

Ar2

Consuelo Quattrocchi

**Le misure provvisorie secondo la CEDU
e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo**

Prefazione di
Fabrizio Lobasso





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it

info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXIX

Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it

info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20

00020 Canterano (RM)

(06) 45551463

ISBN 978-88-255-2297-6

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: marzo 2019

A Lucia Elena e Lucrezia Rita

Indice

II *Prefazione*
di Fabrizio Lobasso

13 *Introduzione*

Parte I Il sistema cautelare

19 *Capitolo I*
Considerazioni generali

1.1. *Le fonti normative: il silenzio della CEDU e l'art. 39 del Regolamento della Corte*, 19.

21 *Capitolo II*
Le misure provvisorie nel sistema di protezione dei diritti umani

2.1. *La tutela cautelare nei sistemi di protezione internazionale dei diritti umani: considerazioni generali*, 21 – 2.1.1. *Le origini storiche delle misure provvisorie*, 21 – 2.1.2. *Il sistema interamericano*, 23 – 2.1.3. *Il sistema africano*, 28 – 2.1.4. *La Corte Internazionale di Giustizia*, 30 – 2.2. *Il contenuto delle misure provvisorie*, 32 – 2.2.1. *I requisiti delle misure provvisorie*, 34 – 2.2.1.1. *La giurisprudenza*, 35 – 2.2.1.2. *Le scelte operate dalla Corte: la protezione efficace dei diritti fondamentali e l'adozione dell'art. 39*, 36 – 2.2.1.3. *Una soluzione apparentemente criticabile ma garantista: la corrispondenza fra l'inosservanza di misure provvisorie e la violazione dell'art. 34 della Convenzione alla luce della giurisprudenza*, 37 – 2.2.1.4. *(segue) Analisi della giurisprudenza e questioni emergenti*, 39.

41 *Capitolo III*
La questione dell'ambito di applicazione delle misure provvisorie

3.1. *La questione dell'ambito di applicazione delle misure provvisorie*, 41 – 3.1.1. *Aspetti generali*, 41 – 3.1.2. *L'interpretazione evolutiva dell'art. 3 nell'ambito della tutela cautelare*, 43 – 3.1.3. *L'applicazione della tutela cautelare ai diritti economici sociali e culturali alla luce della giurisprudenza*, 44 – 3.1.3.1. *La tutela cautelare e la questione della violenza sessuale e dello sfruttamento della prostituzione*, 46 – 3.1.3.2. *Gli articoli 2 e 3 e i casi di rischio di condanna a morte e di violazione del diritto ad un processo equo*, 46 – 3.1.3.3. *L'art. 3 e la tutela di donne e minori dalla violenza domestica*, 47 – 3.1.4. *Misure cautelari e tutela dell'art. 8 della Convenzione*, 48 –

3.1.5. *Adozione atipica di misure provvisorie*, 49 – 3.1.6. *L'adozione di misure provvisorie quale strumento di tutela di una popolazione civile*, 49 – 3.1.7. *Osservazioni e prospettive future*, 50.

51 **Capitolo IV** *I presupposti per la concessione delle misure cautelari*

4.1. *Caratteri generali*, 51 – 4.2. *Il fumus*, 52 – 4.2.1. *Ricostruzione del fumus*, 52 – 4.2.1.1. *Rilevanza della questione anche per i casi non relativi ad espulsioni o estradizioni*, 54 – 4.3. *Il periculum in mora e il requisito dell'urgenza*, 55 – 4.3.1. *Precisazioni terminologiche*, 55 – 4.3.1.1. *Nozione di "misure d'urgenza"*, 55 – 4.3.1.2. *L'urgenza e il previo esaurimento delle vie di ricorso interne*, 55 – 4.3.2. *Il danno. Caratteri specifici*, 57 – 4.3.2.1. *Natura cumulativa dei caratteri di gravità e irreparabilità del danno*, 57 – 4.3.3. *Considerazioni relative alle questioni poste dalla ricostruzione dei presupposti*, 59.

Parte II

Ricorrere a Strasburgo per l'adozione di misure provvisorie: Dalla teoria alla pratica

63 **Capitolo I** *Ricorrere a Strasburgo per l'adozione di misure provvisorie: Dalla teoria alla pratica*

1.1. *Introduzione*, 63 – 1.1.1. *Necessità di un modello di riferimento*, 64 – 1.2. *Informazioni di natura pratica*, 65 – 1.2.1. *Cose da fare e presupposti indispensabili*, 65 – 1.2.2. *L'esame preliminare e le misure provvisorie: cenni introduttivi*, 67 – 1.2.2.1. *Le tappe della procedura: elementi di informazione di natura pratica*, 67 – 1.2.2.2. *Informazioni complementari per i ricorrenti che introducono un ricorso contro l'Italia*, 74 – 1.3. *Possibilità future di richiesta di adozione di misure provvisorie in materia di lavoro: il lavoratore gravemente malato a cui non venga accordato un trattamento pensionistico anticipato. Gli articoli 2, 3 e 8 della Convenzione e i diritti economici, sociali e culturali nell'ambito di applicazione della materia cautelare: scontro o incontro?*, 79 – 1.3.1. *I potenziali ricorrenti*, 81 – 1.3.2. *I possibili diritti da invocare e la questione dell'ambito di applicazione*, 82 – 1.3.2.1. *La normativa vigente in tema di amianto*, 83 – 1.3.2.2. *Corte di Cassazione, IV^a sez. pen., 08.05.2014, n. 18933: la sentenza che "blinda" la presentazione di ricorso ex art. 39 in materia di amianto*, 86 – 1.3.3. *Termini e motivazioni delle procedure*, 87 – 1.3.4. *Le violazioni invocabili*, 88 – 1.3.4.1. *L'art. 2: il diritto alla vita (e alla salute)*, 88 – 1.3.4.2. *L'art. 3: Divieto della tortura*, 89 – 1.3.4.3. *L'art. 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, 90 – 1.3.5. *La potenziale inosservanza delle misure provvisorie da parte dello Stato e la giustificata invocazione di violazione dell'art. 34 della Convenzione da parte della Corte*, 91 – 1.3.6. *Conclusioni*, 92.

Parte III

Rivisitazione della questione dell'autorità delle misure provvisorie

97 Capitolo I

Rivisitazione della questione dell'autorità delle misure provvisorie

I.1. Questioni introduttive, 97 – I.2. L'autorità delle misure provvisorie, 98 – I.2.1. *Impostazione del problema*, 98 – I.2.1.1. *Excursus giurisprudenziale sull'affermazione del carattere di obbligatorietà*, 98 – I.2.2. *Controllo del rispetto delle misure provvisorie indicate dalla Corte: considerazioni introduttive*, 107 – I.2.2.1. *Osservazioni generali sul ruolo del Comitato dei Ministri*, 108 – I.2.2.2. *Il ruolo degli altri organi*, 109 – I.2.3. *Le iniziative a favore dell'affermazione del carattere di obbligatorietà delle misure provvisorie: gli sviluppi più recenti.*, 110 – I.2.3.1. *Le Conferenze di Interlaken ed Izmir*, 110 – I.3. Le motivazioni: una questione aperta, 112 – I.4. L'obbligatorietà e il potenziale ruolo delle sentenze della Corte, 114 – I.5. L'importanza dell'elaborazione di un Protocollo sulle misure provvisorie, 115 – I.6. Postulazione della creazione di un sistema specializzato nella valutazione ed eventuale concessione di misure provvisorie: la Sezione specializzata generale e le sotto-sezioni., 115.

117 *Conclusioni*

129 *Documentazione*

185 *Bibliografia*

225 *Ringraziamenti*

Prefazione

Fabrizio LOBASSO*

Il processo di riconoscimento e di tutela dei diritti umani, lungi dall'essere approdato al suo stadio ultimo, non è rappresentabile come un percorso lineare, scevro di ostacoli ed antagonismi, al contrario, esso è stato ed è ancora definibile come frastagliato, spesso cauto, pieno di battute d'arresto e successive riprese. Un grande apparato di protezione (nelle dimensioni sostanziali e procedurali) in continuo divenire, partecipe della natura di diritto vivente tipica del diritto internazionale, attento alle contingenze storiche e ai modelli sociali e culturali delle varie anime della comunità.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, strumento di primaria importanza nella difesa dei diritti fondamentali, adottata in seno al Consiglio d'Europa, è emblematica di come la condivisione di valori, il comune senso di appartenenza ad una determinata dimensione territoriale e culturale, oltre che le reciproche influenze tra sistemi giuridici, abbiano contribuito a creare una forte dimensione interculturale europea, che si esprime anche e soprattutto nell'ambito normativo. Ancora di più, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è motore fondamentale di questa evoluzione, impegnata in un incessante sforzo interpretativo, sia per la salvaguardia dei diritti generalmente riconosciuti, sia per l'affermazione di quelli di nuova formulazione, che spesso trovano diffidenza e negazione nei singoli ordinamenti, ma che grazie al canale della Corte riescono ad assurgere a livello di diritto europeo, accettato e condiviso.

Il lavoro di Consuelo Quattrocchi si propone di analizzare proprio un nuovo approccio della Corte nella protezione dei diritti umani, nello specifico l'utilizzo sempre più frequente di strumenti processuali, quali le misure provvisorie, in passato solo timidamente e prudentemente applicate (e riservate quasi esclusivamente alla protezione di determinati diritti fondamentali), per tutelare i ricorrenti dai possibili gravi ed irreparabili danni che potrebbero soffrire nelle more del procedimento, oltre che per assicurare la concreta utilità ed efficacia di quanto statuito dalla Corte con le proprie pronunce.

Le misure cautelari diventano, così, strumenti essenziali per la protezione effettiva dei diritti umani e potrebbero trovare sempre più incidente applicazione in situazioni "altre" rispetto a quelle cui sono tipicamente

* Ambasciatore d'Italia in Sudan.

associate (pensiamo, ad esempio, al divieto di espulsione se vi è il rischio concreto per il ricorrente di subire torture o di essere sottoposto alla pena capitale), segnatamente, secondo l'autrice, la tutela dei diritti del lavoratore.

Tale ricostruzione, a parere di chi scrive, potrebbe trovare favorevole accoglimento e possibile condivisione in dottrina, come anche nella futura giurisprudenza, proprio perché in armonia con questa tendenza interpretativa di tipo estensivo e a vocazione garantista mostrata dalla Corte EDU.

Introduzione

Ragioni, oggetto e scopo della ricerca

La tutela cautelare e la protezione dei diritti umani

Nel Rapporto annuale del 2011¹ il Presidente della Corte ha dichiarato che: «grazie all'applicazione dell'art. 39 si è potuta proteggere l'integrità fisica, la libertà e persino la vita di molti soggetti vulnerabili».

Questa frase è emblematica dell'importanza assunta dall'adozione di misure provvisorie nell'ambito della tutela dei diritti umani.

Il problema dell'esponentiale aumento nel numero di richieste di tali provvedimenti introdotti davanti alla Corte di Strasburgo rischia di mettere a repentaglio il corretto adempimento della loro funzione facendo propendere per una necessaria e profonda riforma del sistema. Le modifiche recentemente adottate² non sembrano, però, idonee a mutare in modo sostanziale la situazione motivo per il quale si tenterà di dar vita alla formulazione di una serie di proposte che si spera possano essere più concretamente incidenti nella risoluzione di tali problematiche.

Lo iato temporale tra il momento in cui si crea la potenziale o eventuale violazione di un diritto e quello in cui se ne ha la possibile garanzia tende ad essere in questo preciso contesto fondamentale. In modo particolare, diventa concreto il rischio che la presunta vittima³ abbia a subire, per effetto del decorrere del tempo, danni gravi e irreparabili. Un temperamento a questa situazione è svolto proprio dalla tutela cautelare, prevista dal Regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo all'art. 39, che permette alla Camera o, se del caso, al suo presidente, su istanza di parte o dei terzi interessati oppure d'ufficio, di indicare le misure cautelari che ritiene debbano essere adottate nell'interesse delle parti o della corretta conduzione del procedimento. Questo tipo di tutela tende ad evitare che il tempo necessario ad accertare la potenziale o avvenuta violazione comporti un danno

1. Corte europea dei Diritti dell'Uomo, *Annual Report 2011*, Registro della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Strasburgo, 2012.

2. Dichiarazione di Interlaken, 19.02.2010.

3. Cfr. VAN DIJK, VAN HOOFF (ed.), *Theory and Practice*, p. 54 ss.; ROGEE, *The "Victim" Requirement in Article 25 of the European Convention on Human Rights*, in MATSCHER, PETZOLD (ed.), *Protecting Human Rights*, p. 539 ss.; DELVAUX, *The notion of Victim under Article 25 of the European Convention on Human Rights*, in AIER (ed.), *Protection of Human Rights in Europe: Limits and Effects*, Heidelberg, 1982, p. 31 ss.

irreparabile per la parte che adisce la Corte⁴, tale da rendere inutile, in tutto o in parte, la tutela stessa.

L'adozione di misure cautelari può avvenire «nell'interesse delle parti o del corretto svolgimento del procedimento». La loro concessione costituisce il risultato di un *iter* speciale volto ad accertare l'esistenza dei presupposti essenziali e finalizzato ad evitare che si produca nei confronti della parte istante un danno cui non si possa porre rimedio.

Gli aspetti caratterizzanti le misure in questione possono essere ricavati dallo stesso art. 39 del Regolamento della Corte. Tali caratteri, deducibili dalla norma ed, in larga parte, intrinseci alla natura stessa della tutela cautelare avranno, come si vedrà, una rilevanza essenziale nella ricostruzione dell'istituto. Essi permettono, infatti, di risolvere una serie di questioni interpretative relative a vari aspetti della procedura e all'oggetto delle misure cautelari.

L'essenzialità della tutela cautelare nel garantire la protezione dei diritti umani fa ben comprendere l'importanza di ricostruire la disciplina di tale istituto nell'ambito della CEDU e della Corte di Strasburgo cosa questa che deve muovere dalla giurisprudenza in materia, ma che non può limitarsi ad una rassegna di essa.

In particolare, si intende verificare quali siano le soluzioni preferibili alla luce delle disposizioni normative e della *ratio* dell'istituto a cui si collegano altrettanto dibattute questioni quali per esempio l'obbligatorietà delle misure provvisorie e il problema relativo alla loro motivazione. Appare utile in tal senso prendere in alcuni punti le distanze dalla giurisprudenza ove questa sembri discostarsi, in tutto o in parte, nell'applicazione delle norme, dai canoni ermeneutici accolti e soprattutto dalla *ratio* dell'istituto.

Va sottolineato lo sviluppo e la rilevanza che la tutela cautelare dovrebbe assumere nel sistema di Strasburgo di tutela dei diritti umani come anche la *ratio* dell'adozione di misure cautelari nel diritto della Corte che sembra perseguire principalmente la protezione di determinati diritti.

Nel presente lavoro si prenderanno in considerazione soprattutto le norme che disciplinano il procedimento cautelare. Tale analisi si considera prodromica alla ricostruzione dei presupposti determinanti l'adozione delle misure cautelari a cui concorre nella configurazione della tutela l'art. 39 del Regolamento della Corte. Verranno analizzati quindi i presupposti di fatto e di diritto che ne giustificano la concessione e in proposito si offriranno spunti ricostruttivi delle nozioni di *fumus* e di urgenza.

Si dedicherà poi un capitolo alla questione della presentazione "pratica" di un'istanza di misure provvisorie dinanzi alla Corte.

4. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1936, I, p. 147: «La necessità di servirsi del processo non deve tornare a danno di chi ha ragione».

Da ultimo si analizzeranno gli aspetti riguardanti una delle problematiche più dibattute dalla dottrina ossia l'autorità delle misure provvisorie.

I risultati a cui si giungerà permetteranno di operare una valutazione sulla reale rispondenza della giurisprudenza prevalente sia al dettato normativo sia, soprattutto, ai criteri fondamentali di rispetto dei diritti umani.

Il corretto funzionamento del sistema cautelare è, a dir poco, necessario ed essenziale. Il suo fallimento, infatti, non nuoce solo alla parte che si suole definire come presunta o potenziale vittima ma anche alla credibilità dell'ordinamento e degli strumenti di tutela che si pongono a protezione dei diritti umani.

PARTE I

IL SISTEMA CAUTELARE

Considerazioni generali

SOMMARIO: 1.1. *Le fonti normative: il silenzio della CEDU e l'art. 39 del Regolamento della Corte*, 19.

1.1. *Le fonti normative: il silenzio della CEDU e l'art. 39 del Regolamento della Corte*

Prima di entrare nel cuore della questione sono opportune delle precisazioni di carattere terminologico.

Poiché nell'ambito delle giurisdizioni di protezione dei diritti umani¹ le espressioni “misure cautelari”, “misure provvisorie” vengono utilizzate in maniera equivalente si ritiene opportuno mantenersi fedeli a tale “duplicità” semantica.

D'altronde ciò che qui è interessante rilevare è che entrambi i termini sintetizzano un unico concetto procedurale e cioè quello di «provvedimenti aventi come esigenza tipica quella di affrontare temporaneamente una situazione di urgenza ed evitare un danno irreparabile in attesa di una decisione definitiva»².

In relazione ai diritti che si intende trattare la tutela cautelare riveste un ruolo di fondamentale importanza.

La ricostruzione giurisprudenziale che verrà condotta nei successivi paragrafi tenderà a dimostrare proprio questo avvalorata anche dalla scelta arbitraria operata dai giudici di Strasburgo. La pesante assenza di una norma convenzionale³ in termini di provvedimenti provvisori è stata infatti colmata dalla Corte attraverso l'adozione dell'articolo 39.

La portata di tale disposizione, di cui per chiarezza di esposizione si riporta il testo, risulta essere di enorme importanza relativamente alla comprensione della materia.

1. RIETER, *Preventing Irreparable harm. Provisional Measures in International Human Rights Adjudication*, Antwerp, 2010, p. XXIX.

2. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6 ed., Paris, 2004, nota 33, p. 577.

3. La CEDU non presenta alcuna norma in tal senso a differenza di altri strumenti come per esempio la Convenzione Americana sui Diritti Umani, art. 63 par. 2.

- a) La Camera o, se del caso, il suo presidente può, su istanza di parte o dei terzi interessati oppure d'ufficio, indicare alle parti le misure cautelari che ritiene debbano essere adottate nell'interesse delle parti o della corretta conduzione del procedimento.
- b) Il Comitato dei Ministri ne è informato.
- c) La Camera può invitare le parti a informarla di ogni questione relativa all'attuazione delle misure cautelari da essa indicate.

Dalla lettura dell'art. 39 si evince che, le misure provvisorie sono caratterizzate da una duplice finalità e che esse possono essere indicate su istanza di parte oppure d'ufficio.

Relativamente alla prima questione si tende a credere che ci si possa aprire a delle prospettive nuove rispetto a quelle che hanno fino ad ora considerato il prevalere costante della "corretta conduzione del procedimento" su "l'interesse delle parti".

Riguardo invece alla modalità di indicazione delle misure provvisorie è bene precisare che, nonostante si ricorra più frequentemente all'istanza di parte non sono comunque mancati casi in cui l'adozione di provvedimenti cautelari sia avvenuta "d'ufficio".

Da ultimo, si ritiene utile soffermarsi sul concetto di "Parti" presente nel III comma dell'art. 39. Il termine tende ad essere utilizzato per indicare «chiunque sia destinatario di un provvedimento provvisorio». Analizzando tale ambito sarà possibile rintracciare alcuni casi eccezionali in cui destinatario della misura provvisoria è stato l'individuo e non lo Stato.