio si ha violazione dell'art.6.3 lett.d CEDU in merito al diritto al confronto: **non vi è stata l'occasione sufficiente e adeguata a contrastare il testimone e non vi erano altri elementi a sostegno della condanna**.

B. OGARISTI vs ITALIA 2010

Nel febbraio 2002 X e Y furono vittime di un attentato con arma da fuoco a bordo di un'auto nell'ambito del quale la vittima X resta uccisa e la vittima Y resta gravemente ferito. Durante il ricovero in ospedale Y dichiarava di riconoscere il ricorrente (Ogaristi) come colui che aveva sparato ed il complice A alla guida dell'auto. Nel corso delle intercettazioni in ospedale Y ripete più volte del suo timore riguardo le possibili ripercussioni per la testimonianza e la conseguente volontà di tornare in Albania. Successivamente la vittima effettua una ricognizione *atipica* del ricorrente in fase di indagini, non nel contraddittorio delle parti e in assenza della difesa. Tenuto conto del rischio che Y lasciasse il territorio, il ricorrente chiede di procedere alla ricognizione personale mediante incidente probatorio, ma tale richiesta viene però rigettata. La vittima, recatosi in Albania dichiara di non volere più fare ritorno in Italia per via delle possibili ripercussioni. Nel procedimento in primo grado, risultando Y irreperibile, *ex art. 512 c.p.p.* vengono acquisite le sue dichiarazioni rese in fase predibattimentale. Tuttavia, ai sensi dell'art. 111 c. 4 Cost. e art. 526 c.p.p.¹⁹ tali dichiarazioni non sono utilizzabili come fondamento della sentenza in quanto Y si era volontariamente sottratto all'esame senza un motivo apparente o comprovato. Non vi erano altri elementi in grado di dimostrare la responsabilità degli imputati. Per questo motivo la corte decide di assolvere l'imputato per mancanza di prove. La procura della Repubblica propone appello rilevando l'errore nel non considerare utilizzabili le dichiarazioni rese dal testimone durante le indagini. L'imputato sostiene che non era vero e che non si potesse parlare di imprevedibilità, avendo lui dimostrato in più occasioni la volontà di allontanarsi dal territorio nazionale. Tuttavia, la corte d'Appello appoggia la tesi della procura della Repubblica e condanna il ricorrente alla pena dell'ergastolo perché ritiene utilizzabili le dichiarazioni rese dal testimone. In Cassazione viene rigettato il ricorso del ricorrente. Dopo due anni, un collaboratore di giustizia (Z) fa delle dichiarazioni in merito alla vicenda affermando di aver partecipato a un agguato insieme ad A e ad altre tre persone, indicando in particolare W come colui che aveva sparato. Se la tesi di Z è vera, non c'è spazio per la tesi del testimone Y che aveva individuato Ogaristi come responsabile. Il procuratore generale, a fronte delle rivelazioni, presenta una richiesta di revisione per contrasto di giudicati, che viene inizialmente dichiarata inammissibile, ma poi riformata. Il procedimento viene rinviato in Appello che dichiara la richiesta di revisione inammissibile perché, almeno finché non è definitivo l'accertamento della

¹⁹ Art.526 cpp: *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.*

responsabilità di W, non si può valutare il contrasto dei giudicati. Il giudizio viene sospeso. Ogaristi ricorre dinanzi alla Corte di Strasburgo: il governo rileva la pendenza di un giudizio di revisione e chiede la sospensione del giudizio. Nonostante ciò, la Corte EDU sostiene che non si possa formulare una prognosi sull'esito del procedimento penale in corso, perché non si può fare nessuna prognosi né sulla durata né tantomeno sul fatto che verrà o meno dichiarata la penale responsabilità di questo W, per cui ritiene ammissibile il ricorso. Il governo difende la scelta, finalizzata a garantire l'equilibrio tra la tutela dei diritti dell'accusato e l'accertamento dei fatti, di applicare l'art.512 cpp. Era stata data all'imputato l'opportunità di contestare la tesi offerta dalla persona offesa durante le istruttorie dibattimentali. Inoltre, l'assenza di Y era giustificata dal timore di minacce anche se si considerasse prevedibile la sua irreperibilità. L'art. 111 c. 5 Cost. prevede l'utilizzabilità delle dichiarazioni di chi non si sottopone al controesame in ragione di minacce. La condanna del ricorrente non si era fondata solo sulle dichiarazioni di Y. Ogaristi sostiene che non fosse imprevedibile il fatto che il testimone si sarebbe reso irreperibile. Inoltre, era stata rigettata la sua richiesta di incidente probatorio giustificata dal fatto che il testimone poteva rendersi irreperibile. La condanna si era fondata solo sulle dichiarazioni di Y: le dichiarazioni sono la prova unica e determinante su cui è fondata la sentenza di condanna. Vengono verificate le due condizioni:

1. se l'imputato ha avuto un'occasione **adeguata e sufficiente** per contestare la dichiarazione resa dal testimone: la Corte ritiene tale occasione non sia stata concessa;
2. se la dichiarazione resa dal soggetto che l'imputato non ha potuto esaminare è stata messa a fondamento della sentenza come prova unica e determinante, che quindi i diritti della difesa non siano stati limitati ingiustificatamente o eccessivamente: le dichiarazioni da Y sono state la prova unica e determinante perché tutti gli altri elementi non sono prove autonome, ma elementi di contorno che corroborano la tesi accusatoria retta dalla dichiarazione di Y.

Per queste ragioni è accertata la violazione dell'art.6 par.3 lett.d CEDU.

Nel giudizio di revisione, sospeso in attesa dell'esito del procedimento a carico di W, il testimone Y non riconosce Ogaristi, il quale viene prosciolto nel merito per non aver commesso il fatto .

C. AL KHAWAJA & THAERY vs REGNO UNITO 2011

È in questa occasione che la Grande Camera procede a un *revirement giudiziario*.

C.1. CASO AL-KHAWAJA

Il ricorrente era un medico accusato di aver abusato di due sue pazienti dopo averle ipnotizzate durante una visita. La prima vittima racconta l'episodio dopo molti mesi a due suoi amici e dopodiché si suicida. Il giudice ammette l'acquisizione delle dichiarazioni della vittima in dibattimento, ritenendo che i diritti difensivi dell'imputato erano garantiti dalla possibilità di esaminare i due amici della vittima come *testimoni de relato* e sulla base del fatto che il decesso fosse un caso tipico di impossibilità oggettiva. La seconda vittima viene esaminata direttamente in processo. Al Khawaja viene, perciò, condannato da una giuria che aveva ricevuto indicazioni precise da parte del giudice riguardo la valutazione della cd *testimonianza de relato*: necessità di valutare con cautela le dichiarazioni *de relato*. La sentenza viene confermata anche in Appello.

C.2. CASO THAERY

Nel corso di una rissa la vittima era stata accoltellata davanti ad altre persone, nessuna delle quali attribuiva la responsabilità dell'accaduto al ricorrente, il signor Thaery. A due giorni dai fatti il soggetto T dichiara di aver visto il ricorrente accoltellare la vittima, ma la persona offesa non conferma questa tesi, sostenendo di non sapere se realmente fosse stato il ricorrente. Il signor Thaery viene arrestato e condannato; nel corso del processo dopo un esame infruttuoso della vittima, viene ammessa la lettura delle dichiarazioni rese da T in sede di indagine, in quanto questo non si era presentato in udienza sostenendo di avere paura di possibili ripercussioni (ritenuta

un'assenza giustificata dal timore). Anche in questo caso la giuria era stata avvertita di valutare con cautela le dichiarazioni del soggetto che non era stato sottoposto al controesame. Anche in Appello viene confermata la condanna.

Entrambi presentano ricorso alla Corte e.d.u. per violazione del diritto al confronto.

All'inizio la Corte aveva riconosciuto la violazione dell'*art.6 par.3 lett. d CEDU* ritenendo che agli imputati non era stata data *un'occasione adeguata e sufficiente* per contestare le dichiarazioni rese dal testimone assente le quali si rivelavano essere *prova unica e determinante* alla base della sentenza di condanna. La Corte ritiene, pertanto, che la sentenza di condanna si fondasse *in modo esclusivo o determinante* sulle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio. Tuttavia, il governo impugna la sentenza chiedendo il rinvio alla Grande Camera, mettendo in dubbio una giurisprudenza consolidata: sosteneva che la regola della prova unica e determinante non potesse essere considerata come *assoluta*, e che necessitava di revisione, non potendo funzionare in automatico. Inoltre, mancava la presa in considerazione di una serie di ampie garanzie procedurali che l'ordinamento prevede per controbilanciare il deficit di tutela del diritto al confronto derivante dalla testimonianza *de relato* es. istruzione della giuria. Secondo la Grande Camera serve una **ragione valida** per derogare al principio di cui all'*art.6 par.3 lett.d CEDU* come es. il decesso: le minacce sono una motivazione ambigua la cui concretezza deve essere verificata. Inoltre, grava sulle autorità nazionali **l'obbligo di adottare tutte le misure idonee** ad assicurare la presenza del testimone nel processo. Viene affermato, quindi, che la regola della prova unica o determinante non è imprescindibile.

NB: Si parla di prova unica e determinante quando è a prova sui cui esclusivamente si basa la sentenza e, qualora vi siano altri elementi, il suo valore è decisivo nella decisione del caso.

La regola della prova unica o determinante non può essere applicata in modo eccessivamente rigido, ma richiede la valutazione dell'equità complessiva del procedimento, il modo in cui le garanzie sono applicate e l'estensione delle possibilità offerte alla difesa per bilanciare la lesione del diritto al confronto. La semplice ammissione di una testimonianza determinante, alla cui assunzione la difesa non ha partecipato, non comporta automaticamente la violazione dell'*art.6 CEDU*.

Sentenza Al-Khawaja: la deposizione *de relato* (prova unica e determinante) era attendibile e compatibile con quanto dichiarato dalla persona offesa ed erano state documentate. 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*.

Sentenza Thaery: era necessario verificare se fosse stata accertato se lo stato di paura del testimone fosse fondato su motivi oggettivi e, quindi, se la scelta di dare lettura delle dichiarazioni (che erano la prova unica e determinante) raccolte senza contraddittorio fosse stata corretta. La Corte rilevava che non erano state assicurate le garanzie necessarie per controbilanciare la lesione del diritto al confronto della difesa; pertanto, viene riconosciuta la violazione dell'*art.6 par.3 lett.d CEDU*.

Tale revirement giurisprudenziale dà vita al **c.d. Al Khawaja test** per verificare se la violazione del diritto al confronto è stata controbilanciata con le necessarie garanzie:

Step 1: indagine sulla **validità dei motivi** per cui il teste non è stato escusso nel processo;

Step 2: valutazione del carattere **unico o determinante** della prova unilateralmente assunta e quindi se vi sono altre prove;

Step 3: esistenza di adeguati fattori per controbilanciare il *deficit* dialettico, la lesione del diritto.

Tuttavia, l'applicazione del test non è sempre coerente e lineare nella giurisprudenza CEDU.

1) L'accertamento della *fairness* processuale deve passare attraverso tutti e tre i criteri del test o basta che solo uno venga rispettato?

2) Qual è la successione dei parametri per lo svolgimento?

Questi dubbi vengono chiariti con un'altra pronuncia CEDU:

D. SCHATSCHASCHWILI VS GERMANIA 2015

Il ricorrente veniva condannato sulla base di dichiarazioni provenienti da due prostitute lituane, rese solo durante la fase delle indagini preliminari e in assenza della difesa, le quali si erano poi rese irreperibili. Si pone un problema dell'utilizzabilità o meno delle loro dichiarazioni. Inizialmente la Corte EDU aveva escluso la violazione dell'*art.6 par.3 lett.d CEDU*, in base all'*Al-Khawaja test*:

- il giudice aveva compiuto ragionevoli sforzi affinché i testimoni venissero esaminati in aula;
- le loro dichiarazioni non erano le uniche prove su cui si era fondata la condanna;
- vi erano sufficienti fattori riequilibranti per compensare la lesione al diritto della difesa.

La Grande Camera ha specificato la portata dei singoli criteri:

1. Relazione tra i criteri

Il mancato rispetto di un criterio non implica la violazione delle CEDU. La mancanza di una giustificazione all'assenza del testimone (**step 1**) non implica di per sé l'iniustizia del processo. La valutazione della *fairness* processuale comporta 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**).

2. Ordine da seguire

La corte conferma la sequenza indicata nella sentenza *Al Khawaja*, benché le specificità della vicenda possano giustificare una variazione nella successione dei criteri applicabili.

In secondo luogo, ha specificato gli step del test:

1. Valutazione dei motivi per cui il teste non è stato escusso in processo

Le ragioni che in modo assoluto giustificano l'assenza sono il **decesso** o **infermità**. In caso di **paura di ripercussioni**: se determinata da **minacce** è legittima la lettura delle dichiarazioni precedenti, se determinata da una generale **apprensione per le conseguenze** derivanti dal deporre in processo, il giudice deve valutare ad es. se un'altra persona nelle stesse condizioni avrebbe reagito allo stesso modo, tenendo conto del caso specifico. In caso di **irreperibilità** spetta all'organo giurisdizionale compiere ogni sforzo per ottenere la comparizione della fonte di prova e fare una valutazione delle ragioni che hanno impedito la sua comparizione.

2. Carattere di prova unica e determinante.

La prova **unica** è la sola a pesare contro un accusato.

La prova **determinante** è quella la cui importanza è tale da poter da essere decisiva per l'esito della causa. Se la deposizione di un testimone che non è comparso al processo è corroborata da altri elementi, la valutazione del suo carattere determinante dipenderà dal valore probatorio di questi. La valutazione sulla determinatezza della prova deve essere effettuata dai giudici nazionali. Successivamente la Corte EDU deve verificare che la valutazione dei giudici nazionali non sia arbitraria. Se la corte si rende conto di come in realtà le dichiarazioni del testimone assente hanno avuto il valore di prova unica o determinante nella sentenza di condanna lo deve far presente: la corte è *giudice anche del peso probatorio attribuito alle dichiarazioni da parte dei giudici nazionali*.

3. Valutazione delle misure per controbilanciare il deficit dialettico

Data la differenza tra gli ordinamenti aderenti alla CEDU non vi è un elenco tassativo; è la Corte di Strasburgo che di volta in volta verifica la sussistenza di garanzie sufficienti a controbilanciare il deficit del contraddittorio. Il giudice nazionale deve valutare gli elementi di prova formati unilateralmente con particolare prudenza potendo:

- avvalersi di videoregistrazioni
- assicurare all'imputato la possibilità di fornire la propria versione
- considerare gli elementi in grado di corroborare le dichiarazioni del teste
- possibilità per la difesa di porre domande indirette al teste assente (per iscritto)
- garantire la possibilità di sentire il teste nella fase delle indagini.

La Corte valuta se sono sufficienti tutte le misure utilizzate nel caso specifico.

Sentenza: in applicazione dell'**Al Khawaja test** la Corte ha verificato che le autorità nazionali hanno compiuto ogni sforzo per assicurare la presenza dei testimoni. Tuttavia, le misure per controbilanciare il pregiudizio subito dalla difesa non erano sufficienti. Non è stata, infatti, fornita al ricorrente un'*occasione adeguata di confronto* con i testimoni dell'accusa in nessuna fase del procedimento; pertanto, viene accertata la violazione della CEDU.

E. CAFAGNA vs ITALIA 2017

Da questa sentenza appare chiaro che vi sia stata un'iniziale ritrosia da parte della giurisprudenza nazionale nell'adeguarsi al dettato della Corte EDU in tema di diritto al confronto. Il test, oltre ad indirizzare la stessa Corte di Strasburgo deve orientare anche l'operato dei giudici nazionali. Di conseguenza il giudice italiano, nell'udienza preliminare, nel momento in cui decide se acquisire o meno in dibattimento le dichiarazioni rese durante le indagini dal teste assente, deve fondare la sua decisione sull'esito dell'Al Khawaja test. Nel caso di specie, il testimone si era reso irreperibile e il giudice senza ulteriori accertamenti ha ammesso ex *art.512 cpp* le dichiarazioni rese dal teste assente in fase di indagine e su questo ha basato la sentenza di condanna. A seguito del ricorso dinanzi alla Corte EDU si accerta la violazione dell'*art.6*. Viene applicato alla lettera l'Al Khawaja test. L'autorità nazionale non ha fatto tutto il possibile per garantire la presenza al processo della fonte di prova; le dichiarazioni dell'assente erano determinanti ai fini dell'accertamento della responsabilità; la mera lettura dibattimentale delle dichiarazioni raccolte, unilateralmente durante le indagini ha impedito un apprezzamento corretto ed equo della credibilità di tali prove da parte dell'organo giurisdizionale.

La questione del sovraffollamento carcerario

Art. 3 CEDU: "Nessuno può essere sottoposto a torture, né a pene o trattamenti inumani o degradanti."

Ai sensi dell'*art. 15 CEDU*, l'*art. 3 CEDU* è una norma *a tutela rafforzata*: è inderogabile e non può subire eccezioni. Dall'*art. 3 CEDU* discende il divieto di sottoposizione a pene che rivestono carattere inumano e degradante, con l'obbligo di rispettare la dignità umana di ogni detenuto. La Corte EDU nelle sue sentenze fa riferimento a:

1. la determinazione dello spazio minimo vitale da garantire ad ogni detenuto;
2. l'effetto giuridico della disponibilità di uno spazio inferiore al minimo;
3. il criterio di calcolo di tale spazio.

Il tasso di sovraffollamento in Italia

Tra anni '70-'80 durante gli *anni di piombo* viene adottata una **legislazione di emergenza**. In questo periodo la popolazione carceraria aumenta vertiginosamente. Nella seconda metà degli anni '80

vengono adottati provvedimenti di **amnistia** e **indulto per i reati minori** affinché la popolazione carceraria diminuisse. Negli anni '90 viene inasprita la normativa sulle sostanze stupefacenti e vengono adottate nuove misure antimafia che restringevano l'accesso alle misure alternative al detenzione in carcere. La popolazione carceraria raddoppia in pochi anni. Nel 2005 il tasso era salito a livelli ingestibili; pertanto, nel 2006 viene adottato un provvedimento di indulto, ma negli anni a seguire il tasso torna nuovamente a salire. Nel 2010 il tasso medio di sovraffollamento delle carceri italiane era del 151%. Il governo dichiara lo stato di emergenza nazionale e nomina un commissario *ad hoc* per la predisposizione del c.d. "*Piano carceri*" che prevedeva la costruzione di nuovi istituti penitenziari e il reclutamento di nuovi agenti di polizia penitenziaria. Inoltre, viene previsto che le pene detentive inferiori ai 12 mesi possano essere scontate ai domiciliari. Il *piano carceri*, però, non fu mai attuato e due anni dopo il tasso di sovraffollamento rimaneva al 148% (tra l'altro il 42% degli internati era in custodia cautelare in attesa di giudizio).

Il *Comitato dei ministri* e il *Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti disumani e degradanti* sostengono che il sovraffollamento carcerario, di per sé, può costituire un trattamento disumano o degradante. In una raccomandazione del 1999, il Comitato dei Ministri afferma che la carcerazione deve costituire una *extrema ratio*, quando la gravità dell'infrazione rende inadeguata ogni altra misura. L'aumento degli istituti penitenziari non è la soluzione, essendo preferibile agire a livello legislativo, depenalizzando e riqualificando alcune tipologie di illeciti, ma soprattutto, è necessario ridurre il ricorso alla carcerazione preventiva.

Sentenza-pilota TORREGGIANI vs ITALIA

I ricorrenti Torreggiani, Bamba e Biondi, detenuti nel carcere di Busto Arsizio, e Sela, El Haili, Hajjoubi, Ghisoni, detenuti nel carcere di Piacenza lamentavano di aver a disposizione uno spazio personale all'interno della propria cella di appena 3m²; inoltre, l'accesso ai servizi igienici era limitato, mancava l'acqua calda nella doccia e vi erano problemi di illuminazione nelle celle. Ghisoni si rivolge ex *art.35 ord. pen. (diritto di reclamo)* al magistrato di sorveglianza ex *art.69 ord. pen (funzioni e provvedimenti del magistrato di sorveglianza)* denunciando la violazione. Il reclamo viene accolto ex *art.6 ord. pen.*: a causa del sovraffollamento carcerario era stata ampiamente superata la capienza massima dell'istituto e i detenuti occupavano celle concepite per una sola persona. Il sovraffollamento era divenuto un **problema strutturale** della carceri italiane: il magistrato riconosce che i detenuti sono stati esposti a **trattamenti inumani e degradanti** essendo evidente come *lo spazio vitale abitabile nelle celle collettive non è stato rispettato*. Il detenuto Ghisoni, viene trasferito diversi mesi dopo l'accoglimento del suo reclamo (gli altri detenuti erano stati già trasferiti precedentemente). I detenuti ricorrono dinanzi alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione dell'*art.3 CEDU* per la mancanza dello spazio minimo abitabile; l'assenza di luce, aria fresca e acqua calda. Secondo il governo gli argomenti dei ricorrenti non superano la soglia minima di gravità richiesta ex *art.3 CEDU*: inoltre, il sovraffollamento era reale ma non preoccupante. Il governo eccepisce due questioni preliminari. Innanzitutto, l'eventuale lesione era stata già riparata in quanto i ricorrenti erano stati trasferiti. Nonostante ciò, secondo la Corte non si può ritenere che con il trasferimento del detenuto o con la scarcerazione le autorità abbiano riconosciuto le violazioni denunciate dai ricorrenti e riparato ai danni subiti; pertanto, respinge l'eccezione. In secondo luogo, non sono state esaurite delle vie di ricorso interne: ad eccezione di Ghisoni, i ricorrenti non hanno presentato il reclamo ex *artt.35-69 ord. pen.* Secondo i detenuti, la procedura dinanzi al magistrato di sorveglianza è ineffettiva perché è un rimedio amministrativo non cogente. Ghisoni sostiene, inoltre, che la prova dell'ineffettività del reclamo era il fatto che l'ordinanza di accoglimento era rimasta ineseguita a lungo. In ogni caso, secondo la Corte, la questione dirimente è *l'effettività pratica*: il reclamo si rivela non essere **effettivo**, per questo l'eccezione viene respinta.

La Corte fa una serie di *considerazioni generali*: bisogna valutare gli effetti cumulativi delle condizioni detentive insieme alla durata del periodo di detenzione.

Quando il sovraffollamento carcerario raggiunge soglie elevate, la mancanza di spazio è elemento centrale nella valutazione del rispetto della CEDU: se lo spazio personale è inferiore ai 3m², tale elemento è sufficiente per incorrere nella violazione dell'*art.3 CEDU*.

Se il sovraffollamento non è tale da condurre all'incompatibilità con l'*art.3 CEDU* (spazio tra 3-4 m²) vanno presi in considerazione altri aspetti: accesso ai bagni privatamente, alla luce naturale e all'aria aperta, la qualità del riscaldamento ed il rispetto delle esigenze sanitarie di base.

Se lo spazio minimo vitale è superiore ai 4m² può esserci violazione dell'*art.3 CEDU* in ragione di altri fattori.

In considerazione della situazione di sovraffollamento nelle due carceri, la Corte ritiene che i ricorrenti non abbiano beneficiato di un minimo spazio vitale. Tale situazione era ulteriormente aggravata da altre circostanze: la mancanza di acqua calda per lunghi periodi, l'insufficiente illuminazione e ventilazione. Tutti questi elementi insieme comportano la violazione dell'*art.3 CEDU*. Lo spazio vitale minimo da garantire ad ogni detenuto è di 3m² e la mancanza di tale spazio comporta *di per sé* una violazione della CEDU anche prendendo in considerazione la durata della detenzione in tali condizioni. Lo spazio minimo vitale a disposizione di ciascun detenuto viene calcolato senza contare il mobilio all'interno della cella (che riduce l'area disponibile).

La violazione del diritto di beneficiare di condizioni detentive adeguate era un **malfunzionamento strutturale** del sistema penitenziario italiano e non un caso eccezionale. In ragione di ciò, la Corte suggerisce delle soluzioni adottabili da parte dell'Italia per mettere fine alla violazione strutturale. L'unico strumento a disposizione del detenuto per denunciare una violazione dell'*art.3 CEDU* è il reclamo ex *artt.35-69 ord. pen.*, ma non è sufficiente in quanto non consente una tutela effettiva; quindi, la Corte invita lo Stato italiano ad instaurare rimedi interni effettivi che garantiscano una riparazione adeguata e sufficiente delle violazioni della CEDU derivanti dal sovraffollamento.

Rafforzamento dei diritti dei detenuti

Data l'inadeguatezza delle forme di tutela dei diritti del detenuto e la loro ineffettività, vengono introdotti due strumenti:

- l'*art.35bis ord. pen.* che prevede un rimedio di natura *preventiva*: garantisce ai detenuti una tutela immediata aumentando i casi in cui si può proporre reclamo e i poteri di verifica del magistrato di sorveglianza che può attivare un giudizio all'esito del quale può ordinare all'amministrazione penitenziaria di ottemperare al provvedimento emanato.
- l'*art.35ter ord. pen.* che prevede un rimedio di natura *compensativa*: se il detenuto è ancora recluso è concessa una riduzione della pena di 1g per ogni 10gg di pregiudizio subito per la detenzione in condizioni contrarie all'*art.3 CEDU* (che siano protratta per più di 15gg); se il detenuto non è più recluso può entro sei mesi dalla cessazione della pena, chiedere un risarcimento monetario di €8 per ogni giorno di pregiudizio subito. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo riguardo all'*art.3 CEDU* è parametro di giudizio vincolante per la decisione del magistrato di sorveglianza sulle istanze di tutela per la violazione dell'*art.3 CEDU*.

Sentenza Muršić vs Croazia

Il ricorrente lamenta la violazione dell'*art.3 CEDU* per le condizioni di sovraffollamento del carcere, le condizioni degradate della cella dove era recluso e l'insufficiente accesso ad attività ricreative e di istruzione. La Corte aveva rilevato che il ricorrente aveva trascorso un periodo di 50gg in uno spazio inferiore ai 3m² e per tre ore ogni giorno ha potuto muoversi liberamente al di fuori della

cella. Viene richiamato il *cd Ananyev test* che prevede dei criteri da soddisfare cumulativamente: ogni detenuto deve avere nella cella un posto individuale per dormire, deve poter disporre di almeno 3m² permettendo ai detenuti di muoversi liberamente fra gli arredi. L'assenza di uno di essi crea di per sé una forte presunzione di violazione dell'*art.3 CEDU* che può essere superata dal governo convenuto considerando le complessive condizioni detentive dell'istituto penitenziario. Nel caso di specie i detenuti avevano a disposizione meno di 3m², ma la Corte non riconosce in automatico la violazione dell'*art.3 CEDU* avendo valutato anche il *fattore tempo* (l'assenza dello spazio minimo avveniva per un periodo breve) e i *fattori di contro bilanciamento* (la qualità delle strutture e dei servizi disponibili in carcere erano soddisfacenti). Alla luce di queste considerazioni, non vi è stata alcuna violazione dell'*art.3 CEDU* e il ricorrente chiede il rinvio alla Grande Camera. Ancora una volta si afferma che quando lo spazio personale disponibile è inferiore ai 3m² è riscontrabile una forte presunzione di violazione dell'*art.3 CEDU* che però è confutabile. Il requisito dei 3m² è il **criterio minimo** per valutare le condizioni di detenzione ai sensi dell'*art.3 CEDU*, ma la valutazione relativa alla violazione dell'*art.3 CEDU* dipende dalle **circostanze del caso** e non può essere ridotta ad un calcolo dei metri quadrati a disposizione. Il governo deve dimostrare che vi siano fattori compensativi adeguatamente la scarsa disponibilità di spazio personale: le riduzioni di spazio devono essere brevi, occasionali e di modesta entità, devono essere garantite **sufficiente libertà di movimento e adeguate attività al di fuori della cella** e la struttura deve essere **complessivamente adeguata**. Nel caso in cui lo spazio minimo sia di 3-4m², l'esiguità dello spazio disponibile costituisce un elemento di rilievo da valutare assieme ad altri fattori (accesso all'aria aperta, alla luce naturale, areazione e riscaldamento della struttura, servizi igienici privati). Se lo spazio è superiore ai 4m², 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 rilevarsi la violazione dell'*art.3 CEDU*. In conclusione, con riguardo al caso in analisi, a seguito della valutazione *multifattoriale e cumulativa* (così definita dalle SSUU) della Grande Camera viene rilevata una violazione dell'*art.3 CEDU* solo per un breve periodo di tempo. Secondo opinioni dissenzienti di alcuni giudici la mancanza dello spazio minimo vitale non può essere controbilanciata da altri aspetti delle modalità detentive.

Ripercussioni della pronuncia all'interno del nostro ordinamento

"In tema di rimedio risarcitorio ex art.35ter ord. pen., ai fini dell'accertamento della violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, se lo spazio delle celle è inferiore ai 3m² esiste una forte presunzione di violazione dell'*art.3 CEDU* superabile 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".

Le SSUU hanno tenuto conto di quanto stabilito dalla Corte EDU a riguardo applicando quasi in toto i principi espressi dalla giurisprudenza europea. Inoltre, le SSUU si sono espresse riguardo al calcolo dei 3m²: si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento, e pertanto vanno detratti gli arredi tendenzialmente fissi.

Il riesame e la riapertura del giudicato nazionale a seguito di condanna CEDU

Art. 46 CEDU (forza vincolante ed esecuzione delle sentenze): *"Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti."*

La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione."

Gli Stati hanno l'obbligo di eseguire alle sentenze di condanna della Corte EDU e spetta al Comitato dei Ministri controllarne l'esecuzione.

Art. 41 CEDU (equa soddisfazione): *"Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa."*

Se il diritto interno non permette di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda un'equa soddisfazione alla parte lesa. La *restitutio in integrum* può essere raggiunta anche tramite la rimozione delle conseguenze della violazione.

Art. 35.1 CEDU (condizioni di ricevibilità): *"La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di quattro mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva."*

Il requisito fondamentale è l'esaurimento delle vie di ricorso interne. Quindi, per poter adire la Corte europea a livello nazionale deve essersi già formato il giudicato, la sentenza deve essere passata in via definitiva, non devono essere più esperibili i rimedi di impugnazione ordinari.

Il contrasto è tra la sentenza di condanna europea che chiede il ripristino dello *status quo ante* (la *restitutio in integrum*) e la pronuncia interna avente forza di giudicato: al fine di rispettare i principi di certezza del diritto, l'irretrattabilità del giudicato è fondamentale. Quindi, è necessario far ricorso ad un mezzo di impugnazione straordinario per assolvere all'obbligo che deriva dalla CEDU quando viene rilevata una violazione.

A seguito della raccomandazione n. 2 del 2000 del Comitato dei Ministri, la giurisprudenza di legittimità aveva cercato di fornire dei rimedi per consentire l'esecuzione delle condanne della Corte EDU. Gli Stati nazionali sono tenuti a dotarsi di uno strumento che consenta il riesame del caso e la riapertura della procedura nazionale al momento in cui si verificano cumulativamente dei requisiti:

1. la persistenza e l'attualità degli effetti negativi derivanti dalla decisione interna frutto della violazione convenzionale e l'impossibilità di rimuovere tali conseguenze negative se non attraverso la riapertura del giudicato nazionale;
2. la contrarietà nel merito alla Convenzione della pronuncia nazionale coperta da giudicato ovvero la presenza di errori procedurali di una gravità tale da poter dubitare dell'esito del procedimento nazionale in questione.

Dinanzi all'inerzia del legislatore, la Corte costituzionale n. 113 nel 2011 ha pronunciato una sentenza di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede la revisione e non consente la riapertura del processo ex art. 46.1 CEDU per conformarsi ad una sentenza di condanna della Corte EDU. La revisione aveva dei limiti: quello principale è che è volta al proscioglimento ex art. 637 c.p.p. Prima viene compiuta una valutazione di ammissibilità della richiesta di revisione ex art. 631 c.p.p. operata sulla base della previsione di proscioglimento all'esito del giudizio di revisione.

La sentenza di condanna CEDU implica la necessità di riaprire il giudicato nazionale, ma è possibile che la revisione porti a una sentenza di condanna e non al proscioglimento; infatti, queste norme non si applicano al caso rilevato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2011.

Leading case Ferreira vs Portogallo

La Corte EDU compie una panoramica sugli strumenti adottati a livello nazionale per adeguarsi alla raccomandazione del Comitato dei Ministri. La ricorrente Ferreira è una cittadina portoghese condannata, per minacce ed ingiurie, al risarcimento delle vittime. La Corte d'appello portoghese ha confermato la condanna. La ricorrente, avendo esaurito le vie di ricorso interne, ha presentato un ricorso alla Corte EDU lamentando di non essere stata ascoltata personalmente dalla Corte d'appello nazionale pur avendolo richiesto. La Corte EDU ha ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'*art. 6.1 CEDU* evidenziando l'impossibilità di prevedere l'esito del giudizio interno se non vi fosse stata la violazione. A seguito della condanna europea la ricorrente ha presentato una **richiesta di revisione** sostenendo l'incompatibilità della sua condanna con la pronuncia della Corte di Strasburgo, ma la Corte suprema portoghese rifiuta l'istanza ritenendo che la mancata audizione fosse un'irregolarità procedurale non suscettibile di riesame. La ricorrente ha, quindi, adito nuovamente la Corte EDU lamentando l'erronea interpretazione e applicazione norme di procedura penale domestiche e della sentenza europea che aveva comportato la privazione **del diritto alla revisione della condanna definitiva** ex *art.46 CEDU*. Secondo le norme processuali portoghesi una pronuncia definitiva può essere sottoposta a revisione sulla base di *una sentenza di condanna incompatibile con una pronuncia vincolante sullo Stato portoghese che sia stata emessa da un'autorità internazionale*, quale la Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte suprema portoghese ha sempre interpretato restrittivamente la disposizione, considerando la violazione nel caso concreto come una mera irregolarità che non garantiva il diritto della riapertura del giudicato. La Corte EDU, riguardo alle violazioni dell'*art.6 CEDU*, può indicare la riapertura del giudicato come la misura più adeguata a rimediare, ma non è automaticamente imposta. Spetta allo Stato scegliere il *rimedio più adatto* per dare esecuzione alla pronuncia di condanna. In determinati casi la riapertura del giudicato può essere la soluzione adeguata a dare esecuzione alle sentenze di condanna, ma non l'unica. Dunque, secondo il principio di sussidiarietà, la scelta di non garantire la revisione e di dare un rimedio adeguato attraverso altre vie non era stata arbitraria e viene dichiarata la NON violazione dell'*art.6 CEDU*.

Analisi comparatistica

L'Italia è uno degli ultimi paesi a dotarsi di uno strumento di esecuzione della condanna europea, grazie anche all'attività giurisprudenziale della Corte costituzionale. Tutti gli Stati membri, ad eccezione del Liechtenstein, prevedono la possibilità di riesaminare o riaprire un procedimento penale sulla base di una sentenza di condanna della Corte EDU. Una prima distinzione viene operata tra i paesi che si sono dotati di una disciplina specifica sulla riapertura del giudicato e quelli che, invece, hanno operato delle interpretazioni estensive giurisprudenziali. Il caso italiano è peculiare, trovandosi l'Italia a metà tra queste due categorie.

I presupposti della riapertura del giudicato

Solo una minoranza di Paesi membri richiede la sussistenza di entrambe le condizioni previste dalla Raccomandazione n.2 del 2000 (Belgio e Francia), altri Paesi richiedono la sussistenza dell'una o dell'altra condizione. Altri paesi invece richiedono requisiti ulteriori.

La natura del rimedio straordinario

Nella maggior parte dei casi il rimedio individuato per la riapertura del giudicato domestico a seguito di pronuncia della Corte europea coincide con il *mezzo di impugnazione straordinario* previsto nei singoli ordinamenti. Nel nostro caso il mezzo di impugnazione è la revisione, a seguito della pronuncia di parziale illegittimità della Corte costituzionale. In alcuni Stati (Francia, Belgio, Romania), è stato introdotto un *rimedio specifico*, diverso dal mezzo di impugnazione straordinario, dotato di una propria autonomia.

I soggetti legittimati

Nella maggior parte dei sistemi giuridici la riapertura del giudicato nazionale può avvenire sia su richiesta del soggetto nei cui confronti la Corte abbia riscontrato una violazione della Convenzione europea sia su richiesta del PM o altre autorità pubbliche. Si potrebbe affidare questo potere a un'autorità pubblica per l'imparzialità: si ritiene talmente ingiusto un giudicato che viola la CEDU da stabilire che se anche la vittima non ha un interesse lo stato è interessato a rimediare a condanne ingiuste. In una minoranza di paesi sono legittimati *alternativamente* la vittima della violazione o l'organo pubblico. Nel momento in cui solo l'organo pubblico è legittimato a richiedere la riapertura, però, alla vittima non viene concesso il diritto di chiedere la riapertura del giudicato nazionale.

Il termine di decadenza

In quasi tutti gli ordinamenti (è presente un termine di decadenza entro il quale si può presentare la richiesta di riapertura all'organo competente. *Il Dies a quo* può coincidere con: la definitività, la pubblicazione o la conoscenza della sentenza della Corte EDU. Anche la durata del termine di decadenza varia dai trenta giorni a un anno. Tale scadenza è volta a bilanciare la necessità della legalità, della certezza del giudicato nazionale con le necessità di dare esecuzione alla sentenza di condanna della Corte EDU.

La competenza sulla decisione

In quasi tutti i paesi l'organo competente è di *natura giurisdizionale*: la Corte Suprema, la Corte costituzionale, il tribunale che ha emesso la decisione in relazione alla quale si chiede la riapertura. In una minoranza di paesi l'organismo competente alla revisione *non è giurisdizionale*.

La struttura bifasica o monofasica

Normalmente l'organo competente a decidere sulla richiesta di riapertura potrà decidere, una volta decisa la riapertura, di rinviare il processo ad un giudice diverso affinché si svolga il nuovo giudizio cd **struttura bifasica**. In altri casi può assumere autonomamente i provvedimenti per rimuovere gli effetti della violazione es. disponendo l'annullamento senza rinvio della sentenza definitiva cd **struttura monofasica**. In alcuni Paesi la struttura del procedimento è **prettamente** bifasica o monofasica a seconda delle circostanze.

La sospensione dell'esecuzione del giudicato

In caso di accoglimento della richiesta di riapertura la sospensione può essere un effetto automatico o frutto di una scelta discrezionale dell'organo preposto.

Gli esiti del "nuovo" giudizio

Vi sono tre possibili esiti espressamente previsti:

Dispensa di Procedura Penale Europea

1. Assoluzione (talvolta è prevista una forma di risarcimento del danno a favore del soggetto ingiustamente condannato);
2. Conferma della condanna;
3. Rideterminazione della pena *in mitius*.

In diversi ordinamenti è espressamente sancito un divieto di *reformatio in peius*.

La riforma Cartabia del 2021

Nella riforma Cartabia è previsto un rimedio (*art. 628-bis c.p.p.*) per dare esecuzione ad una sentenza di condanna della CEDU quando è necessario operare il riesame o la riapertura del giudicato. L'organo competente a decidere sulla richiesta è la *Corte di cassazione* e la struttura del giudizio può assumere una natura monofasica o bifasica a seconda della valutazione compiuta dal giudice.

Se, per ribaltare la sentenza interna di condanna (assoluzione) basta l'annullamento non servirà il rinvio. Se, invece, rileva una violazione processuale dell'*art. 6 CEDU* (es. mancato esame un testimone) è necessaria la riapertura del giudizio per l'annullamento con rinvio, optando per un giudizio a struttura bifasica. Solo qualora la Corte di cassazione non sia in grado di provvedere direttamente disporrà la riapertura del processo nel grado e nella fase in cui si procedeva al momento in cui si è verificata la violazione.

Art. 628-bis c.p.p. (Richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali) nel nuovo titolo III-bis (c.d. **Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo**):

*"1. Il condannato e la persona sottoposta a misura di sicurezza possono richiedere alla Corte di cassazione di **revocare la sentenza penale** o il decreto penale di condanna pronunciati nei loro confronti, di **disporre la riapertura del procedimento** o, comunque, di **adottare i provvedimenti necessari** per eliminare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione accertata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, quando hanno proposto ricorso per l'accertamento di una violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dai Protocolli addizionali alla Convenzione e la Corte europea ha accolto il ricorso con decisione definitiva, oppure ha disposto la cancellazione dal ruolo del ricorso ai sensi dell'articolo 37 della Convenzione a seguito del riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato.*

*2. La richiesta di cui al comma 1 contiene l'indicazione specifica delle ragioni che la giustificano ed è presentata personalmente dall'interessato o, in caso di morte, da un suo congiunto, a mezzo di difensore munito di procura speciale, 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. Unitamente alla richiesta sono depositati, con le medesime modalità, la sentenza o il decreto penale di condanna, la decisione emessa dalla Corte europea e gli eventuali ulteriori atti e documenti che giustificano la richiesta.*

3. Le disposizioni del comma 2, primo periodo, si osservano a pena di inammissibilità.

4. Sulla richiesta la Corte di cassazione decide in camera di consiglio a norma dell'articolo 611. Se ne ricorrono i presupposti, la corte dispone la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza ai sensi dell'articolo 635.

*5. Fuori dei casi di inammissibilità, la Corte accoglie la richiesta quando **la violazione accertata dalla Corte europea, per natura e gravità, ha avuto una incidenza effettiva sulla sentenza** o sul decreto*

penale di condanna pronunciati nei confronti del richiedente. Se non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto o comunque risulta superfluo il rinvio, la Corte assume i provvedimenti idonei a rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione, disponendo, ove occorra, la revoca della sentenza o del decreto penale di condanna. Altrimenti trasmette gli atti al giudice dell'esecuzione o dispone la riapertura del processo nel grado e nella fase in cui si procedeva al momento in cui si è verificata la violazione e stabilisce se e in quale parte conservano efficacia gli atti compiuti nel processo in precedenza svoltosi.

6. La prescrizione riprende il suo corso dalla pronuncia della Corte di cassazione che dispone la riapertura del processo davanti al giudice di primo grado.

7. Quando la riapertura del processo è disposta davanti alla Corte di appello, fermo restando quanto previsto dall'articolo 624, si osservano le disposizioni di cui ai commi 1, 4, 5, 6 e 7 dell'articolo 344-bis e il termine di durata massima del processo decorre dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine di cui all'articolo 128.

8. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando la violazione accertata dalla Corte europea riguarda il diritto dell'imputato di partecipare al processo."

Il testo è stato approvato, ma ne è stata rinviata l'entrata in vigore.