

■ **RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE** ■

Anno LX Fasc. 2 - 2017

ISSN 0557-1391

Giulio Ubertis - Francesco Viganò - Silvia Buzzelli
Luca Maserà - Chantal Meloni

**RASSEGNE DI GIUSTIZIA PENALE
SOVRANAZIONALE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

RASSEGNE DI GIUSTIZIA PENALE SOVRANAZIONALE

A) CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO (*)

Archiviazione del procedimento per amnistia e giudizio d'innocenza

(Francesco Zacchè)

SOMMARIO: 1. Una decisione innovativa sulla presunzione d'innocenza. — 2. La vicenda. — 3. La competenza *ratione materiae*. — 4. La pronuncia nel merito. — 5. I riverberi interni.

1. *Una decisione innovativa sulla presunzione d'innocenza.* — Continua l'opera di messa a punto della Corte di Strasburgo in materia di presunzione d'innocenza. Con una recente sentenza (1), in particolare, il giudice europeo dà rilievo a due aspetti del principio peculiari e, finora, solo parzialmente esplorati: il primo attiene all'estensione della presunzione d'innocenza in ordine alle espressioni impiegate dal legislatore nella formazione d'un atto d'amnistia; il secondo riguarda i limiti d'operatività del diritto al giudizio sul merito dell'accusa, quando il procedimento penale si conclude nella fase delle indagini preliminari. Specie quest'ultimo profilo esercita un certo interesse nell'ottica nazionale, offrendo qualche spunto sulla *vexata quaestio* della rinunciabilità dell'amnistia nella fase che precede il processo.

2. *La vicenda.* — In un'Ungheria attraversata da forti tensioni politiche, degli attivisti antigovernativi organizzano una dimostrazione di protesta, incatenandosi di fronte a un cancello del Parlamento. A seguito di tali eventi, la polizia apre un procedimento penale a carico dei manifestanti per il delitto di violenza privata, ma, dopo qualche mese, il Parlamento approva una legge d'amnistia, in forza della quale l'autorità procedente chiude il caso per estinzione del reato.

Alcuni manifestanti si rivolgono alla Corte costituzionale allo scopo d'ottenere una declaratoria d'illegittimità dell'atto d'amnistia, per violazione della presunzione d'innocenza. Nell'atto di clemenza, si legge che « nessuna indagine penale può essere istituita o seguita con riguardo al reato di violenza privata nel significato dell'art. 175 del codice penale, commesso il 23 dicembre 2011 nel contesto del blocco all'ingresso nell'area ristretta intorno al Parlamento, perpetrato da più persone incatenatesi fra di loro di fronte ai cancelli ».

Il giudice nazionale dichiara il ricorso inammissibile, sia perché tardivo sia perché

(*) A cura di G. UBERTIS e F. VIGANÒ. *N.d.r.: i contributi pubblicati nella presente Rassegna non sono stati sottoposti alla procedura di peer review, in conformità alle linee operative per il sistema di revisione pubblicate in calce al fascicolo. La qualità dei contributi stessi è assicurata dalla supervisione scientifica dei curatori della Rassegna.*

(1) C.edu, sez. IV, sent. 17 gennaio 2017, Béres e altri c. Ungheria.

fondato su un'erronea interpretazione della legge: dal tenore del provvedimento, a suo parere, non sarebbe desumibile alcuna affermazione di responsabilità penale in capo agli interessati.

Da qui, la successiva doglianza alla Corte di Strasburgo, a cui i ricorrenti chiedono di verificare l'inosservanza da parte dello Stato convenuto dell'art. 6 comma 2 Cedu.

5. *La competenza ratione materiae.* — Per il Governo ungherese, l'amnistia non andrebbe considerata come un atto proveniente da un'autorità pubblica in grado di coinvolgere il principio della presunzione d'innocenza.

La Corte di Strasburgo, però, rammenta che tale canone viene infranto tutte le volte in cui le dichiarazioni d'un pubblico ufficiale riflettono l'opinione che la persona accusata d'un reato sia colpevole prima del relativo accertamento legale e che il principio in parola può essere infranto non solo dai giudici e dai tribunali ma anche da altre pubbliche autorità (2). Nella specie — prosegue il giudice europeo con un'argomentazione stringente — la decisione presa dagli organi investigativi d'archiviare il procedimento è inseparabile dall'adozione della legge d'amnistia; né l'impiego di quest'ultima da parte dell'autorità inquirente può incidere sull'esistenza del procedimento condotto prima della sua conclusione o alterarne retroattivamente la natura: l'art. 6 comma 2 Cedu trova applicazione ogniqualvolta una persona è accusata d'un reato, indipendentemente dal fatto che l'illecito penale sia punibile o non sia punibile, anche quale risultato d'una decriminalizzazione di condotte bagatellari.

4. *La pronuncia nel merito.* — Affermata la propria competenza per materia, la Corte europea è chiamata, anzitutto, a stabilire se i termini utilizzati dal legislatore ungherese nell'atto di clemenza possono essere interpretati, letteralmente o estensivamente, come implicanti la responsabilità nella commissione del reato da parte dei ricorrenti, benché amnistiati, oppure se quei termini possono essere letti nel senso che i manifestanti hanno commesso meramente l'atto fisico d'incatenarsi l'un l'altro al cancello del Parlamento.

A tal fine, il giudice europeo riprende la pronuncia della Corte costituzionale ungherese, la quale, come anticipato, aveva escluso che l'impiego del termine « commessi » nell'ambito dell'atto d'amnistia fosse riconducibile alla condotta dei singoli ricorrenti e, quindi, violasse la presunzione d'innocenza. Per la Corte di Strasburgo, l'uso di termini infelici è biasimevole, benché non decisivo, dato che per la violazione dell'art. 6 comma 2 Cedu occorre tenere presenti pure la natura e il contesto dei procedimenti in cui il canone convenzionale viene in rilievo (3). Né è compito della Corte europea sostituirsi alle valutazioni compiute dai giudici nazionali, quando le loro decisioni non siano arbitrarie né manifestamente irragionevoli. Da tale prospettiva — conclude la Corte europea — nessuna parola contenuta nella legge d'amnistia suggerisce un collegamento fra il nome dei ricorrenti e gli autori del reato ivi descritto. Pertanto, il giudice europeo non ravvisa alcun motivo per sostituire la propria valutazione a quella effettuata dalla Corte costituzionale.

Non meno rilevante è l'altro profilo analizzato, ossia se il provvedimento d'archiviazione

(2) Come rammenta F. CASSIBBA, sub *art. 6*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Torino, 2016, p. 167 (cui si rinvia pure per i precedenti della Corte europea in materia), viene qui « in gioco il divieto per le autorità pubbliche — siano esse organi procedenti in una vicenda penale contro l'imputato (pubblici ministeri o funzionari di polizia) oppure soggetti estranei al procedimento (come, ad esempio, uomini politici o titolari di cariche istituzionali) — di rilasciare dichiarazioni pubbliche dalle quali emerga un anticipato giudizio di colpevolezza dell'imputato, tanto più nelle battute iniziali del procedimento ».

(3) Cfr., in tal senso, C.edu, sez. V, sent. 27 marzo 2014, Müller c. Germania, § 54.

abbia privato i ricorrenti del loro diritto ad avere un processo, eventualmente proiettato verso il giudizio d'innocenza (4).

Al riguardo, la Corte europea ha colto l'occasione per affermare come l'art. 6 comma 2 Cedu non assicuri all'accusato il diritto a un particolare esito del procedimento penale. A suo parere, il diritto al giudizio (d'innocenza) non è assoluto, in particolare quando lo svolgimento del procedimento non provoca danni fondamentali e irreversibili in capo alle parti. Ne deriva che, di per sé, la presunzione d'innocenza non è violata se il procedimento penale non si chiude formalmente con una sentenza sul merito dell'imputazione (5).

5. *I riverberi interni.* — Dal punto di vista interno, è quest'ultimo il passaggio più interessante della sentenza in commento. Considerate le varie leggi d'amnistia che si sono susseguite dal dopoguerra agli anni '90, in effetti, sembra improbabile che il nostro Parlamento adotti un atto di clemenza formulato con espressioni tali da contenere un anticipato giudizio di colpevolezza nei confronti di soggetti determinati sottoposti a procedimento penale.

Il punto critico, piuttosto, concerne i margini d'operatività del diritto al giudizio d'innocenza. Se « il diritto per l'imputato a ottenere la dichiarazione della sua estraneità all'addebito rivoltagli » vale senz'altro da « quando [ciò] sia formalizzato con il promovimento dell'azione penale » (6), più controverso è se il diritto in discussione possa essere anticipato alla fase delle indagini preliminari.

Di riflesso, ad esempio, la questione emerge in tema di rinunciabilità dell'amnistia ai sensi dell'art. 151 comma 1 c.p. — come dichiarato illegittimo dalla sent. cost. n. 175 del 1971 (7) — e dell'art. 5 d.P.R. n. 394 del 1990. Sulla base di tali previsioni, per la giurisprudenza di legittimità, il diritto di rinuncia al beneficio « compete solo all'imputato e non all'indagato in quanto presuppone l'esistenza di un 'processo' e non semplicemente di una notizia di reato, seguita o meno da indagini, e non potendosi ritenere la sussistenza dell'obbligo del pubblico ministero di esercitare l'azione penale al solo scopo di consentire all'indagato di dimostrare la sua innocenza » (8).

Come si evince dalla sentenza della Corte europea annotata, invece, alla persona sottoposta alle indagini andrebbe riconosciuto il diritto al giudizio d'innocenza anche prima del processo, allorché essa avesse subito degli effetti pregiudizievoli, fondamentali e irreversibili, dall'instaurazione del procedimento. Si pensi alla custodia cautelare sofferta dall'inquisito le cui indagini a carico si fossero concluse con un'archiviazione per estinzione del

(4) Per il collegamento fra il diritto al giudizio d'innocenza e l'art. 6 comma 2 Cedu, v. M. CHIAVARI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 400 ss.

(5) In precedenza, cfr. C.edu, sez. IV, dec. 4 gennaio 2007, R. c. Regno Unito; C.edu, sez. IV, dec. 26 agosto 2003, Withey c. Regno Unito.

(6) G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Milano, 2017, p. 230.

(7) Cfr. C. cost., sent. 14 luglio 1971 n. 175, in *Giur. cost.*, 1971, p. 2109 ss.

(8) Cass., sez. V, 12 dicembre 1991, Melita, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1404, m. 810; nello stesso senso, v. altresì Cass., sez. VI, 18 maggio 1992, Zanetti e altri, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 141; Cass., sez. VI, 19 ottobre 1990, Sica, in *Cass. pen.*, 1991, II, spec. p. 97, m. 29 (isolatamente, però, cfr. Cass., sez. V, 6 novembre 1991, De Vito, *ivi*, 1993, p. 1675, m. 971, secondo cui in « tema di amnistia, l'imputato o il soggetto sottoposto alle indagini deve essere posto in grado di sapere che vi è un procedimento nei suoi confronti, poiché altrimenti, l'applicazione dell'amnistia senza la conoscenza del procedimento si tradurrebbe in una violazione del suo diritto alla rinuncia » [corsivo nostro]).

reato (9). In tale situazione, è pacifica la tesi che nega al prevenuto la riparazione per l'ingiusta detenzione "sostanziale", a norma dell'art. 314 comma 3 c.p.p. (10).

Dalla prospettiva sovranazionale dovrebbe allora discendere una lettura del sistema rispettosa del diritto al giudizio d'innocenza da riconoscersi pure all'indagato, a cui andrebbe esteso, in virtù dell'art. 61 comma 1 c.p.p., « quel diritto al proscioglimento nel merito » che le previsioni dedicate all'amnistia attribuiscono al solo imputato (11).

Né siffatta conclusione sarebbe estranea agli assetti costituzionali in materia. Ricordato il fondamento del « diritto al giudizio di merito » all'art. 27 comma 2 Cost. (12), in luogo dell'art. 24 comma 2 Cost. (13), è comunque quest'ultima disposizione che, « da una posizione servente, prescrive la disponibilità dei necessari mezzi » per far valere il diritto dell'interessato « ad ottenere la declaratoria della propria innocenza » (14).

(9) ... benché dalla loro prosecuzione potesse emergere « una causa di archiviazione più favorevole » (E. MARZADURI, sub *art. 129*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, II, Torino, 1990, p. 119).

(10) Cfr., in proposito, A. BALSAMO, *Riparazione per ingiusta detenzione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, *Prove e misure cautelari*, 2.II, a cura di A. Scalfati, Torino, 2008, p. 643.

(11) Cfr. G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994, p. 21, da cui è tratta la precedente citazione nel testo.

(12) Così, fra gli altri, G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 150.

(13) Come, viceversa, ritenuto da C. cost., sent. 14 luglio 1971 n. 175, cit., p. 2143, sulla rinuncia all'amnistia, e da C. cost., sent. 31 maggio 1990 n. 275, ivi, 1990, p. 1663, con riguardo alla rinunciabilità della prescrizione.

(14) O. DOMINIONI, sub *art. 27 comma 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1991, p. 216.

In tema di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata: la Corte europea si accontenta delle rassicurazioni dei giudici inglesi

(Edoardo Zuffada)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. I precedenti. — 3. La risposta dei giudici inglesi alla sentenza Vinter. — 4. Il nuovo caso di *whole life order* sottoposto all'attenzione della Corte di Strasburgo. — 5. La decisione della Grande Camera. — 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione.* — Negli ultimi anni, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è occupata più volte, anche recentemente (1), della compatibilità con l'art. 3 Cedu del “*whole life order*” inglese, vale a dire la condanna alla pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata. In particolare, i giudici di Strasburgo sono stati ripetutamente sollecitati a rispondere al quesito se costituisca, o meno, un trattamento inumano o degradante la detenzione perpetua per coloro che si sono resi responsabili di reati particolarmente gravi ed efferati. Dopo la coraggiosa presa di posizione della Grande Camera nella *sentenza Vinter*, che ha valorizzato appieno il portato dell'art. 3 Cedu in rapporto al tema dell'ergastolo (16), una recente sentenza pronunciata essa pure dalla Grande Camera segna una decisa battuta d'arresto in questo percorso, escludendo l'incompatibilità con la Convezione della legislazione inglese in materia (17).

2. *I precedenti.* — In via del tutto preliminare, occorre ricordare che, nel caso di condanna per omicidio volontario, l'ordinamento inglese prevede che sia applicata obbligatoriamente la pena dell'ergastolo (18). Secondo quanto disposto dal Criminal Justice Act 2003, il giudice, tenuto conto della gravità dei fatti oggetto di accertamento, è tenuto a stabilire la durata minima della pena da espiare, decorsa la quale un organo indipendente dal potere esecutivo, il c.d. “*parole board*”, avrà il compito di valutare la sussistenza, in capo al detenuto, dei requisiti per ottenere un “*early release*”.

In relazione a fatti di particolare gravità, tassativamente indicati dalla legge, il giudice può tuttavia pronunciare un “*whole life order*”. In questi casi, l'ordinamento inglese offre un solo strumento per porre fine anticipatamente alla detenzione: esso è costituito dall'art. 30 del Crime (Sentences) Act 1997, il quale sancisce che “*the Secretary of State may at any time release a life prisoner on licence if he is satisfied that exceptional circumstances exist which justify the prisoner's release on compassionate grounds*”.

Il Prison Service Order 4700 (c.d. Lifer Manual), emanato nell'aprile 2010, individua poi una serie di criteri, invero piuttosto restrittivi, in base ai quali possano ritenersi integrate le “*exceptional circumstances*” che consentono al Segretario di Stato di concedere un rilascio

(15) C.edu, grande camera, sent. 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*. Per un primo commento alla sentenza, v. P. BERNARDONI, *I molteplici volti della compassione: la Grande Camera della Corte di Strasburgo accetta le spiegazioni dei giudici inglesi in materia di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata*, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2017.

(16) Ci si riferisce, in particolare, a: C.edu, grande camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*. Nello stesso senso, v. anche: C.edu, grande camera, sent. 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Grecia*; C.edu, grande camera, sent. 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*.

(17) C.edu, sez. IV, sent. 3 febbraio 2015, *Hutchinson c. Regno Unito*.

(18) Per un'analisi della normativa inglese in tema di ergastolo, v. F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2012, pp. 4 ss.

anticipato dell'ergastolano: tali circostanze sussistono, a ben vedere, nei soli casi in cui il detenuto sia gravemente malato.

La disciplina appena sintetizzata era già stata vagliata dalla Corte di Strasburgo, in particolare nella sentenza della Grande Camera *Vinter e altri c. Regno Unito* (19). Con tale fondamentale pronuncia, i giudici europei avevano affermato che l'imposizione da parte del Regno Unito di pene detentive perpetue, senza alcuna possibilità di riduzione o di liberazione anticipata, si ponesse in contrasto con l'art. 3 Cedu: in effetti, la possibilità per i condannati all'ergastolo con *whole life order* di ottenere un "*early release*" solamente in caso di "*exceptional circumstances*" che fondino su "*compassionate grounds*" — e dunque su requisiti estremamente restrittivi — precludeva ai condannati una chiara e certa "prospettiva di liberazione".

Nella citata sentenza *Vinter* venivano anche indicate, in termini generali, le condizioni che devono essere soddisfatte da ciascun ordinamento affinché la pena dell'ergastolo sia compatibile con l'art. 3 Cedu. In particolare, per i giudici di Strasburgo occorre che l'ordinamento statale preveda, da un lato, la possibilità di una liberazione anticipata o condizionale e, dall'altro lato, un meccanismo di revisione, sia esso di natura amministrativa o giurisdizionale. Con riferimento a quest'ultimo, la Corte precisa che i suoi presupposti e le sue scadenze temporali devono essere conoscibili già al momento della sentenza; che il momento iniziale di operatività non deve collocarsi oltre il termine di venticinque anni dalla condanna; che alla prima revisione devono far seguito ulteriori controlli periodici; e che tali controlli devono essere finalizzati alla verifica della persistenza, o meno, di motivi che legittimino la protrazione dello stato di detenzione del condannato (20).

3. *La risposta dei giudici inglesi alla sentenza Vinter.* — In seguito alla condanna della Corte di Strasburgo nel caso *Vinter*, i giudici inglesi si sono confrontati con il problema della conformità della disciplina domestica dell'ergastolo con l'art. 3 Cedu. Ciò è avvenuto nel caso *McLoughlin*, dove la *Court of Appeal* inglese ha affermato, senza mezzi termini, che i giudici europei "*were mistaken in concluding that the statutory regime for the reducibility of the sentence by review and release was insufficiently certain; and that uncertainty gave rise to a breach of Article 3*" (21).

Secondo l'impostazione adottata nella citata sentenza, a partire dall'entrata in vigore dello Human Rights Act 1998 il Segretario di Stato è tenuto ad agire conformemente ai principi enunciati dalla Cedu e dalla rilevante giurisprudenza della Corte e, dunque, nell'esercizio dei poteri conferitigli dal Crime (Sentences) Act 1997, può ben discostarsi dai restrittivi criteri delineati dal Lifer Manual, che non rappresentano affatto "*the whole of the circumstances in which the power of release might be exercised*" (22).

In definitiva, nell'opinione dei giudici della *Court of Appeal*, il sistema inglese garantirebbe tanto un "*prospect of release*", quanto una "*possibility of review*", così come richiesto dalla giurisprudenza europea in materia di art. 3 Cedu.

4. *Il nuovo caso di whole life order sottoposto all'attenzione della Corte di Strasburgo.*

(19) Per un commento alla sentenza *Vinter*, v. A. BALSAMO-L. TRIZZINO, *La Corte europea, l'ergastolo e il "diritto alla speranza"*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4672 ss.

(20) C.edu, grande camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, § 107-122.

(21) Court of Appeal (Criminal Division), *R. v. Ian McLoughlin and R. v. Lee William Newell*, 18 febbraio 2014, in *www.judiciary.gov.uk*, § 12.

(22) *Ibidem*.

— A meno di due anni dalla *sentenza Vinter*, la Corte di Strasburgo è dunque tornata a misurarsi con il *whole life order* inglese. Il caso riguarda un cittadino britannico che nel 1984 è stato condannato all'ergastolo per triplice omicidio, violenza sessuale e furto aggravato perché, dopo essersi introdotto illecitamente in una abitazione privata e dopo aver accoltellato a morte il padre, la madre ed il fratello maggiorenne, aveva ripetutamente violentato una ragazza diciottenne, accanto ai corpi esanimi dei familiari. In considerazione della gravità dei fatti commessi, il giudice del processo aveva indicato come periodo minimo (*tariff*) la reclusione per diciotto anni, pur esprimendo il suo personale convincimento che il caso da lui giudicato fosse "*genuinely a life case*". Il Segretario di Stato, all'epoca dei fatti responsabile dell'individuazione dell'ammontare della pena in concreto applicabile nei casi di "*life imprisonment*", aveva deciso infine di imporre al ricorrente un "*whole life order*".

La quarta sezione della Corte europea, investita del caso, ha escluso una violazione dell'art. 3 Cedu, reputando che la normativa domestica in tema di ergastolo, siccome interpretata dai giudici inglesi nel caso *McLoughlin*, sia compatibile con la Convenzione e con i parametri elaborati dalla giurisprudenza europea (23).

5. *La decisione della Grande Camera.* — Su istanza del ricorrente, il caso è stato rimesso alla Grande Camera che, tuttavia, ha ritenuto di confermare la decisione della quarta sezione.

In particolare, secondo i giudici di Strasburgo la chiarezza dei parametri individuati dalla Corte d'appello inglese, nonché la conoscibilità degli stessi da parte dei soggetti condannati alla pena dell'ergastolo, sarebbero tali da soddisfare i principi elaborati in materia di art. 3 Cedu sotto un duplice profilo: per un verso, l'obbligo del Segretario di Stato di basare la propria valutazione sulla rilevante giurisprudenza europea sarebbe fonte di chiarezza per tutti i condannati ad una "*life sentence*"; per altro verso, l'obbligo di motivazione imposto al Segretario di Stato medesimo dovrebbe consentire lo sviluppo di un vero e proprio *case-law*, con una conseguente maggiore chiarezza e prevedibilità delle decisioni stesse (24).

Inoltre — dopo aver affermato che, in linea di principio, la previsione di un automatismo nella revisione della sentenza, una volta che sia trascorso un certo periodo dalla condanna, costituisce un'importante salvaguardia per il detenuto rispetto al rischio di detenzione in violazione dell'art. 3 — ad avviso della Corte, la mancanza di un detto automatismo non è di per sé incompatibile con la Convenzione, in quanto l'attuale sistema inglese consente al detenuto di attivare in ogni momento la revisione della propria posizione avanti il Segretario di Stato (25).

La sentenza è accompagnata dalle opinioni dissenzienti dei giudici López, Pinto de Albuquerque e Sajó.

In particolare, nella sua articolata *dissenting opinion*, il giudice Pinto de Albuquerque, dopo aver richiamato i principi convenzionali in tema di ergastolo siccome elaborati dalla più recente giurisprudenza europea, avanza una aspra critica alla decisione della Grande Camera sotto un duplice profilo: da un lato, contrariamente a quanto sostenuto dalla *Court of Appeal* inglese, il giudice dissenziente ritiene che non sia possibile ricondurre al concetto di "*compassionate grounds*" contenuti diversi da quelli a carattere eminentemente umanitario e che, dunque, nella *sentenza McLoughlin*, i giudici britannici abbiano optato per una vera e propria

(23) C.edu, sez. IV, sent. 3 febbraio 2015, *Hutchinson c. Regno Unito*, § 22-25.

(24) C.edu, grande camera, sent. 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*, § 63-64.

(25) C.edu, grande camera, sent. 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*, § 67-70.

interpretazione analogica, con tutte le conseguenze, in termini di incertezza ed imprevedibilità, che ne derivano. Dall'altro lato, Pinto de Albuquerque evidenzia il grave difetto di chiarezza riguardo i criteri cui il Segretario di Stato dovrebbe attenersi nell'esercizio del suo potere di "early release", dal momento che l'espressione "exceptional circumstances" fornisce un'indicazione del tutto imprecisa; né conferirebbe maggiore precisione l'obbligo, gravante sul Segretario medesimo, di tenere in considerazione la Convenzione nell'esercizio del potere attribuitogli dal Crime Act 1997.

6. *Considerazioni conclusive.* — Il recente arresto della Grande Camera non può essere accolto positivamente. L'affermazione e la tutela dei diritti umani non è, infatti, una materia a geometria variabile: una volta affermato che l'ergastolo è compatibile con la Convenzione europea *soltanto* in presenza di chiare e ben definite "prospect of release" e "possibility of review", non possono più bastare semplici rassicurazioni di un futuro adeguamento, soprattutto se prospettato solo in via interpretativa. Senza una tangibile presa d'atto, da parte dello Stato, della incompatibilità di un segmento del proprio ordinamento con la Convenzione, la risposta della Corte europea può essere una sola: la (ulteriore) condanna dello Stato.

Al contrario, sembra proprio che, nel caso di specie, la Corte europea abbia deciso di cedere il passo al Regno Unito, per evitare uno scontro che, evidentemente, si sarebbe giocato su un terreno diverso da quello squisitamente giuridico. In questo senso, ragioni *lato sensu* "politiche" hanno prevalso sulle ragioni del diritto, con la conseguenza che, nel caso in esame, non sono stati assicurati gli stessi *standard* di tutela elaborati e propugnati dalla Corte di Strasburgo in situazioni analoghe (26).

Adottando un simile approccio, la Corte europea corre il serio rischio di venir meno al suo ruolo di "guardiano" dei diritti umani. A costo di frizioni o contrasti, Strasburgo non può sottrarsi al suo compito di interprete autentico della Convenzione: solo così i diritti umani ivi sanciti possono trovare, ovunque, un medesimo livello di protezione.

(26) P. BERNARDONI, *I molteplici volti della compassione*, cit., § 8.

Diritto di informazione dei detenuti e accesso a internet

(Pietro Zoerle)

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. La motivazione della Corte europea. — 3. L'esperienza italiana.

1. *Il caso.* — Il divieto di accesso a *internet* opposto dall'amministrazione penitenziaria della Lituania a un detenuto, che intendeva acquisire informazioni circa i suoi studi universitari attraverso un sito *web*, costituisce una violazione dell'art. 10 Cedu (1). Questa disposizione riconosce a ogni persona la libertà di espressione nella sua più estesa accezione, che include anche il diritto di ricevere informazioni, « senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche » (art. 10 § 1 Cedu). Al contempo, si prevede, però, la possibilità che siano stabilite per legge « formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni », quali « misure necessarie in una società democratica, [...] alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati » (§ 2).

Secondo i principi interpretativi individuati dalla C.edu — da ritenersi « ormai consolidati » — ciascun limite previsto dall'art. 10 § 2 Cedu alla libertà di espressione e di informazione deve essere previsto per legge (28); i motivi che possono giustificare le restrizioni sono tassativi e assoggettati « ad una interpretazione restrittiva e cioè [...] riconducibili ad esigenze concrete ed effettive e non generiche » (29); ciascuna interferenza in tali diritti deve perseguire un « *pressante bisogno sociale* » (30) ed essere « proporzionata all'obiettivo legittimo perseguito » (31).

Il ricorrente, nel caso di specie, chiedeva di poter accedere a *internet* per visitare un sito del Ministero dell'Istruzione, al fine di ricevere informazioni sulle opportunità di *distance learning*. Era stato proprio il Ministero, rispondendo a una lettera del detenuto, a indicare tale sito *web* quale fonte per ottenere delucidazioni sui programmi di studio universitari (§ 5-7).

La richiesta del detenuto non veniva, però, accolta dall'amministrazione penitenziaria lituana, perché la disciplina applicabile ai detenuti proibisce il possesso di telefoni e altri « mezzi di comunicazione elettronica », nozione, quest'ultima, nella quale si considerano ricompresi anche i canali telematici che consentono l'accesso al *web* (§ 44). Nella fattispecie, il diritto di ricevere informazioni sui programmi didattici era stato comunque garantito attraverso le indicazioni fornite per iscritto (§ 46).

2. *La motivazione della Corte europea.* — I giudici di Strasburgo, nel dichiarare la violazione dell'art. 10 Cedu, confermano l'orientamento espresso nella sentenza Kalda c.

(27) C.edu, sez. IV, sent. 17 gennaio 2017, Jankovskis c. Lituania, i cui paragrafi rilevanti saranno citati nel testo.

(28) La riserva di legge è da intendersi come l'insieme di « quelle norme che secondo la Costituzione degli Stati membri sono considerate "legge" » (G. FERRANTI, *L'evoluzione delle libertà di informazione nella giurisprudenza degli organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2004, p. 205). In merito cfr., ad esempio, C.edu, sent. 26 aprile 1979, Sunday Times (n. 1) c. Regno Unito, § 46-53; C.edu, sent. 30 marzo 1989, Chappell c. Regno Unito, § 52-57; C.edu, sent. 19 dicembre 1994, Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs e Gubi c. Austria, § 31.

(29) P. CARETTI, sub art. 10, cit., p. 342.

(30) A. GALLUCCIO, *Profili generali sugli art. 8-11, in Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis-F. Viganò, Torino, 2016, p. 259.

(31) A. GUAZZAROTTI, sub art. 10, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky, Torino, p. 2012, p. 408. F

Estonia (32). In entrambi i casi, i ricorrenti non contestavano un generico divieto di accesso alla *rete*, ma l'impossibilità di collegarsi a determinati siti *web*, tutti di carattere istituzionale (33).

Invero, la Corte europea sottolinea che l'utilizzo di *internet* nella realtà carceraria — considerando il rapporto tra la polifunzionalità dello strumento informatico e il particolare regime al quale sono sottoposti i detenuti — presenta profili di criticità che possono essere risolti mediante limiti di accesso alla *rete*. Tali restrizioni devono essere conformi ai parametri di cui all'art. 10 § 2 Cedu.

Nel caso di specie, i giudici riconoscono il rispetto della riserva di legge: il divieto di utilizzare « mezzi di comunicazione elettronica » stabilito dalla normativa lituana può, infatti, essere inteso come riferito anche a *internet* (§ 57).

Lo *status detentionis* e la necessità di impedire la commissione di reati rappresentano, poi, ragioni che legittimano il divieto di accesso alla *rete* (§ 58).

L'art. 10 § 2 Cedu prevede, tuttavia, che le limitazioni imposte dalla legislazione di uno Stato alla libertà di informazione devono — oltre che essere previste per legge e perseguire fini legittimi — risultare « necessarie in una società democratica ». Ciò significa che ciascuna restrizione al diritto di informazione debba essere valutata, secondo il particolare criterio della proporzionalità, rispetto ai valori che generalmente contraddistinguono una "società democratica" (34): la misura non può essere eccessivamente gravosa rispetto all'interesse pubblico che tutela.

È proprio il rispetto della clausola di proporzionalità che conduce la Corte a ritenere illegittimo il divieto di accesso alla *rete* per visitare un particolare sito *web*.

Infatti, l'accesso al portale indicato aveva il fine esclusivo di ottenere informazioni sulle opportunità di studio e sulle offerte di lavoro, conoscenze tutte rilevanti per garantire il diritto all'istruzione, nonché per il percorso rieducativo e per il reinserimento nella società del detenuto (§ 59).

L'accesso a *internet* costituiva, peraltro, lo strumento più efficace per reperire le informazioni richieste e il carattere istituzionale del sito escludeva che la "navigazione" potesse comportare pericoli per la sicurezza pubblica ovvero agevolare la commissione di reati (§ 60).

Inoltre, le autorità lituane non avevano preso nemmeno in considerazione la possibilità di autorizzare un accesso al *web* circoscritto al sito richiesto (§ 62).

In definitiva, secondo la C.edu, il divieto non deve ritenersi proporzionato rispetto all'esigenza di tutela della sicurezza pubblica e non sono state avanzate ragioni sufficienti che abbiano giustificato, nel caso concreto, limiti al diritto di informazione del detenuto (§ 63).

3. *L'esperienza italiana*. — Posto che istruzione e lavoro costituiscono, ai sensi dell'art. 15 o.p., elementi del trattamento rieducativo, l'art. 40 reg. o.p. prevede che il direttore dell'istituto penitenziario possa autorizzare, « per motivi di lavoro o di studio » l'uso « anche nella camera di pernottamento, di *personal computer* » (comma 1). Si domanda, poi, ad « apposite prescrizioni ministeriali » il compito di stabilire « le caratteristiche, le modalità di uso e la eventuale spesa convenzionale per energia elettrica » (comma 2).

(32) C.edu, sez. II, sent. 19 gennaio 2016, Kalda c. Estonia. In dottrina v. O. PREVOSTI, *Il caso Kalda contro Estonia: il diritto di accesso a internet dei detenuti secondo la Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, in www.osservatorioaic.it, 15 novembre 2016.

(33) Nel caso Kalda c. Estonia si trattava dei siti dell'ufficio di informazione estone sul Consiglio d'Europa, del *Chancellor of Justice* e del Parlamento nazionale.

(34) G. FERRANTI, *L'evoluzione delle libertà di informazione*, cit., p. 223.

Due circolari del D.A.P. del 2001 e del 2002 (35) vietano espressamente l'accesso a *internet* attraverso *personal computer* che siano in possesso dei singoli detenuti.

Un parere favorevole all'accesso al *web* proviene, però, nel 2015, dall'Ufficio studi ricerche del D.A.P., che ha ritenuto « possibile sotto il profilo tecnico-giuridico [...] l'introduzione di *internet* per i detenuti, con limitazioni e sistemi di controllo compatibili con la sicurezza e la efficacia delle attività da svolgere per realizzare la finalità rieducativa della pena » (36).

A seguito di alcune prime sperimentazioni di accesso a *internet* per fini trattamentali, e in attesa di linee guida uniformi e adeguate all'infrastruttura tecnologica predisposta, la Circolare 2 novembre 2015, n. 0366755 (37) ha provveduto a fornire alcune indicazioni circa le modalità di accesso alla *rete* per le esperienze in corso e per quelle che verranno avviate.

Innanzitutto, l'accesso a *internet* è limitato ai circuiti di custodia attenuata e di media sicurezza. In tutti gli altri regimi sarà necessaria una valutazione "caso per caso" sulle ragioni e sui benefici attesi. Resta, invece, precluso l'utilizzo della *rete* per i detenuti in regime di 41-bis o.p.

Confermato il divieto di collegamento alla *rete* attraverso *personal computer* nella libera disponibilità dei detenuti, si consente l'accesso a *internet* solo nelle sale adibite ad attività trattamentali e limitatamente a particolari siti *web*, individuati attraverso convenzioni con soggetti esterni che « offrono opportunità trattamentali ». Tali convenzioni devono prevedere procedure « di accesso guidate e sicure » verso i siti consentiti.

Spetta al direttore dell'istituto stabilire quali verifiche operare su *hardware*, *software* e sulla "navigazione", senza compromettere « la produttività del lavoro e la regolarità dei percorsi di studio ».

I soggetti esterni e i detenuti ammessi a percorsi trattamentali che prevedono l'utilizzo della *rete* sono sottoposti a rigide verifiche sulla loro « affidabilità ».

Qualora a seguito di controlli « a campione o in casi sospetti » vengano rilevate violazioni circa l'utilizzo di *internet*, vi sarà una tempestiva segnalazione all'autorità competente con la proposta di censura, applicandosi per analogia l'art. 18-ter o.p.; ne conseguono gli opportuni provvedimenti nei confronti del detenuto e del soggetto esterno.

Alla luce della disciplina che si è appena sintetizzata, l'ordinamento italiano pare conforme al dettato dell'art. 10 Cedu così come interpretato dalla sentenza della C.edu. Rispettata la riserva di legge prevista dalla Convenzione, l'uso di *internet* in carcere è vincolato ai percorsi trattamentali e i limiti di accesso paiono proporzionati rispetto ai fini legittimi di pubblica sicurezza, difesa dell'ordine e prevenzione di reati.

(35) Circ. D.A.P. 15 giugno 2001, n. 3556/6006 e Circ. D.A.P. 4 novembre 2002, n. 000826.

(36) D.A.P., Ufficio Studi Ricerche Legislazione e Rapporti internazionali, *Parere sulla possibilità di accesso ad Internet da parte dei detenuti*, luglio 2015, in www.giustizia.it.

(37) Nella Circ. D.A.P. 2 novembre 2015, n. 0366755, fra l'altro, si suggerisce, in rapporto ai detenuti comuni, anche l'implementazione dell'utilizzo del sistema di comunicazione via *Skype* al fine di favorire relazioni familiari e affettive. Riguardo all'utilizzo di mezzi informatici in carcere v. D. GALLIANI, *Internet e la funzione costituzionale rieducativa della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2017 e P. COSTANZO, *Internet e libertà di informazione dentro le mura carcerarie*, *Dir. informazione e informatica*, 2015, p. 939 ss.

Le misure di prevenzione italiane sul banco degli imputati a Strasburgo

(Stefano Finocchiaro)

SOMMARIO: 1. Lo *status quo* della giurisprudenza europea in materia di misure di prevenzione. — 2. La mancanza di qualità della legge italiana. — 3. Una sentenza troppo ardita...o troppo timida? — 4. Le ricadute, dirette e indirette, nel nostro ordinamento.

1. *Lo status quo della giurisprudenza europea in materia di misure di prevenzione.* — Una recente pronuncia della Grande Camera segna un momento di probabile svolta nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di misure di prevenzione (personali) (1). Una giurisprudenza che prese le mosse nel lontano 1980, allorché la Corte europea, con la sentenza Guzzardi c. Italia (), qualificò la misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno — in quel caso applicata a un ricorrente costretto a vivere, controllato e con contatti sociali limitati, sull'isola dell'Asinara — come misura *privativa* della libertà di movimento di cui all'art. 5 Cedu, dichiarandone contestualmente l'illegittimità convenzionale (39).

Da allora, le misure di prevenzione personali italiane, opportunamente ridisegnate dal legislatore per tenere conto dei rilievi critici della Corte europea, furono invece sempre qualificate come misure meramente *limitative* (e non *privative*) della libertà di movimento e, dunque, ricondotte nell'alveo dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu (40), rispetto al quale sono stati considerati legittimi provvedimenti disposti sulla base di indizi della commissione di attività delittuose al fine di prevenire la commissione in futuro di reati (41). In tale contesto, si sono registrate alcune sporadiche condanne del nostro Paese, talora motivate con l'assenza di *base legale* (dovuta, in un caso, alla mancata comunicazione della sopravvenuta revoca della misura (42), in un altro, al protrarsi di quest'ultima oltre il termine annuale fissato dal giudice (43)), altre volte fondate sulla carenza di *proporzionalità* (dovuta, in particolare, all'inconsistenza degli elementi posti dal giudice a fondamento della misura (44)), ma mai — nemmeno nella più recente decisione Monno c. Italia del 2013 (45), o nell'ambito della

(38) C.edu, grande camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia.

(39) In senso conforme, cfr. C.edu, plen., 22 febbraio 1989, Ciulla c. Italia.

(40) Vd., sul punto, F. VIGANÒ, sub Art. 2 Prot. n. 4, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Milano, 2016, p. 353 ss.). Cfr. A. BALSAMO, *Diritto dell'UE e della CEDU e confisca di prevenzione*, in *Il libro dell'anno Treccani*, 2014, Roma, 675 ss.; nonché L. BEDUSCHI, *Rassegna delle pronunce del triennio 2008-2010 in tema di art. 5 § 1 Cedu e art. 2 prot. n. 4 Cedu*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2011, p. 255 ss.

(41) C.edu, dec. 8 ottobre 2013, Monno c. Italia; C.edu, grande camera, sent. 6 aprile 2000, Labita c. Italia.; C.edu, sent. 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia; Cfr. anche, C.edu, sez. IV, sent. 23 maggio 2001, Denizci e a. c. Cipro.

(42) C.edu, sent. 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia.

(43) C.edu, sez. III, sent. 1 luglio 2004, Vito Sante Santoro c. Italia, § 42-46.

(44) C.edu, grande camera, sent. 6 aprile 2000, Labita c. Italia.

(45) C.edu, dec. 8 ottobre 2013, Monno c. Italia. Cfr., sul punto, A. M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2017. Cfr. F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 29 ss.

parallela giurisprudenza in materia di misure di prevenzione patrimoniali (46) — fondate su di una valutazione critica della tecnica legislativa di individuazione dei presupposti e del contenuto delle misure di prevenzione.

Insomma, finora il dito aveva sempre nascosto la luna. La possibilità di muovere facili censure all'applicazione *in concreto* della misura aveva permesso di trascurare una valutazione, *in astratto*, circa la qualità delle previsioni legislative in materia di prevenzione: un vaglio che viene invece oggi compiuto, con esito negativo, dalla Grande Camera nella sentenza de Tommaso c. Italia.

2. *La mancanza di qualità della legge italiana.* — L'occasione per operare la valutazione da ultimo menzionata è stata offerta alla Corte europea dalla vicenda che ha visto applicata dal Tribunale di Bari la misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno a un ricorrente, il sig. de Tommaso, ritenuto abitualmente dedito a traffici delittuosi e quindi inquadrabile nella fattispecie di c.d. pericolosità 'generica' di cui all'allora vigente legge n. 1423/1956, oggi trasfusa nell'art. 1 del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. codice antimafia).

In linea con la propria giurisprudenza — costante, come detto, a partire dagli anni '90 — la Corte qualifica la misura di prevenzione in esame come misura (meramente) *limitativa* del diritto di circolazione ai sensi dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu (47) e ne esclude altresì la natura sostanzialmente penale, osservando che il procedimento che conduce alla sua applicazione non comporta la valutazione su un'accusa penale (48). Viene di conseguenza esclusa l'applicabilità dell'art. 6 Cedu nel suo *volet pénal*, ma ne è tuttavia riconosciuta l'operatività nel suo *volet civil*, risultato violato in ragione dell'assenza di una pubblica udienza nel procedimento di prevenzione. Un profilo, quest'ultimo, peraltro già censurato dalla Corte in vari casi relativi alle misure di prevenzione patrimoniali (49), ai quali era seguita altresì una declaratoria di incostituzionalità nel 2010 (50) e, subito dopo, un intervento risolutivo del legislatore nel 2011 (51).

L'aspetto di maggiore interesse della sentenza in commento attiene però alla dedotta violazione della libertà di circolazione di cui all'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, in relazione al quale la Corte riscontra una violazione sotto il profilo della "base legale", da addirittura due punti di vista.

In primo luogo, eccessivamente imprecisa e indeterminata è ritenuta la tecnica legislativa di individuazione dei *destinatari* della misura, e in particolare della fattispecie di c.d. pericolosità generica di cui all'art. 1 l. 1423/1956 (oggi art. 1 d.lgs. 159/2011). I giudici di Strasburgo dimostrano di avere ben presente la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana (52), e in particolare la sentenza n. 177/1980, con cui era stata dichiarata l'illegittimità, stante l'eccessiva imprecisione normativa, della disposizione che permetteva l'applicazione delle misure di prevenzione ai "proclivi a delinquere" (53); e prendono altresì atto di

(46) Sul punto, si consenta il rinvio a S. FINOCCHIARO, sub *Art. 1 Prot. add.*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 334 ss. Cfr. anche *infra*, sub § 4.

(47) § 79-92.

(48) § 143.

(49) Cfr., ad esempio, C.edu, sez. II, sent. 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, § 34-41; C.edu, sez. II, sent. 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri c. Italia, § 23-32.

(50) Corte cost., sent. 8 marzo 2010 n. 93.

(51) All'art. 7 comma 1 d.lgs. 159/2011 è stata prevista la possibilità di richiedere l'udienza pubblica nel procedimento di prevenzione.

(52) § 43-61.

(53) Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur Cost.* 1980, 1545.

come la giurisprudenza sia intervenuta in diverse occasioni per tentare di chiarire i criteri da utilizzare per valutare la pericolosità sociale dell'individuo. Cionondimeno, la Grande Camera — osservando che “né la legge né la Corte costituzionale hanno individuato chiaramente le ‘prove fattuali’ o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto” (54) — dichiara la normativa italiana carente sotto lo specifico profilo della “prevedibilità”, in quanto non formulata con “precisione sufficiente a garantire al singolo tutela contro interferenze arbitrarie e a consentirgli di prevedere in maniera sufficientemente certa l'imposizione di misure di prevenzione” (55).

In secondo luogo, la Corte di Strasburgo censura l'eccessiva vaghezza e imprecisione del *contenuto* delle prescrizioni imponibili all'interessato, tra le quali figurano quelle di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”, nonché — nella versione allora vigente — quella di “non dare ragione alcuna di sospetto in ordine alla propria condotta”. I giudici europei — pur prendendo atto del tentativo operato dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 232/2010, di individuare un'interpretazione che sanasse l'imprecisione della previsione — concludono che la legge italiana “non sia stata formulata in modo sufficientemente dettagliato e non definisca con sufficiente chiarezza il contenuto delle misure di prevenzione” (56), integrando di conseguenza una violazione del requisito della “base legale” di cui all'art. 2 Prot. n. 4 Cedu anche sotto quest'ulteriore profilo ().

3. *Una sentenza troppo ardita...o troppo timida?* — La decisione di ritenere violato l'art. 2 Prot. n. 4 Cedu è stata assunta all'unanimità, ma sulle motivazioni si registrano varie opinioni dissenzienti.

Ad un estremo si colloca l'opinione del Presidente Raimondi e di altri quattro giudici, secondo i quali la Corte si sarebbe spinta troppo in là: ragione della violazione convenzionale risiederebbe non già nell'assoluta imprecisione della legge italiana — difetto a cui avrebbe ormai sopperito adeguatamente la giurisprudenza italiana, e in particolare la Corte costituzionale con le sentenze 117/1980 e 232/2010 — bensì nel carattere sproporzionato (e quindi “non necessario in una società democratica”) della sua applicazione nel caso concreto, giacché la pericolosità sociale del ricorrente era stata erroneamente dimostrata in primo grado sulla base di precedenti riferiti in realtà a un omonimo.

All'estremo opposto si trova l'opinione del giudice Pinto de Albuquerque — alle cui argomentazioni si allineano in parte anche i giudici Küris, Sajó e Vučinić — secondo cui, invece, la Corte avrebbe dovuto andare oltre, riconoscendo che le misure di prevenzione italiane sono delle “pene di seconda classe” fondate sul sospetto (57), la cui legittimità va vagliata (e verosimilmente esclusa) alla luce dei parametri convenzionali relativi alla materia penale. La natura punitiva di tali misure — da collocare comunque nell'ambito applicativo dell'art. 5 Cedu (anziché dell'art. 2 Prot. n. 4) — si desumerebbe, tra l'altro, dal fatto che si tratta di un'intrusione pesante sui diritti fondamentali di una persona, con funzione general-specialpreventiva, fondata su di un'accusa sostanzialmente penale.

(54) § 117.

(55) Le motivazioni con cui il Tribunale di Bari aveva giustificato l'applicazione della misura nel caso concreto — rileva la Corte europea — conferma, del resto, la fondatezza delle censure giacché si era fatto riferimento all'esistenza di tendenze criminali “attive”, pur senza attribuire all'individuo alcuno specifico comportamento o attività criminale (cfr. § 118).

(56) § 122.

(57) Cfr. § 4 dell'opinione, citando, al riguardo, G. CORSO, *Profili costituzionale delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettivi di riforma*, in AA.VV., *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1986.

Le motivazioni addotte dalla Grande Camera si collocano dunque in una posizione, per così dire, mediana, probabilmente di compromesso, che sembra scuotere l'assetto legislativo delle misure di prevenzione, senza farne però franare l'intero impianto.

4. *Le ricadute, dirette e indirette, nel nostro ordinamento.* — Evidenti le ripercussioni della sentenza di Tommaso nell'ordinamento italiano. A ben vedere, una volta riscontrato in radice un *deficit* qualitativo della legge, dovrebbe risultare preclusa ai nostri giudici la via dell'interpretazione conforme alla Cedu, così come quella della sua diretta applicazione. Pertanto, l'adeguamento del nostro ordinamento agli obblighi convenzionali non può che richiedere l'espunzione — mediante declaratoria di illegittimità costituzionale — di tali previsioni legislative, tanto vaghe e imprecise da non poter essere usate da alcun giudice quale base legale per l'applicazione di misure limitative di diritti fondamentali della persona.

Quest'ultima è la strada percorsa di recente dal Tribunale di Udine (58) nell'ordinanza con cui ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle pertinenti disposizioni della l. 1423/1956 e del d.lgs. 159/2011, per contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 2 Prot. n. 4 Cedu. Il Tribunale ha così seguito le orme di un'analogha questione sollevata dalla Corte d'appello di Napoli (), la quale aveva peraltro esteso i propri dubbi di costituzionalità anche alla materia della prevenzione patrimoniale, utilizzando quale parametro convenzionale di riferimento l'art. 1 Prot. add. Cedu, norma che tutela il diritto di proprietà e nel cui ambito applicativo la Corte europea riconduce da tempo la confisca di prevenzione, legittimandone l'utilizzo in funzione di contrasto (solo?) della criminalità organizzata di stampo mafioso.

Anche la disciplina delle misure patrimoniali, infatti, deve ritenersi indirettamente colpita dai principi affermati dalla Grande Camera, essendo tale confisca parimenti applicabile alle fattispecie a pericolosità 'generica' (cfr. art. 16 d.lgs. 159/2011) e, dunque, sulla base di presupposti legislativi oggi giudicati qualitativamente scadenti al metro dei canoni di legalità, *sub specie* di prevedibilità, elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo con riferimento — e il dato non è affatto scontato — a qualsiasi interferenza con diritti convenzionali, a prescindere dalla natura penale, o meno, della misura in questione.

Deve infine rilevarsi, tuttavia, che le ricadute interne della sentenza di Tommaso sono state smorzate dalla scettica reazione di una parte della giurisprudenza di merito — in particolare del Tribunale di Milano (59), di Palermo (60) e di Vercelli (61) — che ha ritenuto di poter continuare ad applicare la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, sulla scorta dell'argomento per cui la sentenza di Tommaso non integrerebbe, allo stato, un precedente consolidato, nei termini richiesti dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 49/2015 (62). Tali arresti giurisprudenziali hanno reputato irrilevante che la pronuncia europea provenga dalla Grande Camera e che non si rinvengano precedenti con

(58) Trib. Udine, ord. 4 aprile 2017, in www.giurisprudenzapenale.it.

(59) Trib. Milano, decreto 7 marzo 2017, con nota di S. FINOCCHIARO, *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera di Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2017.

(60) Trib. Palermo, decreto 28 marzo 2017, con nota di F. BALATO, *Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte Edu de Tommaso da parte della giurisprudenza di merito*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2017.

(61) Trib. Vercelli, decreto 24 maggio 2017.

(62) Si pone in sostanziale accordo con tale conclusione F. MENDITTO, *La sentenza de Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2017.

essa direttamente contrastanti: dati che non sembrano invece trascurabili, e su cui potrà auspicabilmente far luce la Consulta nel decidere le questioni a lei sottoposte.

***Overturning the acquittal in appello e giusto processo:
la Corte europea esige la rinnovazione della prova***

(Hervé Belluta)

SOMMARIO: 1. La vicenda. — 2. Una pronuncia prevedibile... — 3. ... che si iscrive in un filone (alquanto) consolidato.

1. *La vicenda.* — Dopo il caso *Dan* (1), la Repubblica di Moldavia viene nuovamente condotta a giudizio davanti alla C.edu: nella fattispecie, per violazione dell'art. 6 comma 1 Cedu, nella parte in cui statuisce che « *In the determination of (...) any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair (...) hearing* » (64). Principio che, una volta applicato al giudizio di appello, comporta — secondo un consolidato orientamento (65) — la necessità di procedere con una « *direct assessment of the evidence* » qualora si profili un *overturning* da proscioglimento in condanna.

L'*applicant* alla C.edu, agente di polizia al tempo dei fatti, era stato accusato, insieme ad un collega (V.G.), di maltrattamenti a danno di due persone (A.C. e A.V., le vittime), in occasione del loro arresto, durante il trasposto in auto e, poi, presso la stazione di polizia. In ordine alle violenze subite durante il tragitto e alla stazione, peraltro, le dichiarazioni rese da A.V. durante il processo di prime cure non coincidevano con quanto riferito da A.C.: secondo A.V., sarebbero state usate da entrambe gli agenti; secondo A.C., solo da V.G. Lo stesso A.V., poi, cambia versione e, correggendosi, afferma che solo V.G. lo avrebbe colpito con il calcio della mitragliatrice; del resto, per sua stessa ammissione, i ricordi apparivano quanto mai confusi, a causa dello stato di intossicazione acuta da sostanze stupefacenti in cui si trovava in quel frangente.

La Corte del distretto di Buiucani, giudice di prime cure, proscioglie i due imputati dall'accusa di violenza durante l'arresto, considerando l'uso della forza proporzionato alle circostanze del caso. Quanto, invece, al capo relativo all'uso della violenza negli uffici di polizia, condanna V.G. per maltrattamenti nei confronti di A.C., prosciogliendo l'attuale ricorrente alla C.edu.

La corte d'appello di Chişinău, dietro appello del *Prosecutor's Office*, ribalta il giudizio, condannando il ricorrente a tre anni di reclusione, con pena sospesa. In particolare, l'*overturning* avviene senza ascoltare i testimoni, le vittime o gli imputati, né riprendendo tutte le dichiarazioni rese dalle vittime in prime cure. Anzi, la corte d'appello impiega per condannare solo quella dichiarazione (poi ritrattata) in cui A.V. affermava che le violenze subite alla stazione di polizia sarebbero state perpetrate da entrambi gli agenti.

La corte suprema di giustizia, poi, di fronte ad un ricorso in punto di diritto con cui il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 6 comma 1 Cedu per non avere, la corte di appello, esaminato il fascicolo né ascoltato l'imputato, le vittime o i testimoni, esclude una violazione

(63) C.edu, sez. III, sent. 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*. In dottrina, tra altri, A. CAPONE, *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1007 ss.; S. TESORIERO, *Luci ed ombre della rinnovazione dell'istruttoria in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017 (2), III, p. 79 ss.; ID., *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, p. 239 ss.

(64) C.edu, sez. II, sent. 28 febbraio 2017, *Manoli c. Repubblica di Moldavia*, i cui paragrafi rilevanti saranno indicati nel testo.

(65) Sul punto, v., *infra*, § 3.

del testo convenzionale perché, tra l'altro, a) gli imputati non avevano contestato le dichiarazioni rese dai testimoni; b) le parti non avevano chiesto l'assunzione di nuove prove. E tanto deve considerarsi sufficiente per desumere la *fairness* del processo (66).

Non appare disutile, tuttavia, segnalare, come fa anche la C.edu, che uno dei giudici di ultima istanza « *wrote a dissenting opinion* », ritenendo obbligatorio, alla luce del principio di *fairness* processuale, un nuovo esame delle vittime e dei testimoni davanti al giudice di secondo grado (§ 15). Peraltro, anche il codice di rito penale moldavo estende, ai sensi dell'art. 419, le regole generali del primo grado al secondo « *for rehearing a case on appeal* » (67).

2. *Una pronuncia prevedibile...* — Sebbene la Repubblica di Moldavia, difendendosi davanti alla C.edu, abbia affermato che non vi sarebbe stata violazione dell'art. 6 Cedu, poiché in appello le parti sarebbero state ascoltate e avrebbero avuta, sol che l'avessero voluta, la possibilità di fornire nuove prove, l'esito del giudizio era prevedibilmente positivo.

Seguendo una linea argomentativa classica, i giudici di Strasburgo fissano una premessa: per comprendere come l'art. 6 Cedu operi nei giudizi di seconde cure occorre considerare le caratteristiche tipiche del processo nel quale l'appello si colloca. Per un verso, rileva la struttura dell'intera procedura penale; per l'altro, è necessario comprendere il ruolo del giudice d'appello. Allorché il secondo giudice sia chiamato ad esaminare il caso in punto di fatto e di diritto, potendo decidere in merito all'innocenza o alla responsabilità penale dell'imputato, non è possibile « *properly determine those issues without a direct assessment of the evidence* » (§ 26) (68).

Si badi: l'affermazione è di principio e come tale deve essere declinata con riguardo alla vicenda concreta per capire se, nel caso sottoposto all'attenzione della C.edu, vi sia stata, o no, violazione del parametro convenzionale evocato. Del resto, se il *fair trial* imponesse sempre una completa riedizione probatoria in seconde cure, si finirebbe per screditare del tutto il giudizio di prima istanza, rendendolo inutile. E ancora: sebbene la C.edu non torni sul punto, sembra chiaro, alla luce della sua stessa giurisprudenza, che tale principio abbia una differente traduzione, a seconda che si tratti di *overturnig the acquittal* o di rivalutare *the defendant guilty* (69).

In effetti, le dichiarazioni impiegate dalla corte d'appello per condannare erano state tutte rese davanti al giudice di prima istanza; ma soprattutto, quanto affermato dalle vittime sembra « *not entirely consistent* », e le dichiarazioni rese da A.V. « *were incoherent* ». Di fronte ad un simile quadro, però, la corte d'appello « *did not carry out a fresh examination of the version of events* » (§ 30). Obbligata, a questo punto, la conclusione: vista la posta in gioco, la C.edu riconosce che sarebbe stata necessaria una « *direct assessment of the*

(66) Infine, una risposta di analogo tenore otteneva il ricorrente dopo il deposito di un « *extraordinary appeal* », sempre di fronte alla corte suprema di giustizia della Repubblica di Moldavia.

(67) Anche un « *explanatory judgment* » della locale corte suprema di giustizia (n. 22 del 12 dicembre 2005) afferma che, tenendo a mente le previsioni dell'art. 6 Cedu, « *the appellate court, after an acquittal by a first-instance court, cannot order a conviction for the first time without hearing the accused or assessing the evidence directly* ». L'*explanatory* è lo stesso richiamato in C.edu, sez. III, sent. 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, § 20.

(68) Analogamente, tra molte, C.edu, sez. III, sent. 9 aprile 2013, Flueras c. Romania, § 54; C.edu, sez. III, sent. 21 settembre 2010, Marcos Barrios c. Spagna, § 32; C.edu, sez. II, sent. 6 luglio 2004, Dondarini c. San Marino, § 27.

(69) Si veda già C.edu, sent. 24 novembre 1986, Unterperntinger c. Austria, § 33; più di recente, C.edu, sez. II, sent. 18 maggio 2004, Destrehem c. Francia, § 45.

evidence » (§ 32), perché chi decide nel merito di un'accusa dovrebbe, almeno in linea di principio, ascoltare la viva voce delle fonti di prova, al fine di saggiare la *trustworthiness* di testimoni, vittime e imputati. Sempre — beninteso — che sia possibile: infatti, potrebbe capitare (e, quindi, essere convenzionalmente tollerabile) di non riassumere una fonte perché, ad esempio, è deceduta. O, ancora, perché si vuol proteggerla contro il rischio di autoincriminazione (§ 32) (70). Trattandosi di una mera esemplificazione, verrebbe da aggiungere che talora una persona (magari una vittima identificata come particolarmente vulnerabile) potrebbe non essere riascoltata in appello perché meritevole di protezione contro lo *stress* da processo e, in particolare, da confronto con l'imputato (71).

Non essendo questo il caso, però, la C.edu riconosce la violazione dell'art. 6 comma 1 Cedu, perché la condanna dell'imputato, pronunciata per la prima volta in appello, senza una riassunzione delle vittime, degli imputati o dei testimoni, contrasta con le garanzie del *fair trial*.

Trattandosi, da ultimo, di un'ipotesi nella quale la condanna è maturata all'interno di un processo *unfair*, la strada da seguire consiste nel riaprire il giudizio nazionale o, in alternativa, nell'iniziare un nuovo processo; soluzioni che l'ordinamento moldavo riconosce, ai sensi dell'art. 464 comma 1 del relativo codice di procedura penale.

3. ... *che si iscrive in un filone (alquanto) consolidato*. — È ben nota la giurisprudenza che costantemente la C.edu segue in questa materia: talvolta identificando il *breaking point* con lo statuto convenzionale del processo equo nella violazione del comma 1 dell'art. 6 Cedu (72), talaltra ritrovandolo nel comma 3, lett. *a e b* (73) o lett. *d* (74). In ogni caso, comunque, la riassunzione orale delle prove può seguire alla richiesta di parte o all'iniziativa d'ufficio del giudice (75); quel che conta è giungere, se possibile, alla percezione diretta del contributo cognitivo (76), specie se decisivo, in modo da superare ogni dubbio ragionevole sull'innocenza dell'imputato, già dichiarata in prime cure.

Altrettanto nota può dirsi la posizione assunta dalla nostra corte di cassazione, la cui giurisprudenza ricalca quella di Strasburgo al punto di identificare nella rinnovazione istruttoria in appello una preconditione della decisione di condanna che faccia seguito all'assolu-

(70) Così già C.edu, sez. I, sent. 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia, § 86; C.edu, sez. III, sent. 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, § 33.

(71) È quanto profila Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2016, § 8.6, mettendo nelle mani del giudice d'appello la decisione sull'*an* della riassunzione.

(72) C.edu, sez. III, sent. 19 giugno 2012, Mihai Moldoveanu c. Romania, § 62.

(73) C.edu, sez. IV, sent. 24 luglio 2012, D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria, § 84.

(74) C.edu, sez. II, sent. 18 maggio 2004, Destrehem c. Francia, § 45.

(75) In quest'ultimo senso, C.edu, sez. III, sent. 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, § 26.

(76) C.edu, sez. IV, sent. 4 giugno 2013, Kostecki c. Polonia, § 60. In senso contrario, comunque, C.edu, sez. II, sent. 26 aprile 2016, Kashlev c. Estonia, § 50-51, in cui i giudici di Strasburgo concludono che la rinnovazione istruttoria in seconde cure potrebbe anche non realizzarsi, a patto che esistano « *safeguards against arbitrary or unreasonable assessment of evidence or establishment of the facts* », tra le quali spicca l'onere rafforzato di motivazione (« *that the Court of Appeal followed the requirement of domestic law to provide particularly thorough reasoning for departing from the assessment given to the evidence by the first-instance court, including the indication of mistakes made by it* »). Si sofferma su questa pronuncia M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. pen. cont.*, 18 maggio 2017, p. 5.

zione (77). Se è vero, però, che sulla consistenza della motivazione la nostra corte di legittimità appare assai esigente, sottoponendo al vaglio di un *BARD* “rinforzato” la prima condanna in appello (78), qualche dubbio permane in ordine alla scelta di limitare la rinnovazione alle sole prove decisive per la condanna (79).

La pronuncia che ci occupa non richiama le prove decisive, ma quelle di cui occorra verificare l’attendibilità. Nell’ottica dell’*overturning*, allora, la C.edu sembra estendere il concetto di decisività (80), per fare proprio il criterio della rilevanza, funzionale a saggiare la *trustworthiness* delle fonti, siano esse persone imputate, vittime o testimoni (81). Un’apertura, questa, di cui i giudici nazionali dovranno tenere conto, dal momento che la Convenzione europea vive attraverso le pronunce della Corte di Strasburgo.

Infine, una nota dolente: come risulta dalla sentenza in esame, la Moldavia è dotata di uno strumento processuale calibrato per reagire in modo costruttivo alle condanne provenienti da Strasburgo. Forse anche l’Italia potrebbe superare la compromissoria scelta della Corte costituzionale, che — con la sentenza 113 del 2011 — ha piegato a tale scopo la revisione, per coniare un istituto *ad hoc*. In alternativa, non resta che attendere l’entrata in vigore del Protocollo n. 16 alla Cedu (adottato a Strasburgo il 2 ottobre 2013), che permetterà (art. 1) alle più alte giurisdizioni degli Stati contraenti di « presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli », così limitando il numero di *applications* presentate, in via ordinaria, dopo l’esaurimento delle vie interne di ricorso (art. 35 Cedu).

(77) Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit., § 8.1; Cass., sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2017, con nota di H. BELLUTA-L. LUPÁRIA, *Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?*

(78) Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit., § 7.2.

(79) Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit., § 8.2.

(80) Richiamata invece da C.edu, sez. III, sent. 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, § 31.

(81) In questa direzione M. DANIELE, *Norme procedurali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1702; cfr. H. BELLUTA-L. LUPÁRIA, *Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?*, cit., p. 5.

B) GIUSTIZIA PENALE E UNIONE EUROPEA (*)

SGUARDO D'INSIEME (GENNAIO-FEBBRAIO 2017)
(Silvia Buzzelli - Luca Maserà)

Nel bimestre monitorato la Corte di Lussemburgo si è nuovamente occupata della decisione quadro 2002/584/GAI in tema di mandato d'arresto europeo: con la sentenza C-640/15, Tomas Vilkas del 25 gennaio 2017, la sez. III della Corte interpreta l'art. 23 § 1 della decisione quadro precisando che le autorità incaricate di dare esecuzione a un mandato d'arresto europeo, nei casi di forza maggiore riconosciuta, devono fissare una nuova data di consegna quando i precedenti tentativi di consegna siano falliti a causa della resistenza opposta dal ricercato (per i dettagli, v. *infra*).

Meritano poi una segnalazione altri due provvedimenti con i quali la Corte di Lussemburgo risponde alle domande che vertono su alcune questioni relative alla decisione quadro 2008/909/GAI, del 27 novembre 2008 (in tema di applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI, del 26 febbraio 2009).

Con la sentenza della sez. V, datata 11 gennaio 2017, C-289/15, Jozef Grundza, la Corte di Giustizia esamina gli art. 7 § 3 e 9 § 1 lett. d della decisione quadro 2008/909/GAI (dedicati alla doppia incriminabilità e al motivo di rifiuto di riconoscimento ed esecuzione tratto dall'assenza di doppia incriminabilità) interpretandoli nel seguente modo: “deve ritenersi soddisfatta la condizione della doppia incriminabilità in una fattispecie come quella oggetto del procedimento principale” (cittadino dello Stato di esecuzione condannato nello Stato di emissione per inosservanza di una decisione dell'autorità), “allorché gli elementi di fatto costitutivi del reato, quali risultano dalla sentenza pronunciata dall'autorità competente dello Stato di emissione, sarebbero di per sé perseguibili penalmente anche nello Stato di esecuzione, qualora si fossero verificati nel territorio di quest'ultimo”. In un interessante passaggio della sentenza (§ 36) compare l'invito a rispettare lo spirito della decisione quadro, mantenendo un “approccio flessibile” in grado di favorire la circolazione delle sentenze di condanna all'interno dello spazio giudiziario europeo.

Infine, nella causa Corte giust. UE, sez. V, 25 gennaio 2017, C-582/15, Gerrit van Vemde, viene circoscritto l'ambito applicativo della decisione quadro 2008/909/GAI del 27 novembre 2008. In particolare, i giudici di Lussemburgo delimitano la nozione di “emissione della sentenza definitiva”, analizzando il testo dell'art. 28 (dedicato alle disposizioni transitorie): il § 2, prima frase, di tale articolo “dev'essere interpretato nel senso che esso riguarda solo le sentenze divenute definitive prima della data indicata dallo Stato membro interessato” (va tenuto presente che, al momento dell'adozione della citata decisione quadro, in confor-

(*) A cura di S. BUZZELLI e L. MASERA. *N.d.r.*: i contributi pubblicati nella presente Rassegna non sono stati sottoposti alla procedura di peer review, in conformità alle linee operative per il sistema di revisione pubblicate in calce al fascicolo. La qualità dei contributi stessi è assicurata dalla supervisione scientifica dei curatori della Rassegna.

mità appunto all'art. 28 § 2, i Paesi Bassi hanno dichiarato che “nei casi in cui la sentenza definitiva è stata emessa entro tre anni dalla data di entrata in vigore della decisione quadro, essi continueranno, in qualità di Stato di emissione e di esecuzione, ad applicare gli strumenti giuridici sul trasferimento delle persone condannate vigenti prima della decisione quadro”).

Al di fuori della rassegna giurisprudenziale, continuano i tentativi per giungere alla creazione della Procura europea (Eppo): il Consiglio dell'UE, dopo aver registrato la mancanza di unanimità a sostegno della proposta di regolamento istitutiva della Procura, ipotizza — in un comunicato del 7 febbraio — che si potrà “prendere in considerazione” la strada della “cooperazione rafforzata”.

Esecuzione MAE e fallimento del tentativo di consegna entro i termini per reiterata resistenza opposta dal ricercato: caso di forza maggiore?

(Valeria Francesca Mettica)

SOMMARIO: 1. L'oggetto della pronuncia pregiudiziale. — 2. La vicenda. — 3. Il quesito interpretativo. — 4. Il presupposto dell'impossibilità di procedere: la nozione di "forza maggiore". — 5. Esequibilità del MAE a termini scaduti. — 6. I riverberi interni.

1. *L'oggetto della pronuncia pregiudiziale.* — La Corte di Lussemburgo è stata richiesta di pronunciarsi in via pregiudiziale in ordine alla corretta interpretazione del presupposto di impossibilità di procedere alla consegna di un ricercato sulla base di un mandato d'arresto europeo (MAE), previsto dall'art. 23 della decisione quadro 2002/584/GAI, nonché circa la possibilità di concordare più volte una nuova data di consegna (1), anche a termine scaduto (2).

2. *La vicenda.* — Il sig. Vilkas, destinatario di due mandati di arresto emessi da un giudice lituano, si trova nella disponibilità dell'autorità irlandese che decide per la consegna mediante due ordinanze (9 luglio 2015) della *High Court*. Il 31 luglio 2015, prima della scadenza del termine di dieci giorni, le autorità irlandesi tentano la consegna del ricercato mediante volo di linea. La resistenza opposta dall'interessato vanifica il primo tentativo. La *High Court* fissa un nuovo termine di consegna (ordinanza 6 agosto 2015). Il 13 agosto 2015, rispettando il termine degli ulteriori dieci giorni, le autorità irlandesi cercano nuovamente di consegnare con le medesime modalità, ma il tentativo fallisce ancora per la resistenza dell'interessato e il conseguente rifiuto del pilota di linea di avere a bordo un soggetto violento. Il *Minister of Justice and Equity* irlandese pertanto presenta alla *High Court* istanza per autorizzare un terzo tentativo di consegna, via mare e via terra. Detto giudice si è tuttavia dichiarato incompetente, ordinando la scarcerazione del ricercato. Il *Minister of Justice and Equity* interpone appello e la *Court of Appeal* decide di sospendere il procedimento, sottoponendo la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

3. *Il quesito interpretativo.* — Il giudice del rinvio chiede alla Corte di Lussemburgo se l'art. 23 della decisione quadro debba essere interpretato nel senso che esso osti a che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione e l'autorità giudiziaria emittente del MAE concordino

(1) C. Giust. UE, sez. III, 25 gennaio 2017, C-640/15, Vilkas, i cui paragrafi rilevanti saranno citati nel testo, pubblicata altresì in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2017, con nota di F. MANFREDINI, *Le modalità di esecuzione del mandato d'arresto europeo in caso di resistenza alla consegna da parte del ricercato: la soluzione interpretativa della Corte di Giustizia e alcune brevi riflessioni sulla disciplina nazionale.*

(2) Per quanto riguarda l'ordinamento interno, sulla consegna del ricercato e sulla relativa sospensione del procedimento esecutivo, cfr., tra gli altri, G. IZZOLINO, sub *Art. 23*, in *Mandato di arresto europeo*, a cura di G. Colaiaacovo - G. De Amicis - G. Iuzzolino, in G. Lattanzi - E. Lupo, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, XIII, Milano, 2013, p. 202 ss.; G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, in *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano*, a cura di L. Kalb, Torino, 2012, p. 792 ss.; A. CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, Padova, 2010, p. 355 ss.; S. BUZZELLI, *Il mandato di arresto europeo e le garanzie costituzionali sul piano processuale*, in *Mandato di arresto europeo, dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. Bargis e E. Selvaggi, Torino 2005, p. 204 ss.

una nuova data di consegna in forza del § 3 del citato articolo, qualora la resistenza ripetutamente opposta dal ricercato abbia impedito la consegna dello stesso entro il termine di dieci giorni successivi al primo fallito tentativo.

Dunque, la Corte è chiamata a stabilire se — e in quali circostanze, nel caso di eventuale interpretazione in senso affermativo — il diritto dell'Unione consenta alle autorità di concordare per più di una volta una nuova data di consegna del ricercato, in seguito al verificarsi di una causa di forza maggiore.

La Corte di Giustizia, nell'affrontare la questione, muove dall'analisi testuale dell'art. 23, da interpretarsi tenendo conto anche del contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui fa parte (3). In particolare, la decisione quadro sul MAE, attraverso l'istituzione di un sistema semplificato e più efficace, che prevede termini stringenti da rispettare per gli Stati richiesti, mira ad accelerare e facilitare la cooperazione giudiziaria penale (4).

Più precisamente, l'art. 23 § 3 della decisione quadro stabilisce che l'autorità dell'esecuzione e l'autorità emittente concordino una nuova data qualora la consegna del ricercato entro il termine previsto dal § 2 del medesimo articolo sia impedita da cause di forza maggiore per uno degli Stati membri. In nessun punto della lettera della norma, dunque, si rinviene un limite espresso al numero di date concordabili qualora la consegna del ricercato entro dieci giorni sia impedita da cause di forza maggiore. Del resto, stando alla Corte (§ 33), affermare che l'autorità di esecuzione non possa concordare una nuova data di consegna, quando per due volte la consegna le è stata impedita da cause di forza maggiore, equivarrebbe a sottoporre l'autorità a un obbligo impossibile da adempiere e non contribuirebbe in alcun modo all'obiettivo di accelerare la cooperazione giudiziaria.

Ne consegue che l'art. 23 § 3 deve essere interpretato nel senso che le autorità incaricate di dare esecuzione ad un MAE sono tenute a fissare una nuova data di consegna del ricercato qualora anche il secondo tentativo sia fallito per cause di forza maggiore (§ 39).

Tale conclusione non è messa in discussione neppure dall'obbligo di interpretare la disposizione in combinato disposto con il § 5 del medesimo art. 23 alla luce dell'art. 5 Cedu, che garantisce il diritto fondamentale dell'uomo alla libertà e sicurezza: se infatti l'autorità giudiziaria di esecuzione non è tenuta a rilasciare il ricercato *in vinculis*, quando la consegna dello stesso entro dieci giorni sia resa impossibile da cause di forza maggiore, d'altra parte la liberazione provvisoria rimane possibile in qualsiasi momento conformemente al diritto nazionale, a condizione che siano adottate le misure necessaria a evitare la fuga del ricercato. Spetta dunque all'autorità di esecuzione decidere se trattenere in custodia il ricercato, verificando di volta in volta in concreto il rispetto dell'art. 5 Cedu con riguardo all'eventuale eccessiva durata della custodia, da valutarsi considerando sia la diligenza tenuta dallo Stato nel

(3) In precedenza, cfr. C. Giust. UE, grande sezione, 19 dicembre 2013, C-84/12, Koushkaki, § 34; C. Giust. UE, sez. III, 16 novembre 2016, C-316/15, Hemming e altri, § 27.

(4) Sullo scopo della decisione quadro: C. Giust. UE, grande sezione, 16 luglio 2015, C-237/15, Lanigan, §28, in *questa Rivista*, 2015, p. 2048 s. con *nota redazionale* di S. BUZZELLI; C. Giust. UE, grande sezione, 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15, Aranyosi e Căldăraru, §76, in *questa Rivista*, 2016, p. 1628 s., con *nota redazionale* di S. BUZZELLI e in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2016, con nota di F. CANCELLARO, *La Corte di Giustizia si pronuncia sul rapporto tra mandato di arresto europeo e condizioni di detenzione nello Stato emittente*. In particolare, sulla *ratio* del termine per l'esecuzione del MAE, C. Giust. UE, grande sezione, 16 luglio 2015, C-237/15, Lanigan, cit., § 29 e 33.

procedimento di esecuzione del MAE, sia la condotta del ricercato e l'eventuale contributo della medesima al ritardo del procedimento (§ 38 e 43) (5).

4. *Il presupposto dell'impossibilità di procedere: la nozione di "forza maggiore".* — Affermata la possibilità di concordare più volte una nuova data di consegna, la Corte di Lussemburgo affronta i limiti del presupposto dell'impossibilità di procedere nei dieci giorni, rilevando come un chiarimento a riguardo sia imposto dalla divergenza riscontrabile tra le diverse versioni linguistiche, che non si riferiscono tutte al concetto di forza maggiore (6).

Sul punto, la Corte richiama l'esigenza di un'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione e la necessità di interpretare la disposizione oggetto di dubbio senza considerarla isolatamente, ma *a contrariis* riferendosi alla volontà e allo scopo perseguito, considerando le versioni linguistiche ufficiali (7). I giudici europei sottolineano come i termini impiegati dall'art. 23 § 3 della decisione traggano origine dall'art. 11 § 3 della Convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione (8): la nozione di forza maggiore deve intendersi restrittivamente nel senso di circostanze estranee a colui che le invoca, anormali e imprevedibili, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate malgrado l'adozione di tutte le precauzioni del caso (9) e che abbiano impedito — e non semplicemente reso più difficoltosa — la consegna del ricercato.

In tale contesto, la resistenza del ricercato alla propria consegna, se da un lato può essere validamente considerata circostanza estranea alle autorità interessate e anormale, d'altra parte difficilmente può essere qualificata circostanza imprevedibile, *a fortiori* se reiterata. Va rilevato, inoltre, che le autorità giudiziarie dispongono di mezzi che, nella maggior parte dei casi, consentono di superare la resistenza in questione. Ciò posto, non può però essere del tutto escluso che, a causa di circostanze eccezionali, tale resistenza possa essere oggettivamente imprevedibile. Spetta dunque ai giudici nazionali verificare che l'autorità giudiziaria non poteva prevedere la resistenza e che le relative conseguenze non potevano essere evitate malgrado l'adozione delle necessarie precauzioni (§ 64-65).

5. *Eseguibilità del MAE a termini scaduti.* — In ogni caso, la Corte (§ 71-72) precisa che la mera scadenza dei termini previsti dall'art. 23 non può sottrarre lo Stato membro al suo obbligo di procedere alla consegna. Al fine di non pregiudicare l'obiettivo generale della collaborazione giudiziaria, quindi, le autorità interessate devono concordare una nuova data

(5) Nello stesso senso, C. Giust. UE, grande sezione, 16 luglio 2015, C-237/15, Lanigan, cit., § 54, 58 e 59.

(6) Solo le versioni greca, francese, italiana, portoghese, rumena e finlandese subordinano l'applicazione della regola della fissazione di una nuova data di consegna all'impossibilità di procedere per cause di forza maggiore, mentre altre versioni linguistiche, tra cui quella in lingua inglese cui fa riferimento l'Irlanda, si riferiscono piuttosto a un'impossibilità derivante da « cause che sfuggono al controllo degli Stati membri interessati ».

(7) Cfr. C. Giust. UE, sez. II, 20 novembre 2001, C-268/99, Jany e altri, § 47; C. Giust. UE, sez. III, 19 settembre 2013, C-251/12, Van Buggenhout e Van de Mierop, § 26 e 27.

(8) Convenzione stabilita sulla base dell'art. K.3 del Trattato sull'Unione europea, relativa alla procedura semplificata di estradizione tra gli Stati Membri dell'Unione europea, in *GUCE*, 30 marzo 1995, C78/2.

(9) L'orientamento sul punto è costante: cfr. C. Giust. UE, sez. III, 18 dicembre 2007, C-314/06, Société Pipeline Méditerranée et Rhône, § 23 e 25; C. Giust. UE, sez. IV, 18 marzo 2010, C-218/09, SGS Belgium e altri, § 44-45; C. Giust. UE, sez. VI, 18 luglio 2013, C-99/12, Eurofit, § 31-32.

di consegna. Del resto, l'art. 23 § 5 prevede solo che la scadenza del termine di dieci giorni implichi il rilascio del ricercato, senza conferire altri effetti (10).

6. *I riverberi interni.* — L'art. 23, comma 5, l. 22 aprile 2005, n. 69, attuativa della decisione quadro, introduce espressamente il fatto imputabile al ricercato accanto alla forza maggiore tra i casi di impossibilità di procedere alla consegna. Ebbene, tale aggiunta parrebbe presentare problemi di compatibilità con la normativa così come interpretata dalla Corte nel caso *Vilkas*: la resistenza del ricercato, soprattutto se reiterata, difficilmente può essere considerata causa di impossibilità alla consegna valida per la sospensione dei termini (11).

(10) Nello stesso senso, C. Giust. UE, grande sezione, 16 luglio 2015, C-237/15, *Lanigan*, cit., § 34 ss.

(11) Di diversa opinione F. MANFREDINI, *Le modalità di esecuzione del mandato d'arresto europeo in caso di resistenza*, cit.

C) CORTE PENALE INTERNAZIONALE (*)

Sulla commisurazione della pena per reati contro l'amministrazione della giustizia ai sensi dello statuto della Corte penale internazionale

(Chantal Meloni)

Come già esposto nello scorso fascicolo di questa Rivista, il 19 ottobre 2016 la Corte penale internazionale ha pronunciato la sua prima condanna per reati contro l'amministrazione della giustizia, ex art. 70 Statuto Corte penale internazionale (1). L'ex-vice Presidente Congolese, Jeanne-Pierre Bemba Gombo (Bemba), è stato condannato insieme ad altri quattro individui per avere corrotto diversi testimoni della difesa e avere intenzionalmente presentato prove false nell'ambito del processo davanti alla Corte che vedeva lo stesso Bemba imputato per crimini di guerra commessi dalle forze sotto il suo comando nella Repubblica Centrafricana nel 2002-2003. Tale processo principale si è concluso con la condanna dello stesso Bemba a 18 anni di carcere sulla base della sua responsabilità come comandante ("*command responsibility*") ex art. 28 Statuto Cpi (2).

Al termine del processo per i reati contro l'amministrazione della giustizia, la Camera di primo grado ha ritenuto che Bemba e i suoi coimputati (nel dettaglio si trattava di alcuni membri del collegio difensivo di Bemba, Aimé Kilolo Musamba e Jean-Jacques Mangenda Kabongo, un deputato della Repubblica Democratica del Congo (DRG), Fidèle Babala Wandu, e un testimone della difesa Narcisse Arido) fossero uniti da un piano criminoso comune, volto alla subornazione di 14 testimoni della difesa ed a presentare prove false alla Corte nel processo principale per crimini di guerra contro Bemba stesso. Gli imputati avrebbero sistematicamente cercato di circonvenire le misure messe in atto dalla Corte per garantire l'integrità dei processi e continuato ad interferire con le indagini della procura anche nell'ambito del procedimento per reati contro l'amministrazione della giustizia ex art. 70 dello Statuto. Contestualmente alla sentenza di condanna del 19 ottobre scorso, i giudici decidevano che tutti gli imputati, tranne Bemba, rimanessero in regime di libertà condizionata, in attesa della pronuncia della pena. Bemba rimaneva invece detenuto nel carcere della Corte all'Aia ove sta scontando la pena di 18 anni per crimini di guerra.

Rispetto alla determinazione della pena, lo Statuto della Corte penale internazionale prevede che essa avvenga in una fase successiva alla pronuncia della sentenza di condanna. Una udienza a questo dedicata ("*sentencing hearing*") è stata dunque celebrata tra il 12 e il

(*) A cura di C. MELONI. *N.d.r.: i contributi pubblicati nella presente Rassegna non sono stati sottoposti alla procedura di peer review, in conformità alle linee operative per il sistema di revisione pubblicate in calce al fascicolo. La qualità dei contributi stessi è assicurata dalla supervisione scientifica dei curatori della Rassegna.*

(1) C. pen. intern., camera di prima istanza VII, pres. Schmitt, Procuratore c. Jeanne-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido, 19 ottobre 2016.

(2) Si veda su questa *Rivista*, 2017, n. 1, p. 372.

14 dicembre 2016. Nel corso di tale udienza i giudici hanno ascoltato gli argomenti delle parti e ne hanno ammesso le prove ai fini della sola commisurazione della pena (3).

Ai sensi dell'art. 70 dello Statuto i colpevoli dei reati contro l'amministrazione della giustizia davanti alla Corte dell'Aia possono essere condannati ad una pena fino a cinque anni di detenzione oltre ad una possibile pena pecuniaria. I fattori rilevanti ai fini della commisurazione della pena davanti alla Corte sono stati identificati dai giudici separatamente per ognuno dei cinque condannati. In particolare la Camera ha preso in considerazione: (a) la gravità dei reati alla base delle condanne; (b) la condotta colpevole dei condannati; (c) le circostanze individuali, tra cui le circostanze aggravanti e attenuanti per ciascuno di essi. Tra i fattori presi in esame, il comportamento nel corso del processo, la cooperazione con la Corte, le circostanze familiari, la presenza o meno di precedenti condanne ed altre circostanze personali, sono stati tutti soppesati per ogni condannato. Dopo avere identificato tutti i fattori rilevanti, i giudici hanno proceduto a soppesarli e bilanciarli al fine di commisurare le pene. Come notato dai giudici stessi, la Camera gode di ampia discrezionalità nel determinare la pena, tuttavia limitata da due principi fondamentali, ossia che la pena deve riflettere la colpevolezza individuale del condannato e deve essere proporzionata al reato.

Occorre in proposito notare che non tutti i coimputati sono stati condannati in base allo stesso titolo di responsabilità: Bamba e i suoi difensori, Kilolo e Magenda, sono stati ritenuti colpevoli in qualità di co-autori (*co-perpetrators*) dei reati di corruzione di testimoni e induzione alla falsa testimonianza ai sensi degli art. 70(1) (a), (b) e (c) dello Statuto. Gli altri due imputati, sono stati condannati solo per il reato di corruzione di testimoni, per avere prestato un contributo agevolatore (Babala) e solo in relazione a quattro testimoni della difesa (Arido).

Nel caso di specie le condanne sono state singolarmente determinate per ciascun condannato nel seguente modo:

a) **Jean-Pierre Bamba Gombo** è stato condannato in totale ad un anno di detenzione aggiuntivo (rispetto ai 18 anni già inflitti nel processo principale). I giudici hanno deciso che tale anno debba essere scontato immediatamente al termine della esecuzione della pena in corso. La Corte ha inoltre condannato l'ex Vice Presidente Congolese al pagamento di una pena pecuniaria dell'ammontare di 300.000 euro, da pagarsi entro 3 mesi dalla decisione, il cui importo sarà trasferito al *Trust Fund for Victims* (ossia il fondo per le vittime istituito dagli Stati Parte in collegamento con la Corte). Il giudice Pangalangan ha allegato una opinione concorrente sul punto, in particolare in punto di proporzionalità della pena inflitta a Bamba.

b) **Aimé Kilolo Musamba** è stato invece condannato ad una pena di due anni e sei mesi di detenzione. Il tempo già trascorso in prigione, in regime cautelare, di circa un anno, è stato dedotto ai fini della esecuzione della pena nei suoi confronti: l'esecuzione della porzione rimanente di pena detentiva è stata sospesa per un periodo di tre anni, trascorsi i quali la pena non dovrà essere eseguita se le seguenti condizioni saranno verificate: (i) che il condannato paghi la pena pecuniaria imposta contestualmente dai giudici (30.000 euro da pagarsi entro tre mesi dalla decisione); (ii) che il condannato non commetta alcun reato punibile con la detenzione, inclusi reati contro l'amministrazione della giustizia.

c) **Jean-Jacques Mangenda Kabongo** è stato condannato ad un totale di 2 anni di detenzione. Come nel caso precedente. Il tempo già trascorso in prigione, in regime cautelare, di circa un anno, è stato dedotto ai fini della esecuzione della pena nei suoi confronti:

(3) C. pen. intern., camera di prima istanza VII, pres. Schmitt, Procuratore c. Jeanne-Pierre Bamba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido, Decisione sulla pena ai sensi dell'articolo 76 dello Statuto, 22 marzo 2017.

l'esecuzione della porzione rimanente di pena detentiva è stata sospesa per un periodo di tre anni, trascorsi i quali la pena non dovrà essere eseguita a patto che il condannato non commetta alcun reato punibile con la detenzione, inclusi reati contro l'amministrazione della giustizia.

d) **Narcisse Arido** é stato condannato ad un totale di 11 mesi di detenzione. Avendo il condannato già scontato altrettanti mesi in regime di custodia cautelare, i giudici, scomputato tale periodo dalla pena inflitta, ne hanno ordinato la liberazione definitiva, considerando la pena eseguita.

e) **Fidèle Babala Wandu** é stato condannato ad un totale di sei mesi di detenzione. Avendo il condannato già scontato circa un anno in regime di custodia cautelare, i giudici ne hanno ordinato la liberazione definitiva, considerando la pena eseguita.