



**Università
degli Studi
di Ferrara**

DOTTORATO DI RICERCA IN
Diritto dell'Unione Europea e Ordinamenti Nazionali

36° Ciclo

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Giovanni De Cristofaro

**GLI OBBLIGHI DI TUTELA PENALE NELLA
CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

**PROSPETTIVE EVOLUTIVE NEL CONTESTO DELLE ATTIVITÀ A
RISCHIO BASE LECITO**

Settore scientifico disciplinare IUS/17

Dottorando: Dott. Gianmarco Bondi

Tutor: Chiar.mo Prof. Donato Castronuovo

Anni 2020/2023

Alla cara memoria di mia zia, Federica Bondi

«Si può e amar troppo la virtù, e comportarsi smodatamente in un'azione giusta»
Michel de Montaigne, 1580

INDICE

Introduzione: i piani dell'indagine.....	7
--	---

CAPITOLO I

ORIGINI E CATEGORIE DEGLI OBBLIGHI DI TUTELA PENALE

1. Le fondamenta: la giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca.....	11
2. I primi passi... e il contesto attuale. Le due dicotomie	15

CAPITOLO II

GLI OBBLIGHI POSITIVI DI TUTELA PENALE DERIVANTI DAI CORE RIGHTS

1. Gli obblighi di protezione del diritto alla vita e alla incolumità individuale.....	19
1.1. ... Dai pericoli per persone determinate (di violenza domestica).....	20
1.2. ... Dai pericoli per la generalità dei consociati (di uso delle armi)	32
2. L'art. 2 CEDU e le scriminanti. La disciplina delle operazioni di polizia	38
2.1. Gli artt. 52 e 53 c.p. nel prisma dell'art. 2 par. 2 CEDU	52
3. Gli obblighi di protezione dalla tortura e dai trattamenti inumani o degradanti (<i>Rinvio</i>)	64
4. Gli obblighi di incriminazione della tortura perpetrata da soggetti pubblici e privati.....	71
4.1. La <i>quaestio</i> della identità della tortura statale	83
4.2. La tenuta dell'art. 613 <i>bis</i> c.p. rispetto agli obblighi positivi	93
5. L'art. 3 CEDU e le scriminanti. I nodi della <i>marital immunity</i> e del <i>reasonable chastisement</i>	96
6. Gli obblighi di incriminazione della schiavitù e del lavoro forzato e delle forme che assumono nella contemporaneità.....	104
6.1. Esiste un vuoto di tutela in Italia quanto al lavoro forzato?.....	116
7. Gli obblighi di incriminazione delle violazioni della vita privata. I reati a sfondo sessuale	121

CAPITOLO III

GLI OBBLIGHI POSITIVI DI TUTELA PENALE NELL'AMBITO DELLE ATTIVITÀ A RISCHIO BASE LECITO

1. Il dovere di punire al cospetto delle aree di rischio consentito.....	135
2. Il <i>right to environment</i> e la preferenza per il diritto alla vita privata	137
3. I disastri come laboratorio dell'art. 2 CEDU nelle dinamiche etiologiche complesse.....	150
4. L'esposizione a sostanze tossiche e le leggi scientifiche tra protezione del diritto alla vita e del diritto alla vita privata <i>intra-</i> ed <i>extra-</i> contesti lavorativi.....	158
4.1. Il buio scientifico, la CEDU e il principio di precauzione.....	163

5. I disastri come matrice non solo di criteri di accertamento della causalità ma anche della colpa.....	170
6. La compiuta definizione del limite soggettivo della tutela penale: la circolazione su strada.....	182
7. La <i>recklessness</i> (e la <i>mise en danger</i>) quale requisito soggettivo minimo per determinare l'insorgenza di obblighi positivi.....	192
8. Il limite soggettivo colposo e la sua dimensione sistemica	197
9. (<i>Segue</i>) E le sue possibili ripercussioni <i>de lege lata</i> e <i>de lege ferenda</i>	198
10. La natura ancipite della colpa medica	202
10.1. L'intervento equilibratore in ottica CEDU della Corte di Cassazione sulla responsabilità medico-sanitaria	213

CAPITOLO IV

GLI OBBLIGHI NEGATIVI DI TUTELA PENALE

1. L'esercizio delle libertà fondamentali come argine al diritto penale	219
2. Il divieto di punire il godimento del diritto alla vita privata e l'esercizio delle libertà di pensiero e di riunione	221
3. L'archetipo del <i>chilling effect</i>	233
4. Il divieto di punire l'esercizio della libertà di espressione	236
4.1. La illegittimità costituzionale della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa commessa dal giornalista	244
4.2. Gli ulteriori profili di contrasto con gli obblighi negativi derivanti dall'art. 10 CEDU	256
 Conclusioni: le funzioni di scudo e di spada dei diritti umani.....	 263
 Bibliografia	 273

Introduzione: i piani dell'indagine

Gli obblighi di tutela penale sono come noto uno dei temi di elezione nello studio del diritto penale e uno di quelli ove sono state nel tempo elaborate raffinate ricostruzioni sulla teoria del reato.

In questo ambito, un ruolo di progressivamente sempre maggiore rilevanza è stato assunto dal dovere di punire proveniente dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Le *positive obligations* appaiono infatti quale complemento necessario dell'analisi giuspenalistica, attraversando incisivamente e diametralmente l'*an* e il *quomodo* della sanzione penale.

È appena il caso di ricordare, in proposito, che gli obblighi di tutela penale sono distinguibili tra *positivi* (di previsione di certe condotte quali fattispecie di reato) e *negativi* (di astensione dal criminalizzare determinate pratiche) oppure tra *sostanziali* (riferiti all'adeguatezza del quadro normativo di diritto penale) e *procedurali* (relativi alla idoneità di indagini e processi svolti dalle autorità inquirenti e giudicanti "in risposta" a una violazione della CEDU).

Questo elaborato si propone di realizzare un affresco della teorica degli obblighi positivi e negativi di tutela penale e dei suoi riflessi sull'ordinamento penale italiano, ponendo l'accento sulle quelli attinenti alle aree di rischio base lecito.

Siffatto campo di osservazione comporta delle scelte di tipo contenutistico. Soprattutto, l'attenzione sarà concentrata sugli aspetti riguardanti il diritto penale sostanziale.

Dunque, non troveranno spazio (se non in guisa di necessari cenni) quelle statuizioni nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo precipuamente afferenti alla procedura penale, riguardanti cioè le fasi delle indagini preliminari, del processo e della esecuzione penale.

Cionondimeno, come si avrà modo di constatare, la Corte EDU pur formalmente riportandole negli obblighi procedurali, compie delle valutazioni sulle iniziative assunte dalle autorità statali propriamente riconducibili al diritto penale sostanziale.

Per esempio, la contrarietà talvolta espressa dai giudici di Strasburgo rispetto all'applicazione di cause di esclusione della punibilità, benché tecnicamente trovi collocazione tra gli obblighi procedurali (perché concernente un processo celebrato successivamente a una inosservanza della Convenzione EDU) impatta frontalmente sulla disciplina di parte generale dell'ordinamento interno (in quanto afferente alla interpretazione del singolo istituto ritenuta compatibile con la CEDU).

La preferenza in termini di approfondimento dottrinale accordata agli obblighi positivi è motivata dalla loro incomprimibile problematicità e, per l'effetto, dalla esigenza di un'attenta ponderazione della loro incidenza sul sistema penale.

Da un lato, occorre interrogarsi su quali siano le ragioni e, in parallelo, quali le conseguenze dello svilupparsi e dell'affermarsi di tale indirizzo nella Convenzione EDU.

Dall'altro, si rende necessario misurare il grado di influenza che tale approccio ha rispetto tanto alla parte generale quanto a quella speciale del diritto penale.

Pertanto, essendo questo il focus dell'elaborato, è opportuno sin d'ora evidenziare che verranno lasciate da parte talune *positive obligations*, che, seppur numerose e significative, tuttavia non sono pertinenti al perimetro di investigazione.

Non si guarderà, segnatamente, né a quelle estranee al diritto penale, come quelle promananti dai diritti sociali (ad esempio, l'assicurazione del diritto alla salute) né a quelle che, pur riguardando il diritto penale, non si traducono in un dovere di "attivare" (o "disattivare") il suo uso (esemplificativamente, la garanzia di uno spazio vitale minimo per i detenuti nelle celle).

Ancora, non si rinverrà nel testo il riferimento a quelle a carattere "indiretto", come, indicativamente, l'assenso delle autorità giudiziarie a richieste di estradizione provenienti da Stati esteri per l'esecuzione di condanne a pene contrarie alla CEDU (si pensi a quelle corporali), poiché prive di un immediato influsso su disposizioni del codice penale e delle leggi speciali.

Ulteriormente, verranno per quanto possibile tralasciati i temi c.d. sensibili, come, *inter alia*, la disciplina penale del fine-vita, in quanto non destinatari di obblighi di incriminazione, essendo infatti riconosciuto ai Paesi Parte un notevole margine di apprezzamento in tema.

Venendo quindi alla struttura del lavoro di ricerca, essa può essere illustrata dal seguente itinerario concettuale.

In primo luogo, saranno sondate le origini storiche degli obblighi positivi di tutela penale (rintracciabili nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco degli anni '70) e i fattori costitutivi degli stessi, con particolare riferimento a due tradizionali dicotomie: obblighi positivi/negativi e obblighi sostanziali/procedurali.

In secondo luogo, si tratteggeranno quelli derivanti dai *core rights*, consacrati agli artt. 2, 3 e 4 CEDU, oltre all'art. 8 CEDU, a mezzo dello studio di sotto-temi riferiti a ciascuna disposizione, sempre tenendo a mente la compatibilità con le relative statuizioni assicurata dal nostro ordinamento penale.

In specie, saranno menzionati: gli obblighi di protezione di persone determinate (in relazione alla violenza domestica) e della generalità dei consociati (riguardo all'uso delle armi) nonché

le scriminanti nelle operazioni di polizia e i limiti agli artt. 52 e 53 c.p. (art. 2 CEDU); gli obblighi di incriminazione della tortura c.d. pubblica e c.d. privata e la risposta dell'art. 613 bis c.p. offerta dall'ordinamento italiano, oltre all'ammissibilità di cause di giustificazione di *common law* come la *marital immunity* e il *reasonable chastisement* (art. 3 CEDU); gli obblighi di incriminazione della schiavitù e del lavoro forzato e delle loro forme contemporanee (art. 4 CEDU); e infine gli obblighi di incriminazione delle violazioni della vita privata con riferimento ai reati a sfondo sessuale (art. 8 CEDU).

In terzo luogo, si proporrà uno studio su uno degli ambiti di più significativa evoluzione delle *positive obligations*, benché ancora meno indagato, cioè quello delle *attività a rischio base lecito*.

In questo contesto della responsabilità penale, si esaminerà il dovere di punire rispetto: per un verso, all'accertamento del nesso di causalità nei casi di incertezza scientifica, ragionando su diritto all'ambiente, delitti di disastro ed esposizione a sostanze tossiche nel contesto lavorativo e al suo esterno; e, per altro verso, alle violazioni caratterizzate dalla colpa, tentando di individuare quale sia il limite minimo di rimproverabilità soggettiva preteso nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, attraverso l'analisi della casistica concernente sempre le fattispecie di reato riguardanti i disastri e, ulteriormente, i settori specifici della circolazione su strada e dell'attività medico-sanitaria.

Esaurita la disanima degli obblighi positivi di tutela penale, si volgerà lo sguardo, per ragioni di completezza, a quelli negativi.

Questi ultimi verranno presentati non tanto nel loro significato di dovere di astensione dall'adozione di una misura statale contraria alla Convenzione EDU, quanto piuttosto in quello di decriminalizzazione di certi fenomeni.

In questo versante, verranno contemplati in specie il diritto alla vita privata e altresì le libertà di pensiero e di riunione.

Sarà poi scandagliata la nozione di *chilling effect*, che assume un valore archetipico rispetto alle *negative obligations in criminal law*. In proposito, si riserverà un'attenzione speciale alla libertà di espressione, atteso il rilievo dei pronunciamenti della Corte EDU per i delitti tutelanti il bene giuridico dell'onore.

Alla fine del percorso di indagine, si potranno così rassegnare brevi osservazioni conclusive.

CAPITOLO I

ORIGINI E CATEGORIE DEGLI OBBLIGHI DI TUTELA PENALE

SOMMARIO: 1. Le fondamenta: la giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca. – 2. I primi passi... e il contesto attuale. Le due dicotomie.

1. Le fondamenta: la giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca

L'avvento degli obblighi positivi¹, e in specie di quelli di tutela penale², derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è sicuramente debitore della giurisprudenza del

¹ Tra gli altri, v. V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. Within and Beyond Boundaries*, Oxford, 2023; V. ZAGREBELSKY, *L'applicabilità della convenzione*, in V. ZAGREBELSKY – R. CHENAL – L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, p. 131 e ss.; D.J. HARRIS – M. O'BOYLE – E.P. BATES – C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2018, p. 24 e ss.; L. LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State. Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2016; D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, New York, 2012; e A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004.

² *Inter alia*, v. L. LAVRYSEN – N. MAVRONICOLA (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, 2020; V. MANES, *Alcune chiavi di lettura del sistema convenzionale di tutela dei diritti umani e della giurisprudenza della Corte EDU*, in V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, p. 167 e ss.; V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Arch. pen.*, n. 3/2020, p. 1 e ss.; V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in V. MANES – V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, p. 532 e ss.; M. PINTO, *Awakening the Leviathan through Human Rights Law – How Human Rights Bodies Trigger the Application of Criminal Law*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, n. 2/2018, p. 170 e ss.; K. KAMBER, *Prosecuting Human Rights Offences*, Leiden, 2017, p. 217 e ss.; A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford, 2013, p. 196 e ss.; S. MANACORDA, *“Dovere di punire”?* *Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2012, p. 1364 e ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 114 e ss.; F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 243 e ss.; ID., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in M. BERTOLINO – L. EUSEBI – G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2645 e ss.; F. TULKENS, *The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 9/2011, p. 577 e ss.; A. SEIBERT-FOHR, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford, 2009, p. 111 e ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 184 e ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, p. 478 e ss.; Y. CARTUYVELS – H. DUMONT – F. OST – M. VAN DE KERCHOVE – S. VAN DROOGHENBROECK, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Bruxelles, 2007; G. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. DE VERO – G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, p. 24 e ss.; R. CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Leg. pen.*, n. 1/2006, p. 171 e ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 255 e ss.; e

*Bundesverfassungsgericht*³. Dai giudici di Karlsruhe è stato come noto dapprima creato e, quindi, sviluppato il concetto di dovere di protezione attraverso il diritto penale di interessi giuridici aventi sede nella Costituzione, icasticamente riconducibili ai termini *Untermaßverbot* e *Übermaßverbot*.

Con il primo, si intende l'esigenza di scongiurare l'abuso dello strumento penalistico, laddove, cioè, venga superata la proporzione tra esigenze di protezione e di garanzia in favore di quelle di protezione.

Con il secondo, invece, si fa riferimento alla necessità di offrire una nuova o migliorata tutela penale o di mantenere quella esistente (ad esempio, censurando leggi di depenalizzazione oppure quelle introduttive di cause di esclusione della punibilità di natura sostanziale o processuale).

Il Tribunale costituzionale tedesco, infatti, ha stabilito tre degli ambiti di operatività degli obblighi positivi⁴, consistenti in imposizioni riferite a: *in primis*, globalità dell'intervento pubblico, attraverso l'esperimento di un esame comprensivo di più branche del diritto: civile, amministrativo e penale; *in secundis*, tutti i poteri statali tradizionalmente intesi: legislativo, esecutivo e giudiziario; *in tertiis*, entrambe le tipologie di rapporti sociali, cioè quelle: verticale (tra autorità pubblica e cittadino) e orizzontale (tra gli individui fra loro, c.d. *Drittwirkung*).

Come si avrà modo di approfondire *infra*, del resto, l'esigenza di protezione "ereditata" dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si esplica proprio su questa triplice direttrice analitica, specialmente prendendo in considerazione il quadro normativo in essere, la sua attuazione nella prassi applicativa e interpretativa, financo per come esso concretamente viene "messo in opera" nei rapporti tra privati; con ciò intendendosi, a livello astratto, l'esistenza di una disciplina legislativa che preveda determinate condotte violative della CEDU come reato.

La dignità umana, al cuore della Costituzione tedesca e, quindi, necessariamente, delle pronunce dei giudici di Karlsruhe, è divenuta il perno sul quale edificare una teoria degli obblighi di tutela penale, ricomprendente anche altri diritti comunque riconducibili alla *Würde des Menschen*.

F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003, p. 35 e ss.

³ Cfr. V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 13 e ss.

⁴ Cfr. J. DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlino, 2005.

Come è stato sottolineato⁵, è la notoria sentenza sulla criminalizzazione della interruzione della gravidanza del *Bundesverfassungsgericht* del 25 febbraio 1975, che ha bloccato le modifiche alla disciplina del c.d. *Fristenregelung*, quella che può essere considerata quale pronuncia pioniera relativamente alla interpretazione degli obblighi positivi di tutela penale. Effettivamente, nell'argomentazione addotta in quella sede, si è incominciata ad affacciare una pretesa verso i poteri pubblici non solo di tipo passivo, ma più propriamente attivo: nella vicenda trattata, la tutela della vita imponeva infatti che non vi fosse solamente un comportamento negativo dello Stato, ma anche uno positivo, nel senso dell'adozione di un quadro normativo adeguato, *sub specie* di norme di incriminazione di determinate condotte di interruzione volontaria della gravidanza.

Nell'ottica dei giudici di Karlsruhe, poi, è stata ritenuta necessaria un'attività di bilanciamento tra i diritti e gli interessi fra loro potenzialmente confliggenti (quali, nei fatti di causa, le aspettative del diritto del nascituro e la dignità e la salute della gestante), fintantoché questi ultimi trovino sede nella Costituzione tedesca.

In questo senso, dunque, il diritto alla vita e la dignità umana assumono un'importanza sovraordinata rispetto a quant'altro è in gioco; ciò si deve anche alla scelta di rottura con il passato nazionalsocialista del Paese e con il valore attribuito alla vita in quel sistema.

Da tale ordine di considerazioni, il Tribunale costituzionale tedesco ha dunque ricavato una protezione di tipo assoluto del bambino non ancora nato.

Ai fini della presente trattazione, deve sottolinearsi come il ricorso al diritto penale, nell'economia della sentenza, diviene non meramente ammesso, quanto imposto a livello costituzionale.

Bersaglio dei giudici di Karlsruhe è così risultata la proposta governativa di adoperare invece altre branche del diritto, su presupposti sia di tipo simbolico (di percezione non adeguata del disvalore insito nella condotta tenuta) sia normativo (residuando una lacuna nella protezione offerta al nascituro).

In particolare, la pena – secondo il ragionamento addotto dal Tribunale costituzionale tedesco – avrebbe altrimenti smarrito la propria funzione di “tavola di valori”, orientativa dei consociati, e, quindi, di prevenzione generale.

È però nell'opinione dissenziente dei giudici Rupp-v. Brünneck e Simon – i quali si sono rifatti alla sentenza della Corte costituzionale austriaca che ha affrontato il medesimo tema

⁵ Cfr. V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 17 e ss.

nel 1974 (giunta, però, a conclusioni diverse dalla omologa tedesca) – che si colgono taluni profili del dibattito che prenderà forma anche nel contesto della Convenzione EDU⁶.

Specialmente, è la critica dagli stessi rivolta alla mancanza di certezza ermeneutica di tale imposizione punitiva costituzionale che coglie particolarmente nel segno. Del resto, la difficoltà di individuare dei criteri sufficientemente chiari per potere comprendere quando sussistono obblighi positivi di tutela penale è uno degli aspetti di natura problematica che emergeranno con maggiore frequenza nel prosieguo della trattazione con riferimento alle decisioni dei giudici di Strasburgo.

Diversamente dai colleghi, i due giudici hanno proposto che la censura di incostituzionalità fosse limitata solamente a quelle situazioni ove la protezione a mezzo del diritto penale fosse, in maniera radicale ed evidente, assente oppure erronea.

Quello che maggiormente convince è in specie il timore manifestato da Rupp-v. Brünneck e Simon rispetto tanto agli scopi quanto alla tecnica degli obblighi positivi di tutela penale.

Per il primo verso, essi hanno intravisto la potenziale autoritarità insita in tale indirizzo, che certamente apriva al rischio di indebite espansioni della sfera del diritto penale a discapito della libertà dell'individuo.

Per il secondo verso, gli stessi hanno scorto l'assenza di elementi a suffragio (anche di natura empirica) riguardo la sbandierata efficacia della sanzione penale, additando la fiducia malriposta nella pena, innanzitutto perché trattasi di convinzione spoglia di conferme sulla sua idoneità generalpreventiva.

Proprio tali appunti contenuti nella opinione dissenziente hanno poi portato a un opportuno ridirezionamento del *Bundesverfassungsgericht*, con la sentenza 28 maggio 1993⁷. Segnatamente, l'assolutezza del diritto alla vita del feto è stata temperata, attribuendo valore anche allo sviluppo della personalità della madre. E, in particolar modo, quanto alla scelta dei mezzi di tutela, essa è stata lasciata alla discrezionalità del legislatore (comunque sottoposta al controllo dei giudici di Karlsruhe).

All'esito di tale secondo pronunciamento, attraverso l'*Untermaßverbot* viene eretta una diga contro, contemporaneamente, il ricorso al diritto penale (pur rientrando nei limiti della necessità e proporzionalità) e, altresì, l'esperibilità di un controllo sulle scelte del legislatore fondato su presupposti diversi da quelli del giudizio di ragionevolezza.

⁶ Cfr. *ivi*, p. 20 e ss.

⁷ Cfr. *ivi*, p. 22 e ss.

2. I primi passi... e il contesto attuale. Le due dicotomie

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, gli obblighi positivi fanno la propria comparsa a cavallo tra gli anni '70 e gli '80⁸. In coerenza con il periodo di espansione del *welfare state*, il loro ambito di elezione ai primordi era quello dei diritti economici, sociali e culturali⁹.

Inizialmente, considerato che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non li prevedeva esplicitamente, si era registrata una certa ritrosia da parte dei giudici di Strasburgo a riconoscerne l'esistenza¹⁰.

Segnatamente, la prima pronuncia in merito è *Marckx c. Belgio*¹¹, che riguardava la disciplina del diritto della persona e della famiglia. In tale sentenza, è stato enunciato l'obbligo positivo inerente al rispetto della vita familiare, con particolare riguardo alla parificazione tra i figli nati all'interno e al di fuori del matrimonio.

In breve, pur mancandone una definizione nella CEDU e omettendo loro stessi di fornirla¹², i giudici di Strasburgo hanno letto il significato degli obblighi positivi nel senso dell'assicurazione di una tutela effettiva dei diritti umani attraverso l'imposizione di un dovere di attivarsi o *duty to take action* in capo alle autorità statali. Parallelamente, la Corte EDU ha ammesso anche l'esistenza di obblighi negativi, intesi come necessità di astensione, per lo Stato, dal compimento di determinati atti contrastanti con i diritti fondamentali.

Pur non essendo mai stata enunciata un'autentica "teoria generale" delle *positive obligations*¹³, è stato nondimeno edificato un costrutto teorico sul quale fondarle, rappresentato dal combinato disposto di due disposizioni: l'art. 1 CEDU (obbligo di rispettare i diritti dell'uomo), ove è previsto che i Paesi Parte riconoscano a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà, e il singolo diritto c.d. fundamentalissimo in evidenza, di cui agli artt. 2, 3 e 4 CEDU, oltre all'art. 8 CEDU.

⁸ Per una ricostruzione storica v. A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, cit., spec. p. 227 e ss.

⁹ Cfr. D.J. HARRIS – M. O'BOYLE – E.P. BATES – C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 24.

¹⁰ Cfr. Opinione dissenziente del giudice Fitzmaurice (annessa a C.EDU, sent. 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*).

¹¹ C.EDU, sent. 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*.

¹² Cfr. A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, cit., p. 2.

¹³ Cfr. V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 2. A tale deficit l'Autrice riconduce le critiche che sono state mosse contro di esse, ritenute contrarie ai principi di certezza e prevedibilità.

Ciò che ha “rotto gli argini” nella ravvisabilità di obblighi positivi è il concetto della c.d. *Drittwirkung*¹⁴. Tale nozione è mutuata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche (cfr. *supra*, cap. I, par. 1) e corrisponde alla considerazione secondo la quale i diritti umani devono esplicarsi, oltre che verticalmente, nei rapporti intercorrenti tra cittadino e Stato, anche orizzontalmente, in quelli fra le persone. Il fondamento teorico è costituito dalla responsabilità che l’Autorità ha verso chi vi è sottoposto, laddove i suoi rappresentanti abbiano reso l’inosservanza più probabile o anche solo possibile. Come è immediatamente percepibile, ciò ha comportato che un numero molto più consistente di fenomeni sociali fosse potenzialmente suscettibile di rientrare nella sfera di vigenza della Convenzione EDU.

Il diritto penale ha fatto la propria comparsa tra gli obblighi positivi solo a distanza di tempo dal precedente citato, incontrando anche qualche resistenza¹⁵.

In proposito, è possibile distinguere tra obblighi positivi e negativi di tutela penale e ancora tra obblighi sostanziali e procedurali.

Le *positive obligations in criminal law* si possono spiegare in obblighi di protezione¹⁶ di persone determinate oppure della generalità dei consociati dalle violazioni della CEDU¹⁷ e obblighi di incriminazione¹⁸ e punizione¹⁹ di condotte contrarie alla stessa. Occorre, quindi, che queste ultime siano oggetto di indagini, processi, condanne ed esecuzioni idonei²⁰.

Lo stesso dicasi, in direzione uguale e contraria, per gli obblighi negativi, visti quali doveri di astensione dalla previsione di fattispecie di reato e dalla inflizione di una pena (che

¹⁴ Cfr. E.A. ALKEMA, *The Third-Party Applicability or “Drittwirkung” of the European Convention on Human Rights*, in F. MATSCHER – H. PETZOLD (a cura di), *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Colonia, 1988, p. 33 e ss.

¹⁵ Cfr. Opinione concorrente riunita dei giudici Tulkens, Ziemele e Bianku (annessa a C.EDU, Grande Camera, sent. 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*). Cfr. *infra*, cap. II, par. 4.

¹⁶ Cfr. P. LEMMENS – M. COURTOY, *Positive Obligations and Coercion. Deterrence as a Key Factor in the European Court of Human Rights’ Case Law*, in L. LAVRYSEN – N. MAVRONICOLA (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, 2020, p. 56 e ss.

¹⁷ Su tale *discrimen* v., in relazione all’art. 2 CEDU, S. ZIRULIA, *Art. 2 – Diritto alla vita*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, rispettivamente, p. 65 e ss. e p. 69 e ss.

¹⁸ Krešimir Kamber parla di «human rights offences» intendendo «All criminal breaches of human rights, irrespective of whether they are committed by the state or by a private party, which attain the minimum level of severity necessary to attract the specific heightened protection under international human rights law and which should therefore constitute a criminal offence under the relevant domestic criminal law» K. KAMBER, *Prosecuting Human Rights Offences*, cit., p. 19.

¹⁹ Sulla distinzione tra «obligation to criminalise» e «obligation to punish» v. L. LAVRYSEN, *Positive Obligations and the Criminal Law. A Bird’s-Eye View on the Case Law of the European Court of Human Rights*, in L. LAVRYSEN – N. MAVRONICOLA (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, 2020, p. 29 e ss. Sulla difficoltà di distinguere, “a monte”, tra «substantive obligations» e «procedural obligations» v. *ivi*, pp. 30-32.

²⁰ Secondo Liola Lazarus si è in presenza di «coercive duties on the state to criminalize, prevent, police, and prosecute harmful acts» L. LAZARUS, *Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?*, in L. ZEDNER – J.V. ROBERTS (a cura di), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford, 2012, p. 136.

rappresentano invero la maggioranza delle situazioni)²¹. Si tratta, insomma, di scongiurare qualsiasi “attivazione” dello strumento penale, sin dall’intervento delle forze di polizia.

Solitamente²², si riconduce questa evoluzione alla sentenza *X e Y c. Paesi Bassi*²³ (cfr. *infra*, cap. II, par. 6). Rinviando alla trattazione che segue, può sin d’ora essere anticipato che in questa decisione, attinente alla contrarietà alla Convenzione EDU del regime di procedibilità a querela della sola persona offesa del reato di violenza sessuale commesso su minori disabili mentali, si colgono alcuni degli aspetti identificativi che contraddistinguono la «dottrina»²⁴ degli obblighi positivi di tutela penale.

In tale occasione, infatti, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto sussistente una violazione del dovere di punire una determinata condotta lesiva del diritto alla vita privata (*sub specie* di integrità sessuale) di un “soggetto debole” (una persona disabile)²⁵ ad opera di un privato (non identificabile, cioè, nelle autorità pubbliche).

Quanto agli obblighi positivi sostanziali, è stato stabilito che presupposto della offerta di una protezione consona alla CEDU è che le condotte che si pongono in contrasto con essa vengano adeguatamente sanzionate nel quadro normativo del Paese Parte. Ne consegue che innanzitutto occorre che vi sia una norma incriminatrice che le punisca.

In particolare, non è sufficiente la mera previsione quale fattispecie di reato di una certa condotta per soddisfare gli obblighi positivi di tutela penale: occorre che quest’ultima sia “ben disegnata”, che non lasci, cioè, vuoti di tutela. Da ciò si ricava che il dovere di punire enunciato dalla Corte EDU non è limitato all’astratta previsione di un certo delitto o contravvenzione, ma che esso concerne anche la selezione del soggetto attivo, della condotta e dell’evento, arrivando fino, come già evincibile dal caso *X e Y c. Paesi Bassi*, alla tipologia di regime di procedibilità.

Rispetto agli obblighi positivi procedurali, si è affermato, in ossequio al principio di effettività²⁶, che non basta che il *legal framework* sia consono “sulla carta”: occorre poi che nella prassi esso sia coerentemente applicato.

²¹ Cfr. A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, cit., pp. 196-197. Cfr. *infra*, cap. IV.

²² Cfr., *inter alia*, v. N. MAVRONICOLA – L. LAVRYSEN, *Coercive Human Rights: Introducing the Sharp Edge of the European Convention on Human Rights*, in L. LAVRYSEN – N. MAVRONICOLA (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, 2020, p. 4 e ss.

²³ C.EDU, sent. 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*.

²⁴ V. MANES, *Alcune chiavi di lettura del sistema convenzionale di tutela dei diritti umani e della giurisprudenza della Corte EDU*, cit., p. 171.

²⁵ Sulla speciale attenzione riservata a categorie vulnerabili quali bambini, vittime di violenze sessuali e domestiche e individui discriminati per orientamento sessuale e identità di genere e sul rischio di un «coercive overreach» in proposito v. C. HERI, *Shaping Coercive Obligations through Vulnerability. The Example of the ECtHR*, in L. LAVRYSEN – N. MAVRONICOLA (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, 2020, p. 93 e ss.

²⁶ Sulla sua problematicità rispetto al principio di *ultima ratio* v. N. PERŠAK, *Positive Obligations in View of the Ultima Ratio Principle*, in L. LAVRYSEN – N. MAVRONICOLA (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, 2020, p. 150. V. anche M.E. FLORIO, *Struggle*

Da questo presupposto logico deriva che anche le indagini preliminari, il processo e financo l'esecuzione penale debbano essere conformi alla Convenzione EDU: la violenza sessuale (riprendendo *X e Y c. Paesi Bassi*) deve trovare una concreta risposta punitiva, perché questo è il tipo di sanzione considerata adatta a quella determinata situazione. Occorre, insomma, "ben indagare, processare e punire".

La successiva giurisprudenza dei giudici di Strasburgo ha gradatamente esteso l'influenza degli obblighi positivi di tutela penale sui *core rights* della CEDU: quelli previsti dagli artt. 2, 3 e 4 CEDU.

Infatti, maggiore è l'importanza del diritto fondamentale violato nella vicenda in questione maggiore è la disponibilità a offrirne tutela attraverso il mezzo che appare più incisivo (assicurando teoricamente un elevato standard di protezione): il diritto penale.

Dunque, al sopracitato *X e Y c. Paesi Bassi* sono seguiti altri *leading cases* come, tra gli altri: *Osman c. Regno Unito* (relativo all'art. 2 CEDU, v. *infra*, cap. II, par. 1.1); *Z e altri c. Regno Unito* (riferito all'art. 3 CEDU, v. *infra*, cap. II, par. 3); e altresì *Siliadin c. Francia* (riguardante l'art. 4 CEDU, v. *infra*, cap. II, par. 6).

Nel tempo, quindi, le *positive obligations* hanno assunto il volto di un intervento a tutto campo nel diritto penale sostanziale, trovando una particolare espansione nel contesto delle attività a rischio base lecito come impresa e industria, eventi disastrosi dovuti a fenomeni atmosferici, circolazione su strada e responsabilità medico-sanitaria, per ciò che concerne il nesso di causalità e la colpa penale (v. *infra*, cap. III, rispettivamente parr. 2 e ss. e 5 e ss.).

Diversamente, le *negative obligations* rappresentano un laboratorio sulle criticità del ricorso allo strumento penale e sul bisogno di una sua riduzione. Ciò si coglie soprattutto in relazione, oltre che al godimento del diritto alla vita privata, all'esercizio di libertà fondamentali quali la libertà di pensiero, di espressione e di riunione (v. *infra*, cap. IV). È in questo contesto e specialmente in quello dell'art. 10 CEDU che si è sviluppata la importante teorica del c.d. *chilling effect* o effetto dissuasivo (v. *infra*, cap. IV, par. 3).

in Favour of a Criminal Law as an 'ultima ratio'. Critical Observations on the Criminalisation Obligations Arising from the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Light of the Principle of Subsidiarity, in *European Criminal Law Review*, n. 2/2023, p. 135 e ss.

CAPITOLO II

GLI OBBLIGHI POSITIVI DI TUTELA PENALE DERIVANTI DAI CORE RIGHTS

SOMMARIO: 1. Gli obblighi di protezione del diritto alla vita e alla incolumità individuale. – 1.1. ... Dai pericoli per persone determinate (di violenza domestica). – 1.2. ... Dai pericoli per la generalità dei consociati (di uso delle armi). – 2. L'art. 2 CEDU e le scriminanti. La disciplina delle operazioni di polizia. – 2.1. Gli artt. 52 e 53 c.p. nel prisma dell'art. 2 par. 2 CEDU. – 3. Gli obblighi di protezione dalla tortura e dai trattamenti inumani o degradanti (*Rinvio*). – 4. Gli obblighi di incriminazione della tortura perpetrata da soggetti pubblici e privati. – 4.1. La *quaestio* della identità della tortura statale. – 4.2. La tenuta dell'art. 613 *bis* c.p. rispetto agli obblighi positivi. – 5. L'art. 3 CEDU e le scriminanti. I nodi della *marital immunity* e del *reasonable chastisement*. – 6. Gli obblighi di incriminazione della schiavitù e del lavoro forzato e delle forme che assumono nella contemporaneità. – 6.1. Esiste un vuoto di tutela in Italia quanto al lavoro forzato? – 7. Gli obblighi di incriminazione delle violazioni della vita privata. I reati a sfondo sessuale.

1. Gli obblighi di protezione del diritto alla vita e alla incolumità individuale

L'art. 2 CEDU²⁷, tutelando il diritto alla vita, è una delle disposizioni che sono poste a fondamento della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in quanto l'esistenza e l'integrità fisica di una persona rappresentano il presupposto per il godimento degli altri diritti ivi custoditi. Infatti, conosce le sole eccezioni che vengono specificamente previste al paragrafo 2 (sulle quali cfr. *infra*, cap. II, par. 2) e non è derogabile neppure quando vi sia una guerra oppure una situazione che minacci l'esistenza dello Stato, *ex art. 15 CEDU*. A

²⁷ Cfr. S. ZIRULIA, *Art. 2 – Diritto alla vita*, cit., p. 46 e ss.; V. ZAGREBELSKY, *Diritto alla vita*, in V. ZAGREBELSKY – R. CHENAL – L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, p. 163 e ss.; D.J. HARRIS – M. O'BOYLE – E.P. BATES – C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 205 e ss.; e F. BESTAGNO, *sub art. 2 Cedu*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 36 e ss.

riconferma, la Corte europea dei diritti dell'uomo spesso lo qualifica quale *one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe*. Ne consegue, a maggior ragione, che le garanzie a esso sottese devono essere “pratiche ed effettive” e la sua interpretazione occorre che venga svolta “in senso restrittivo”.

Nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, il diritto alla vita consta generalmente di due diverse componenti: il divieto di privarne intenzionalmente le persone e, inoltre, l'obbligo di proteggerla attraverso la legge (art. 2 par. 1 CEDU). Ovviamente, considerato che ogni Paese Parte della CEDU punisce l'omicidio volontario diviene rilevante comprendere quale sia esattamente l'obbligo positivo di protezione, come esso si atteggi e venga disciplinato, a fronte di condotte dolose perpetrate, oltre che da soggetti direttamente nella responsabilità dello Stato, anche da privati cittadini (c.d. *Drittwirkung*). Su questo profilo ci si concentrerà ora, passando successivamente alla trattazione delle cause di giustificazione ammesse per la violazione del diritto alla vita e alla compatibilità con queste ultime delle scusanti previste nel codice penale.

È possibile distinguere due filoni giurisprudenziali di particolare momento che prevedono doveri di punire rivolti alle autorità statali, sulla base di quali sono le persone destinatarie di aggressioni da parte di soggetti pericolosi (in concreto o in potenza), rispettivamente: soggetti previamente individuabili (rispetto ai quali vengono imposte le *positive obligations of protection*²⁸) oppure l'intera collettività²⁹.

1.1. ... Dai pericoli per persone determinate (di violenza domestica)

Il *leading case* della Corte europea dei diritti dell'uomo con riguardo agli obblighi di prevenire «condotte dolose lesive del diritto alla vita»³⁰ è *Osman c. Regno Unito*³¹, dal quale, successivamente, sono gemmati molteplici indirizzi giurisprudenziali dedicati a singoli settori specifici, come ad esempio la violenza domestica. Prima di approfondire questi ultimi è dunque necessario innanzitutto soffermarsi su tale sentenza apripista.

I fatti consistevano nell'uccisione di un cittadino britannico residente in Gran Bretagna e al ferimento di suo figlio da parte di un insegnante di quest'ultimo, all'esito di una «escalation

²⁸ Cfr. S. ZIRULIA, *Art. 2 – Diritto alla vita*, cit., p. 65 e ss.

²⁹ *Ivi*, p. 69 e ss.

³⁰ Così V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 71.

³¹ C.EDU, Grande Camera, sent. 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*. Con nota di M. LUNNEY, *A Tort Lawyer's View of Osman v United Kingdom*, in *King's College Law Journal*, n. 2/1999, p. 238 e ss.

persecutoria»³². I ricorrenti, la vedova e il ferito, ritenevano che fossero stati violati gli artt. 2, 6 e 8 CEDU poiché le autorità statali avevano ignorato i chiari segnali d'allarme sulla base dei quali era possibile inferire che l'autore dell'assassinio fosse un soggetto che rappresentava una seria minaccia per l'incolumità del suo ex allievo e della sua famiglia³³. I giudici di Strasburgo hanno statuito il principio di diritto secondo il quale l'art. 2 par. 1 CEDU impone allo Stato Membro non solo di astenersi dal togliere intenzionalmente e illegalmente la vita, ma anche di adottare misure adeguate a salvaguardare la vita di coloro che rientrano nella sua giurisdizione. Tale obbligo va oltre il dovere primario di garantire il *right to life* mettendo in atto disposizioni penali efficaci per dissuadere dalla commissione di reati contro la persona, supportate da un quadro normativo per prevenire, reprimere e sanzionare le violazioni di tali disposizioni: l'art. 2 CEDU può anche implicare, infatti, un obbligo positivo per le autorità nazionali, in alcune circostanze ben definite, di adottare misure operative preventive volte a proteggere un individuo la cui vita è in pericolo dalle condotte penalmente rilevanti di un altro³⁴.

La Corte EDU ha comunque specificato che il combinato disposto della difficoltà insite nello svolgimento delle attività di polizia nelle società moderne, dell'imprevedibilità del comportamento umano e della necessità di fare scelte operative sulla base di priorità e di risorse disponibili implica che non possa gravare sul Paese Parte un onere eccessivo e sproporzionato. Ne consegue che non tutti i rischi per la vita determinano l'insorgenza di un obbligo di attivarsi da parte delle autorità statali per prevenire la realizzazione di quel rischio. Parallelamente, l'attività di polizia deve essere svolta nel rispetto delle altre garanzie della Convenzione europea dei diritti dell'uomo riferite all'attività di prevenzione e controllo del

³² La descrive in questi termini S. ZIRULIA, *Art. 2 – Diritto alla vita*, cit., p. 65.

³³ Si confrontavano due tesi. Per un verso, i ricorrenti auspicavano l'introduzione di un obbligo in capo alle autorità statali di predisposizione di tutte le misure necessarie a prevenire qualsiasi lesione del diritto alla vita in presenza di ogni presunta minaccia contro di esso. Per altro verso, il Governo britannico sosteneva l'esistenza di obblighi positivi solamente in presenza di una ricostruzione della responsabilità consistente in un grave errore o in una deliberata inadempienza del dovere di proteggere la vita da parte delle autorità statali (similare, nell'ordinamento penale italiano, a quella nei reati omissivi impropri). Su tali asserzioni contrapposte v. V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 71 e ss.

³⁴ «The Court notes that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (see the L.C.B. v. the United Kingdom judgment of 9 June 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-III, p. 1403, § 36). It is common ground that the State's obligation in this respect extends beyond its primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions. It is thus accepted by those appearing before the Court that Article 2 of the Convention may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual. The scope of this obligation is a matter of dispute between the parties» C.EDU, Grande Camera, sent. 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*, par. 115.

crimine, quali quelle del giusto processo all'art. 6 CEDU, e anche le altre che limitano l'operato delle forze dell'ordine (come, ad esempio, quelle di cui agli artt. 5 e 8 CEDU)³⁵.

Svolte queste premesse, i giudici di Strasburgo hanno coniato il nuovo criterio interpretativo di riferimento: per ravvisare una violazione delle *positive obligations* derivanti dall'art. 2 CEDU, nel senso di prevenire e reprimere i reati contro la persona, occorre dimostrare in modo soddisfacente: *in primis*, che le autorità nazionali sapevano o avrebbero dovuto sapere all'epoca della esistenza di un rischio reale e immediato per la vita di uno o più individui identificati a causa delle condotte costituenti un illecito penale perpetrato da terzi; e, *in secundis*, che esse hanno ommesso di adottare misure nell'ambito dei loro poteri che, giudicate ragionevolmente, avrebbero potuto evitare tale rischio³⁶.

La Corte EDU, nel decidere del caso sottoposto al suo scrutinio, per quanto riguarda l'art. 2 CEDU ha escluso che vi fosse stata una sua inosservanza poiché non vi era stata alcuna fase decisiva della vicenda nella quale la polizia sapeva o avrebbe dovuto sapere che la vita della famiglia Osman era in pericolo reale e immediato in ragione delle possibili condotte dell'insegnante³⁷. In quest'ottica, i giudici di Strasburgo hanno valorizzato l'esigenza che l'operato della polizia rispetti anche gli altri diritti della CEDU e, quindi, la presunzione di innocenza. Di talché, l'omessa adozione di provvedimenti limitativi delle libertà della persona non può essere utilizzata quale elemento di prova della violazione del *right to life*. L'importanza sistematica di *Osman c. Regno Unito* è lapalissiana. L'innovatività della regola di diritto introdotta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo si coglie soprattutto su

³⁵ «For the Court, and bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, such an obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising. Another relevant consideration is the need to ensure that the police exercise their powers to control and prevent crime in a manner which fully respects the due process and other guarantees which legitimately place restraints on the scope of their action to investigate crime and bring offenders to justice, including the guarantees contained in Articles 5 and 8 of the Convention» C.EDU, Grande Camera, sent. 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*, par. 116.

³⁶ «[...] The Court does not accept the Government's view that the failure to perceive the risk to life in the circumstances known at the time or to take preventive measures to avoid that risk must be tantamount to gross negligence or wilful disregard of the duty to protect life (see paragraph 107 above). Such a rigid standard must be considered to be incompatible with the requirements of Article 1 of the Convention and the obligations of Contracting States under that Article to secure the practical and effective protection of the rights and freedoms laid down therein, including Article 2 (see, mutatis mutandis, the above-mentioned McCann and Others judgment, p. 45, § 146). For the Court, and having regard to the nature of the right protected by Article 2, a right fundamental in the scheme of the Convention, it is sufficient for an applicant to show that the authorities did not do all that could be reasonably expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they have or ought to have knowledge. This is a question which can only be answered in the light of all the circumstances of any particular case» C.EDU, Grande Camera, sent. 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*, par. 116.

³⁷ Sulla base di un giudizio di ragionevolezza, infatti, non erano esperibili iniziative che avrebbero portato alla eliminazione del correlato rischio, quali, ad esempio, l'infissione di condanne in sede penale o comunque l'emissione di un ordine di ricovero ospedaliero.

due direttrici di rapporti: *orizzontale*, tra l'autore della condotta dolosa (come l'omicidio, in *Osman c. Regno Unito*) e la vittima; e *verticale*, tra lo Stato Membro gravato dall'obbligo di attivarsi e il cittadino che dalle autorità statali deve essere protetto.

L'eccessiva ampiezza di tale potenzialmente universale *facere* rivolto al Paese Parte conosce una *moderazione* poggiante su una duplice *ratio*, l'una *concreta* e l'altra *valoriale*.

La prima risiede nella constatazione che i mezzi a disposizione delle forze dell'ordine sono *finiti*. Pretendere, infatti, che il Paese Parte possa prevenire ogni rischio per tutti i soggetti è irrealistico.

La seconda si fonda su una visione globale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella quale non possono essere dimenticati i diritti dell'indagato.

Il pregio di questa decisione senza precedenti, dalla quale deriva appunto l'omonimo *Osman test* – al quale si fa, oggi, costante riferimento nella giurisprudenza – si coglie nell'attenzione al principio di ragionevolezza, in uno con quello della libertà dell'individuo.

In effetti, è nel “respiro” lasciato allo Stato nell'attività di *bilanciamento* tra i doveri di attivarsi nel proteggere la vita (*attraverso* lo Stato) e di non ingerirsi ingiustificatamente nelle garanzie della persona (*dallo* Stato) che si apprezzano la delicatezza e la significatività della valutazione che deve essere compiuta per accertare una violazione dell'art. 2 CEDU.

Come evincibile dal *decisum* nel caso *Osman c. Regno Unito*, la valutazione sul rispetto del diritto alla vita è basata sul giudizio di utilità o meno di atti invasivi (quali perquisizioni e sequestri probatori nonché misure cautelari personali e reali) ed esso deve essere svolto attraverso una *prognosi postuma ex ante a base parziale*.

Altrimenti, se si dovesse prevenire qualsivoglia pericolo per persone determinate prescindendo dalla ponderazione delle correlate ricadute rispetto ai diritti dal soggetto interessato dai controlli, il logico corollario sarebbe quello della instaurazione di uno *stato di polizia* legittimato dalla tutela dei diritti umani. In ossequio al diritto alla vita, si giustificerebbe dunque ogni iniziativa degli inquirenti volta a impedire l'insorgenza di rischi per la stessa.

Grazie, invece, come visto poc'anzi, all'imposizione, nella medesima regola di diritto, della esigenza di protezione *anche* delle garanzie proprie del procedimento penale (e altresì amministrativo), si conferisce a queste ultime il rango almeno di *comprimarie* nella protezione della persona assieme al *right to life*, in coerenza con uno *stato di diritto* liberaldemocratico.

Come anticipato, *Osman c. Regno Unito* ha rappresentato la matrice per svariate altre decisioni nelle quali è stato imposto un obbligo allo Stato Membro di intervenire in favore di persone previamente individuabili quali potenziali bersagli di condotte aventi esiti letali.

Tra si esse vi sono situazioni come: l'omicidio di un detenuto; la tutela di un testimone chiamato a deporre in un processo penale; le uccisioni perpetrate in una zona di conflitto; l'omicidio di un coscritto durante il servizio militare; e il sequestro di una persona³⁸.

L'ambito ove si registrano le pronunce di maggiore rilievo rispetto agli obblighi di protezione di persone determinate è in specie quello della violenza intra-familiare in generale e contro le donne³⁹ o di genere in particolare⁴⁰. Un caso emblematico riguardante lo Stato italiano inerente al governo del pericolo per potenziali bersagli di uccisioni e aggressioni così connotate è *Talpis c. Italia*⁴¹.

Gli avvenimenti consistevano nelle aggressioni subite da una donna da parte di suo marito mentre i due si trovavano in Italia: la prima aveva riguardato lei e sua figlia; la seconda solamente lei; e la terza lei e il figlio, che era rimasto ucciso all'esito della colluttazione. Successivamente alla seconda aggressione, la donna aveva sporto denuncia nei confronti del coniuge e, dopo la terza, ne era derivato un processo nel quale il marito era stato imputato per omicidio del figlio, tentato omicidio della moglie e maltrattamenti nei confronti di quest'ultima. La ricorrente si doleva della violazione degli artt. 2, 3 e 8 CEDU poiché le autorità italiane, pur essendo a conoscenza delle condotte del marito per esserne state rese

³⁸ Cfr. S. ZIRULIA, *Art. 2 – Diritto alla vita*, cit., p. 65.

³⁹ Come gruppo, le donne non sono però ritenute una categoria vulnerabile. Cfr. C. HERI, *Shaping Coercive Obligations through Vulnerability*, cit., p. 108.

⁴⁰ Per un lavoro monografico, v. M. BOSIO, *La violenza di genere al cospetto della corte europea dei diritti dell'uomo. Tutela della donna: retrospettive e prospettive*, Milano, 2020.

⁴¹ C.EDU, sez. I, sent. 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*. Con note di P. DE FRANCESCHI, *Violenza domestica: dal caso Rumor al caso Talpis cosa è cambiato nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo?*, in *Giur. pen.*, n. 1/2018, p. 1 e ss.; N. FOLLA, *Violenza domestica e di genere: la Corte EDU, per la prima volta, condanna l'Italia*, in *Fam. e dir.*, n. 7/2017, p. 626 e ss.; R. CASIRAGHI, *L'Italia condannata per non aver protetto le vittime di violenza domestica e di genere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2017, p. 1192 e ss.; M. BUSCEMI, *La protezione delle vittime di violenza domestica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Alcune osservazioni a margine del caso "Talpis c. Italia"*, in *Oss. font.*, n. 3/2017, p. 1 e ss.; P. MAZZINA, *La violenza domestica e le azioni positive (di secondo livello) dello Stato: brevi riflessioni costituzionali sulla recente sentenza della Corte Edu Talpis c. Italia*, in *Arch. pen.*, n. 2/2017, p. 1 e ss.; e M.F. CUCCHIARA, *Violenza domestica e inerzia delle autorità: la Corte EDU condanna l'Italia*, in *Giur. pen.*, n. 3/2017, p. 1 e ss. Tra le sentenze più recenti nei riguardi dello Stato italiano si possono annoverare: C.EDU, sez. I, sent. 7 aprile 2022, *Landi c. Italia* (con note di N.M. MAIELLO, *La corte EDU condanna l'Italia per violazione degli obblighi positivi di tutela del diritto alla vita in un caso di violenza domestica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2022, p. 1369 e ss.; E.A.A. DEI-CAS, *La Corte europea condanna ancora l'Italia per violazione degli obblighi positivi derivanti dall'art. 2 nei confronti di vittime di violenze domestiche*, in *Arch. pen.*, n. 2/2022, p. 1 e ss.; e S. CARRER, *La Corte EDU promuove le riforme dell'Italia in materia di violenza domestica, ma boccia la grave inerzia delle autorità nell'applicare le misure di protezione (sentenza Landi c. Italia, 7 aprile 2022)*, in *Giur. pen.*, n. 4/2022, p. 1 e ss.); C.EDU, sez. I, sent. 16 giugno 2022, *De Giorgi c. Italia* (con nota di M. BOTTO, *Osservatorio. Art. 3 Cedu. Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, 16 giugno 2022, De Giorgi c. Italia, (ric. n. 23735/19)*, in *Ind. pen.*, n. 3/2022, p. 642 e ss.); e C.EDU, sez. II, sent. 7 luglio 2022, *M.C. c. Italia* (con nota di C. ROSSI, *Diritti umani e violenza domestica*, in *Cass. pen.*, n. 11/2022, p. 4095 e ss.). Offrono una lettura complessiva di tale case-law N. FIANO, *Le recenti novità in tema di protezione delle donne vittime di violenza. Un'analisi alla luce del diritto costituzionale*, in *federalismi.it*, 2/2023, p. 30 e ss.; C. BELCASTRO, *La Corte EDU si pronuncia nuovamente sugli obblighi positivi nei casi di violenza domestica. Le sentenze Landi, De Giorgi e M.S. c. Italia a confronto*, in *Ord. int. dir. um.*, n. 4/2022, p. 1024 e ss.; e S. DE VIDO, *Verso un "test" di dovuta diligenza sensibile al genere nei casi di violenza domestica? Sulla recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 3/2022, p. 613 e ss.

edotte, per inerzia e indifferenza avevano omissis di adottare le misure necessarie e appropriate allo scopo di proteggere la vita sua e del figlio rispetto al pericolo, reale e conosciuto, rappresentato dal coniuge, da ultimo, non impedendo che venissero perpetrare le violenze in questione.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricordato, riprendendo la sentenza resa in *Opuz c. Turchia*⁴², che in particolare i bambini e le altre persone vulnerabili (ivi comprese le vittime di violenze domestiche)⁴³ hanno diritto alla protezione dello Stato, con ciò intendendosi una prevenzione efficace, che li metta al riparo da forme altrettanto gravi di offese all'integrità della persona⁴⁴. Ancora, ha ribadito che le *positive obligations* promananti dall'art. 2 CEDU (o anche dall'art. 3 CEDU e dall'art. 8 CEDU, da solo o in combinato disposto con l'art. 3 CEDU) possono implicare un obbligo di porre in essere e attuare un quadro normativo adeguato, nel senso che offra protezione dagli atti di violenza che possono essere commessi da parte di "soggetti non pubblici"⁴⁵. Inoltre, ha stabilito che l'*Osman test* è applicabile anche nell'ambito della violenza intra-familiare⁴⁶.

⁴² C.EDU, sez. III, sent. 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia*. Con note di C. DANISI, *Diritto alla vita, "crimini d'onore" e violenza domestica: il caso Opuz c. Turchia*, in *Fam. e dir.*, n. 4/2010, p. 331 e ss.; P. LONDONO, *Developing Human Rights Principles in Cases of Gender-based Violence: Opuz v Turkey in the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, n. 4/2009, p. 657 e ss.; e A. VIVIANI, *Violenza domestica, discriminazione e obblighi degli Stati per la tutela delle vittime: il caso Opuz dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 3/2009, p. 667 e ss. I fatti si riferivano a delle violenze poste in essere da un marito nei confronti della moglie e della madre di lei, quest'ultima venendo infine uccisa con un colpo di pistola, mentre tentava di aiutare la figlia a fuggire dalla casa coniugale. Gli eventi e i timori delle donne per le loro vite erano stati ripetutamente portati all'attenzione delle autorità pubbliche. In particolare, è stata riscontrata la violazione dell'art. 3 CEDU per l'inadeguatezza della risposta statale a fronte della gravità dei reati commessi, motivata dalla mitezza delle sanzioni penali inizialmente applicate, dall'assenza in allora di una disciplina *ad hoc* per la *domestic violence* e dall'inerzia degli inquirenti pur a fronte della ripetizione di tali atti. Insomma, è stata criticata l'assenza di efficacia deterrente delle misure adottate.

⁴³ Sulle categorie di *vulnerability* v. A. VIVIANI, *Violenza domestica, discriminazione e obblighi degli Stati per la tutela delle vittime*, cit., n. 3/2009, pp. 9-10.

⁴⁴ «A questo proposito, la Corte ribadisce che i bambini e le altre persone vulnerabili – tra cui vi sono le vittime di violenze domestiche – in particolare, hanno diritto alla protezione dello Stato, sotto forma di una prevenzione efficace, che li metta al riparo da forme altrettanto gravi di offese all'integrità della persona (Opuz, sopra citata, § 159)» C.EDU, sez. I, sent. 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, par. 99. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

⁴⁵ «La Corte, inoltre, ha già affermato che gli obblighi positivi che gravano sulle autorità – in alcuni casi in virtù dell'articolo 2 o dell'articolo 3 della Convenzione, e in altri casi in virtù dell'articolo 8 considerato da solo o in combinato disposto con l'articolo 3 – possono comportare un dovere di istituire e applicare un quadro normativo adeguato che offra una protezione contro gli atti di violenza che possono essere commessi da privati (si veda, tra altre, Bevacqua e S. c. Bulgaria, n. 71127/01, § 65, 12 giugno 2008, Sandra Janković c. Croazia, n. 38478/05, § 45, 5 marzo 2009, A. c. Croazia, n. 55164/08, § 60, 14 ottobre 2010, e Đorđević c. Croazia, n. 41526/10, §§ 141-143, CEDU 2012 M. e M. c. Croazia, n. 10161/13, § 136, CEDU 2015 (estratti)» C.EDU, sez. I, sent. 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, par. 101. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

⁴⁶ «Pertanto, ogni asserita minaccia contro la vita non obbliga le autorità, rispetto alla Convenzione, ad adottare misure concrete per prevenirne la realizzazione. Perché vi sia un obbligo positivo, deve essere accertato che le autorità sapevano o avrebbero dovuto sapere lì per lì che una determinata persona era minacciata in maniera effettiva e immediata nella sua vita e che esse non hanno adottato, nell'ambito dei loro poteri, le misure che, da un punto di vista ragionevole, avrebbero senza dubbio evitato a tale rischio (Keenan c. Regno Unito, n. 27229/95, §§ 89-90, CEDU 2001 III, Gongadze c. Ucraina, n. 34056/02, § 165, CEDU 2005 XI, e Opuz sopra citata, § 129-130)» C.EDU, sez. I, sent. 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, par. 101. Traduzione non ufficiale a

Con riferimento all'art. 2 CEDU, i giudici di Strasburgo hanno affermato la rilevanza di tale disposizione per la ricorrente, malgrado ella non fosse rimasta uccisa in esito alle aggressioni, poiché, per quanto fosse sopravvissuta, la sua vita era stata comunque messa in pericolo. La censura della Corte EDU si è concentrata sulla conduzione delle indagini e sulle scelte in ordine all'esercizio dell'azione penale, che avevano privato di ogni efficacia la denuncia, creando un contesto di impunità tale da permettere al marito di reiterare le violenze nei confronti della moglie e dei familiari. Ciò si era verificato senza che le autorità nazionali avessero proceduto a una valutazione dei rischi posti dal coniuge e facendo sì che tale contesto culminasse nei fatti di cui alla terza aggressione, coincidente con la morte del figlio e il tentato omicidio della consorte.

Dunque, è stata affermata la violazione del diritto alla vita poiché, tenuto conto della particolarità della violenza domestica, le autorità statali non avevano adottato, rispetto alle loro competenze, quelle misure che, ragionevolmente, avrebbero senza dubbio attenuato, se non proprio impedito, il concretizzarsi di un rischio reale per la vita della ricorrente e del figlio. È stato inoltre specificato che, in tale settore, i diritti dell'aggressore non possono prevalere sui diritti alla vita e all'integrità fisica e psichica delle vittime⁴⁷. In definitiva, le autorità nazionali erano venute meno al loro obbligo di diligenza.

Pertanto, l'Italia è stata condannata per violazione dell'art. 2 CEDU.

In proposito, pare utile mettere in evidenza che, statisticamente, non si registrano solo pronunciamenti sanzionatori, ma ve ne sono anche alcuni ove non vi è un'affermazione di responsabilità contro lo Stato italiano, come, ad esempio, verificatosi in *Penati c. Italia*⁴⁸.

cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it. Invero, tale operazione ermeneutica è già stata compiuta nella sopracitata *Opuz c. Turchia*. Cfr. M. BUSCEMI, *La protezione delle vittime di violenza domestica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 6-7.

⁴⁷ «La Corte rammenta che, nelle cause in materia di violenza domestica, i diritti dell'aggressore non possono prevalere sui diritti alla vita e all'integrità fisica e psichica delle vittime (Opuz, sopra citata, § 147)» C.EDU, sez. I, sent. 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, par. 123. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

⁴⁷ «Pertanto, ogni asserita minaccia contro la vita non obbliga le autorità, rispetto alla Convenzione, ad adottare misure concrete per prevenirne la realizzazione. Perché vi sia un obbligo positivo, deve essere accertato che le autorità sapevano o avrebbero dovuto sapere lì per lì che una determinata persona era minacciata in maniera effettiva e immediata nella sua vita e che esse non hanno adottato, nell'ambito dei loro poteri, le misure che, da un punto di vista ragionevole, avrebbero senza dubbio ovviato a tale rischio (Keenan c. Regno Unito, n. 27229/95, §§ 89-90, CEDU 2001 III, Gongadze c. Ucraina, n. 34056/02, § 165, CEDU 2005 XI, e Opuz sopra citata, § 129-130)» C.EDU, sez. I, sent. 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, par. 101. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

⁴⁸ C.EDU, sez. I, sent. 11 maggio 2021, *Penati c. Italia*. Con nota di E. MAZZANTI, *Violenza domestica e tutela convenzionale del diritto alla vita. Considerazioni a margine del caso "Penati contro Italia"*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, n. 3/2022, p. 1123 e ss. La vicenda riguardava un caso di *family violence* su ricorso presentato dalla madre di un bambino ucciso dal padre durante un incontro protetto, rispetto alla quale ella lamentava la violazione sia del profilo sostanziale sia di quello procedurale dell'art. 2 CEDU. Sulla base del criterio stabilito in *Osman c. Regno Unito* (e, quindi, in *Talpis c. Italia*) non è stata ravvisata una manchevolezza meritevole di declaratoria di inosservanza del diritto alla vita. Per un'analisi unitaria di *Talpis c. Italia* e *Penati c. Italia* v. B. NASCIBENE, *Tutela dei diritti fondamentali e "violenza domestica". Gli obblighi dello Stato secondo la Corte EDU*, in *Leg. pen.*, 12.06.2018, p. 1 e ss.

La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo poc'anzi trattata, benché riguardante specialmente le indagini e i processi e l'art. 3 CEDU, mantiene una sicura importanza anche con riguardo all'art. 2 CEDU. Infatti, ha traslato e riadattato nell'ambito della violenza intra-familiare la regola di diritto stabilita in *Osman c. Regno Unito*⁴⁹.

Certamente, tale *decisum* ha avuto un "peso" (soprattutto per la disciplina procedurale) nella riforma organica del c.d. Codice rosso⁵⁰, varata proprio per offrire migliore protezione dalla *gender-based violence*⁵¹. Questo obiettivo ultimo, a giudizio delle stesse istituzioni del Consiglio d'Europa, si direbbe in astratto raggiunto. Nel proprio rapporto sull'Italia, infatti, il GREVIO (*Council of Europe Group of Experts on Action against Women and Domestic Violence*) ha manifestato un generale apprezzamento per tale modifica normativa⁵², pur esprimendo delle riserve specifiche⁵³.

Venendo all'argomentazione adottata dai giudici di Strasburgo, soprattutto ove si sostiene che i diritti dell'accusato (*perpetrators' rights* nel testo in inglese) non possono prevalere (*cannot supersede*) sul diritto alla vita e alla integrità fisica della vittima essa si presta a critiche, a maggior ragione se rapportata a quella del precedente *Osman c. Regno Unito*.

⁴⁹ Per una proposta di sostituzione del requisito della "immediatezza" del rischio con quello della sola "presenza" dello stesso, qualora si tratti di *domestic violence*, v. S. DE VIDO, *States' Positive Obligations to Eradicate Domestic Violence: The Politics of Relevance in the Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *ESIL Reflections*, 6.07.2017, pp. 7-8, la quale riprende il test formulato dal giudice Pinto de Albuquerque nel caso *Valiulienė c. Lituania*: «If a State knows or ought to know that a segment of its population, such as women, is subject to repeated violence and fails to prevent harm from befalling the members of that group of people when they face a present (but not yet imminent) risk, the State can be found responsible by omission for the resulting human rights violations» Opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque (annessa a C.EDU, sez. II, sent. 26 marzo 2013, *Valiulienė c. Lituania*), p. 31.

⁵⁰ Tra le monografie, v. B. ROMANO – A. MARANDOLA, *Codice rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019 n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, 2020 e P. DI NICOLA TRAVAGLINI – F. MENDITTO, *Codice rosso. Il contrasto alla violenza di genere: dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi. Commento alla legge 19 luglio 2019, n. 69*, Milano, 2020.

⁵¹ Cfr., *inter alia*, B. FRAGASSO, *Le indagini in materia di violenza di genere: in capo agli organi inquirenti un onere investigativo rafforzato*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, n. 4/2020, p. 2114 e A. VALSECCHI, "Codice rosso": un commento sulle principali novità interessanti il diritto penale sostanziale, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2020, p. 166. Nella relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione si legge: «Le disposizioni processuali della nuova legge, inoltre, sembrano ispirate anche dalla sentenza della Corte EDU Talpis c. Italia» (*Relazione su novità normativa. Legge 19 luglio 2019, n. 69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, 27.10.2019, p. 3). Anche la Relazione di accompagnamento al d.d.l. lo conferma: «L'intervento normativo proposto trae la sua origine, come si è visto, dall'esigenza di dare pieno sviluppo alle previsioni della direttiva 2012/29/UE e, d'altro lato, dalla volontà di uniformare l'ordinamento alle indicazioni e agli insegnamenti provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e, in particolare, dal precedente rappresentato dalla pronuncia n. 412378/14 del 2 marzo 2017 nella causa Talpis c. Italia» (*Modifiche al codice di procedura penale: disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, n. 1455, 17.12.2018, p. 12). Cfr. C. BELCASTRO, *La Corte EDU si pronuncia nuovamente sugli obblighi positivi nei casi di violenza domestica*, cit., p. 1033.

⁵² Cfr. GREVIO's (*Baseline*) *Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention)*. ITALY, disponibile su www.coe.int.

⁵³ Tra le quali, per quanto concerne strettamente la disciplina di diritto penale sostanziale, il regime di procedibilità a querela delle lesioni personali lievissime contro le donne e della violenza sessuale semplice. Cfr. S. ZIRULIA, *Art. 2 – Diritto alla vita*, cit., p. 67.

Innanzitutto, nell'ambito del diritto penale le garanzie dell'indagato e dell'imputato devono avere la *precedenza* poiché costituiscono l'argine all'abuso dello strumento maggiormente limitativo della libertà e della dignità di una persona, rappresentato dalla pena della reclusione. Dall'analisi di questa espressione "simbolica", in effetti, viene in evidenza qual è la priorità nel disegno di questo filone di giurisprudenza sovranazionale: la prevenzione dei rischi "ad ogni costo", anche se si tratta di comprimere garanzie costituzionali primarie in materia penale. Diversamente, la formulazione dell'*Osman test* si accompagna al presidio dei diritti relativi agli artt. 5 e 8 CEDU, per l'appunto al fine di scongiurare il rischio di un'espansione fuori misura di strumenti estremamente invasivi come possono essere, tra l'altro, determinati mezzi di ricerca della prova e misure cautelari (oltre che misure di polizia). Nel caso *Talpis c. Italia*, viceversa, tale attenzione verso (perlomeno) il riequilibrio tra tali due contrapposte esigenze (e, quindi, prerogative della persona) sembra mancare.

I principi di diritto vigenti in relazione all'adeguatezza del *legal framework* riguardante la gestione della violenza di genere sono stati nel tempo meglio esplicitati. Quelli attualmente vigenti si possono cogliere nella recente decisione in *Kurt c. Austria*⁵⁴.

Il ricorso veniva presentato dalla madre di un bambino ucciso dal padre. Quest'ultimo aveva già commesso abusi nei confronti della moglie. La ricorrente lamentava la violazione dell'art. 2 CEDU in quanto riteneva che le autorità nazionali avrebbero dovuto impedire il verificarsi dell'omicidio del bambino.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dapprima posto l'accento specialmente sulla Convenzione di Istanbul e gli standard elaborati dal GREVIO⁵⁵. Successivamente, ha ripreso l'*Osman test*, leggendolo alla luce delle *positive obligations* concernenti la violenza domestica.

Ha così identificato tre doveri in capo agli Stati Membri: risposta immediata a tali contestazioni; valutazione dei rischi; e adozione di misure operative. Giova concentrarsi sul secondo e sul terzo obbligo.

Riguardo al secondo obbligo, i giudici di Strasburgo hanno osservato che, per essere nelle condizioni di poter sapere se esista un rischio reale e immediato per la vita di una vittima di

⁵⁴ C.EDU, Grande Camera, 15 giugno 2021, *Kurt c. Austria*. Con note di S. DE VIDO, *Verso un "test" di dovuta diligenza sensibile al genere nei casi di violenza domestica?*, cit., p. 613 e ss.; A. LORENZETTI, *Violenza domestica e (mancata) protezione delle vittime, tra Roma e Strasburgo*, in *Quad. cost.*, n. 3/2022, p. 645 e ss.; e L.S. ROSSI, *La tutela del diritto alla vita nell'ambito delle violenze domestiche: di nuovo al vaglio della Corte di Strasburgo i doveri e i limiti derivanti dall'art. 2 CEDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2021, p. 1612 e ss.

⁵⁵ Cfr. S. ZIRULIA, *Art. 2 – Diritto alla vita*, cit., pp. 66-67. Cfr. anche V. STOYANOVA, *Due Diligence Versus Positive Obligations: Critical Reflections on the Council of Europe Istanbul Convention*, in J. NIEMI – L. PERONI – V. STOYANOVA (a cura di), *International Law and Violence Against Women*, Londra-New York, 2020, p. 95 ss. Sulla *Istanbul Convention v. S. DE VIDO – M. FRULLI* (a cura di), *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, Cheltenham, 2023.

violenza domestica, le autorità statali hanno il dovere di effettuare una valutazione del «lethality risk» che sia autonoma, proattiva e completa⁵⁶. Con i primi due aggettivi, si intende che tale *assessment* non deve essere basato esclusivamente sulla percezione della vittima, ma occorre che sia integrato da una valutazione autonoma delle autorità procedenti. Con il terzo aggettivo, invece, ci si riferisce al ricorso anche a *check-list* standardizzate.

La Corte EDU ha quindi adattato il suddetto test (con il relativo requisito di “immediatezza”), precisando che i Paesi Parte quando considerano il rischio di un’ulteriore *escalation* di violenza (anche successivamente alla emissione di un ordine di interdizione e protezione) devono tenere da conto le conoscenze generali e l’ampia ricerca disponibile sulla *domestic violence*. Da ciò, ha derivato un’applicazione più flessibile dei criteri rilevanti se paragonata a situazioni del “tipo Osman”.

Rispetto al terzo obbligo, i giudici di Strasburgo hanno chiarito che la verifica dell’adeguatezza del quadro normativo (ricompresa nella nozione di “misure nell’ambito dei loro poteri” dell’*Osman test*) attiene anche alla disponibilità da parte delle autorità pubbliche di sufficienti misure operative, sia normative sia pratiche, nel momento critico in cui devono decidere come reagire a una situazione di violenza domestica⁵⁷.

La Corte EDU, ad ogni buon conto, ha ritenuto che la decisione delle autorità in merito alle misure operative da adottare richieda inevitabilmente, tanto a livello di politica generale quanto individuale, un’attenta ponderazione dei diritti in gioco e degli altri vincoli pertinenti. In specie, ha sottolineato l’esigenza di un bilanciamento tra la necessità imperativa di proteggere i diritti umani delle vittime alla vita e all’integrità fisica e psicologica e, allo stesso tempo, quella di garantire che la polizia eserciti i propri poteri di controllo e prevenzione del crimine nel pieno rispetto del giusto processo e delle altre garanzie che legittimamente pongono limiti alla portata delle sue azioni, ivi comprese quelle racchiuse negli artt. 5 e 8 CEDU⁵⁸.

⁵⁶ «[...] The Court notes that in order to be in a position to know whether there is a real and immediate risk to the life of a victim of domestic violence (compare the Osman test in paragraph 158 above), the authorities are under a duty to carry out a lethality risk assessment which is autonomous, proactive and comprehensive» C.EDU, Grande Camera, 15 giugno 2021, *Kurt c. Austria*, par. 168.

⁵⁷ «Whether sufficient operational measures are available to the authorities in law and in practice at the critical moment of deciding how to react to a situation of domestic violence is closely related to the question of the adequacy of the legal framework (the “measures within the scope of their powers” aspect of the Osman test)» C.EDU, Grande Camera, 15 giugno 2021, *Kurt c. Austria*, par. 179.

⁵⁸ «Next, the Court considers that the decision by the authorities as to which operational measures to take will inevitably require, at both general policy and individual level, a careful weighing of the competing rights at stake and other relevant constraints. The Court has emphasised in domestic violence cases the imperative need to protect the victims’ human rights to life and to physical and psychological integrity (see Opuz, § 147, and Talpis, § 123, both cited above; compare also the conclusions of the CEDAW Committee in the case of Şahide Goekce v. Austria – see paragraph 92 above). At the same time, there is a need to ensure that the police exercise their powers to control and prevent crime in a manner which fully respects due process and other safeguards that legitimately place restraints on the scope of their actions, including the guarantees contained in Articles 5

Riassumendo, i giudici di Strasburgo hanno sostenuto che le autorità pubbliche devono: dare una risposta immediata alle accuse di violenza domestica; stabilire se esiste un rischio reale e immediato per la vita di una o più vittime di violenza domestica identificate, effettuando una valutazione del rischio autonoma, proattiva e completa; la realtà e l'immediatezza di tale pericolo devono essere esaminate tenendo in debito conto il contesto particolare rappresentato dai casi di violenza domestica; se il risultato del *risk assessment* è che esiste un rischio reale e immediato per la vita, scatta l'obbligo per le autorità di adottare misure operative preventive; e tali iniziative devono essere adeguate e proporzionate al livello di rischio valutato⁵⁹.

La Corte EDU, nell'applicare i principi di diritto stabiliti, ha valutato che nel caso concreto non vi fosse stata una violazione dell'art. 2 CEDU. In particolare, ha raggiunto tale conclusione poiché le autorità statali: avevano assicurato una reazione immediata alle accuse di *domestic violence* (senza che vi fossero stati ritardi o inattività); avevano compiuto un *risk assessment* di qualità adeguata (verificando i fatti senza basarsi solo sul racconto della vittima, ma anche su svariati altri dati ed elementi di prova e prendendo in esame i fattori di rischio settoriali rilevanti); attese le conoscenze in allora disponibili, non potevano attendersi che esistesse un rischio per la vita del figlio della ricorrente.

In definitiva, non essendo ravvisabile un *real and immediate risk* per la vita dei bambini, e, quindi, non essendo stato soddisfatto l'*Osman test* (nel contesto della violenza domestica), i giudici di Strasburgo non hanno ravvisato alcun obbligo per le autorità austriache di adottare misure operative preventive, ulteriori rispetto a quelle già assunte, specificamente dirette nei confronti dei figli della ricorrente. Inoltre, considerando i requisiti del diritto penale nazionale e dell'art. 5 CEDU, hanno escluso che dovesse venire applicata una misura cautelare personale di tipo custodiale nei confronti del padre.

Osservandola nel quadro della rassegna di giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di cui sopra, *Kurt c. Austria* rappresenta un punto fermo nella ricostruzione delle *positive obligations* penali riguardanti la *domestic violence*.

and 8 of the Convention (compare *Osman*, § 116, and *Opuz*, § 129, both cited above)» C.EDU, Grande Camera, 15 giugno 2021, *Kurt c. Austria*, par. 182.

⁵⁹ «To summarise, the Court reiterates that an immediate response to allegations of domestic violence is required from the authorities (see paragraph 165 above). The authorities must establish whether there exists a real and immediate risk to the life of one or more identified victims of domestic violence by carrying out an autonomous, proactive and comprehensive risk assessment (see paragraphs 168 et seq. above). The reality and immediacy of the risk must be assessed taking due account of the particular context of domestic violence cases (see paragraph 164 above). If the outcome of the risk assessment is that there is a real and immediate risk to life, the authorities' obligation to take preventive operational measures is triggered. Such measures must be adequate and proportionate to the level of the risk assessed (see paragraphs 177 et seq. above)» C.EDU, Grande Camera, 15 giugno 2021, *Kurt c. Austria*, par. 190.

Era infatti divenuta pressante l'esigenza di una lettura *dedicata* dei requisiti giurisprudenziali a seguito dell'arresto in *Osman c. Regno Unito*, che si giovasse del contributo proveniente soprattutto da: atti e documenti internazionali che, nel tempo, sono stati adottati, quali specialmente la *Istanbul Convention* e i report GREVIO; nonché studi anche di carattere criminologico che permettessero di migliorare le iniziative (mediante *checklist* e *toolbox*) volte alla tutela delle persone coinvolte in tale fenomeno criminoso. Conseguentemente, si introduce «un “test” di dovuta diligenza radicato negli obblighi discendenti dalla Convenzione europea dei diritti umani, come interpretati alla luce della Convenzione di Istanbul»⁶⁰; *due diligence*, questa, che rappresenta «il fondamento normativo che sta alla base del test»⁶¹.

Lo stesso *Osman test* viene pertanto a essere modificato, sia in senso *riduttivo* sia in senso *espansivo*.

Quanto al primo senso, il requisito del rischio reale e immediato viene reso *elastico* fino a perdere di importanza. Infatti, nel contesto specifico della *domestic violence* è ormai sufficiente, in ragione della tendenza all'*escalation* dei casi di violenza familiare, la mera probabilità che i danni inflitti tornino a ripetersi in futuro⁶².

Rispetto al secondo senso, viene domandata una procedura di *risk assessment* che permetta, con indici scientificamente validi, di controllare le scelte statali. L'insorgenza di *positive obligations* per lo Stato dipende dall'*identità* e dal *grado* di tali rischi. A differenza del primo senso appena esplorato, questa ulteriore novità sembra estendibile alle altre situazioni del “tipo Osman”, non essendo, in effetti, limitata alla violenza intra-familiare. Essa assume, pertanto, una valenza sistematica⁶³.

Ulteriormente, dall'analisi di *Kurt c. Austria* si comprende come sia stato svolto un *aggiornamento* dei doveri per lo Stato Membro derivanti da tali peculiari violazioni del diritto alla vita. L'obbligo di attivarsi in questo ambito risulta estremamente *anticipato*: prossimamente alla presentazione della denuncia, infatti, si richiede alle autorità inquirenti di prendere l'iniziativa, svolgendo indagini preliminari sufficientemente accurate e complete.

⁶⁰ S. DE VIDO, *Verso un “test” di dovuta diligenza sensibile al genere nei casi di violenza domestica?*, cit., p. 620. L'Autrice sottolinea che tale test viene poi ripreso nelle sentenze successive, come in *Landi c. Italia* e, seppur con riferimento all'art. 3 CEDU, anche in *De Giorgi c. Italia*. Cfr. ID., *Verso un “test” di dovuta diligenza sensibile al genere nei casi di violenza domestica?*, cit., p. 622.

⁶¹ *Ivi*, p. 626. In questo senso, la Convenzione di Istanbul diviene strumento per interpretare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cfr. S. DE VIDO, *The Istanbul Convention as an Interpretative Tool at the European and National Levels*, in J. NIEMI – L. PERONI – V. STOYANOVA (a cura di), *International Law and Violence Against Women*, Londra-New York, 2020, p. 57 e ss.

⁶² Cfr. V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 209-210.

⁶³ Cfr. *ivi*, pp. 211-213.

Rispetto ad altre decisioni dei giudici di Strasburgo deve darsi atto dell'attenzione riservata in questa sede anche un attento (e meno sbilanciato a favore della vittima, apparentemente) *contemperamento* delle esigenze di protezione con le garanzie sostanziali e processuali dell'indagato e dell'imputato, relativamente in special modo alla privazione della libertà personale⁶⁴.

L'onere preventivo gravante sulla pubblica autorità viene inoltre basato su un criterio di *ragionevolezza* e la valutazione della responsabilità statale si colloca *ex ante* rispetto alle azioni poste in essere dal soggetto agente.

1.2. ... Dai pericoli per la generalità dei consociati (di uso delle armi)

Svolto l'approfondimento riferito alle vittime determinate e previamente identificate, occorre ora spostare lo sguardo verso quei settori ove si è manifestato il dovere di attivarsi in capo alla autorità statali rispetto alla protezione non tanto di uno o più soggetti individuati o individuabili, bensì della società in senso ampio.

Vi si annoverano casi come, esemplificativamente: l'aggressività manifestata da una persona affetta da disturbi mentali; la disponibilità alla commissione di atti terroristici di un soggetto; l'uso di armi da parte di un agente di polizia al di fuori dall'orario di servizio; la violenza omicida di un paziente psichiatrico; le uccisioni in alto numero perpetrate da dei terroristi nel corso di un sequestro di ostaggi⁶⁵.

Il caso che ha avviato tale estensione del raggio di operatività degli obblighi positivi di tutela penale, da una dimensione individuale a una collettiva, è *Mastromatteo c. Italia*⁶⁶.

La vicenda riguardava l'omicidio del figlio del ricorrente, perpetrato da detenuti che, nel mentre, stavano usufruendo di misure alternative (rispettivamente, permesso premio e semidetenzione). Tra loro, vi era anche chi si era poi dato alla latitanza. Il padre lamentava la violazione dell'art. 2 CEDU poiché le autorità italiane non avevano protetto il diritto alla vita del congiunto, avendo le stesse contribuito a creare le condizioni per la sua uccisione attraverso la concessione ai responsabili di misure che, facilitandone il reinserimento, li avevano messi in libertà.

⁶⁴ Sui rapporti tra obblighi positivi e negativi e sul ricorso al principio di proporzionalità in proposito v. V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 111 e pp. 114-115.

⁶⁵ Cfr. S. ZIRULIA, *Art. 2 – Diritto alla vita*, cit., pp. 69-70.

⁶⁶ C.EDU, Grande Camera, sent. 24 ottobre 2002, *Mastromatteo c. Italia*.

Nella propria decisione, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è riportata a *Osman c. Regno Unito*, affermando che gli obblighi positivi in capo agli Stati Membri vanno al di là del dovere primario di garantire il diritto alla vita: essi constano altresì in quello di introdurre disposizioni di diritto penale efficaci al fine di dissuadere dalla commissione di reati contro la persona e che poggino su di un meccanismo di applicazione della legge che sia diretto a prevenzione, repressione e punizione delle violazioni di tali disposizioni. In alcune circostanze ben definite, l'art. 2 CEDU può anche implicare la *positive obligation* di adottare misure operative preventive per proteggere una persona la cui vita è messa a rischio dalle condotte penalmente rilevanti di un'altra⁶⁷.

I giudici di Strasburgo hanno quindi propriamente distinto la vicenda sottoposta al loro vaglio da quella in *Osman c. Regno Unito* (che, come visto, ha riguardato l'esigenza di protezione personale riferita a uno o più individui identificabili in anticipo come potenziali bersagli di un gesto dalle conseguenze letali, cfr. *supra*, cap. II, par. 1.1). Non trattandosi di valutare l'esistenza di una responsabilità statale fondata sulla mancata protezione offerta a una certa persona, essi si sono interrogati piuttosto sull'esistenza e l'estensione di un obbligo positivo di offrire protezione alla società in generale rispetto alle potenziali azioni di una o più persone che stanno scontando una pena detentiva in relazione alla commissione di un reato violento⁶⁸.

Successivamente, la Corte EDU si è dedicata allo studio della normativa italiana sulla esecuzione penale e in particolare sulle misure alternative alla detenzione ivi previste. In tale frangente, ha affermato che una delle funzioni essenziali della pena è la protezione della società, ma ha altresì riconosciuto il fine legittimo rappresentato da una politica di progressiva reintegrazione sociale dei condannati a pene detentive. Prendendo in esame i criteri di concessione di tali benefici penitenziari, ha ritenuto il sistema italiano rispondente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, anche sulla base dei dati statistici che restituivano una percentuale molto ridotta di commissione di reati da parte delle persone che

⁶⁷ «L'obbligo dello Stato va al di là del suo dovere primario di garantire il diritto alla vita, introducendo efficaci disposizioni di diritto penale per dissuadere la commissione di reati contro la persona e poggiando su di un meccanismo di applicazione della legge diretto alla prevenzione, alla repressione ed al sanzionamento delle violazioni di tali disposizioni. L'articolo 2 può inoltre implicare, in certe circostanze ben determinate, l'obbligo positivo a carico delle autorità di adottare delle misure operative preventive dirette a proteggere l'individuo la cui vita è a rischio per le manovre criminali di un altro individuo» C.EDU, Grande Camera, sent. 24 ottobre 2002, *Mastromatteo c. Italia*, par. 67. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

⁶⁸ «La situazione esaminata nelle cause ... e ... riguardava l'esigenza della protezione personale di uno o più individui identificabili in anticipo come potenziali bersagli di un atto letale. Il caso in specie si distingue da quei casi in quanto qui non si tratta di determinare se ci fosse la responsabilità da parte delle autorità per non essere riuscite a fornire la protezione personale ad Y; ciò che è in questione è l'obbligo di offrire una protezione generale alla società contro le potenziali azioni di una o più persone che scontano una pena detentiva per un reato violento e di definirne l'estensione» C.EDU, Grande Camera, sent. 24 ottobre 2002, *Mastromatteo c. Italia*, par. 67. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

si trovavano in regime di semilibertà e di ingresso in latitanza da parte di quelle che usufruivano di un permesso premio⁶⁹.

In definitiva, quanto al dovere di diligenza (*duty of care*), i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che, alla luce degli elementi di fatto (quali pareri favorevoli di servizi sociali e polizia), non vi fosse nulla che potesse allertare le autorità statali sulla eventualità che il rilascio dei due autori dell'omicidio avrebbe costituito una reale e immediata minaccia alla vita. Ciò era ancor più vero per il figlio del ricorrente, dato che la sua morte era stata dovuta a un susseguirsi fortuito di eventi. Pertanto, hanno escluso una violazione dell'art. 2 CEDU. La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in *Mastromatteo c. Italia* rappresenta un rivolgimento nella dottrina delle *positive obligations* concernenti violazioni perpetrate da privati cittadini.

Infatti, fino a prima di tale arresto giurisprudenziale, l'obbligo positivo preteso nei confronti delle autorità nazionali era quello di "fare tutto ciò che poteva ragionevolmente essere fatto" per evitare un rischio reale e immediato per la vita, del quale dovevano o avrebbero dovuto essere a conoscenza, nei riguardi di un soggetto passivo *determinato*. Dopo tale decisione, invece, sullo Stato Membro ricade un dovere di protezione dei consociati, o «di terzi (non meglio identificati)»⁷⁰, *generale e astratto*: l'obbiettivo diventa la società e cessa di essere solo una persona o un gruppo ristretto di persone⁷¹.

Questa rivoluzione copernicana determina un *allargamento* inevitabile dello spettro di vigenza degli obblighi di tutela rivolti ai poteri pubblici. Parallelamente, essa porta a *scrutare* il funzionamento dell'intero apparato preventivo e repressivo statale, come puntualmente verificatosi, nella occasione, con la disciplina di diritto penitenziario vigente in Italia.

Sotto questo profilo, non devono essere sottovalutate le asserzioni dei giudici di Strasburgo sulla finalità della pena.

Essi hanno infatti preso posizione sulle necessità: sia di assicurare la protezione sociale (insita nella punizione), e, quindi, sulle funzioni di prevenzione generale e speciale negativa;

⁶⁹ «Una delle funzioni essenziali di una pena detentiva è quella di proteggere la società, per esempio impedendo ad un criminale di essere recidivo e così di causare ulteriori danni. Allo stesso tempo la Corte riconosce il fine legittimo di una politica di progressiva reintegrazione sociale delle persone condannate a pene detentive. [...] La Corte ritiene che questo sistema vigente in Italia preveda sufficienti misure di protezione per la società. Essa è confortata in questa opinione dalle statistiche fornite dallo Stato convenuto, le quali mostrano che la percentuale di reati commessi da detenuti in regime di semilibertà è molto bassa, come lo è la percentuale dei detenuti che si danno alla latitanza mentre sono in permesso di uscita (vedere paragrafo 49 di cui sopra)» C.EDU, Grande Camera, sent. 24 ottobre 2002, *Mastromatteo c. Italia*, par. 72. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

⁷⁰ V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 71.

⁷¹ Cfr. V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 206-207.

sia su quella del reinserimento (che, secondo l'art. 27 co. 3 Cost., costituisce come noto la sua finalità tendenziale), e, quindi, sulla funzione di prevenzione speciale positiva. Tale secondo volto della punizione, quello delle «politiche di progressivo reinserimento sociale»⁷² viene ritenuto essere meramente un *legitimate aim*.

Ne consegue che la scelta di non ravvisare una violazione del diritto alla vita a fronte dell'applicazione di misure alternative quali permesso premio e semidetenzione conferisce una *legittimazione* a tale sistema penitenziario⁷³.

Tra gli altri settori, l'uso delle armi (specie da fuoco) da parte di persone non idonee a detenerne è quello in relazione al quale l'imposizione di obblighi positivi di protezione dal pericolo per la società in senso ampio posto da soggetti determinati diviene particolarmente pressante. Il caso di riferimento in proposito è *Kotilainen e altri c. Finlandia*⁷⁴.

La vicenda atteneva a una sparatoria, ove erano morti nove studenti e un insegnante. Ricorrevano i loro parenti, lamentando la violazione dell'art. 2 CEDU poiché le autorità pubbliche non avevano sequestrato l'arma all'autore, il quale, in precedenza, aveva manifestato dei segnali che lasciavano intendere che fosse inidoneo a possederne una.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è misurata con gli aspetti sostanziali e procedurali degli obblighi positivi derivanti dal diritto alla vita.

Rispetto ai primi, ha sostenuto che i doveri per le autorità nazionali derivanti dall'art. 2 CEDU comportano soprattutto l'obbligo primario di predisporre un'adeguata serie di misure preventive volte a garantire la sicurezza pubblica, compreso l'effettivo funzionamento del quadro normativo⁷⁵. Ha successivamente esaminato l'*Osman test*, precisando che lo stesso, a seguito del caso *Mastromatteo c. Italia* appena visto, consta dell'obbligo di fornire protezione contro un rischio reale e imminente di condotte penalmente rilevanti provenienti anche da un individuo determinato, che possa sorgere nei confronti di soggetti non identificabili in anticipo (come, per l'appunto, nell'evenienza della concessione di permessi

⁷² E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 275.

⁷³ In tema, vanno valorizzati due passaggi del *decisum*, quelli: ove si evince l'importanza attribuita all'*attività istruttoria*, intesa come premessa fondamentale perché possano esprimersi compiutamente i magistrati e il tribunale di sorveglianza interpellati dall'istante; e ove si ricava il riguardo dato ai *risultati empirici* (nel senso della scarsissima probabilità frequentista della reiterazione del reato e della transizione alla latitanza dei beneficiari delle misure alternative).

⁷⁴ C.EDU, sez. I, sent. 17 settembre 2020, *Kotilainen e altri c. Finlandia*. Con nota di M. SCANLON, *School shooting European Court of Human Rights (First Section): Judgment of 17 September 2020*, in *European Human Rights Law Review*, n. 1/2021, pp. 123-126.

⁷⁵ «[...] These duties of the domestic authorities entail above all the primary obligation to have in place an appropriate set of preventive measures geared to ensuring public safety. [...] In this regard, the Court has emphasised that the States' obligation to regulate must be understood in a broader sense, which includes the duty to ensure the effective functioning of that regulatory framework» C.EDU, sez. I, sent. 17 settembre 2020, *Kotilainen e altri c. Finlandia*, par. 66.

premio o della liberazione condizionale a detenuti ritenuti pericolosi)⁷⁶. Tali *positive obligations of protection* sono state dunque estese altresì all'uso di armi da fuoco, in riferimento al rispetto della disciplina nazionale in tema e alla valutazione della personalità di chi ne ha la disponibilità⁷⁷.

I giudici di Strasburgo, nell'interpretare i fatti sottoposti al loro vaglio in relazione ai profili sostanziali dell'art. 2 CEDU, hanno dapprima chiarito che l'uso delle armi da fuoco comporta un alto livello di rischi intrinseci per il diritto alla vita poiché qualsiasi tipo di comportamento scorretto che le riguardi, intenzionale come colposo, può avere conseguenze fatali per le vittime, e il rischio che tali armi vengano utilizzate per commettere «deliberate criminal acts» è ancora più grave. Pertanto, hanno stabilito che l'uso delle armi da fuoco è un'attività pericolosa che impegna gli Stati Membri nel senso che questi sono gravati dall'obbligo positivo di adottare e attuare misure volte a garantire la sicurezza pubblica. Questa «primary obligation» consiste nel dovere di introdurre norme per la protezione della vita e di garantire l'effettiva vigenza e il funzionamento del quadro normativo⁷⁸.

Nella propria decisione, la Corte EDU ha distinto tra le *positive obligations* riguardanti le vittime e le attività pericolose.

Quanto alle prime, ha escluso la violazione dell'art. 2 EDU in ragione dell'assenza di un rischio reale e immediato per individui identificabili in ragione del rispetto della normativa nazionale sulla concessione del porto d'armi (che era comprensiva di un colloquio) e delle informazioni in allora a disposizione delle autorità pubbliche, che non potevano lasciare pensare al pericolo che si verificasse uno *school shooting*.

⁷⁶ «[...] In certain circumstances, however, the Court has held that a similar obligation to afford protection against a real and imminent risk of criminal acts emanating from a given individual may arise towards members of the public who are not identifiable in advance, notably in the context of the granting of prison leave or conditional release to dangerous prisoners (see *Mastromatteo v. Italy* [GC], no. 37703/97, § 69, ECHR 2002-VIII; *Maiorano and Others v. Italy*, no. 28634/06, § 107, 15 December 2009; and *Choreftakis and Choreftaki v. Greece*, no. 46846/08, §§ 48-49, 17 January 2012)» C.EDU, sez. I, sent. 17 settembre 2020, *Kotilainen e altri c. Finlandia*, par. 70.

⁷⁷ «[...] Similarly, in a case concerning a police officer who deliberately shot two persons with his police gun while off duty, the Court found a violation of Article 2 on the grounds that the officer had been issued with the gun in breach of the existing domestic legislation governing police weapons and that there had been a failure to properly assess his personality in the light of his known history of previous disciplinary offences (see *Gorovenky and Bugara v. Ukraine*, nos. 36146/05 and 42418/05, § 39, 12 January 2012)» C.EDU, sez. I, sent. 17 settembre 2020, *Kotilainen e altri c. Finlandia*, par. 71.

⁷⁸ «For the Court, there can be no doubt that the use of firearms entails a high level of inherent risks to the right to life since any kind of misconduct, not only intentional but also negligent, involving the use of firearms may have fatal consequences for victims, and the risk of such weapons being used to commit deliberate criminal acts is even more serious. Accordingly, the use of firearms is a form of dangerous activity which must engage the States' positive obligation to adopt and implement measures designed to ensure public safety (see paragraphs 66-68 above). This primary obligation consists in the duty to adopt regulations for the protection of life and to ensure the effective implementation and functioning of that regulatory framework» C.EDU, sez. I, sent. 17 settembre 2020, *Kotilainen e altri c. Finlandia*, par. 75.

Rispetto alle seconde, ha concluso per una inosservanza del diritto alla vita poiché il sequestro dell'arma era una misura che poteva essere adottata sulla base di quanto allora già conosciuto. Ha aggiunto, peraltro, che non si trattava di una interferenza significativa con i diritti fondamentali del singolo e neppure richiedeva una soglia elevata per poter essere applicata.

Con la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo in *Kotilainen e altri c. Finlandia* vengono fornite: una *definizione* del soggetto agente; una *distinzione* tra obblighi positivi relativi a vittime determinate e alla società in generale; e un *bilanciamento* tra esigenze differenti e fra loro in contrasto derivanti da tale discriminazione (e le relative ripercussioni di carattere teorico).

Quanto al primo profilo, è di tutta evidenza che si registra un allargamento del novero dei soggetti che possono portare a far insorgere dei doveri in capo allo Stato Membro. Si assiste, cioè, alla pretesa di un obbligo di attivarsi riferito anche a individui non *latu sensu* "pubblici" (inteso, cioè, pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio). Tale straripamento delle *positive obligations*, che avviene specialmente nel contesto della attività rischiose (come la circolazione stradale⁷⁹), appare controverso⁸⁰.

Venendo al secondo profilo, *Kotilainen e altri c. Finlandia* affronta il doppio volto dell'accertamento, sia quello di *Osman c. Regno Unito* (pericoli per vittime determinate) sia quello di *Mastromatteo c. Italia* (pericoli per la società in generale). L'attenzione posta nel distinguere tra le due diverse forme di doveri statali è da accogliere con favore poiché favorisce un progressivo affinamento dei relativi criteri discretivi. Infatti, per un verso, si esclude di riuscire a ravvisare un nesso di causalità tra l'omissione delle autorità pubbliche e le uccisioni nonché la prevedibilità di quel tipo di evento e, per altro verso, si critica l'omessa adozione di precauzioni ragionevoli (quali un sequestro). Proprio l'insussistenza di elemento oggettivo e soggettivo (nelle autorità statali intervenute) sembra suggerire che la *ratio* della declaratoria di violazione dell'art. 2 CEDU derivi dal *livello* e dal *tipo* del rischio che si accompagna all'"amministrazione" delle armi da fuoco: particolarmente alto e creato dall'uomo⁸¹.

⁷⁹ Su questo punto v. C.EDU, sez. I, sent. 25 marzo 2021, *Smiljanić c. Croazia*. Cfr. *infra*, cap. III, par. 6.

⁸⁰ Cfr. V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 60. Questa opzione "aggressiva" non trova infatti un consenso unanime nemmeno tra chi è chiamato a decidere, come si può evincere dalla opinione dissenziente depositata dal giudice Eicke in tale procedimento. Cfr. Opinione in parte dissenziente del giudice Eicke (annessa a C.EDU, sez. I, sent. 17 settembre 2020, *Kotilainen e altri c. Finlandia*).

⁸¹ Cfr. V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 38-39.

Giungendo al terzo profilo, non si può escludere che tale decisione determini un arretramento delle garanzie individuali, contrapponendo il *risk management* alle prerogative del singolo⁸². Nello specifico, sembra venir liquidata troppo rapidamente la difficoltà insita nella scelta se procedere all'ablazione di un bene legittimamente nella disponibilità di una persona⁸³. Anticipare la soglia di accertamento della consapevolezza del rischio a situazioni nelle quali le avvisaglie sulla pericolosità di un soggetto sono insufficienti – altrimenti, è il sottinteso, la polizia avrebbe eseguito la misura privativa – significa porre lo Stato Membro innanzi al dilemma pressoché irrisolvibile⁸⁴ se optare per un controllo totalizzante (con correlata potenziale violazione di disposizioni quali gli artt. 5 e 8 CEDU) oppure per la messa a rischio della vita delle persone nella sua giurisdizione (e, così, di poter venire condannato per una inosservanza del diritto alla vita). Insomma, non si può escludere che le pressioni gravanti sui pubblici rappresentanti, una volta che venga paventata una responsabilità statale dovuta alla omissione di controlli ficcanti e di privazioni afflittive, determini questi ultimi ad agire, laddove si trovino in una situazione di forte dubbio, a favore della *riduzione* dei diritti fondamentali (dei soggetti bersaglio delle loro operazioni), invece che della loro *preservazione*.

2. L'art. 2 CEDU e le scriminanti. La disciplina delle operazioni di polizia

Il divieto della privazione della vita di una persona⁸⁵, promanante dal generale diritto alla vita, conosce delle limitazioni. Esse sono disciplinate all'art. 2 par. 2 CEDU, che ammette il ricorso alla forza (letale) laddove essa si sia resa assolutamente necessaria al fine di:

- a) garantire la difesa di ogni persona dalla violenza illegale;
- b) eseguire un arresto regolare o impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta;
- c) reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione.

⁸² Cfr. V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 71.

⁸³ L'argomentazione concernente il dovere di protezione delle vittime previamente identificabili viene del resto "sacrificata" quando si passa a quella sul dovere di protezione della società generalmente intesa. Sull'esistenza di un test di «knowledge, causation, and reasonableness, including any competing individual or public interests» in merito all'assunzione di misure proattive e al loro ambito di vigenza, v. V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 105.

⁸⁴ Meglio, alla «true lose-lose situation» Opinione in parte dissenziente del giudice Eicke (annessa a C.EDU, sez. I, sent. 17 settembre 2020, *Kotilainen e altri c. Finlandia*), par. 21.

⁸⁵ A ben vedere, ad esso si aggiunge anche quello della condotta che cagioni lesioni di tipo grave, laddove venga provocato un pericolo per la vita. Il test è quello, come visto, del *real and immediate risk for life*. Cfr. V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 46.

Attorno a tali tre eccezioni⁸⁶ si sviluppa la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ad oggi, essa attiene soprattutto a situazioni concernenti operazioni di polizia, meritando queste ultime, quindi, di essere approfondite per prime.

I diritti fondamentaleissimi, come quello alla vita, si pongono inevitabilmente in costante (e non sempre facile) dialogo con la disciplina delle scriminanti *on the books* e *in action* a livello nazionale⁸⁷.

Allo scopo di assicurare la protezione alla vita dei consociati, la Corte europea dei diritti dell'uomo si concentra innanzitutto sulle condotte dei soggetti posti nella responsabilità delle autorità pubbliche. Necessariamente, quindi, si rivolge ai più diretti detentori del "monopolio della violenza" in uno Stato di diritto, e, cioè, gli agenti statali⁸⁸.

Nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo sugli obblighi positivi riferiti alle *police operations* possono essere ravvisati alcuni indirizzi interpretativi comuni⁸⁹.

È possibile nello specifico tracciare una distinzione tra operazioni pianificate e non pianificate. Infatti, tale *summa divisio* permette di valorizzare la capacità gestionale e la situazione soggettiva nella quale si vengono a trovare gli agenti, ove il loro comportamento sia basato su determinate motivazioni poi rivelatesi concretamente errate.

Chiaramente, per ciò che concerne dinamiche caratterizzate da pressante urgenza, tale standard di tutela può rivelarsi meno elevato, e, quindi, la relativa pretesa nei riguardi degli Stati Membri risulta moderata. Viceversa, in presenza di manifestazioni di massa, data la loro prevedibilità nel contesto odierno le medesime aspettative sono più alte, con conseguente imposizione di doveri più ficcanti in capo ai Paesi Parte.

L'indirizzo della Corte EDU rispetto alle *positive obligations* appare proteso a considerare due diversi aspetti: da un lato, la *correttezza della pianificazione e gestione* dell'intervento di polizia, e, dall'altro, il *tasso di rimproverabilità soggettiva* dei singoli agenti intervenuti nell'operazione. Due pronunce che ben rappresentano tale indirizzo sono quelle relative ai casi *McCann e altri c. Regno Unito*⁹⁰ e *Giuliani e Gaggio c. Italia*⁹¹.

⁸⁶ Trattasi di un'elencazione tassativa per ciò che concerne i *fatal cases*. Ad esempio, deve essere esclusa se lo scopo è quello della difesa della proprietà privata. Cfr. D.J. HARRIS – M. O'BOYLE – E.P. BATES – C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 228.

⁸⁷ Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 90 e ss.

⁸⁸ Gli individui che rientrano in tale macrocategoria sono oltre alle forze di pubblica sicurezza in senso stretto (ad esempio, gli agenti di polizia) anche i militari dell'esercito, nonché i civili che svolgano funzioni attribuite loro dal Governo, quali i volontari "quasi-poliziotti". Cfr. S. ZIRULIA, *Art. 2 – Diritto alla vita*, cit., p. 50.

⁸⁹ Cfr. S. ZIRULIA, *Art. 2 – Diritto alla vita*, cit., p. 50 e ss. e V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 46 e ss.

⁹⁰ C.EDU, Grande Camera, sent. 27 settembre 1995, *McCann e altri c. Regno Unito*. Sulla significatività di tale arresto v. F.N. AOLAÏN, *The Evolving Jurisprudence of the European Convention concerning the Right to Life*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, n. 1/2001, pp. 21-42.

⁹¹ C.EDU, Grande Camera, sent. 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*. Con nota di A. COLELLA, *L'"Assoluzione piena" dell'Italia nel caso Giuliani: alcune considerazioni critiche a margine della sentenza*

Il caso *McCann e altri c. Regno Unito* concerneva un'operazione delle forze speciali inglesi a Gibilterra eseguita sulla base del sospetto che l'IRA avesse preparato un attacco terroristico su tale territorio, ai danni di un reggimento britannico, nell'occasione del cambio della guardia. Per scongiurare tale evenienza, era stato predisposto un gruppo operativo che intervenisse *in loco*. Prima che potessero concludere il proprio attacco, i tre sospettati, che nel frattempo erano stati identificati e pedinati, erano stati uccisi dagli agenti intervenuti. Il governo britannico sosteneva che le privazioni della vita fossero giustificate ai sensi dell'art. 2 par. 2 lett. a) CEDU in quanto derivanti da un uso della forza assolutamente necessario per difendere la popolazione di Gibilterra da violenze illegali. Diversamente, i ricorrenti lamentavano che il governo non avesse dimostrato al di là di ogni ragionevole dubbio che la pianificazione e l'esecuzione dell'operazione fossero state conformi alla disposizione citata e, quindi, concludevano che le uccisioni non fossero state assolutamente necessarie.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha distinto il criterio della "necessità in una società democratica" rispetto a quello della "assoluta necessità", specificando che il secondo è più rigoroso e stringente e, in particolare, la forza utilizzata deve essere strettamente proporzionata al raggiungimento degli obiettivi previsti dalle lett. a), b) e c). Proprio in ragione dell'importanza del diritto alla vita e specie nell'evenienza dell'uso deliberato di forza letale, dunque, ha introdotto lo scrutinio del doppio livello menzionato sopra: quello sull'operato degli agenti statali e quello sulla pianificazione e sul controllo delle azioni medesime⁹².

della Grande Camera, in *Riv. AIC*, n. 3/2011, pp. 1-20. V. anche V. MANES, *Diritti, libertà, e garanzie sostanziali e processuali*, in V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, p. 196. Sulla portata sistematica di questa vicenda v. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., p. 270 e ss. In relazione alla forza pubblica v. T.F. GIUPPONI, *Diritto alla vita, uso legale della forza e gestione nazionale della sicurezza pubblica: i più recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in L. MEZZETTI – A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Torino, 2011, pp. 227-235. In rapporto all'uso legittimo della forza v. G. MARTIELLO, *Violenza pubblica potenzialmente letale e diritto alla vita ex art. 2 CEDU: a proposito dell'art. 53 c.p. "convenzionalmente riletto"*, in *disCrimen*, 15.07.2019, p. 1 e ss.

⁹² «The Court considers that the exceptions delineated in paragraph 2 (art. 2-2) indicate that this provision (art. 2-2) extends to, but is not concerned exclusively with, intentional killing. As the Commission has pointed out, the text of Article 2 (art. 2), read as a whole, demonstrates that paragraph 2 (art. 2-2) does not primarily define instances where it is permitted intentionally to kill an individual, but describes the situations where it is permitted to "use force" which may result, as an unintended outcome, in the deprivation of life. The use of force, however, must be no more than "absolutely necessary" for the achievement of one of the purposes set out in sub-paragraphs (a), (b) or (c) (art. 2-2-a, art. 2-2-b, art. 2-2-c). In this respect the use of the term "absolutely necessary" in Article 2 para. 2 (art. 2-2) indicates that a stricter and more compelling test of necessity must be employed from that normally applicable when determining whether State action is "necessary in a democratic society" under paragraph 2 of Articles 8 to 11 (art. 8-2, art. 9-2, art. 10-2, art. 11-2) of the Convention. In particular, the force used must be strictly proportionate to the achievement of the aims set out in sub-paragraphs 2 (a), (b) and (c) of Article 2 (art. 2-2-a-b-c). In keeping with the importance of this provision (art. 2) in a democratic society, the Court must, in making its assessment, subject deprivations of life to the most careful scrutiny, particularly where deliberate lethal force is used, taking into consideration not only the actions of the agents of the State who actually administer the force but also all the surrounding

Nel considerare il primo aspetto, i giudici di Strasburgo hanno escluso una violazione dell'art. 2 CEDU, affermando il principio di diritto secondo cui l'uso della forza da parte di agenti statali per perseguire uno degli scopi delineati al par. 2 dell'articolo può essere giustificato quando è basato su una convinzione onesta che è percepita, per buone ragioni, come valida in quel momento, ma che successivamente si rivela errata⁹³. In tal senso, i giudici hanno dunque stabilito che i soldati avevano ritenuto onestamente, alla luce delle informazioni che erano state loro fornite, che fosse necessario sparare ai sospettati per evitare che facessero esplodere una bomba e causassero gravi perdite di vite umane. Le azioni che avevano intrapreso, in obbedienza a ordini superiori, erano state dunque da loro percepite come assolutamente necessarie per salvaguardare vite innocenti.

Nel considerare il secondo aspetto, invece, la Corte EDU ha dichiarato che era stato violato il diritto alla vita dei ricorrenti (segnatamente che non era stata rispettata la previsione di cui all'art. 2 par. 2 CEDU), attribuendo importanza: al mancato impedimento ai terroristi di entrare a Gibilterra; alla incapacità delle autorità di tenere da conto che l'intelligence ricevuta potesse essere sbagliata anche solo in parte; e al ricorso automatico alla forza letale quando le forze speciali avevano aperto il fuoco.

Dalla lettura della sentenza in *McCann e altri c. Regno Unito* si traggono alcuni indirizzi di fondo riguardo l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo in ordine al limite entro il quale può operare l'elenco delle previsioni di cui al paragrafo 2 dell'art. 2 CEDU rispetto agli obblighi positivi di tutela penale.

Innanzitutto, i giudici di Strasburgo si arrogano il giudizio non soltanto sulla dinamica dell'azione in sé e per sé, bensì sull'intero *iter* della stessa, dalla fase di ideazione sino a quella di attuazione. Tale grado di approfondimento implica necessariamente l'esigenza di posare lo sguardo non soltanto sugli agenti "sul campo", ma anche sui superiori; coloro i quali, cioè, hanno assunto le decisioni operative sulla base delle informazioni disponibili.

In termini penalistici, questo porta ad affrontare due diverse e distinte modalità di affermazione della responsabilità individuale, riferite ai livelli di intervento.

Per quanto concerne il *livello inferiore*, occorrerà interrogarsi circa la sussistenza dei requisiti della "assoluta necessità" e della "stretta proporzionalità", mentre, per *quello*

circumstances including such matters as the planning and control of the actions under examination» C.EDU, Grande Camera, sent. 27 settembre 1995, *McCann e altri c. Regno Unito*, parr. 148, 149 e 150.

⁹³ «[...] It considers that the use of force by agents of the State in pursuit of one of the aims delineated in paragraph 2 of Article 2 (art. 2-2) of the Convention may be justified under this provision (art. 2-2) where it is based on an honest belief which is perceived, for good reasons, to be valid at the time but which subsequently turns out to be mistaken. To hold otherwise would be to impose an unrealistic burden on the State and its law-enforcement personnel in the execution of their duty, perhaps to the detriment of their lives and those of others» C.EDU, Grande Camera, sent. 27 settembre 1995, *McCann e altri c. Regno Unito*, par. 200.

superiore, bisognerà domandarsi se sia attribuibile una responsabilità colposa in capo al vertice organizzativo e gestionale dell'azione di polizia (di natura tanto commissiva quanto omissiva)⁹⁴.

Per entrambi gli aspetti, l'uno riferibile alle scriminanti e l'altro all'elemento soggettivo, occorrerà scendere nel concreto, sulla base delle evidenze disponibili, adottando un approccio riferito alla percezione del singolo in relazione, rispettivamente, alla situazione di pericolo⁹⁵ e alla qualità dei dati disponibili sul contesto e sui soggetti interessati⁹⁶, attraverso la regola del «honest and reasonable belief»⁹⁷.

Benché la decisione in *McCann e altri c. Regno Unito* sia piuttosto peculiare (anche alla luce del contrasto diametrico presente nel collegio), dalla stessa si evince che la *putatività* ha una valenza significativa nella decisione favorevole al rispetto dell'art. 2 CEDU quanto alle condotte degli operativi impegnati, mentre, viceversa, la *violazione di regole di cautela* ha un peso decisivo nella declaratoria di una inosservanza del diritto alla vita relativamente all'operato dei responsabili della pianificazione dell'operazione di polizia⁹⁸.

⁹⁴ Ciò non toglie che permangono difficoltà applicative qualora, nella condotta di un soggetto inserito nel primo livello, si riscontri la sussistenza di una causa di giustificazione, che, in quanto circostanza oggettiva, si estende anche ai concorrenti nel reato *ex art.* 119 c.p., impedendo, così, un accertamento di responsabilità di un agente appartenente al secondo livello. Su tale difficoltà di adattamento del parametro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo a quello nazionale v. A. COLELLA, *L'«Assoluzione piena» dell'Italia nel caso Giuliani*, cit., pp. 18-19, la quale, menzionando Cass. pen., sez. I, sent. n. 20123 del 20.01.2011 (dep. 20.05.2011) – relativa all'imputazione di distruzione pluriaggravata colposa di opere militari riferita a due generali italiani della *Italian Joint Task Force Irak* che, in ragione delle sottovalutazioni degli attacchi subiti, avevano omesso l'adozione di cautele opportune in relazione ai fatti di Nassirya –, individua nel concorso colposo di cause indipendenti il parametro per costruire accuse allineate ai requisiti derivanti dall'art. 2 CEDU. L'Autrice giunge addirittura a ritenere che, in tali situazioni, dovrebbe ricavarsi la preclusione all'operatività della norma sulla valutazione delle circostanze di esclusione della pena, non potendo altrimenti essere mossi rimproveri di natura né penale né amministrativa nei confronti dei decisori al vertice. Rimane però che tale ipotesi non trova riscontro nella giurisprudenza CEDU e comunque si porrebbe in contrasto con il principio di legalità, determinando infatti, nell'ipotetico processo penale, l'insorgenza di effetti *in malam partem* nei confronti dei correi.

⁹⁵ Nel caso *McCann e altri c. Regno Unito*, le informazioni ricevute sulla probabile presenza di un'auto-bomba carica e sulla disponibilità, da parte dei terroristi, di telecomandi utili a detonarla non appena intimati di fermarsi.

⁹⁶ Sempre nella stessa vicenda, l'erroneità sia sulla esistenza dell'auto-bomba sia sulla disponibilità di telecomandi.

⁹⁷ Che racchiude elementi sia oggettivi («reasonable») sia soggettivi («honest»). Cfr. D.J. HARRIS – M. O'BOYLE – E.P. BATES – C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 230. Per A. COLELLA, *L'«Assoluzione piena» dell'Italia nel caso Giuliani*, cit., p. 15, spec. nt. 32 trattasi di «criterio «spurio», che fa appello a elementi di natura oggettiva e soggettiva e che – ragionando sulla base delle categorie nazionali – pare abbracciare non solo la legittima difesa reale, ma anche quella putativa».

⁹⁸ Cfr. V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 51, la quale parla di errore incolpevole sull'esistenza di una causa di giustificazione con rilevanza del putativo per i primi e di negligenza, imprudenza e imperizia e concretizzazione del rischio per i secondi. Cfr. anche V. MANES, *Diritti, libertà, e garanzie sostanziali e processuali*, cit., p. 196.

Il parametro sul quale si fonda la valutazione da svolgere consiste in un giudizio di prognosi postuma di tipo *ex ante*⁹⁹. Si deve dunque stabilire quello che sarebbe stato prevedibile in termini di ragionevolezza nel momento nel quale è stato posto in essere il fatto.

Certamente, tale modalità di accertamento porta a preconizzare situazioni nelle quali il diritto alla vita ceda innanzi a usi della forza letale *ex post* non giustificati¹⁰⁰.

Orbene, tale principio risulta motivato dall'esigenza di *non limitare eccessivamente* l'azione degli agenti statali impegnati nella tutela di determinati interessi giuridici meritevoli di protezione, moderato dal *rigoroso controllo* svolto su ideazione e direzione delle corrispondenti azioni¹⁰¹.

Il dovere di punire, pertanto, si assesta sulla rimproverabilità colposa degli organizzatori dell'operazione rispetto agli eventi morte, rispetto alla quale non è azionabile la causa di giustificazione di cui all'art. 2 par. 2 CEDU.

Conferma delle statuizioni in *McCann e altri c. Regno Unito* si trova in *Giuliani e Gaggio c. Italia*, che si pone nel solco tracciato dal precedente.

L'oggetto del contendere era l'uccisione del dimostrante Carlo Giuliani per mano di un carabiniere, verificatasi quando quest'ultimo aveva esploso un colpo di arma da fuoco mentre si trovava all'interno di una camionetta circondata dai manifestanti durante il vertice G8 del luglio 2001 a Genova, teatro, come noto, di devastazioni, saccheggi e violenti scontri tra manifestanti e forze dell'ordine. In particolare, i ricorrenti (congiunti del giovane deceduto), si dolevano della violazione dell'art. 2 CEDU. Nel proprio ricorso, criticavano in specie l'uso eccessivo della forza, l'inadeguatezza del *legal framework*, la *mala gestio* delle operazioni e l'inadeguatezza delle indagini su quanto occorso.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ribadito le statuizioni sancite in *McCann e altri c. Regno Unito* rispetto: all'inclusione nell'esame oltre che delle condotte degli agenti statali anche della preparazione e del controllo delle operazioni; all'uso del criterio del "convincimento onesto", ritenuto, a giusto titolo, valido all'epoca dei fatti, ma rivelatosi successivamente erroneo.

Ricostruendo i fatti, i giudici di Strasburgo hanno escluso una violazione dell'art. 2 CEDU, ritenendo che il ricorso alla forza letale fosse stato assolutamente necessario per garantire la

⁹⁹ Cfr. S. ZIRULIA, *Art. 2 – Diritto alla vita*, cit., pp. 55-56.

¹⁰⁰ In *McCann e altri c. Regno Unito* ciò si evince nell'accento posto sulle conoscenze disponibili ai militari intervenuti quando hanno dovuto assumere la *split second decision* se colpire per uccidere i sospettati al compimento da parte degli stessi di movimenti giudicati indicativi dell'accingersi a premere il pulsante di un telecomando oppure no.

¹⁰¹ La vicenda trattata, ancora, incarna tale *modus operandi*, nel passaggio relativo alla stigmatizzazione delle scelte operazionali: il non aver fermato i terroristi prima dell'ingresso a Gibilterra e il non aver meglio controllato la bontà delle informazioni ricevute.

difesa di ogni persona contro la violenza illegale, ai sensi dell'articolo 2 par. 2 lett. a) CEDU. In particolare, si sono espressamente posti dal punto di vista del carabiniere che aveva agito, il quale era stato esonerato dal servizio perché esausto ed era incapace di rendersi conto del dispiegamento di agenti lì vicino. Essi sono così giunti a valutare le azioni da lui poste in essere come né eccessive né sproporzionate, data la persistenza nell'aggressione dei dimostranti nonostante gli avvertimenti loro indirizzati. Ciò, infatti, aveva determinato una esposizione a pericolo imminente. A fronte di questo, egli non poteva che sparare, per assicurare la sua difesa, solo nell'esiguo spazio disponibile.

Spostando il proprio obiettivo sull'esame di eventuali lacune del quadro normativo, la Corte EDU si è confrontata con le disposizioni del codice penale sulla legittima difesa ex art. 52 c.p. e sull'uso legittimo delle armi all'art. 53 c.p.¹⁰².

Quanto alla prima disposizione, ha rilevato che i suoi requisiti sono simili a quelli cui l'art. 2 CEDU, relativamente alla necessità della difesa, all'attualità del pericolo e alla proporzionalità tra reazione e aggressione¹⁰³.

Quanto alla seconda, invece, ha appuntato la diversità tra il requisito della "necessità" della normativa italiana e quello della "assoluta necessità" nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, benché tale discrasia venga ricomposta dalla giurisprudenza nazionale¹⁰⁴.

Venendo a pianificazione, organizzazione e gestione dell'operazione di mantenimento dell'ordine, i giudici di Strasburgo hanno riportato il principio di diritto secondo il quale esiste un obbligo positivo quando sia accertato che le autorità sapevano o avrebbero dovuto sapere dell'esistenza di una minaccia reale e immediata per la vita di uno o più individui e non hanno adottato, nell'ambito dei loro poteri, le misure che, ragionevolmente, avrebbero

¹⁰² Sulla riconducibilità degli artt. 52 e 53 c.p. all'art. 2 par. 2 CEDU e sulla rilevanza dell'elemento della "assolutezza" della necessità v. V. ZAGREBELSKY, *Diritto alla vita*, cit., 2019, p. 169.

¹⁰³ «La prima di tali disposizioni prevede la causa giustificativa della legittima difesa, ben nota agli ordinamenti giuridici degli Stati contraenti. Essa menziona la «necessità» della difesa e l'«attualità» del pericolo ed esige un rapporto di proporzionalità tra reazione ed aggressione (precedente paragrafo 144). Anche se i termini utilizzati non sono identici, essa si avvicina al testo dell'articolo 2 della Convenzione e contiene gli elementi richiesti dalla giurisprudenza della Corte» C.EDU, Grande Camera, sent. 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, par. 212. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

¹⁰⁴ «L'articolo 53 del CP è sì caratterizzato da formule più vaghe, ma fa comunque riferimento alla «necessità» di respingere una violenza (precedente paragrafo 143). Da un punto di vista puramente semantico, la «necessità» menzionata dalla legge italiana sembra riguardare la mera esistenza di un bisogno imperioso, mentre la «necessità assoluta» voluta dalla Convenzione impone di scegliere, tra i mezzi disponibili per raggiungere un medesimo scopo, quello che comporta il rischio minore per la vita altrui. Tuttavia, la differenza nel testo della legge è suscettibile di essere colmata dall'interpretazione dei giudici interni. Infatti, come emerge dal decreto di archiviazione, i giudici interni hanno interpretato l'articolo 52 del CP nel senso di autorizzare l'uso della forza letale solo come ultimo ricorso e solo qualora altre risposte meno pregiudizievoli siano inidonee ad allontanare il pericolo (precedente paragrafo 101, recante indicazione dei riferimenti fatti dal GIP di Genova alla giurisprudenza della Corte di cassazione in materia)» C.EDU, Grande Camera, sent. 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, par. 213-214. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

avuto delle possibilità di ovviare a tale rischio¹⁰⁵. Inoltre, deve essere accertato che il decesso è il risultato dell'inadempimento, imputabile alle autorità nazionali, di tutto quanto ci si poteva ragionevolmente attendere che svolgessero per impedire il realizzarsi di un rischio certo e immediato per la vita, di cui erano o avrebbero dovuto essere a conoscenza¹⁰⁶. Per ciò che concerne specialmente le operazioni di polizia nell'ambito delle quali si sia verificata la morte di una o più persone, sulla scia di *McCann e altri c. Regno Unito*, occorre prendere in esame preparazione e controllo delle stesse al fine di valutare se, nelle circostanze del caso concreto, le autorità nazionali, per un verso, abbiano posto l'attenzione richiesta per ridurre al minimo i rischi per la vita e, altro verso, non siano state negligenti nella scelta delle misure adottate¹⁰⁷.

Passando alla valutazione dei fatti di causa, la Corte EDU ha svolto un'analisi imperniata sulla documentazione disponibile, attribuendo importanza a una serie di fattori¹⁰⁸. Pertanto, ha escluso la violazione del diritto alla vita anche sotto questo ulteriore profilo poiché le autorità italiane non erano venute meno all'obbligo di fare tutto quanto ci si poteva ragionevolmente aspettare da loro per fornire il livello di protezione richiesto in occasione di operazioni alle quali è riconnesso un potenziale pericolo di ricorso alla forza letale.

In aggiunta, i giudici di Strasburgo non hanno dichiarato una inosservanza dell'art. 2 CEDU nemmeno rispetto alle *procedural obligations*, attinenti all'adeguatezza delle indagini e del procedimento di archiviazione.

¹⁰⁵ «Pertanto, ogni addotta minaccia alla vita non obbliga le autorità, ai sensi della Convenzione, a adottare misure concrete per prevenirne la realizzazione. La Corte ha affermato che esiste un obbligo positivo a tale effetto quando sia accertato che le autorità sapevano o avrebbero dovuto sapere dell'esistenza di una minaccia reale ed immediata per la vita di uno o più individui e non hanno adottato, nell'ambito dei loro poteri, le misure che, ragionevolmente, avrebbero forse evitato tale rischio (*Bromiley c. Regno Unito* (dec.), n. 33747/96, 23 novembre 1999, *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, n. 46477/99, § 55, CEDU 2002-III, e *Branko Tomašić, succitata*, §§ 50-51)» C.EDU, Grande Camera, sent. 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, par. 246. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

¹⁰⁶ «Del resto, perché la responsabilità dello Stato possa essere impegnata ai sensi della Convenzione, deve essere accertato che il decesso è il risultato dell'inadempimento, da parte delle autorità nazionali, di tutto quanto ci si poteva ragionevolmente attendere da loro per impedire il realizzarsi di un rischio certo ed immediato per la vita, di cui erano o avrebbero dovuto essere a conoscenza (*Osman, succitata*, § 116, *Mastromatteo, succitata*, § 74, e *Maiorano ed altri, succitata*, § 109)» C.EDU, Grande Camera, sent. 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, par. 248. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

¹⁰⁷ «Stando alla sua giurisprudenza, la Corte deve prendere in esame la preparazione e il controllo di un'operazione di polizia all'origine della morte di una o più persone al fine di valutare se, nelle particolari circostanze del caso di specie, le autorità abbiano posto tutta la cura richiesta nell'assicurarsi della riduzione al minimo dei rischi per la vita e se non abbiano dato prova di negligenza nella scelta delle misure adottate (*McCann ed altri, succitata*, § 194 e 201, e *Andronicou e Constantinou, succitata*, § 181)» C.EDU, Grande Camera, sent. 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, par. 249. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

¹⁰⁸ Alla imprevedibilità della violenza, del luogo e delle condizioni dell'attacco dei manifestanti; all'imponente dispiego di forze dell'ordine e all'appartenenza a corpi specializzati e alla formazione *ad hoc* impartita agli agenti; alla concepibilità della presenza di veicoli non blindati date le circostanze; alla partecipazione sul campo dei superiori del carabinieri; alla correttezza dell'avergli lasciato l'arma in dotazione a fini di difesa personale.

Ciò che si evince dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nelle pronunce di cui sopra (*McCann e altri c. Regno Unito* e *Giuliani e Gallo c. Italia*) è innanzitutto una forte sottolineatura dell'elemento soggettivo del reato.

Esso, addirittura, sembra quasi determinare una modificazione a livello ermeneutico. Infatti, si transita da un vaglio improntato alla *verifica della sussistenza di una scriminante* (e, quindi, sui suoi elementi definatori) a uno più propriamente inerente al controllo sull'*esistenza di una causa di esclusione della colpevolezza*.

Requisiti quali le “buone ragioni” e l’“onesta convinzione”, seppur con minor accentuazione nel caso *Giuliani e Gallo c. Italia*, cedono il passo ad altri, di natura soggettivistica.

Siffatta attenzione ai profili riguardanti il foro interno dell'agente deve essere salutata con favore nel quadro di un orientamento ai valori costituzionali, dove si ponga lo sguardo al *principio di colpevolezza*. Certamente, con tale tipologia di operazione ermeneutica si attribuisce infatti rilievo all'aspetto personale insito nella condotta tenuta dall'individuo (attiva oppure omissiva)¹⁰⁹.

Avendo sinora discusso della lettera *a)* dell'art. 2 par. 2 CEDU, giova concentrarsi nel prosieguo sulla relativa lettera *b)*, con attinenza agli obblighi positivi di tutela penale riferiti all'uso della forza letale¹¹⁰ per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta. Le due sentenze di maggiore momento relativamente a tale disposizione sono *Nachova e altri c. Bulgaria*¹¹¹ e *Alikaj e altri c. Italia*¹¹².

Nel primo caso, i ricorrenti sostenevano, tra l'altro, che i loro rispettivi parenti stretti (due soggetti di etnia rom) fossero stati uccisi da parte di poliziotti militari che volevano procedere al loro arresto, in violazione del diritto alla vita e in maniera discriminatoria.

Riguardo ai profili attinenti alla violazione dell'art. 2 CEDU, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha confermato che l'uso della forza letale da parte degli agenti di polizia può essere giustificato in determinate circostanze. Tuttavia, qualsiasi uso della forza deve essere “non più che assolutamente necessario”, vale a dire strettamente proporzionato alle circostanze. In considerazione della natura fondamentale del diritto alla vita, le circostanze in cui la privazione della vita può essere giustificata devono essere interpretate in modo

¹⁰⁹ *Contra* v. V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 51. L'Autrice teme infatti un allargamento dell'art. 2 par. 2 CEDU, auspicando un giudizio più stringente riferito a criteri di tipo oggettivo. Su un ritorno, però, del pendolo dell'orientamento interpretativo nel senso auspicato dalla stessa v. *ivi*, pp. 56-57.

¹¹⁰ Cfr. S. SKINNER, *Deference, Proportionality, and the Margin of Appreciation in Lethal Force Case Law under Article 2 ECHR*, in *European Human Rights Law Review*, n. 1/2014, p. 32 e ss.

¹¹¹ C.EDU, Grande Camera, sent. 6 luglio 2005, *Nachova e altri c. Bulgaria*.

¹¹² C.EDU, sez. II, sent. 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*. Con nota di V. SPIGA, *Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Alikaj c. Italia*, in *Riv. dir. int.*, n. 4/2011, pp. 1176-1196.

rigoroso¹¹³. Rispetto alla lettera *b*) dell'art. 2 par. 2 CEDU, ciò significa che l'obiettivo legittimo di effettuare un arresto legale può giustificare la messa a rischio della vita umana solo in circostanze di assoluta necessità e ciò non può sussistere quando è noto che la persona da arrestare non rappresenta una minaccia per la vita o l'incolumità fisica e non è sospettata di aver commesso un reato violento¹¹⁴, anche se il mancato uso della forza letale può comportare la perdita dell'opportunità di arrestare il fuggitivo¹¹⁵. La Corte EDU ha quindi specificato che l'art. 2 CEDU riguarda altresì il quadro normativo sull'uso della forza e delle armi da fuoco, che deve essere aderente agli standard internazionali e, segnatamente, comprendere una valutazione delle circostanze del caso concreto incentrata sulla natura del reato commesso dal fuggiasco e della minaccia che egli rappresenta¹¹⁶. Ancora, in parallelo, vi deve essere un sistema di garanzie contro l'arbitrarietà e l'abuso della forza e persino

¹¹³ «As the text of Article 2 § 2 itself shows, the use of lethal force by police officers may be justified in certain circumstances. However, any use of force must be “no more than absolutely necessary”, that is to say it must be strictly proportionate in the circumstances. In view of the fundamental nature of the right to life, the circumstances in which deprivation of life may be justified must be strictly construed (see *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, judgment of 9 October 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-VI, pp. 2097-98, § 171, p. 2102, § 181, p. 2104, § 186, p. 2107, § 192, and p. 2108, § 193, and *McKerr v. the United Kingdom*, no. 28883/95, §§ 108 et seq., ECHR 2001-III)» C.EDU, Grande Camera, sent. 6 luglio 2005, *Nachova e altri c. Bulgaria*, par. 94.

¹¹⁴ Tale giurisprudenza dei giudici di Strasburgo si innerva anche nella pronuncia che ha condannato l'uso delle armi da fuoco contro persone disarmate e nonviolente che avevano cercato di fuggire dalla Repubblica Democratica Tedesca. Cfr. C.EDU, Grande Camera, sent. 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, par. 87, 96 e 97. In proposito, v. S. ZIRULIA, *Art. 2 – Diritto alla vita*, cit., p. 58, che sostiene come attribuire all'arresto la capacità di scriminare l'uccisione del fuggiasco sarebbe sia inaccettabile moralmente sia una contraddizione in termini in quanto un morto non può essere arrestato. Sulla differenza in tale vicenda tra applicazione retroattiva ed evoluzione interpretativa prevedibile della legge penale in rapporto all'art. 7 CEDU v. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino, 2018, pp. 407-408.

¹¹⁵ «Accordingly, and with reference to Article 2 § 2 (b) of the Convention, the legitimate aim of effecting a lawful arrest can only justify putting human life at risk in circumstances of absolute necessity. The Court considers that in principle there can be no such necessity where it is known that the person to be arrested poses no threat to life or limb and is not suspected of having committed a violent offence, even if a failure to use lethal force may result in the opportunity to arrest the fugitive being lost (see the Court's approach in *McCann and Others*, cited above, pp. 45-46, §§ 146-50, and pp. 56-62, §§ 192-214, and, more recently, in *Makaratzis*, cited above, §§ 64-66; see also the Court's condemnation of the use of firearms against unarmed and non-violent persons trying to leave the German Democratic Republic in *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany [GC]*, nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, §§ 87, 96 and 97, ECHR 2001-II)» C.EDU, Grande Camera, sent. 6 luglio 2005, *Nachova e altri c. Bulgaria*, par. 95.

¹¹⁶ «In addition to setting out the circumstances when deprivation of life may be justified, Article 2 implies a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place an appropriate legal and administrative framework defining the limited circumstances in which law enforcement officials may use force and firearms, in the light of the relevant international standards (see *Makaratzis*, cited above, §§ 57-59, and the relevant provisions of the United Nations Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, paragraphs 71-74 above). In line with the above-mentioned principle of strict proportionality inherent in Article 2 (see *McCann and Others*, cited above, p. 46, § 149), the national legal framework regulating arrest operations must make recourse to firearms dependent on a careful assessment of the surrounding circumstances, and, in particular, on an evaluation of the nature of the offence committed by the fugitive and of the threat he or she posed» C.EDU, Grande Camera, sent. 6 luglio 2005, *Nachova e altri c. Bulgaria*, par. 96.

contro gli incidenti evitabili, dove gli agenti siano istruiti non solamente ad attenersi alle norme, ma anche a tenere a mente la preminenza del rispetto per la vita umana¹¹⁷.

Applicando tali principi al caso di specie, i giudici di Strasburgo hanno censurato la regolamentazione dell'uso delle armi della Bulgaria, in particolare per ciò che concerneva l'uso delle armi da fuoco da parte della polizia militare, che consentiva di fatto l'uso della forza letale quando si arrestava anche per la commissione del reato più lieve. Segnatamente, era lecito sparare a qualsiasi fuggitivo che non si fosse arreso immediatamente in risposta a un avviso orale e alla esplosione di un colpo di avvertimento in aria.

Tanto è stato ritenuto di per suo sufficiente per giungere a una declaratoria di violazione dell'art. 2 CEDU.

Prendendo in esame l'azione dei militari e la gestione della operazione, la Corte EDU ha ravvisato una duplice inosservanza del diritto alla vita. Quanto al primo aspetto, ha chiarito che, considerato che le vittime si erano date alla fuga, erano disarmate e non avevano precedenti per reati violenti, l'uso della forza letale nei loro confronti era vietato a prescindere dal rischio di fuga e, inoltre, l'uso della forza da parte di un agente era stata decisamente eccessiva¹¹⁸. Il ricorso alla forza potenzialmente letale non può essere considerato "assolutamente necessario" quando si sa che la persona da arrestare non rappresenta una minaccia per la vita o l'incolumità fisica e non è sospettata di aver commesso un reato violento.

Analizzando la gestione dell'operazione, inoltre, i giudici di Strasburgo hanno stabilito un'ulteriore violazione dell'art. 2 CEDU perché l'uso delle armi da fuoco da parte degli agenti statali non era dipeso da una valutazione delle circostanze concrete del fatto e, soprattutto, non vi era stata una valutazione della natura del reato commesso dai fuggiaschi e della minaccia che essi rappresentavano. Erano mancati, dunque, una qualsiasi analisi preliminare sulla pericolosità, se esistente, che essi potevano costituire oppure dei chiari avvertimenti sulla necessità di ridurre al minimo qualsivoglia rischio per la vita degli interessati.

¹¹⁷ «Furthermore, the national law regulating policing operations must secure a system of adequate and effective safeguards against arbitrariness and abuse of force and even against avoidable accident (see Makaratzis, cited above, § 58). In particular, law enforcement agents must be trained to assess whether or not there is an absolute necessity to use firearms, not only on the basis of the letter of the relevant regulations, but also with due regard to the pre-eminence of respect for human life as a fundamental value (see the Court's criticism of the "shoot to kill" instructions given to soldiers in *McCann and Others*, cited above, pp. 61-62, §§ 211-14)» C.EDU, Grande Camera, sent. 6 luglio 2005, *Nachova e altri c. Bulgaria*, par. 96.

¹¹⁸ Infatti, vi erano a disposizione altri mezzi per fermare i fuggitivi (una jeep), anche considerato che ciò si era verificato in un abitato in pieno giorno e già in precedenza una delle due vittime aveva tentato di evadere; l'agente aveva utilizzato il proprio fucile mettendolo in modalità automatica (e quindi non potendo mirare con ragionevole precisione), pur avendo anche una pistola; e una delle vittime era stata colpita al petto, con il che non si può escludere che il colpo fosse stato esploso quando questi si fosse girato per arrendersi.

Oltre agli obblighi positivi sostanziali, la Corte EDU ha dichiarato la violazione anche di quelli procedurali. Più nello specifico, ha stigmatizzato la convalida, all'esito delle indagini sulle condotte degli agenti, dell'uso della forza, leggendola come una conferma della natura fondamentalmente insoddisfacente della normativa bulgara a tutela della vita.

Dall'esame del caso *Nachova e altri c. Bulgaria* si ricava che sono stati citati i precedenti maggiormente importanti della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma sono stati introdotti anche dei nuovi principi di diritto.

La normativa nazionale è stata descritta come deficitaria ed essa è stata posta in un *rapporto di causalità* con la violazione dell'art. 2 CEDU. In effetti, l'intervento dei militari e la pianificazione delle loro attività, come le indagini svolte e il loro esito sono risultati informati dalla problematicità di fondo delle "regole di ingaggio" esistenti.

I giudici di Strasburgo hanno poi preteso che tanto la disciplina legislativa e regolamentare quanto l'operato sul campo siano accompagnati da una valutazione di *pericolosità* dei fuggitivi, che consti di criteri oggettivi quali, tra l'altro, il *tipo del reato* da loro commesso. La dinamica concreta deve quindi essere attentamente esaminata: informazioni quali una *fuga senza violenza* e *l'essere privi di armi* permettono di escludere che vi sia un pericolo sia nei confronti degli operanti sia della generalità dei consociati.

L'aspetto dirimente è che non è giustificabile l'uccisione da parte di agenti statali *solamente* sul presupposto di impedire che una persona fugga, nemmeno in un contesto militare quale quello in evidenza.

La Corte europea dei diritti dell'uomo è stata chiamata a pronunciarsi con riguardo all'uso della forza letale da parte della polizia anche nel caso *Alikaj e altri c. Italia*, ove le statuizioni di cui sopra sono state ulteriormente arricchite.

La vicenda può essere riassunta nei seguenti termini. In tempo di notte, dei poliziotti a bordo di un'auto in pattuglia su un'autostrada, insospettitisi dalla velocità di un veicolo, avevano intimato agli occupanti dello stesso di fermarsi. Questi ultimi ne erano usciti di corsa, superando il guardrail esistente di lato e fuggendo giù per una scarpata che si sviluppava affianco alla strada, scavalcando una barriera metallica. Il terreno era viscido a causa della pioggia. Gli agenti avevano successivamente esploso due colpi d'arma da fuoco in aria a scopo di avvertimento e uno di loro si era lanciato all'inseguimento del sig. Alikaj, per poi sparargli, colpirlo al cuore e ucciderlo sul colpo. I ricorrenti, parenti della vittima, argomentavano che vi fosse stata una violazione dell'art. 2 CEDU in ragione di un uso eccessivo della forza.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha riferito dei principi di diritto salienti affermati in passato, segnatamente stabilendo quanto segue. Innanzitutto, in caso di *use of force*, devono

essere valutate le condotte degli agenti che vi hanno effettivamente fatto ricorso assieme al complesso delle circostanze in cui ciò si è verificato: tra di esse, sono ricompresi il quadro giuridico o normativo dello Stato Membro; la preparazione degli agenti statali; e il controllo su di loro esercitato¹¹⁹. L'uso della forza è da ritenersi giustificato solo se rispondente al criterio della "assoluta necessità", cioè qualora esso sia strettamente proporzionato rispetto agli elementi di fatto, da interpretare restrittivamente¹²⁰. L'"assoluta necessità" non sussiste in particolare quando è noto che la persona che deve essere arrestata non rappresenta una minaccia per la vita o l'integrità fisica di alcuno e non è sospettata di aver commesso un reato violento, senza che rilevi se da ciò può derivarne una impossibilità di procedere al suo arresto¹²¹. La disposizione sul diritto alla vita si rivolge anche ai Paesi Parte, domandando che questi ultimi si dotino di un *legal framework* che definisca quando gli agenti statali possono far uso della forza e delle armi da fuoco, tenendo conto delle *guidelines* internazionali. Per quanto concerne le operazioni di arresto, esso deve subordinare il ricorso alle armi da fuoco a un'attenta valutazione della situazione e, soprattutto, riferita sia al tipo di reato commesso sia alla minaccia rappresentata dal fuggitivo¹²². Deve dunque venire

¹¹⁹ «[...] Nel caso in cui agenti dello Stato fanno uso della forza, essa deve prendere in considerazione non soltanto gli atti degli agenti che effettivamente hanno fatto ricorso alla forza, ma anche il complesso delle circostanze che li hanno circondati, in particolare il quadro giuridico o normativo vigente nonché la loro preparazione e il controllo esercitato su di loro (Makaratzis c. Grecia [GC], no 50385/99, §§ 56-59, CEDH 2004-XI)» C.EDU, sez. II, sent. 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*, par. 61. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

¹²⁰ «[...] Qualsiasi uso della forza tuttavia deve essere reso "assolutamente necessario", ossia deve essere strettamente proporzionato nelle circostanze. Il diritto alla vita assume un carattere fondamentale, le circostanze nelle quali può essere legittimo infliggere la morte richiedono una interpretazione restrittiva (Andronicou e Constantinou c. Cipro, sentenza del 9 ottobre 1997, §§ 171, 181, 186, 192 e 193, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI, e McKerr c. Regno Unito, no 28883/95, §§ 108 e segg., CEDH 2001-III)» C.EDU, sez. II, sent. 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*, par. 62. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

¹²¹ «[...] La Corte ritiene che in linea di principio non è possibile avere tale necessità quando si sa che la persona che deve essere arrestata non rappresenta alcuna minaccia per la vita o l'integrità fisica di chiunque e non è sospettata di aver commesso un reato violento, anche se può derivarne una impossibilità di arrestare il fuggitivo (vedere la trattazione adottata dalla Corte nella sentenza McCann e altri, succitata, §§ 146-150 e §§ 192-214, e, più recentemente, nella sentenza Makaratzis, succitata, §§ 64-66; vedere anche Streletz, Kessler e Krenz c. Germania [GC], nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, §§ 87, 96 e 97, CEDH 2001-II, nella quale la Corte ha condannato l'uso delle armi da fuoco contro persone non armate e non violente che tentavano di lasciare la Repubblica democratica tedesca)» C.EDU, sez. II, sent. 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*, par. 63. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

¹²² «Oltre a enunciare le circostanze che possono giustificare il fatto di cagionare la morte, l'articolo 2 implica il dovere fondamentale per lo Stato di assicurare il diritto alla vita mettendo in atto un quadro giuridico e amministrativo adeguato che definisca le limitate circostanze nelle quali i rappresentanti delle forze dell'ordine possono far ricorso alla forza e fare uso delle armi da fuoco, tenuto conto delle linee guida internazionali in materia (vedere la sentenza Makaratzis succitata, §§ 57-59 soprattutto le disposizioni pertinenti dei Principi di base delle Nazioni unite sull'uso della forza e delle armi da fuoco da parte delle forze dell'ordine, precedente paragrafo 50). Conformemente al summenzionato principio di stretta proporzionalità, che è inerente all'articolo 2 (McCann e altri, succitata, § 149) il quadro giuridico nazionale che disciplina le operazioni di arresto deve subordinare il ricorso alle armi da fuoco ad una minuziosa valutazione della situazione e, soprattutto, ad una valutazione della natura del reato commesso dal fuggitivo e della minaccia da lui rappresentata» C.EDU, sez. II, sent. 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*, par. 64. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

adottato e attuato un quadro normativo adeguato alla prevenzione di arbitrio e abuso della forza (anche contro gli eventi di natura accidentale), che consti altresì della formazione degli agenti di polizia rispetto tanto all'uso delle armi quanto alla primarietà del diritto alla vita¹²³. I giudici di Strasburgo, esaminando in rapporto a tali statuizioni la vicenda in interesse, hanno sottolineato che i poliziotti non avessero motivi per pensare che le persone a bordo dell'auto avessero commesso crimini violenti, che essi fossero pericolosi o che il loro mancato arresto avrebbe avuto conseguenze nefaste irreversibili. Inoltre, i quattro uomini non erano armati e nulla nel loro comportamento poteva lasciar presagire che costituissero una minaccia per i due agenti che erano intervenuti. Oltre a questo dato probatorio, la Corte EDU ha altresì attribuito importanza a come l'agente non avesse agito con le dovute precauzioni quando ha inseguito i fuggitivi, avendo l'arma in mano e tenendo il dito sul grilletto. Egli non aveva infatti preso tutte le cautele del caso, specie in considerazione della situazione nella quale versavano gli interessati.

Pertanto, i giudici di Strasburgo hanno concluso per la violazione dell'art. 2 CEDU in quanto le autorità nazionali non avevano esercitato la vigilanza richiesta dalle circostanze allo scopo di ridurre al minimo qualsiasi messa in pericolo della vittima e delle altre persone che si trovavano sui luoghi dell'incidente, così dando prova di negligenza nella scelta delle misure adottate, peraltro in un contesto di assenza di una precisa normativa sull'uso delle armi da fuoco da parte delle forze dell'ordine.

Sommandosi a quelli di tipo sostanziale, la Corte EDU ha pronunciato una condanna anche per gli obblighi di tipo procedurale, sottoponendo a critica specialmente la declaratoria di prescrizione del reato e l'assenza di una sanzione disciplinare per il poliziotto processato.

Rapportando le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in *Nachova e altri c. Bulgaria* e *Alikaj e altri c. Italia*¹²⁴, è chiaro che la seconda si pone sugli stessi binari dalla prima. Infatti, quanto affermato nel caso bulgaro riguardo l'uso della forza letale e di quello delle armi da fuoco durante l'arresto di un fuggiasco viene confermato e applicato anche in quello italiano.

Entrambi presentano, però, delle peculiarità.

¹²³ «Per di più, il diritto nazionale che disciplina le operazioni di polizia deve offrire un sistema di garanzie adeguate ed effettive contro l'arbitrio e l'abuso della forza, e anche contro gli incidenti (Makaratzis, succitata, § 58). In particolare, le forze dell'ordine devono essere formate per essere in grado di valutare quando è assolutamente necessario utilizzare le armi da fuoco, non soltanto seguendo alla lettera i regolamenti pertinenti, ma anche tenendo debitamente in conto la preminenza del rispetto della vita umana in quanto valore fondamentale (vedere le critiche formulate dalla Corte relativamente alla formazione dei militari che avevano come istruzione quella di "sparare per uccidere", McCann e altri, succitata, §§ 211-214)» C.EDU, sez. II, sent. 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*, par. 64. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

¹²⁴ Per un paragone tra *Giuliani e Gallo c. Italia* e *Alikaj e altri c. Italia* v. A. COLELLA, *L' "Assoluzione piena" dell'Italia nel caso Giuliani*, cit. p. 16.

Mentre in *Nachova e altri c. Bulgaria* l'ambito nel quale si muoveva il poliziotto era quello militare e il tentativo di evasione veniva posto in essere da una persona nota, in *Alikaj e altri c. Italia* l'agente non aveva contezza né dei reati (eventualmente) commessi dalla vittima né della pericolosità che la stessa presentava per l'operante o per i consociati.

Di qui, dunque, pur ribadendo la diversità ed eccentricità delle due vicende, la conclusione in *Alikaj e altri c. Italia* sembra offrire il fianco, adottando il punto di vista dei giudici di Strasburgo, a critiche *precedenti* in senso *logico e tecnico*.

Del resto, un agente che insegue delle persone che non hanno rispettato un "alt" senza null'altro sapere esclude *in radice* qualsiasi valutazione sulla *pericolosità: passata* (per il reato); *presente* (nei confronti degli agenti stessi o delle altre persone che si trovino lì nell'immediatezza); e *futura* (per quanto potrà commettere se lasciato libero) del fuggitivo. Dallo studio di tale casistica, l'uso delle armi trova pertanto un limite insuperabile nell'assolutezza della necessità rispetto al ricorso alle stesse, che deve essere evinto dall'esame delle circostanze del caso concreto, ancorato alla *personalità (in ottica di pericolo) dell'interessato*.

Ad ogni modo, la forza letale da parte di un membro delle forze dell'ordine non può trovare una giustificazione nel *mero impedire la fuga*.

2.1. Gli artt. 52 e 53 c.p. nel prisma dell'art. 2 par. 2 CEDU

L'art. 2 par. 2 CEDU e l'interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo appena visti devono essere necessariamente posti a confronto con le disposizioni codicistiche che con essi (come si è avuto modo di constatare *supra*) si pongono fisiologicamente in dialogo¹²⁵, cioè le scriminanti della legittima difesa *ex art. 52 c.p.*¹²⁶,

¹²⁵ Già in tempi risalenti la dottrina si era occupata di tale tematica. Tra i primi v. M. CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 160 e ss.

¹²⁶ «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.

Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste sempre il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

a) la propria o la altrui incolumità:

b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.

Le disposizioni di cui al secondo e al quarto comma si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

specie a seguito della recente riforma in tema di legittima difesa c.d. domiciliare¹²⁷, e dell'uso legittimo delle armi di cui all'art. 53 c.p.¹²⁸.

L'indirizzo dei giudici di Strasburgo, che in un crescente numero di pronunce riguardanti obblighi positivi di tutela penale hanno progressivamente limitato l'ambito di operatività dell'art. 2 par. 2 CEDU per quanto riguarda sia la lett. a) sia la lett. b), si contrappone a quello del legislatore italiano, che negli anni ha sensibilmente allargato (quantomeno nelle intenzioni dichiarate) le aree di non punibilità riguardanti la legittima difesa, attraverso numerosi interventi di riforma.

Tali traiettorie opposte, al momento, non si sono ancora incontrate (o, meglio, scontrate), mancando una sentenza in tempi recenti della Corte EDU che concerna l'art. 52 c.p. così come riformato nelle ultime occasioni (lo stesso dicasi per l'art. 55 c.p.). La diversità di visione (e di valori) tra il livello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e quello del legislatore nazionale è comunque di immediata comprensione, essendo sufficiente prestare la dovuta attenzione a quali beni giuridici meritevoli di tutela vengono rispettivamente preferiti.

Sin d'ora, occorre delineare il campo d'indagine: la *superiorità gerarchica* del diritto alla vita risalta nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo e, per l'effetto, la sfera di applicabilità delle cause di esclusione della punibilità viene interpretata *in prospettiva riduttiva*. Tale criterio ermeneutico si rinviene nella lettura offerta tanto della normativa della CEDU quanto di quella nazionale.

Questa scelta, riflettente un preciso orizzonte valoriale (la preminenza del diritto alla vita), però, *non è ancora stata misurata* con situazioni nelle quali la lesione o la messa in pericolo del *right to life* derivi da condotte dove i soggetti interessati non si trovino in un rapporto di integrazione con le autorità statali. La giurisprudenza che ha definito i principi di diritto in questo settore ha riguardato agenti pubblici, per definizione immedesimati con lo Stato, che utilizzano la forza anche letale e, inoltre, le armi da fuoco *per conto di esso*. Mancano

Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone».

¹²⁷ In tema, tra le monografie, v. F. DIAMANTI, *Appunti sulla legittima difesa. Una questione politica*, Torino, 2020, p. 65 e ss.; F. MACRÌ, *Effettività e limiti costituzionali della legittima difesa: dal Far West al Fair Risk*, Torino, 2020, p. 51 e ss.; e D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, 2020, p. 156 e ss.

¹²⁸ «Ferme le disposizioni contenute nei due articoli precedenti, non è punibile il pubblico ufficiale che, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, fa uso ovvero ordina di far uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'Autorità e comunque di impedire la consumazione dei delitti di strage, di naufragio, sommersione, disastro aviatorio, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona.

La stessa disposizione si applica a qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale, gli presti assistenza.

La legge determina gli altri casi, nei quali è autorizzato l'uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica».

dunque, nelle pronunce della Corte EDU, operazioni di bilanciamento: da un lato, tra *interessi fra loro eterogenei* (che, invece, sono al cuore del dibattito politico che informa le modifiche legislative nell'ambito italiano), come *vita e incolumità individuale e patrimonio*; e, dall'altro, che si esplichino in *contesti strettamente personali*, quali, in particolar modo, *l'abitazione o il luogo di lavoro*.

Siffatta mancanza di riferimenti giurisprudenziali a livello della Convenzione EDU ha portato, nella dottrina, a una frattura tra coloro i quali ritengono che si debbano escludere obblighi di incriminazione che importino una limitazione dello spettro di vigenza della legittima difesa esercitata da privati cittadini e chi, diversamente, è dell'avviso che tali *positive obligations* debbano ritenersi esistenti e comportino un contrasto con il diritto alla vita che può portare a dei pronunciamenti di violazione da parte dei giudici di Strasburgo nei confronti dell'Italia¹²⁹.

Giova, quindi, approfondire le ragioni sottese a tale diversità di letture, tentando di individuare quale sia quella maggiormente condivisibile oppure se ne esistano altre.

A ben vedere, la Corte EDU non ritiene che le disposizioni del codice penale italiano siano contrarie al diritto alla vita. Anzi, le considera compatibili con la CEDU, seppur nel senso dell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte di Cassazione e comunque a certe condizioni.

Quanto all'art. 52 c.p. (disposizione con tratti comuni ad altre equivalenti nei sistemi penali degli Stati Membri), i giudici di Strasburgo condividono che in esso siano presenti i requisiti della necessità della difesa e dell'attualità del pericolo, oltre al rapporto di proporzionalità tra reazione e aggressione. Pur concedendo che tale norma non collima perfettamente con l'equivalente art. 2 CEDU, ne constatano in specie l'avvicinabilità a tale previsione della Convenzione EDU (*echoes the wording* nella versione del testo in lingua inglese) e, altresì, ne confermano la rispondenza a quanto richiesto nella propria giurisprudenza¹³⁰.

Rispetto all'art. 53 c.p., invece, la Corte EDU si esprime in maniera più cauta. Infatti, parrebbe che si spinga sino quasi a ravvisarne una non rispondenza alla CEDU per ciò che

¹²⁹ Distingue tra tali due tesi A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali. Il problematico confronto con l'art. 2 CEDU*, in *Leg. pen.*, 14.02.2019, pp. 6-9 e p. 13, cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti dottrinali. L'Autore puntualizza che tale duplicità si riflette altresì nell'approccio delle corti superiori nazionali. Per il primo indirizzo, la Corte federale di giustizia della Germania ha ammesso l'uccisione di una persona giustificata dalla tutela del patrimonio con riguardo a beni di valore ingente ritenendola compatibile con il diritto alla vita, mentre, per il secondo, la Corte suprema spagnola ha escluso la legittimità di omicidi commessi a protezione di beni patrimoniali facendo riferimento all'art. 2 par. 2 lett. a) CEDU.

¹³⁰ Cfr. C.EDU, Grande Camera, sent. 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, par. 212. Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.

si riferisce ai suoi aspetti descrittivi. Soprattutto, addita due profili problematici: la vaghezza della formulazione e il significato del termine “necessità”.

Il secondo sembrerebbe infatti giustificare la lesione del diritto alla vita in presenza di un bisogno imperioso (*pressing need* in inglese), che, in quanto tale, si porrebbe su un gradino inferiore rispetto all’assoluta necessità prevista dall’art. 2 CEDU. Al contempo, i giudici di Strasburgo riconoscono però che tale seconda caratteristica viene “compensata” attraverso un interessante “recupero” di tipo *giurisprudenziale*. Nell’ottica propria del suo metodo di giudizio, improntato a una nozione sostanziale di legge¹³¹, infatti, prendono atto che l’orientamento esegetico delle corti nazionali “salva” tale limitatezza semantica attraverso un’interpretazione stringente, consistente nell’ammettere l’uso delle armi solamente come un mezzo di ultima istanza (*last resort* sempre in inglese) e quando altre risposte meno pregiudizievoli siano inidonee ad allontanare il pericolo¹³².

Ciononostante, il quadro normativo italiano riguardante l’uso della forza letale, e in special modo quello concernente l’uso delle armi, non è al riparo da possibili declaratorie di violazione del diritto alla vita. Anche qui adottando un punto di vista più alto e più ampio, infatti, i giudici di Strasburgo, pur “assolvendo” la disciplina *strictu sensu* penalistica, appuntano le proprie critiche su quella di diritto amministrativo concernente la *disciplina dell’uso delle armi da fuoco*¹³³.

In questo senso, i punti di contrasto con l’art. 2 CEDU, in riferimento al relativo par. 2 lett. b), si spostano dal piano del diritto penale sostanziale a quello del *penal system*; di talché, coralmemente, tutto l’apparato normativo sanzionatorio deve essere rispondente al *significato ultimo* che la tutela del diritto alla vita ha nella Convenzione EDU. Prescindendo dai contenuti degli artt. 52 c.p. e soprattutto 53 c.p.¹³⁴, è dunque l’assenza di direttive specifiche per i poliziotti che utilizzano armi da fuoco a divenire oggetto di censura, con riferimento in particolare al Testo unico in materia di pubblica sicurezza e alla l. n. 152 del 1975 sulla tutela dell’ordine pubblico¹³⁵.

¹³¹ Arricchita dal riferimento ai sistemi che adottano la *common law*. *Inter alia*, v. F. MAZZACUVA, *Art. 7 – Nulla poena sine lege*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p. 299 e ss.

¹³² Cfr. C.EDU, Grande Camera, sent. 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, par. 213-214.

¹³³ Cfr. S. MANACORDA, “*Dovere di punire*”? , cit., p. 1374.

¹³⁴ Cfr. C.EDU, sez. II, sent. 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*, par. 76. Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.

¹³⁵ Cfr. V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 59. L’Autrice specifica che la valutazione della Corte EDU si fonda sul rispetto dei Principi di base sull’uso della forza e delle armi da fuoco da parte del personale addetto e sui Principi delle Nazioni Unite per l’effettiva prevenzione e indagine sulle esecuzioni extralegali, arbitrarie e sommarie. In rapporto agli *UN Basic Principles on the use of force and firearms by law enforcement officials* v. D. RIPAMONTI, *sub art. 53 c.p.*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, p. 52. Cfr. anche F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., p. 260, il quale sottolinea l’importanza di tali Principi in rapporto al test di proporzionalità. Secondo Gianfranco Martiello «trattasi di prescrizioni, tutte queste, dietro alle quali non è difficile scorgere in controluce, come anticipato, il

Per esempio, correre con la pistola carica su un terreno scivoloso (come fatto dal poliziotto inseguitore nel caso *Alikaj e altri c. Italia*) diviene un indice di inadeguatezza del *legal framework* del Paese Parte sia *generale e di disciplina normativa* sia *individuale e di responsabilità concreta*¹³⁶.

L'evenienza che può essere considerata paradigmatica dell'*incontro* degli indirizzi giurisprudenziali della Corte EDU e dei giudici di legittimità è quella che segue: la fuga di un soggetto, che, per ragioni quali evasione, mancato ottemperamento a un ordine di fermarsi o altre ancora, venga inseguito dalle forze dell'ordine.

In questa situazione di estrema *tensione* tra diverse esigenze di tutela, l'uso delle armi viene letto in termini *rigorosi* da entrambe le corti superiori¹³⁷. L'uccisione del fuggitivo, senza ulteriori valutazioni di pericolosità *in concreto* e *in senso ampio*, non soddisfa infatti i requisiti per integrare né l'art. 2 par. 2 lett. b) CEDU né l'art. 53 c.p.¹³⁸.

Aspetto in parte diverso (e per il vero di non facile soluzione) attiene alla ponderazione della corrispondenza tra la norma della Convenzione EDU e quella del codice penale riguardo la *latitudine* di siffatto giudizio di pericolosità.

criterio ispiratore della necessità e della proporzione nell'agire» G. MARTIELLO, *Violenza pubblica potenzialmente letale e diritto alla vita ex art. 2 CEDU*, cit., p. 13.

¹³⁶ Cfr. V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 73. In dottrina si è evidenziata la non diretta rilevanza della sentenza in *Alikaj e altri c. Italia* rispetto all'art. 53 c.p. poiché quest'ultimo non è stato richiamato espressamente nelle motivazioni della decisione. Cfr. S. SARTARELLI, *Uso legittimo della violenza pubblica e diritto penale*, Bari, 2018, p. 108. Piuttosto che sulla scriminante, l'appunto si concentrerebbe sulla disciplina di natura amministrativa. Cfr. G. MARTIELLO, *Violenza pubblica potenzialmente letale e diritto alla vita ex art. 2 CEDU*, cit., p. 18.

¹³⁷ Francesco Viganò individua due piani di interrelazione esistenti tra l'art. 2 par. 2 CEDU e l'art. 53 c.p.: applicativo e legislativo. Il primo consisterebbe nell'onere per il giudice nazionale di interpretazione restrittiva della disposizione del codice penale, con l'inserimento del requisito della proporzionalità tra condotta dell'agente e finalità che lo stesso persegue in una chiave di *extrema ratio* e di inevitabilità altrimenti del ricorso all'arma per la protezione della vita umana (del poliziotto o di altri consociati). Il secondo si tradurrebbe nella esigenza per il legislatore di procedere a una riforma della disciplina attualmente in vigore che precisi chiaramente i confini di utilizzo di strumenti letali o potenzialmente tali da parte di pubblici agenti, di modo da scongiurare il rischio di una condanna in sede CEDU o di una declaratoria di incostituzionalità della disposizione esistente. Cfr. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., rispettivamente, pp. 282 e ss. e 292 e ss. Per delle proposte modificative v. G. MARTIELLO, *Violenza pubblica potenzialmente letale e diritto alla vita ex art. 2 CEDU*, cit., p. 23 e ss.

¹³⁸ Recentemente, in tema, v. A. CAVALIERE, *L'art. 53 c.p. e la vita del ragazzo che fugge*, in *Dir. giust. min.*, 1.02.2020, p. 19 e ss., spec. p. 27 e ss. L'Autore richiama con toni opportunamente critici Cass. pen., sez. IV, sent. n. 20031 del 6.02.2003 (dep. 2.05.2003), ove, previa premessa sui rapporti tra diritto interno e diritto C.E.E. e disapplicazione del primo in favore del secondo, è stato *direttamente* applicato l'art. 2 par. 2 CEDU in senso letterale, tacendo dell'interpretazione datane dalla Corte a ciò preposta: «Non v'ha dubbio quindi che nel caso in specie la norma di cui all'art. 2, n. 2 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo adottata in data 4 novembre 1950, secondo la quale è legittimo l'uso delle armi anche quando si tratti di effettuare un regolare arresto non poteva non trovare applicazione, con la conseguenza che legittimamente F. aveva esploso i colpi con la pistola di ordinanza, al fine di bloccare la fuga spericolata dei rapinatori e assicurarli alla giustizia e recuperare il bottino». Analogamente, v. anche A. TAMIETTI, *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto alla vita*, in *Cass. pen.*, n. 12/2003, p. 3834 e ss.

Segnatamente, dalla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo parrebbe potersi dedurre la giustificazione dell'uso delle armi da parte di un poliziotto anche qualora il pericolo rappresentato dalla vittima non sia *immediato*, ma rivolto *al futuro*¹³⁹. Di tutta evidenza, trattasi di un criterio difficilmente dominabile, che, se non ulteriormente dettagliato, potrebbe prestarsi ad abusi.

Per un verso, imporrebbe al singolo agente una complessa ponderazione difficilmente esigibile soprattutto in situazioni di estrema concitazione come ove si faccia uso di un'arma da fuoco contro un fuggiasco.

Per altro verso, rischierebbe di essere discriminatorio in quanto giustificante il ricorso alla forza letale nei confronti tendenzialmente di soggetti imputati o condannati per reati gravi e non di altri.

Paradossalmente, il requisito dell'*attualità* del pericolo (ad oggi certamente esistente a livello di normativa nazionale) verrebbe a essere stemperato in favore di una *gravità* dello stesso, ancorata a dati solo apparentemente *concreti e soggettivi*. In questo senso, non può non dirsi che siffatto esame non sarebbe né stringente, se condotto al di fuori della dinamica del fatto, né individualizzato, qualora si fondi su dati quali misure cautelari e precedenti giudiziari¹⁴⁰.

Per quanto concerne l'art. 2 CEDU, la Corte EDU (oramai, con una giurisprudenza consolidata) esclude che l'assoluta necessità possa sussistere quando la persona che deve essere arrestata non rappresenta una minaccia per la vita o l'integrità fisica per alcuno e non è sospettata di aver commesso un reato violento, anche se, da tale rinuncia all'azione, derivi l'impossibilità di procedere al suo arresto¹⁴¹.

In riferimento all'art. 53 c.p., i giudici di legittimità hanno affermato che «la scriminante dell'uso legittimo delle armi è configurabile anche quando l'attività dell'agente è posta in essere nel corso della fuga dei malviventi, purché detta fuga non sia finalizzata esclusivamente alla conservazione dello stato di libertà ma, per le sue modalità, determini l'insorgere di pericoli per l'incolumità di terzi» (quali, come nel caso esaminato dalla

¹³⁹ Problematicamente v. G. MARTIELLO, *Violenza pubblica potenzialmente letale e diritto alla vita ex art. 2 CEDU*, cit., p. 19.

¹⁴⁰ Sulla esistenza di parti motive di pronunce della Suprema Corte ove si rinvergono dei tentativi esegetici volti a legittimare l'uso della forza letale a mezzo di arma da fuoco attraverso la valutazione della pericolosità del fuggitivo imperniata sull'analisi del suo casellario giudiziale v. A. CAVALIERE, *L'art. 53 c.p. e la vita del ragazzo che fugge*, cit., p. 23. Per delle evenienze nelle quali l'intervento dell'agente in situazioni di pericolo attuale e concreto risulta rientrare non tanto nell'uso legittimo delle armi per vincere una resistenza, ma bensì nella legittima difesa v. *ivi*, p. 32.

¹⁴¹ Cfr. C.EDU, Grande Camera, sent. 6 luglio 2005, *Nachova e altri c. Bulgaria*, par. 95 e C.EDU, sez. II, sent. 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*, par. 63. Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.

Suprema Corte nella sentenza citata, l'aver continuato durante la fuga ad esplodere colpi d'arma da fuoco nonché l'aver preso in ostaggio tre persone)¹⁴².

Insomma, la legittima difesa e l'uso legittimo delle armi¹⁴³, per come interpretati dai giudici nazionali, possono dirsi in linea con gli obblighi positivi di tutela penale derivanti dall'art. 2 CEDU pretesi nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo¹⁴⁴. Cionondimeno, rimane auspicabile una implementazione della normativa sull'uso delle armi da fuoco da parte delle forze dell'ordine, che permetta di chiarire a quali indicazioni operative debba attenersi l'agente concreto al momento di dover ponderare se e come farvi ricorso¹⁴⁵ e che sia aderente ai *UN Basic principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*.

Guardando alla legittima difesa c.d. domiciliare, riformata nel 2006¹⁴⁶ e, poi, nel 2019¹⁴⁷, le relative presunzioni di proporzionalità e di necessità della reazione difensiva potrebbero porsi in diametrico contrasto con l'art. 2 par. 2 CEDU proprio sulla base della considerazione

¹⁴² Cass. pen., sez. IV, sent. n. 6719 del 22 maggio 2014 (dep. 16 febbraio 2015). Con nota di R. DONIZZETTI, *L'uso legittimo delle armi tra l'affermazione del principio di proporzionalità e le incertezze giurisprudenziali in materia di fuga*, in *Dir. pen. cont.*, 31.07.2015, p. 1 e ss. Cfr. anche Cass. pen., sez. IV, sent. n. 9961 del 7 giugno 2000 (dep. 22 settembre 2000).

¹⁴³ Sulla opportunità di tracciare una distinzione tra le regole di carattere generale e quelle riferite agli agenti statali v. J.A. HESSBRUEGGE, *Human Rights and Personal Self-Defense*, Oxford, 2017, p. 244.

¹⁴⁴ Cfr. S. ZIRULIA, *Art. 2 – Diritto alla vita*, cit., pp. 53-54. *Contra*, con riferimento all'art. 52 c.p., G. AMARELLI, *La nuova legittima difesa domiciliare tra abolitio criminis e successione di leggi penali nel tempo*, in *Leg. pen.*, 24.02.2020, p. 12 e F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2019, p. 16, mentre, con riguardo all'art. 53 c.p. (in special modo per le sue «vaghezza» e «imprecisione»), A. COLELLA, *L'«Assoluzione piena» dell'Italia nel caso Giuliani*, cit., p. 16 e F. VIGANÒ, *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di «antigiuridicità» del fatto tipico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2009, p. 1083. Angela Colella e Francesco Viganò accennano inoltre alle disposizioni speciali di uso legittimo delle armi relative al contrabbando e agli attraversamenti abusivi della frontiera. Non diversamente da quanto appena sostenuto, occorrerà anche in entrambi tali ambiti accertarsi se l'interpretazione dei giudici comuni faccia rientrare nelle rispettive fattispecie di riferimento il binomio proporzionalità-necessità. In questa eventualità, non si ravvisano ragioni certe perché *rebus sic stantibus* si possano registrare violazioni in sede CEDU.

¹⁴⁵ Cfr. V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 61 e F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., p. 292 e ss. Un modello dal quale prendere esempio potrebbe essere quello rappresentato dal *Polizeirecht* tedesco, che racchiude le regole di ingaggio per le forze dell'ordine. Cfr. G. MARTIELLO, *L'uso delle armi da fuoco da parte della polizia nell'attuale esperienza giuridica tedesca*, in *Criminalia*, 2014, p. 589 e ss.

¹⁴⁶ Tra gli altri, v. A. VALLINI, *I nuovi spazi della legittima difesa nel panorama di un diritto penale «mediatico»*, in C. PIEMONTESE (a cura di), *La riforma della legittima difesa e della recidiva tra teoria e prassi*, Torino, 2008, p. 11 e ss.; T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in *Guida dir.*, n. 13/2006, p. 52 e ss.; A. GARGANI, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio (l. 13 febbraio 2006, n. 59)*, in *Stud. iur.*, n. 9/2006, p. 960 e ss.; C.E. PALIERO, *La difesa legittima territoriale (ovvero un paradigma orientato sulla sproporzione)*, in *Leg. pen.*, n. 4/2006, p. 569; A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. «sproporzionata» o «allargata»): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2006, p. 434 e ss.; E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi «sacrosante» e valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2006, p. 431 e ss.; F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2006, p. 432 e ss.; e F. VIGANÒ, *Sulla «nuova» legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2006, p. 189 e ss.

¹⁴⁷ *Inter alia*, v. C.F. GROSSO, *La difesa legittima dopo la L. 26 aprile 2019, n. 102*, in *Dir. pen. proc.*, n. 7/2019, p. 885 e ss. e F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1/2019, p. 5 e ss. Per una lettura congiunta delle due riforme v., tra gli altri, G. INSOLERA, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Quando la difesa è legittima? Il diritto della paura e la paura del diritto*, Milano, 2020, p. XI e ss. e M. GALLO, *Chi lascia la via vecchia...*, in G. INSOLERA (a cura di), *Quando la difesa è legittima? Il diritto della paura e la paura del diritto*, Milano, 2020, p. 1 e ss.

che quest'ultimo impone la sussistenza di una assoluta necessità affinché possa essere giustificata la violazione del diritto alla vita¹⁴⁸.

Orbene, come noto, l'intervento della giurisprudenza della Suprema Corte ha "ammortizzato" l'impatto della modifica del 2006, richiedendo sempre sia la proporzionalità tra i beni in evidenza sia la necessità della reazione. Proprio tale *interventismo riduzionistico di matrice giudiziale* può aver rappresentato un argine a una violazione dell'art. 2 CEDU e quindi a una declaratoria di incostituzionalità che adotti tale previsione quale parametro interposto¹⁴⁹.

Considerato il fondamento nella Costituzione e nella Convenzione EDU, è ragionevole attendersi che si avrà una riedizione e una stabilizzazione di questo *modus operandi* anche per l'interpolazione del 2019 (il che è evincibile già dalle pronunce di legittimità, cfr. *infra*). Insomma, come in passato si è esclusa la presunzione della proporzionalità, si escluderà oggi quella della necessità. In quest'ottica, l'azione ortopedica – mirata a tradurre nel dettato legislativo i principi di rango costituzionale (specialmente la superiorità del bene vita rispetto a quello patrimonio) – determinerebbe una *persistenza* della *necessarietà* e della *inevitabilità* della condotta reattiva del soggetto.

Lo studio del novellato art. 52 c.p. sconta l'esistenza di pronunce della Corte europea dei dritti dell'uomo su ricorsi riguardanti le inosservanze del diritto alla vita affette da un duplice ordine di problemi, fra loro in relazione: da un lato, la *storicità* di tali decisioni (che quindi non hanno affrontato le riforme degli ultimi anni); e, dall'altro, il *contesto* nelle quali sono state emesse (non di autotutela privata).

Ciò è stato opportunamente segnalato nella dottrina, una parte della quale ha conseguentemente ritenuto le *positive obligations* inesistenti¹⁵⁰. Diversamente, altra parte di essa si è espressa in senso esattamente contrario¹⁵¹.

¹⁴⁸ Sui profili problematici della riforma di cui alla l. n. 59 del 2006 nell'ottica della Convenzione EDU v. M. BONFIGLIO, "Nuova" *legittima difesa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Ind. pen.*, n. 2/2009, p. 686 ss. e F. CONSORTE, *La presunzione di proporzione in una prospettiva internazionale: spunti interpretativi*, in *Cass. pen.*, nn. 7-8/2006, p. 2653 e ss.

¹⁴⁹ Così incontrando l'auspicio di una interpretazione di tipo restrittivo e orientato secondo CEDU, che appunto scongiurerebbe il rischio di declaratorie ablative del dettato normativo sotto esame. Cfr. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., p. 292 e ID., *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2678 e ss.

¹⁵⁰ Cfr. A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali*, cit., p. 9 e ss. L'Autore afferma che «l'idea secondo cui sul versante dell'autotutela privata sarebbero configurabili obblighi positivi di tutela penale o di interpretazione conforme all'art. 2 C.E.D.U. si traduce in una forzatura allo stato attuale. [...] Fino a prova contraria, se obblighi convenzionali di tutela e di interpretazione restrittiva della norma scriminante in riferimento all'art. 2 C.E.D.U. sono ipotizzabili nei limiti e in conformità dell'interpretazione data a tale disposizione dalla giurisprudenza di Strasburgo, si deve concludere nel senso dell'attuale infondatezza dei predetti effetti espansivi dell'area del penalmente rilevante».

¹⁵¹ Cfr. V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 66. L'Autrice si domanda retoricamente: «Che senso avrebbe richiedere agli Stati uno sforzo dal punto di vista normativo e operativo per proteggere la vita degli individui, sulla base dell'obbligo positivo di tutela discendente dall'art. 2 C.E.D.U., e consentire eccezioni ad esso solo

Indubbiamente, tale silenzio a livello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo genera un'incertezza che offre il fianco a molteplici argomentazioni, talune anche *estremamente limitative* del diritto alla vita, confinanti con teorie proprie di ordinamenti distanti dal nostro¹⁵².

Tentando di intravedere possibili sviluppi futuri, non si può escludere che vengano depositati dei ricorsi che affrontino tali problematiche e che gli stessi siano in seguito ammessi al giudizio dei giudici di Strasburgo: pare infatti che la mancanza di sentenze siffatte non sia *di per sé sola* indicatrice di una loro categorica esclusione.

La Corte EDU ha in effetti iniziato a pretendere obblighi positivi di tutela penale non solamente con riguardo a condotte di soggetti individuati rispetto a vittime identificate o identificabili, ma anche con riferimento a violazioni o azioni pericolose poste in essere da persone indeterminate nei riguardi della generalità dei consociati (cfr. *supra*, cap. II, par. 1.2).

Pertanto, se dovesse svilupparsi (il che non è affatto inverosimile) un orientamento analogo anche rispetto all'art. 2 par. 2 CEDU nei casi di autodifesa di privati ben potrebbe profilarsi un conflitto tra la norma nazionale e quella CEDU. Parallelamente, fintantoché le corti italiane dovessero mantenere un atteggiamento di resistenza a una piena attuazione del dettato degli artt. 52 e 55 c.p. nelle versioni in vigore, tale conflitto rimarrebbe *privo di mordente*.

Come verificatosi in *Giuliani e Gaggio c. Italia*, i giudici di Strasburgo, pur potendo essere mosse delle critiche *in astratto* alle due disposizioni, potrebbero ragionevolmente giungere a ritenerle in armonia con la Convenzione EDU *in concreto* sulla base dell'esistenza di una lettura ad essa conforme promossa da parte dei giudici nazionali chiamati a decidere. Insomma, il problema normativo-legislativo verrebbe *saltato* attraverso una soluzione interpretativa, potenzialmente sia di merito sia di legittimità.

Certamente, permane un interrogativo, invero più profondo, circa il rispetto del principio di legalità in senso sostanziale. Di fronte all'alternativa esistente tra una *interpretatio abrogans* oppure una normativa sulla carta in contrasto con la CEDU, vi è dunque chi ha proposto di

nei casi [in cui] ciò sia assolutamente necessario per difendere ogni persona da una violenza illegittima, per poi rimanere indifferente dinanzi a quadri normativi nazionali in materia di legittima difesa che concedano ampi spazi d'impunità con riguardo a condotte gravemente lesive del diritto alla vita, in mancanza di quel presupposto di assoluta necessità, che solo può legittimare una violazione o una messa in pericolo del bene della vita?».

¹⁵² Cfr. A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali*, cit., p. 15, il quale conclude, anche con riferimento alla *castle doctrine* nordamericana, che «Il carattere, per certi aspetti, ancora “virtuale” e potenziale della violazione dell'art. 2 CEDU, produce, in definitiva, l'effetto di indebolire le difese immunitarie degli ordinamenti nazionali nei confronti delle derive “law and order”».

percorrere la strada della posizione di una questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117 Cost., adottando quale parametro interposto l'art. 2 CEDU¹⁵³.

In particolare, tale censura della normativa nazionale si inquadrirebbe nel sindacato della Corte costituzionale sulle “norme penali di favore”; secondo il quale, è noto, il principio di legalità, malgrado osti alla configurazione di nuove fattispecie penali, è compatibile con la declaratoria di incostituzionalità di un'intera disposizione qualora quest'ultima crei un “vuoto di tutela” poiché tale operazione ingenera solamente una “riespansione” della disciplina previgente (come articolato soprattutto nelle sentenze nn. 148 del 1983 e 394 del 2006)¹⁵⁴.

Pur ammettendo che tale teorica possa trovare fortuna anche in relazione alla legittima difesa domiciliare ex art. 52 co. 4 c.p., rimane tutt'ora immatura l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU per poter anticipare con certezza una censura di incostituzionalità di tale nuova disposizione.

Del resto, deve tenersi a mente l'approccio (per quanto criticabile) della Consulta con riguardo alla interpretazione delle sentenze dei giudici di Strasburgo, in relazione alle quali per una declaratoria di incostituzionalità si richiede, è notorio, la presenza dei requisiti di un *diritto consolidato* o di una *sentenza pilota*.

Quanto al primo, occorre verificare la ricorrenza di indici quali: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano»¹⁵⁵.

Rispetto al secondo, invece, deve trattarsi della omonima tipologia di pronunciamento della Corte EDU, come disciplinata dall'art. 61 del Regolamento: «La Corte può decidere di

¹⁵³ Cfr. V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 67 e ss. e L. RISCATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza, e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in *Leg. pen.*, 28.06.2019, p. 8 e ss. Sulla possibilità di interventi ablativi a livello costituzionale discendenti dalle *positive obligations* v., in senso favorevole, F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2696 e ss. e, in senso contrario, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 128.

¹⁵⁴ Cfr. *ibidem*. Rileva l'esistenza di un ruolo di «custode attivo» della democrazia dei giudici delle leggi V. MANES, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del “volto costituzionale” dell'illecito penale*, in V. MANES – V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, p. 44 e ss.

¹⁵⁵ Corte cost., sent. n. 49 del 14 gennaio 2015 (dep. 26 marzo 2015), par. 7.

applicare la procedura della sentenza pilota e adottare una sentenza pilota quando i fatti all'origine di un ricorso presentato innanzi ad essa rivelano l'esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico o di un'altra disfunzione simile che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di altri ricorsi analoghi»¹⁵⁶.

Pertanto, poiché solamente innanzi a un diritto consolidato o a una sentenza pilota vi è un vincolo al recepimento del *dictum* dei giudici di Strasburgo¹⁵⁷, non si può che dubitare della sussistenza *attualmente* delle *condizioni* per poter prefigurare tale esito ablativo.

Difettando decisioni della Corte EDU relative all'applicazione dell'art. 2 par. 2 CEDU ai rapporti interprivati, infatti, mancano i presupposti minimi necessari per poter ritenere che un giudice nazionale sia *effettivamente* vincolato alla posizione di una questione di costituzionalità dell'art. 52 c.p.

A maggior ragione, fintantoché l'indirizzo giurisprudenziale di legittimità si atterrà su di una interpretazione adeguatrice della legittima difesa, ove vengono mantenuti come imprescindibili, benché *in via surrettizia*, i due pilastri della proporzionalità tra i valori dei beni giuridici in gioco e della assoluta necessità della reazione difensiva pare difficile che vengano a esistenza i presupposti "di fatto" per una pronuncia di condanna dell'Italia.

Ciò è evincibile anche da un approfondimento di carattere *storico*, che porta a guardare alla sentenza decisa in composizione di Grande Camera nel caso *Giuliani e Gaggio c. Italia*.

I giudici di Strasburgo, in quella sede, hanno chiarito che un dettato normativo nazionale difforme rispetto a quello della Convenzione EDU – proprio riguardante l'assolutezza della necessità della reazione difensiva riguardo agli artt. 52 e 53 c.p., peraltro – rappresenta una discrasia superabile per via interpretativa¹⁵⁸, *disinnescando*, in conseguenza di ciò, eventuali contrasti con la CEDU¹⁵⁹.

In proposito, la giurisprudenza della Corte di Cassazione sembra già dimostrarsi sensibile alle esigenze di tutela aventi come fonti sia la Costituzione sia la Convenzione EDU.

Recentemente, ha infatti stabilito che il rinvio che il nuovo comma 4 dell'art. 52 c.p. opera ai casi di cui ai relativi commi 2 e 3 deve essere letto come un rimando integrale a tali ultimi due commi, anche relativamente alla presunzione del solo requisito della proporzione.

¹⁵⁶ Art. 61 Regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo.

¹⁵⁷ Attraverso, alternativamente, un adeguamento del criterio di giudizio per superare eventuali contrasti con la legge nazionale, oppure, qualora questo non sia possibile, la promozione di un incidente di legittimità costituzionale.

¹⁵⁸ Il passaggio rilevante in lingua inglese è il seguente: «This is a difference in the wording of the law which can be overcome by the interpretation of the domestic courts» C.EDU, Grande Camera, sent. 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, par. 214.

¹⁵⁹ In passato, tale esito era già stato anticipato da F. PALAZZO – A. BERNARDI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. int. dir. uomo*, n. 3/1988, pp. 42-43, i quali ammettevano che sul piano del diritto vivente la frizione con l'art. 2 CEDU fosse diminuita in ragione dell'interpretazione riduttiva della causa di giustificazione ad opera delle corti nazionali.

Pertanto, si pone la necessità dell'accertamento dell'attualità del pericolo e del requisito della necessità della reazione, non essendo presumibili precisamente alla stregua dei predetti commi 2 e 3¹⁶⁰.

A ben vedere – non diversamente da quanto svolto con rispetto alla responsabilità per colpa grave dovuta a imperizia nell'ambito della responsabilità medica in relazione alla causa di non punibilità dell'art. 590 *sexies* c.p. dalla pronuncia emessa a Sezioni Unite c.d. *Mariotti* del 2018¹⁶¹ – i giudici di legittimità, attraverso una operazione ermeneutica, *uniformano* la legge nazionale che esclude la sanzione penale alla protezione del diritto alla vita.

Tale manovra interpretativa, invero piuttosto audace o disinvolta se si esaminano congiuntamente il dato della lettera della norma e dei lavori parlamentari di entrambi gli interventi di modifica qui posti affianco, ha carattere *manipolativo* e porta con sé effetti *additivi in malam partem*.

Per un verso, si selezionano i termini di paragone per la sussistenza dell'elemento della proporzionalità, scegliendo tra: i mezzi usati e la condotta tenuta; i beni giuridici in contrapposizione; l'azione e la reazione¹⁶².

Per altro verso, il trapianto prima dell'elemento della proporzionalità e poi di quello della necessità all'art. 52 c.p. provoca la conseguenza di ridurre sensibilmente la sfera di applicabilità della esimente.

¹⁶⁰ Cfr., da ultimo, Cass. pen., sez. I, sent. n. 23977 del 12 aprile 2022 (dep. 22 giugno 2022), par. 3.3. Inoltre, ha precisato che: «Si tratta dell'unica interpretazione percorribile, perché costituzionalmente e convenzionalmente orientata: infatti, se anche si volesse ritenere ragionevole un'eventuale presunzione di necessità della difesa, cioè conforme all'id quod plerumque accidit, quest'ultima sarebbe contraria all'art. 117, comma 1 Cost., in rapporto all'art. 2, comma 2, lett. a) CEDU, che tutela il diritto alla vita anche nei confronti dell'intruso. In altri termini, rispetto alla legittima difesa con esito letale, il requisito della necessità è convenzionalmente imposto e non può essere oggetto di alcuna presunzione legale, come osservato anche dalla dottrina». Per un precedente conforme v. Cass. pen., sez. I, sent. n. 21794 del 20 febbraio 2020 (dep. 21 luglio 2020), con nota di P. PISA, *La legittima difesa domiciliare: verso un'equilibrata lettura da parte della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, n. 12/2020, pp. 1545-1547. Ricca di riferimenti alla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo (al relativo par. 3.2.2 si citano i casi *L.C.B. c. Regno Unito*; *Branko Tomašić e altri c. Croazia*; *Giuliani e Gaggio c. Italia*; *Trévalec c. Belgio*; e *Sarishvili-Bolkvadze c. Georgia*) è Cass. pen., sez. I, sent. n. 49883 del 10 ottobre 2019 (dep. 10 dicembre 2019), con note di F. PARISI, *In tema di legittima difesa domiciliare*, in *Foro it.*, n. 3/2021, p. 195 e ss.; A. DE LIA, *Brevi note a margine della legittima difesa domiciliare, tra spinte legislative securitarie, contropunte dottrinali ed incertezze giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, n. 10/2020, p. 3584 e ss.; e D. PIVA, *Oggettivo e soggettivo nell'eccesso di difesa per "grave turbamento"*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5/2020, p. 656 e ss.

¹⁶¹ Cfr. *infra*, cap. III, par. 10.1.

¹⁶² Per simili considerazioni con riferimento all'art. 53 c.p. v. A. CAVALIERE, *L'art. 53 c.p. e la vita del ragazzo che fugge*, cit., p. 26. Si tenga a mente che la *quaestio* delle "norme penali di favore" avrebbe meno capacità persuasiva con riferimento all'uso legittimo delle armi non foss'altro perché l'introduzione tale disposizione è assai più datata rispetto alle modifiche della legittima difesa del 2006 e del 2019, essendo stata introdotta con il codice penale nel 1930 e in seguito modificata nel 1975. Ritenere che con l'intervento ablativo si colmerebbe un vuoto di tutela con una riespansione della disciplina previgente parrebbe quantomeno una forzatura argomentativa. È piuttosto preferibile la proposta dell'Autore: nell'attuale quadro costituzionale, la «via maestra» rimane l'intervento legislativo. Sull'assenza di ipotesi omologhe all'art. 53 c.p. in altri ordinamenti europei, ove le situazioni coperte da tale norma rientrano negli equivalenti degli artt. 51 e 52 c.p., v. E. MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi*, in *Digesto. Discipline penali*, Torino, 1999, p. 126.

In definitiva, il *combinato disposto* della mancanza di pronunce della Corte EDU sulla legittima difesa (specie di quella *post* riforma del 2019) in relazione ai rapporti orizzontali tra consociati in uno con la tendenza della Suprema Corte a domandare la ricorrenza di entrambi i requisiti della proporzionalità (in rapporto alla tutela del diritto alla vita) e della necessità (in senso assoluto) lasciano presagire che l'eventualità di una declaratoria di incostituzionalità da parte della Corte costituzionale dell'art. 52 co. 4 c.p. secondo lo schema delle "norme penali di favore" sia ancora remota, soprattutto considerato il livello preteso da quest'ultima perché possa essere ravvisato un vincolo interpretativo per il giudice nazionale (*i.e.*, il diritto consolidato e la pronuncia pilota).

Ciononostante, possibili sviluppi di tipo giurisprudenziale relativi al principio della c.d. *Drittwirkung* da parte giudici di Strasburgo (sulla scorta di loro precedenti relativi proprio all'art. 2 CEDU) rendono tale scenario nient'affatto totalmente implausibile.

Come si constaterà a seguire (cfr. *infra*, cap. II, par. 5), vi sono già state delle avvisaglie di tale tipologia di intervento relativamente a delle esimenti, seppur con precipuo riferimento all'art. 3 CEDU.

3. Gli obblighi di protezione dalla tortura e dai trattamenti inumani o degradanti (*Rinvio*)

Il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti è custodito all'art. 3 CEDU¹⁶³. Rappresenta un valore fondante della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, dunque, non è né derogabile, neppure in caso di guerra oppure di pericolo pubblico per la nazione (come previsto dall'art. 15 CEDU), né giustificabile, financo nelle evenienze tra le più estreme, quali quelle della minaccia mafiosa o terroristica. L'ambito di applicazione della disposizione si esplica in senso sia verticale (nei rapporti tra lo Stato e il cittadino) sia orizzontale (tra i consociati).

¹⁶³ Cfr. F. CASSIBBA – A. COLELLA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p. 77 e ss.; N. MAVRONICOLA, *Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 of the ECHR. Absolute Rights and Absolute Wrongs*, Oxford, 2021, spec. p. 128 e ss.; V. ZAGREBELSKY, *Divieto di tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti*, in V. ZAGREBELSKY – R. CHENAL – L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, p. 175 e ss.; D.J. HARRIS – M. O'BOYLE – E.P. BATES – C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 237 e ss.; e A. ESPOSITO, *sub art. 3 Cedu*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 63 e ss.

Nel tempo, il novero delle situazioni riconducibili al divieto di tortura ha conosciuto un ampliamento, tanto che essa è stata elevata a «norma cardine per la tutela dell'integrità psico-fisica dell'individuo»¹⁶⁴, giungendo spesso a lambire i confini degli artt. 2 CEDU e 8 CEDU. Rispetto al già trattato art. 2 CEDU, l'art. 3 CEDU presenta, nell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, degli aspetti caratteristici, che lo rendono in parte diverso e in parte simile al diritto alla vita.

Quanto a quelli che lo rendono diverso, considerato che l'omicidio volontario è ovviamente punito in tutti gli ordinamenti degli Stati Membri del Consiglio d'Europa il problema dell'obbligo di incriminazione delle condotte che violino la CEDU in tal senso è scarsamente avvertito. Lo stesso, invece, non può essere detto per la tortura, come ben esemplificato nella casistica riguardante le attività della polizia (anche riferita all'Italia), che verrà analizzata nel prosieguo (cfr. *infra*, cap. II, par. 4).

Rispetto ai secondi, in maniera speculare al diritto alla vita, i Paesi Parte sono gravati da *positive obligations* di protezione dal pericolo per l'integrità fisica di persone determinate. Molti degli aspetti già affrontati nel paragrafo dedicato (cfr. *supra*, cap. II, par. 1) si ritrovano anche in riferimento all'art. 3 CEDU. Essi verranno dunque rapidamente presi in esame ora (rinviando alla trattazione precedente laddove utile), per poi dedicare un maggiore spazio di approfondimento agli obblighi di incriminazione sopracitati.

Della sovrapposizione degli indirizzi giurisprudenziali di cui agli artt. 2 e 3 CEDU ci si avvede soprattutto guardando al settore della violenza di genere, ove le pronunce di condanna nei confronti degli Stati Membri spesso riguardano la violazione sia dell'uno sia dell'altro. Esempi di questo *modus operandi* si trovano nei casi già menzionati e analizzati *supra* al cap. II, par. 1.1, come *Opuz c. Turchia* e altresì *Talpis c. Italia*¹⁶⁵.

Con la sentenza emessa nel caso *Z e altri c. Regno Unito*¹⁶⁶ la pretesa di tutela del divieto di tortura è stata estesa in senso *orizzontale*, rispetto cioè ai rapporti inter-privati, mutuando i relativi criteri accertativi dall'*Osman test* (riferito, lo si è visto sempre nel cap. II, par. 1.1, al diritto alla vita)¹⁶⁷.

¹⁶⁴ F. CASSIBBA – A. COLELLA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, cit., p. 78.

¹⁶⁵ Cfr. F. CASSIBBA – A. COLELLA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, cit., pp. 86-90. Sulla riconducibilità di tale giurisprudenza non all'«idealtipo della tortura» quanto ai maltrattamenti in famiglia e agli atti persecutori v. però E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018, p. 261. Sui rapporti tra *gender-based violence* e reato di tortura v. M. BOTTO, *Rape as torture: il contrasto alla violenza di genere che passa attraverso la proibizione della tortura*, in *Criminalia*, 2023, p. 1 e ss.

¹⁶⁶ C.EDU, Grande Camera, sent. 10 maggio 2001, *Z e altri c. Regno Unito*. Con nota di A. DI STEFANO, *Public Authority Liability in Negligence e diritto ad un ricorso effettivo nell'ordinamento britannico. Nota alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Z e altri c. Regno Unito*, in *Riv. int. dir. um.*, n. 1/2003, p. 97 e ss.

¹⁶⁷ Cfr. A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, cit., pp. 45-46.

Il caso traeva origine da un ricorso presentato il 9 ottobre 1995 da cinque cittadini britannici, i quali sostenevano che le autorità pubbliche locali non avessero adottato misure di protezione adeguate in relazione alla grave trascuratezza e agli abusi di cui erano stati vittime ad opera dei loro genitori, invocando, tra l'altro, l'art. 3 CEDU.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è dedicata a valutare la fondatezza dell'asserita violazione del divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti.

Innanzitutto, i giudici di Strasburgo hanno affermato che il combinato disposto degli artt. 1 e 3 CEDU impone agli Stati Membri di adottare misure volte a garantire che gli individui rientranti nella loro giurisdizione non siano sottoposti a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, compresi i maltrattamenti subiti da privati. Segnatamente, queste misure dovrebbero fornire una protezione efficace, in particolare, ai bambini e ad altre persone vulnerabili e includere misure ragionevoli per prevenire i maltrattamenti di cui le autorità erano o avrebbero dovuto essere a conoscenza¹⁶⁸.

Nel decidere sulla vicenda, la Corte EDU ha innanzitutto stabilito che ciò che al tempo avevano patito i ricorrenti avesse raggiunto il livello di trattamento inumano e degradante. Quanto alla verifica della responsabilità statale, parametrata sul criterio del *had or ought to have had knowledge*, sono stati valorizzati taluni elementi fattuali¹⁶⁹.

Pertanto, pur tenendo a mente le decisioni difficili e delicate che i servizi sociali si trovano a compiere e l'importante principio del rispetto e della conservazione della vita familiare, i giudici di Strasburgo hanno ravvisato una violazione dell'art. 3 CEDU poiché non vi erano dubbi su come si fosse verificato un *system failure* quanto alla protezione di quei bambini da gravi e prolungati negligenze e abusi.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la decisione nel caso qui preso in esame, ha inaugurato una giurisprudenza innovativa sul divieto di tortura e trattamenti inumani o

¹⁶⁸ «[...] The obligation on High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken in conjunction with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment, including such ill-treatment administered by private individuals (see *A. v. the United Kingdom*, judgment of 23 September 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI, p. 2699, § 22). These measures should provide effective protection, in particular, of children and other vulnerable persons and include reasonable steps to prevent ill-treatment of which the authorities had or ought to have had knowledge (see, mutatis mutandis, *Osman v. the United Kingdom*, judgment of 28 October 1998, Reports 1998-VIII, pp. 3159-60, § 116)» C.EDU, Grande Camera, sent. 10 maggio 2001, *Z e altri c. Regno Unito*, par. 73.

¹⁶⁹ L'effettiva conoscenza dei trattamenti sin dal 1987 da parte delle autorità locali; la responsabilità di proteggere i bambini e la possibilità di adottare la misura dell'allontanamento dalla casa familiare; l'ottenimento di cure di emergenza solamente nel 1992 e su insistenza della madre; l'aver patito esperienze orribili, secondo la definizione del consulente psichiatra infantile; e l'essere stati destinatari di una "terribile negligenza" per un lungo periodo e l'aver subito danni fisici e psicologici direttamente attribuibili a un reato caratterizzato da violenza, secondo la *Criminal Injuries Compensation Board*.

degradanti, *riprendendo* concetti già espressi con riferimento all'art. 2 CEDU, sotto due aspetti.

In primis, ha esteso il novero delle situazioni rispetto alle quali lo Stato Membro è onerato da *positive obligations*: non solamente per condotte attribuibili a soggetti che sono inquadrati nella Pubblica Amministrazione, ma anche per quelle poste in essere da privati. Il dovere di attivarsi delle autorità nazionali, dunque, si esplica altresì nei rapporti intercorrenti fra i consociati, *orizzontalmente*. Evidente, qui, l'attuazione del principio della c.d. *Drittwirkung*. *In secundis*, ha trasferito i criteri dell'*Osman test* all'interno della disciplina dell'art. 3 CEDU. Gli elementi presi in considerazione per pronunciarsi sulla violazione degli obblighi positivi da parte del Paese, in effetti, sono sovrapponibili a quelli adoperati nella giurisprudenza afferente al diritto alla vita.

L'ancoraggio per questa svolta esegetica è ricavabile dal riferimento esplicito a due precedenti: *A. c. Regno Unito* (cfr. *infra*, cap. II, par. 5) e *Osman c. Regno Unito* (cfr. *supra*, cap. II, par. 1.1).

In ragione di questo rinvio, può dirsi che i due diritti custoditi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo si pongono in rapporto fra loro, quasi di tipo *scalare*. Uniformati i contesti applicativi, infatti, non resta che dirimere la qualificazione della inosservanza della CEDU, se essa, cioè, riguardi la vita oppure la dignità della persona.

Di certo, tale iniziativa permette di allargare l'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU, ma porta con sé, inevitabilmente, il rischio di una sua non sempre lineare distinzione rispetto alla disposizione che lo precede.

In effetti, si rivengono sentenze di condanna, pur concernenti il medesimo fenomeno criminoso, che si riferiscono talvolta all'una talvolta all'altra disposizione, come, ad esempio, per quanto riguarda la violenza di genere¹⁷⁰.

Nella giurisprudenza più recente in tema di divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti sul piano *orizzontale* e l'applicazione alla sua esegesi dell'*Osman test*, spicca il caso *O'Keeffe v. Ireland*¹⁷¹.

¹⁷⁰ *Inter alia*, v. *Opuz c. Turchia* e *Talpis c. Italia*. In quelle vicende, infatti, si è riscontrata una violazione dei due articoli. Cfr. *supra*, cap. II, par. 1.1. Sembrerebbe comunque che in presenza di un pericolo per la vita anche nei *non-fatal cases* venga preferito l'art. 2 CEDU. Cfr. F. CASSIBBA – A. COLELLA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, cit., p. 79.

¹⁷¹ C.EDU, Grande Camera, sent. 28 gennaio 2014, *O'Keeffe c. Irlanda*. Con note di J. GALLEN, *O'Keeffe v Ireland: The Liability of States for Failure to Provide an Effective System for the Detection and Prevention of Child Sexual Abuse in Education*, in *Modern Law Review*, n. 1/2015, p. 151 e ss. e R. KEANE, *O'Keeffe v Ireland in Strasbourg: Punishing the Guilty?*, in *Dublin University Law Journal*, n. 1/2015, p. 172 e ss.

La doglianza della ricorrente, per quanto riguarda l'art. 3 CEDU, si riferiva in special modo al sistema di istruzione primaria irlandese, che, a suo avviso, non l'aveva protetta dagli abusi sessuali subiti da un insegnante nel 1973.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è concentrata sul divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, premettendo che la propria valutazione doveva fondarsi su quanto conosciuto allora e non sulla consapevolezza, esistente al momento della decisione, sul pericolo di violenze sessuali nelle strutture educative.

Riprendendo, tra gli altri, anche il caso *Z e altri c. Regno Unito*, i giudici di Strasburgo hanno confermato che, per quanto non ogni rischio di maltrattamento può comportare per le autorità pubbliche la *positive obligation* di adottare misure per evitare che il rischio di una inosservanza dell'art. 3 CEDU si concretizzi, cionondimeno esse dovrebbero almeno fornire una protezione efficace, specialmente rispetto ai bambini e alle altre persone vulnerabili, e dovrebbero prevenire i *mistreatments* di cui dette autorità erano o avrebbero dovuto essere a conoscenza¹⁷². Dunque, considerando la natura fondamentale del divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti e la natura particolarmente vulnerabile dei fanciulli, è un obbligo intrinseco del governo assicurare la loro protezione dai maltrattamenti, specialmente nel contesto dell'istruzione primaria, attraverso l'adozione, se necessario, di misure e salvaguardie speciali¹⁷³.

La Corte EDU ha poi spostato la propria attenzione sulle *positive obligations to protect*, affermando che per avere effetto deterrente quanto a condotte gravi come quelle evidenziate (abusi su minori) occorre adottare previsioni di natura penale che siano efficaci e vengano "sostenute" da una «law-enforcement machinery»¹⁷⁴.

¹⁷² «[...] Accordingly, not every risk of ill-treatment could entail for the authorities a Convention requirement to take measures to prevent that risk from materialising. However, the required measures should, at least, provide effective protection in particular of children and other vulnerable persons and should include reasonable steps to prevent ill-treatment of which the authorities had or ought to have had knowledge (see *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, §§ 21-27, Series A no. 91; *A. v. the United Kingdom*, 23 September 1998, § 22, Reports 1998-VI; *Z and Others v. the United Kingdom*, [no. 29392/95], §§ 74-75[, ECHR 2001-V]; *D.P. and J.C. v. the United Kingdom*, no. 38719/97, § 109, 10 October 2002; and *M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, § 149, ECHR 2003-XII)» C.EDU, Grande Camera, sent. 28 gennaio 2014, *O'Keeffe c. Irlanda*, par. 144.

¹⁷³ «In sum, having regard to the fundamental nature of the rights guaranteed by Article 3 and the particularly vulnerable nature of children, it is an inherent obligation of government to ensure their protection from ill-treatment, especially in a primary-education context, through the adoption, as necessary, of special measures and safeguards» C.EDU, Grande Camera, sent. 28 gennaio 2014, *O'Keeffe c. Irlanda*, par. 146.

¹⁷⁴ «As to the content of the positive obligation to protect, the Court observes that effective measures of deterrence against grave acts, such as those in issue in the present case, can only be achieved by the existence of effective criminal-law provisions backed up by law-enforcement machinery (see *X and Y v. the Netherlands*, cited above, § 27; as well as, for example, *Beganović v. Croatia*, no. 46423/06, § 71, 25 June 2009; *Mahmut Kaya v. Turkey*, no. 22535/93, § 115, ECHR 2000-III; and *M.C. v. Bulgaria*, cited above, § 150)» C.EDU, Grande Camera, sent. 28 gennaio 2014, *O'Keeffe c. Irlanda*, par. 148.

In definitiva, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che le autorità pubbliche nazionali erano o comunque avrebbero dovuto essere state a conoscenza degli abusi perpetrati presso le locali istituzioni scolastiche e che lo Stato irlandese non aveva adottato un quadro normativo capace di fornire una protezione efficace alla vittima. L'Irlanda, nella specie, pur perseguendo tali reati ad un tasso significativo, aveva tuttavia continuato ad affidare la gestione dell'istruzione primaria della stragrande maggioranza dei bambini irlandesi ad attori non statali (*national schools*), senza mettere in atto alcun meccanismo di controllo pubblico efficace contro i rischi di tali abusi¹⁷⁵. Pertanto, la Corte EDU ha dichiarato la violazione dell'art. 3 CEDU sotto il profilo sostanziale.

La sentenza sopra illustrata ben rappresenta la «significancy» e la «potency» degli obblighi positivi di tutela penale¹⁷⁶, specialmente nel contesto dell'affidamento a privati di servizi pubblici¹⁷⁷.

Soprattutto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ribadito l'esigenza di ricorrere allo strumento del diritto penale per reprimere le violazioni del divieto di tortura o di trattamenti inumani o degradanti. Essa si è in particolare pronunciata sussumendo in tale categoria gli abusi sessuali su minori e ravvisando una violazione dell'art. 3 CEDU, diversamente da quanto deciso nel caso *X e altri c. Bulgaria*¹⁷⁸.

Sotto un primo aspetto, i giudici di Strasburgo hanno focalizzato la propria decisione di declaratoria di inosservanza del divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti sulla insufficienza dei meccanismi di monitoraggio e denuncia dei *mistreatments* dei bambini e del sistema di gestione dei reclami, tale per cui le vittime non sarebbero state incoraggiate a “farsi avanti”¹⁷⁹.

Siffatta conclusione presto il fianco alla critica che non sarebbe stata data adeguata considerazione a misure di protezione diverse rispetto a quelle prese in esame, come

¹⁷⁵ Segnatamente, le conseguenze di siffatto approccio erano state l'incapacità del responsabile privato di assumere delle iniziative a seguito di: precedenti denunce di abusi sessuali asseritamente commessi dall'autore ai danni del ricorrente; successivi abusi sulla stessa vittima perpetrati dal medesimo soggetto; e, più in generale, una prolungata e grave serie di condotte di natura sessuale di quest'ultimo poste in essere nei confronti di numerosi altri studenti della *national school* ove egli era stato impiegato.

¹⁷⁶ Così N. MAVRONICOLA, *Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 of the ECHR*, cit., p. 91.

¹⁷⁷ Trattasi dell'istruzione nelle scuole primarie gestita da istituti dipendenti dalla Chiesa cattolica. Cfr. V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 55-56.

¹⁷⁸ C.EDU, Grande Camera, sent. 2 febbraio 2021, *X e altri c. Bulgaria*. I fatti concernevano più episodi di violenza sessuale verificatisi a danno di minori ospitati presso orfanotrofi dello Stato bulgaro. I giudici di Strasburgo hanno escluso la violazione del *substantive limb* dell'art. 3 CEDU (ravvisandola invece per il *procedural limb*) in ragione: dell'assenza di una dimensione sistematica della problematica degli abusi e del turismo sessuale riguardante bambini in detti luoghi tale per cui le autorità nazionali avessero ragione di intervenire; e della mancanza della prova sulla conoscenza della stessa da parte degli operatori. Cfr. F. CASSIBBA – A. COLELLA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, cit., pp. 90-91.

¹⁷⁹ Sulla connessione, in questa decisione, tra gli obblighi di “*provide for effective deterrence*”, “*effectively protect*” e “*take reasonable steps to prevent ill-treatment*” v. C. HERI, *Shaping Coercive Obligations through Vulnerability*, cit., pp. 101-102.

puntualmente segnalato nell'opinione in parte dissenziente di cinque giudici¹⁸⁰ e nei commenti dottrinali¹⁸¹.

Notevole rilevanza assume il riferimento che viene svolto, nell'argomentare della Corte EDU, alle fonti di diritto internazionale applicabili¹⁸² e alla propria giurisprudenza risalente¹⁸³, per due ordini di motivi.

Quanto al primo, conferma la continua e meticolosa ricerca che viene posta in essere rispetto alla normativa e al *case-law*, riferita ai piani sia nazionale sia sovranazionale.

Rispetto al secondo, esplicita la preoccupazione di fugare i dubbi (pur esistenti) su di una applicazione retroattiva delle *positive obligations* nei confronti dei Paesi Parte¹⁸⁴.

Ulteriormente, il mezzo per accertare la conoscenza in capo allo Stato Membro della inosservanza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva delle perplessità, atteso che esso è basato sui tassi di procedimenti penali riguardanti il tipo di reato in esame. Non sorprende dunque come tale criterio sia stato oggetto di critiche sia nella sentenza¹⁸⁵ sia nell'accademia¹⁸⁶.

Infine, in termini di fenomeni criminosi (come visto poc'anzi per la *domestic violence*) anche in riferimento alla violenza sessuale emerge il rischio di una sovrapposizione concettuale tra disposizioni della CEDU fra loro pur diverse: in questo contesto, trattasi specialmente degli artt. 3 e 8 CEDU¹⁸⁷.

¹⁸⁰ Cfr. Opinione in parte dissenziente riunita dei giudici Zupancic, Gyulumyan, Kalaydjieva, De Gaetano e Wojtyczek (annessa a C.EDU, Grande Camera, sent. 28 gennaio 2014, *O'Keefe c. Irlanda*), par. 17.

¹⁸¹ Cfr. R. KEANE, *O'Keefe v Ireland in Strasbourg*, cit., p. 189 e V. STOYANOVA, *The Disjunctive Structure of Positive Rights under the European Convention on Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, n. 3/2018, p. 345. L'Autrice evoca una «disjunctive structure» dei «positive rights» poiché gli Stati Membri hanno più alternative a propria disposizione (oltre al diritto penale) per assicurare la *compliance* con gli obblighi positivi.

¹⁸² Tra l'altro, v. la Dichiarazione sui diritti del fanciullo del 1924 e del 1959; la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948; e il Preambolo alla Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del 1989.

¹⁸³ *Inter alia*, v. C.EDU, sent. 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*; C.EDU, sent. 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*; e C.EDU, sent. 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*.

¹⁸⁴ Cfr. F. CASSIBBA – A. COLELLA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, cit., p. 91. Criticamente, in particolar modo sull'assenza di una «comprehensive interpretive methodology», v. J. GALLEN, *O'Keefe v Ireland*, cit., pp. 155-158. Essa si appalesa, a ben vedere, sin dalle premesse sulla valutazione dei fatti, dove è evidente lo sforzo dei giudici di Strasburgo mirato allo svolgimento di un apprezzamento *ex ante* invece che *ex post* della vicenda (senza, cioè, il «benefit of the hindsight») (V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 31).

¹⁸⁵ Cfr. Opinione in parte dissenziente riunita dei giudici Zupancic, Gyulumyan, Kalaydjieva, De Gaetano e Wojtyczek (annessa a C.EDU, Grande Camera, sent. 28 gennaio 2014, *O'Keefe c. Irlanda*), par. 13.

¹⁸⁶ Cfr. R. KEANE, *O'Keefe v Ireland in Strasbourg*, cit., p. 187; e V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 29-30, spec. nt. n. 52. L'Autrice ravvisa un approccio simile anche in *Brincat e altri c. Malta* (cfr. *infra*, cap. III, par. 4) e *Öneryildiz c. Turchia* (cfr. *infra*, cap. III, par. 3).

¹⁸⁷ Cfr. *infra*, cap. II, par. 7.

4. Gli obblighi di incriminazione della tortura perpetrata da soggetti pubblici e privati

Le *positive obligations in criminal law*, come visto, si esplicano tra l'altro nel dovere per lo Stato Membro di prevedere una certa condotta quale fattispecie di reato. Una delle manifestazioni maggiormente significative di questa categoria per l'impatto sul diritto penale nazionale, e specialmente su quello italiano, è l'obbligo positivo di criminalizzazione della tortura quando perpetrata da soggetti direttamente identificabili con lo Stato (quali pubblici ufficiali o agenti di pubblico servizio).

Innanzitutto, giova procedere a una classificazione dei concetti di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, per poi illustrare compiutamente il contenuto del dovere di punirli.

Un caso emblematico ove si ritrovano entrambi questi profili è *Gäfgen c. Germania*¹⁸⁸.

La materia del contendere riguardava un interrogatorio di polizia di un soggetto, il quale, in quel frangente, era stato minacciato di venire torturato dagli operanti. Egli risultava infatti indagato per il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione e il suo esame aveva lo scopo di venire a conoscenza dell'ubicazione del ragazzo che si sospettava avesse rapito, nella speranza di trovarlo in vita. Il giovane, però, era già morto. In breve tempo, il prevenuto rivelava infatti ove si trovava il corpo e, successivamente, confessava il sequestro e l'omicidio. Il dirigente che aveva dato l'ordine di procedere con tali modalità e l'agente che lo aveva eseguito erano stati successivamente processati e condannati per il reato di violenza privata a una pena pecuniaria (rispettivamente, di 60 e 90 pagamenti giornalieri dell'ammontare di 60 e 120 euro), con concessione della sospensione condizionale della stessa¹⁸⁹. Il ricorrente lamentava dunque la violazione dell'art. 3 CEDU per essere stato, tra l'altro, minacciato di venire torturato.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricapitolato i principi di diritto rilevanti riguardanti il divieto di tortura. In particolare, ha ribadito che, atteso che l'art. 3 CEDU è uno dei valori "più fondamentali" delle società democratiche che non prevede eccezioni né ammette

¹⁸⁸ C.EDU, Grande Camera, sent. 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*. Con note di N. GRAFFIN, *Gäfgen v Germany, the Use of Threats and the Punishment of Those Who Ill-treat During Police Questioning: A Reply to Steven Greer*, in *Human Rights Law Review*, n. 4/2017, p. 681 e ss.; S. AST, *The Gäfgen Judgment of the European Court of Human Rights: On the Consequences of the Threat of Torture for Criminal Proceedings*, in *German Law Journal*, n. 12/2010, p. 1393 e ss.; A. BUYSE, *European Court of Human Rights (Grand Chamber): Gäfgen v. Germany*, in *International Legal Materials*, n. 6/2010, p. 1597 e ss.; e M. SPURRIER, *Gäfgen v Germany: fruit of the poisonous tree*, in *European Human Rights Law Review*, n. 5/2010, p. 513 e ss.

¹⁸⁹ Sul procedimento nei confronti dei poliziotti v. F. JESSBERGER, *Bad Torture – Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 5/2005, p. 1059 e ss.

deroghe, la natura del reato asseritamente commesso dalla vittima è irrilevante ai fini della valutazione del rispetto di tale proibizione¹⁹⁰.

Quanto ai criteri per ritenere sussistente una sua violazione, i giudici di Strasburgo hanno sostenuto che i *mistreatments* devono raggiungere un livello minimo di gravità, e che la relativa valutazione dipende da tutte le circostanze del caso, quali: la durata del trattamento, i suoi effetti fisici o mentali e, in alcuni casi, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima; lo scopo per cui il trattamento è stato inflitto insieme all'intenzionalità o ai motivi che lo hanno determinato; nonché il suo contesto (come un'atmosfera di forte tensione ed emotività)¹⁹¹.

Sul distinguo tra le nozioni di tortura e quelle di trattamento inumano o degradante, la Corte EDU ha attribuito importanza alla gravità del *mistreatment* (in base a una interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo) e alla intenzionalità della condotta (sulla scorta della Convenzione ONU contro la tortura del 1984). Rispetto alla prima, ha ravvisato l'auspicio degli autori del testo della CEDU di attribuire uno speciale stigma soprattutto alla causazione di sofferenze molto gravi e crudeli nei riguardi della vittima. Quanto alla seconda, ha notato la centralità, nella Convenzione ONU, del dolo specifico di ottenere informazioni, infliggere punizioni o intimidire¹⁹².

¹⁹⁰ «The Court reiterates that Article 3 of the Convention enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Unlike most of the substantive clauses of the Convention, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 (see *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 95, ECHR 1999-V, and *Labita*, cited above, § 119). [...] The nature of the offence allegedly committed by the applicant is therefore irrelevant for the purposes of Article 3 (see *V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, § 69, ECHR 1999-IX; *Ramirez Sanchez v. France* [GC], no. 59450/00, § 116, ECHR 2006-IX; and *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, § 127, ECHR 2008)» C.EDU, Grande Camera, sent. 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, par. 87.

¹⁹¹ «In order for ill-treatment to fall within the scope of Article 3 it must attain a minimum level of severity. The assessment of this minimum depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim (see *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 162, Series A no. 25, and *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, § 67, ECHR 2006-IX). Further factors include the purpose for which the treatment was inflicted together with the intention or motivation behind it (compare, inter alia, *Aksoy v. Turkey*, 18 December 1996, § 64, Reports 1996-VI; *Egmez v. Cyprus*, no. 30873/96, § 78, ECHR 2000-XII; and *Krastanov v. Bulgaria*, no. 50222/99, § 53, 30 September 2004), as well as its context, such as an atmosphere of heightened tension and emotions (compare, for instance, *Selmouni*, cited above, § 104, and *Egmez*, loc. cit.)» C.EDU, Grande Camera, sent. 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, par. 88.

¹⁹² «As noted in previous cases, it appears that it was the intention that the Convention should, by means of such a distinction, attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering (see *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, § 167; *Aksoy*, cited above, § 63; and *Selmouni*, cited above, § 96). In addition to the severity of the treatment, there is a purposive element to torture, as recognised in the United Nations Convention against Torture, which in Article 1 defines torture in terms of the intentional infliction of severe pain or suffering with the aim, inter alia, of obtaining information, inflicting punishment or intimidating (see *Akkoç*, cited above, § 115)» C.EDU, Grande Camera, sent. 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, par. 90. Tale passaggio è ripreso da C.EDU, Grande Camera, sent. 27 giugno 2000, *Salman c. Turchia*. Cfr. N. MAVRONICOLA, *Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 of the ECHR*, cit., pp. 74-75.

Ulteriormente, i giudici di Strasburgo hanno affermato che la minaccia di un comportamento vietato dall'art. 3 CEDU (che sia sufficientemente reale e immediata) può ricadere in tale disposizione; segnatamente, essa può costituire almeno un trattamento inumano¹⁹³.

In relazione agli obblighi positivi procedurali, la Corte EDU ha sostenuto che affinché un'indagine sia efficace nella pratica, è necessario che lo Stato Membro abbia emanato disposizioni penali che sanzionino le condotte contrarie all'art. 3 CEDU¹⁹⁴. Ancora, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto di arrogarsi, pur riconoscendo il ruolo dei tribunali nazionali nella scelta delle sanzioni appropriate per i *mistreatments* di agenti statali, il dovere di mantenere una funzione di vigilanza e di intervenire laddove ravvisino una manifesta sproporzione tra la gravità di quanto commesso e la pena inflitta. In caso contrario, il dovere del Paese Parte di condurre un'indagine efficace – in quest'ottica – perderebbe gran parte del suo significato¹⁹⁵.

Nel decidere della vicenda, la Corte EDU ha ritenuto fondata al di là di ogni ragionevole dubbio solamente l'accusa del ricorrente di essere stato minacciato di subire dolori intollerabili per venire indotto a rivelare il luogo in cui si trovava il ragazzo, valutando una serie di elementi ai fini della qualificazione della condotta¹⁹⁶.

In specie, i giudici di Strasburgo hanno stabilito che trattamenti inumani o degradanti non possono essere inflitti nemmeno in circostanze in cui la vita di un individuo è a rischio. L'assolutezza dell'art. 3 CEDU non conosce eccezioni neppure nei casi più difficili¹⁹⁷. La «philosophical basis» su cui essa si fonda non ammette appunto eccezioni, né fattori

¹⁹³ «The Court further reiterates that a threat of conduct prohibited by Article 3, provided it is sufficiently real and immediate, may fall foul of that provision. Thus, to threaten an individual with torture may constitute at least inhuman treatment (compare *Campbell and Cosans*, cited above, § 26)» C.EDU, Grande Camera, sent. 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, par. 91.

¹⁹⁴ «[...] For an investigation to be effective in practice it is a prerequisite that the State has enacted criminal-law provisions penalising practices that are contrary to Article 3 (compare, *mutatis mutandis*, *M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, §§ 150, 153 and 166, ECHR 2003-XII; *Nikolova and Velichkova*, cited above, § 57; and *Çamdereli*, cited above, § 38)» C.EDU, Grande Camera, sent. 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, par. 117.

¹⁹⁵ «[...] It follows that while the Court acknowledges the role of the national courts in the choice of appropriate sanctions for ill-treatment by State agents, it must retain its supervisory function and intervene in cases of manifest disproportion between the gravity of the act and the punishment imposed. Otherwise, the State's duty to carry out an effective investigation would lose much of its meaning (see *Nikolova and Velichkova*, cited above, § 62; compare also *Ali and Ayşe Duran*, cited above, § 66)» C.EDU, Grande Camera, sent. 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, par. 123.

¹⁹⁶ Durata (10 minuti circa); effetti fisici o psichici (paura, angoscia e sofferenza mentale); intenzionalità (dolo intenzionale e premeditato); scopo perseguito (di trovare il sequestrato); e contesto (stato di vulnerabilità dovuto al trovarsi in custodia e ammanettato).

¹⁹⁷ Cfr. N. MAVRONICOLA, *Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 of the ECHR*, cit., pp. 16-17. L'Autrice distingue, a partire da *Gäfgen c. Germania*, tre elementi di tale *absoluteness*: assenza di eccezioni («no exceptions»); assenza di deroghe («no derogations»); e protezione incondizionata («unconditional protection») di tutti gli individui nella giurisdizione degli Stati Membri aderenti alla Convenzione EDU.

giustificativi o bilanciamenti di interessi, prescindendo dalla condotta dell'interessato e dalla natura del reato in questione¹⁹⁸.

In conclusione, la Corte EDU ha ritenuto violato l'art. 3 CEDU, in relazione alle *positive obligations* sia sostanziali sia processuali. Con riguardo alle prime, ha sì ravvisato dei trattamenti inumani, ma non una condotta di tortura poiché non era stato raggiunto il livello minimo di crudeltà necessario affinché potesse dirsi integrata. Con riferimento alle seconde, ha censurato le pene inflitte, nel tipo (pecuniario), nell'ammontare (ridotto) e altresì nella loro sospensione (con susseguente non esecuzione).

Il caso appena trattato rappresenta, pur nella peculiarità della situazione concreta, un campo di prova per l'interpretazione delle nozioni di *torture* e *inhuman* o *degrading treatment* nell'ambito precipuo dell'uso di tecniche di indagine da parte delle forze di polizia, incompatibili con uno stato di diritto in generale e con la dignità umana in particolare.

Si avverte, nella invero non facile opera di distinzione tra la prima e le altre due categorie racchiuse nell'art. 3 CEDU¹⁹⁹, l'enfasi che viene posta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo su due profili: la gravità degli esiti patiti dalla vittima e la volontarietà della condotta. Gli altri elementi, in effetti, restano *sullo sfondo*, richiamati nell'economia dell'argomentazione, ma nient'affatto determinanti per giungere alla decisione finale. Da ciò, si ricava che il focus è duplice, cioè: l'*evento* del reato (conseguenze fisico-psichiche) e l'*elemento soggettivo* (*sub specie* di dolo).

Il primo aspetto non sembra costituire un indice sufficientemente chiarificatore. L'intrinseca opinabilità sulla scelta dello stadio della serietà dei *mistreatments* è infatti difficilmente superabile: ogni giudice può avvertire, secondo la propria sensibilità, un'azione come più o meno rispondente a tale presupposto applicativo.

Il secondo aspetto – lo si coglie da come viene aggiunto a quello precedente – ha una funzione di integrazione e completamento. Lo stesso, cioè, risulta essere, pur nella complessità dell'accertamento – quella del sondare gli obbiettivi che si prefigge l'autore nell'agire è nota –, sicuramente di maggiore distinguibilità se paragonato all'altro.

¹⁹⁸ «Torture, inhuman or degrading treatment cannot be inflicted even in circumstances where the life of an individual is at risk. [...] Article 3, which has been framed in unambiguous terms, recognises that every human being has an absolute, inalienable right not to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment under any circumstances, even the most difficult. The philosophical basis underpinning the absolute nature of the right under Article 3 does not allow for any exceptions or justifying factors or balancing of interests, irrespective of the conduct of the person concerned and the nature of the offence at issue» C.EDU, Grande Camera, sent. 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, par. 107.

¹⁹⁹ *Inter alia*, v. N. MAVRONICOLA, *Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 of the ECHR*, cit., spec. p. 58 e ss. e p. 88 e ss.

Tali considerazioni permettono di sostenere che, a ben vedere, la finalità della condotta assume un'importanza *superiore* (se non proprio dirimente) rispetto alla gravità delle conseguenze.

Appare condivisibile, inoltre, l'attenzione posta dai giudici di Strasburgo sulle altre fonti di diritto internazionale.

Il rinvio alla definizione contenuta nella Convenzione ONU ha il pregio, da un lato, di contenere la casistica (solamente quella connotata da una certa *voluntas*) e, dall'altro, di uniformare le definizioni tra normative non omogenee, restituendo una coerenza strutturale tra discipline sovranazionali.

Oltre a essere un punto di riferimento nella comprensione degli istituti previsti dall'art. 3 CEDU, la sentenza emessa in *Gäfgen c. Germania* rappresenta un esempio indicativo della richiesta della Corte EDU agli Stati Membri (classificata tra gli obblighi positivi procedurali) di reprimere la tortura e delle questioni che a tale repressione si accompagnano²⁰⁰.

Infatti, la scure dei giudici di Strasburgo si è abbattuta anche sulla scelta sanzionatoria operata dalle autorità giudiziarie tedesche nei confronti dei dirigenti e agli agenti che avevano ordinato o attuato le condotte riguardanti l'interrogatorio della vittima, poi sussunte nell'art. 3 CEDU.

Per quanto essi si premurino di sostenere che non è loro competenza l'accertamento della responsabilità penale e neppure la perimetrazione della pena, si sono accinti a svolgere precisamente entrambe le valutazioni.

Riservandosi di intervenire qualora la stessa sia sproporzionata per difetto²⁰¹, hanno preso in considerazione la responsabilità agli effetti della pena, scendendo peraltro nel dettaglio. Segnatamente, hanno stigmatizzato sia la *tipologia* di pena (pecuniaria) sia la sua *esecuzione* (sospesa).

Nella *joint partly concurring opinion* dei giudici Tulkens, Ziemele e Bianku si sono affrontate le questioni sollevate da tale tecnica decisoria sottoponendole puntualmente a critica, quanto a: *sentencing* (da lasciare di norma ai tribunali nazionali); efficacia deterrente della pena (che studi empirici hanno dimostrato essere relativa o limitata); nonché minaccia

²⁰⁰ Partendo da tale caso sostiene che l'approccio relativo ai crimini internazionali, per i quali non è ammessa alcuna forma di impunità, deve essere applicato anche nel diritto interno J.D. OHLIN, *The Right to Punishment for International Crimes*, in F. JESSBERGER – J. GENEUSS (a cura di), *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, New York, 2020, p. 257 e ss. Vi si contrappone, opinando che ciò porrebbe nel nulla i risultati progressivamente ottenuti dal garantismo penale, G. FORNASARI, *Diritti della vittima e certezza della pena. Riflessioni su un discutibile paradigma*, in *Ind. pen.*, n. 1/2021, p. 13 e ss.

²⁰¹ Di piena affermazione del criterio della *manifest disproportion* parla L. LAVRYSEN, *Positive Obligations and the Criminal Law*, cit., p. 48.

per i diritti e le libertà derivanti dall'applicazione della stessa (che suggerisce di “tenere a mente” il principio di sussidiarietà)²⁰².

Per quanto attiene alla opzione sanzionatoria, non convince la pretesa unicità della scelta della detenzione, come esclusivo viatico rispondente alle aspettative della Corte EDU²⁰³. Certamente, numerose altre sono le sanzioni penali potenzialmente adoperabili e anch'esse assicurano un certo contenuto afflittivo. Limitarsi a favorire la *sola* restrizione della libertà tradisce una limitatezza scientifica e un anacronismo ideologico.

Pretendere poi che alla inflizione della pena della reclusione segua comunque la carcerazione significa *svalutare* la punizione della sua finalità di rieducazione (e, quindi, di risocializzazione) insita nel dettato costituzionale, all'art. 27 co. 3 Cost. Il messaggio che attraverso di ciò si lancia è che la pena deve essere severa (esemplare) e che deve essere eseguita “in concreto” (“per davvero”).

Peraltro, tale sanzione sembra servire una esigenza di tutela delle aspettative della vittima, quasi che la condanna e l'esecuzione con tali caratteristiche rappresentino un diritto fondamentale di quest'ultima²⁰⁴.

Questo approccio, però, si pone agli antipodi rispetto a un diritto penale liberale, ove il soggetto destinatario di una pena non viene *strumentalizzato* per finalità altre e diverse rispetto alle esigenze di protezione dei consociati.

In effetti, tale sollecitazione al diniego di strumenti di esclusione della punibilità sembra essere figlia di una *trasposizione* di concetti propri del diritto penale internazionale in quello interno, pur quest'ultimo non riguardando (spesso neppure lontanamente) la stessa

²⁰² «However, in our view it raises three questions, especially in the present case. Firstly, sentencing is one of the most delicate and difficult tasks in the administration of criminal justice. [...] It is normally the role of the national courts and not the Court, which should involve itself in this process only with the utmost caution and in cases of absolute necessity. Secondly, we wonder whether the Court, in making the assumption that more severe criminal penalties have a deterrent effect, is not at risk of creating or maintaining an illusion. [...] Such studies have concluded that this effect is relative, if not limited. Lastly, even – and no doubt especially – where criminal punishment serves the purpose of protecting rights and freedoms, at the risk of obscuring the fact that it is also a threat to rights and freedoms, we should not lose sight of the subsidiarity principle, which is a basic axiom of criminal law» Opinione concorrente riunita dei giudici Tulkens, Ziemele e Bianku (annessa a C.EDU, Grande Camera, sent. 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*), par. 5. *Contra* v. N. GRAFFIN, *Gäfgen v Germany, the Use of Threats and the Punishment of Those Who Ill-treat During Police Questioning*, cit., pp. 697-698. L'Autore ritiene che ciò che conta è in realtà la “certezza della pena” e, quindi, si sarebbe dovuto punire i poliziotti «in a way which acted as a deterrent». A suo avviso, sarebbe stato corretto congedarli subito dal servizio e infliggere loro una pena detentiva poiché «This would have had the desired deterrent effect to prevent ill-treatment in the future». Ciononostante, data la situazione in cui e le finalità per le quali hanno operato «a lighter sentence could have been imposed in mitigation».

²⁰³ Per una proposta riduzionista, nel senso della opportunità di applicare *criminal sanctions* alla tortura, ma non necessariamente ai trattamenti inumani o degradanti, v. J. COOPER, *Cruelty – An Analysis of Article 3*, Londra, 2003, p. 17.

²⁰⁴ Di un vero e proprio «right to punishment» parla J.D. OHLIN, *The Right to Punishment for International Crimes*, cit., p. 260. V. anche K. KAMBER, *Prosecuting Human Rights Offences*, cit., p. 5.

magnitudine di crimini. La mediazione in tale procedura di avvicinamento viene esercitata proprio dalla giurisprudenza attinente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Una visione che osservi la penalità con le lenti delle prerogative della vittima, inoltre, finisce per essere *sbilanciata*²⁰⁵. Infatti, laddove si sia in presenza di un imputato in un processo penale ordinario siffatta modalità di intendere l'accertamento dei fatti e delle responsabilità rischia di portare a una netta riduzione delle garanzie dell'individuo, con esiti potenzialmente abnormi.

Non si può peraltro escludere che proprio la riduzione del ricorso a istituti latamente clemenziali porti a una eterogenesi dei fini: volendo assicurare sempre il "diritto alla punizione" della vittima si apre, mancando un'attività di rieducazione, alla messa in pericolo di una *futura* vittima.

In questo senso, il condannato che non ha avuto accesso al trattamento e a misure alternative potrebbe tornare a delinquere, con ciò causando violazioni di diritti protetti nella CEDU; ciò, paradossalmente, avverrebbe in ragione della tutela degli stessi.

Tale constatazione conduce ad additare un'ulteriore criticità, così riassumibile: l'attenzione posta su quanto accaduto invece che su quanto accadrà. Si perde di vista, così, l'intero discorso sulla *prevenzione speciale positiva* e, parallelamente, si torna (più o meno esplicitamente) alla *retribuzione*²⁰⁶, alla "riparazione del male" (financo di carattere "privatistico")²⁰⁷.

Da ultimo, poiché il diritto penale appare come la soluzione alle violazioni della Convenzione EDU se ne sponsorizza un'espansione continua, che avanza di pari passo con quella delle garanzie della CEDU. A ben vedere, tale indirizzo esegetico finisce per offrire una legittimazione, nel nome dei diritti umani, allo stesso *ius terribile*²⁰⁸.

²⁰⁵ Cfr. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, p. 33 e ss.

²⁰⁶ Cfr. L. LAVRYSEN, *Positive Obligations and the Criminal Law*, cit., pp. 49-50. V. anche A. BALTA, *Retribution through Reparations? Evaluating the European Court of Human Rights' Jurisprudence on Gross Human Rights Violations from a Victim's Perspective*, in L. LAVRYSEN – N. MAVRONICOLA (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, 2020, p. 71 e ss.

²⁰⁷ Cfr. K. KAMBER, *Prosecuting Human Rights Offences*, cit., p. 57.

²⁰⁸ Riprendendo Massimo Donini, vi è chi ha parlato di un "risveglio del Leviatano". Cfr. M. PINTO, *Awakening the Leviathan through Human Rights Law*, cit., p. 1 e V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 118.

La pretesa di punizione della tortura se perpetrata da agenti statali si fa sempre più cogente nei confronti degli Stati Membri, ivi compresa l'Italia, in specie nel contesto delle operazioni di polizia²⁰⁹. Ciò si può constatare dall'analisi, tra gli altri, del caso *Cestaro c. Italia*²¹⁰.

I fatti concernevano l'irruzione effettuata dalla Polizia di Stato nella tarda notte del 21 luglio 2001, a seguito del G8 di Genova, all'interno della scuola Diaz-Pertini con il fine dichiarato della perquisizione degli occupanti e della cattura di cc.dd. *black bloc*, tra i responsabili dei disordini delle ore precedenti. Nell'ambito della operazione, condotta con violenza inaudita e del tutto gratuita, anche il signor Cestaro, all'epoca sessantaduenne, pur non avendo opposto alcuna resistenza come molti altri astanti, veniva colpito alla testa, alle braccia e alle gambe dagli agenti in tenuta antisommossa, patendo fratture multiple e danni permanenti. Nell'ambito del procedimento che ne scaturiva, venivano processati funzionari, dirigenti e agenti con capi di imputazione tra i quali figuravano, oltre ai reati di lesioni personali semplici e aggravate, anche quelli di falso ideologico, calunnia semplice e aggravata e abuso di ufficio, nonché porto abusivo di armi da guerra²¹¹. Sennonché, il trascorrere degli anni nel succedersi dei gradi di giudizio determinava l'estinzione per prescrizione della maggior parte dei reati contestati, con l'impossibilità di condannare in via definitiva gli autori

²⁰⁹ Per uno analogo concernente quello bulgaro v. C.EDU, sez. IV, 3 novembre 2015, *Myumyun c. Bulgaria*. In questo procedimento, l'assenza di una fattispecie incriminatrice della tortura nel codice penale bulgaro era stata importante per addivenire alla condanna di tale Stato in quanto il reato scelto a livello nazionale non è stato considerato capace di cogliere l'intera gamma di questioni in gioco. In particolare, oggetto del pronunciamento erano delle condotte commesse da agenti di polizia che avevano lungamente (per ore) torturato la vittima (colpendola con una mazza di legno e un manganello di gomma e sottoponendola a scosse elettriche al fine di ottenere la confessione di un reato di furto con scasso) e la loro mancata punizione in maniera congrua. Gli operanti erano stati infatti destinatari di due ammende per l'equivalente di 1.023 euro (un importo inferiore alla metà dell'edittale previsto) senza che alla condanna fosse seguita l'interdizione dalla mansione. Cfr. L. LAVRYSEN, *Positive Obligations and the Criminal Law*, cit., pp. 36-37.

²¹⁰ C.EDU, sez. IV, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*. Con note di C. CRAVETTO, *Caso Diaz: la Corte europea condanna l'Italia per violazione degli obblighi ex articolo 3 Cedu in materia di tortura. Una sentenza annunciata*, in *Resp. civ. prev.*, n. 3/2015, p. 740 e ss.; A. MARCHESI, *I "fatti della Diaz" secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Oss. cost.*, n. 2/2015, p. 1 e ss.; C. PEZZIMENTI, *Nella scuola Diaz-Pertini fu tortura: la Corte europea dei diritti umani condanna l'Italia nel caso Cestaro*, in *Giur. it.*, n. 7/2015, p. 1709 e ss.; I. SALVI, *Da Genova a Strasburgo: la sentenza della Corte EDU Cestaro contro Italia ci condanna per i "fatti della Diaz" del 2001*, in *Crit. dir.*, nn. 1-3/2015, p. 180 e ss.; A. VALENTINO, *Le violenze del G8 di Genova sono tortura ai sensi della Cedu: ragioni della pronuncia e ripercussioni sull'ordinamento (Nota a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Cestaro c. Italia del 7/04/2015)*, in *Oss. cost.*, n. 2/2015, p. 1 e ss.; V. VERDOLINI, *I lupi artificiali e le panne del diritto*, in *Soc. dir.*, n. 2/2015, p. 195 e ss.; F. ZACCHÈ, *Caso "Cestaro c. Italia": dalla prima condanna della Corte EDU sull'irruzione alla Diaz l'obbligo di introdurre il delitto di tortura*, in *Quad. cost.*, n. 2/2015, p. 462 e ss.; F. CASSIBBA, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, *Dir. pen. cont.*, 27.04.2015, p. 1 e ss.; G. BORGNA, *L'insostenibile leggerezza del non essere: la perdurante assenza del reato di tortura e i fatti del G8 sotto la (prevedibile) scure del giudice di Strasburgo. Prime riflessioni a margine del caso Cestaro c. Italia*, in *sidi-isil.org*, 11.04.2015, p. 1; e F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9.04.2015, p. 1 e ss.

²¹¹ Infatti, a fronte dell'evidente assenza di quanto ricercato nei locali scolastici e dei pesanti abusi perpetrati in tale azione le autorità intervenute cercavano in seguito di giustificare anche in maniera menzognera il loro operato. In particolare, venivano fabbricate prove fasulle, ad esempio affermando di aver rinvenuto delle bottiglie incendiarie nell'edificio quando si verificava che le stesse vi erano state artatamente introdotte da degli agenti proprio allo scopo di giustificare *ex post* l'operato dei partecipanti.

materiali dei pestaggi perpetrati nella scuola Diaz-Pertini²¹². Tale risultato, ad avviso del sig. Cestaro, totalmente insoddisfacente lo indusse a rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando la violazione dell'art. 3 CEDU in molteplice prospettiva: in relazione agli obblighi positivi sostanziali, avendo mancato lo Stato italiano di apprestare misure opportune per prevenire e punire le condotte di tortura subite; in relazione agli obblighi positivi procedurali, per le omesse conduzione di un'inchiesta effettiva, identificazione degli autori e irrogazione di sanzioni adeguate.

Anzitutto, i giudici di Strasburgo hanno sunteggiato la giurisprudenza in tema di tortura e di trattamenti inumani e degradanti. Hanno ricordato come la distinzione tra la prima e i secondi si fondi sia sulla gravità dei trattamenti (che dipende dall'acutezza delle sofferenze, parametrata a sua volta su indici quali durata, effetti fisici o psichici e, a volte, sesso, età, stato di salute della vittima, ecc.) sia sulla volontà deliberata (che rinvia alla Convenzione ONU del 1984, che definisce tortura, come visto *supra*, qualsiasi atto con il quale vengono intenzionalmente inflitti a una persona un dolore o delle sofferenze acute allo scopo, soprattutto, di ottenere dalla stessa informazioni, di punirla o di intimidirla)²¹³. La stessa Corte EDU ha però ammesso che tali due requisiti integrativi non sono necessari, potendo bastare anche solamente il primo²¹⁴, e ha aggiunto che è stata ravvisata la tortura anche nell'evenienza nella quale i trattamenti sono stati considerati gratuiti²¹⁵. In particolare, i

²¹² Cass. pen., sez. V, sent. n. 38085 del 5.07.2012 (dep. 2.10.2012), commentata da A. COLELLA, *La sentenza della Cassazione sui fatti della scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 16.10.2012, p. 1 e ss., cui si rinvia per una compiuta ricostruzione degli esiti nelle diverse fasi processuali.

²¹³ «[...] Come la Corte ha già osservato, questa distinzione sembra essere stata sancita dalla Convenzione per marchiare di una particolare infamia alcuni trattamenti inumani deliberati che provocano sofferenze estremamente gravi e crudeli (Bati e altri, sopra citata, § 116, Gäfgen, sopra citata, § 90, con le sentenze ivi citate, e El-Masri, sopra citata, § 197). Il carattere acuto delle sofferenze è «per la sua stessa natura relativo; esso dipende dai dati della causa considerati complessivamente, in particolare dalla durata del trattamento e dai suoi effetti fisici o psichici nonché, a volte, dal sesso, dall'età, dallo stato di salute della vittima, ecc.» (Selmouni, sopra citata, § 100, e Bati e altri, sopra citata, § 120). Oltre alla gravità dei trattamenti, la «tortura» implica una volontà deliberata, come riconosciuto nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, entrata in vigore il 26 giugno 1987 nei confronti dell'Italia (paragrafo 109 *supra*), che definisce la «tortura» come qualsiasi atto con il quale vengono intenzionalmente inflitti a una persona un dolore o delle sofferenze acute allo scopo, soprattutto, di ottenere dalla stessa informazioni, di punirla o di intimidirla (İlhan, sopra citata, § 85, Gäfgen, § 90, e El-Masri, sopra citata, § 197)» C.EDU, sez. IV, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, par. 171. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

²¹⁴ «In alcune cause la Corte, nel suo ragionamento, ha basato la constatazione di «tortura» non tanto sul carattere intenzionale dei maltrattamenti, quanto piuttosto sul fatto che essi avevano «provocato dolori e sofferenze acuti» e che rivestivano «un carattere particolarmente grave e crudele» (si vedano, ad esempio, Selmouni, sopra citata, §§ 101-105, e Erdal Aslan c. Turchia, nn. 25060/02 e 1705/03, § 73, 2 dicembre 2008)» C.EDU, sez. IV, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, par. 173. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

²¹⁵ «In altre sentenze, essa ha attribuito un peso particolare al carattere gratuito delle violenze commesse nei confronti del ricorrente, detenuto, per giungere ad una constatazione di «tortura»» C.EDU, sez. IV, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, par. 174. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

giudici di Strasburgo si sono rifatti al precedente *Gäfgen c. Germania* (cfr. *supra*) ove sono stati elencati i fattori integrativi rilevanti, quali: durata; effetti fisici o psichici; intenzionalità; e scopo perseguito.

Rispetto all'oggetto della causa, la Corte EDU ha valorizzato più elementi²¹⁶. Pertanto, essa ha riconosciuto che le violenze perpetrate nei confronti del ricorrente potessero senz'altro essere sussunte nella nozione di tortura secondo l'art. 3 CEDU.

Quanto poi agli obblighi positivi, le censure dei giudici di Strasburgo hanno riguardato due aspetti.

In primo luogo, essi si sono soffermati sulle lacune nel quadro normativo²¹⁷. Hanno così stabilito che la condizione preliminare perché vi possa essere un'indagine effettiva è che lo Stato abbia introdotto una normativa di diritto penale che punisca le condotte in violazione del divieto di tortura. Segnatamente, hanno specificato che l'assenza di una legislazione penale sufficiente per la prevenzione e la punizione degli autori di violazioni dell'art. 3 CEDU ha il potenziale effetto di impedire alle autorità inquirenti e giudicanti di: perseguire le offese a quello che è un valore fondamentale delle società democratiche; valutarne la gravità; infliggere pene adeguate; ed escludere l'applicazione di qualsiasi misura che possa mitigare in maniera eccessiva la sanzione, a scapito dell'effetto preventivo e dissuasivo della stessa²¹⁸. Inoltre, hanno sancito la inapplicabilità o comunque la incompatibilità con tale disposizione di cause di esclusione della punibilità o misure alternative alla detenzione, quali: prescrizione (specialmente se il termine di decorrenza non è né flessibile né soggetto a eccezioni); amnistia; grazia; sospensione condizionale della pena; e liberazione anticipata²¹⁹.

²¹⁶ L'aver causato al soggetto «dolori e sofferenze acuti» e l'essere i maltrattamenti «di natura particolarmente grave e crudele»; l'assenza di un qualsiasi nesso di causalità tra la condotta della vittima e l'uso della forza da parte degli agenti di polizia; la gratuità dei maltrattamenti e quindi la loro sproporzione rispetto allo scopo perseguito; il carattere intenzionale e premeditato degli stessi.

²¹⁷ Sul concetto di violazione strutturale v. V. ZAGREBELSKY, *Violazioni strutturali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 2/2008, p. 5 e ss. e B. NASCIMBENE, *Violazione "strutturale", violazione "grave", ed esigenze interpretative della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, n. 3/2006, p. 645 e ss.

²¹⁸ «Affinché un'inchiesta sia effettiva nella pratica, la condizione preliminare è che lo Stato abbia promulgato delle disposizioni di diritto penale che puniscono le pratiche contrarie all'articolo (Gäfgen, sopra citata, § 117). In effetti, l'assenza di una legislazione penale sufficiente per prevenire e punire effettivamente gli autori di atti contrari all'articolo 3 può impedire alle autorità di perseguire le offese a questo valore fondamentale delle società democratiche, di valutarne la gravità, di pronunciare pene adeguate e di escludere l'applicazione di qualsiasi misura che possa alleggerire eccessivamente la sanzione, a scapito del suo effetto preventivo e dissuasivo (M.C. c. Bulgaria, n. 39272/98, §§ 149, 153 e 166, CEDU 2003 XII, Tzekov, sopra citata, § 71, Çamdereli, sopra citata, § 38; dal punto di vista dell'articolo 4, si veda, mutatis mutandis, Siliadin c. Francia, n. 73316/01, §§ 89, 112 e 148, CEDU 2005 VII)» C.EDU, sez. IV, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, par. 209. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

²¹⁹ «[...] La Corte ha anche dichiarato che, in materia di tortura o di maltrattamenti inflitti da parte di agenti dello Stato, l'azione penale non dovrebbe estinguersi per effetto della prescrizione, così come l'amnistia e la grazia non dovrebbero essere tollerate in questo ambito. Del resto, l'applicazione della prescrizione dovrebbe essere compatibile con le esigenze della Convenzione. Pertanto, è difficile accettare dei tempi di prescrizione

In secondo luogo, la Corte EDU si è rammaricata della mancata collaborazione offerta della Polizia italiana nell'individuazione degli autori materiali dei soprusi.

Il combinato disposto dei due fattori appena menzionati aveva finito per comportare l'impunità dei responsabili delle violenze, nonostante gli sforzi profusi dai magistrati inquirenti e giudicanti²²⁰.

Conclusivamente, i giudici di Strasburgo hanno preso in esame la legislazione penale italiana applicata, considerandola inadeguata rispetto alla esigenza di sanzionare gli atti di tortura in questione e, al tempo stesso, priva dell'effetto dissuasivo necessario per prevenire altre simili violazioni dell'art. 3 CEDU in futuro.

Pertanto, hanno formulato un invito perentorio al varo di una riforma che assicurasse la sanzione di siffatte condotte, anche attraverso la preclusione dell'applicazione di previsioni che compromettano la loro effettiva punizione, contrarie, in quanto tali, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

All'esito, la Corte EDU ha accolto il ricorso, dichiarando la violazione degli obblighi positivi derivanti dell'art. 2 CEDU di tipo sostanziale e procedurale²²¹.

Le medesime considerazioni sono state successivamente ribadite in un secondo ricorso presentato da altre vittime delle stesse violenze. Nella sentenza *Bartasaghi Gallo e altri c. Italia*²²² sono stati puntualmente reiterati i principi di diritto affermati nello "storico" precedente *Cestaro c. Italia*, rispetto sia alla riconducibilità delle condotte nell'alveo del divieto dei cui all'art. 3 CEDU sia alla violazione delle *substantive* e delle *procedural positive obligations*.

La "giurisprudenza del G8 di Genova"²²³ è estremamente significativa perché, attraverso le relative pronunce, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha aumentato la pressione sul

non flessibili che non sono soggetti ad alcuna eccezione (Mocanu e altri c. Romania [GC] nn. 10865/09, 45886/07 e 32431/08, § 326 CEDU 2014 (estratti) e le cause ivi citate). Lo stesso vale per la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena (Okkali, sopra citata, §§ 74-78, Gäfgen, sopra citata, § 124, Zeynep Özcan, sopra citata, § 43; si veda anche, mutatis mutandis, Nikolova e Velitchkova, sopra citata, § 62) e per la liberazione anticipata (Abdülsamet Yaman, sopra citata, § 55, e Müdet Kömürçü, §§ 29-30)» C.EDU, sez. IV, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, par. 208. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

²²⁰ Infatti, nessuno era stato condannato e i reati rilevanti erano stati dichiarati prescritti. Le condanne inflitte dalla Corte di Cassazione si riferivano piuttosto ai tentativi di giustificazione delle condotte di tortura e all'assenza di base fattuale e giuridica per l'arresto degli occupanti della scuola. In definitiva, i condannati, anche a seguito dell'ottenimento dell'indulto, dovevano scontare pene comprese tra i tre mesi e l'anno di reclusione.

²²¹ Sull'interrelazione tra «procedural and substantive positive obligations» in questa decisione v. L. LAVRYSEN, *Positive Obligations and the Criminal Law*, cit., pp. 31-32 e p. 36. L'autore nota che, in questa occasione, l'obbligo di criminalizzazione trascende gli stessi obblighi procedurali.

²²² C.EDU, sez. I, sent. 22 giugno 2017, *Bartasaghi Gallo e altri c. Italia*. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

²²³ Vi si possono includere, oltre a quelle in *Cestaro c. Italia* e *Bartasaghi Gallo e altri c. Italia*, anche le seguenti sentenze: C.EDU, sez. I, sent. 26 ottobre 2017, *Azzolina e altri c. Italia*; C.EDU, sez. I, sent. 26 ottobre

legislatore nazionale affinché varasse una normativa che punisse le pratiche sussumibili nella nozione di tortura all'art. 3 CEDU. Occorre tuttavia ricordare come i giudici di Strasburgo non abbiano imposto in maniera esplicita l'adozione di un'apposita fattispecie incriminatrice rubricata "tortura": in ossequio al loro tipico approccio pragmatico hanno piuttosto richiesto che tali condotte fossero represses in maniera effettiva²²⁴.

Nei casi sopracitati, però, i giudici di Strasburgo non hanno opportunamente distinto tra i concetti di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, delineando accuratamente i rispettivi livelli di gravità della violazione del divieto. Tale indirizzo esegetico ha determinato l'unificazione di fenomeni criminosi fra loro differenti sia sul piano *oggettivo* sia su quello *sogettivo*. L'esito, dunque, è stato quello di trattare in maniera uguale situazioni fra loro diverse²²⁵.

Nella stessa norma, infatti, vengono come noto fatti rientrare, ad esempio, episodi come l'irruzione nella scuola Diaz-Pertini e allo stesso tempo il fenomeno del sovraffollamento carcerario (e delle condizioni deteriori di detenzione).

In ultima analisi, richiedere di punire la "tortura" e di provvedervi "in concreto", senza illustrare nel dettaglio i contenuti né dell'una né dell'altra domanda, porta con sé delle problematiche riconducibili sia alla *dimensione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo* sia a quella *del diritto penale nazionale*.

Per quanto riguarda la prima, l'indirizzo interpretativo sopra esposto è ovviamente proprio della Corte EDU, rientrando in una concezione che del singolo istituto giuridico viene data secondo quello che è il *modus operandi* caratteristico della disciplina dei diritti umani, diverso da quella penale. Rimane però che ciò comporta un confondimento dei presidi che nel nostro sistema vengono ricondotti tendenzialmente nell'alveo del diritto penale sostanziale. In particolare, i giudici di Strasburgo trattano dell'applicazione della prescrizione, della sospensione condizionale, dell'indulto e della liberazione condizionale al momento di affrontare gli obblighi positivi procedurali, previsioni che hanno interessato taluni imputati nel processo sul G8. Ebbene, in questa tendenza alla *funzionalizzazione* di

2017, *Blair e altri c. Italia*; C.EDU, sez. I, sent. 26 ottobre 2017, *Cirino e Renne c. Italia*. Cfr. F. CASSIBBA – A. COLELLA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, cit., pp. 92-93.

²²⁴ Sull'assenza, nella giurisprudenza della Corte EDU, del dovere di previsione di una sanzione penale dedicata v. P. PINTO DE ALBUQUERQUE – C. GRANDI, *Il nuovo delitto di tortura. Tutto sommato, un passo avanti*, in L. STORTONI – D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, p. 405. Quanto a quella di un obbligo di criminalizzazione dei trattamenti inumani o degradanti v. F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati*, in *Dir. pen. cont.*, 25.10.2014, pp. 2-4.

²²⁵ Cfr. F. CASSIBBA – A. COLELLA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, cit., p. 93; A. COLELLA, *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e persecuzione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, n. 2/2019, p. 820; e P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 10/2017, pp. 221 e 242.

istituti di varia natura rispetto al conseguimento dell'obiettivo finale (appunto, la punizione dell'autore della violazione) si annidano rischi di ripercussioni sulle opzioni interne di politica criminale, frutto del travisamento della natura di tali istituti, non più valorizzati quali presidi garantistici, e invece percepiti quali *ostacoli* da superare in vista dell'accertamento dei fatti e della punizione dei responsabili²²⁶.

Per quanto riguarda la seconda, le pronunce in esame appaiono emblematiche dell'attenzione assolutamente prevalente riservata dalla Corte EDU alle *prerogative* delle vittime dei reati, specie in relazione ai fatti di tortura perpetrati dagli agenti statali. Questa prospettiva sembra travolgere ogni altra valutazione contrapposta, seppur fondata in altri articoli della Carta fondamentale: si allude soprattutto alla finalità rieducativa della pena, alla cui *ratio* sono (almeno in parte) riconducibili anche gli istituti già rievocati, oggetto di attenzione da parte dei giudici di Strasburgo nei procedimenti che traggono origine nella vicenda genovese. Il rischio che si intravede è dunque quello della prevalenza dell'afflato punitivista su ogni altra istanza che caratterizza il volto costituzionale del sistema penale, in ossequio all'esigenza di applicazione della pena "effettiva" (in particolare, quella carceraria) *ad ogni costo*²²⁷.

4.1. La *quaestio* della identità della tortura statale

²²⁶ Sulla problematicità del confine incerto tra *volet matériel* e *volet procédural* v. S. MANACORDA, "Dovere di punire"?, cit., p. 1376.

²²⁷ In tema di mutamento della funzione della pena, con accentuazione di retribuzione e prevenzione generale negativa, v. M. VAN DE KERCHOVE, *Les caractères et les fonctions de la peine, nœud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'homme*, in Y. CARTUYVELS – H. DUMONT – F. OST – M. VAN DE KERCHOVE – S. VAN DROOGHENBROECK (a cura di), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit penal?*, Bruxelles, 2007, pp. 337-361.

Il varo del delitto di tortura, inserito all'art. 613 *bis* c.p.²²⁸ (e dell'istigazione del pubblico ufficiale a commetterla al successivo art. 613 *ter* c.p.²²⁹), può considerarsi il più emblematico precipitato degli obblighi positivi di tutela penale di provenienza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in Italia²³⁰.

Osservando per sommi capi la fattispecie di reato, la relativa fisionomia ne tradisce il torbido sotteso di «tensioni» e «compromessi politici»²³¹, tale per cui pare quasi una norma “Frankenstein”, dalla genesi travagliata e dalla dimensione inafferrabile²³².

L'art. 613 *bis* co. 1 c.p. è il cardine dell'intera fattispecie, in quanto descrive il fatto tipico della tortura e provvede alla punizione di quella c.d. privata. Al comma 2, assume rilevanza la medesima condotta perpetrata dal pubblico ufficiale, oppure dall'incaricato di pubblico servizio, che agisca abusando dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione, o al servizio. Questa disposizione è dunque destinata alla punizione della tortura c.d. pubblica, che data la sua accentuata gravità²³³ riceve un inasprimento del trattamento sanzionatorio.

²²⁸ «Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona.

Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni.

Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti.

Se dai fatti di cui al primo comma deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate; se ne deriva una lesione personale grave sono aumentate di un terzo e se ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà.

Se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo».

²²⁹ «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».

²³⁰ Come anticipato, la fase di adozione della nuova normativa ha subito una particolare spinta a seguito della pronuncia *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia* (cfr. *supra*, cap. II, par. 4). In riferimento ai pericoli che cela tale scaturigine v. A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, in L. STORTONI – D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, pp. 90-92.

²³¹ Usa questi due termini per spiegare il rilievo del dibattito parlamentare C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2018, p. 153.

²³² Sugli elementi costitutivi, già illustrati da amplissima letteratura, v. A. COLELLA, *Art. 613 bis*, in E. DOLCINI – G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2021, pp. 1944-2008; T. PADOVANI, *Art. 613 bis*, in ID. (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2019, pp. 4315-4321; L. STORTONI – D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, p. 1 e ss.; C.D. LEOTTA, *Tortura (reato di)*, in *Digesto penale, Aggiornamento X*, Torino, 2018, pp. 862-878; ed E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 1 e ss.

²³³ Poiché come affermato da Tullio Padovani «viene pervertito il rapporto tra autorità e individuo» T. PADOVANI, *Tortura. Giustizia criminale. Radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, Pisa, 2015, p. 33; e, inoltre, come sostenuto da Marina Lalatta Costerbosa è «ancora più devastante il crimine e il relativo trauma» M. LALATTA COSTERBOSA, *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*, Roma, 2016, p. 110.

A ben vedere, la scelta di disciplinare a un tempo entrambe le forme di tortura²³⁴ si pone in armonia con la dottrina delle *positive obligations*. Alla luce della copiosa giurisprudenza dei giudici di Strasburgo sull'art. 3 CEDU²³⁵, malgrado la maggiore attenzione dedicata alla tortura c.d. verticale, è infatti pacifico che rilevi anche quella c.d. orizzontale²³⁶. Non deve dimenticarsi, del resto, che numerose pronunce della Corte EDU sugli obblighi positivi riconducibili al divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti attengono a fatti squisitamente interpretati, per esempio riferibili a condotte intrafamiliari, rispetto alle quali tendenzialmente la responsabilità dello Stato viene riconosciuta in ragione dell'omesso intervento finalizzato a prevenire il verificarsi di violazioni²³⁷.

Fin dalla sua entrata in vigore, il delitto di tortura è stato sottoposto allo *stress test* dell'applicazione concreta, dalla quale ne è rapidamente emersa la formulazione inadeguata²³⁸. Particolarmente controversa è risultata soprattutto la natura di fattispecie autonoma o di circostanza aggravante del capoverso dell'art. 613 bis c.p., rispetto alla quale si è registrato un fervente dibattito dottrinale²³⁹ riassumibile nei seguenti termini.

²³⁴ Si noti che né l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 né gli artt. 7 e 8 dello Statuto di Roma dipingono la tortura come solamente pubblicistica. In tal senso può dirsi che si stia mostrando aperturista lo stesso Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite (cfr. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *CCPR General Comment No. 20: Article 7*, par. 2).

²³⁵ Cfr. *supra*, cap. II, par. 4.

²³⁶ Cfr. E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 94.

²³⁷ Cfr. F. CASSIBBA – A. COLELLA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, cit., pp. 86-92. Tra le altre sentenze si consideri quella in *Z e altri c. Regno Unito*. Cfr. *supra*, cap. II, par. 3. Cfr. A.R. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*, cit., pp. 44-45.

²³⁸ Come si vedrà *infra*, sembra essere superata la temuta "inutilizzabilità". *Inter alia* v. S. AMATO – M. PASSIONE, *Il reato di tortura. Un'ombra ben presto sarai: come il nuovo reato di tortura rischia il binario morto*, in *Dir. pen. cont.*, 15.01.2019, p. 2, i quali si domandano «in una parola, se la lunga attesa di questa legge abbia avuto un senso o ci consegnino uno strumento già destinato a farsi ombra evanescente (quasi ad evocare il titolo di Osvaldo Soriano), norma inapplicabile».

²³⁹ Per la tesi della natura circostanziale v. G.M. PAVARIN, *Abolizione del reato di tortura: breve critica delle flebili ragioni di una discutibilissima proposta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, pp. 761-762; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro la persona*, Bologna, 2020, p. 283; T. PADOVANI, *Art. 613 bis*, cit., p. 4320; A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., pp. 90-92; S. AMATO – M. PASSIONE, *Il reato di tortura*, cit., p. 12; C.D. LEOTTA, *Tortura (reato di)*, cit., p. 877; E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., pp. 297-299; C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., p. 155; F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. dir. int.*, n. 1/2018, pp. 171-173; A. MARCHESI, *Delitto di tortura e obblighi internazionali di punizione*, in *Riv. dir. int.*, n. 1/2018, p. 165; e U. NAZZARO, *L'insufficiente descrizione normativa del delitto di tortura*, in *Riv. pen.*, n. 1/2018, pp. 23-25. Mentre, per la tesi 'autonomista' v. C. MELONI, *La tortura tra diritto interno e obblighi internazionali di incriminazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, p. 753; V. DI TERLIZZI, *Tortura e contesto carcerario: tra criticità e prospettive di riforma dell'art. 613-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, n. 2/2023, pp. 16-17; A. COLELLA, *Art. 613 bis*, cit., p. 1985; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, Padova, 2019, p. 408; A. GAMBERINI, *Il nuovo delitto di tortura*, in L. STORTONI – D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, pp. 354-356; G. FLORA, *Il nuovo art. 613-bis c.p.: meglio che niente?*, in L. STORTONI – D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, pp. 344-345; A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura (art. 613 bis c.p.)*, in *Stud. iur.*, n. 2/2018, pp. 12-13; S. TUNESI, *Il delitto di tortura. Un'analisi critica*, in *Giur. pen.*, n. 11/2017, pp. 11-12; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., pp. 229-232; D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, in *Arch. pen.*, n. 3/2017, pp. 24-26; A. PROVERA, *Art. 613 bis*, in S. SEMINARA – G. FORTI – G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*,

Secondo una prima ricostruzione, si tratterebbe di circostanza aggravante, per queste ragioni: le indicazioni emergenti dai lavori preparatori; l'assenza di una rubrica *ad hoc* per la tortura c.d. pubblica; la definizione degli elementi costitutivi più significativi della tortura c.d. verticale mediante un rinvio al primo comma; infine, l'assurdo della inapplicabilità delle aggravanti al quarto e quinto comma (riferite ai soli «fatti di cui al primo comma») alla tortura c.d. pubblica, che verrebbe così spogliata dall'inasprimento sanzionatorio per gli eventi lesioni e morte.

Altra ricostruzione propende per la natura di fattispecie autonoma, in base a tali argomenti: la presenza del requisito ulteriore dell'abuso dei poteri o della violazione dei doveri nella sola tortura c.d. verticale; il tipo e il livello di offensività maggiormente elevato insito nella tortura c.d. pubblica; la bizzarria che deriverebbe dalla ricorrenza di una "aggravante di un'aggravante" laddove si applicassero i commi 4 e 5 alla tortura c.d. verticale come circostanza; la insensatezza che si avrebbe con una "esimente di un'aggravante" qualora si rapportasse il comma 3 alla tortura c.d. pubblica; oltre che l'incoerenza di una "istigazione di un'aggravante" in relazione all'art. 613 *ter c.p.*, che conosce quale soggetto attivo il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio.

L'animata discussione accademica è puntualmente riecheggiata nelle aule di giustizia, in sede sia di merito²⁴⁰ sia di legittimità²⁴¹. Sono paradigmatiche in questo senso due sentenze della Corte di Cassazione, che giungono a conclusioni opposte rispetto a tale specifico profilo.

Il primo caso riguardava le vessazioni perpetrate da un gruppo di giovani ai danni di una persona ultrasessantenne affetta da disturbi psichici²⁴². I correi, dopo aver fatto irruzione

Padova, 2017, p. 2115; M.L. MATTHEUDAKIS, *Lo stalking e gli altri delitti contro la libertà morale*, in A. CADOPPI – P. VENEZIANI (a cura di), *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2017, p. 254; F. CANCELLARO, *Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, n. 6/2017, pp. 325-326; e F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione*, cit., p. 5.

²⁴⁰ Nel primo senso v. Trib. di Ferrara, Ufficio GIP-GUP, sent. n. 11 del 14 gennaio 2021 (dep. 15 marzo 2021), mentre, per il secondo, v. Trib. di Siena, Ufficio GIP-GUP, sent. n. 58 del 17 febbraio 2021 (dep. 7 maggio 2021), con nota di S. AMATO, *Fermare l'onda blu. Tortura nel carcere di S. Gimignano: una delle prime sentenze di merito che, applicando la nuova fattispecie di reato, condannano la violenza in divisa blu*, in *Dir. pen. uomo*, n. 6/2021, pp. 1-12. Entrambe commentate da M. PELISSERO, *Tortura: una norma scritta male al banco di prova della prassi applicativa*, in *Quest. giustizia*, 12.07.2021, pp. 1-16. Alla pronuncia del giudice dell'udienza preliminare di Siena, è seguita, nei confronti degli imputati che non hanno scelto il rito abbreviato, quella della sezione penale dello stesso Tribunale, che, all'esito del dibattimento, ha condiviso il medesimo orientamento del precedente giudicante. Cfr. Trib. di Siena, Sez. Pen., sent. n. 211 del 9 marzo 2023 (dep. 5 settembre 2023), con nota di G. BATTARINO, *Il reato di tortura: concretezza dei fatti, necessità della fattispecie. Nota a Tribunale Siena, n. 211/2023 del 9 marzo-5 settembre 2023*, in *Quest. giustizia*, 12.12.2023.

²⁴¹ Cfr. A. COLELLA, *La Cassazione si confronta, sia pure in fase cautelare, con la nuova fattispecie di 'tortura' (art. 613 bis c.p.)*, in *Sist. pen.*, 16.01.2020, p. 1.

²⁴² Cass. pen., sez. V, sent. n. 50208 del 11 ottobre 2019 (dep. 11 dicembre 2019), con nota di F. FANOLI, *Gli elementi costitutivi del delitto di tortura alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. pen.*, n. 10/2020, pp. 927-931. Per un provvedimento reso nel parallelo procedimento innanzi al Tribunale per i Minorenni, sempre nella sottofase cautelare, v. Cass. pen., sez. V, sent. n. 47079 del 8 luglio 2019 (dep. 20

notturna nell'abitazione della vittima, avevano percosso quest'ultima a mani nude e con oggetti contundenti, proferendo altresì espressioni di dileggio. Per di più, gli autori avevano effettuato videoriprese, in seguito diffuse in rete. Terrorizzato alla prospettiva di restare vittima di nuovi attacchi, l'agredito si era in seguito barricato nella propria casa, riducendosi a vivere in condizioni miserrime.

I giudici di legittimità – aditi da due indagati a seguito di ordinanza del tribunale del Riesame che aveva confermato la misura della custodia cautelare in carcere emessa nei loro confronti dal giudice per le indagini preliminari – nel dichiarare inammissibile il ricorso hanno colto l'occasione per un'analisi ricostruttiva dell'intera fattispecie di cui all'art. 613 *bis* c.p. Rispetto al profilo qui preso in esame, la Suprema Corte ha sostenuto che il capoverso della disposizione in parola sia qualificabile come circostanza aggravante del reato base²⁴³: tale conclusione non risulta tuttavia suffragata da alcuna argomentazione, forsanche perché la vicenda in oggetto si collocava indiscutibilmente nell'alveo del primo comma. Resta dunque l'affermazione laconica della natura circostanziale del secondo comma.

Quest'ultima conclusione viene ben presto contraddetta da un'altra sentenza dei giudici di legittimità (peraltro sempre nel contesto di atti di tortura intersorsi tra privati), nell'ambito della quale hanno offerto una motivazione più articolata. Si trattava in specie di un'accusa di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale e tortura avanzata dalla vittima nei riguardi del proprio partner²⁴⁴.

Proprio in relazione all'ultimo capo di imputazione, dalla lettura della sentenza di condanna si evince che l'agente aveva tra l'altro privato la vittima della libertà personale segregandola in casa, provocando acute sofferenze fisiche, un verificabile trauma psichico e financo lesioni personali²⁴⁵.

novembre 2019), con note di N. CAROLEO GRIMALDI, *La natura e gli elementi costitutivi del delitto di tortura*, in *Cass. pen.*, n. 6/2020, pp. 2349-2356 e A. MERLO, *Primo intervento della Cassazione sul reato di tortura in un caso di bullismo*, in *Foro it.*, n. 3/2020, pp. 161-165. Per una lettura congiunta v. A. COLELLA, *La Cassazione si confronta*, cit., p. 1.

²⁴³ «La norma di nuovo conio prevede un reato comune contemplando l'eventualità che esso sia commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio come circostanza aggravante e di evento (costituito dalle acute sofferenze fisiche o, in via alternativa, da un verificabile trauma psichico provocato alla vittima), caratterizzato da dolo generico e dalla descrizione delle modalità della condotta ("con violenze o minacce gravi ovvero agendo con crudeltà")» *Cass. pen.*, sez. V, sent. n. 50208 del 11 ottobre 2019 (dep. 11 dicembre 2019), par. 1.1.

²⁴⁴ *Cass. pen.*, sez. III, sent. n. 32380 del 25 maggio 2021 (dep. 31 agosto 2021). Con note di A. COLELLA, *Pronunciandosi per la prima volta nel merito sull'art. 613-bis c.p., la Cassazione aderisce alla tesi della tortura c.d. di Stato come fattispecie autonoma di reato*, in *Sist. pen.*, 12.04.2022, p. 1 e ss.; C.D. LEOTTA, *Ammissibile il concorso materiale tra maltrattamenti in famiglia e tortura privata*, in *Giur. it.*, n. 1/2022, pp. 197-202; e F.R. GARISTO, *Quando i maltrattamenti divengono anche tortura: la Cassazione riconosce il concorso tra 572 e 613-bis c.p. in un caso di violenze reiterate ai danni della partner*, in *Sist. pen.*, 28.10.2021, p. 1 e ss.

²⁴⁵ Avevano messo in guardia sul rischio di sovrapposizione tra l'art. 613 *bis* c.p. e l'art. 572 c.p. A. CISTERNA, *Colmata una lacuna, ma molte nozioni restano poco precise*, in *Guida dir.*, n. 39/2017, pp. 18-19; G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo. Un'analisi dei "lavori*

Senza neppure menzionare il precedente contrario, la Suprema Corte si è discostata dalla ricostruzione sopra ricordata, giungendo a conclusioni radicalmente opposte sulla struttura dell'art. 613 *bis* co. 2 c.p., etichettato come «delitto a geometria variabile», in quanto comprensivo tanto della tortura c.d. privata quanto di quella c.d. verticale²⁴⁶.

L'affermazione della natura autonoma dell'ipotesi disciplinata al capoverso poggia in particolare sull'inciso per cui si richiede quale ulteriore requisito integrativo della tortura c.d. pubblica l'esercizio del potere o del servizio pubblico in maniera illegale. Tale aggiunta costituirebbe un disvalore così marcato da giustificare sia l'aggravio sanzionatorio sia il rango di reato autonomo²⁴⁷. La medesima conclusione sarebbe altresì avvalorata da un ulteriore tritico di argomenti: la «natura del soggetto attivo»; l'«indipendenza del trattamento sanzionatorio»; e la «necessità di un obbligo di incriminazione specifico, non anche dell'altra [n.d.r., la tortura c.d. orizzontale]»²⁴⁸.

in corso” anche alla luce della pronuncia della Corte EDU sul caso *Cestaro c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 28.02.2016, p. 1; F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione*, cit., pp. 22-25; e A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de jure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 22.07.2014, p. 1.

²⁴⁶ «[...] In particolare, con l'articolo 613-bis del codice penale, è stato tipizzato il reato di tortura, strutturato come delitto “a geometria variabile”, potendo l'ambito di operatività della norma penale ricomprendere sia la tortura privata (cosiddetta comune o orizzontale o impropria: articolo 613-bis, primo comma) e sia la tortura pubblica (cosiddetta di Stato o verticale o propria: articolo 613-bis, secondo comma). Ne deriva che, con la legge citata, sono stati configurati due autonomi titoli di reato e, quindi, due diverse e autonome fattispecie incriminatrici, a disvalore progressivo, secondo la qualifica del soggetto attivo del reato: la tortura pubblica (reato proprio) se il soggetto attivo sia un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio che commetta il fatto tipico descritto nell'articolo 613-bis, comma 1, del codice penale con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio; tortura privata (reato comune) negli altri casi» Cass. pen., sez. III, sent. n. 32380 del 25 maggio 2021 (dep. 31 agosto 2021), par. 3.3.

²⁴⁷ «L'asse della lesività del delitto è, pertanto, calibrato sulla natura della condotta nella tortura privata, dove non rileva affatto la qualifica giuridica soggettiva dell'agente se non limitatamente ad un elemento costitutivo di fattispecie rappresentato dai rapporti di affidamento, affrancati però completamente dalla componente pubblicistica, mentre il fulcro dell'offesa, nel reato di tortura pubblica, è spostato sull'esercizio illegale del potere o del servizio pubblico, cosicché la medesima condotta acquista un maggiore disvalore, risultando perciò il fatto di reato più gravemente (e autonomamente) punito, in considerazione, come è stato opportunamente osservato, della perversione del potere coercitivo affidato al funzionario pubblico, il quale tradisce il senso e sormonta i limiti per il quale il potere è stato conferito, vulnerando nel suo significato più sostanziale il principio di legalità, perno di qualsiasi Stato di diritto e la cui osservanza è, in primis, imposta agli organi pubblici» Cass. pen., sez. III, sent. n. 32380 del 25 maggio 2021 (dep. 31 agosto 2021), par. 3.3.

²⁴⁸ «Nel caso di specie, con la previsione del modello legale descritto nell'articolo 613-bis del codice penale, si è voluto ampliare il raggio dell'incriminazione rispetto alla soglia minima richiesta, come *ius cogens*, dal diritto internazionale, riconoscendo la configurabilità del reato anche nelle relazioni private, fermo restando che la tortura pubblica non può assumere la forma circostanziale rispetto a quella privata, ma costituisce un reato autonomo sia per la natura del soggetto attivo, sia per l'indipendenza del trattamento sanzionatorio rispetto alla tortura privata e sia per la necessità di un obbligo di incriminazione specifico di quest'ultima fattispecie, non anche dell'altra, obbligo che sarebbe da considerare disatteso, con diretta collisione del diritto interno con quello internazionale, nel caso in cui si considerasse il secondo comma dell'articolo 613-bis del codice penale una circostanza di un altro reato, e cioè della tortura privata, il cui obbligo di incriminazione non era vietato ma neppure imposto, diversamente dalla tortura di Stato, dalle carte internazionali» Cass. pen., sez. III, sent. n. 32380 del 25 maggio 2021 (dep. 31 agosto 2021), par. 3.3.

Insomma, dato il contrasto appena descritto (ed essendo dunque l'art. 613 *bis* co. 2 c.p. una delle fattispecie o «questioni ostinatamente dubbie»²⁴⁹) è auspicabile un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite.

Sulla base delle indicazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza²⁵⁰, si ritiene qui che l'art. 613 *bis* co. 2 c.p. integri una circostanza aggravante (segnatamente, una circostanza aggravante c.d. indipendente) e non una fattispecie autonoma di reato per le ragioni che seguono.

In primo luogo, è proprio la *voluntas legis* a deporre nel senso della qualifica circostanziale, come deducibile da un'attenta disamina dei lavori preparatori; quali, in particolare, le dichiarazioni rese nelle aule²⁵¹ e i dossier pubblicati dagli uffici²⁵².

²⁴⁹ L'espressione è di R. BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziale?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3/2003, p. 310. Per degli esempi v. F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2011, pp. 1588-1593. A riconferma, si noti che, nei testi di accompagnamento ai recenti d.d.l. S. 341 - «Modifiche al codice penale in materia di introduzione di una circostanza aggravante comune in materia di tortura» e p.d.l. C. 623 - «Modifiche agli articoli 61 del codice penale e 191 del codice di procedura penale in materia di introduzione della circostanza aggravante comune della tortura» gli interventi riformatori vengono motivati anche sul presupposto che: «La struttura della norma non permette tra l'altro di stabilire con chiarezza se la figura tipizzata al secondo comma abbia natura circostanziale o sia una fattispecie autonoma di reato, creando notevoli difficoltà applicative – anche in relazione al possibile bilanciamento di circostanze – che la giurisprudenza si troverà a dover affrontare» (SENATO DELLA REPUBBLICA, *Fascicolo Iter DDL S. 341*, p. 6 e CAMERA DEI DEPUTATI, *C. 623 Proposta di legge presentata in data 23 novembre 2022*, p. 2). Sul d.d.l. S. 241 e sulla p.d.l. C. 623 e in generale sulla possibilità di abolire il delitto di tortura v. G.M. PAVARIN, *Abolizione del reato di tortura*, cit., pp. 759-763; C. MELONI, *La tortura tra diritto interno e obblighi internazionali di incriminazione*, cit., pp. 751-757; R. CORNELLI, *Sostenere l'insostenibile. Un'analisi critica delle tesi a supporto della proposta di abrogazione del reato di tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, pp. 745-750; G. COCCO, *La questione del diritto e del bando della tortura negli Stati di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, pp. 737-743; G. GIOSTRA, *Rigurgito normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, pp. 733-735; ed E. DOLCINI, *La proposta di legge Vietri e i tormentati destini delle incriminazioni della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, pp. 729-732. Si tenga a mente che, in un caso sull'art. 8 CEDU, non è stata ravvisata la violazione degli obblighi positivi riferiti al *legal framework* della Croazia con rispetto all'abrogazione del reato di violenza domestica e contestuale creazione di una circostanza aggravante applicabile in luogo della preesistente fattispecie penale, in quanto ritenuta in grado di assicurare una tutela adeguata alle vittime. In particolare, è stato precisato che «In this connection, the Court notes that although the 2011 Criminal Code abolished the separate criminal offence of domestic violence, it provided that instances of violence within a family constituted an aggravating form of other offences, which it subjected to public prosecution. In particular, as relevant for the case at hand, it criminalised threatening behaviour and causing bodily injuries within a family or against a close person as aggravating forms of the general offences of threatening behaviour and causing bodily injuries under Articles 117 and 139, making them liable to public criminal prosecution (see paragraphs 21 and 22 above)» C.EDU, sez. II, sent. 11 luglio 2017, *Ž.B. c. Croazia*, par. 54.

²⁵⁰ Orientarsi nella distinzione tra fattispecie autonoma oppure circostanza di reato è come noto assai complicato. Cfr. A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, p. 558 e ss.; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, 1988, p. 61 e ss.; e G. MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965, p. 65 e ss.

²⁵¹ Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, seduta del 6 giugno 2017, *Resoconto stenografico*, pp. 3-4, seduta del 26 giugno 2017, *Resoconto stenografico*, pp. 34 e 46 e seduta del 5 luglio 2017, *Resoconto stenografico*, p. 91; e SENATO DELLA REPUBBLICA, seduta del 6 luglio 2016, *Resoconto stenografico*, p. 31.

²⁵² Cfr. SERVIZIO STUDI DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano – A.C. 2168-B, Dossier n. 285 - Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale*, dd. 21 giugno 2017 e *Dossier n. 149/3 - Elementi per l'esame in assemblea*, dd. 23 giugno 2017.

Procedendo con ordine, occorre considerare i criteri testuale o topografico, strutturale e teleologico.

Iniziando dal primo, il *nomen iuris* della fattispecie non offre indicazioni specifiche. La collocazione della tortura c.d. pubblica, diversamente, è univoca. Essa infatti non possiede una propria rubrica codicistica, ma è disciplinata al capoverso del medesimo articolo ove viene trattata quella c.d. orizzontale. Del resto, quando il legislatore della novella del 2017 ha inteso inequivocabilmente inserire una fattispecie a sé, ha introdotto un articolo apposito²⁵³.

Proseguendo con il secondo criterio, quello strutturale, la descrizione del contenuto della tortura c.d. pubblica è resa *per relationem*, attraverso un rimando lapalissiano: «Se i fatti di cui al primo comma». Ciò induce a ritenere che le due forme di tortura, perpetrate da diversi soggetti attivi, contemplano essenzialmente la medesima condotta. Inoltre, non vi sono dubbi sull'identità dell'evento e dell'oggetto materiale. L'aggiunta dell'abuso dei poteri e della violazione dei doveri dell'ufficio alla tortura c.d. verticale pare dunque inadeguata a rappresentare quel *quid* necessario a distinguere due fattispecie autonome poiché il maggior numero degli elementi descrittivi, oltre che quelli di primario rilievo a livello definitorio, rimangono pur sempre i medesimi. La descrizione della tortura c.d. pubblica, peraltro, riprende proprio una fattispecie aggravante, quella di cui all'art. 61 co. 1 n. 9 c.p. Ancora, in base al modello della proporzionalità sanzionatoria, quasi tutti i capoversi dell'art. 613 *bis* c.p. mirano a irrigidire la risposta penale di pari passo con l'aggravarsi, nel susseguire dei commi, dell'offesa allo stesso bene giuridico. In tal modo, si delinea un sistema sanzionatorio di intensità scalare al progredire dell'offesa, laddove il primo paragrafo della fattispecie di tortura rappresenta il gradino più basso (tortura c.d. orizzontale, punita da quattro a dieci anni di reclusione) mentre l'ultimo quello più alto (reato complesso *ex art.* 84 c.p. consistente in tortura e omicidio volontario, punito con l'ergastolo). Sempre in relazione all'aspetto sanzionatorio, risulterebbe poi poco razionale ammettere che la clausola «Se dai fatti di cui al primo comma» che inaugura i commi 4 e 5 della norma, dedicati ciascuno alle lesioni personali semplici, gravi e gravissime e all'omicidio preterintenzionale e volontario, fosse inapplicabile alla previsione di cui al secondo comma. Ciò comporterebbe infatti che le due forme di tortura verrebbero trattate diversamente senza una giustificazione plausibile, finendo l'una per essere provvista di aggravanti speciali e l'altra no.

Giungendo al terzo criterio, quello teleologico, i primi due commi dell'art. 613 *bis* c.p. sono omogenei anche per quanto concerne l'oggettività giuridica. Vero è che la tortura c.d.

²⁵³ Basti pensare all'istigazione del pubblico ufficiale di cui all'art. 613 *ter* c.p.

pubblica viola *anche* il contratto sociale, rappresentando un sopruso dello Stato nei confronti del cittadino. Pertanto, il secondo comma protegge altresì gli interessi del buon andamento della PA e dell'amministrazione della giustizia. Cionondimeno, il fuoco della tutela rimane per entrambi i tipi di tortura quello della dignità umana²⁵⁴; bene la cui necessità di protezione risulta di certo graduata, ma nient'affatto snaturata, dalla posizione variabile del soggetto attivo.

Un ulteriore argomento a favore della natura circostanziale proviene dall'interpretazione sistematica.

L'assunto favorevole alla tesi dell'autonomia dell'art. 613 *bis* co. 2 c.p. che riguarda lo scattare, in caso di lesione personale della vittima (al comma 4) di una "aggravante di un'aggravante", non pare essere decisivo. Del resto, tale meccanismo, per quanto infrequente, è già presente altrove nel nostro ordinamento²⁵⁵.

Neppure appare dirimente la critica sull'eventuale ricorrenza di una "esimente di un'aggravante", in presenza, ai sensi del terzo comma, della «esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti»: anche in tal caso non si tratterebbe di soluzione del tutto isolata nel codice penale²⁵⁶.

Un discorso analogo può essere fatto altresì in relazione all'esito della punibilità di una "istigazione di un'aggravante", come accade per l'art. 613 *ter* c.p. rispetto all'articolo che lo procede²⁵⁷.

²⁵⁴ Cfr. E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., pp. 254-260, la quale descrive come tale centralità si rinvenga sotto i profili costituzionale e internazionale, la *human dignity* ponendosi su di un piano sovraordinato rispetto all'integrità fisica. V. anche S. PREZIOSI, *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, in *Cass. pen.*, n. 4/2019, pp. 1790-1791, che auspica la creazione di un settore nella parte speciale del codice penale dedicata ai delitti contro la dignità umana o contro l'umanità, oltre che alle previsioni dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale. In proposito, con decreto del 22 marzo 2022, la Ministra della Giustizia, prof.ssa Cartabia, ha costituito una Commissione per l'elaborazione di un progetto di Codice dei Crimini internazionali, presieduta dai prof.ri Palazzo e Pocar, con il compito di esaminare le iniziative già proposte per la compiuta attuazione dello Statuto di Roma e stendere un Codice dei crimini internazionali per assicurare il compiuto adattamento dello Statuto stesso. Gli esiti dei lavori sono reperibili su www.giustizia.it. Successivamente alle elezioni politiche del 2023 e al cambio di Governo, su proposta del nuovo Ministro della Giustizia, dott. Nordio, il Consiglio dei Ministri ha approvato il disegno di legge per l'introduzione del Codice in questione, senza, però, dare corso all'adozione delle proposte elaborate dalla Commissione in tema di crimini contro l'umanità. Sui relativi contenuti, oltre che sulle necessità e opportunità di inserire non solo i crimini di guerra e di aggressione ma anche quelli contro l'umanità e di genocidio, v. A. VALLINI, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2023, pp. 91-110.

²⁵⁵ Ad esempio, agli artt. 280 co. 3 e 416 *bis* co. 6 c.p. In giurisprudenza v. *Cass. pen.*, sez. un., sent. n. 40982 del 21 giugno 2018 (dep. 24 settembre 2018), par. 7: «Infine, la costruzione di aggravanti di fattispecie già aggravate, riscontrabile nei commi 3 bis e 3 ter non è affatto inusuale nella variegata produzione legislativa», con nota di F. BASILE, *Favoreggiamento aggravato dell'immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2019, pp. 484-492.

²⁵⁶ Si pensi agli artt. 484 e 599 c.p., norme che a rigore sono riferibili anche a previsioni aggravate e pluriaggravate (nel caso dell'art. 599 c.p., principalmente).

²⁵⁷ Sotto questo profilo, è sufficiente guardare agli artt. 302 e 414 *bis* c.p., i quali operano secondo un ingranaggio non dissimile. Se infatti tali due ultime disposizioni si ritenessero inapplicabili alle circostanze

Ancora, un argomento aggiuntivo in favore della tesi della identità circostanziale della tortura c.d. pubblica può essere tratto dall'arresto a Sezioni Unite riguardante il rapporto tra truffa semplice *ex art. 640 c.p.* e frode ai danni dello Stato o di altri enti pubblici all'art. 640 *bis c.p.*²⁵⁸, ove i giudici di legittimità hanno ritenuto la seconda disposizione una circostanza aggravante c.d. indipendente della prima. Dalla lettura delle relative motivazioni emerge in specie che deve assegnarsi prevalenza al criterio strutturale²⁵⁹ (e in particolare alla tecnica del rinvio) rispetto agli altri (incluso quello teleologico) poiché questi ultimi sono intrinsecamente ambigui. Proprio tale autorevole precedente conforta la tesi secondo cui tra i primi due commi dell'art. 613 *bis c.p.* ricorre un rapporto di specialità unilaterale per specificazione o aggiunta: in particolare, la tortura c.d. verticale comprende tutti e ciascuno gli elementi di quella c.d. privata, rispetto alla quale vengono per l'appunto specificati o aggiunti, da un lato, il ruolo pubblico (per il soggetto attivo) e, dall'altro, l'abuso e la violazione (quanto alla condotta).

Sulla scorta di tutti i criteri interpretativi appena rievocati²⁶⁰, pertanto, si ribadisce la conclusione per cui il comma 2 designa un'ipotesi circostanziata.

Del resto, benché in chiave critica, un organo del Consiglio d'Europa, segnatamente il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, condivide l'esito esegetico qui raggiunto²⁶¹.

aggravanti delle previsioni cui esse rinviano, per assurdo, verrebbero punite a titolo istigativo le sole fattispecie base.

²⁵⁸ Cass. pen., sez. un., sent. n. 26351 del 26 giugno 2002 (dep. 10 luglio 2002), con nota di R. BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche*, cit., pp. 302-310.

²⁵⁹ Nello stesso senso v. Cass. pen., sez. un., sent. n. 35737 del 24 giugno 2010 (dep. 5 ottobre 2010), con nota di G. PESTELLI, *Compatibile l'attenuante del fatto di "lieve entità" con l'aggravante della cessione a persona di minore età*, in *Dir. pen. proc.*, n. 12/2010, pp. 1449-1454; Cass. pen., sez. un., sent. n. 4694 del 27 ottobre 2011 (dep. 7 febbraio 2012), con nota di V. SPINOSA, *La prima sentenza delle Sezioni Unite sui reati informatici: interpretazione estensiva della condotta di permanenza abusiva nel sistema*, in *Ind. pen.*, n. 1/2013, pp. 121-142; e Cass. pen., sez. un., sent. n. 40982 del 21 giugno 2018 (dep. 24 settembre 2018), par. 6: «Le Sezioni Unite hanno ribadito negli anni che il criterio principale (anche se non unico) è quello strutturale, attenendo alla struttura del precetto o della sanzione: il modo in cui la norma descrive gli elementi costitutivi della fattispecie o determina la pena è indicativo della volontà di qualificare gli elementi come circostanza o come reato autonomo; ciò, del resto, è coerente con la discrezionalità del legislatore oggetto della premessa».

²⁶⁰ In tale ambito la dottrina suggerisce la dicitura di «condizione necessaria, non anche sufficiente». In questi termini, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici nella manualistica, v. F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., p. 1575.

²⁶¹ «More particularly, the bill provides that the offence must be reiterated and that it can be committed by an ordinary individual; the fact that an act of torture may be inflicted by a public official is not considered as an autonomous criminal offence but rather as an aggravating factor» COMITATO PER LA PREVENZIONE DELLA TORTURA E DELLE PENE O TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI, *Report to the Italian Government on the Visit to Italy Carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 April 2016*, Strasburgo, 8 settembre 2017, p. 12.

4.2. La tenuta dell'art. 613 *bis* c.p. rispetto agli obblighi positivi

L'analisi pregressa ha permesso di evidenziare come la fattispecie introdotta nel 2017, sebbene costituisca «tutto sommato, un passo avanti»²⁶², presenti taluni caratteri strutturali che potrebbero pregiudicarne la piena rispondenza alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁶³.

Il Commissario ai diritti umani del Consiglio d'Europa Nils Muižnieks, con una missiva del 16 giugno 2017 indirizzata anche ai presidenti dei due rami del Parlamento italiano, stigmatizzava soprattutto taluni aspetti distintivi della nuova fattispecie “in cantiere”. Per quanto qui in interesse, ribadiva che disciplinare in maniera congiunta la tortura c.d. pubblica e quella c.d. orizzontale non debba tradursi in un indebolimento della sanzione rispetto ai rappresentanti pubblici e ricordava l'obbligo di evitare che prescrizione, misure clemenziali, amnistia, grazia o sospensione della pena ostacolino la tutela della vittima.

Muovendo da tale ultimo monito, occorre prestare particolare attenzione, come già evidenziato²⁶⁴, alla ritenuta natura di circostanza aggravante delle condotte perpetrate dagli agenti statali al comma 2 dell'art. 613 *bis* c.p.

Ad un primo sguardo, se la tortura c.d. pubblica avesse natura circostanziale, la sanzione risultante potrebbe essere di ammontare minore rispetto a quella c.d. orizzontale, a fronte dell'applicabilità del bilanciamento con eventuali attenuanti *ex art.* 69 c.p. Non vi sarebbe poi un aumento del termine per la maturazione della prescrizione, come previsto all'art. 157 c.p. Insomma, potrebbe riscontrarsi un deficit di “effettività” della pena per come intesa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, anche solamente *in abstracto*.

Malgrado l'esistenza di tale *punctum dolens*, l'art. 613 *bis* c.p. sembra essenzialmente adempiere alla richiesta di predisporre un sistema punitivo adeguato contro le condotte di tortura, in ossequio alle istanze dei giudici di Strasburgo²⁶⁵. Tale assunto trova fondamento nelle ragioni che saranno illustrate a seguire.

Innanzitutto, il reato è procedibile di ufficio, sia se il soggetto agente è un privato cittadino sia se esso è un pubblico rappresentante. Inoltre, la sanzione prevista è piuttosto severa, dato che la cornice edittale consta di una pena base di quattro anni di reclusione e una massima di dieci. Ciò permette di utilizzare determinate disposizioni di diritto processuale come, tra le altre, misure precautelari (come arresto in flagranza e fermo) e cautelari (anche custodiali),

²⁶² È l'espressione di P. PINTO DE ALBUQUERQUE – C. GRANDI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., pp. 393-409.

²⁶³ Ne espone alcuni A. COLELLA, *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e persecuzione penale della tortura*, cit., pp. 842-848.

²⁶⁴ Cfr. *supra*, cap. II, par. 4.1.

²⁶⁵ Sulla difficoltà di tale verifica in ragione del metodo della Corte EDU v. E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 93.

nonché il mezzo di ricerca della prova delle intercettazioni. Ancora, rimane precluso l'accesso a certi istituti di diritto sostanziale come cause di non punibilità, quali: la particolare tenuità del fatto (anche *per tabulas*, dato il suo inserimento, con la c.d. riforma Cartabia, nell'elenco della clausola di esclusione espressa all'art. 131 *bis* co. 3 n. 3 c.p.²⁶⁶); l'estinzione del reato per condotte riparatorie; e la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato.

L'apparato sanzionatorio appena descritto si distingue nettamente da quello a disposizione dei magistrati inquirenti e giudicanti durante le indagini e i processi concernenti le note vicende verificatesi durante il G8 di Genova. Tale differenza si coglie, in specie, nel rapportare le pene previste dall'art. 613 *bis* c.p. con quelle per il reato di lesioni personali; fattispecie, quest'ultima, sulla quale si è consumata la censura più incisiva dei giudici di Strasburgo²⁶⁷. Proprio con attinenza alle lesioni semplici, gravi e gravissime sono ora previste specifiche aggravanti speciali dedicate all'art. 613 *bis* co. 4 c.p. A ciò si aggiunga che vi è un surplus sanzionatorio per la tortura c.d. pubblica, che si colloca nella finestra tra i cinque e i dodici anni di reclusione; ancorché, trattandosi di una circostanza aggravante c.d. indipendente non importante un aumento della pena superiore al terzo, non si verifica un prolungamento del termine per il decorso della prescrizione²⁶⁸.

Ad ogni modo, se lo scopo è quello di prevenire l'inflizione di pene lievi che si espongano a percorsi alternativi al carcere (invisi alla Corte EDU in questo settore), è auspicabile, invece di un'interpretazione "forzata" dell'autonomia della tortura c.d. verticale, l'intervento del legislatore.

A conforto, si veda, *mutatis mutandis*, la sentenza della Corte di Cassazione sulle violenze alla scuola Diaz-Pertini nel corso del summit ligure, nella parte in cui ha affrontato l'eccezione di costituzionalità avanzata dal procuratore generale di Genova delle norme sulla prescrizione per i reati contestati, imperniata sull'art. 117 Cost. letto in combinato disposto con l'art. 3 CEDU (come interpretato dai giudici di Strasburgo)²⁶⁹. Segnatamente, i giudici

²⁶⁶ Riguardo la modifica di questa disposizione, con decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, v. M. DOVA, *La riforma della particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali*, in D. CASTRONUOVO – M. DONINI – E.M. MANCUSO – G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, pp. 115-125.

²⁶⁷ Cfr. *supra*, cap. II, par. 4.

²⁶⁸ Cfr. Cass. pen., sez. un., sent. n. 28953 del 27 aprile 2017 (dep. 9 giugno 2017), con nota di A. MELCHIONDA, *Circostanze "indipendenti" con variazione edittale di pena non superiore ad un terzo: per le Sezioni Unite non sono "ad effetto speciale" e non rilevano ai fini della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, n. 6/2017, pp. 267-273.

²⁶⁹ Per un esempio simile, ma più risalente v. Tribunale di Firenze, Ufficio istruzione, sent. 8 giugno 1981, laddove il pubblico ministero aveva trasmesso gli atti per delle lesioni lievissime patite da un soggetto all'esito dell'arresto in flagranza eseguito da personale di polizia al giudice istruttore, il quale, ravvisando la mancanza di querela, aveva dubitato della compatibilità del regime di procedibilità dell'art. 582 cpv. c.p., nel caso di restrizione della libertà personale, con l'art. 13 co. 4 Cost. Sulla relativa ordinanza della Corte costituzionale, nel contesto della giurisprudenza dell'epoca in questo campo, v. V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, cit., p. 426.

di legittimità hanno rigettato con fermezza tale richiesta, precisando a chiare lettere che il sistema stabilito dalla Carta fondamentale rimette questa scelta alla decisione del Parlamento²⁷⁰.

Avendo precisato che per correggere le storture rispetto ai profili sanzionatori dell'art. 613 *bis* c.p. è desiderabile un intervento del legislatore, diventa significativo vagliare dei percorsi di riforma che li riguardino.

La strada maestra dovrebbe essere quella di distinguere più recisamente tra la tortura c.d. privata e quella c.d. verticale, in modo da assicurare anche una più stretta aderenza al dettato della Convenzione ONU del 1984²⁷¹. Si potrebbe così eliminare il comma 2 e contestualmente aggiungere un innovativo reato proprio (cioè con soggetto attivo il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio), accompagnato, eventualmente, da un congruo aggravio punitivo rispetto a quello comune²⁷².

In alternativa, si potrebbe focalizzare l'attenzione su due aspetti assai rilevanti dal punto di vista della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: bilanciamento tra circostanze e decorso della prescrizione.

Rispetto al primo, potrebbe essere prevista la preclusione all'applicabilità del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti sull'aggravante del capoverso dell'art. 613 *bis* c.p., attraverso l'interpolazione dell'art. 69 c.p.²⁷³; operazione, questa, peraltro già svolta per altri crimini gravi²⁷⁴. Sarebbe inoltre possibile escludere la comparazione in quanto tale, rinviando alla disciplina dell'art. 69 *bis* c.p.²⁷⁵. Da tali scelte, però, deriverebbe una notevole rigidità e pesantezza del portato sanzionatorio²⁷⁶, che, come visto, già sfiora vette elevate.

²⁷⁰ «In definitiva, e come premesso, la pretesa che la Corte costituzionale con una sua pronuncia possa espandere l'area dell'imprescrittibilità ad ipotesi attualmente non previste dall'art. 157 c.p. si pone al di fuori dei poteri della Corte per contrasto con un principio cardine del sistema costituzionale in materia penale che non può essere sacrificato all'attuazione di altro principio, a cui potrà attendere il legislatore, in adempimento degli obblighi scaturenti dalle diverse fonti convenzionali sopra individuate» Cass. pen., sez. V, sent. n. 38085 del 5.07.2012 (dep. 2.10.2012), par. 3. Cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., pp. 125-127.

²⁷¹ Su questa linea si pongono A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., pp. 90-92 e T. PADOVANI, *Tortura: adempimento palesemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2016, pp. 28-29.

²⁷² Sono favorevoli F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione*, cit., p. 22-25 e T. PADOVANI, *Audizione avanti alla Commissione della Camera dei Deputati*, 22 ottobre 2014, pp. 1-16. Per una voce contraria v. E. SCARONA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 356, la quale propone di intervenire sull'art. 572 c.p. assegnando a esso il compito di proteggere da fatti di tortura c.d. privata.

²⁷³ Lo sostiene I. MARCHI, *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?*, in *Dir. pen. cont.*, 26.05.2014, p. 1.

²⁷⁴ Come ricordano attraverso alcuni esempi P. PINTO DE ALBUQUERQUE – C. GRANDI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 398.

²⁷⁵ Avanza questa proposta A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 1.

²⁷⁶ Per delle critiche ai limiti sul bilanciamento tra circostanze eterogenee v. A. MELCHIONDA, *Le modifiche in tema di circostanze*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005 n. 251*, Milano, 2006, p. 212 e T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, n. 1/2006, p. 32.

Riguardo al secondo, si potrebbe innalzare il limite massimo del termine di prescrizione *ex art. 157 co. 6 c.p.* o quello della sua interruzione all'*art. 161 co. 2. c.p.* (entrambi a più riprese rimaneggiati²⁷⁷), così da ridurre nella pratica la ricorrenza di questa causa di estinzione. In proposito, pare comunque che il neo introdotto caso di interruzione dell'emissione della sentenza di primo grado sia francamente più che risolutivo. *Breviter*, come è assai noto, la c.d. riforma Cartabia ha optato per una disciplina anche processuale della prescrizione e ha disposto una durata massima di fase del processo in appello e in cassazione, attraverso l'inserimento della "tagliola" della sentenza di non doversi procedere di cui all'*art. 344 bis c.p.p.* Orbene, in tale stesso ambito, ha scelto di prevedere delle eccezioni a questa regola generale, consistenti, per taluni reati, nell'allungamento dei termini per la declaratoria di improcedibilità. Nel relativo elenco, pertanto, potrebbe essere incluso anche l'*art. 613 bis c.p.* Tale modifica tuttavia comporterebbe un sensibile aumento del potenziale arco di tempo necessario per giungere a un accertamento sulla responsabilità dell'imputato, con tutte le correlate implicazioni negative per diritto di difesa e giusto processo²⁷⁸.

5. L'art. 3 CEDU e le scriminanti. I nodi della *marital immunity* e del *reasonable chastisement*

Gli obblighi positivi di tutela penale concernenti le cause di giustificazione possono essere rapportati non solamente, come visto, al diritto alla vita²⁷⁹, ma anche a un altro diritto c.d. fundamentalissimo, quello alla dignità della persona, nella sua accezione di divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti. Tale constatazione può in particolare venire ricavata dalla giurisprudenza sulle *defenses* di *common law* denominate *marital immunity* e *reasonable chastisement*²⁸⁰.

La prima causa di giustificazione²⁸¹ riguarda la non punibilità del marito in presenza di un'accusa di violenza sessuale mossa nei suoi confronti dalla moglie. Tradizionalmente, le

²⁷⁷ Cfr. R. BARTOLI, *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *Dir. pen. proc.*, n. 9/2021, p. 1170, il quale si convince, considerato «il braccio di ferro intercorso», che «questo istituto [n.d.r., la prescrizione] sia divenuto ormai soltanto terreno di scontro politico».

²⁷⁸ Censurano tale minisistema di esenzioni rispetto al *fair trial* D. NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in *Sist. pen.*, 21.02.2022, pp. 56-58 e P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, n. 2/2022, pp. 444-445.

²⁷⁹ Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.

²⁸⁰ Cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., p. 404 e ss.

²⁸¹ Così deve essere correttamente inquadrata secondo Federico Consulich. Cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., p. 406.

corti inglesi, nell'affrontare tale questione, avevano sempre riconosciuto una qualche forma di esclusione della punibilità sul presupposto dell'esistenza di un consenso fittizio o immaginario al rapporto sessuale che si riteneva venisse dato dal coniuge al momento del matrimonio²⁸².

La scriminante della *marital immunity* è al centro di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo afferente, seppur non in maniera esplicita, anche gli obblighi positivi di tutela penale: *C.R. c. Regno Unito*²⁸³.

La vicenda concerneva un'accusa di tentato stupro e aggressione con lesioni personali nei confronti del marito della persona offesa, avvenuto nel 1989 all'interno dell'abitazione dei genitori di lei, mentre questi ultimi erano fuori casa. La donna, 22 giorni prima, aveva infatti lasciato la casa coniugale con il figlio a seguito delle difficoltà matrimoniali, trasferendosi dai propri padre e madre. Inoltre, aveva manifestato la sua intenzione di divorziare, senza però intraprendere iniziative legali in questo senso. Il ricorrente, innanzi alle corti inferiori nazionali, aveva sostenuto di aver fatto affidamento sull'applicabilità della *marital immunity* poiché sposato con la vittima. A seguito della condanna in primo grado, presso le corti superiori, egli aveva lamentato l'erronea applicazione della legge penale poiché il consenso della moglie al momento del matrimonio non era stato revocato né da un'ordinanza del tribunale né da un accordo tra le parti. Nel ricorso davanti ai giudici di Strasburgo, infine, lamentava la violazione dell'art. 7 CEDU poiché era stato condannato per una condotta che, al momento in cui era stata commessa, non costituiva reato, in quanto decisioni giudiziali precedenti e successive alla sua vicenda avevano ritenuto tale esimente ancora in vigore²⁸⁴. Nella ricostruzione in diritto, la Corte EDU, per quanto in interesse, dopo aver ribadito che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo protegge i principi del *nullum crimen nulla poena sine lege* e del divieto di analogia *in malam partem*, ha affermato che l'art. 7 CEDU non pone un divieto alla graduale chiarificazione delle norme penali attraverso

²⁸² Il punto di riferimento a livello storico è l'opinione del giurista inglese del '600 Sir Matthew Hale contenuta nella sua opera postuma *Historia Placitorum Coronæ: The History of the Pleas of the Crown*, secondo il quale: «But the husband cannot be guilty of a rape committed by himself upon his lawful wife, for by their mutual matrimonial consent and contract the wife hath given up herself in this kind to her husband which she cannot retract» M. HALE, *Historia Placitorum Coronæ: The History of the Pleas of the Crown*, ed. Emlin, 1736, p. 629.

²⁸³ C.EDU, sent. 22 novembre 1995, *C.R. c. Regno Unito*. Con note di A. MCCOLGAN, *Removing a Husband's Right to Rape*, in *King's College Law Journal*, n. 7/1996-1997, p. 135 e ss. e C. OSBORNE, *Does the end justify the means? Retrospectivity, Article 7, and the marital rape exemption*, in *European Human Rights Law Review*, n. 4/1996, p. 406 e ss. Per completezza, lo stesso giorno, sul medesimo tema e con analoghe conclusioni è stata decisa anche C.EDU, sent. 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*. In proposito, v. D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, spec. p. 135 e ss.

²⁸⁴ Specialmente *R. v. J* [1991] 1 All E.R. 759.

l'interpretazione caso per caso, fintantoché lo sviluppo che ne risulta sia coerente con l'“essenza” del reato e ragionevolmente prevedibile²⁸⁵.

Applicando tale principio di diritto al caso di specie, i giudici di Strasburgo hanno sostenuto che le decisioni della Corte d'Appello e poi della *House of Lords* nel processo che aveva riguardato il ricorrente non avevano fatto altro che seguire il percorso di una giurisprudenza che poteva essere percepita, la quale aveva “smantellato” l'esclusione della punibilità di un marito dall'accusa di stupro nei confronti della moglie. Infatti, già all'epoca dei fatti non c'erano dubbi sulla possibilità che il coniuge potesse essere condannato per tale condotta e, inoltre, vi era un'evidente evoluzione in questo senso, in linea con l'identità di tale fattispecie penale, tale per cui il riconoscimento giudiziario dell'assenza di immunità era diventato uno sviluppo ragionevolmente prevedibile della legge²⁸⁶. Ancora, il rispetto dell'art. 7 CEDU era dato dall'evidenza del carattere svilente dello stupro; e, inoltre, l'abbandono di tale inaccettabile idea era conforme a una concezione civile del matrimonio e agli obbiettivi fondamentali della CEDU, quali il rispetto della dignità umana e della libertà²⁸⁷.

Seppur riguardante il principio di legalità *sub specie* di prevedibilità della legge penale – per di più, con riferimento a un ordinamento di *common law*²⁸⁸ –, la sentenza resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *C.R. c. Regno Unito* presenta profili di utilità anche ai fini di questo studio.

²⁸⁵ «However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in the United Kingdom, as in the other Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 (art. 7) of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen» C.EDU, sent. 22 novembre 1995, *C.R. c. Regno Unito*, par. 34.

²⁸⁶ «The decisions of the Court of Appeal and then the House of Lords did no more than continue a perceptible line of case-law development dismantling the immunity of a husband from prosecution for rape upon his wife (for a description of this development, see paragraphs 14 and 20-25 above). There was no doubt under the law as it stood on 12 November 1989 that a husband who forcibly had sexual intercourse with his wife could, in various circumstances, be found guilty of rape. Moreover, there was an evident evolution, which was consistent with the very essence of the offence, of the criminal law through judicial interpretation towards treating such conduct generally as within the scope of the offence of rape. This evolution had reached a stage where judicial recognition of the absence of immunity had become a reasonably foreseeable development of the law (see paragraph 34 above)» C.EDU, sent. 22 novembre 1995, *C.R. c. Regno Unito*, par. 41.

²⁸⁷ «The essentially debasing character of rape is so manifest that the result of the decisions of the Court of Appeal and the House of Lords - that the applicant could be convicted of attempted rape, irrespective of his relationship with the victim - cannot be said to be at variance with the object and purpose of Article 7 (art. 7) of the Convention, namely to ensure that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment (see paragraph 32 above). What is more, the abandonment of the unacceptable idea of a husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with a civilised concept of marriage but also, and above all, with the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom» C.EDU, sent. 22 novembre 1995, *C.R. c. Regno Unito*, par. 42.

²⁸⁸ Per un'analisi della *marital exemption* nel diritto penale italiano v. G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023, p. 282 e ss.

A uno sguardo attento, infatti, emerge con chiarezza come solo una parte dell'argomentazione dei giudici di Strasburgo sia dedicata al grado di riconoscibilità dell'esistenza di un contrasto tra le corti a livello nazionale (con conseguente possibilità di anticipare da parte del marito l'esito sfavorevole di una condanna per lo stupro di sua moglie, pur in assenza dell'esercizio di alcuna azione in sede giudiziaria da parte di lei). Del resto, in tale occasione l'attenzione della Corte EDU si focalizza altresì sulla *sostenibilità* di un'interpretazione come quella sino ad allora esistente nel Regno Unito rispetto alla dignità e alla libertà, tutelate anche attraverso l'uso del diritto penale, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il piano del discorso, dunque, non si pone solamente in termini di mutamento giurisprudenziale, ma anche, se non soprattutto, di *comprensione* della normativa attraverso le disposizioni della CEDU. Seppur di certo non in maniera esplicita – del resto, non viene nemmeno menzionato –, sembra che i giudici di Strasburgo “riscrivano” l'art. 3 CEDU in ossequio alla tavola di valori che la Convenzione EDU condivide e protegge, ammettendo che nel caso concreto dovesse trovare una protezione idonea attraverso l'inflizione di una sanzione penale e affermando così un dovere di tutela attraverso il diritto penale.

Orbene, tale criterio ermeneutico può implicare delle conseguenze di non poco momento. Prescindendo dal caso in sé e per sé, infatti, se ne deduce che è compatibile con il principio di legalità una *revisione* secondo CEDU di testi di legge o di interpretazioni giurisprudenziali, anche se essa venga a esistenza in contrasto con la chiarezza del dato normativo o con la continuità delle sentenze rilevanti e producendo effetti *in malam partem* per l'imputato²⁸⁹.

Ne consegue che tale modalità di intervento potrebbe incontrare fortuna con riguardo a cause di giustificazione esistenti in Italia, qualora i rispettivi contenuti o il significato a esse attribuito dai tribunali si pongano in contrasto con valori fondanti della CEDU, legittimando in chiave di art. 7 CEDU eventuali condanne penali che *superino* sia la norma sia la giurisprudenza.

Considerato però che un cambio di direzione radicale si pone inevitabilmente in contrapposizione con un rispetto pieno e autentico del principio di prevedibilità della sanzione penale²⁹⁰, diviene auspicabile che il *modus operandi* dell'arresto appena illustrato

²⁸⁹ A riconferma, il procedimento in sede di Convenzione EDU era stato originato da una decisione (*R. v. R.* [1992] 1 A.C. 599) con la quale la «House of Lords put aside centuries of precedent» A. MCCOLGAN, *Removing a Husband's Right to Rape*, cit., p. 135.

²⁹⁰ In termini similari v. C. OSBORNE, *Does the end justify the means?*, cit., p. 416.

sia confinato a casi estremi, quanto più possibile effettivamente allineati con il sentire comune maturato nella società²⁹¹.

Un esempio può essere quello di quanto si è verificato con l'abbandono nel nostro Paese di quella corrente teorica che, dando applicazione all'art. 51 c.p., faceva rientrare nell'esercizio di un diritto lo *ius corrigendi* del marito nei riguardi della moglie²⁹².

La seconda causa di giustificazione sulla quale è intervenuta la Corte europea dei diritti dell'uomo *in senso riduttivo* del relativo spettro di vigenza, e, quindi, arrivando a imporre un obbligo di incriminazione in proposito²⁹³, è quella del *reasonable chastisement*. *Mutatis mutandis*, questa *defense* può essere accostata, in Italia, al "diritto di correzione" nelle relazioni genitore-figlio²⁹⁴. I giudici di Strasburgo sono intervenuti in tema con la sentenza *A. c. Regno Unito*²⁹⁵.

La vicenda concerneva il processo nel quale il patrigno di un ragazzo veniva processato per aver aggredito il figliastro e avergli causato lesioni personali, colpendolo in più occasioni con una canna. La difesa non aveva negato le aggressioni, ma aveva sostenuto che tale condotta era stata necessaria e ragionevole poiché la persona offesa era un ragazzo "difficile", che non "rispondeva" alla disciplina impartitagli dei genitori o della scuola. Il giudice, nel riassumere la normativa sul *reasonable chastisement* alla giuria, aveva spiegato che tale *defense* era perfettamente valida se essa fosse consistita nella semplice "correzione" di un figlio da parte del proprio genitore, purché fosse rimasta moderata nei modi, nei mezzi e nell'ammontare somministrati. All'esito, vi era stato un verdetto di assoluzione. Pertanto, il ricorrente adiva la Corte EDU lamentando la violazione in specie dell'art. 3 CEDU.

²⁹¹ Di «evoluzione esegetica [...] "ancorata" alla coscienza sociale» parla F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., p. 405. Sul concetto di criterio sociale nella valutazione del principio di prevedibilità della sanzione penale v. V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, n. 1/2009, p. 57 e ss. La pronuncia in discussione presenta caratteri simili a quella resa in *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania* sulla legittimità dell'uso della forza letale da parte delle forze dell'ordine della Germania Est per impedire la fuga di persone dal Paese (v. *supra*, cap. II, par. 2), ove è stata considerata conforme al principio di legalità la ritenuta insussistenza di una scriminante in forza della rilettura *ex post* della normativa tanto costituzionale quanto penale della Repubblica Democratica Tedesca. Difatti, in tali due pronunciamenti si è valutata rispondente all'art. 7 CEDU, secondo il parametro dell'accettabilità sociale, un'interpretazione giurisprudenziale innovativa che non legittimava più condotte che, al tempo e nel luogo nei quali erano state poste in essere, i soggetti agenti avrebbero potuto ritenere non anti-giuridiche. Cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., pp. 407-408.

²⁹² Come sostenuto in passato da G. BETTIOL, *Aspetti del "ius corrigendi" nel diritto penale*, in *Sc. pos.*, 1943, p. 33 e ss.; P. NUVOLONE, *Appunti in materia di autorità maritale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, p. 463 e ss.; e C. SALTELLI, *Abuso del mezzo di correzione in danno della moglie*, in *Annali*, 1939, p. 680 e ss.

²⁹³ Condivide tale inquadramento sistematico C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 184.

²⁹⁴ Per un affiancamento a tale equivalente nel diritto italiano v. S. SILVANI, *Jus corrigendi, reasonable chastisement e divieto di trattamenti o punizioni degradanti o disumane ex art. 3 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2/1999, p. 585 e ss.

²⁹⁵ C.EDU, sent. 23 settembre 1998, *A. c. Regno Unito*, con note di A. BAINHAM, *Corporal punishment of children: a caning for the United Kingdom*, in *Cambridge Law Journal*, n. 2/1999, p. 291 e ss. e C. BURTON, *A v United Kingdom - The Thirty Thousand Pound Caning - An English Vice in Europe*, in *Child and Family Law Quarterly*, n. 1/1999, p. 63 e ss.

I giudici di Strasburgo hanno ricordato che occorre raggiungere un certo livello di gravità perché possa essere accertato una inosservanza del divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, da accertare sulla base di tutte le circostanze del caso, quali: la natura e il contesto della condotta; le sue conseguenze fisiche e mentali; e, in certi casi, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima²⁹⁶. Poiché, sulla base della documentazione sanitaria, il ricorrente era stato colpito con una canna da giardino con forza considerevole e ciò era accaduto più volte, hanno ravvisato che tale condotta raggiungeva il livello di gravità richiesto dall'art. 3 CEDU. Muovendo, quindi, a valutare se lo Stato Membro dovesse essere ritenuto responsabile a rigore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte EDU ha ricordato che esso è chiamato a scongiurare la commissione di atti di tortura e trattamenti inumani o degradanti anche nei rapporti fra i privati (secondo la dottrina della c.d. *Drittwirkung*) e, inoltre, che ai bambini e agli altri soggetti vulnerabili deve essere assicurata una deterrenza efficace contro tali attacchi all'integrità personale²⁹⁷.

Con particolare riguardo alla causa di giustificazione del *reasonable chastisement*, ripercorrendone il regime probatorio (che prevedeva che l'onere della prova del superamento dei limiti legittimi della punizione ricadesse sull'accusa), i giudici di Strasburgo hanno constatato che, nel caso di specie, a fronte della gravità delle condotte (sufficienti di per loro a impegnare l'art. 3 CEDU), l'imputato era stato ritenuto non colpevole²⁹⁸. Pertanto, a loro avviso, questa *defense* non aveva offerto una protezione adeguata da violazioni del divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti per il ricorrente. Hanno sottolineato, altresì,

²⁹⁶ «The Court recalls that ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is relative: it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment, its duration, its physical and mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim (see the Costello-Roberts v. the United Kingdom judgment of 25 March 1993, Series A no. 247-C, p. 59, § 30)» C.EDU, sent. 23 settembre 1998, *A. c. Regno Unito*, par. 20.

²⁹⁷ «It remains to be determined whether the State should be held responsible, under Article 3, for the beating of the applicant by his stepfather. The Court considers that the obligation on the High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals (see, mutatis mutandis, the H.L.R. v. France judgment of 29 April 1997, Reports 1997-III, p. 758, § 40). Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to State protection, in the form of effective deterrence, against such serious breaches of personal integrity (see, mutatis mutandis, the X and Y v. the Netherlands judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, pp. 11–13, §§ 21–27; the Stubbings and Others v. the United Kingdom judgment of 22 October 1996, Reports 1996-IV, p. 1505, §§ 62–64; and also the United Nations Convention on the Rights of the Child, Articles 19 and 37)» C.EDU, sent. 23 settembre 1998, *A. c. Regno Unito*, par. 22.

²⁹⁸ «The Court recalls that under English law it is a defence to a charge of assault on a child that the treatment in question amounted to “reasonable chastisement” (see paragraph 14 above). The burden of proof is on the prosecution to establish beyond reasonable doubt that the assault went beyond the limits of lawful punishment. In the present case, despite the fact that the applicant had been subjected to treatment of sufficient severity to fall within the scope of Article 3, the jury acquitted his stepfather, who had administered the treatment (see paragraphs 10–11 above)» C.EDU, sent. 23 settembre 1998, *A. c. Regno Unito*, par. 23.

che il Governo ammetteva che tale disciplina fosse inadeguata a proteggere i bambini e dovesse essere modificata.

La sentenza emessa in *A. c. Regno Unito* si presenta come un ulteriore passo in avanti nell'evoluzione (e nella ingerenza) della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle scriminanti, coincidente con un allargamento degli spazi di punibilità degli individui.

Quanto sopra si deve a due statuizioni fortemente significative: *in primis*, una esimente *in quanto tale* può essere ritenuta diametralmente contrastante con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, *in secundis*, tale diametrale contrasto si rinviene *precisamente* in rapporto all'art. 3 CEDU.

Mentre infatti in *C.R. c. Regno Unito* la problematicità della causa di giustificazione è stata analizzata dall'angolo visuale del principio di legalità e del suo corollario della prevedibilità – solamente dedicando due paragrafi ai profili di contrapposizione con la CEDU (soprattutto con generici riferimenti valoriali, quali la dignità e la libertà personali) – in *A. c. Regno Unito* la scriminante viene “messa al bando” con chiarezza, prescindendo dall'*azione livellatrice* delle corti nazionali ed evocando un *diritto supremo* come quello del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti.

In dottrina, non è mancato chi ha auspicato il ricorso ai controlimiti per arginare la *vis expansiva* del penalmente rilevante che deriverebbe da siffatto pronunciamento se riferito all'Italia, in quanto verrebbe disattesa l'attribuzione al legislatore della competenza a decidere sulla sanzione penale²⁹⁹.

A fronte dell'importanza di sistema che indubbiamente si accompagna a tale pronunciamento, bisogna registrare come l'argomentazione delle ragioni di diritto non risulti molto approfondita. I giudici di Strasburgo si mostrano in effetti riluttanti a un confronto con le ragioni di fondo che muovono il proprio invasivo intervento.

In assenza di chiarimenti, sembrerebbe potersi evincere che per *cancellare* uno spazio di non punibilità è sufficiente ravvisare nelle azioni poste in essere dal singolo imputato la *serietà* della violazione dell'art. 3 CEDU. L'esercizio ermeneutico è dunque di tipo *quantitativo* e non *valoriale*. Insomma, la *quaestio* controversa non è tanto il *bilanciamento* tra beni

²⁹⁹ Cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., p. 408 e ss. L'Autore sostiene che, come per il diritto UE, tale teorica sarebbe utilizzabile anche in quello della Convenzione EDU, come derivante dalla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo. A tal proposito, le disposizioni della CEDU, quale parametro interposto, andrebbero intese come “norme reali”, nel senso, cioè, di riempite di significato dalla giurisprudenza della Corte EDU. Egli auspica dunque l'adozione di «un istituto molto simile a quello dei controlimiti» che ponga un freno all'accoglimento, nella disciplina nazionale, di una normativa che conduca a un «corto circuito» con i principi fondamentali dell'ordinamento». In questa prospettiva, altrettanto sarà chiamato a fare il giudice comune, al quale sarà demandato di interpellare la Corte costituzionale per sondare la rispondenza della Convenzione EDU “*in action*” ai principi custoditi dalla Carta costituzionale.

giuridici (quali, nella vicenda sopra esaminata, per un verso, l'educazione dei figli e, per altro verso, la dignità personale), quanto la determinazione del *grado* di compressione della *human dignity*, prescindendo da ogni altra considerazione.

Ovviamente tale esito può ben essere motivato dalla insuscettibilità a compromessi propria dell'art. 3 CEDU (non conoscendo deroghe, come visto), ma sarebbe di sicuro desiderabile che la *ratio* così proposta venisse espressa *per tabulas*. Altrimenti, il rischio diviene quello di impedire una esatta comprensione dei termini del problema.

L'approdo interpretativo dei pronunciamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in *C.R. c. Regno Unito* e *A. c. Regno Unito* può trovare spazio anche in riferimento alla disciplina nazionale delle scriminanti.

Dovessero i giudici di Strasburgo giungere alla conclusione che una norma italiana che disciplina l'antigiuridicità di un fatto tipico ammetta una "porzione" di non-punibilità in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo – magari in rapporto a un altro diritto bilanciabile (quale, in ipotesi, diversamente dall'art. 3 CEDU, l'art. 8 CEDU) –³⁰⁰, occorrerebbe porsi un doppio interrogativo senza facile risposta, rivolto, rispettivamente, al giudice e al legislatore: quali i campi di vigenza dell'istituto sotto scrutinio e, inoltre, quali le modalità per un intervento di modifica dello stesso³⁰¹.

³⁰⁰ Questo avrebbe di sicuro potuto essere stato l'epilogo anche in un contesto quale quello italiano. Si pensi a un ricorso avverso una sentenza di assoluzione che avesse riconosciuto l'insussistenza dell'art. 571 c.p. in presenza di fatti quali quelli in *A. c. Regno Unito*. La nuova fase interpretativa della giurisprudenza di legittimità, inaugurata da Cass. pen., sez. VI, sent. n. 4904 del 18 marzo 1996 (dep. 16 maggio 1996), par. 3.2, pare però essere preclusiva in tal senso. A mente di questa importante decisione infatti: «Il termine "correzione" va assunto come sinonimo di educazione, con riferimento ai connotati intrinsecamente conformativi di ogni processo educativo. In ogni caso [...] non può ritenersi tale l'uso della violenza finalizzato a scopi educativi. Ciò sia per il primato che l'ordinamento attribuisce alla dignità della persona, anche del "minore", ormai soggetto titolare di diritti e non più, come in passato, semplice oggetto di protezione (se non addirittura di disposizione) da parte degli adulti; sia perché non può perseguirsi, quale meta educativa, un risultato di armonico sviluppo di personalità, sensibile ai valori di pace, di tolleranza, di convivenza utilizzando un mezzo violento che tali fini contraddice. Ne consegue che l'eccesso di mezzi di correzione violenti non rientra nella fattispecie dell'art. 571 c.p. giacché in tanto è ipotizzabile un abuso (punibile in maniera attenuata) in quanto sia lecito l'uso». Con riguardo precisamente alla scriminante dell'esercizio di un diritto v. Cass. pen., sez. V, sent. n. 45859 del 10 ottobre 2012 (dep. 23 novembre 2012), così massimata: «Non è invocabile l'esercizio dello "jus corrigendi" da parte del genitore il quale, ancorché con finalità educative, compia nei confronti del figlio minore atti violenti consistenti in percosse reiterate e produttive di lesioni». Sull'orientamento attualmente esistente in seno alla Corte di Cassazione, di recente, v. M. NICOLINI, *La Cassazione ribadisce una lettura restrittiva e moderna del concetto di 'abuso' dei mezzi di correzione o di disciplina*, in *Sist. pen.*, 3.06.2022, p. 1 e ss. Per uno sguardo comparato v. C. BURTON, *A v United Kingdom*, cit., p. 64, spec. nt. 21.

³⁰¹ Ad esempio, il testo attuale della *section 58* del *Children Act* britannico, introdotto nel 2004, è rubricato «Reasonable punishment: England» e recita:

«(1) In relation to any offence specified in subsection (2), battery of a child taking place in England cannot be justified on the ground that it constituted reasonable punishment.

(2) The offences referred to in subsection (1) are—

- (a) an offence under section 18 or 20 of the Offences against the Person Act 1861 (c. 100) (wounding and causing grievous bodily harm);
- (b) an offence under section 47 of that Act (assault occasioning actual bodily harm);
- (c) an offence under section 1 of the Children and Young Persons Act 1933 (c. 12) (cruelty to persons under 16).
- (d) an offence under section 75A of the Serious Crime Act 2015 (strangulation or suffocation).

6. Gli obblighi di incriminazione della schiavitù e del lavoro forzato e delle forme che assumono nella contemporaneità

Nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la proibizione di schiavitù e lavoro forzato è racchiusa nell'art. 4 CEDU³⁰², che bandisce tali fenomeni criminosi «in qualsiasi forma». Questa disposizione rappresenta il culmine di un itinerario che si snoda attraverso le epoche storiche, pur potendo, però, proprio attraverso la sua formulazione “aperta”, venire costantemente aggiornata: non si tratta ovviamente più di colpire la schiavitù tradizionalmente intesa (perlomeno negli Stati Membri), quanto piuttosto quelle modalità innovative con le quali essa oggi si presenta³⁰³.

Gli atti internazionali che si occupano della materia sono molteplici³⁰⁴ e influenzano, inevitabilmente, le definizioni dei termini rilevanti adoperati nella CEDU, per come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (come osservato, esemplificativamente, con riguardo alla tortura, cfr. *supra*, cap. II, par. 4).

Segnatamente, con schiavitù si intende, corrispondentemente all'art. 1 della Convenzione contro la schiavitù della SdN del 1926: «lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o taluni di essi»; mentre, per lavoro forzato oppure obbligatorio, concordemente all'art. 2 della Convenzione sul lavoro forzato della

(3) Battery of a child taking place in England causing actual bodily harm to the child cannot be justified in any civil proceedings on the ground that it constituted reasonable punishment.

(4) For the purposes of subsection (3) “actual bodily harm” has the same meaning as it has for the purposes of section 47 of the Offences against the Person Act 1861.

(5) In section 1 of the Children and Young Persons Act 1933, omit subsection (7)».

³⁰² Cfr. M. MONTANARI, *Art. 4 – Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p. 128 e ss.; V. ZAGREBELSKY, *Divieto di schiavitù, di servitù e di lavori forzati o obbligatori*, in V. ZAGREBELSKY – R. CHENAL – L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, p. 191 e ss.; D.J. HARRIS – M. O'BOYLE – E.P. BATES – C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 281 e ss.; V. STOYANOVA, *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*, Cambridge, 2018, spec. p. 319 e ss.; e C. TRIPODINA, *sub art. 4 Cedu*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 89 e ss.

³⁰³ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Divieto di schiavitù, di servitù e di lavori forzati o obbligatori*, cit., p. 191.

³⁰⁴ Ad esempio, la Convenzione contro la schiavitù della Società delle nazioni del 1926; la Convenzione sul lavoro forzato dell'Organizzazione internazionale del lavoro del 1930; la Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione del 1949; la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi, e sulle istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù del 1956; il Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966; Il Protocollo addizionale della Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale sulla prevenzione, soppressione e persecuzione del traffico di esseri umani, in particolar modo donne e bambini delle Nazioni Unite del 2000; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000; e la Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani del Consiglio d'Europa del 2005.

OIL del 1930: «ogni lavoro o servizio estorto a una persona sotto minaccia di una pena o per il quale detta persona non si sia offerta spontaneamente».

La proibizione della schiavitù non conosce deroghe, né durante lo stato di guerra né nell'evenienza di situazioni di emergenza per lo Stato, ai sensi dell'art. 15 CEDU. Diversamente, i lavori forzati od obbligatori non sono considerati tali (introducendo, quindi, una eccezione alla loro generale messa al bando), secondo l'art. 4 par. 3 CEDU³⁰⁵, qualora si tratti di:

- a) lavoro normalmente richiesto a una persona detenuta o durante il periodo di libertà condizionale;
- b) servizio militare o servizio sostitutivo alla leva obbligatoria;
- c) qualunque servizio richiesto nell'eventualità di crisi oppure di calamità che minaccino la vita o il benessere della comunità;
- d) qualunque lavoro o servizio ricompreso nei normali doveri civici.

Nel tempo, specialmente a partire dagli anni 2000³⁰⁶, i giudici di Strasburgo hanno ampliato il significato dei termini previsti dalla Convenzione EDU. Hanno in specie ricondotto all'interno dell'art. 4 CEDU i concetti di servitù domestica, tratta di persone e c.d. caporalato³⁰⁷.

L'art. 4 CEDU, se paragonato agli artt. 2 o 3 CEDU, non conosce un numero di sentenze particolarmente consistente. Cionondimeno, talune decisioni assumono notevole significato a livello sia sovranazionale sia interno³⁰⁸. Premesso ciò, nel prosieguo verranno affrontate le pronunce di maggiore momento che hanno imposto obblighi positivi di tutela penale nei confronti degli Stati Parte.

Rispetto alla servitù domestica, la sentenza guida della Corte europea dei diritti dell'uomo è indiscutibilmente *Siliadin c. Francia*³⁰⁹.

³⁰⁵ Per delle esemplificazioni casistiche v. M. MONTANARI, *Art. 4 – Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato*, cit., pp. 131-132.

³⁰⁶ Cfr. *ivi*, p. 129.

³⁰⁷ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Divieto di schiavitù, di servitù e di lavori forzati o obbligatori*, cit., p. 192. Su *human trafficking* e diritti umani v. A. ANNONI, *Gli obblighi internazionali in materia di tratta degli esseri umani*, in S. FORLATI (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013, p. 1 e ss.

³⁰⁸ Cfr. M. MONTANARI, *Art. 4 – Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato*, cit., pp. 128-129 e A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di schiavitù e del lavoro forzato (art. 4 CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, p. 248. Angela Colella paragona la giurisprudenza sull'art. 4 CEDU a un «fiume carsico, che rimane a lungo sottotraccia – quasi si fosse prosciugato – per poi riapparire di tanto in tanto in superficie». Esemplicativamente, sulla influenza sul sistema penale inglese, con riferimento all'introduzione del *Modern Slavery Act* v. M. PINTO, *Sowing a 'Culture of Conviction'. What Shall Domestic Criminal Justice Systems Reap from Coercive Human Rights?*, in L. LAVRYSEN – N. MAVRONICOLA (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, 2020, p. 172 e ss.

³⁰⁹ C.EDU, sez. II, sent. 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*. Con note di C. ORTIZ FERNÁNDEZ – A. QUIROZ ENCISO, *The Case of Siliadin V. France: Modern Slavery, Nation and Supranational States, Gender and Power*,

La vicenda riguardava una ragazzina che, ancora minorenne, era stata trasferita dal Togo alla Francia. Una donna le aveva poi sottratto il passaporto e l'aveva consegnata a una famiglia. Presso di essa, era stata costretta a lavorare come domestica dalla mattina presto alla sera tardi, senza ferie, paga, né istruzione. La ricorrente riteneva violati i propri diritti ex art. 4 CEDU poiché, all'esito del processo nei confronti dei suoi datori di lavoro, le condanne penali loro inflitte erano state annullate, e, quindi, gli stessi erano stati destinatari solamente di una sanzione lavoristica e dell'obbligo civilistico di risarcire i danni.

I giudici di Strasburgo hanno affermato che, assieme agli articoli 2 e 3 CEDU, l'art. 4 CEDU rappresenta uno dei valori fondamentali delle società democratiche che compongono il Consiglio d'Europa. Prendendo in esame atti internazionali e nazionali (quali convenzioni e documenti parlamentari), hanno sostenuto che limitare il divieto di schiavitù e lavoro forzato ai soli profili di azione diretta delle autorità statali sarebbe incoerente con siffatti strumenti internazionali ed equivarrebbe a renderlo inefficace. Di conseguenza, hanno esteso anche all'art. 4 CEDU gli obblighi positivi per gli Stati Membri di adottare fattispecie penali che sanzionino le condotte che violino l'art. 4 CEDU e di applicarle nella pratica, similmente all'art. 3 CEDU³¹⁰.

In questo senso, la Corte EDU ha ricordato la distinzione tra la passata abolizione della schiavitù e la persistenza del fenomeno della servitù domestica, specie nei confronti delle donne. Richiamandosi all'art. 2 par. 1 della Convenzione sul lavoro forzato dell'OIL del 1930 (e ravvisando la somiglianza tra tale disposizione e l'equivalente della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), ha riportato la relativa definizione di lavoro forzato od obbligatorio: «ogni lavoro o servizio estorto a una persona sotto minaccia di una pena o per il quale detta persona non si sia offerta spontaneamente»³¹¹.

in *Studies in unfree labour*, nn. 3-4/2012, p. 297 e ss.; R.J. SCOTT, *Under Color of Law: Siliadin v. France and the Dynamics of Enslavement in Historical Perspective*, in J. ALLAIN (a cura di), *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, Oxford, 2012, p. 152 e ss.; A. NICHOLSON, *Reflections on Siliadin v. France: slavery and legal definition*, in *The International Journal of Human Rights*, n. 5/2010, p. 705 e ss.; e H. CULLEN, *Siliadin v France: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, n. 3/2006, p. 585 e ss.

³¹⁰ «In those circumstances, the Court considers that limiting compliance with Article 4 of the Convention only to direct action by the State authorities would be inconsistent with the international instruments specifically concerned with this issue and would amount to rendering it ineffective. Accordingly, it necessarily follows from this provision that States have positive obligations, in the same way as under Article 3 for example, to adopt criminal-law provisions which penalise the practices referred to in Article 4 and to apply them in practice (see *M.C. v. Bulgaria*, cited above, § 153)» C.EDU, sez. II, sent. 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*, par. 89.

³¹¹ «It considers that there is in fact a striking similarity, which is not accidental, between paragraph 3 of Article 4 of the European Convention and paragraph 2 of Article 2 of Convention No. 29. Paragraph 1 of the last-mentioned Article provides that “for the purposes” of the latter convention, the term “forced or compulsory labour” shall mean “all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily”» C.EDU, sez. II, sent. 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*, par. 116.

Affermata la vigenza di obblighi positivi di tutela penale ed espresso il significato del divieto, i giudici di Strasburgo sono passati a verificare se l'art. 4 CEDU fosse stato rispettato nel caso concreto sottoposto al loro vaglio, prendendo in considerazione i due requisiti integrativi, rispettivamente, della minaccia di una pena e della contrarietà alla volontà.

Quanto al primo, hanno valorizzato che, sebbene la ricorrente non fosse stata minacciata di venire "punita", ella si trovava in una situazione equivalente in termini di gravità percepita. Rispetto al secondo, hanno enfatizzato come non vi fosse alcuna libertà di scelta nello svolgere quella mansione in quelle modalità, non essendole stata lasciata un'opzione in proposito.

Pertanto, la Corte EDU ha ritenuto che la ricorrente fosse stata sottoposta a lavoro forzato od obbligatorio.

Per ciò che concerne la nozione di schiavitù, invece, i giudici di Strasburgo si sono richiamati alla Convenzione contro la schiavitù della SdN del 1926, laddove essa viene definita come «lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o taluni di essi»³¹². Rispetto a quella di servitù, riepilogando la propria giurisprudenza (che si rifà alla Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi, e sulle istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù del 1956) l'ha inquadrata quale obbligo di prestazione di servizi imposto mediante l'uso della coercizione, rimanendo collegato al concetto di *slavery*³¹³.

Relativamente a tali seconde due qualificazioni, la Corte EDU ha deciso come di seguito.

Ha escluso l'esistenza di una situazione di schiavitù, poiché non era stato esercitato un diritto di proprietà sulla ricorrente, tale da reificarla.

Ha invece confermato la sua sottoposizione in servitù, sulla base di una molteplicità di fattori³¹⁴.

Muovendo all'analisi della legislazione nazionale afferente all'art. 4 CEDU, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affrontato le fattispecie incriminatrici utilizzate nel corso del procedimento penale interno.

³¹² «The Court notes at the outset that, according to the 1927 Slavery Convention, "slavery is the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised"» C.EDU, sez. II, sent. 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*, par. 122.

³¹³ «It follows in the light of the case-law on this issue that for Convention purposes "servitude" means an obligation to provide one's services that is imposed by the use of coercion, and is to be linked with the concept of "slavery" described above (see *Seguin v. France* (dec.), no. 42400/98, 7 March 2000)» C.EDU, sez. II, sent. 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*, par. 124.

³¹⁴ Tra i quali: i ritmi lavorativi; la mancanza di una scelta nell'impiego; la minore età; la confisca dei documenti; l'omessa regolarizzazione; la carenza di libertà di movimento e di tempo libero; la mancata formazione di tipo scolastico; il difetto di una speranza di miglioramento della situazione; e la dipendenza dai datori di lavoro.

Segnatamente, ha studiato gli artt. 225-13 e 225-14 del codice penale francese, concernenti, nell'ordine, lo "sfruttamento del lavoro di un individuo" e la "sottoposizione a condizioni di lavoro o di vita incompatibili con la dignità umana". Ha dunque verificato che né la schiavitù né la servitù erano di per loro classificate come reati in tale ordinamento penale. Inoltre, ha ribadito che il processo penale nazionale era terminato con l'assoluzione degli imputati. Ulteriormente, ha sottolineato che una *joint taskforce* dedicata a tale tema dell'Assemblea Nazionale francese aveva rilevato l'esistenza di problemi interpretativi con rispetto ai due reati.

I giudici di Strasburgo hanno quindi ravvisato che la legislazione penale in vigore all'epoca dei fatti non offriva alla ricorrente, che era una minorenni, una protezione concreta ed efficace rispetto a ciò che aveva patito³¹⁵ e, pertanto, hanno dichiarato la violazione degli obblighi positivi promananti dall'art. 4 CEDU.

Siliadin c. Francia è certamente una delle «pietre miliari» della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa agli obblighi positivi di tutela penale³¹⁶. Presenta infatti più profili di interesse su svariate direttrici.

Innanzitutto, fornisce delle definizioni per i termini chiave di schiavitù, servitù, lavoro forzato e obbligatorio. Si può cogliere, in questa esegesi, due aspetti che caratterizzano la tecnica decisoria dei giudici di Strasburgo: *in primis*, il costante riferimento a fonti di diritto internazionale, specie qualora condivise tra gli Stati Membri del Consiglio d'Europa. I concetti rilevanti, in effetti, vengono mutuati proprio dai testi di altre convenzioni dedicate alla tematica della *prohibition of slavery*; *in secundis*, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo viene letta quale *living instrument*, aperta a un costante adattamento alle nuove esigenze emergenti nella società. In quest'ottica, l'evidente rischio di desuetudine nella quale poteva cadere il divieto di cui all'art. 4 CEDU è superato attraverso il riferimento alle moderne forme che i fenomeni criminosi ivi banditi assumono.

Proprio tale esercizio interpretativo operante sui due piani descritti, però, presenta delle criticità. In effetti, l'attività di trapianto di descrizioni aliene al testo della CEDU e la continua rilettura dei termini adoperati nella disposizione portano a una mancanza di *chiarezza* del *dictum* giudiziale e quindi del perimetro di vigenza della proibizione stessa. Segnatamente, ciò si coglie con l'illustrazione del termine "servitù", che non viene distinto

³¹⁵ «In those circumstances, the Court considers that the criminal-law legislation in force at the material time did not afford the applicant, a minor, practical and effective protection against the actions of which she was a victim» C.EDU, sez. II, sent. 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*, par. 148.

³¹⁶ Così A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., p. 248.

in maniera del tutto intelligibile da quelli di “schiavitù” e di “lavoro forzato”, con conseguenti difficoltà di comprensione delle *positive obligations* in esso ricomprese³¹⁷.

Ancora, l’art. 4 CEDU viene in maniera espressa incluso nel ristretto novero delle disposizioni che possono attivare obblighi positivi di tutela penale³¹⁸. Tale innovazione ha una *doppia valenza*: apre a una giurisprudenza prima inesistente, giungendo a gravare gli Stati Parte di un dovere di attivarsi; e si riferisce proprio agli aspetti ricollegati alla *modern slavery*.

In proposito, particolare interesse suscita l’angolo visuale che viene assunto dai giudici di Strasburgo, quello, cioè, della legislazione penale nazionale.

Infatti, sono le fattispecie penali del Paese Parte che vengono messe sotto la lente di ingrandimento. La censura, quindi, riguarda due caratteristiche della carenza ravvisata: quella *descrittiva*, poiché lo Stato francese non conosceva un’incriminazione esplicita delle condotte in esame; quella *interpretativa*, in quanto la formulazione infelice degli elementi costitutivi delle norme apriva “inaspettatamente” all’omessa sanzione di condotte pacificamente riconducibili all’art. 4 CEDU.

Dunque, è proprio l’*obbligo di criminalizzazione* che è insufficiente o assente, prima ancora degli esiti (che ovviamente ne dipendono) di indagini e processi di natura penale. Senza dubbio, insomma, *Siliadin c. Francia* si inserisce a pieno titolo nelle sentenze che hanno delineato il volto attuale delle *positive obligations*.

Ancora, desta perplessità la scelta del linguaggio adoperato dalla Corte EDU. Infatti, la domanda che la stessa rivolge allo Stato Membro non è solamente quella di adottare *fattispecie penali* per determinate condotte riconducibili al divieto imposto nella Convenzione EDU, ma, altresì, quella di assicurare che la vittima sia soddisfatta nelle proprie aspettative, grazie alla inflizione di una *condanna penale*. Anche in questa pronuncia che inaugura la “stagione” degli obblighi positivi di tutela penale riferiti al divieto di schiavitù e lavoro forzato, dunque, torna il leitmotiv del riconoscimento di un “diritto alla pena” della persona offesa della condotta criminosa sottesa alla inosservanza della CEDU. Quello che lamentano i giudici di Strasburgo è che ella *did not see punishment*³¹⁹.

³¹⁷ Sull’ambiguità della *servitude* v. M. MONTANARI, *Art. 4 – Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato*, cit., pp. 128-129. Secondo l’Autore il «il principale criterio discretivo tra le due fattispecie è costituito dal fatto che solamente nella “servitù” vi sarebbe la sensazione della vittima che la sua condizione sia permanente e sia difficilmente superabile». V. anche A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., pp. 249-250, ove l’Autrice appunta che la Corte EDU non decide se si tratta di servitù oppure di lavoro forzato, ma “quantomeno” di servitù o di lavoro forzato. La *servitude* permetterebbe di intercettare le condotte che si collocano tra *slavery* e *forced labour*, ponendosi in un rapporto di scalarità. Cfr. H. CULLEN, *Siliadin v France*, cit., p. 592.

³¹⁸ Ciò avviene attraverso una ricostruzione delle *positive obligations* e una connessione delle stesse con quelle similari riguardanti gli artt. 2 e 3 CEDU. Cfr. H. CULLEN, *Siliadin v France*, cit., p. 589.

³¹⁹ Sul punto v. A. NICHOLSON, *Reflections on Siliadin v. France*, cit., pp. 708-709.

Si riaffaccia, dunque, il rischio di una strumentalizzazione del reo, ove il processo penale serve funzioni *risarcitorie* o comunque *satisfattive* della vittima, prima ancora che di accertamento dei *fatti* e delle *responsabilità*.

Si può così facilmente immaginare la situazione nella quale il giudice comune chiamato a pronunciarsi su una condotta sussumibile, in ipotesi, nella nozione di servitù sia indotto a una interpretazione ampia della norma penale e a una scelta della misura elevata dell'editale, così da assicurare una punizione del soggetto (per giunta severa).

Non sfuggono, qui come per gli artt. 2 e 3 CEDU già trattati *supra*, gli aspetti di frizione con il modello di diritto penale costituzionale.

Oltre alla servitù domestica, lo si è anticipato, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fatto rientrare nella proibizione di cui all'art. 4 CEDU anche la tratta di persone. Il pronunciamento cardinale in tema è quello reso a Grande Camera in *S.M. c. Croazia*³²⁰.

I fatti di causa riguardavano tratta di esseri umani e sfruttamento della prostituzione. Segnatamente, la ricorrente, una donna, affermava che, dopo essere stata contattata a mezzo facebook da un uomo, era da lui stata costretta fisicamente e psicologicamente a prestare attività sessuale a clienti dietro pagamento, dividendo con lo stesso il ricavato. Ella lamentava che le indagini e il processo sulle accuse da lei mosse contro tale persona fossero stati insufficienti, così violando gli artt. 3, 4 e 8 CEDU.

I giudici di Strasburgo si sono dedicati alla spiegazione dei contenuti della proibizione di schiavitù e lavoro forzato con particolare riferimento al *human trafficking for the purpose of exploitation of prostitution*. In questo contesto, hanno dato particolare risalto al precedente nel quale per la prima volta è stato affermato che la tratta di persone rientra nell'art. 4 CEDU: *Rantsev c. Cipro e Russia*³²¹. Ne hanno ricavato che, per poter fondare la violazione della

³²⁰ C.EDU, Grande Camera, sent. 25 giugno 2020, *S.M. c. Croazia*. Con note di F. TAMMONE, *Tratta di esseri umani e sfruttamento della prostituzione quali forme contemporanee di schiavismo: la pronuncia della Grande Camera nel caso "S.M."*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 1/2021, p. 221 e ss.; F. VITARELLI, *La Grande Camera estende l'ambito di operatività dell'art. 4 Cedu: verso una sempre maggiore tutela delle vittime vulnerabili in contesti di sfruttamento*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, n. 4/2020, p. 2116 e ss.; S. DE VIDO, *Della tratta di donne e ragazze nel diritto internazionale ed europeo: riflessioni sulla nozione giuridica di "sfruttamento sessuale" alla luce della sentenza "S.M. c. Croazia" della Corte europea dei diritti umani*, in *GenIUS*, n. 2/2020, p. 1 e ss.; e V. STOYANOVA, *The Grand Chamber Judgment in S.M. v Croatia: Human Trafficking, Prostitution and the Definitional Scope of Article 4 ECHR*, in *Strasbourg Observers*, 3.07.2020, p. 1 e ss..

³²¹ C.EDU, sez. I, sent. 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*. Con note di V. STOYANOVA, *Dancing on the Borders of Article 4: Human Trafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev Case*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, n. 2/2012, p. 163 e ss.; D. SHAVER – L. ZWAAK, *Rantsev v. Cyprus and Russia: Procedural Obligations of Third Party Countries in Human Trafficking under Article 4 ECHR*, in *Inter-American and European Human Rights Journal*, n. 1/2011, p. 118 e ss.; R. PATI, *States' Positive Obligations with Respect to Human Trafficking: The European Court of Human Rights Breaks New Ground in Rantsev v. Cyprus and Russia*, in *Boston University International Law Journal*, n. 1/2011, p. 79 e ss.; J. ALLAIN, *Rantsev v Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*, in *Human Rights Law Review*, n. 3/2010, p. 546 e ss.; e S. FARRIOR, *Introductory Note to European Court of Human Rights: Rantsev v. Cyprus & Russia*, in *International Legal Materials*, n. 2/2010, p. 415 e ss. La vicenda concerneva la presunta tratta e la morte di una giovane donna russa, che era stata reclutata per lavorare come

proibizione di schiavitù e lavoro forzato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, occorre che siano presenti tutti gli elementi costitutivi (*i.e.* condotta, mezzi, scopo) della definizione internazionale di tratta di esseri umani, dovendo, infatti, essere soddisfatti i criteri stabiliti per tale fenomeno dal diritto internazionale³²².

Dunque, attese le particolari caratteristiche della CEDU quale *human rights treaty* ed essendo quest'ultima un *living instrument*, la Corte EDU ha concluso sancendo che la tratta di esseri umani rientra nell'art. 4 CEDU³²³. Ha inoltre precisato che non è necessario (come invece richiesto dal Protocollo addizionale della Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale sulla prevenzione, soppressione e persecuzione del traffico di esseri umani, in particolar modo donne e bambini dell'ONU del 2000) che il fatto venga commesso a livello ultra-nazionale³²⁴ e nell'ambito del crimine organizzato (in questo senso riprendendo esplicitamente la Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani del CdE del 2005, che non prevede tali requisiti).

Per quanto si riferisce alle *positive obligations* scaturenti dalla proibizione di schiavitù e lavoro forzato (*sub specie* di tratta di persone), sempre riprendendo il precedente *Rantsev c. Cipro e Russia* (che a propria volta si è rifatto all'indirizzo consolidato afferente agli artt. 2 e 3 CEDU), i giudici di Strasburgo hanno chiarito che il diritto penale è solo uno degli strumenti la cui adozione è richiesta agli Stati Membri (specificamente, si fa riferimento alla

“artista di cabaret” a Cipro (pratica che diverse organizzazioni ritenevano una copertura per la prostituzione) e che poi era morta in circostanze sospette a seguito di un conflitto con l'uomo per il quale aveva lavorato. Nell'occasione, è stato stabilito quanto segue: «There can be no doubt that trafficking threatens the human dignity and fundamental freedoms of its victims and cannot be considered compatible with a democratic society and the values expounded in the Convention. In view of its obligation to interpret the Convention in light of present-day conditions, the Court considers it unnecessary to identify whether the treatment about which the applicant complains constitutes 'slavery', 'servitude' or 'forced [or] compulsory labour'. Instead, the Court concludes that trafficking itself, within the meaning of Article 3 (a) of the Palermo Protocol and Article 4 (a) of the Anti-Trafficking Convention, falls within the scope of Article 4 of the Convention» C.EDU, sez. I, sent. 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*, par. 282.

³²² «In this connection, it follows from *Rantsev* that impugned conduct may give rise to an issue of human trafficking under Article 4 of the Convention only if all the constituent elements (action, means, purpose) of the international definition of human trafficking are present (see paragraphs 113-14 and 155-56 above). In other words, in keeping with the principle of harmonious interpretation of the Convention and other instruments of international law (see *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, § 67, ECHR 2008), and in view of the fact that the Convention itself does not define the concept of human trafficking, it is not possible to characterise conduct or a situation as an issue of human trafficking unless it fulfils the criteria established for that phenomenon in international law» C.EDU, Grande Camera, sent. 25 giugno 2020, *S.M. c. Croazia*, par. 290.

³²³ «Having regard to these observations, the concept of human trafficking can properly be incorporated, in the Court's view, within the scope of Article 4. Indeed, given the Convention's special features as a human rights treaty and the fact that it is a living instrument which should be interpreted in the light of present-day conditions (see, inter alia, *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia* [GC], nos. 60367/08 and 961/11, § 73, 24 January 2017), there are good reasons to accept the assertion in *Rantsev* that the global phenomenon of trafficking in human beings runs counter to the spirit and purpose of Article 4 and thus falls within the scope of the guarantees offered by that provision» C.EDU, Grande Camera, sent. 25 giugno 2020, *S.M. c. Croazia*, par. 292.

³²⁴ Per una critica all'ammissibilità dello *human trafficking* anche all'interno dei confini nazionali v. V. STOYANOVA, *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, cit., p. 41.

regolamentazione delle imprese e alla disciplina dell'immigrazione³²⁵) e il criterio di accertamento della responsabilità statale è quello del "classico" *Osman test* (cfr. *supra*, cap. II, par. 1.1). Anche in riferimento all'art. 4 CEDU, i suddetti obblighi possono essere divisi nelle due categorie di sostanziali e procedurali. Tra i primi, si annoverano il dovere di porre in essere un quadro legislativo e amministrativo che proibisca e punisca la tratta di persone e, altresì, quello di adottare misure operative finalizzate alla protezione delle vittime, anche potenziali, di tale pratica. Tra i secondi, si ricomprende quello di condurre indagini sulle situazioni che possono rientrare nel *trafficking of human beings*³²⁶.

Alla luce dei principi di diritto stabiliti, la Corte EDU è infine giunta a condannare lo Stato croato per violazione degli obblighi positivi procedurali, in relazione alla conduzione delle indagini e agli esiti del processo nazionali.

La sentenza nel caso *S.M. c. Croazia* ricopre un ruolo primario specialmente in quanto, essendo stata resa a Grande Camera, cristallizza talune interpretazioni dell'art. 4 CEDU invero già anticipate nell'arresto *Rantsev c. Cipro e Russia*³²⁷. Ai presenti fini, deve essere sottolineato il rilievo dell'ingresso del fenomeno criminoso della tratta di persone, e in particolare di quella ai fini dello sfruttamento della prostituzione, nella proibizione della schiavitù e del lavoro forzato³²⁸.

Questa innovazione, in effetti, *rivitalizza* tale disposizione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale, altrimenti, rischiava l'oblio (come attestato dallo scarso numero di sentenze che la riguardavano), restituendole il rango primario che le spetta. Effettivamente, *mutatis mutandis*, circoscrivere la violazione dell'art. 4 CEDU alla sola schiavitù *strictu sensu* intesa avrebbe avuto lo stesso "sapore" di ravvisare la inosservanza

³²⁵ «[...] Accordingly, in addition to criminal-law measures to punish traffickers, Article 4 requires member States to put in place adequate measures regulating businesses often used as a cover for human trafficking. Furthermore, a State's immigration rules must address relevant concerns relating to encouragement, facilitation or tolerance of trafficking (see, *mutatis mutandis*, *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, §§ 58-60, Reports of Judgments and Decisions 1998-I; *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 29392/95, §§ 73-74, ECHR 2001-V; and *Nachova and Others*, cited above, §§ 96-97 and 99-102)» C.EDU, Grande Camera, sent. 25 giugno 2020, *S.M. c. Croazia*, par. 305.

³²⁶ «It follows from the above that the general framework of positive obligations under Article 4 includes: (i) the duty to put in place a legislative and administrative framework to prohibit and punish trafficking; (ii) the duty, in certain circumstances, to take operational measures to protect victims, or potential victims, of trafficking; and (iii) a procedural obligation to investigate situations of potential trafficking. In general, the first two aspects of the positive obligations can be denoted as substantive, whereas the third aspect designates the States' (positive) procedural obligation» C.EDU, Grande Camera, sent. 25 giugno 2020, *S.M. c. Croazia*, par. 292.

³²⁷ L'orientamento citato risulta comunque «integrato e arricchito» ad avviso di F. TAMMONE, *Tratta di esseri umani e sfruttamento della prostituzione quali forme contemporanee di schiavismo*, cit., p. 226.

³²⁸ Secondo Sara De Vido si sarebbe operata una «disarticolazione della nozione di sfruttamento sessuale a scopo di prostituzione da quella di tratta di esseri umani, per ricondurre entrambe nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 Cedu» S. DE VIDO, *Della tratta di donne e ragazze nel diritto internazionale ed europeo*, cit., p. 2.

dell'art. 3 CEDU unicamente al cospetto di pratiche di tortura quale pena oppure mezzo di ricerca della prova.

Piuttosto, un aspetto problematico deriva dalla peculiarità del caso concreto sottoposto all'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo, poiché in bilico tra i fenomeni connessi ma non equivalenti dello *human trafficking* e della *exploitation of prostitution*. Nel proprio pronunciamento, i giudici di Strasburgo compiono un significativo sforzo nel sistematizzare la propria giurisprudenza sul divieto di schiavitù e lavoro forzato a fronte degli aggiornamenti che hanno interessato detta proibizione. Nell'analizzare i fatti di causa, però, mancano di prendere posizione su quale sia esattamente la qualificazione da dare alle condotte riferibili al soggetto agente. In tal modo, il rischio è quello di generare *confusione* su quali siano i confini tra le nozioni di tratta di essere umani e di sfruttamento della prostituzione e di quali siano i rapporti intercorrenti tra le fattispecie criminose che li puniscono, e, quindi, sui relativi obblighi positivi che gravano sugli Stati Membri³²⁹.

Ulteriormente, non è ben chiaro quale sia il ruolo dello sfruttamento della prostituzione. È certamente significativo che la Corte EDU conferisca a tale pratica un'autonomia e la faccia rientrare di per suo (non cumulativamente) nell'art. 4 CEDU. I giudici di Strasburgo, però, non disegnano con mano ferma i contorni di tale fattispecie criminosa. Si direbbe che solo la *forced prostitution* possa determinare una violazione della CEDU. Comunque, nemmeno qui viene individuato uno dei lessemi, tra schiavitù, servitù e lavoro forzato od obbligatorio, nel quale la stessa possa essere sussunta. Ancora una volta, l'indeterminatezza del caso concreto, qui in punto di "forzatura" della volontà della vittima, lascia irrisolto il problema definitorio di tale requisito integrativo. Esso, quindi, si apre a diverse letture, provocando il rischio di un'instabilità esegetica.

Ciononostante, appare condivisibile il passaggio delle motivazioni della pronuncia ove la Corte EDU, ricalcando *Rantsev c. Cipro e Russia*, specifica che il diritto penale è solo una delle componenti delle *substantive positive obligations* che sono rivolte ai Paesi Parte. Un approccio *onnicomprensivo*, che prenda atto anche della limitatezza intrinseca della repressione attraverso la pena e, contestualmente, prenda in esame altre branche dell'ordinamento di uno Stato, è effettivamente un miglioramento rispetto alla sola domanda

³²⁹ Peraltro, così, si entra in contrasto con la logica di trasmettere un caso alla Grande Camera, come segnalato nell'opinione concorrente dei giudici O'Leary e Ravarani: «The purpose of bringing a case to the Grand Chamber is to bring clarity where it is lacking and to resolve jurisprudential conflict or contradiction. By allowing the scope of the applicant's case to be unnecessarily inflated and insisting on making this case about human trafficking the Grand Chamber has not brought clarity to its Article 4 case-law. The line between forced prostitution and human trafficking is blurred in and by this judgment. This is not helpful and was certainly not necessary, since the Court was only ever going to decide whether there had been a procedural as distinct from a substantive violation of Article 4 in the applicant's case» Opinione concorrente riunita dei giudici O'Leary e Ravarani (annessa a C.EDU, Grande Camera, sent. 25 giugno 2020, *S.M. c. Croazia*), par. 2.

di diritto penale. Nello specifico, guardare alle regole applicabili alla realtà aziendale (talvolta schermo dietro il quale si cela un business volto al traffico di esseri umani) e all'immigrazione (che possono incoraggiare, facilitare o tollerare tali attività criminose) può rappresentare l'occasione per permettere ai giudici di Strasburgo di meglio comprendere la *complessità* di tali questioni e di moderare (all'opposto di quanto solitamente lasciato intendere nelle loro pronunce) la *fiducia* riposta sull'uso dello *ius terribile*.

Oltre alla servitù domestica e alla tratta di persone, nel divieto ai sensi dell'art. 4 CEDU è incluso anche il c.d. caporalato. In questo senso, si può prendere in esame la sentenza resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in *Chowdury e altri c. Grecia*³³⁰.

Tale vertenza si riferiva a degli immigrati irregolari di origine bengalese che erano stati impiegati come lavoratori stagionali nella raccolta di fragole presso dei campi a Manolada (Grecia). Diversamente da quanto originariamente accordato, essi: non avevano ricevuto la paga, dovendo continuare a prestare le mansioni richieste per averla riconosciuta; avevano avuto turni di lavoro molto lunghi, senza vedersi accordati periodi di riposo; erano stati sottoposti alla sorveglianza da parte di guardiani armati; e avevano soggiornato in alloggi assegnatigli che si trovavano in pessime condizioni, privi di acqua e servizi. Nel 2013, avevano protestato e le guardie ivi presenti avevano aperto il fuoco, ferendone alcuni. I ricorrenti sostenevano dunque di essere stati vittime di tratta di esseri umani e che il loro impiego costituisse lavoro forzato, in violazione del relativo divieto previsto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

I giudici di Strasburgo hanno ricordato i principi di diritto già affermati in passato attraverso il richiamo alle sentenze in *Siliadin c. Francia* e *Rantsev c. Cipro e Russia*. Con particolare riguardo al lavoro forzato, hanno ribadito che deve trattarsi di un'attività che viene richiesta sotto la minaccia di una pena e svolta anche contro la volontà dell'interessato, cioè un impiego per il quale l'interessato non è si offerto volontariamente. È necessario prendere in considerazione, in particolare, la natura e il volume di quanto prestato, così distinguendolo dalla mera assistenza familiare o convivenza. Dunque, la Corte EDU ha statuito che, pur il precedente in *Rantsev c. Cipro e Russia* riguardando la prostituzione, lo sfruttamento

³³⁰ C.EDU, sez. I, sent. 30 marzo 2017, *Chowdury e altri c. Grecia*. Con note di I. BILOTTA, *Lavoro forzato e risarcimento del danno*, in *Riv. giur. lav.*, n. 1/2018, p. 4 e ss.; G. ASTA, *The "Chowdury" Case before the European Court of Human Rights: A Shy Landmark Judgment on Forced Labour and Human Trafficking*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1/2018, p. 195 e ss.; A. GALLUCCIO, *Tratta di persone e sfruttamento lavorativo: a Strasburgo si fa sul serio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2017, p. 1196 e ss.; C. DI TURI, *Ancora sul caso "Chowdury": quale tutela per i diritti dei lavoratori migranti irregolari vittime di sfruttamento? L'art. 4 Cedu e le forme contemporanee di schiavitù*, in *La Comunità Internazionale*, n. 4/2017, p. 565 e ss.; D. RUSSO, *Lo sfruttamento del lavoro negli Stati membri del Consiglio d'Europa: una riflessione a margine del caso "Chowdury"*, in *Riv. dir. int.*, n. 3/2017, p. 835 e ss.; ed E. CORCIONE, *Nuove forme di schiavitù al vaglio della Corte europea dei diritti umani: lo sfruttamento dei braccianti nel caso "Chowdury"*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 2/2017, p. 516 e ss.

attraverso il lavoro costituisce anch'esso un aspetto della tratta di esseri umani. In proposito, si è rifatta alla definizione dell'art. 4 (a) della Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani del CdE del 2005, secondo la quale «lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù o il prelievo di organi»³³¹.

I giudici di Strasburgo hanno concluso qualificando quanto patito dai ricorrenti tratta di persone e lavoro forzato (non servitù, essendo che si era in presenza di lavoratori stagionali e quindi non poteva dirsi che la loro situazione fosse permanente e neppure che fosse improbabile che la stessa cambiasse), dando risalto a più elementi di fatto³³².

Giungendo agli obblighi positivi procedurali, la Corte EDU ha stabilito che l'esesesi dell'art. 4 CEDU dev'essere svolta tenendo da conto sia la predetta Convenzione sia l'interpretazione che di quest'ultima offre il GRETA (*Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings*)³³³.

Pur riconoscendo che la legislazione della Grecia fosse adeguata³³⁴, i giudici di Strasburgo hanno optato per la violazione dell'art. 4 CEDU con riguardo alle *procedural positive obligations*, atteso il mancamento impedimento di quanto occorso e l'inefficacia delle indagini e dei processi penali. Rispetto a questi ultimi, hanno censurato la lettura data dalla corte nazionale della fattispecie di tratta di persone (con conseguente assoluzione degli imputati dall'accusa loro mossa), ad avviso della quale non era stata compromessa la libertà di movimento delle persone offese. Secondo la diversa lettura della Corte EDU, questo è un elemento costitutivo della servitù e non appunto della tratta.

³³¹ «[...] It refers to its relevant case-law in which it has already accepted that human trafficking falls within the scope of Article 4 of the Convention (see, in particular, Rantsev, cited above, §§ 272-82). Admittedly, the present case does not concern sexual exploitation as in the Rantsev case. However, exploitation through work also constitutes an aspect of human trafficking and the Greek courts examined the case from this perspective. This aspect can be clearly seen from Article 4 (a) of the Council of Europe's Anti-Trafficking Convention, which provides in particular that "[e]xploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs" (see paragraph 42 above). In other words, exploitation through work is one of the forms of exploitation covered by the definition of human trafficking, and this highlights the intrinsic relationship between forced or compulsory labour and human trafficking (see also paragraphs 85-86 and 89-90 of the Explanatory Report accompanying the Anti-Trafficking Convention, paragraph 43 above)» C.EDU, sez. I, sent. 30 marzo 2017, *Chowdury e altri c. Grecia*, par. 93.

³³² Tra i quali: i mancati pagamenti; le condizioni di vita e di lavoro; l'assenza di un permesso di soggiorno; e l'imposizione del datore di lavoro attraverso minacce e porto di armi.

³³³ «More specifically, the member States' positive obligations under Article 4 of the Convention must be construed in the light of the Council of Europe's Anti-Trafficking Convention and be seen as requiring, in addition to prevention, victim protection and investigation, together with the characterisation as a criminal offence and effective prosecution of any act aimed at maintaining a person in such a situation (see Siliadin, cited above, § 112). The Court is guided by that Convention and the manner in which it has been interpreted by GRETA» C.EDU, sez. I, sent. 30 marzo 2017, *Chowdury e altri c. Grecia*, par. 104.

³³⁴ *Contra v. E. CORCIONE, Nuove forme di schiavitù al vaglio della Corte europea dei diritti umani*, cit., p. 520, secondo la quale la legislazione del Paese puniva la tratta di esseri umani ma non il lavoro forzato.

L'importanza della decisione in *Chowdury e altri c. Grecia* risiede nell'inaugurazione del filone giurisprudenziale riguardante il c.d. caporalato, prima non ancora affrontato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (e, successivamente, confermato nella sua validità a Grande Camera in *S.M. c. Croazia*³³⁵, cfr. *supra*), pur con qualche incertezza definitoria³³⁶. Ciò potenzialmente si deve all'aver inserito la "variabile" della tratta di persone nella "equazione" dell'art. 4 CEDU senza aver prima ben isolato che si intenda con i termini elencati nella medesima disposizione nel contesto contemporaneo. Proprio partendo dal presupposto concettuale rappresentato dal precedente *Rantsev c. Cipro e Russia*, comunque, i giudici di Strasburgo hanno dedotto che lo *human trafficking* può assumere *più vesti*, ivi compresa (oltre a quella dello sfruttamento della prostituzione, oggetto della sentenza citata) quella dell'approfittamento per prestazioni lavorative³³⁷.

A questo si aggiunga che, in termini di criteri interpretativi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, viene praticato un *doppio rinvio*: alla Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani del CdE del 2005, che permette così un suo utilizzo in futuri pronunciamenti – e ciò si è puntualmente verificato, e con conseguenze di rilievo, in *S.M. c. Croazia* –; e al meccanismo di monitoraggio predisposto dalla Convenzione medesima all'art. 36: il GRETA, cosicché la giurisprudenza della Corte EDU può essere costantemente aggiornata al contributo degli esperti che ivi siedono.

Infine, la scelta dei giudici di Strasburgo di concentrare una parte dell'affermazione di condanna dello Stato greco sulla interpretazione della normativa di diritto penale rilevante da parte della corte nazionale rappresenta un dato da non trascurare. Infatti, conferma che le *positive obligations* hanno un *triplice bersaglio*: i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario. Anche i giudicanti, lo si ribadisce, sono vincolati a decidere *secondo CEDU*³³⁸.

6.1. Esiste un vuoto di tutela in Italia quanto al lavoro forzato?

³³⁵ Cfr. C.EDU, Grande Camera, sent. 25 giugno 2020, *S.M. c. Croazia*, par. 291.

³³⁶ Specie rispetto al contenuto del requisito della eccessività dell'onere imposto alla vittima. Cfr. E. CORCIONE, *Nuove forme di schiavitù al vaglio della Corte europea dei diritti umani*, cit., p. 518.

³³⁷ In proposito, si nota una certa sovrapposizione tra *human trafficking* e *forced labour*, che porta con sé il pericolo di non cogliere appieno la complessità della seconda delle due pratiche. Cfr. E. CORCIONE, *Nuove forme di schiavitù al vaglio della Corte europea dei diritti umani*, cit., pp. 520-521. V. anche D. RUSSO, *Lo sfruttamento del lavoro negli Stati membri del Consiglio d'Europa*, cit., p. 838.

³³⁸ A ben vedere, il problema esegetico potrebbe nascondere uno normativo, a esso logicamente e cronologicamente precedente. Cfr. G. ASTA, *The "Chowdury" Case before the European Court of Human Rights*, cit., p. 209.

Essendo stata scandagliata la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo specie riguardo le nuove forme di schiavitù e lavoro forzato, giova verificare se le fattispecie penali previste nell'ordinamento italiano, riconducibili al *genus* dell'art. 4 CEDU, siano rispondenti alle esigenze di tutela già descritte.

Le norme incriminatrici di maggiore spessore sono ricomprese nel Titolo XII "Dei delitti contro la persona", e, in particolare, nel Capo III "Dei delitti contro la libertà individuale" della Sezione I "Dei delitti contro la personalità individuale"³³⁹. Vi si annoverano in specie: quanto ai divieti di schiavitù o servitù e di tratta di persone, gli artt. 600 e 601 c.p.³⁴⁰; e, rispetto a quello di sfruttamento del lavoro, l'art. 603 *bis* c.p.³⁴¹. Si potrebbero comunque astrattamente aggiungere a questo insieme anche talune disposizioni di legislazione speciale³⁴².

Dall'analisi della dottrina che si è interrogata in proposito pare registrarsi una diversità di vedute sulla compatibilità di tale plesso normativo con la proibizione imposta nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁴³.

L'interrogativo attiene in specie alla riconducibilità del lavoro forzato a una delle fattispecie penali interne rilevanti, quelle, rispettivamente, di «intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro» e di «riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù»³⁴⁴.

³³⁹ Per una trattazione dedicata v. A. VALSECCHI, *L'incriminazione delle moderne forme di schiavitù*, in F. VIGANÒ (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2022, p. 313 e ss.

³⁴⁰ Cfr. K. SUMMERER, *I delitti di schiavitù e tratta di persone (artt. 600 e 601-602)*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Torino, 2010, p. 213 e ss. Per una monografia v. G. CIAMPA, *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, Napoli, 2008.

³⁴¹ Cfr. L. BIN, *Problemi "interni" e problemi "esterni" del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (art. 603-bis Cp)*, in *Leg. pen.*, 10.03.2020, p. 1 e ss. Tra i lavori monografici, v. A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2019.

³⁴² Ad esempio, in tale complessa sistematizzazione, sarebbe possibile ricomprendere lo *smuggling of migrants* di cui all'art. 12 d.lgs. n. 286 del 1998. Cfr. M. MONTANARI, *Art. 4 – Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato*, cit., p. 134.

³⁴³ Per l'esistenza di un vuoto di tutela v. S. SEMINARA, *L'incriminazione che non c'è: il lavoro forzato*, in *Sist. pen.*, 12.12.2023, p. 1 e ss. Per l'assenza di un contrasto tra disciplina nazionale e sovranazionale v. M. MONTANARI, *Art. 4 – Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato*, cit., p. 134; F. VITARELLI, *La Grande Camera estende l'ambito di operatività dell'art. 4 Cedu*, cit., p. 2120; e A. DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. pen.*, n. 1/2019, p. 4 e ss. Sulla spinosità di tale controllo di compatibilità in ragione anche della fisiologica complicatezza insita nella trasposizione nel diritto penale nazionale di concetti di *human rights law* sovranazionale v. *funditus* V. STOYANOVA, *Article 4 of the ECHR and the obligation of criminalising slavery, servitude, forced labour and human trafficking*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, n. 2/2014, p. 407 e ss.

³⁴⁴ Non è invero facile tracciare la linea di demarcazione tra i due reati. Cfr. S. SEMINARA, *Sui confini tra i delitti di schiavitù, servitù e sfruttamento del lavoro*, in M. FERRARESI – S. SEMINARA (a cura di), *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, Modena, 2022, p. 3 e ss. e F. GIUNTA, *Il confine incerto. A proposito di "caporalato" e lavoro servile*, in *disCrimen*, 17.02.2020, p. 1 e ss.

Iniziando dall'art. 603 *bis* c.p.³⁴⁵, tale disposizione non sembra essere dedicata al contrasto alla schiavitù o al lavoro forzato, quanto piuttosto alla regolamentazione del *job market*³⁴⁶. Inoltre, essa sanziona penalmente lo sfruttamento del lavoro *volontariamente* prestato dalla persona offesa, per quanto versi in uno stato di bisogno. La coazione infatti non è un requisito integrativo in quanto violenza e minaccia rilevano come aggravanti (al relativo comma 2). Lo sguardo del legislatore e la condotta punibile si riferiscono entrambi alle condizioni di iniquità materiale del lavoro più che alla disponibilità o meno del prestatore ad accettare le stesse, che, al più, assumono importanza come dati probatori per i giudici di Strasburgo. Di tutta evidenza, dunque, esiste un iato rispetto al dettato della CEDU, ove invece la costrizione o comunque l'assenza di volontà viene elevata a componente necessaria e sufficiente per ravvisare una situazione di lavoro forzato. Insomma, quello che a livello nazionale è una mera forma di manifestazione del reato, in quello sovranazionale è l'elemento costitutivo di spicco del fatto tipico.

Proseguendo con l'art. 600 c.p.³⁴⁷, esso disciplina la riduzione o il mantenimento di una persona in uno stato di soggezione continuativa, con la costrizione, tra le altre ipotesi, a svolgere prestazioni lavorative. In questa disposizione, il consenso viene pretermesso e,

³⁴⁵ «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, chiunque:

1) recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori;

2) utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione di cui al numero 1), sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno.

Se i fatti sono commessi mediante violenza o minaccia, si applica la pena della reclusione da cinque a otto anni e la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato.

Ai fini del presente articolo, costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti condizioni:

1) la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato;

2) la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie;

3) la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro;

4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti.

Costituiscono aggravante specifica e comportano l'aumento della pena da un terzo alla metà:

1) il fatto che il numero di lavoratori reclutati sia superiore a tre;

2) il fatto che uno o più dei soggetti reclutati siano minori in età non lavorativa;

3) l'aver commesso il fatto esponendo i lavoratori sfruttati a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro».

³⁴⁶ Cfr. S. SEMINARA, *L'incriminazione che non c'è*, cit., p 16 e ss. L'Autore richiama in questa prospettiva sia il d.l. n. 138 del 2011 sia il d.d.l. n. 2217 del 2016.

³⁴⁷ «Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi, è punito con la reclusione da otto a venti anni.

La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona».

quindi, situazioni quali quelle di lavoro forzato potrebbero esservi sussunte. Esiste anche qui, nondimeno, una criticità: l'aspetto temporale. Come visto, la Corte EDU afferma che i fattori della "permanenza" e della "difficile superabilità" sono propri della servitù, in linea, peraltro, con il *nomen iuris*. Oltre alla impropria riconduzione di una pratica a un'altra (cioè, del lavoro forzato alla «Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù»), la norma incriminatrice presenta pertanto il problema di aggiunge un requisito *ulteriore e ultroneo* al *forced labour*.

Effettivamente, prendendo in esame il caso *Chowdury e altri c. Grecia* trattato (v. *supra*, cap. II, par. 6) viene da chiedersi se le condotte ivi descritte avrebbero trovato la medesima definizione in Italia. Ripensando ai fatti di causa, rispetto all'art. 603 *bis* c.p., il consenso inizialmente prestato dai lavoratori era poi venuto meno e, riguardo all'art. 600 c.p., trattandosi di un impiego di tipo stagionale i prestatori di lavoro avrebbero certamente visto terminato il periodo di lavoro in tempi piuttosto contenuti³⁴⁸.

Conclusivamente, si ritiene che il lavoro forzato per come inteso dalla CEDU potrebbe ipoteticamente trovare spazio in fattispecie penali, oltre allo sfruttamento del lavoro, collocate altrove nel codice penale, quali delitti contro: l'assistenza familiare (maltrattamenti in famiglia); la libertà personale (sequestro); e il patrimonio (estorsione)³⁴⁹.

Nonostante tale infelice implementazione degli obblighi di protezione domandati dai giudici di Strasburgo agli Stati Membri nel contesto nazionale, non pare che le fattispecie penali appena richiamate pregiudichino la possibilità di svolgere indagini, celebrare un processo e imporre sanzioni di natura penale. Facendo affidamento sull'approccio tipico della Corte EDU incentrato sulla *effettività* della tutela, secondo il quale non occorre che venga prevista una sanzione penale dedicata – come, tra l'altro, verificato per ciò che concerne il divieto di tortura e l'art. 3 CEDU (cfr. *supra*, cap. II, par. 4.1) –, si potrebbe quindi sostenere che, apparentemente, non vi sia il rischio di una declaratoria di violazione dell'art. 4 CEDU nei confronti dell'Italia in relazione all'adeguatezza del quadro normativo di diritto penale attualmente vigente in materia; questo fintantoché – si intende – vengano accertati i fatti e

³⁴⁸ Secondo Alessandra Galluccio l'opzione della Corte di Cassazione favorevole a ritenere integrata la fattispecie di reato della schiavitù anche in una situazione di sfruttamento lavorativo, qualora si ravvisi la irreversibilità della condizione nella quale versa la persona offesa, si pone in armonia con la Convenzione EDU e proprio con l'insegnamento in *Chowdury e altri c. Grecia*. Cfr. A. GALLUCCIO, *Tratta di persone e sfruttamento lavorativo*, cit., p. 1199.

³⁴⁹ Questa è la tesi di S. SEMINARA, *L'incriminazione che non c'è*, cit., pp. 17-18 e p. 22 e ss. L'Autore individua tre piani sui quali agisce la mancanza di incriminazione espressa del *forced labour* nel nostro sistema penale: l'assenza di un reato *ad hoc*; la scorretta percezione della riprovevolezza di tali fenomeni nelle autorità inquirenti e giudicanti; l'indisponibilità dei fondi destinati dagli artt. 12 e 13 della l. n. 228 del 2003 alle vittime di schiavitù, servitù e tratta.

le responsabilità e le condotte in questione vengano adeguatamente sanzionate, con una pena scontata “in concreto”³⁵⁰.

Si ritiene sia da evitare, piuttosto, un’interpretazione eccessivamente ampia delle fattispecie penali esistenti allo scopo di utilizzare una terminologia più incisiva e, soprattutto, assicurare una pena più severa, sospinte da un rimando all’art. 4 CEDU³⁵¹. Bisogna infatti guardarsi da una (apparentemente) ortodossa osservanza della CEDU al prezzo di una pesante compressione di garanzie costituzionali quali il principio di legalità e il suo corollario di tassatività della norma incriminatrice.

Dunque, il filone giurisprudenziale dei giudici di legittimità che, allargando oltremisura lo “stato di soggezione continuativa”, fa rientrare il *forced labour* nella servitù ex art. 600 c.p. dovrebbe essere abbandonato³⁵², anche perché crea quella *precarietà* che gli stessi giudici di Strasburgo deprecano³⁵³.

Ad ogni modo, rimane auspicabile l’introduzione di una disposizione che sia espressamente dedicata al lavoro forzato, e, di conseguenza, sia pienamente rispettosa del principio di rango costituzionale della determinatezza.

Segnatamente, dovrebbe trattarsi di una fattispecie autonoma di reato, che potrebbe comunque essere collocata all’interno di un comma dell’art. 600 c.p.; articolo, questo, che verrebbe a rappresentare la traduzione in Italia dell’art. 4 CEDU, racchiudendo in sé il lavoro forzato e distinguendosi dalla schiavitù e dalla servitù nonché dallo sfruttamento del lavoro. Oltre a offrire una collocazione confacente a tale pratica (che pur sempre identifica uno dei *fundamental values of democratic societies*), si potrebbe così raggiungere l’obiettivo di garantire una maggiore prevedibilità della norma penale, anche in considerazione della diversità negli esiti punitivi che si potrebbe determinare in ragione della difformità delle cornici edittali degli artt. 603 *bis* e 600 c.p.³⁵⁴.

³⁵⁰ Del resto non si rinvergono sentenze di condanna nei confronti del Paese per la proibizione di schiavitù e lavoro forzato. In C.EDU, sez. II, sent. 31 luglio 2012, *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, par. 146 e ss. il ricorso è stato dichiarato irricevibile perché *manifestly unfounded*. Cfr. M. MONTANARI, *Art. 4 – Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato*, cit., p. 134. In senso contrario, v. S. SEMINARA, *L’incriminazione che non c’è*, cit., pp. 17-18 e p. 22 e ss., il quale, richiamando C.EDU, sez. II, sent. 31 luglio 2012, *C.N. c. Regno Unito*, par. 76-77, opina che l’assenza di una «specifica incriminazione» possa portare a una inosservanza della Convenzione EDU. V. anche V. STOYANOVA, *Article 4 of the ECHR and the obligation of criminalising slavery, servitude, forced labour and human trafficking*, cit., p. 425 e ss.

³⁵¹ Mattia Pinto parla del pericolo che «domestic authorities interpret the decisions of the Court as enabling them to increase the level of punitiveness» M. PINTO, *Sowing a ‘Culture of Conviction’*, cit., p. 171.

³⁵² Cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. n. 45615 del 11 novembre 2021 (dep. 13 dicembre 2021), par. 3. Con nota di S. BATTISTELLI, *Lo sfruttamento del lavoro oltre gli indici di cui all’art. 603-bis c.p.: il caso del “part-time” fittizio*, in *Riv. giur. lav.*, n. 4/2022, p. 396 e ss.

³⁵³ Cfr. V. STOYANOVA, *Article 4 of the ECHR and the obligation of criminalising slavery, servitude, forced labour and human trafficking*, cit., p. 432 e ss.

³⁵⁴ Per un prototipo di nuova norma incriminatrice v. S. SEMINARA, *L’incriminazione che non c’è*, cit., p. 28 e ss.

7. Gli obblighi di incriminazione delle violazioni della vita privata. I reati a sfondo sessuale

Il diritto al rispetto della vita privata e familiare, oltre che del domicilio e della corrispondenza, è sancito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo all'art. 8 CEDU³⁵⁵. Questa disposizione ricomprende, come è immediatamente evidente, una molteplicità di garanzie. Nella nostra Costituzione gli articoli corrispondenti sono del resto tre: artt. 2, 14 e 15 Cost.

Inoltre, proprio per la sua formulazione ampia e aperta tale norma è stata quella che ha conosciuto la interpretazione evolutiva maggiormente incisiva, inevitabilmente invadendo il campo di altre previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁵⁶. In effetti, il progressivo cambiamento e arricchimento avvenuto nella società delle nozioni di *private and family life* (e delle esigenze a esse riconducibili) ha permesso alla Corte europea dei diritti dell'uomo di utilizzare l'art. 8 CEDU per allargare l'ambito di tutela offerto dalla CEDU, adattando quest'ultima ai tempi correnti³⁵⁷. Si pensi al *right to environment*³⁵⁸, che non era certamente immaginato dai redattori della Convenzione EDU nel 1950 e, inoltre, si trova spesso in sovrapposizione con l'art. 2 CEDU.

Parallelamente, il diritto alla vita privata ha svolto la funzione di “collettore” di quelle violazioni che non assurgevano a una gravità tale da rientrare nei *core rights*. Esempiare, sotto questo profilo, il rapporto con l'art. 3 CEDU rispetto a reati contro l'integrità fisica e psichica come i maltrattamenti in famiglia³⁵⁹.

³⁵⁵ Cfr. M. BONETTI – A. GALLUCCIO, *Profili specifici sull'art. 8*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p. 327 e ss.; V. ZAGREBELSKY, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza. Diritto al matrimonio e uguaglianza di coniugi*, in V. ZAGREBELSKY – R. CHENAL – L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, p. 275 e ss.; D.J. HARRIS – M. O'BOYLE – E.P. BATES – C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 501 e ss.; e C. PITEA, *sub art. 8 Cedu*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 303 e ss.

³⁵⁶ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza*, cit., p. 276.

³⁵⁷ Esemplicativamente, nella vita privata si ritrovano i beni giuridici sia dell'onore sia della incolumità personale. Cfr. M. BONETTI – A. GALLUCCIO, *Profili specifici sull'art. 8*, cit., p. 328 e ss. e 344 e ss.

³⁵⁸ Cfr. *infra*, cap. III, par. 2.

³⁵⁹ Cfr. *supra*, cap. II, par. 1.1.

L'art. 8 CEDU conosce delle eccezioni alla protezione del complesso di diritti ivi sanciti³⁶⁰, laddove l'ingerenza pubblica³⁶¹ nel loro godimento sia:

- a) prevista dalla legge;
- b) perseguente uno scopo legittimo;
- c) necessaria in una società democratica (per la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, la protezione dei diritti e delle libertà altrui).

Dal punto di vista degli obblighi positivi, il diritto alla vita privata, proprio in quanto ha un rango subalterno rispetto al diritto alla vita e alla proibizione della tortura, non richiede sempre l'adozione di misure di natura penale sostanziale o processuale. Esse vengono tendenzialmente imposte in presenza di violente interferenze nel suo godimento costituite dalle aggressioni fisiche. Invece, per quelle meno gravi, solo psicologiche, solitamente non si configura tale pretesa, essendo sufficiente un presidio di diritto civile che garantisca una protezione idonea.

Nell'insieme delle condotte lesive del diritto alla vita privata che determinano l'insorgenza degli obblighi positivi, uno dei settori specifici ove si esprime con più incisività il dovere di punire di provenienza della Corte europea dei diritti dell'uomo per condotte dolose è quello della violenza sessuale³⁶². Infatti, la relativa giurisprudenza, in tempi passati e presenti, ha scandito le tappe della evoluzione degli obblighi positivi di tutela penale. Il primo caso in tema per importanza (oltre che cronologicamente) è di certo *X e Y c. Paesi Bassi*³⁶³.

La vicenda concerneva una ragazza disabile mentale nata nel 1961 che era vissuta dal 1970 in una struttura gestita da privati per bambini portatori di handicap. Il giorno dopo il suo compleanno del 1977, il genero della direttrice dell'istituto l'aveva obbligata a seguirlo nella sua stanza, spogliarsi e avere un rapporto sessuale con lui. Ciò aveva comportato sofferenze traumatiche nella vittima, causandole gravi disturbi psichici. Il padre della ragazza aveva quindi sporto querela presso la polizia. Successivamente, il pubblico ministero aveva deciso di non procedere nei confronti dell'accusato. Il querelante aveva impugnato la decisione, ma la Corte d'Appello aveva statuito che nell'ordinamento penale olandese una persona ultra-

³⁶⁰ Per un inquadramento assieme agli artt. 9, 10 e 11 CEDU v. A. GALLUCCIO, *Profili generali sugli artt. 8-11*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p. 322 e ss. V. anche M. BONETTI – A. GALLUCCIO, *Profili specifici sull'art. 8*, cit., pp. 330-332.

³⁶¹ Trattasi infatti di obblighi negativi, di doveri di astensione ricadenti sullo Stato Membro.

³⁶² In tema v. I. RADACIC, *Rape cases in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: defining rape and determining the scope of the state's obligations*, in *European Human Rights Law Review*, n. 3/2008, p. 357 e ss. e P. LONDONO, *Positive obligations, criminal procedure and rape cases*, in *European Human Rights Law Review*, n. 2/2007, p. 158 ss.

³⁶³ C.EDU, sent. 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*.

sedicenne che ritenesse di essere stata vittima di un reato dovesse essere lei stessa a querelare. Ne era così derivata una declaratoria di improcedibilità poiché la vittima non aveva potuto provvedere per come previsto dalla legge a causa della sua condizione di disabilità. I giudici di secondo grado avevano ammesso che vi fosse un vuoto legislativo, ma che non potessero colmarlo per via interpretativa con effetti *in malam partem* per l'indagato. Pertanto, il padre della ragazza sosteneva che i Paesi Bassi avessero agito in violazione dell'art. 8 CEDU.

Tratteggiato quanto svoltosi e la normativa dello Stato Membro, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che, atteso che nel concetto di vita privata sono inclusi anche la integrità fisica e morale della persona (ivi compresa la sua vita sessuale), sebbene l'art. 8 CEDU abbia lo scopo di proteggere l'individuo da interferenze arbitrarie da parte dei poteri pubblici esso non si limita a imporre ai Paesi Parte un dovere di astensione ma anche degli obblighi positivi inerenti a un effettivo rispetto della vita privata o familiare, che possono anche estendersi ai rapporti intercorrenti tra consociati³⁶⁴.

Per ciò che concerne in specie le *positive obligations*, i giudici di Strasburgo hanno chiarito che, in termini generali, agli Stati Membri è lasciato un margine di apprezzamento nella scelta delle misure da adottare e il diritto alla vita privata non deve necessariamente essere tutelato attraverso l'uso del diritto penale, dipendendo, questo, da quale profilo della stessa viene in evidenza³⁶⁵. Ciononostante, riguardo quanto sottoposto al loro vaglio, essendo in gioco valori fondamentali e aspetti essenziali della vita privata hanno statuito che una deterrenza efficace può essere ottenuta solo attraverso norme penali; le quali, peraltro, sono normalmente adoperate per regolare tale materia³⁶⁶.

Alla luce di ciò, e visto il tipo di illecito penale perpetrato, la Corte EDU ha ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU da parte dei Paesi Bassi.

³⁶⁴ «The Court recalls that although the object of Article 8 (art. 8) is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life (see the Airey judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, p. 17, para. 32). These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves» C.EDU, sent. 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, par. 23.

³⁶⁵ «The Court, which on this point agrees in substance with the opinion of the Commission, observes that the choice of the means calculated to secure compliance with Article 8 (art. 8) in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the Contracting States' margin of appreciation. In this connection, there are different ways of ensuring "respect for private life", and the nature of the State's obligation will depend on the particular aspect of private life that is at issue. Recourse to the criminal law is not necessarily the only answer» C.EDU, sent. 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, par. 24.

³⁶⁶ «The Court finds that the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. This is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake. Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated» C.EDU, sent. 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, par. 27.

L'arresto appena esaminato è tra i più importanti pronunciamenti riguardanti gli obblighi positivi in generale e quelli di tutela penale in particolare scaturenti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁶⁷. Per la prima volta, attraverso di esso, le *positive obligations* vengono estese anche al diritto penale, abbracciando i rapporti intercorrenti tra privati (in aderenza alla teoria della c.d. *Drittwirkung*). All'indomani di questa sentenza, come è stato sostenuto, il dado era ormai tratto³⁶⁸.

In tale decisione si colgono, a ben vedere, molti dei temi che troveranno poi sviluppo specialmente riguardo agli artt. 2 e 3 CEDU.

Innanzitutto, si scorge un certo *self restraint* (perlomeno iniziale) della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'imporre un dovere di punire a uno Stato Membro, a partire dal "preambolo" sul *margin of appreciation* lasciato ai Paesi Parte nella scelta delle modalità per attuare gli obblighi positivi, e, quindi, nella selezione delle tipologie di normativa (civile, penale e amministrativa) da adottare.

Inoltre, la *obligation to criminalise* si pone in una dimensione scalare, di sussidiarietà. Si chiede, cioè, di scegliere la branca del diritto necessaria per dare una protezione efficace e proporzionata all'entità della violazione verificatasi.

Ancora, in presenza delle inosservanze della Convenzione EDU valutate come più gravi, l'imposizione si concentra sulla *sola* opzione penalistica, giustificata in specie dalla sua *efficacia deterrente*³⁶⁹. Questo accade soprattutto nella evenienza in cui bersaglio della condotta siano persone offese minori e o con disabilità.

Già sin da questa prima manifestazione, si possono ricavare alcune criticità di tale *modus operandi* in considerazione delle conseguenze che esso può avere nell'ambito nazionale.

In primis, il *fideismo* che connota l'approccio dei giudici di Strasburgo allo strumento dello *ius terribile*, pur a fronte delle note problematicità che vi si accompagnano specie per l'individuo e le sue garanzie. Per giunta, queste ultime sono apparentemente prioritarie nel testo della CEDU.

In secundis, la *stringatezza* dell'argomentazione *pro* diritto penale, così tacendone addirittura i notori limiti riguardanti l'oggetto della domanda rivolta allo Stato Membro: *i.e.* la concreta capacità dissuasiva, generale e speciale, positiva e negativa, della pena.

³⁶⁷ Cfr. V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 30 e ss.; F. TULKENS, *The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights*, cit., p. 584; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2664 e ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 181 e ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 281 e ss.; e F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità*, cit., p. 35 e ss.

³⁶⁸ Così A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, cit., p. 199.

³⁶⁹ Cfr. P. LEMMENS – M. COURTOY, *Positive Obligations and Coercion*, cit., pp. 59-60.

In tertiis, la *onnicomprendività* dell'aspettativa di punizione, che ingloba tutta la fenomenologia dell'intervento penale e, quindi, vi annovera pure il regime di procedibilità del singolo reato che viene posto in evidenza (a prescindere che esso sia presidiato a livello di diritto penale sostanziale o processuale nel Paese Parte).

Gli obblighi positivi di tutela penale, nel tempo, sono giunti a includere direttamente la pretesa che la fattispecie penale preveda determinati requisiti integrativi del reato per la violenza sessuale. Una sentenza significativa in questo senso è *M.C. c. Bulgaria*³⁷⁰.

I fatti si riferivano a quanto accaduto a una donna bulgara, la quale, all'età di 14 anni, era stata vittima di violenza sessuale in due occasioni e per mano di due uomini diversi. Nel procedimento penale che ne era derivato, il pubblico ministero incaricato aveva chiesto e ottenuto l'archiviazione per gli indagati in quanto, tra l'altro, non si era raggiunta la prova circa la resistenza opposta dalla donna alla violenza subita. Pertanto, ella lamentava l'avvenuta violazione del suo diritto alla libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale ai sensi degli artt. 3 e 8 CEDU.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è concentrata sugli obblighi positivi sostanziali e procedurali concernenti lo stupro. Menzionando i casi relativi all'applicazione in senso orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i principi di diritto ivi affermati in proposito³⁷¹, i giudici di Strasburgo hanno statuito che dagli artt. 3 e 8 CEDU deriva per i Paesi Parte una *positive obligation* di adottare fattispecie penali che puniscano in maniera efficace la violenza sessuale (precisamente, *rape* nel testo inglese) e renderle effettive nella pratica attraverso l'apertura di indagini e la celebrazione di processi penali³⁷². La Corte EDU si è poi impegnata in un'analisi storico-comparatistico-internazionalistica del reato di violenza sessuale. Segnatamente, ha constatato che mentre in passato la prova dell'uso della forza del soggetto agente e della resistenza da parte della persona offesa era richiesta dalla legge e dalla prassi nazionale in diversi Stati, negli ultimi decenni si è assistito a una chiara e costante tendenza volta ad abbandonare tanto definizioni formalistiche quanto letture stringenti delle relative norme, in Europa e in alcune altre parti del Mondo³⁷³. Sicché,

³⁷⁰ C.EDU, sez. I, sent. 2 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria*. Con note di C. PITEA, *Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence: the European Court's Judgment in M.C. v. Bulgaria*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 2/2005, p. 447 e ss. e J. CONAGHAN, *Extending the Reach of Human Rights to Encompass Victims of Rape: M.C. v. Bulgaria*, in *Feminist Legal Studies*, n. 1/2005, p. 145 e ss.

³⁷¹ Rispettivamente, per l'art. 3 CEDU, *Z e altri c. Regno Unito* (cfr. *supra*, cap. II, par. 3) e, per l'art. 8 CEDU, *X e Y c. Paesi Bassi* (visto poc'anzi).

³⁷² «On that basis, the Court considers that States have a positive obligation inherent in Articles 3 and 8 of the Convention to enact criminal-law provisions effectively punishing rape and to apply them in practice through effective investigation and prosecution» C.EDU, sez. I, sent. 2 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria*, par. 153.

³⁷³ «The Court observes that, historically, proof of physical force and physical resistance was required under domestic law and practice in rape cases in a number of countries. The last decades, however, have seen a clear and steady trend in Europe and some other parts of the world towards abandoning formalistic definitions and narrow interpretations of the law in this area (see paragraphs 88-108 and 126-47 above)» C.EDU, sez. I, sent.

sia i sistemi di *common law* sia quelli di *civil law* europei non prevedevano l'elemento costitutivo della resistenza della vittima. A prescindere dalla scelta terminologica nelle disposizioni nazionali, i giudici di Strasburgo hanno inoltre evidenziato che in svariati Paesi gli atti sessuali non consensuali, nella pratica, erano puniti attraverso l'interpretazione di nozioni quali, ad esempio, "coercizione", "violenza", "costrizione", "minaccia", "inganno", "sorpresa", ecc. e, altresì, mediante un'attenta valutazione del compendio probatorio³⁷⁴. Rispetto al diritto internazionale, ancora, essi hanno appuntato che il Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia aveva stabilito che, nel diritto penale internazionale, qualsiasi penetrazione senza il consenso della vittima costituisce stupro, dovendo il consenso essere dato volontariamente ed essere frutto della libera determinazione della persona, fondata su una valutazione delle circostanze del caso³⁷⁵. Dunque, la Corte EDU ha concluso per l'esistenza di un dovere di criminalizzare e punizione degli atti sessuali non consensuali anche senza resistenza fisica da parte della persona offesa³⁷⁶.

Avendo le autorità inquirenti bulgare "*de facto*" attribuito il rango di requisito integrativo alla resistenza da parte della vittima, i giudici di Strasburgo hanno dichiarato una violazione degli obblighi positivi di tutela penale ricavabili dagli artt. 3 e 8 CEDU.

La decisione appena analizzata rappresenta una innovazione soprattutto in due campi: l'uno, riferibile alla *esegesi* del testo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, l'altro, concernente la *costruzione* delle fattispecie penali degli Stati Membri che puniscono la violenza sessuale.

Quanto al primo, essa vara un nuovo indirizzo giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo il quale la violenza sessuale (e specialmente lo stupro) rientrano sia nell'art. 8 CEDU sia nell'art. 3 CEDU³⁷⁷. In tal modo, viene nettamente *superato* il

2 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria*, par. 156. Su questa evoluzione v. G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., spec. p. 229 e ss. e P. LONDONO, *Defining rape under the European Convention on Human Rights: torture, consent and equality*, in C. MCGLYNN – V.E. MUNRO (a cura di), *Rethinking rape law*, Londra, 2010, p. 109 ss.

³⁷⁴ «The Court observes that, historically, proof of physical force and physical resistance was required under domestic law and practice in rape cases in a number of countries. The last decades, however, have seen a clear and steady trend in Europe and some other parts of the world towards abandoning formalistic definitions and narrow interpretations of the law in this area (see paragraphs 88-108 and 126-47 above)» C.EDU, sez. I, sent. 2 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria*, par. 161.

³⁷⁵ «[...] The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia has found that, in international criminal law, any sexual penetration without the victim's consent constitutes rape and that consent must be given voluntarily, as a result of the person's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances (see paragraphs 102-07 above)» C.EDU, sez. I, sent. 2 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria*, par. 163.

³⁷⁶ «[...] In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim» C.EDU, sez. I, sent. 2 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria*, par. 166.

³⁷⁷ Cfr. M. BOTTO, *Rape as torture*, cit., p. 27 e ss. Vi è chi sostiene che, all'indomani della entrata in vigore della Convenzione di Istanbul, si sia preferito l'art. 3 CEDU in luogo dell'art. 8 CEDU. Cfr. C. NARDOCCI, *Gender-based violence between the European convention on human rights and the Istanbul Convention*, in M.

precedente *X e Y c. Paesi Bassi*, e, con esso, l'allora univoco riferimento nella giurisprudenza al diritto alla vita privata in luogo di quello alla proibizione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti per i fatti verificatisi nel contesto di rapporti tra privati³⁷⁸.

Riguardo al secondo, essa interviene in maniera ficcante su un aspetto determinante per la integrazione dell'elemento oggettivo del reato, punito in Italia all'art. 609 *bis* c.p.³⁷⁹. Effettivamente, con il pronunciamento esaminato l'obbligo di incriminazione viene sospinto oltre la sola generica imposizione di punire tali condotte (accompagnato da un margine di apprezzamento lasciato ai Paesi Parte), arrivando al punto di *plasmare* il requisito integrativo cardine della intera fattispecie penale³⁸⁰.

In questo senso, pare utile concentrarsi sul meccanismo interpretativo fatto proprio dai giudici di Strasburgo. Essi infatti compiono uno studio di diritto comparato, di *civil law* come di *common law*, degli Stati Membri e di diritto internazionale, per ciò che concerne sia le fonti del Consiglio d'Europa sia quelle del Tribunale per l'ex-Jugoslavia. Questo approccio sistematizzante suggerisce la presenza di una *tensione* volta a trovare dei requisiti integrativi del reato *moderni e attuali, comuni e condivisi*. In particolare, si cerca di raggiungere quello che è stato definito un «consenso generalizzato»³⁸¹.

Da ultimo, pur nella intrinseca delicatezza della materia trattata, non si può che condividere – come già dalla stessa esplicitato in altro campo, peraltro anch'esso inerente a un tema estremamente complicato (*Gäfgen c. Germania*, cfr. *supra*, cap. II, par. 4), – l'auspicio formulato dalla giudice Tulkens di manipolare il diritto penale con opportuna cautela³⁸².

D'AMICO – C. NARDOCCI (a cura di), *Gender-based violence between national and supranational responses: the way forward*, Napoli, 2021, p. 153. V. anche C. MCGLYNN, *Rape as "torture"? Catharine MacKinnon and questions of feminist strategy*, in *Feminist Legal Studies*, 22.01.2008, p. 71 e ss. ed E. MACKINNON, *On torture*, in ID., *Are women human? And other international dialogues*, Cambridge, 2006, p. 17 e ss.

³⁷⁸ Cfr. M. BOTTO, *Rape as torture*, cit., pp. 26-27.

³⁷⁹ L'impatto sulla disciplina di settore italiana è nondimeno limitato considerato che la giurisprudenza della Corte di Cassazione era già da tempo in linea con tale lettura. Cfr. G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 235 e ss. ed E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 283, spec. nt. n. 77. Come visto in questa come in altre occasioni (si pensi all'art. 53 c.p., cfr. *supra*, cap. II, par. 2.1), ciò che rileva ai fini della compatibilità con le *positive obligations* non è tanto il testo dell'articolo nel codice penale o nelle leggi speciali quanto l'interpretazione datane dalle corti nazionali. In questo frangente, benché l'art. 609 *bis* c.p. sia caratterizzato da "violenza", "minaccia" e "abuso di autorità", i giudici di legittimità riconducono tali concetti pur sempre alla mancanza di consenso, così rendendo rispondente alla CEDU la normativa interna.

³⁸⁰ Come affermato da Cesare Pitea: «In other words, the Court has found that the Convention may be interpreted as requiring how domestic criminal law must be drafted, interpreted and applied, with a view to expanding the scope of substantive criminal law» C. PITEA, *Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence*, cit., p. 454. Rispetto alla esigenza che la protezione a mezzo del diritto penale sia ritagliata sulla *human rights offence* v. L. LAVRYSEN, *Positive Obligations and the Criminal Law*, cit., p. 41.

³⁸¹ Così V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 35-36. L'Autrice constata che, per quanto riguarda invece i temi eticamente sensibili, esso non venga solitamente ravvisato.

³⁸² «Admittedly, recourse to the criminal law may be understandable where offences of this kind are concerned. However, it is also important to emphasise on a more general level, as, indeed, the Court did in X and Y v. the Netherlands itself, that "[r]ecourse to the criminal law is not necessarily the only answer" (p. 12, § 24 in fine).

Gli obblighi positivi di tutela penale si estendono altresì alla “punizione effettiva” della violenza sessuale, contrapponendosi a misure di clemenza quali provvedimenti di amnistia. Sul punto, giova menzionare la pronuncia in *E.G. c. Repubblica di Moldavia*³⁸³.

L’oggetto del contendere era la mancata esecuzione di una condanna inflitta a uno degli autori di una violenza sessuale di gruppo, tra l’altro perché beneficiario di un’amnistia. Invero, la concessione di tale istituto era stata successivamente revocata, ma nelle more l’interessato era divenuto latitante. La ricorrente, vittima del reato, lamentava dunque la violazione degli artt. 3 e 8 CEDU.

Nel decidere del merito della causa, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha ripreso la propria giurisprudenza in materia di obblighi positivi di tutela penale e stupro, rifacendosi al già visto caso *M.C. c. Bulgaria*. Successivamente, essa ha ricordato che nel rispetto dell’art. 2 CEDU è ricompreso il dovere delle autorità statali di svolgere un’indagine penale effettiva e quest’ultimo a propria volta include anche quello di eseguire la sentenza definitiva senza che vi siano indebiti ritardi. A questa considerazione, i giudici di Strasburgo hanno aggiunto che il medesimo approccio riguardante le *procedural positive obligations* derivanti dal diritto alla vita è da estendersi altresì a quelle promananti dal divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti e dal diritto alla vita privata, sicché esiste un obbligo di esecuzione delle sentenze riguardanti reati sessuali³⁸⁴.

Alla luce di tale principio di diritto, la Corte EDU ha dichiarato nel caso sottoposto al suo vaglio la violazione degli obblighi positivi di tutela penale di cui agli artt. 3 e 8 CEDU in ragione sia della concessione dell’amnistia sia della mancata esecuzione della sentenza.

Per le conclusioni che ivi vengono rassegnate, *E.G. c. Repubblica di Moldavia* rappresenta una sorta di “chiusura” della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo

I consider that criminal proceedings should remain, both in theory and in practice, a last resort or subsidiary remedy and that their use, even in the context of positive obligations, calls for a certain degree of “restraint”. As to the assumption that criminal remedies are, in any event, the most effective in terms of deterrence, the observations set out in the Report on Decriminalisation by the European Committee on Crime Problems clearly show that the effectiveness of general deterrence based on the criminal law depends on various factors and that such an approach “is not the only way of preventing undesirable behaviour”» Opinione concorrente del giudice Tulkens (annessa a C.EDU, sez. I, sent. 2 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria*, par. 166), par. 2. Per delle ulteriori riflessioni in proposito, a partire proprio da questa *concurring opinion*, v. C. PITEA, *Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence*, cit., p. 455 e ss.

³⁸³ C.EDU, sez. II, sent. 13 aprile 2021, *E.G. c. Repubblica di Moldavia*.

³⁸⁴ «The Court would further point out that it has held, in respect of Article 2 of the Convention, that the requirement for the authorities to undertake an effective criminal investigation may also be interpreted as imposing on States a duty to enforce the final judgment without undue delay. It is so, since the enforcement of a sentence imposed in the context of the right to life must be regarded as an integral part of the procedural obligation of the State under that Article (see *Kitanovska Stanojkovic and Others v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 2319/14, § 32, 13 October 2016; *Akeliënė v. Lithuania*, no. 54917/13, § 85, 16 October 2018; and *Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*, no. 17247/13, § 50, 26 May 2020). The Court is of the view that the same approach falls to be applied in this case and that the enforcement of sentences for sexual offences is an integral part of the positive obligation cast on States by Articles 3 and 8 of the Convention» C.EDU, sez. II, sent. 13 aprile 2021, *E.G. c. Repubblica di Moldavia*, par. 41.

affidente al dovere di punire la violenza sessuale. Infatti, dopo aver imposto dapprima un certo regime di procedibilità in *X e Y c. Paesi bassi* e in seguito una determinata struttura della fattispecie di reato in *M.C. c. Bulgaria*, con tale terzo e ultimo pronunciamento i giudici di Strasburgo hanno toccato anche l'esecuzione della pena per tale delitto. Si assiste, quindi, alla completa realizzazione delle *positive obligations, to criminalise e to punish*. La pena deve insomma essere scontata "in concreto" (cioè in carcere, nell'accezione propria della Corte EDU)³⁸⁵.

Necessariamente, diventa ancor più pressante l'interrogativo su *quale e quanto* uso fanno i giudici di Strasburgo dello strumento penale. Ora, infatti, la richiesta nei confronti degli Stati Membri arriva sino alla esclusione di misure clemenziali di carattere *generale*.

Sotto questo profilo, ritenere che un'amnistia sia incompatibile *in quanto tale* con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo rappresenta una forte intromissione nella politica criminale del Paese Parte.

Peraltro, anche in questa congiuntura, i giudici di Strasburgo non offrono un'argomentazione che possa dirsi sufficientemente approfondita sulle implicazioni che emergono dal proprio *decisum*. Nel testo sentenza, infatti, non si rinviene una meditazione dei contraccolpi che ne derivano e di come porvi rimedio.

Occorrerebbe, piuttosto di tale silenzio, un attento bilanciamento delle contrapposte esigenze che contempi il duplice livello di intervento in rilievo: *statale e individuale*.

Per il primo, si tratterebbe di ponderare le ragioni che hanno portato lo Stato Membro ad adottare una legge di amnistia, anche in termini – come noto, spesso ha tale *ratio* – di riduzione della popolazione carceraria.

Per il secondo, sarebbero da considerare i benefici quantomeno di rieducazione e di reinserimento sociale che notoriamente si accompagnano all'applicazione delle *amnesty laws*; i quali, peraltro, non sono che una modalità di attuazione di diritti protetti nella CEDU medesima.

Infine, permane un interrogativo sul *grado* di intervento relativamente al divieto di alternative alla carcerazione cui è giunta la Corte EDU. Non si tratta più, a quanto è dato poter desumere, di *core rights* come gli artt. 2 e 3 CEDU, ma anche dello stesso art. 8 CEDU.

³⁸⁵ A riconferma, si veda la recentissima pronuncia C.EDU, sez. II, sent. 12 dicembre 2023, *Vučković c. Croazia*, ove è stata censurata l'applicazione (e le motivazioni addotte a tal fine) della pena sostitutiva dei lavori di pubblica utilità per violenze sessuali poste in essere sul luogo di lavoro. In specie, è stato sancito che «It follows that, in the particular circumstances of the case, bearing in mind the specific social danger of violence against women and the need to combat it with efficient and deterrent actions, in its response to the violence suffered by the applicant, the State did not sufficiently discharge its procedural obligation to ensure that the repeated sexual violence she had suffered in her workplace was dealt with appropriately» C.EDU, sez. II, sent. 12 dicembre 2023, *Vučković c. Croazia*, par. 67.

Il diritto alla vita privata, infatti, non viene esaminato separatamente rispetto al divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, ma congiuntamente a esso. Inoltre, il principio di diritto viene *per tabulas* ricondotto a entrambi. Questo afflato punitivo, dunque, abbraccia diritti fondamentali di importanza diversa con uguale incidenza. Tale *sperquazione* dovrebbe mettere in guardia rispetto a indebite espansioni della penalità, soprattutto innanzi a violazioni che potrebbero non essere in concreto particolarmente gravi.

Rimanendo nell'ambito della sfera sessuale, ma guardando anche ad altre fattispecie di reato, la dimostrazione del costante aggiornamento che subiscono il testo dell'art. 8 CEDU e i correlati obblighi positivi di tutela penale si ravvisa anche nell'imposizione del dovere di punire la pedopornografia. Ciò si è verificato nel caso *Söderman c. Svezia*³⁸⁶.

I fatti di causa consistevano nel tentativo di filmare segretamente, attraverso una telecamera nascosta, una ragazza di 14 anni nuda nel bagno di casa da parte del patrigno di lei. Il relativo processo penale si era concluso con l'assoluzione dell'imputato in sede di impugnazione. La Corte d'Appello, pur ammettendo tra l'altro l'avvenuta compromissione della integrità personale, aveva ritenuto che, sebbene il fine del congiunto fosse stato quello di filmare la ricorrente a scopo sessuale, la condotta da lui tenuta non integrava il reato di molestie sessuali perché difettava l'intenzione che la persona offesa venisse a conoscenza delle riprese. In allora, la legge svedese non sanciva un divieto generale di filmare una persona senza il suo consenso. Inoltre, i giudici di appello avevano anche osservato che tali atti avrebbero potuto essere stati sussunti nel reato di tentata pornografia infantile, ma che non avevano considerato questa eventualità poiché non era stata formulata alcuna imputazione in tal senso. La vittima sosteneva che lo Stato svedese fosse venuto meno al rispetto dell'art. 8 CEDU non avendole fornito adeguati rimedi avverso la violazione della sua integrità personale.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, ricapitolata la normativa penale nazionale su violenza sessuale e tentata pornografia minorile e quella internazionale con riguardo a Convenzione sui diritti dell'infanzia delle Nazioni Unite del 1989 e Convenzione per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali del Consiglio d'Europa del 2007, ha sintetizzato le proprie statuizioni afferenti agli obblighi positivi derivanti dagli artt. 3 e 8 CEDU con precipuo riferimento ai minori. Innanzi a condotte connotate da una gravità inferiore rispetto a quelle di cui ai precedenti già visti come *X e Y c. Paesi Bassi* e *M.C. c. Bulgaria*, i giudici di Strasburgo hanno ricordato il caso *K.U. c. Finlandia*³⁸⁷, ove è stata

³⁸⁶ C.EDU, Grande Camera, sent. 12 novembre 2013, *Söderman c. Svezia*.

³⁸⁷ C.EDU, sez. IV, sent. 2 dicembre 2008, *K.U. c. Finlandia*. Con nota di T. POYSTI, *Judgment in the Case of K.U. v. Finland: The European Court of Human Rights Requires Access to Communications Data to Identify the Sender to Enable Effective Criminal Prosecution in Serious Violations of Private Life*, in *Digital Evidence*

affermata l'esistenza di un dovere dello Stato Membro di proteggere, ad esempio, un minore da *malicious misrepresentation*³⁸⁸.

Nell'interpretare quanto occorso dal punto di vista della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, i giudici di Strasburgo hanno rivisto il *significant-flaw test*, secondo il quale sussiste una violazione delle *positive obligations* solo qualora la "difettosità" dell'ordinamento del Paese Parte sia particolarmente significativa, affermandone la vigenza esclusivamente per ciò che concerne gli obblighi di tipo procedurale e non anche quelli di tipo sostanziale (o attinenti al *legal framework*)³⁸⁹.

Tenendo conto della normativa applicabile al tempo dei fatti³⁹⁰, tanto per il reato di *child pornography* quanto per quello di *sexual molestation*, la Corte EDU ha precisato che la legislazione svedese non aveva garantito la protezione del diritto alla vita privata della ricorrente (e degli obblighi positivi da esso discendenti), non avendo offerto rimedi di carattere né penale né civile. Segnatamente, ha valorizzato la lesione della integrità della ricorrente, con le "aggravanti" che il fatto: era stato commesso nei confronti di un minore; era avvenuto nella sua casa, dove avrebbe dovuto sentirsi al sicuro; ed era stato commesso dal patrigno, persona di cui ella aveva diritto e si aspettava di potersi fidare³⁹¹. Pertanto, i giudici di Strasburgo hanno dichiarato la inosservanza dell'art. 8 CEDU.

and Electronic Signature Law Review, 2006, p. 33 e ss. La vicenda riguardava un bambino di 12 anni che era stato oggetto di un annuncio di natura sessuale su un sito di incontri in Internet. Tuttavia, l'identità della persona che lo aveva pubblicato non poteva essere ottenuta dal fornitore di servizi di connessione a causa della legislazione vigente all'epoca. La Corte EDU ha ritenuto che la protezione pratica ed efficace del ricorrente richiedesse la disponibilità di un rimedio che consentisse di identificare e consegnare alla giustizia l'effettivo autore del reato. In particolare, ha sostenuto quanto segue: «The Court considers that, while this case might not attain the seriousness of X and Y v. the Netherlands, where a breach of Article 8 arose from the lack of an effective criminal sanction for the rape of a girl with disabilities, it cannot be treated as trivial. The act was criminal, involved a minor and made him a target for approaches by paedophiles (see, also, paragraph 41 above in this connection)» C.EDU, sez. IV, sent. 2 dicembre 2008, *K.U. c. Finlandia*, par. 45.

³⁸⁸ «As to acts which do not attain the seriousness of those in issue in X and Y v. the Netherlands (cited above) and M.C. v Bulgaria (cited above), the Court has examined under Article 8 the State's obligation to protect, for example, a minor against malicious misrepresentation (see K.U. v. Finland, no. 2872/02, §§ 45-49, ECHR 2008). The act in that case did not involve any physical violence, but could not be considered trivial as it entailed a potential threat to the minor's physical and mental welfare, brought about by the impugned situation, namely, that he was made the target for approaches by paedophiles. The act constituted a criminal offence under domestic law and the Court considered that practical and effective protection of the applicant required the availability of a remedy enabling the actual offender to be identified and brought to justice» C.EDU, Grande Camera, sent. 12 novembre 2013, *Söderman c. Svezia*, par. 84.

³⁸⁹ «The Grand Chamber considers that such a significant-flaw test, while understandable in the context of investigations, has no meaningful role in an assessment as to whether the respondent State had in place an adequate legal framework in compliance with its positive obligations under Article 8 of the Convention since the issue before the Court concerns the question of whether the law afforded an acceptable level of protection to the applicant in the circumstances» C.EDU, Grande Camera, sent. 12 novembre 2013, *Söderman c. Svezia*, par. 91.

³⁹⁰ Un disegno di legge che introduceva la fattispecie penale di *intrusive photography*, infatti, era stato poi approvato dal Parlamento svedese al fine di colmare tale vuoto di tutela, ma chiaramente la novella non poteva essere applicata con efficacia retroattiva.

³⁹¹ «Having regard to the all the above-mentioned considerations, the Court is not satisfied that the relevant Swedish law, as it stood in September 2002 when the specific act of the applicant's stepfather covertly attempting to film the applicant naked in their bathroom for a sexual purpose occurred, ensured protection of

La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in *Söderman c. Svezia* si distingue soprattutto per due profili, riferiti, da un lato, al *significato* e ai *contenuti* dell'art. 8 CEDU e, dall'altro, ai *criteri* e ai *metodi* di accertamento della violazione degli obblighi positivi di tutela penale.

Per il primo, viene enucleato un dovere di punire non solamente il reato di violenza sessuale, come già accaduto con decisioni come *X e Y c. Paesi Bassi* e *M.C. c. Bulgaria*, ma anche quello di pedopornografia, financo sotto forma di tentativo. Immediatamente, si avverte l'innovazione per quanto concerne i beni giuridici, che pur accomunati nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo nella nozione di integrità personale vengono comunque declinati in parte diversamente nella normativa di diritto penale nazionale. Inoltre, a ciò si aggiunge il dovere di punire uno stadio della condotta anticipato rispetto alla consumazione, quale il delitto tentato. Ancora, si impone la incriminazione di una condotta prima non contemplata, e, cioè, quella della produzione di materiale pedopornografico.

Per il secondo, si *trasformano*, si *inseriscono* e si *eliminano* alcuni test di verifica del rispetto degli obblighi positivi di tutela penale.

In primo luogo, rivalutando le statuizioni rese in proposito in due rilevanti precedenti – *Siliadin c. Francia* (cfr. *supra*, cap. II, par. 6) e *M.C. c. Bulgaria (ut supra)* –, la Corte EDU attribuisce validità al *significant-flaw test* con esclusivo riferimento al profilo procedurale e non, quindi, a quello sostanziale degli obblighi positivi; questo, senza fornire indicazioni cristalline né sul grado di significatività sufficiente a ritenere inadeguate indagini, processi ed esecuzioni di natura penale né sull'alternativa da seguire per il controllo di idoneità del quadro normativo.

In secondo luogo, viene ideato l'*acceptable level of protection test*. Lo si enuncia nel principio di diritto conclusivo della sentenza, mancando però di offrire degli indicatori che consentano di accertarne il rispetto. Peraltro, tale standard non è più stato utilizzato dai giudici di Strasburgo in seguito (proprio in ragione, forse, della sua ambiguità)³⁹².

her right to respect for her private life in a manner that, notwithstanding the respondent State's margin of appreciation, complied with its positive obligations under Article 8 of the Convention. The act in question violated the applicant's integrity; it was aggravated by the fact that she was a minor, that the incident took place in her home, where she was supposed to feel safe, and that the offender was her stepfather, a person whom she was entitled and expected to trust. However, as the Court has found above, neither a criminal remedy nor a civil remedy existed under Swedish law that could enable the applicant to obtain effective protection against the said violation of her personal integrity in the concrete circumstances of her case» C.EDU, Grande Camera, sent. 12 novembre 2013, *Söderman c. Svezia*, par. 117.

³⁹² Cfr. V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human*, cit., p. 68 e ss. Conferma di tale criticità esegetica si ravvisa nella opinione dissenziente del giudice Kalaydjieva, che ha stigmatizzato l'assenza di criteri che definiscano in maniera specifica siffatta richiesta rivolta agli Stati Membri: «[...] Indeed, it seems to me that in the absence of criteria defining the required "acceptable level of protection" in specific terms, a comparison between the failed and the undefined remedies will inevitably lead to dissatisfaction "notwithstanding the respondent State's margin of appreciation" in this area (see paragraph

In terzo luogo, viene abbandonato il *reasonableness test*. Lo stesso, infatti, era stato fino ad allora adoperato nella giurisprudenza della Corte EDU per decidere se preferire l'uso del diritto penale oppure di quello civile. Si coglie così la notevole distanza, se non proprio il diametrico contrasto, rispetto a casi quali *Mastromatteo c. Italia* (cfr. *supra*, cap. II, par. 1.2) e *O'Keeffe c. Irlanda* (cfr. *supra*, cap. II, par. 3).

In definitiva, laddove non si compia un vaglio di ragionevolezza della tipologia di protezione assicurata dalla legislazione nazionale, l'imposizione del ricorso allo strumento penale si ravvisa alternativamente: in presenza di una violazione degli artt. 2, 3 e 4 CEDU oppure quando *fundamental values and essential aspects of private life are at stake*³⁹³.

Sul piano della sistematica della Convenzione europea dei diritti dell'uomo si direbbe essere stato raggiunto il seguente risultato: l'incremento nella "autonomizzazione" degli obblighi positivi sostanziali³⁹⁴. Quest'ultimo dato può sicuramente essere salutato con favore poiché restituisce un sistema CEDU maggiormente lineare e logico, potenzialmente contribuendo a meglio tracciare le imposizioni afferenti al diritto penale e, quindi, la normativa interna (soprattutto le fattispecie penali) introdotta in ossequio ad esse.

117)» Opinione dissenziente del giudice Kalaydjieva (annessa a C.EDU, Grande Camera, sent. 12 novembre 2013, *Söderman c. Svezia*).

³⁹³ Cfr. V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human*, cit., pp. 69-70. L'Autrice ritiene che la soluzione favorevole alla criminalizzazione sia più facile nei frangenti come quelli riconducibili alla vicenda trattata, mentre invece essa divenga maggiormente complicata nel settore della *medical malpractice* (cfr. *infra*, cap. III, par. 10), tanto da portare i giudici di Strasburgo a declaratorie di mancato rispetto perlopiù degli obblighi positivi procedurali (per evitare di affrontare la questione del nesso di causalità) e, altresì, a prediligere la distinzione tra carenze sistematiche e accidentali (di modo da agevolmente ricondurre il caso concreto alle problematiche generali).

³⁹⁴ Cfr. V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 37-38, la quale punta il dito, però, su come eventuali mancanze degli obblighi procedurali possano avere valenza anche per quelli sostanziali (ad esempio, laddove si ravvisi una complessità nel quadro normativo *ex ante* che comprometta *ex post* l'attività della magistratura inquirente e giudicante chiamata a darne applicazione).

CAPITOLO III

GLI OBBLIGHI POSITIVI DI TUTELA PENALE NELL'AMBITO DELLE ATTIVITÀ A RISCHIO BASE LECITO

SOMMARIO: 1. Il dovere di punire al cospetto delle aree di rischio consentito. – 2. Il *right to environment* e la preferenza per il diritto alla vita privata. – 3. I disastri come laboratorio dell'art. 2 CEDU nelle dinamiche etiologiche complesse. – 4. L'esposizione a sostanze tossiche e le leggi scientifiche tra protezione del diritto alla vita e del diritto alla vita privata *intra-* ed *extra-* contesti lavorativi. – 4.1. Il buio scientifico, la CEDU e il principio di precauzione. – 5. I disastri come matrice non solo di criteri di accertamento della causalità ma anche della colpa. – 6. La compiuta definizione del limite soggettivo della tutela penale: la circolazione su strada. – 7. La *recklessness* (e la *mise en danger*) quale requisito soggettivo minimo per determinare l'insorgenza di obblighi positivi. – 8. Il limite soggettivo colposo e la sua dimensione sistemica. – 9. (*Segue*) E le sue possibili ripercussioni *de lege lata* e *de lege ferenda*. – 10. La natura ancipite della colpa medica. – 10.1. L'intervento equilibratore in ottica CEDU della Corte di Cassazione sulla responsabilità medico-sanitaria.

1. Il dovere di punire al cospetto delle aree di rischio consentito

Gli obblighi positivi di tutela penale, applicandosi potenzialmente a una grande varietà di vicende umane, inevitabilmente trovano spazio anche nelle attività a rischio base lecito³⁹⁵. Gli artt. 2 e 8 CEDU hanno rappresentato in passato la scaturigine delle *positive obligations* (cfr. *supra*, cap. II, parr. 1, 2 e 7) e tali due disposizioni, come si vedrà, costituiscono tutt'ora il terreno ove il dovere di punire è in fase di continuo ampliamento specie con riguardo alle aree di rischio consentito, che, seppur poco indagate, meritano un'autonoma trattazione.

³⁹⁵ Nella vasta letteratura v., anche per i necessari riferimenti dottrinali, F. CONSULICH, *Rischio consentito*, in M. DONINI (a cura di), *Enciclopedia del Diritto. I tematici*, 2. *Reato colposo*, Milano, 2021, p. 1102 e ss. Da ultimo, a livello monografico, v. C. VALBONESI, *Prima tipicità della condotta colposa nelle attività rischiose lecite*, Napoli, 2023.

Ciò si spiega in ragione della spinta esercitata da due ordini di fattori, definibili: *strutturali interni*, relativi all'esistenza di una Corte che interpreta una Convenzione come Carta dei diritti "vivente", in ossequio alla *living instrument doctrine*³⁹⁶ (secondo la quale la Convenzione europea dei diritti dell'uomo deve essere adattata ai mutamenti del contesto socio-economico e allineata al progresso tecnologico³⁹⁷); e, altresì, *sociali esterni*, riferiti all'avvento della società del rischio (o *Risikogesellschaft*³⁹⁸), con il correlato emergere di pretese avanzate dai ricorrenti rispetto a esigenze e aspettative di protezione inedite.

L'approccio espansivo della Corte europea dei diritti dell'uomo ha trovato fortuna specialmente nel ramo del *lawful risk*, rispetto al quale gli Stati Membri vengono responsabilizzati dai giudici di Strasburgo quali *mediatori*: viene domandata ai Paesi Parte non solo o non tanto l'adozione (ed effettiva attuazione) di norme anche di natura penale, ma agli stessi è richiesto altresì e soprattutto di agire come un tramite, un mezzo, per giungere a imporre certi comportamenti ad *altri* soggetti, quali persone fisiche e imprese.

Queste ultime, siano identificate con la Pubblica Amministrazione oppure si trovino sotto il controllo della stessa o meno, sono destinatarie di primo piano delle *positive obligations*, nell'ottica del *business and human rights*³⁹⁹. Esse vengono cioè a propria volta responsabilizzate, seppur *indirettamente*. Pretendendosi che le autorità nazionali predispongano un sistema normativo adeguato a proteggere dalle offese al diritto alla vita anche nelle attività rischiose, infatti, i destinatari di tale quadro normativo divengono appunto gli operatori economici, poiché sono chiamati all'osservanza delle disposizioni finalizzate alla prevenzione delle violazioni della CEDU. Altrimenti, laddove ciò non avvenga, grava sugli Stati Membri il dovere di attivarsi per accertare fatti e responsabilità e applicare sanzioni che abbiano efficacia dissuasiva.

³⁹⁶ Cfr. B. LUBARDA, *The living Instrument Doctrine in the Case-law of the ECHR*, in L. SICILIANOS – I.A. MOTOC – R. SPANO – R. CHENAL (a cura di), *Regards croisés sur la protection nationale et internationale des droits de l'homme / Intersecting Views on National and International Human Rights Protection. Liber amicorum Guido Raimondi*, Tilburg, 2019, pp. 519-537.

³⁹⁷ Cfr. D.J. HARRIS – M. O'BOYLE – E.P. BATES – C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 501.

³⁹⁸ Per tutti, v. U. BECK, *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*, Francoforte, 1986, p. 1 e ss. Per le relative ripercussioni penalistiche v. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 97 e ss.

³⁹⁹ Sulla relazione tra attività di impresa e diritti fondamentali nel contesto internazionale ed europeo v., per una curatela, A. BONFANTI (a cura di), *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges*, Londra/New York, 2019, p. 1 e ss. Per delle fonti sui Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani v. R.M. BARATTI, *Business and Human Rights nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani in materia di ambiente: Limiti, sfide e prospettive*, in *I diritti dell'uomo, cronache e battaglie*, n. 1/2022, pp. 50-51, spec. nt. n. 4.

Dunque, nel prosieguo, attesa l'importanza, verranno presi in esame gli obblighi positivi di tutela penale nelle aree a rischio base lecito, illustrandone i profili innovativi⁴⁰⁰.

In primo luogo, si guarderanno i riflessi sull'accertamento del nesso di causalità nei contesti di incertezza scientifica, affrontando temi quali: diritto all'ambiente e attività industriali; eventi disastrosi rispetto a gestione di impianti e a fenomeni atmosferici; ed esposizione a sostanze tossiche sul lavoro e non.

In secondo luogo, si osserveranno le ripercussioni sulla colpa penale, nell'ambito ancora di eventi disastrosi, in settori specifici quali circolazione su strada e attività medico-sanitaria. Si cercherà soprattutto di comprendere se esiste un dovere di punire condotte colpose e con quali requisiti per grado della colpa e colpa specifica.

2. Il *right to environment* e la preferenza per il diritto alla vita privata

Indubbiamente, tra i contesti principe delle attività a rischio base lecito si annovera quello industriale, che, necessariamente, interessa la garanzia del diritto all'ambiente. Pure in questo frangente, la Corte europea dei diritti dell'uomo è arrivata a delineare obblighi positivi di tutela penale, ancorando il proprio sindacato agli artt. 1, 2 e 8 CEDU⁴⁰¹. Posto che sono gli Stati Membri a essere direttamente gravati dalla responsabilità di rispettare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le imprese sono il bersaglio indiretto di tale dovere di punire, venendo riconosciute quali centri di imputazione del *duty to take action* per la protezione dei cittadini dei Paesi Parte⁴⁰².

Beninteso, la Convenzione EDU tace sull'esistenza di un diritto all'ambiente. L'opera di interpretazione sistematica che gli ha dato i natali deve essere ricondotta alla nozione di *living instrument*⁴⁰³ e, cioè, come visto (cfr. *supra*, cap. III, par. 1), di aggiornamento della CEDU. Il diritto a un ambiente salubre può infatti dirsi figlio della terza generazione dei

⁴⁰⁰ Sui rapporti tra causalità e colpa in tema v. V. STOYANOVA, *Fault, knowledge and risk within the framework of positive obligations under the European Convention on Human Rights*, in *Leiden Journal of International Law*, n. 3/2020, pp. 601-620.

⁴⁰¹ Per l'uso del diritto penale ai fini della tutela del *right to environment* v. E. MAZZANTI, *La protezione penale dell'ambiente come diritto umano. Inquadramento e rilievi critici*, in *Leg. pen.*, 25.06.2019, pp. 1-17.

⁴⁰² Tale indirizzo, quindi, si colloca nel solco del *business and human rights*, disciplinando il rispetto dei diritti umani nell'ambito delle attività economiche, seppur in ottica di giudizio a livello sovranazionale (e, in particolare, europeo) su una convenzione (quale la CEDU). Per una ricostruzione riguardante tale sistema con afferenza al rapporto tra diritti umani e ambiente v., di recente, R.M. BARATTI, *Business and Human Rights nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani in materia di ambiente*, cit., pp. 49-82.

⁴⁰³ Cfr. B. LUBARDA, *The living Instrument Doctrine in the Case-law of the ECHR*, cit., pp. 519-537.

diritti fondamentali⁴⁰⁴, essendo divenuto oramai un valore della società⁴⁰⁵. A dimostrazione di questo, esso trova espressa previsione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata in tempi assai più prossimi⁴⁰⁶. Inoltre, anche con attinenza alla Costituzione italiana, culturalmente affine e storicamente coeva alla Convenzione EDU, per l'affermazione di un diritto all'ambiente salubre è stata necessaria un'interpretazione evolutiva di disposizioni già esistenti⁴⁰⁷. La logica che si è adottata è prettamente antropocentrica, ove lo scopo di tutela rimane sempre l'uomo (ad esempio, in termini di salubrità dell'aria respirabile per quest'ultimo), a scapito dell'ambiente in quanto tale.

A partire dalla sentenza nel caso *López Ostra c. Spagna*⁴⁰⁸, è l'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) a essere valorizzato *par ricochet* in senso "verde"⁴⁰⁹, mentre l'art. 2 (diritto alla vita e all'incolumità individuale), assieme ad altri diritti che vengono in evidenza in questo contesto, è relegato in secondo piano⁴¹⁰. La protezione del domicilio è stata infatti estesa oltre alla mera abitazione, attraverso il più ampio e complesso significato di "pacifico godimento" della stessa, senza interferenze che determinino una compromissione del suo benessere o, nella versione linguistica inglese, *well-being*. In questo senso, quindi, l'inquinamento, nelle varie forme che assume, viene ricondotto a una compromissione della estrinsecazione esterna della personalità del soggetto e il diritto all'ambiente diviene una proiezione di quest'ultima.

Nonostante il primario rilievo attribuito all'art. 8 CEDU, va sottolineato comunque che spesso le *positive obligations* afferenti alle garanzie ivi sancite si sovrappongono con quelle stabilite dall'art. 2 CEDU⁴¹¹. L'alternativa tra l'una e l'altra disposizione non è però di poco

⁴⁰⁴ Su tale nozione, laddove si distingue tra diritti di *first generation*- (coevi all'adozione della CEDU), *second generation*- (diritti sociali) e, appunto, *third generation rights* v. R. FREEDMAN, "Third Generation" Rights: is there room for hybrid constructs within international Human Rights Law?, in *Cambridge Journal of International and Comparative Studies*, n. 4/2013, pp. 935-959.

⁴⁰⁵ Cfr. A. SCARCELLA, *Giurisprudenza C.e.d.u. e diritto dell'ambiente: i principali "filoni" della Corte di Strasburgo*, in *Ambiente&Sviluppo*, n. 2/2013, p. 129.

⁴⁰⁶ Segnatamente all'art. 37 CDFUE, che recita: «Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

⁴⁰⁷ Segnatamente, gli artt. 2, 9 e 32 Cost. Cfr. F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

⁴⁰⁸ C.EDU, sent. 9 dicembre 1994, *López Ostra c. Spagna*. Le *positive obligations* relative al diritto a un ambiente sano risalgono in verità al caso *Powell e Rayner c. Regno Unito* (C.EDU, sent. 21 febbraio 1990, *Powell e Rayner c. Regno Unito*), attinente all'inquinamento acustico causato dall'aeroporto di Heathrow a delle abitazioni limitrofe. Nel caso *López Ostra c. Spagna* è stata però emessa la prima condanna definitiva di uno Stato Membro per violazione dell'art. 8 CEDU in considerazione di un danno ambientale.

⁴⁰⁹ Di «"greening" of human rights law, rather than a law of environmental rights» parla A. BOYLE, *Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment*, in *Fordham Environmental Law Review*, n. 3/2006, p. 472.

⁴¹⁰ Per un lavoro monografico v. E. RUOZZI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, Napoli, 2011.

⁴¹¹ Cfr., tra le altre, C.EDU, sez. I, sent. 28 febbraio 2012, *Kolyadenko e altri c. Russia*. Cfr. *infra*, cap. III, par. 3.

conto, perché il secondo è un *core right* mentre il primo è suscettibile di essere bilanciato con altri interessi.

Emblematica di questo metodo esegetico è la giurisprudenza sulla ex ILVA di Taranto⁴¹² e, in particolare, il caso *Cordella e altri c. Italia*⁴¹³, oltre ai pronunciamenti successivi (come, esemplificativamente, quello reso nel caso *Ardimento e altri c. Italia*⁴¹⁴) che hanno confermato le statuizioni affermate in tale prima occasione. Giova, quindi, approfondire tali decisioni.

Gli abitanti di Taranto, nell'ambito del noto *affaire* ILVA, si dolevano innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo dell'inadeguatezza dell'intervento statale rispetto alla mancata protezione dalle emissioni provenienti dalla acciaieria ionica e, quindi, dai relativi effetti sulla loro salute e sull'ambiente, ritenendo violati gli artt. 2 e 8 CEDU. La documentazione adottata consisteva in rapporti di enti pubblici, oltre che studi epidemiologici e di coorte.

I giudici di Strasburgo hanno inizialmente ricostruito la vicenda prendendo in esame la storia industriale e societaria dell'ILVA, l'attività normativa e i procedimenti penali che avevano interessato il sito produttivo, oltre che gli interventi a livello eurounitario.

Nella sentenza, la Corte EDU ha dedicato particolare attenzione all'art. 8 CEDU. In termini di principi generali, per quanto nessuna disposizione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo protegga l'ambiente in quanto tale⁴¹⁵, i giudici di Strasburgo hanno affermato che i danni che lo interessano possono ripercuotersi sul benessere delle persone e sul godimento del loro domicilio, qualora si raggiunga un determinato livello di gravità⁴¹⁶. Inoltre, ha

⁴¹² Sul procedimento penale "Ambiente svenduto" v. C. RUGA RIVA, *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in L. FOFANI – D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia, vol. II, Impresa e sicurezza*, Bologna, 2015, p. 149 e ss. Per una sintesi dello stato attuale della giurisprudenza dei giudici di Strasburgo in materia ambientale a partire dal "caso ILVA" v. V. MANCA, *La tutela delle vittime da reato ambientale nel sistema Cedu: il caso Ilva Riflessioni sulla teoria degli obblighi convenzionali di tutela*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2018, pp. 259-271.

⁴¹³ C.EDU, sez. I, sent. 24 gennaio 2019, *Cordella e altri c. Italia*. Con note di A. SCARCELLA, *Violato il diritto alla salute e quello ad un ricorso affettivo dei residenti nell'area ad elevato pericolo di inquinamento ambientale nell'ILVA di Taranto*, in *Cass. pen.*, nn. 5-6/2019, pp. 2296-2306; D. VOZZA, *Oltre la giustizia penale. La Corte EDU condanna lo Stato italiano nel caso dell'Ilva di Taranto per violazione del diritto al rispetto della vita privata e del diritto ad un ricorso effettivo*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2019, pp. 707-722; S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso ILVA*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2019, pp. 135-162; e A.V. SALAMINO – C. ROMEO, *Bilanciamento tra tutela della salute e sviluppo economico: il caso Ilva*, in *Giur. it.*, n. 10/2019, pp. 2228-2237.

⁴¹⁴ C.EDU, sez. I, sent. 5 maggio 2022, *Ardimento e altri c. Italia*. In questo "seguito", si fa esplicito richiamo al precedente e ai principi di diritto ivi stabiliti: «I principi generali riguardanti dei danni all'ambiente che possono pregiudicare il benessere delle persone sono stati riassunti nella sentenza Cordella (sopra citata, §§ 157-160)» C.EDU, sez. I, sent. 5 maggio 2022, *Ardimento e altri c. Italia*, par. 9. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

⁴¹⁵ «[...] Inoltre, né l'articolo 8 né qualsiasi altra disposizione della Convenzione garantiscono specificamente una protezione generale dell'ambiente in quanto tale (Kyrtatos c. Grecia, n. 41666/98, § 52, CEDU 2003 VI (estratti))» C.EDU, sez. I, sent. 24 gennaio 2019, *Cordella e altri c. Italia*, par. 100. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

⁴¹⁶ «La Corte rammenta che dei danni gravi arrecati all'ambiente possono compromettere il benessere delle persone e privarle del godimento del loro domicilio in modo tale da nuocere alla loro vita privata (López Ostra

precisato che da tale disposizione promanano obblighi tanto negativi quanto positivi⁴¹⁷, che si traducono, soprattutto nell'evenienza di attività pericolose, nel dovere di adottare una legislazione preventiva adattata alla singola attività e, in specie, al correlato livello di rischio⁴¹⁸.

Per ciò che si riferisce in particolare all'apprezzamento del grado di certezza scientifica circa la pericolosità del danno ambientale per la salute umana e agli obblighi positivi, la Corte EDU ha distinto la vicenda in decisione dal caso *Smaltini c. Italia*⁴¹⁹, anch'esso riconducibile alla ex ILVA.

In quest'ultima, la ricorrente (nelle more deceduta), che viveva in un'abitazione nei pressi dell'acciaieria ionica e aveva contratto una leucemia mieloide acuta, lamentava una violazione dell'art. 2 CEDU, in virtù dell'omesso riconoscimento da parte delle autorità giudiziarie italiane dell'esistenza del nesso di causalità tra l'insorgenza della malattia e le emissioni prodotte dall'impianto industriale, poiché, dopo la sua denuncia, era stata disposta l'archiviazione del procedimento penale apertosi nei confronti di un dirigente aziendale.

c. Spagna, 9 dicembre 1994, serie A n. 303-C, § 51, e Guerra e altri c. Italia, 19 febbraio 1998, § 60, Recueil 1998 I). A questo proposito, la Corte rammenta anche che, nelle cause in cui la nozione di soglia di gravità è stata specificamente esaminata in materia di ambiente, la Corte ha ritenuto che una doglianza difendibile dal punto di vista dell'articolo 8 può sorgere se un rischio ecologico raggiunge un livello di gravità che riduce notevolmente la capacità del ricorrente di godere del proprio domicilio o della propria vita privata o familiare. La valutazione di tale livello minimo in questo tipo di cause è relativa e dipende da tutti gli elementi della causa, in particolare dall'intensità e dalla durata delle nocività e dalle conseguenze fisiche o psicologiche di queste ultime sulla salute o sulla qualità di vita dell'interessato (Fadejeva, sopra citata, §§ 68 e 69, Dubetska e altri c. Ucraina, n. 30499/03, § 105, 10 febbraio 2011, e Grimkovskaya c. Ucraina, n. 38182/03, § 58, 21 luglio 2011)» C.EDU, sez. I, sent. 24 gennaio 2019, *Cordella e altri c. Italia*, par. 157. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

⁴¹⁷ «L'articolo 8 non si limita a ordinare allo Stato di astenersi da ingerenze arbitrarie: a questo impegno negativo possono aggiungersi obblighi positivi inerenti ad un rispetto effettivo della vita privata. In ogni caso, sia che si affronti la questione dal punto di vista dell'obbligo positivo dello Stato di adottare misure ragionevoli e adeguate per proteggere i diritti dell'individuo, in applicazione del primo paragrafo dell'articolo 8, che dal punto di vista di una ingerenza di un'autorità pubblica, da giustificare ai sensi del secondo paragrafo, i principi applicabili sono abbastanza simili. In entrambi i casi, si deve avere riguardo al giusto equilibrio da trovare tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della società nel suo insieme, e lo Stato gode in ogni caso di un certo margine di apprezzamento (López Ostra, sopra citata, § 51, e Guerra e altri, sopra citata, § 58)» C.EDU, sez. I, sent. 24 gennaio 2019, *Cordella e altri c. Italia*, par. 158. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

⁴¹⁸ «Gli Stati hanno anzitutto l'obbligo positivo, in particolare nel caso di un'attività pericolosa, di mettere in atto una legislazione adattata alle specificità di tale attività, in particolare al livello di rischio che potrebbe derivarne. Tale legislazione deve disciplinare l'autorizzazione, la messa in funzione, lo sfruttamento, la sicurezza e il controllo dell'attività in questione, nonché imporre a ogni persona interessata da quest'ultima l'adozione di misure di ordine pratico idonee ad assicurare la protezione effettiva dei cittadini la cui vita rischia di essere esposta ai pericoli inerenti al settore in causa (si vedano, mutatis mutandis, Oneryildiz c. Turchia, [GC], n. 48939/99, § 90, CEDU 2004-XII, e Brincat e altri c. Malta, nn. 60908/11 e altri 4, §§ 101-102, 24 luglio 2014)» C.EDU, sez. I, sent. 24 gennaio 2019, *Cordella e altri c. Italia*, par. 159. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

⁴¹⁹ C.EDU, sez. IV, sent. 16 aprile 2015, *Smaltini c. Italia*. Con nota di D. VOZZA, *Obblighi di tutela penale del diritto alla vita ed accertamento del nesso causale. Riflessioni a margine della decisione della Corte europea dei diritti umani sul caso «Smaltini c. Italia»*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2016, pp. 41-53.

Nella sentenza, i giudici di Strasburgo hanno escluso la violazione del diritto alla vita, ritenendo che di questo rapporto di causalità non vi fosse prova agli atti⁴²⁰.

Differentemente, nella vertenza *Cordella e altri c. Italia*, la Corte EDU si è pronunciata solo sulle misure adoperate dallo Stato rispetto alla protezione della salute e dell'ambiente.

In questo ambito, sulla scorta delle emergenze istruttorie consistenti in studi di tipo chimico ed epidemiologico (relative alla causalità generale) e delle iniziative governative e imprenditoriali (con riguardo ai cc.dd. scudi penali e al risanamento degli impianti), ha ritenuto di censurare il protrarsi di una situazione di inquinamento ambientale idonea a mettere in pericolo la salute dei ricorrenti e dell'intera popolazione tarantina e, inoltre, la mancanza di informazioni sui lavori svolti sul sito.

Dunque, i giudici di Strasburgo hanno concluso per la violazione dell'art. 8 CEDU in ragione dell'omessa adozione di tutte le misure necessarie ad assicurare l'effettività del diritto alla protezione della vita privata degli interessati.

Dall'esame di queste due sentenze, si evincono alcuni profili teorici, taluni condivisibili, talaltri meno, dell'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo riguardo alle *positive obligations in criminal law* nella materia ambientale.

Rispetto a quelli maggiormente condivisibili, deve sottolinearsi l'irruzione di una diversa prospettiva relativamente alle problematiche, in particolare, dell'inquinamento dell'acciaieria ionica e, in generale, del governo della *risk society*: quella degli obblighi positivi, che pone al centro l'operato delle istituzioni più che la responsabilità di natura penale degli individui. Se il problema venisse inquadrato nel diritto alla vita, la violazione della

⁴²⁰ «Tenuto conto di tali circostanze, e fatti salvi i risultati degli studi scientifici futuri, la Corte non può che constatare che la ricorrente non ha provato che alla luce delle conoscenze scientifiche disponibili all'epoca dei fatti di causa, l'obbligo imposto al Governo di proteggere la sua vita, ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione, sotto il profilo procedurale sia stato violato» C.EDU, sez. IV, sent. 16 aprile 2015, *Smaltini c. Italia*, par. 60. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it. In particolare, vengono portati a supporto di tale conclusione un rapporto del 2006, uno studio del 2009 e un ulteriore studio del 2012 (tutti a carattere epidemiologico): «La Corte rileva che, secondo il rapporto sullo stato di salute della popolazione della Regione Puglia (Edizione 2006) e quello sulle cause di decesso nella stessa regione per gli anni 2000-2005, pubblicato dal gruppo di lavoro sulla mortalità dell'Osservatorio Epidemiologico della Regione Puglia (si vedano i paragrafi 30-31 supra), presi in considerazione dai giudici interni nell'esame della causa, nell'area di Taranto la leucemia non aveva una incidenza maggiore rispetto ad altre regioni italiane. Inoltre, il decesso a causa di questa patologia nelle donne riguardava uniformemente tutta la Regione, anche se con un rialzo della media in alcune zone, fra le quali non figurava la zona di Taranto. Inoltre, la Corte considera che gli elementi che risultano da uno studio epidemiologico pubblicato nel 2009, dunque dopo i fatti di causa («Analisi statistica dell'incidenza di alcune patologie tumorali nella provincia di Taranto, 1999-2002», si vedano i paragrafi 28-29 supra), non provano l'esistenza di un rapporto di causa ed effetto tra le emissioni inquinanti dell'Ilva e l'incidenza della leucemia nella provincia di Taranto. Il rapporto «Ambiente e salute a Taranto: evidenze disponibili e indicazioni di sanità pubblica», pubblicato nel 2012, non apporta alcuna novità a tale constatazione, in quanto la leucemia mieloide acuta di cui soffriva la ricorrente non figura tra le patologie in eccesso rispetto alla media regionale e nazionale (si vedano i paragrafi 32-35 supra). Peraltro, la Corte constata che la ricorrente non ha prodotto elementi che provino il contrario» C.EDU, sez. IV, sent. 16 aprile 2015, *Smaltini c. Italia*, parr. 57-58. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

Convenzione europea dei diritti dell'uomo richiederebbe l'accertamento del nesso di causalità tra l'inquinamento e la morte di una o più persone; accertamento tuttavia molto difficile perché occorrerebbe verificare la causalità individuale (e, quindi, per semplificare, la causazione di quella patologia proprio a seguito di quella esposizione). Leggendo invece la vicenda alla luce del diritto alla vita privata, il problema si attenua, perché è sufficiente fermare l'accertamento causale allo stadio generale, di esistenza di una legge scientifica di copertura che descriva il rapporto di causa esistente tra una tipologia di esposizione e una tipologia di patologia. In tal modo, viene superata l'irrimediabile difficoltà di dimostrazione del profilo della causalità singolare e si rileggono (come peraltro dovrebbe essere) gli studi epidemiologici quali indicatori per interventi a livello legislativo e governativo. L'esito è quello di (auspicabilmente) produrre una responsabilizzazione dello Stato, imponendogli di trovare il compromesso il più alto possibile tra esigenze di produzione e di protezione⁴²¹.

Quanto ai secondi, gli aspetti cioè meno condivisibili, suscita perplessità l'interpretazione dell'art. 8 CEDU, specie in rapporto all'art. 2 CEDU.

Ovviamente, nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, qualora la vittima sia deceduta occorre provare il nesso di causa tra l'inquinamento e la morte⁴²². Quando, diversamente, la vita è stata solamente messa in pericolo tale accertamento non è imposto⁴²³. Se infatti il danno ambientale prodotto non ha avuto esiti letali, ma presenta comunque un certo rilievo (quindi, a meno che non abbia scarso impatto⁴²⁴ e tenendo a mente che rimane comunque di difficile prova⁴²⁵), si attiva la protezione offerta dal diritto al "benessere" sancito dall'art. 8 CEDU. Quest'ultimo si colloca quindi in un rapporto scalare o, meglio, di «sussidiarietà»⁴²⁶,

⁴²¹ Cfr. S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso ILVA*, cit., pp. 144-145.

⁴²² Il *leading case* in materia è C.EDU, Grande Camera, sent. 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turchia*. Cfr. *infra*, cap. III, par. 3.

⁴²³ Per una vicenda attinente al rischio di contrarre una malattia v. C.EDU, sent. 9 giugno 1998, *L.C.B. c. Regno Unito*. Cfr. *infra*, cap. III, par. 4.1.

⁴²⁴ Cfr. C.EDU, sez. I, 22 maggio 2003, *Kyrtatos c. Grecia*. In tale procedimento i ricorrenti sostenevano che lo sviluppo urbano nella parte sud-orientale della località ove vivevano avesse portato alla distruzione dell'ambiente fisico (cioè la palude adiacente alla loro proprietà, cosicché l'area in cui si trovava la loro casa aveva perso tutta la sua bellezza paesaggistica) e, inoltre, avesse influenzato negativamente la loro esistenza (nel senso dell'inquinamento ambientale causato dai rumori e dalle luci notturne provenienti dalle attività delle aziende che operavano nella zona). Con particolare riguardo alle immissioni di cui al secondo aspetto della doglianza, la Corte EDU ha fatto proprio, *mutatis mutandis*, il brocardo latino *de minimis non curat praetor*, sostenendo che difettesse un pregiudizio sufficientemente significativo del diritto alla vita privata tale da ingenerare una violazione dell'art. 8 CEDU. Segnatamente, ha affermato quanto segue: «As regards the second limb of the complaint, the Court is of the opinion that the disturbances coming from the applicants' neighbourhood as a result of the urban development of the area (noises, night-lights, etc.) have not reached a sufficient degree of seriousness to be taken into account for the purposes of Article 8» C.EDU, sez. I, 22 maggio 2003, *Kyrtatos c. Grecia*, par. 54.

⁴²⁵ Sulla complessità di dimostrare il grado di lesione v., *inter alia*, C.EDU, sez. V, 10 febbraio 2011, *Dubetska e altri c. Ucraina*.

⁴²⁶ Così S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso ILVA*, cit., p. 149.

rispetto al diritto alla vita compendiato nell'art. 2 CEDU e, a propria volta, si presta a ricomprendere situazioni molto diverse, in virtù delle nozioni così duttili che contiene (in esso si ritrovano, infatti, sì la salute, ma anche, come visto, il domicilio e la corrispondenza). Dall'analisi del caso *Cordella e altri c. Italia* si deduce quindi l'esistenza di problematico intreccio tra gli artt. 8 e 2 CEDU, dinnanzi a una situazione di inquinamento ambientale che arrechi nocumento ai beni vita e salute delle persone in un contesto di incertezza sulla sussistenza di un rapporto di causalità tra la prima e il secondo⁴²⁷.

Mentre l'art. 8 CEDU conosce infatti numerose eccezioni, in questo risultando accumulabile agli altri principi che seguono nella CEDU (segnatamente, gli artt. 9-11 CEDU⁴²⁸), così non è per l'art. 2 CEDU, che impone una tutela assoluta. Da questo punto di vista, la protezione della vita privata meglio si presta, per la sua minore rigidità, alla tutela del bene giuridico ambiente, lasciando, infatti, agli Stati Membri la possibilità di svolgere un bilanciamento tra gli interessi confliggenti in questo ambito e riservando alla Corte EDU un sindacato sulla ragionevolezza di siffatto intervento statale (attraverso una ponderazione del margine di apprezzamento così lasciato ai Paesi Parte stessi). Tale esame mantiene dunque una certa flessibilità e adattabilità alle esigenze del caso concreto. Cionondimeno, occorre osservare che, allo stesso tempo, consegna una potenziale arbitrarietà nelle mani dei giudici di Strasburgo, che si accompagna necessariamente a una imprevedibilità del loro sindacato. Le maglie larghe dell'art. 8 CEDU assicurano del resto alla Corte EDU un *raggio di azione* più ampio e, altresì, generano maggiore *incertezza applicativa*.

La duttilità della declaratoria di violazione del diritto alla vita privata, che non impone "automaticamente" obblighi di tutela penale, affranca i giudici di Strasburgo dalle conseguenze derivanti da una declaratoria di violazione dell'art. 2 CEDU, che invece li prevede pressoché sempre (tanto che ora sono pretesi pure per ipotesi di responsabilità meramente colposa⁴²⁹). Conseguentemente, la *poliedricità* degli aspetti da considerare nel bilanciamento (come le spesso contrapposte esigenze di garanzia della occupazione e della salute) si riflette nella *disponibilità* di strumenti di protezione fra loro diversi, non richiedendosi automaticamente il ricorso a quello del diritto penale⁴³⁰.

⁴²⁷ *Ivi*, p. 151.

⁴²⁸ Per una lettura congiunta v. A. GALLUCCIO, *Profili generali sugli artt. 8-11*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, pp. 320-327.

⁴²⁹ Cfr. *infra*, cap. III, par. 5.

⁴³⁰ In senso favorevole v. S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso ILVA*, cit., pp. 152-154. Per un'interpretazione parzialmente contraria, in riferimento all'art. 13 CEDU, che ritiene attivabili le *substantive obligations* e le *procedural obligations in criminal law* anche per violazione dell'art. 8 CEDU v. G. D'AVINO, *La tutela ambientale tra interessi industriali strategici e preminenti diritti fondamentali (art. 8 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, Padova, 2020, pp. 757-762.

In dottrina, sono state mosse critiche alla decisione della Corte EDU nel caso *Cordella e altri c. Italia* rispetto all'affermata violazione dell'art. 8 CEDU in luogo dell'art. 2 CEDU⁴³¹. In particolare, gli appunti negativi sembrano concentrarsi sulla mancata declaratoria di inosservanza del diritto alla vita ritenendo sufficiente a tal fine la *potenzialità* della lesione del relativo interesse giuridico. Eppure, sembra doversi propendere per una diversa tesi, secondo la quale sia l'*incertezza scientifica* sia la *dimensione megalitica* dei problemi sottesi alla gestione dell'ex ILVA giustificano la *prudenza* dei giudici di Strasburgo. Già nel caso *Smaltini c. Italia*, come visto, si era condivisibilmente eretta una barriera avverso la pretesa della sanzione penale di provenienza della Convenzione EDU in assenza di un accertamento del rapporto di causa tra inquinamento e morte, parametrato sul concetto di conoscenza scientifica disponibile⁴³². Tale approccio, letto in una dimensione di incolumità pubblica e non più individuale, come nel caso *Cordella e altri c. Italia*, riguarda anche la scelta della norma CEDU da ritenere applicabile alla vicenda in giudizio. Propendendo infatti per la protezione della vita privata si lascia più spazio allo Stato. Per così dire, la *sussidiarietà del diritto* (art. 8 CEDU) informa la *sussidiarietà della imposizione* (non penale). Sicché, la consapevolezza della difficoltà di discernere i singoli decorsi causali e l'opportunità di lasciare allo Stato la scelta in favore della soluzione più adeguata al caso concreto (metaforicamente, i pesi da porre sui piatti della bilancia⁴³³) – fermo il sindacato dei giudici di Strasburgo su come essa viene svolta⁴³⁴ – finiscono per allontanare dall'*uso simbolico* e *strabordante* della pena e non possono quindi che essere salutati favorevolmente.

⁴³¹ Cfr. D. VOZZA, *Oltre la giustizia penale*, cit., p. 717 e ss. e S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso ILVA*, cit., p. 154 e ss. Vi coglie un «approccio regressivo» dei giudici di Strasburgo specie con riferimento al diritto all'informazione sui rischi ambientali per la salute ex art. 2 CEDU R.M. BARATTI, *Business and Human Rights nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani in materia di ambiente*, cit., p. 60 e ss.

⁴³² Cfr. C.EDU, sez. IV, sent. 16 aprile 2015, *Smaltini c. Italia*, par. 60.

⁴³³ Sulla difficoltà, anche in senso penalistico, di tale operazione v. P. SEVERINO, *Il nuovo diritto penale ambientale. Problemi di teoria del reato e profili sanzionatori*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2018, p. 190 e ss. e D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso ILVA*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2013, p. 44 e ss.

⁴³⁴ Per un caso ove si è ritenuto che la regolamentazione statale fosse stata adeguata v. C.EDU, Grande Camera, 8 luglio 2003, *Hatton e altri c. Regno Unito*. Con nota di H. POST, *The Judgment of the Grand Chamber in Hatton and Others v. the United Kingdom or: What is left of the 'indirect' right to a healthy environment?*, in *Non-State Actors and International Law*, n. 4/2004, pp. 135-157. Il caso riguarda il modo in cui i ricorrenti erano stati colpiti dall'attuazione, in termini normativi, del nuovo regime di regolamentazione dei voli notturni dell'aeroporto di Heathrow del 1993 e, quanto alle conseguenze di fatto, dal rumore provocato dagli aerei e dalle relative ripercussioni. Ricostruendo *come* era intervenuto lo Stato, la Corte EDU ha escluso che vi fosse stata violazione dell'art. 8 CEDU. In particolare, ha valorizzato: la mancanza di irregolarità a livello nazionale; la possibilità lasciata ai Paesi Parte di bilanciare il diritto alla vita privata con altri interessi della comunità di carattere economico; l'esistenza di un margine di apprezzamento per gli Stati Membri in tale ambito; le restrizioni comunque applicate ai voli a livello di disciplina aeroportuale; il costante monitoraggio della situazione su iniziativa delle autorità pubbliche preposte; la pubblicazione di un *Consultation Paper* ad opera del Paese Parte. Peraltro, pare utile sottolineare che i giudici di Strasburgo hanno distinto siffatta vicenda da quella di un altro caso, ove il margine di apprezzamento era da ritenersi ridotto in ragione della opzione statale per sanzioni di natura penale: «However, the sleep disturbances relied on by the applicants did not intrude into

Le eventuali difficoltà in termini di rispondenza statale rispetto al *dictum* delle sentenze della Corte EDU che in ipotesi ne conseguono (e che effettivamente si verificano, come dimostrato dalla presa d'atto dei mancati progressi delle autorità pubbliche nazionali nella gestione dell'ex ILVA nel caso *Ardimento e altri c. Italia*) rimangono certamente serie, ma si pongono su un piano diverso rispetto a quello qui trattato, di natura non sostanziale bensì procedurale (nel senso della Convenzione EDU): quello dell'architettura del procedimento successivo alla sentenza dei giudici di Strasburgo, con l'esecuzione affidata al Comitato dei Ministri ai sensi dell'art. 46 CEDU⁴³⁵. Tale constatazione non significa però che debba sostenersi l'irrilevanza delle sentenze in questione; anzi, con ogni probabilità gli interventi legislativi nazionali sono spesso influenzati, se non proprio guidati, dalle stesse⁴³⁶.

Da quanto appena visto, emerge che la “*transizione*” dall'art. 2 CEDU all'art. 8 CEDU, e dei relativi obblighi positivi, si verifica anche, se non in special modo, nel campo delle attività a rischio base lecito, laddove permanga un'incertezza sulla legge scientifica di copertura e sull'accertamento della sua validità anche nel caso sottoposto a giudizio⁴³⁷.

Lo “slittamento” da un diritto all'altro, finalizzato ad offrire comunque, pur nelle difficoltà di accertamento della dinamica etiologica, un margine di protezione rispetto a quanto manifestatosi nella vicenda concreta al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo è un dato non infrequente. Ciò può ravvisarsi dall'esame del caso *Taşkin e altri c. Turchia*⁴³⁸.

I fatti attenevano ai permessi concessi dalle autorità pubbliche turche a un'impresa che svolgeva attività di estrazione d'oro in una miniera ricorrendo alla tecnica della lisciviazione con cianuro di sodio, che aveva, secondo i ricorrenti, causato un rischio per la loro incolumità.

an aspect of private life in a manner comparable to that of the criminal measures considered in Dudgeon to call for an especially narrow scope for the State's margin of appreciation (see Dudgeon, cited above, p. 21, § 52, and paragraph 102 above)» C.EDU, Grande Camera, 8 luglio 2003, *Hatton e altri c. Regno Unito*, par. 123. Sull'importanza dell'incertezza scientifica nella valutazione riguardante il processo decisionale nazionale v. V. STOYANOVA, *Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, n. 2/2018, p. 23.

⁴³⁵ In proposito v. A. SACCUCCI, *La protezione dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in G. CATALDI – N. NAPOLETANO – A. CALIGIURI (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, 2010, pp. 493-534.

⁴³⁶ In generale, sulla giurisprudenza in ambito ambientale e la l. n. 68 del 2015, in senso positivo v. V. MANCA, *La tutela delle vittime da reato ambientale nel sistema Cedu*, cit., pp. 268-270. Per delle riserve in proposito v., invece, S. ZIRULIA, *Diritti umani e responsabilità colposa*, in M. DONINI (a cura di), *Enciclopedia del Diritto. I tematici, 2. Reato colposo*, Milano, 2021, pp. 401-402, il quale ritiene maggiormente rispondente ai desiderata CEDU il recente progetto di riforma in materia di diritto penale agroalimentare. Per delle ulteriori perplessità in chiave di Convenzione EDU circa il rapporto tra le nuove fattispecie di delitti ambientali e l'inquinamento di lungo corso e le malattie lungolatenti v. E. MAZZANTI, *La protezione penale dell'ambiente come diritto umano. Inquadramento e rilievi critici*, cit., p. 16. In particolare, sul ruolo della decisione nel caso *Cordella e altri c. Italia* rispetto al c.d. “decreto crescita” v. G. D'AVINO, *La tutela ambientale tra interessi industriali strategici e preminenti diritti fondamentali (art. 8 CEDU)*, cit., p. 741.

⁴³⁷ Tale constatazione si giova, come nella vicenda analizzata, delle emergenze risultanti dalle pronunce precedenti delle corti nazionali, oltre che delle allegazioni di parte.

⁴³⁸ C.EDU, sez. III, sent. 10 novembre 2004, *Taşkin e altri c. Turchia*.

I giudici di Strasburgo, interpellati rispetto alla violazione – per quanto qui interessa –, con riferimento alla protezione della vita privata, hanno ricordato che tale disposizione è posta a tutela di situazioni ove si verifichi un grave inquinamento ambientale, laddove questo pregiudichi il benessere degli individui e impedisca loro di godere della propria abitazione in modo tale da incidere negativamente sulla loro vita privata e familiare, senza tuttavia mettere in serio pericolo la loro salute. Prova di siffatto pregiudizio può essere ricavata anche da una procedura di valutazione ambientale. Dunque, l'esame della violazione dell'art. 8 CEDU consta in particolare di due aspetti: la bontà delle motivazioni addotte dalle autorità pubbliche nazionali per giustificare l'attività svolta e la correttezza dell'*iter* procedurale per accertarsi che se sia stata data giusta importanza agli interessi individuali.

La Corte EDU, in questo frangente, ha affermato la responsabilità della Turchia per violazione del diritto alla vita privata, anche basandosi sulle decisioni delle corti nazionali, che erano intervenute ritenendo la proroga del permesso di estrazione contraria all'interesse pubblico. Tale conclusione è stata raggiunta senza però alcun accertamento circa l'esistenza di un collegamento causale tra l'attività estrattiva e il pregiudizio lamentato dal ricorrente⁴³⁹. Evidente quindi l'aver ritenuto la mera presenza di rischi insiti nella condotta tenuta a livello industriale come sufficiente per una pronuncia di condanna di mancato rispetto delle *positive obligations*. Quello che più rileva è appunto che la disposizione utilizzata è stata quella dell'art. 8 CEDU, *completamente pretermettendo* quella dell'art. 2 CEDU. Tale opzione ermeneutica ha permesso ai giudici di Strasburgo di uscire dalle strettoie rappresentate dalla prova della causalità⁴⁴⁰ e ha anche evitato qualsivoglia riferimento ad esigenze di tutela penale.

Nell'ambito degli obblighi positivi scaturenti dal diritto all'ambiente, caratteristico del *modus operandi* della Corte europea dei diritti dell'uomo è il caso *Di Sarno e altri c. Italia*⁴⁴¹.

⁴³⁹ «In the instant case, the Court notes that the authorities' decision to issue an operating permit for the Ovacik gold mine was annulled by the Supreme Administrative Court (see paragraph 26 above). After weighing the competing interests in the present case against each other, the latter based its decision on the applicants' effective enjoyment of the right to life and the right to a healthy environment and concluded that the permit did not serve the public interest (ibid.). In view of that conclusion, no other examination of the material aspect of the case with regard to the margin of appreciation generally allowed to the national authorities in this area is necessary. Consequently, it remains for the Court to verify whether, taken as a whole, the decision-making process was conducted in a manner which complied with the procedural guarantees in Article 8» C.EDU, sez. III, sent. 10 novembre 2004, *Taşkin e altri c. Turchia*, par. 117.

⁴⁴⁰ Sul rilievo (ma non la decisività), della violazione della normativa nazionale per quanto concerne l'esistenza di obblighi positivi di tutela penale v. V. STOYANOVA, *Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 22.

⁴⁴¹ C.EDU, sez. II, sent. 10 gennaio 2012, *Di Sarno e altri c. Italia*. Con note di V. CARDINALE, *Il caso Di Sarno et a. contro Italia: riflessioni sul rapporto tra tutela dell'ambiente, diritto alla salute e gestione dei rifiuti*, in *federalismi.it*, n. 4/2013, pp. 1-17 e M. FERRARA, *La sentenza "Di Sarno e altri c. Italia": un ulteriore passo avanti della Corte di Strasburgo nell'affermazione di obblighi di protezione dell'ambiente*, in *La Comunità internazionale*, n. 1/2013, pp. 161-177.

In questo procedimento, veniva sottoposto al vaglio dei giudici di Strasburgo il servizio di raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti in Campania durante la nota “crisi” che aveva colpito la Regione soprattutto nel 2007/2008 e, in particolare, la scarsa diligenza delle autorità giudiziarie italiane nel perseguire i responsabili di tale situazione.

La Corte EDU, nel ricostruire la normativa applicabile, ha in particolare menzionato il principio di precauzione di cui all’art. 174 del Trattato che istituisce la Comunità europea⁴⁴², secondo il quale la mancanza di certezza delle conoscenze scientifiche e tecniche del momento non può giustificare il fatto che lo Stato Membro (dell’UE) ritardi l’adozione di misure effettive e proporzionate volte a prevenire il rischio di danni gravi e irreversibili all’ambiente. Ha inoltre rilevato che la Corte di Giustizia dell’Unione europea ne dà applicazione non tanto in materia ambientale (benché solo a questa la disposizione faccia riferimento in senso letterale), quanto piuttosto, se non soprattutto, in quella sanitaria⁴⁴³.

Per ciò che concerne gli obblighi positivi e negativi, i giudici di Strasburgo hanno ricordato come la distinzione tra i due non sia netta e, anzi, vi sia un certo grado di sovrapposizione tra di essi. Inoltre, essi hanno ribadito che i Paesi Parte sono gravati dal dovere sia di mettere in atto una regolamentazione idonea alle specificità della data attività in interesse (specie se pericolosa) – soprattutto a livello del rischio che potrebbe derivarne –, sia, con riferimento alle *procedural obligations*, di assicurare il pubblico accesso alle informazioni, cosicché i cittadini abbiano modo di valutare tale rischio.

Per ciò che si riferisce al rapporto tra evidenze scientifiche e salute delle persone, sulla scorta delle conclusioni opposte degli studi depositati dalle parti sul nesso di causalità tra l’esposizione ai rifiuti e l’aumento del rischio di sviluppare patologie quali tumori o malformazioni congenite, la Corte EDU ha sostenuto di non poter concludere nel senso dell’esistenza di una minaccia per la vita e la salute dei ricorrenti, così *distinguendosi* in maniera chiara dai giudici di Lussemburgo che avevano invece stabilito l’opposto (nella sentenza C-297/08, riguardante la medesima vicenda). Non trattandosi dunque di una

⁴⁴² Sulla tendenza a fare riferimento alla legislazione dell’Unione europea v. E. MAZZANTI, *La protezione penale dell’ambiente come diritto umano. Inquadramento e rilievi critici*, cit., p. 6 e pp. 11-13. L’Autore ritiene che l’emergenza rifiuti in Campania abbia rappresentato un «banco di prova per il dialogo tra UE e CEDU».

⁴⁴³ «In virtù del principio di precauzione, di cui all’articolo 174 del Trattato che istituisce la Comunità europea, la mancanza di certezza allo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche del momento non può giustificare il fatto che lo Stato ritardi l’adozione di misure effettive e proporzionate volte a prevenire il rischio di danni gravi e irreversibili all’ambiente. La giurisprudenza comunitaria ha applicato questo principio soprattutto nelle cause riguardanti la salute, mentre il trattato enuncia il principio soltanto per quanto riguarda la politica della Comunità in campo ambientale. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee (“CJCE”), allorché “esistono incertezze sull’esistenza o sulla portata dei rischi per la salute delle persone, le istituzioni possono prendere misure senza dover attendere che siano pienamente dimostrate la realtà e la gravità di questi rischi” (CJCE, 5 maggio 1998, Regno Unito/Commissione, Aff C-180/96, Rec. I-2265 e CJCE, 5 maggio 1998, National Farmer’s Union, C-157/96, Rec. I-2211)» C.EDU, sez. II, sent. 10 gennaio 2012, *Di Sarno e altri c. Italia*, par. 75. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

responsabilità per eventi lesivi o mortali, ha quindi inquadrato la vicenda nell'art. 8 CEDU, in luogo dell'art. 2 CEDU (pur evocato dai ricorrenti), ed è giunta ad affermare una condanna dello Stato Membro per l'incapacità dello stesso di porre rimedio alla situazione di emergenza, ritenendo invece assolto il dovere di pubblicità degli studi (con riferimento a quelli del Dipartimento della protezione civile resi noti nel 2005 e nel 2008).

La decisione assunta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in questo frangente pare rappresentare in maniera lampante la *diversità del suo vaglio* rispetto a quello della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Il secondo, infatti, è ancorato alla previsione del principio di precauzione nel testo di un Trattato e a una giurisprudenza estensiva in proposito oramai consolidata. Tale distinzione permette così di ritenere che i giudici di Strasburgo mantengono un *approccio meno invasivo* e più propenso all'*attenta ponderazione delle evidenze scientifiche*, non essendo disposti, in siffatti contesti di incertezza, a cedere alla spinta precauzionista, se confrontati con gli omologhi eurounitari. In questo senso, ancora una volta l'art. 8 CEDU permette di offrire una protezione adeguata, senza imporre l'elezione di un indirizzo scientifico piuttosto che un altro in un contesto di generale mancanza di accordo tra gli esperti, che sarebbe invece necessaria qualora si imponesse l'accertamento del nesso di causalità rispetto a morti o lesioni⁴⁴⁴.

Ulteriormente, la Corte EDU talvolta considera doglianze espresse in contesti di attività pericolose riferite all'art. 2 CEDU nell'ottica, invece, dell'art. 8 CEDU. Questo è avvenuto, tra l'altro, nella pronuncia nel caso *Tătar e altri c. Romania*⁴⁴⁵. Così ragionando, i giudici di Strasburgo operano un *allargamento* del perimetro degli obblighi positivi afferenti al diritto

⁴⁴⁴ V. *funditus infra*, cap. III, par. 4.1.

⁴⁴⁵ C.EDU, sez. III, sent. 27 gennaio 2009, *Tătar e altri c. Romania*. Con nota di D.L. SHELTON, *Tătar C. Roumanie, App. No. 67021/01*, in *American Journal of International Law*, n. 2/2010, pp. 247-253. Nell'occasione, è stata decisa una riqualificazione d'ufficio del parametro CEDU, dal diritto alla vita al diritto alla vita privata. La vicenda riguardava la denuncia presentata da una persona che riteneva che l'aggravamento della propria salute dipendesse dall'utilizzo fatto da una società partecipata pubblica, nei pressi della quale si trovava la sua abitazione, della tecnica di estrazione mineraria della lisciviazione con cianuro di sodio (la stessa del caso *Taskin e altri c. Turchia*, v. *supra*). In particolare, è stato affermato che, pur nell'importanza degli studi statistici basati su elementi "sufficienti" e "convincenti" in relazione all'accertamento delle "malattie moderne" in contesti di incertezza scientifica, non era stato dimostrato il nesso di causalità tra l'esposizione a certe dosi di cianuro di sodio e l'aggravamento dell'asma che affliggeva il ricorrente: «En l'absence d'éléments de preuve à cet égard, la Cour pourrait éventuellement se livrer à un raisonnement probabiliste, les pathologies modernes se caractérisant par la pluralité de leurs causes. Cela serait possible dans le cas d'une incertitude scientifique accompagnée d'éléments statistiques suffisants et convaincants. La Cour considère cependant qu'en l'espèce l'incertitude scientifique n'est pas accompagnée d'éléments statistiques suffisants et convaincants. Le document réalisé par un hôpital de Baia Mare et attestant un certain accroissement du nombre des maladies des voies respiratoires ne suffit pas, à lui seul, à créer une probabilité causale. La Cour constate donc que les requérants n'ont pas réussi à prouver l'existence d'un lien de causalité suffisamment établi entre l'exposition à certaines doses de cyanure de sodium et l'aggravation de l'asthme» C.EDU, sez. III, sent. 27 gennaio 2009, *Tătar e altri c. Romania*, parr. 105-106. Nonostante ciò, è stata rilevato una inosservanza dell'art. 8 CEDU per la passività delle autorità nazionali rumene nel fornire informazioni alla cittadinanza.

alla vita⁴⁴⁶, pur *mantenendo fermo* il distinguo in termini di prova del nesso di causalità e di gravità della violazione che intercorre tra esso e il diritto alla vita privata⁴⁴⁷.

In proposito, vi è chi registra un abbassamento del limite per la dimostrazione di una inosservanza della CEDU trattandosi di censure relative alle *procedural obligations* senza che sia necessaria la prova né del rischio né del danno⁴⁴⁸. Invero, tale constatazione pare eccessiva. Non si può non tenere da conto che la disposizione della Convenzione EDU presa in esame è e rimane l'art. 8 CEDU, la cui violazione non importa l'insorgere, in tali contesti, di obblighi positivi di tutela penale, ma si assesta sul dovere di un intervento a livello statale di tipo civilistico e o amministrativo. Permane quindi una tendenziale linearità di giudizio: solo alla *certezza del danno* per la salute consegue l'attivazione del massimo presidio di cui all'art. 2 CEDU.

Ancora, non è secondario l'aspetto della pronuncia attinente al ruolo dello Stato riguardo il privato affidatario di un servizio pubblico, concernente, in questa vicenda, le varie fasi di gestione dei rifiuti. La Corte EDU ha infatti stabilito che il dovere di vigilanza delle autorità pubbliche si estende anche a quanto svolto dall'operatore non statale.

A ben vedere, ciò costituisce un'estrinsecazione della responsabilizzazione dello Stato Membro, che viene chiamato a proteggere i principi della CEDU anche per ciò che si riferisce alle attività dei privati e, in specie, delle imprese (per quanto in un ambito assai prossimo a quello di rilievo direttamente pubblicistico, trattandosi di un *public service*).

Alla luce dell'insieme delle pronunce soprarichiamate, può dirsi che l'art. 8 CEDU è l'autentico *baricentro* dell'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia ambientale. In particolare, affinché possa ritenersi sussistente una violazione del sotteso principio occorre che siano integrati due requisiti.

In primis, deve trattarsi di un *severe environmental pollution* con ripercussioni sulle persone fisiche, di talché il godimento della vita priva e familiare, oltre che del proprio domicilio, deve normalmente superare un determinato livello, parametrato secondo un giudizio di gravità e di intensità, oltre che di conseguenze fisiche e psicologiche.

In secundis, tale pregiudizio deve essere causalmente correlato agli effetti patiti dalle vittime, quantomeno secondo evidenze di carattere epidemiologico. Altrimenti, laddove si sia in

⁴⁴⁶ Il riferimento qui è a quanto affermato in C.EDU, Grande Camera, sent. 30 novembre 2004, *Öneriyildiz c. Turchia* e C.EDU, sez. I, sent. 20 marzo 2008, *Budayeva e altri c. Russia*. Cfr. *infra*, cap. III, par. 3. Trattasi in effetti di un allargamento dello spettro di tutela offerto dalla Convenzione EDU. Cfr. M. FERRARA, *La sentenza "Di Sarno e altri c. Italia"*, cit., pp. 163-164.

⁴⁴⁷ Parla di «un'astratta situazione di rischio e [della] presunzione che questa sia idonea a pregiudicare il godimento del diritto alla vita privata e familiare» M. FERRARA, *La sentenza "Di Sarno e altri c. Italia"*, cit., p. 167.

⁴⁴⁸ Si arriva così a delineare «una responsabilità oggettiva a carico dello Stato, per i pericoli derivanti dall'esercizio di attività pericolose» M. FERRARA, *La sentenza "Di Sarno e altri c. Italia"*, cit., p. 172.

presenza di un certo tasso di *scientific uncertainty*, non può affermarsi alcun conflitto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Ciò detto, non può non sottolinearsi come il *quid* probatorio richiesto per affermare la inosservanza dell'art. 8 CEDU si pone su un gradino assai più basso rispetto all'art. 2 CEDU. A fronte di questa maggiore facilità applicativa, lo stesso non risulta però circondato di presidi altrettanto invasivi, come, su tutti, il ricorso al diritto penale. Infatti, non trattandosi di proteggere il bene vita, non si riscontra, nelle sentenze citate, l'imposizione di obblighi positivi di tutela penale, né sostanziali né procedurali.

Questa opzione non deve però far propendere per la conclusione che la Corte EDU esprima una preferenza per una minore garanzia di tutela: la declaratoria di violazione dell'art. 8 CEDU si accompagna infatti ad una pretesa di informazione dei cittadini specie nei contesti di incertezza scientifica.

Inoltre, come visto, essa lascia ampi margini di intervento ai giudici di Strasburgo, i quali si riservano di valutare il bilanciamento operato dallo Stato tra il *well-being* dei cittadini e la produzione industriale oltre che di censurare il dovere di vigilanza delle autorità pubbliche rispetto alle imprese private che svolgano attività a rischio base consentito.

Ciò ha portato a rilevare come venga solitamente lasciata – pur ciò scontando un certo grado di ineffettività (che va comunque imputato al meccanismo esecutivo delle sentenze dei giudici di Strasburgo da parte del Comitato dei Ministri, come detto *supra*) – alle autorità pubbliche *più vicine* alle vicende oggetto di giudizio l'opzione per quale strumento adottare in concreto. Così operando, si permette una considerazione maggiormente organica e meno rigida alla soluzione di problemi densi di complessità, salvaguardando da una potenziale espansione oltremisura della dimensione punitiva, altrimenti trainata da una spinta spiccatamente precauzionistica.

Le constatazioni di cui sopra devono essere verificate in altre situazioni, pur in parte sovrapponibili a quelle tratteggiate, che attengono al *risk management* nell'ambito di attività a rischio base lecito, ove le categorie giuridiche sinora studiate vengono sottoposte a *stress test*. Segnatamente, trattasi di considerare la casistica dei disastri e dell'esposizione a sostanze tossiche.

3. I disastri come laboratorio dell'art. 2 CEDU nelle dinamiche etiologiche complesse

Il “settore” degli eventi disastrosi⁴⁴⁹ è uno di quelli ove la valutazione della responsabilità dello Stato da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo relativamente agli obblighi positivi di tutela penale presenta aspetti di interesse in tema di causalità. Sovente, infatti, l’accertamento della esatta dinamica causale è complesso, o, comunque, esiste un dibattito tra esperti di settore (perlomeno al momento della tenuta della condotta rilevante, attiva od omissiva, presa in esame) e ciò influisce sull’avanzamento o meno di una pretesa di punizione.

Premettendo che vi si ritornerà anche con riguardo alla responsabilità colposa e alle scelte di tutela (cfr. *infra*, cap. III, par. 5), il *leading case* nell’ambito del *disaster law* in rapporto alle attività rischiose lecite è *Öneryildiz c. Turchia*⁴⁵⁰, sul quale è opportuno qui soffermarsi. La vicenda concerneva un’esplosione di metano avvenuta presso la discarica comunale di una località nei pressi di Istanbul il 28 aprile 1993, che aveva coinvolto dei caseggiati costruiti nei pressi. I ricorrenti, in particolare, invocavano gli artt. 2 e 8 CEDU, ritenendo che le autorità nazionali turche fossero state responsabili della morte dei loro parenti stretti e della distruzione dei rispettivi beni a seguito della *mala gestio* dello stoccaggio dei rifiuti e del conseguente evento disastroso.

La Corte europea dei diritti dell’uomo ha inizialmente ricostruito i fatti riguardanti la realizzazione della discarica nella zona e della baraccopoli sviluppatasi a ridosso di essa. Ha condotto tale analisi soffermandosi specialmente sulle misure adottate dall’Amministrazione pubblica locale in proposito. Successivamente, si è concentrata sull’evento catastrofico in sé. Esso era consistito nella esplosione di metano verificatasi in detto sito industriale, alla quale era seguito uno smottamento causato dalla pressione crescente, di talché i rifiuti che erano fuoriusciti avevano inghiottito una decina di abitazioni dell’insediamento irregolare nelle vicinanze, arrivando a uccidere 39 persone e a distruggere diverse abitazioni.

Come di frequente, i giudici di Strasburgo hanno posto attenzione ai procedimenti giudiziari istituiti dalle autorità nazionali, richiamando quelli amministrativi e, soprattutto, le indagini penali. Relativamente a queste seconde, hanno sottolineato che, all’esito del disastro, era stata esercitata l’azione penale nei confronti di due sindaci dell’area per il reato previsto dal codice penale turco di omessa esecuzione di ordini superiori, e che gli stessi erano stati condannati in via definitiva a una pena pecuniaria sospesa condizionalmente.

⁴⁴⁹ Sul “diritto penale dei disastri” v., tra gli altri, A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica, t. I, I reati di comune pericolo mediante violenza*, in C.F. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2008, p. 161 ss.

⁴⁵⁰ C.EDU, Grande Camera, sent. 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turchia*. Con note di D. XENOS, *Asserting the Right to Life (Article 2, ECHR) in the Context of Industry*, in *German Law Journal*, n. 3/2007, pp. 231-253 e di A. GERRY, *Oneryildiz v Turkey*, in *European Human Rights Law Review*, n. 2/2005, pp. 203-212.

Con attinenza alle questioni di diritto, la Corte EDU si è soffermata in specie sull'art. 2 CEDU. Esordendo dagli obblighi positivi promananti da tale disposizione, ha richiamato la giurisprudenza relativa al dovere per lo Stato di adottare un sistema legislativo e amministrativo che offra una deterrenza efficace avverso le minacce che ad esso sono rivolte. Ciò è vero in special modo nel settore delle attività a rischio base lecito, ove occorre che siano presi in considerazione numerosi aspetti della operatività aziendale (pubblica o privata), come concessione di licenze, creazione, funzionamento, sicurezza e supervisione⁴⁵¹.

I giudici di Strasburgo hanno quindi guardato alla risposta giudiziaria data all'evento catastrofico, concludendo che, proprio al fine di attuare quel sistema normativo soprarichiamato, le violazioni non fossero state adeguatamente represses e punite. Pur ammettendo che, tendenzialmente, laddove l'addebito per la *loss of life* sia non a titolo intenzionale quanto piuttosto colposo (in proposito, v. *infra*, cap. III, par. 5) non è richiesto l'uso del diritto penale, in quest'occasione hanno ritenuto necessario lo svolgimento di indagini di natura penale in ragione del fatto che esse possono meglio portare a scoprire quanto accaduto, specialmente quando la ricostruzione si presenta assai complessa. Gli obblighi di effettività della tutela in capo allo Stato, ad avviso della Corte EDU, si rivolgono alla qualificazione giuridica del fatto, oltre che allo svolgimento di indagini, processo ed esecuzione penali.

Stabiliti questi principi, i giudici di Strasburgo hanno rilevato una violazione sotto il profilo procedurale dell'art. 2 CEDU. Per quanto interessa in questa sede, infatti, hanno affermato che il quadro normativo turco fosse *in abstracto* idoneo, prevedendo due diverse disposizioni volte a punire violazioni involontarie del diritto alla vita in contesti pericolosi. La censura si è invece focalizzata sulla conclusione del processo nei confronti dei due sindaci, condannati per un reato di omissione colposa nell'esercizio delle proprie funzioni a una multa di circa 9,70 euro, peraltro sospesa per assenza del rischio di recidiva. La Corte EDU ha ravvisato una duplice inosservanza: l'omessa incriminazione degli indagati per reati aventi quale bene giuridico la vita (pur a fronte del verificarsi di eventi morte) e l'applicazione di *derisory fines*, inidonee ad esplicare un'efficacia deterrente.

⁴⁵¹ «This obligation indisputably applies in the particular context of dangerous activities, where, in addition, special emphasis must be placed on regulations geared to the special features of the activity in question, particularly with regard to the level of the potential risk to human lives. They must govern the licensing, setting up, operation, security and supervision of the activity and must make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks» C.EDU, Grande Camera, sent. 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turchia*, par. 90.

Sono lapalissiane sia la *innovatività* sia l'*importanza* della sentenza resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Öneryildiz c. Turchia*, per più ordini di ragioni⁴⁵².

In premessa, va segnalato che si è in presenza di una decisione assunta nella composizione della Grande Camera. È stato infatti inaugurato, con tale *dictum*, l'importante orientamento giurisprudenziale che pretende l'uso dello strumento penale (in tutte le sue articolazioni, dalle indagini, al processo e quindi al *sentencing*) nei settori dove vengono svolte attività rischiose lecite⁴⁵³. A ben vedere, la penalità, nell'ottica dei giudici di Strasburgo, si *adatta* alle esigenze che si impongono in siffatti contesti peculiari.

In primis, l'attività degli inquirenti è funzionale a scoprire quanto accaduto e a discernerne le cause (come noto, operazioni di frequente assai complicate, ad esempio per la necessità di dispendiosi mezzi di indagine), oltre che a permettere di indagare le autorità pubbliche nazionali, spesso depositarie delle informazioni in questione.

In secundis, i Tribunali statali sono investiti di una *doppia responsabilità*: la scelta della qualificazione giuridica delle condotte e la perimetrazione dell'ammontare della sanzione. E ciò viene in evidenza proprio in un ambito, la gestione dei rifiuti, che interessa direttamente il diritto alla vita e quindi implica il ricorso allo strumento penale. In effetti, il diritto penale, quale articolazione del diritto pubblico, viene evocato nel momento in cui un siffatto interesse primario risulta vulnerato e si trasforma nella *cartina al tornasole* della *qualità* del sistema normativo adottato dallo Stato Membro. Segnatamente, attraverso la verifica degli esiti del suo utilizzo nel caso concreto (e, quindi, prendendo in esame gli obblighi positivi procedurali), la Corte EDU si pone nelle condizioni di accertare se e in che grado il *legal framework* abbia *concretamente* funzionato.

Per chiarezza, occorre tenere presente che l'art. 8 CEDU non assume il *minimo rilievo* nella vicenda sottesa al caso in considerazione, venendo, diversamente, impegnato l'art. 2 CEDU. Sembra potersi dire che è la *dimensione megalitica* del danno causato, direttamente impattante la vita delle vittime, che impegna nell'immediato l'art. 2 CEDU. In questo senso, i giudici di Strasburgo non devono sforzarsi di circoscrivere l'esatto decorso causale, o comunque non sono costretti a scegliere tra tesi scientifiche contrapposte che facciano

⁴⁵² Sulla novità rappresentata dal "diritto a un procedimento penale" derivante da tale pronuncia nel settore dei disastri e delle attività a rischio base consentito v. K.C. LAUTA, *New Fault Lines? On Responsibility and Disasters*, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 2/2014, p. 143 e C. LACROIX, *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Le droits au procès pénal en cas de catastrophes*, in *Risques, études et observations*, n. 3/2011, p. 177.

⁴⁵³ Trattasi infatti del primo ricorso accolto relativamente all'art. 2 CEDU nell'ambito dell'attività industriale. Cfr. D. XENOS, *Asserting the Right to Life (Article 2, ECHR) in the Context of Industry*, cit., p. 231.

permanere un margine di incertezza. Invero, il problema si *concentra tutto* sull'adeguatezza della reazione statale, poiché il nesso di causalità è stato pacificamente accertato⁴⁵⁴.

A ben vedere, proprio la censura sulla fattispecie di reato di cui all'imputazione nel processo in Turchia riflette l'imposizione, rivolta al Paese Parte, di selezionare un reato che descriva il rapporto di causa tra le omissioni a livello di autorità pubbliche e la violazione del diritto alla vita⁴⁵⁵. L'ambiente, qui, è solamente il quadro nel quale si verificano gli avvenimenti.

Ciò detto, è altresì significativo il passaggio della pronuncia ove la Corte EDU spiega i contenuti del *legal framework* nei contesti a rischio base lecito – che annovera anche la produzione di tipo industriale (quale è lo smaltimento dei rifiuti *sub specie* di discarica)⁴⁵⁶ – a prescindere dalla identità pubblicistica o privatistica dell'attività in esame⁴⁵⁷. Imporre che le normative nazionali si interessino della concessione delle licenze alle imprese, oltre che della loro creazione, del loro successivo funzionamento, nella garanzia della sicurezza di quanto svolto, attraverso la supervisione delle relative attività, non è infatti altro che la domanda, avanzata dai giudici di Strasburgo nei riguardi degli Stati Membri, di ricorrere a tutti quegli accorgimenti di tipo legislativo e regolamentare che sono propri dell'*approccio prevenzionistico*. Esso, quindi, continua a porsi *un passo prima* della sanzione penale. In altri termini, la prevenzione si inserisce, seppur non necessariamente a chiare lettere, quale frammento rilevante del *continuum* del sistema normativo statale (in un certo senso, *pre-penale*), rappresentando un elemento la cui verifica si impone per poterne accertare la rispondenza ai criteri della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ In effetti, laddove le attività pericolose riguardino situazioni ove è chiaro che vi sia stato un errore umano oppure le stesse siano sottoposte alla regolamentazione o comunque al controllo di autorità pubbliche è più agevole accertare la sussistenza di una responsabilità statale, nel senso dell'esistenza di un rapporto di causalità tra omissioni della PA (quale mancanza di un'adeguata disciplina normativa) e danno cagionato. Cfr. V. STOYANOVA, *Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 16.

⁴⁵⁵ L'aspetto di messa in pericolo della vita, infatti, sembra lasciato in ombra nella contestazione del reato di omessa esecuzione di ordini rivolta ai sindaci imputati in luogo di quello – si suppone – di omicidio colposo. Cfr. D. XENOS, *Asserting the Right to Life (Article 2, ECHR) in the Context of Industry*, cit., p. 248.

⁴⁵⁶ Pare interessante notare che la classificazione quale *dangerous activity* viene fatta sulla base del rinvio agli atti del Consiglio d'Europa che menzionano standard per il *waste management*, indicati nella sezione "Relevant law" della decisione. Cfr. D. XENOS, *Asserting the Right to Life (Article 2, ECHR) in the Context of Industry*, cit., p. 237.

⁴⁵⁷ La sua origine è infatti irrilevante. Lo sottolinea (malgrado il caso trattato riguardi chiaramente agenti statali) D. XENOS, *Asserting the Right to Life (Article 2, ECHR) in the Context of Industry*, cit., p. 237.

⁴⁵⁸ Alla luce di tale principio di diritto, può essere significativo considerare la responsabilità amministrativa da reato degli enti secondo il d.lgs. n. 231 del 2001. Del resto, prevedere la predisposizione di modelli di organizzazione e gestione e la creazione di un organismo di vigilanza preposto al controllo sul loro funzionamento, osservanza e aggiornamento si pone in armonia con tale esigenza *mediata* dallo Stato consistente nella messa in opera di una disciplina legislativa rivolta alle imprese, da ultimo finalizzata alla protezione *indiretta* degli stessi consociati. Tra l'altro, a seguito della novella con l. n. 68 del 2015, nel novero dei reati presupposto è stato incluso anche il disastro ambientale all'art. 452 *quater* c.p. Per una sintesi multidisciplinare dei profili eterogenei di *compliance* aziendale e di "responsabilità 231" v. D. CASTRONUOVO – G. DE SIMONE – E. GINEVRA – A. LIONZO – D. NEGRI – G. VARRASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019. Sulla riforma del 2015 v. C. BERNASCONI, *Art. 1, commi 2, 3, 4, 5,*

In relazione ai disastri, oltre alla gestione dei rifiuti (che si pone, invero, a un livello intermedio tra la tutela dell'ambiente e della incolumità pubblica attesa la concreta dinamica fenomenologica dell'evento disastroso), si rintracciano svariate tipologie di situazioni eterogenee ove vengono pretesi obblighi positivi di tutela penale, riassumibili nel concetto di manifestazioni atmosferiche catastrofiche⁴⁵⁹. Ad esempio, vi si può annoverare lo straripamento di un bacino idrico e la conseguente inondazione di abitati limitrofi. Sul tema, è opportuno considerare i casi *Budayeva e altri c. Russia*⁴⁶⁰ e *Kolyadenko e altri c. Russia*⁴⁶¹. In *Budayeva e altri c. Russia*, i ricorrenti lamentavano la violazione, tra l'altro, degli artt. 2 e 8 CEDU poiché, a loro avviso, le autorità nazionali russe dovevano ritenersi responsabili della morte del sig. Budayev, della messa in pericolo delle loro vite e della distruzione dei loro beni, in ragione dell'incapacità dello Stato russo di mitigare le conseguenze di una inondazione verificatosi a Tyrnauz (Caucaso) dal 18 al 25 luglio 2000.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dapprima considerato la storia dell'insediamento urbano in questione e degli interventi pubblici che nel tempo erano stato attuati al fine di ridurre il rischio di smottamenti cui la zona era esposta a causa della presenza di un fiume e di suoi tributari. Si è quindi concentrata sulla costruzione della diga, finalizzata a prevenire eventuali eventi disastrosi, e sulle condizioni di quest'ultima prima della inondazione oggetto di contestazione.

Per quanto riguarda l'applicabilità dell'art. 2 CEDU, i giudici di Strasburgo hanno ricordato che tale disposizione stabilisce un obbligo positivo per gli Stati di adottare misure appropriate per salvaguardare la vita di coloro che rientrano nella loro giurisdizione, essendo applicabile nel contesto di qualsiasi attività, pubblica o meno, in cui possa venire in gioco il diritto alla vita e, in particolare, nella sfera dei rischi industriali o delle attività a rischio base lecito. Per quanto concerne le *substantive e procedural positive obligations*, ciò implica

6 e 8. *L'ampio spettro di modifiche introdotte dalla l. 68/2015 (Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente): i riflessi su eterogenei profili di disciplina*, in *Leg. pen.*, 11.01.2016, p. 1 e ss.

⁴⁵⁹ In questo settore vengono tendenzialmente aggiunti dei requisiti integrativi per la sussistenza di violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in ottica di limitazione della responsabilità statale. Cfr. C.EDU, sez. II, sent. 17 novembre 2015, *Özel e altri c. Turchia*. Con nota di L. VERDONCK, *It is time for the European Court to step into the business and human rights debate: a comment on Özel & Others v. Turkey*, in *Strasbourg Observers*, 7.12.2015, p. 1 e ss. La vicenda riguardava un terremoto che aveva causato dei crolli di edifici e, conseguentemente, la morte di alcuni occupanti. Nella motivazione della pronuncia sono stati introdotti i criteri della *imminenza* del rischio naturale e la sua *chiara identificabilità*: «in connection with natural hazards, that the scope of the positive obligations imputable to the State in the particular circumstances would depend on the origin of the threat and the extent to which one or the other risk is susceptible to mitigation, and clearly affirmed that those obligations applied in so far as the circumstances of a particular case pointed to the imminence of a natural hazard that had been clearly identifiable, and especially where it concerned a recurring calamity affecting a distinct area developed for human habitation or use» C.EDU, sez. II, sent. 17 novembre 2015, *Özel e altri c. Turchia*, par. 112.

⁴⁶⁰ C.EDU, sez. I, sent. 20 marzo 2008, *Budayeva e altri c. Russia*.

⁴⁶¹ C.EDU, sez. I, sent. 28 febbraio 2012, *Kolyadenko e altri c. Russia*.

adottare delle misure di regolamentazione e informare adeguatamente il pubblico su qualsiasi emergenza che metta in pericolo la vita della persona, nonché garantire che ogni evento morte sia seguito da un'inchiesta giudiziaria.

Considerando le evidenze istruttorie, la Corte EDU ha concluso che non vi fosse alcuna giustificazione per le omissioni delle autorità nazionali russe nell'attuazione delle politiche di pianificazione territoriale e di soccorso d'emergenza nell'area pericolosa di Tyrnauz per quanto riguarda la prevedibile esposizione dei residenti, compresi tutti i ricorrenti, a rischi mortali. Inoltre, ha ritenuto che vi fosse un nesso causale tra, da un lato, i gravi difetti a livello di gestione amministrativa che avevano impedito la loro attuazione e, dall'altro, la morte del marito della ricorrente e le lesioni subite dal primo e dal secondo ricorrente e dai membri delle rispettive famiglie. Parallelamente, i giudici di Strasburgo hanno constatato che la questione della responsabilità dello Stato per l'incidente non era mai stata indagata o esaminata da alcuna autorità giudiziaria o amministrativa. Pertanto, la Corte EDU ha affermato una violazione dell'art. 2 CEDU sia degli obblighi sostanziali sia di quelli procedurali.

In *Kolyadenko e altri c. Russia*, i ricorrenti sostenevano che lo Stato russo fosse responsabile di aver messo in pericolo la loro vita e di aver danneggiato le loro case e i loro beni a causa di un'improvvisa esondazione su larga scala dell'acqua dal bacino di Pionerskoye (Vladivostok) e della conseguente inondazione dell'area circostante il bacino del 7 agosto 2001, così violando gli artt. 2 e 8 CEDU.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha preso in esame la situazione climatica di Vladivostok, le previsioni meteo del giorno dell'evento e, quindi, i vari momenti della inondazione in rilievo, comprese le successive operazioni di salvataggio. Ha poi esaminato il procedimento penale che ne è seguito, comprese le consulenze tecniche depositate, oltre al relativo esito.

Particolare interesse presentano le argomentazioni svolte dai giudici di Strasburgo in relazione all'aspetto procedurale degli obblighi positivi nella protezione del diritto alla vita. Infatti, in quella parte delle motivazioni, la Corte EDU ha affermato che un'indagine ufficiale di natura penale è necessaria, specie qualora si tratta di attività pericolose, poiché le autorità pubbliche nazionali sono spesso le uniche a disporre di conoscenze sufficienti per identificare e stabilire i complessi fenomeni che potrebbero aver causato un incidente. Sicché, laddove tali autorità si rendano pienamente conto delle probabili conseguenze e non intervengano facendo uso dei propri poteri, le misure necessarie e sufficienti richieste dall'art. 2 CEDU allo Stato, al fine di scongiurare i rischi esistenti, sono di diritto penale

(consistenti nello svolgimento di indagini, processi ed esecuzione) e non di diritto civile (come il riconoscimento di un risarcimento del danno).

I giudici di Strasburgo hanno censurato l'operato degli inquirenti statali, i quali, pur in presenza di carenze note alle persone competenti a intervenire, avevano archiviato l'indagine che era stata inizialmente aperta. Non essendo stata inflitta una sanzione penale, è stata dunque ravvisata una violazione del diritto alla vita, dato che un procedimento civile di risarcimento dei danni, in situazioni quali quella in evidenza, non può dirsi sufficiente.

Orbene, dalla lettura dei casi sopracitati (*Öneryildiz c. Turchia, Budayeva e altri c. Russia e Kolyadenko e altri c. Russia*), sembra ritrovarsi la dicotomia esistente tra diritto alla vita e diritto alla vita privata, ma questa volta con un *favor* per l'art. 2.

Il *discrimen* pare delinearci su due aspetti dirimenti: l'accertamento del *nesso di causa* e la lesione del *bene vita*.

Ciò significa che per affermare una violazione dell'art. 2 CEDU deve stabilirsi anzitutto la sussistenza di una *causalità omissiva impropria in delitti contro la incolumità pubblica o individuale*. Nelle dinamiche etiologiche complesse (esplosione di metano in una discarica o esondazione di bacino idrico⁴⁶²), la Corte europea dei diritti dell'uomo sposta il focus sulla correttezza della scelta sanzionatoria. Pertanto, si appalesa lo "spirito" prevenzionistico.

Una volta accertata infatti la dinamica causale pur appunto complicata e constatato che l'evento che ha assunto rilievo è lesivo (anche, oltre che di interessi quali il diritto all'abitazione ecc.) direttamente del bene vita, il problema si pone *interamente* sull'art. 2 CEDU e, quindi, inevitabilmente sulle *positive obligations* di natura penale che da esso necessariamente promanano.

A ben vedere, benché permanga il silenzio da parte dei giudici di Strasburgo rispetto alla scelta di una teoria della causalità, pare che essi solitamente svolgano un duplice ordine di valutazioni: il primo, secondo cui occorre accertare il rapporto tra la condotta omissiva statale e l'evento e, il secondo, rispetto al quale è richiesta una *prevedibilità* in capo alle autorità pubbliche⁴⁶³.

⁴⁶² Questa seconda, proprio per la ineliminabile componente di imprevedibilità che connota i fenomeni atmosferici, sembra comportare una minore "cogenza" degli obblighi positivi nei confronti dello Stato Membro, quantomeno in rapporto al diritto di proprietà. Cfr. V. STOYANOVA, *Fault, knowledge and risk within the framework of positive obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 616 ed EAD., *Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 17-18.

⁴⁶³ Propone questa doppia valutazione Benedetto Conforti. «A conclusion that can be drawn from the Strasbourg case-law is that no violation is found in cases where there is lack of a causal link between the behaviour of the State and the event. [...] Couched in simple terms, in the opinion of the present author, the causation, as it appears in the case-law of the Court concerning the obligations of prevention, is strictly linked to the 'foreseeability' of the wrongful event» B. CONFORTI, *Exploring the Strasbourg Case-Law: Reflections on the State Responsibility for the Breach of Positive Obligations*, in M. FITZMAURICE – D. SAROOSHI (a cura di), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Londra, 2004, pp. 134-135. Sulla

Sposando questa interpretazione, e adoperando le lenti del penalista italiano, si direbbe quasi che occorra accertare una *causalità umana (rectius, statale)*⁴⁶⁴.

La Corte EDU esclude, in parallelo, la vigenza di una sorta di “*but for*” test, secondo il quale sarebbe necessario svolgere un ragionamento secondo i criteri della *condicio sine qua non*⁴⁶⁵: supponendo che lo Stato Membro avesse ottemperato all’obbligo positivo la violazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo non si sarebbe verificata⁴⁶⁶.

Si registra dunque una riluttanza a utilizzare la *teoria condizionalistica* rispetto agli obblighi positivi di tutela penale⁴⁶⁷.

Insomma, il nesso causale potrebbe essere ritenuto integrato solamente ove i pubblici rappresentanti responsabili potessero ragionevolmente prevedere l’esito dannoso o pericoloso della condotta omissiva tenuta rispetto alla tutela del bene vita.

Nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo sugli obblighi positivi di tutela penale in questo ambito persistono in definitiva due tendenze problematiche: per un verso, la *resistenza* a individuare criteri orientativi chiari per verificare la sussistenza della causalità e, per altro verso, la *giustapposizione* tra questioni riguardanti quest’ultima, con altre, tra loro diverse, afferenti all’elemento soggettivo oppure a generici criteri di *reasonableness*⁴⁶⁸.

4. L’esposizione a sostanze tossiche e le leggi scientifiche tra protezione del diritto alla vita e del diritto alla vita privata *intra-* ed *extra-* contesti lavorativi

scarsa considerazione della *causation* nell’ambito degli obblighi positivi v. V. STOYANOVA, *Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 5. Sui rapporti tra *knowledge* e *causation* v. anche D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, cit., p. 76.

⁴⁶⁴ Per tutti, v. F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934.

⁴⁶⁵ Recentemente, a livello monografico, v. K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013.

⁴⁶⁶ Cfr. V. STOYANOVA, *Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 7. V. anche C.EDU, Grande Camera, sent. 24 ottobre 2002, *Mastromatteo c. Italia*, par. 74 (cfr. *supra*, cap. II, par. 1.2) Cfr. V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 78-79; EAD., *Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 25-26; ed E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, cit., p. 275.

⁴⁶⁷ *Inter alia*, v. F. STELLA, *La “descrizione” dell’evento, vol. I, L’offesa - Il nesso causale*, Milano, 1970.

⁴⁶⁸ Cfr. V. STOYANOVA, *Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 7 e ss. L’Autrice raccoglie le parole solitamente utilizzate nei pronunciamenti per descrivere la causalità: “*causal link*”; “*direct causal link*”; “*direct and immediate link*”; “*strong enough link*”; “*sufficient nexus*”; “*due to*”; “*can be linked directly*”; “*significant influence*”; “*bearing*”; “*foreseeable*”. Evidente, dunque, la mancanza di una terminologia coerente.

L'esposizione a sostanze tossiche⁴⁶⁹ rappresenta uno dei settori principali ove si registra la difficoltà, in tema di nesso di causalità, nel delineare compiutamente la relazione tra gli obblighi positivi derivanti dagli artt. 2 e 8 CEDU, come già visto per la protezione dell'ambiente (cfr. *supra*, cap. III, par. 2). Ci si concentrerà in questa sede sulla tutela della sicurezza sul luogo di lavoro, dove il diritto alla vita e alla vita privata vengono in evidenza nel contesto intra-aziendale, per poi spostare lo sguardo su quello extra-aziendale.

A ben vedere, la Corte europea dei diritti dell'uomo contempla la prevenzione degli infortuni sul lavoro quale manifestazione particolare del generale diritto alla salute⁴⁷⁰. Giova quindi affrontare la casistica di maggiore momento, distinguendo per tipologia di sostanza.

Occorre anzitutto considerare l'inhalazione di fibre di asbesto nel contesto lavorativo⁴⁷¹, che, seppur con le sue note peculiarità, costituisce un banco di prova assai significativo per studiare l'approccio dei giudici di Strasburgo in questo ambito⁴⁷². Per meglio illustrarlo giova prendere in esame il caso *Brincat e altri c. Malta*⁴⁷³.

In tale vicenda, il congiunto di un lavoratore deceduto per mesotelioma pleurico e altri colleghi di questi affetti da patologie asbestocorrelate sostenevano che tali malattie fossero state contratte in ragione dell'esposizione all'amianto durante l'attività lavorativa da loro svolta presso un cantiere navale in proprietà pubblica a Malta e che lo Stato maltese non li avesse salvaguardati dai rischi da ciò derivanti, lamentando, a un tempo, la violazione sia dell'art. 2 CEDU sia dell'art. 8 CEDU.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, per ciò che concerne l'art. 2 CEDU, ha ribadito che i Paesi Parte hanno un obbligo positivo di adottare misure appropriate per salvaguardare la

⁴⁶⁹ Tra gli altri, v. S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018.

⁴⁷⁰ Per una ricostruzione del *right to health* nei tre contesti ambientale, lavorativo e sanitario v. la *partly concurring, partly dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque nel caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo* (C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*). Con nota di D. CASTRONUOVO, *Un approccio "pro persona" al diritto alle cure nei casi di colpa medica. L'opinione del giudice Pinto de Albuquerque in Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2020, pp. 683-695. Segnatamente, il Giudice afferma che «The Court has, however, failed to provide a coherent approach to causality and the subjective link between the authorities' conduct and the harm to life and health, assessing sometimes both requirements, or at least one of them, and sometimes neither» Opinione in parte concorrente, in parte dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque (annessa a C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*), par. 47. Sul tema della colpa medica nella CEDU v. *infra*, cap. III, par. 10.

⁴⁷¹ Sui processi di "malapolvere" in Italia v. S. ZIRULIA, *Il caso Eternit: profili generali in tema di amianto e responsabilità penale*, in L. FOFFANI – D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia, vol. II, Impresa e sicurezza*, Bologna, 2015, p. 73 ss. e D. CASTRONUOVO, *Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale dolosi*, in L. FOFFANI – D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia, vol. II, Impresa e sicurezza*, Bologna, 2015, p. 107 ss.

⁴⁷² Per un rassegna dei *putative asbestos cases* v. M. BARETTA – O. OSHA – S.J. HOWARD-BROWN – V. FREIRE – V. DELIEGE, *An investigation of the right to life according to the ECHR regime: putative asbestos case*, in *Diritti comparati*, 5.09.2019, pp. 1-19.

⁴⁷³ C.EDU, sez. V, sent. 24 luglio 2014, *Brincat e altri c. Malta*. Con nota di E. SYCHENKO, *Occupational Health in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Brincat v. Malta*, in *Strasbourg Observers*, 8.09.2014, p. 1 e ss.

vita di coloro che rientrano nella loro giurisdizione, specialmente con riferimento ad attività industriali intrinsecamente pericolose, o a rischio base lecito.

Rispetto alla vicenda sottoposto al loro vaglio, i giudici di Strasburgo hanno sottolineato che l'azienda ove erano addetti i ricorrenti era di proprietà e sotto il controllo governativo. Inoltre, hanno ribadito che il diritto alla vita viene in evidenza qualora si sia verificato un decesso oppure anche laddove vi sia un grave rischio di morte (il ricorrente era infatti in vita al momento della presentazione dell'atto).

La Corte EDU ha dunque ritenuto che la morte per mesotelioma fosse causalmente correlata all'esposizione all'amianto avvenuta durante il periodo di lavoro trascorso presso il cantiere navale, valorizzando il fatto che si tratta di una malattia neoplastica rara e associata all'esposizione all'asbesto. Inoltre, essa ha rilevato che l'interessato aveva lavorato presso l'azienda per più di un decennio (1959-1974) e non era stato asserito che si fosse contaminato altrove oppure da altre fonti. Insomma, essa ha concluso per la sussistenza del nesso di causalità tra l'inalazione delle fibre di amianto in ambito lavorativo e il conseguente decesso. Diversamente, gli altri ricorrenti (eccetto uno), soffrivano di diverse patologie asbestocorrelate (quali placche pleuriche e inspessimenti pleurici), ma non avevano ancora sviluppato un mesotelioma e, dunque, non erano ancora deceduti, né, in quel dato momento, poteva dirsi che lo sviluppo di tale neoplasia maligna fosse certo né che gli stessi si trovassero in pericolo di vita. Poiché difettavano tali requisiti, i giudici di Strasburgo, ammettendo che gli obblighi positivi promananti dalle due disposizioni interessate della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono pressoché i medesimi e ponendosi in linea con la propria giurisprudenza, hanno spostato l'attenzione sulla valutazione dell'art. 8 CEDU⁴⁷⁴.

Tenendo a mente tale distinzione, la Corte EDU ha accertato che, nei primi anni '70, quando i lavoratori erano stati esposti all'amianto, le autorità nazionali maltesi avrebbero dovuto, o comunque potuto, essere a conoscenza della nocività di tali sostanze e, quindi, sarebbero

⁴⁷⁴ «The Court has also held on many occasions that the State has a positive duty to take reasonable and appropriate measures to secure an applicant's rights under Article 8 of the Convention (see, among many other authorities, *López Ostra*, cited above, § 51, Series A no. 303-C; *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, 21 February 1990, § 41, Series A no. 172; and, more recently, *Di Sarno and Others v. Italy*, no. 30765/08, § 96, 10 January 2012). In particular, the Court has affirmed a positive obligation of States, in relation to Article 8, to provide access to essential information enabling individuals to assess risks to their health and lives (see, by implication, *Guerra and Others*, cited above, §§ 57-60; *López Ostra*, cited above, § 55; *McGinley and Egan*, cited above, §§ 98-104; and *Roche*, cited above, §§ 157-69). In the Court's view, this obligation may in certain circumstances also encompass a duty to provide such information (see, by implication, *Guerra and Others*, cited above, §§ 57-60; and *Vilnes and Others*, cited above § 235). It has also recognised that in the context of dangerous activities, the scopes of the positive obligations under Articles 2 and 8 of the Convention largely overlap (see *Budayeva and Others*, cited above, § 133). Indeed, the positive obligation under Article 8 requires the national authorities to take the same practical measures as those expected of them in the context of their positive obligation under Article 2 of the Convention (see *Kolyadenko and Others*, cited above, § 216)» C.EDU, sez. V, sent. 24 luglio 2014, *Brincat e altri c. Malta*, par. 102.

state nelle condizioni di prendere opportune iniziative⁴⁷⁵. Inoltre, dagli anni '80 ai primi anni 2000, la legislazione era stata carente in quanto non aveva regolato adeguatamente il funzionamento delle attività legate all'amianto né aveva previsto misure pratiche per garantire l'effettiva protezione dei dipendenti la cui vita poteva essere stata messa in pericolo dal rischio intrinseco di esposizione a detta sostanza. Quindi, anche la limitata protezione offerta da tale normativa non aveva avuto alcun impatto sui ricorrenti, poiché sembrava essere rimasta inapplicata. Da ultimo, nessuna informazione adeguata era stata data ai lavoratori⁴⁷⁶.

Per queste ragioni, in relazione al decesso per mesotelioma, i giudici di Strasburgo hanno ravvisato una violazione dell'art. 2 CEDU relativamente agli obblighi positivi sostanziali. Diversamente, non ne hanno ravvisata una per quelli procedurali. Ciò si deve al ritenuto mancato esaurimento dei rimedi interni, e non, quindi, a una valutazione di merito⁴⁷⁷.

In definitiva, la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Brincat e altri c. Malta* è consistita nella declaratoria di violazione dell'art. 2 CEDU per il lavoratore deceduto e, invece, dell'art. 8 CEDU per quelli solamente ammalati. Tale approdo rappresenta in maniera cristallina la differenza di condizioni per poter riconoscere un'inosservanza delle *positive obligations* se derivanti dal diritto alla vita oppure dal diritto alla vita privata.

⁴⁷⁵ Tale constatazione si è fondata su tre ordini di considerazioni: in primo luogo, già dai primi anni '30 Malta poteva accedere a studi scientifici in lingua inglese che evidenziavano i rischi connessi all'esposizione all'amianto. In secondo luogo, la decisione di una Corte maltese nel caso Pellicano degli anni '70, attinente a un risarcimento danni per esposizione all'asbesto, doveva considerarsi un riconoscimento da parte dello Stato dei danni alla salute connessi all'amianto. In terzo luogo, la tarda entrata in vigore della Convenzione dell'OIL in tema di standard minimi da rispettare nell'uso dell'asbesto (solo nel 1986) non rilevava poiché l'intervento legislativo deve basarsi sulle evidenze scientifiche e non su provvedimenti normativi, che rispondono, nei tempi di adozione, ad altre logiche (anche di tipo economico). Cfr. D. VOZZA, *Obblighi di tutela penale del diritto alla vita ed accertamento del nesso causale*, cit., p. 50. Sulla rilevanza di queste conclusioni nel contesto italiano rispetto alla conoscibilità della tossicità dell'amianto v. M. BARETTA – O. OSHA – S.J. HOWARD-BROWN – V. FREIRE – V. DELIEGE, *An investigation of the right to life according to the ECHR regime*, cit., p. 5. Sul rischio di una "post factum reference" su conoscenze scientifiche riferite al passato v. V. STOYANOVA, *Fault, knowledge and risk within the framework of positive obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 607. Sull'attività normativa come indice di consapevolezza statale v. *ivi*, p. 609. Rispetto allo standard della "objective scientific research" per affermare lo *State knowledge* v. EAD., *Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 6.

⁴⁷⁶ Sull'ambito di vigenza delle *positive obligations to provide information* v. E. SYCHENKO, *Occupational Health in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, cit., p. 1.

⁴⁷⁷ In particolare, essa è da imputare alla mancata proposizione della denuncia querela per omicidio colposo innanzi alle autorità nazionali maltesi: «The Court further notes that there was nothing preventing the applicants from lodging a complaint in order to bring their concerns to the Government's attention. In these circumstances, the applicants in application no. 62338/11 should have at least lodged a complaint with the relevant authorities concerning the death of Mr Attard and requested an investigation and the prosecution of those responsible. However, no such action was undertaken by the applicants» C.EDU, sez. V, sent. 24 luglio 2014, *Brincat e altri c. Malta*, par. 126. Da una lettura attenta dei paragrafi della decisione a ciò dedicati, infatti, si intravede che la conclusione sarebbe stata diversa se non si fosse presentata tale questione processuale. Il perno dell'argomentazione ruota infatti attorno alla conoscenza, protrattasi per decenni e con almeno un precedente rilevante di condanna al risarcimento in sede civile per diversa ma analoga vicenda, della opportunità di ottenere giustizia innanzi alla giurisdizione statale attraverso l'attivazione dei prossimi congiunti del ricorrente.

Mentre, nel primo, deve accertarsi che si sia in presenza di un evento morte (o di un pericolo per la vita), nel secondo, ciò non è necessario. Inoltre, il nesso di causalità deve essere *rigorosamente* accertato solamente per l'art. 2 CEDU, come del resto operato dai giudici di Strasburgo nel giudizio in interesse. Essi si dilungano infatti sulla carriera dell'operaio morto per mesotelioma, sforzandosi di svolgere un *giudizio di tipo condizionalistico*, con accertamento sia della *causalità generale* (in termini di legge scientifica applicabile) sia di quella *individuale* (escludendo decorsi causali diversi).

Esempio di questa attività interpretativa è il riferimento all'assenza di fonti di contaminazione da fibre di amianto alternative a quelle constatate, risultando agli atti solamente il periodo di lavoro presso la citata azienda (ove era stata appurata la presenza della sostanza e l'inadeguatezza dei presidi).

Come già esplicitato, l'art. 8 CEDU si pone in rapporto di sussidiarietà con l'art. 2 CEDU e i giudici di Strasburgo si preoccupano di affrontare la sola protezione della vita privata, in ragione della presenza di mere patologie non letali per ciò che riguardava i restanti ricorrenti che avevano dimostrato di soffrirne.

Effettivamente, la verifica della sussistenza del nesso di causalità pare perdere di importanza, in favore di un'analisi dell'adeguatezza in astratto e in concreto del quadro normativo nazionale. Riscontrata l'assenza, viene così affermata la violazione anche degli obblighi positivi di cui all'art. 8 CEDU. Appare chiaro che, ancora una volta, l'*inferiorità* del grado di danno o pericolo implica un accertamento *meno rigoroso* sul piano causale.

Nella vertenza, la problematica della incertezza scientifica sembra venire in superficie, benché solo in via *indiretta*.

Infatti, sotto la lente della Corte europea dei diritti dell'uomo viene posta non tanto la mancanza di consenso in termini tecnici e nel circolo degli esperti sulla insorgenza del mesotelioma e di altre patologie asbestocorrelate per esposizione ad amianto sul luogo di lavoro, bensì l'insufficienza dell'operato delle autorità nazionali maltesi nel governare il rischio sotteso a siffatta attività industriale. Sicché, l'oggetto della censura dei giudici di Strasburgo diviene l'ingiustificata *inerzia* nel prendere contezza da parte delle stesse delle evidenze scientifiche disponibili in studi internazionali.

Inoltre, la parte della sentenza laddove la Corte EDU si è concentrata sull'esistenza di obblighi positivi procedurali deve essere esaminata partitamente, considerando le statuizioni dapprima in tema di art. 2 CEDU e poi in tema di art. 8 CEDU.

Per ciò che concerne l'art. 2 CEDU, si è ribadita (forse ancora con maggiore fermezza, dato il dettaglio nel quale l'argomentazione dei giudici di Strasburgo è entrata pur in presenza, di tutta evidenza, di una inammissibilità del ricorso in proposito) la pretesa dello svolgimento

di indagini penali, l'esercizio della relativa azione e, quindi l'affermazione di responsabilità in relazione all'esposizione all'amianto in ambito industriale nell'evenienza di un decesso per mesotelioma pleurico del lavoratore. Ciò impone allo Stato Membro di rispondere alla domanda di protezione della vittima di reato giungendo a un accertamento dei fatti, a una individuazione dei responsabili e a una loro condanna a una pena adeguata.

Tale dovere di punire pare lasciare intendere che quei procedimenti penali che non abbiano avuto l'esito che sembrano pretendere i giudici di Strasburgo potrebbero essere oggetto di censura da parte di questi ultimi, sotto il profilo delle *procedural positive obligations*⁴⁷⁸.

Con rispetto all'art. 8 CEDU, la declaratoria di violazione degli obblighi positivi sostanziali e non procedurali merita attenzione. Ciò che balza agli occhi è come la Corte EDU ha escluso recisamente che la valutazione di tale seconda tipologia di *positive obligations* abbia ragion d'essere rispetto al diritto alla vita privata. Dunque si può dedurre che la protezione di quest'ultima, in contesti di sicurezza sul luogo di lavoro e di esposizione a sostanze tossiche (accertate come tali), permette al Paese Parte di astenersi dall'utilizzare la sanzione penale innanzi a patologie asbestocorrelate, fintantoché le stesse non arrivino a rappresentare una *immediata pericolosità* per la vita della persona/paziente.

4.1. Il buio scientifico, la CEDU e il principio di precauzione

Gli obblighi positivi nell'ambito delle attività a rischio base lecito inevitabilmente riguardano l'anticipazione della tutela penale, imponendo di considerare l'angolazione del principio di precauzione⁴⁷⁹.

Seppure di provenienza più strettamente eurounitaria⁴⁸⁰, infatti, la sua applicazione si rintraccia altresì nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo attinente al dovere di punire.

⁴⁷⁸ Sulla rispondenza ai criteri della Convenzione europea dei diritti dell'uomo delle imputazioni (anche a fronte della loro significatività in relazione agli esiti processuali), come nei casi del Petrolchimico di Porto Marghera o Eternit, v. S. ZIRULIA, *Art. 2 – Diritto alla vita*, cit., pp. 64-65 e ID., *Diritti umani e responsabilità colposa*, cit., pp. 405-406.

⁴⁷⁹ Per dei contributi monografici v. F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, 2013; E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti dell'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013; e D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012. Rispetto alle *positive obligations* dovrebbe più propriamente trovare applicazione il principio di prevenzione. Cfr. V. STOYANOVA, *Fault, knowledge and risk within the framework of positive obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 607, spec. nt. 42.

⁴⁸⁰ Il riferimento qui è soprattutto all'art. 191 par. 2 TFUE e alla *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, Bruxelles, 2 febbraio 2000.

Terreno di elezione del *precautionary principle*⁴⁸¹ nella dimensione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è certamente quello della sicurezza, individuale e collettiva, con particolare riferimento alla tutela della vita e della salute.

Propulsori della tutela penale di tale principio sono, per un verso, il simbolismo penale⁴⁸² e il desiderio di sicurezza⁴⁸³ e, per altro verso, la vaghezza (che si presta di per suo a un'utilizzazione impropria⁴⁸⁴) insita nella nozione stessa di precauzione⁴⁸⁵.

Interrogarsi sul rango riconosciuto al principio di precauzione in questa sede significa chiedersi se lo stesso possa generare doveri di punizione in capo allo Stato⁴⁸⁶, portando quindi a considerare questioni quali la legittimità e la opportunità delle scelte di incriminazione in contesti di incertezza scientifica⁴⁸⁷.

Esaminata l'esposizione all'amianto (cfr. *supra*, cap. III, par. 4), occorre quindi soffermarsi su situazioni ove, a differenza dell'inalazione delle predette fibre, sussiste *massima incertezza scientifica*, fino a potersi parlare di vero e proprio «buio scientifico»⁴⁸⁸. Caratteristiche in questo senso sono quelle del contatto dell'uomo con le radiazioni nucleari (nel caso *L.C.B c. Regno Unito*⁴⁸⁹) e, inoltre, con le onde elettromagnetiche emesse da antenne per la telefonia mobile (nel caso *Luginbühl c. Svizzera*⁴⁹⁰).

In *L.C.B c. Regno Unito*, la ricorrente, che aveva sofferto di leucemia sin da giovane, lamentava, tra l'altro, la violazione dell'art. 2 CEDU in quanto a suo dire il Regno Unito aveva volontariamente esposto il padre e altri militari stanziati a *Christmas Island*, luogo

⁴⁸¹ Definibile quale «criterio di gestione del rischio in situazioni di incertezza scientifica circa possibili effetti dannosi ipoteticamente collegati a determinate attività, installazioni, impianti, prodotti, sostanze» D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., pp. 18-19.

⁴⁸² Cfr. S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, n. 2/2003, p. 491 e ss.

⁴⁸³ Per un contributo collettaneo v. M. DONINI – M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.

⁴⁸⁴ Cfr. D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 31 e ss.

⁴⁸⁵ Cfr. *ivi*, pp. 43-44, p. 51 e ss. e p. 76 e ss. Sul tema della sostituzione dell'intervento penale con quello civile e amministrativo in determinati settori a dinamica etiologica incerta, per tutti, v. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001.

⁴⁸⁶ In proposito v. F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit.

⁴⁸⁷ «Il problema più difficile resta, ovviamente, quello del se sia legittimo, ed eventualmente in quali casi, rafforzare tali divieti od obblighi con sanzioni punitive o addirittura penali» D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 41. L'Autore individua l'esigenza di una verifica con rispetto ai principi costituzionali di ragionevolezza, proporzione, offensività, *ultima ratio* e responsabilità personale. Esigenza, questa – si può aggiungere – che si rinviene specialmente nel confronto con gli obblighi positivi. Sul principio di precauzione e il dovere di informare, in generale, v. G. FORTI, «Accesso» alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, pp. 155-225 e, nella CEDU, v. M. PACINI, *Principio di precauzione e obblighi di informazione a protezione dei diritti umani*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2014, pp. 586-591.

⁴⁸⁸ Così F. DIAMANTI – L. MESSORI, *La sicurezza agroalimentare fra danno da prodotto e principio di precauzione: dall'incertezza epistemica al buio scientifico, dalla scienza applicata alla post-normal science*, in G. DE FRANCESCO – G. MORGANTE (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della società del rischio: un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, Torino, 2017, p. 321.

⁴⁸⁹ C.EDU, sent. 9 giugno 1998, *L.C.B. c. Regno Unito*.

⁴⁹⁰ C.EDU, sez. IV, sent. 17 gennaio 2006, *Luginbühl c. Svizzera*.

ove erano stati condotti esperimenti nucleari da parte di tale Stato Membro, a radiazioni, determinando per trasmissione l'apparizione della malattia dalla quale ella era affetta. In particolare, sosteneva che, qualora i suoi genitori fossero stati informati dei rischi che correvano e la sua salute fosse stata monitorata sin da bambina, avrebbe potuto meglio trattare la patologia che la affliggeva, diminuendo il correlato rischio per la vita.

Nella propria decisione, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è concentrata sul tema dirimente della certezza scientifica circa il nesso di causa tra l'esposizione alla sostanza e la malattia della ricorrente.

In particolare, i giudici di Strasburgo hanno evidenziato che, dalla lettura degli atti, non erano disponibili misurazioni del tasso di esposizione individuale alle radiazioni nel padre della ricorrente e che, quindi, non fosse possibile stabilire con certezza se, nel corso dello svolgimento delle proprie mansioni, egli fosse stato esposto a livelli pericolosi per la salute. Peraltro, il genitore non aveva lamentato alcun sintomo tipico derivante da tale situazione. Inoltre, la Corte EDU ha aggiunto che, diversamente, misurazioni del tasso di esposizione generale nelle zone ove operava il personale militare ordinario erano sì disponibili, ed esse non raggiungevano livelli pericolosi. In termini di responsabilità delle autorità pubbliche del Regno Unito, tale constatazione è stata a suo avviso rilevante, specie circa la consapevolezza del rischio per la salute in coloro che operavano presso l'Isola al tempo di detti test nucleari. Insomma, nel ragionamento dei giudici di Strasburgo, l'assenza di prova circa la sussistenza del *rapporto di causalità materiale* tra l'esposizione (peraltro nemmeno accertata in termini di pericolosità per la salute umana) del personale stanziato nel luogo in interesse e la malattia insorta nella ricorrente è stata sufficiente a escludere qualsiasi rimprovero nei confronti delle autorità pubbliche, che non avevano quindi ragione di attivarsi per scongiurare il (supposto) rischio per la sua vita. Anche facendo riferimento a procedimenti attinenti alle medesime questioni innanzi alle corti nazionali, hanno così escluso qualsivoglia profilo di responsabilità statale, poiché nessuna censura sull'*elemento soggettivo* può essere mossa in assenza dell'accertamento di quello *oggettivo* (compreso il nesso di causa)⁴⁹¹.

Inoltre, benché l'art. 8 CEDU non fosse stato evocato dalla ricorrente innanzi alla Commissione (e quindi ciò avesse precluso l'esame di tale questione in ragione di siffatto

⁴⁹¹ «Having examined the expert evidence submitted to it, the Court is not satisfied that it has been established that there is a causal link between the exposure of a father to radiation and leukaemia in a child subsequently conceived. As recently as 1993, the High Court judge sitting in the cases of Reay and Hope v. British Nuclear Fuels PLC, having examined a considerable amount of expert evidence, found that “the scales tilt[ed] decisively” in favour of a finding that there was no such causal link (see paragraph 19 above). The Court could not reasonably hold, therefore, that, in the late 1960s, the United Kingdom authorities could or should, on the basis of this unsubstantiated link, have taken action in respect of the applicant» C.EDU, sent. 9 giugno 1998, *L.C.B. c. Regno Unito*, par. 39.

vizio procedurale), la Corte EDU, pur ritenendo astrattamente rilevante tale disposizione nella vicenda, ha escluso l'applicabilità del diritto alla vita privata proprio alla luce di quanto sostenuto con riguardo al diritto alla vita *ex art. 2 CEDU*⁴⁹².

L'esame del *dictum* della Corte europea dei diritti dell'uomo lascia intendere che non residua spazio per obblighi positivi espressione del *precautionary principle* qualora non si sia giunti a un livello *minimo* di accertamento dei fatti, che assicuri l'individuazione di una condotta e di un evento tra loro collegabili attraverso un rapporto di causalità e non un mero *post hoc propter hoc*. *Mutatis mutandis*, quindi, come se dovesse accertarsi un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, la responsabilità statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo non può essere ritenuta sussistente se *prima* non si è dimostrato l'elemento oggettivo e, quindi, il nesso di causa⁴⁹³.

A ben vedere, nella vicenda trattata, manca proprio qualsivoglia *evidenza* statistica che attesti la trasmissibilità della patologia a livello di dato genetico tra padre e figlia e, quindi, difetta un per quanto minimo criterio scientifico sufficientemente orientativo.

I giudici di Strasburgo hanno dunque sancito che laddove l'incertezza scientifica sia autoevidente *per tabulas* non solo non può pretendersi la declaratoria di violazione dell'art. 2 CEDU, ma nemmeno troverebbe fortuna financo *sulla base dei medesimi argomenti* una supposta inosservanza del diritto alla vita privata. Pare dunque potersi sostenere che la Corte EDU si sia eretta a guardiana o *gate keeper* dell'ingresso della *junk science* nel giudizio, o, quantomeno, della verificabilità a livello empirico del rispetto del *metodo scientifico* (soprattutto in termini di studi di settore che avvalorino le tesi dell'interessato). Per l'imposizione della tutela *penale*, dunque, non residua nessuno spazio se manca una legge scientifica che descriva il caso concreto.

Muovendo all'approfondimento del secondo caso, in *Luginbühl c. Svizzera* la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affrontato le *positive obligations* in relazione a uno dei *leitmotiv* della logica del principio di precauzione: quello delle *electromagnetic waves* e dei relativi effetti sulla persona⁴⁹⁴.

⁴⁹² «The Court recalls that these complaints were not raised before the Commission (see paragraph 21 above). It therefore has no jurisdiction to consider them (see paragraph 35 above). The Court observes that, in principle, it would be open to it to consider in relation to Article 8 the applicant's complaint regarding the State's failure of its own motion to advise her parents and monitor her health prior to her diagnosis with leukaemia (see the above-mentioned Guerra and Others judgment, pp. 222–24, §§ 39–46). However, having examined this question from the standpoint of Article 2, it does not consider that any relevant separate issue could arise under Article 8, and it therefore finds it unnecessary to examine further this complaint» C.EDU, sent. 9 giugno 1998, *L.C.B. c. Regno Unito*, parr. 45-46.

⁴⁹³ Sull'assenza di tale prova nella vicenda in questione v. V. STOYANOVA, *Fault, knowledge and risk within the framework of positive obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 619.

⁴⁹⁴ In tema di esposizione alle onde elettromagnetiche e lesioni colpose v. F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., pp. 195-196 e D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., pp. 125-129.

Segnatamente, la ricorrente lamentava la violazione dell'art. 8 CEDU, da ricondurre a delle emissioni, pur al di sotto dei limiti soglia, da parte di antenne per la telefonia mobile gestite da una società attiva nel settore, che aveva espresso l'intenzione di aumentare il numero degli apparecchi esistenti. In particolare, la stessa portava a fondamento della propria doglianza una sentenza del Tribunale federale svizzero ove era stato espressamente stabilito che, essendo ella elettrosensibile, aveva subito un danno reale anche di fronte a un decimo dei valori limite applicabili, asserendo, inoltre, che le sofferenze potessero essere ulteriormente aggravate nella evenienza della costruzione di una nuova antenna.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha inizialmente ripercorso i contenuti e la giurisprudenza relativa alla protezione della vita privata. Segnatamente, ha esplicitato che gli Stati Membri, per ciò che concerne questioni ambientali, godono di un ampio margine di apprezzamento, ma che comunque sono gravati da obblighi positivi non solamente nei rapporti verticali (Stato-cittadino), ma anche orizzontali (tra privati, siano essi persone fisiche o giuridiche). L'aspetto dirimente è quello della *ragionevolezza* dell'equilibrio raggiunto tra interessi confliggenti, dovendosi assicurare che il Paese Parte abbia adottato le misure necessarie affinché sia garantita sufficiente tutela *ex art. 8 CEDU*⁴⁹⁵.

I giudici di Strasburgo, con particolare riferimento al principio di precauzione, hanno ritenuto che le autorità pubbliche elvetiche avessero dato dimostrazione sia dell'aggiornamento sotto il profilo scientifico sia dell'adattamento dei limiti di esposizione. Tale constatazione si è basata su di uno studio dell'Agenzia svizzera per l'ambiente, le foreste e il paesaggio del 2003 che menzionava il margine di dubbio esistente sugli effetti di tali onde elettromagnetiche e su come la medesima Agenzia avesse presentato un progetto per un nuovo programma finalizzato a condurre ulteriori ricerche in proposito. Poiché era stata data applicazione alle disposizioni in materia e non erano stati superati i valori limite,

⁴⁹⁵ «La Cour a déclaré à maintes reprises que, dans des affaires soulevant des questions liées à l'environnement, l'Etat devait jouir d'une marge d'appréciation étendue (Hatton et autres, précité, § 100). En l'espèce, le projet d'aménagement de l'antenne litigieuse provient de deux entreprises privées (TDC Switzerland AG et Orange Communications SA). A ce sujet, il convient de rappeler que si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut aussi impliquer l'adoption par ceux-ci de mesures visant au respect des droits garantis par cet article jusque dans les relations des individus entre eux (voir parmi d'autres, Stubbings et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 22 octobre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV, pp.1505, § 62; Surugiu c. Roumanie, no 48995/99, § 59, 20 avril 2004). Que l'on aborde l'affaire sous l'angle d'une obligation positive, à la charge de l'Etat, d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que les requérants invoquent en vertu du paragraphe 1 de l'article 8, ou sous celui d'une ingérence d'une autorité publique à justifier sous l'angle du paragraphe 2, les principes applicables sont assez voisins. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble. En d'autres termes, il suffit de rechercher si les autorités nationales ont pris les mesures nécessaires pour assurer la protection effective du droit des intéressés au respect de leur vie privée et familiale garanti par l'article 8 (López Ostra c. Espagne, arrêt du 9 décembre 1994, série A no 303-C, § 55; Hatton et autres, précité, § 98)» C.EDU, sez. IV, sent. 17 gennaio 2006, *Luginbühl c. Svizzera*.

oltre che appunto in forza del dibattito scientifico esistente sul tema, la Corte EDU ha dunque ritenuto che il Paese elvetico si fosse mantenuto legittimamente nel perimetro del proprio margine di apprezzamento⁴⁹⁶. Inoltre, per quanto si riferisce alla peculiare sensibilità della ricorrente, i giudici di Strasburgo hanno valutato che lo Stato non fosse tenuto ad adottare misure ulteriori per la sua situazione, in forza della perdurante discussione esistente a livello tecnico-scientifico, ma anche in quanto permaneva il suddetto *margin of appreciation* e, inoltre, sussisteva un (*contro*)*interesse* della società moderna a una rete di telefonia mobile completa⁴⁹⁷. La Corte EDU ha pertanto escluso la violazione dell'art. 8 CEDU.

Da tale decisione pare potersi dedurre che, in presenza di un *dubbio* su un danno ancora prima che sull'esistenza di un rapporto di causalità, la Corte europea dei diritti dell'uomo esclude la violazione dell'art. 8 CEDU (pur ritenendolo astrattamente applicabile nel contesto di emissioni di onde elettromagnetiche).

Effettivamente, non si tratta tanto di una compromissione lieve del diritto alla vita privata, che permetterebbe di giungere comunque a una decisione liberatoria nei confronti dello Stato. Piuttosto, sembra che la sentenza esaminata si sia accontentata dalla mancanza di un *consenso scientifico* sulla lesività di tali emissioni, peraltro sulla scorta delle ricerche delle autorità statali preposte e delle pronunce delle corti nazionali che le menzionavano. La precauzione, quindi, pare non *persuadere* i giudici di Strasburgo al punto da ritenere che il bilanciamento operato dal Paese Parte sia meritevole di censura in sede CEDU.

Osservando più attentamente il ragionamento addotto, si evince in specie che il rispetto dei valori soglia autoimposti sia un dato non trascurabile. Addirittura, la particolare sensibilità alle onde elettromagnetiche in determinate persone non giustifica *alcuna* tutela ulteriore, nemmeno "pre-penale" (amministrativa o civilistica).

Pertanto, si può giungere alla deduzione che, in contesti di *scientific uncertainty* non si pretendono né obblighi positivi di tutela penale né, tantomeno, un bilanciamento "verso l'alto", eccessivamente anticipatore della protezione delle (del tutto potenziali) vittime più fragili. Fintantoché lo Stato si adopera e investe risorse negli studi e dimostra di adeguare la propria normativa alle sopravvenute scoperte scientifiche, rispettando nelle more la propria

⁴⁹⁶ «Ces démarches témoignaient, aux yeux de la Cour, des efforts entrepris par les autorités compétentes pour suivre le développement scientifique en la matière et pour réexaminer périodiquement les valeurs limites applicables. Quant aux autorités compétentes, chargées de mettre en œuvre la politique de la téléphonie mobile, elles ont dûment appliqué les dispositions pertinentes en la matière, tout en respectant les valeurs limites en vigueur. Compte tenu de l'état du débat scientifique actuel en la matière, elles n'ont pas dépassé leur marge d'appréciation conférée par la législation suisse» C.EDU, sez. IV, sent. 17 gennaio 2006, *Luginbühl c. Svizzera*.

⁴⁹⁷ «Compte tenu de ce qui précède, et eu égard en particulier à la marge d'appréciation étendue dont jouit l'Etat en la matière ainsi qu'à l'intérêt porté par la société moderne pour un réseau de téléphonie mobile intégral, on ne saurait considérer l'obligation de prendre de plus amples mesures pour protéger les droits de la requérante comme raisonnable ou adéquate au sens de la jurisprudence précitée» C.EDU, sez. IV, sent. 17 gennaio 2006, *Luginbühl c. Svizzera*.

legislazione esistente, non possono muoversi rimproveri in chiave di diritto alla vita privata. Soprattutto, non si può pretendere l'adozione e l'attuazione di limiti soglia di esposizione significativamente più *bassi* di quelli esistenti a seconda delle caratteristiche fisiche dei consociati possibilmente esposti alle sostanze in interesse.

Dalla lettura dei casi *L.C.B c. Regno Unito* e *Luginbühl c. Svizzera* diviene evidente come non possa essere mosso un rimprovero di sorta a uno Stato Membro in assenza di *certezza scientifica* sulla causazione del lamentato esito pregiudizievole per la vita, perlomeno in rapporto all'art. 2 CEDU.

Il principio di precauzione, dunque, laddove utilizzato in contesti ove non è chiaro il rapporto di causalità tra la condotta, attiva od omissiva, e l'evento non sembra idoneo a determinare l'insorgenza di un rimprovero che implichi, com'è per il diritto alla vita, la pretesa, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, di obblighi positivi nei confronti dei Paesi Parte, anche in forma di presidi di tipo penale. In questo senso, infatti, non deve dimenticarsi che il riscontro di una inosservanza per l'art. 2 CEDU determinerebbe pressoché in automatico l'attivazione di un vincolo assai stringente per il Paese Parte che fosse destinatario della statuizione di condanna, comportando l'applicazione di *rigidi schematismi* che mal si conciliano con un *debole accertamento* delle dinamiche causali.

All'esito della ricostruzione proposta, può dirsi inoltre che l'art. 8 CEDU ricomprende un ventaglio estremamente ampio di condotte che comportano o possono comportare effetti negativi per l'individuo, come del resto evincibile dall'astrattezza della lettera della disposizione e dalla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo in proposito.

La sua duttilità è quindi il "segreto" del suo successo, poiché abbraccia situazioni afferenti, tra l'altro (per quanto visto sinora e qui in rilievo) al benessere personale (tanto fisico quanto morale), alla vita familiare e al godimento della propria casa. Inoltre, si accompagna a una marcata *bilanciabilità* con altri interessi significativi, tra i quali trova espressa menzione l'economia del Paese Parte. Sembra dunque la *sedes naturalis* per affrontare contesti quali quelli di attività industriali, anche di rilievo nazionale.

Diversamente, l'art. 2 CEDU presenta notevoli inflessibilità, sia di accertamento sia di deroga.

Quanto al primo, esso mal si presta a contemperare situazioni ove non vi sia una prova certa del danno o del pericolo per la persona.

Quanto al secondo, si scontra con la difficile dimostrazione della assoluta necessità della lesione del bene vita.

L'opzione favorevole alla tutela del *well-being* per il rischio di natura ambientale può essere accolta con favore nella misura in cui implica un'astensione dall'imposizione obblighi

positivi di natura penale. La strutturale difficoltà delle indagini, del processo e della sanzione penale nel dare soddisfazione alle pretese di giustizia delle vittime sembra qui trovare un condivisibile riscontro, perlomeno rispetto alla consapevolezza, nella Corte europea dei diritti dell'uomo, dell'opportunità di lasciare a mezzi di ristoro diversi, meglio governabili, l'intervento legislativo dello Stato.

In questo senso, quindi, il sindacato dei giudici di Strasburgo guarda ai *contenuti* del bilanciamento tra interessi contrapposti operato dalle autorità nazionali (di cui all'art. 8 CEDU) più che a *modellare* le imposizioni di tipo penalistico (proprie dell'art. 2 CEDU). Conseguentemente, un numero maggiormente elevato, per un verso, di elementi può venire considerato alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, per l'altro, di opportunità di intervento venire lasciato ai decisori politici. A ben vedere, si legittima così un ambito di *rischio consentito*⁴⁹⁸, i cui confini sono però *mobili*, nel senso che possono essere riletti secondo CEDU. A ciò si aggiungono vari *ulteriori* presidi, come ad esempio quello di assicurare che i consociati siano informati sulla situazione di rischio in evidenza (come con la pubblicazione degli studi scientifici), di modo che possano orientare consapevolmente le proprie scelte.

Inoltre, attraverso tale diversità di compiti assegnati all'art. 2 CEDU e all'art. 8 CEDU si pone uno *sbarramento* alle dinamiche etiologiche condizionate dall'assenza di un consenso scientifico sufficientemente solido (se non proprio inesistente). Qui sembra rilevarsi addirittura una *collimazione* tra la lettura di tali disposizioni della Convenzione EDU, non tollerando nessuna delle due l'affermazione di responsabilità statale senza che vi sia il riscontro di una legge scientifica applicabile.

Insomma, il *rapporto di sussidiarietà* della violazione e dei presidi rimane comunque ermeticamente chiuso a condizionamenti eccessivi ispirati a una logica precauzionale.

Preso in esame il suo impatto sul rapporto di causalità nelle attività a rischio base lecito, rimane da osservare come la giurisprudenza della Corte EDU disciplini anche la colpa penale in relazione ai diversi settori specifici delle aree di rischio consentito, che ci si accinge quindi ad analizzare.

5. I disastri come matrice non solo di criteri di accertamento della causalità ma anche della colpa

⁴⁹⁸ *Inter alia*, v. S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., p. 309 e ss.

Gli eventi catastrofici interessanti la tutela della incolumità pubblica e individuale rappresentano un terreno nel quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito rilevanti principi di diritto riguardanti gli obblighi positivi di tutela penale con rispetto sia al nesso di causalità (come visto, cfr. *supra*, cap. III, par. 2 e ss.), sia alla colpa, come si cercherà di dimostrare innanzi.

Ciò si deve certamente alle conseguenze massimamente gravi che a essi si accompagnano e che, quindi, impegnano fisiologicamente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. A tale valutazione si aggiunge anche quella secondo la quale gli eventi pericolosi e dannosi che descrivono le corrispondenti fattispecie di reato vanno necessariamente a toccare l'interesse giuridico della vita (e, quindi, la disposizione chiamata a proteggerlo: l'art. 2 CEDU).

I delitti che concernono i disastri vengono spesso contestati nell'ambito di attività rischiose, ma lecite, dunque sono, è noto, di frequente valutati nella rispettiva "versione" colposa, qui oggetto di studio.

In quest'ottica, non deve sorprendere che lo spartiacque nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla colpa penale relativamente al settore industriale è il già trattato caso *Öneryildiz c. Turchia*⁴⁹⁹.

Riassumendo (e rinviando per ulteriori approfondimenti a quanto già riportato in precedenza), la vicenda afferiva all'esplosione di metano occorsa presso una discarica in gestione comunale, a causa della quale si erano verificate la morte di 39 persone e la distruzione di alcune abitazioni. Tra le altre doglianze, i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 2 CEDU.

Per quanto si riferisce agli aspetti di tipo soggettivo, i giudici di Strasburgo hanno sancito che la regolamentazione dello Stato Membro concernente la gestione di attività d'impresa connotate da un *quid* di pericolosità occorre che sia adeguata alle caratteristiche specifiche di quanto svolto e che, quindi, contempli: la concessione di licenze; la creazione; il funzionamento; la sicurezza e la supervisione di detta attività. Essa deve tenere a mente, in special modo, sia il livello di rischio per la vita sia la garanzia effettiva della tutela del correlato diritto. Scendendo nel dettaglio, si impone che vengano impiegate procedure

⁴⁹⁹ C.EDU, Grande Camera, sent. 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turchia*. Cfr. *supra*, cap. III, par. 3. Per l'importanza di questa pronuncia rispetto ad altri settori specifici delle *risk society*, come la sicurezza ferroviaria, gli impianti ad alta tensione elettrica, la custodia di persone affidate a casa di cura e le esercitazioni militari v. S. ZIRULIA, *Diritti umani e responsabilità colposa*, cit., p. 394.

finalizzate a individuare le carenze nei processi interessati e gli eventuali errori commessi dai responsabili ai diversi livelli⁵⁰⁰.

È però sugli obblighi positivi procedurali che la Corte EDU si è concentrata. In apertura, ha sostenuto che l'art. 2 CEDU richiede che, laddove non risulti rispettato il quadro normativo *in senso astratto*, venga svolta un'indagine giudiziaria (amministrativa o di altro tipo), così assicurando l'applicazione effettiva del suddetto quadro normativo, e, altresì, che ogni sua inosservanza venga repressa e punita⁵⁰¹. Per ciò che si riferisce in particolare alla rimproverabilità soggettiva, ha stabilito che, qualora la violazione sia causata non intenzionalmente, tale risposta giudiziaria non deve necessariamente essere di carattere penale⁵⁰². Rifacendosi alla giurisprudenza attinente ai casi di uso della forza letale, ha così enucleato un obbligo positivo di tutela penale in relazione a violazioni connotate dalla sola colpa.

La giustificazione che è stata addotta, risultando ad avviso dei giudici di Strasburgo calzante anche nel contesto delle attività rischiose, poggia sui due pilastri che seguono: la normalità della risposta penale per gli omicidi e la limitazione della conoscenza dei fatti al foro interno dei "soggetti pubblici".

Dunque, il criterio di imputazione della responsabilità a livello soggettivo distillato nella pronuncia esaminata è questo: l'omessa adozione delle misure necessarie e sufficienti al fine di scongiurare i rischi inerenti a un'attività pericolosa, dovuta a una negligenza imputabile ai funzionari o agli organi dello Stato che vada oltre l'errore di giudizio o la *carelessness*, in quanto le autorità nazionali in questione si sono rese pienamente conto delle probabili conseguenze e hanno "ignorato" i poteri loro conferiti⁵⁰³.

⁵⁰⁰ «[...] In any event, the relevant regulations must also provide for appropriate procedures, taking into account the technical aspects of the activity in question, for identifying shortcomings in the processes concerned and any errors committed by those responsible at different levels» C.EDU, Grande Camera, sent. 30 novembre 2004, *Öneriyildiz c. Turchia*, par. 90.

⁵⁰¹ «The obligations deriving from Article 2 do not end there. Where lives have been lost in circumstances potentially engaging the responsibility of the State, that provision entails a duty for the State to ensure, by all means at its disposal, an adequate response – judicial or otherwise – so that the legislative and administrative framework set up to protect the right to life is properly implemented and any breaches of that right are repressed and punished (see, *mutatis mutandis*, *Osman*, cited above, p. 3159, § 115, and *Paul and Audrey Edwards*, cited above, § 54)» C.EDU, Grande Camera, sent. 30 novembre 2004, *Öneriyildiz c. Turchia*, par. 91.

⁵⁰² «In this connection, the Court has held that if the infringement of the right to life or to physical integrity is not caused intentionally, the positive obligation to set up an "effective judicial system" does not necessarily require criminal proceedings to be brought in every case and may be satisfied if civil, administrative or even disciplinary remedies were available to the victims (see, for example, *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 90, ECHR 2004-VIII; *Calvelli and Ciglio*, cited above, § 51; and *Mastromatteo*, cited above, §§ 90 and 94-95)» C.EDU, Grande Camera, sent. 30 novembre 2004, *Öneriyildiz c. Turchia*, par. 92.

⁵⁰³ «[...] Where it is established that the negligence attributable to State officials or bodies on that account goes beyond an error of judgment or carelessness, in that the authorities in question, fully realising the likely consequences and disregarding the powers vested in them, failed to take measures that were necessary and sufficient to avert the risks inherent in a dangerous activity (see, *mutatis mutandis*, *Osman*, cited above, pp. 3159-60, § 116), the fact that those responsible for endangering life have not been charged with a criminal offence or prosecuted may amount to a violation of Article 2, irrespective of any other types of remedy which

Leggendo i fatti di causa alla luce dell'interpretazione appena proposta, la Corte EDU ha affrontato, partitamente, gli obblighi positivi sostanziali e procedurali.

Rispetto agli obblighi positivi sostanziali, i giudici di Strasburgo hanno affermato che la Turchia si era dotata di una normativa concernente sia la gestione di discariche di rifiuti domestici sia la riqualificazione e lo sgombero di aree degradate. Quanto al profilo soggettivo, hanno precisato che, sulla base delle emergenze istruttorie, le autorità pubbliche turche, a vari livelli, sapevano o avrebbero dovuto sapere che esisteva un rischio reale e immediato per un certo numero di persone che vivevano nei pressi della discarica comunale e, tantopiù che erano state loro stesse a creare il sito e ad autorizzarne il funzionamento (dando origine al rischio in questione), avevano il dovere di adottare le misure operative preventive necessarie e sufficienti per proteggere le persone interessate.

Sicché, la Corte EDU ha ravvisato la violazione dell'art. 2 CEDU poiché, soprattutto, detto sito non era conforme alle norme tecniche in materia e, inoltre, difettava un sistema di controllo coerente sui responsabili tale da indurli all'adozione delle misure opportune, nonché uno di coordinamento e cooperazione tra le varie autorità preposte.

Venendo agli obblighi positivi procedurali, i giudici di Strasburgo hanno premesso che nel codice penale turco vi erano fattispecie di reato che punivano condotte negligenti dei pubblici ufficiali nel contesto di attività pericolose. Per quanto si riferisce alle indagini preliminari e all'esercizio dell'azione penale, le stesse sono state ritenute idonee all'accertamento dei fatti e delle responsabilità, avendo gli inquirenti operato rapidamente, individuando i responsabili nei due sindaci dei comuni limitrofi e avendo citato a giudizio entrambi. L'aspetto problematico è stato ravvisato, piuttosto, nella fase del processo, laddove i giudicanti avevano escluso l'affermazione di responsabilità degli imputati per delitti quali l'omicidio colposo, limitandosi invece a emettere una condanna per la fattispecie di reato di "omissioni colpose nell'esercizio delle funzioni". Peraltro essa era consistita nell'imposizione di una pena pecuniaria di appena 9,70 euro, sospesa condizionalmente.

Pertanto, la Corte EDU ha dichiarato la inosservanza dell'art. 2 CEDU poiché l'illecito penale per il quale erano stati ritenuti responsabili i soggetti attivi non tutelava il bene giuridico della vita, impedendo così di esprimere il disvalore oggettivo, anche per quanto concerne la sanzione penale concretamente applicata, connaturato alla violazione di tale diritto.

individuals may exercise on their own initiative (see paragraphs 48-50 above); this is amply evidenced by developments in the relevant European standards (see paragraph 61 above)» C.EDU, Grande Camera, sent. 30 novembre 2004, *Öneryıldız c. Turchia*, par. 93.

Come evincibile dalla ricognizione delle statuizioni ripercorse sopra, la sentenza emessa nel caso *Öneryildiz c. Turchia* presenta molteplici aspetti di sicuro rilievo per ciò che attiene alla disciplina della colpa penale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Innanzitutto, viene affermato un dovere di punire condotte *colpose*⁵⁰⁴. Tale prima constatazione deve essere apprezzata nella sua importanza tenendo a mente che trattasi di un obbligo positivo applicabile ad attività lecite, per quanto rischiose, come la gestione dei rifiuti. Di più, si è innanzi ad attività necessarie per tutti i consociati, se non proprio che rappresentano l'estrinsecazione di un diritto all'ambiente salubre (come è la gestione dei rifiuti attraverso il loro ciclo di esistenza).

In particolare, la tipologia di colpa oggetto di censura, e quindi quella verso cui si orienta la pretesa di punizione in capo allo Stato Membro, sembra coincidere, utilizzando le lenti del penalista italiano, con un livello di gravità *non lieve*.

A ben vedere, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha segnalato, nell'allargare il perimetro della responsabilità statale a quella colposa, che la negligenza rilevante ai fini della CEDU si colloca oltre l'errore di giudizio o la *carelessness*, dovendo sussistere, nell'agente, i requisiti della piena contezza delle probabili conseguenze dell'azione⁵⁰⁵ e della decisione di "ignorare" i poteri conferiti.

Trattasi quindi, potenzialmente, di una *colpa cosciente*, domandandosi la previsione dell'evento, o perlomeno di una *colpa grave*, essendosi in presenza di un sensibile allontanamento dalle regole di diligenza ravvisabili. Non sembra invece esservi dubbio sulla riconducibilità di tale regola di diritto nel concetto di *dolo eventuale*. A conferma di quest'ultima tesi, può guardarsi alla enunciata distinzione, all'interno del testo della decisione in rassegna, tra condotte sorrette da volontarietà e non.

Inoltre, i giudici di Strasburgo si sono sforzati, nel quadro del *business and human rights*, di tracciare delle linee guida per la responsabilizzazione delle imprese (pur attraverso il filtro dei Paesi Parte), andando a confrontarsi con l'intera *amministrazione delle aziende*, dalla concessione di licenze operative fino alla supervisione di quanto svolto.

In relazione a tali procedure, sempre tentando di trovare un riferimento nel nostro ordinamento, pare quasi che si richieda l'implementazione nella dimensione societaria di

⁵⁰⁴ In questo senso, quindi, il c.d. scudo penale relativo allo stabilimento ex ILVA di Taranto introdotto dal d.l. n. 1 del 2015 (convertito con modificazioni dalla l. n. 20 del 2015), escludendo la punibilità del soggetto attivo per condotte anche non connotate dalla volontà, potrebbe essere ritenuto incompatibile con siffatta *positive obligation*. Cfr. S. ZIRULIA, *Diritti umani e responsabilità colposa*, cit., pp. 402-403.

⁵⁰⁵ Tra gli indici per accertare tale *knowledge* può esservi la preparazione di report di esperti a livello nazionale come anche l'esistenza di una normativa specifica in materia, proprio come avvenuto nella vicenda in questione. Cfr. V. STOYANOVA, *Fault, knowledge and risk within the framework of positive obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 609-610.

strumenti non dissimili dai modelli di organizzazione e gestione della responsabilità degli enti di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 e da quelli afferenti alla sicurezza sul luogo di lavoro ex d.lgs. n. 81 del 2008⁵⁰⁶.

A questo proposito, ancora, deve ribadirsi che, perlomeno in questa decisione, la Corte EDU si è limitata a individuare profili di responsabilità penale in capo a pubblici ufficiali (nella vicenda in esame si trattava addirittura di due sindaci). Dunque, sono da escludersi, a rigore del caso trattato, soggetti attivi che siano semplici *privati cittadini*, spogliati cioè di un inquadramento nella Pubblica Amministrazione.

In un certo qual modo, insomma, pare che i destinatari del rimprovero vengano selezionati in quanto sotto *immediato* controllo statale, rappresentando, di per ciò stesso, la “*personalizzazione*” delle autorità nazionali destinatarie delle *positive obligations*.

Anche gli ulteriori casi già trattati con riguardo al nesso di causalità negli eventi disastrosi come *Budayeva e altri c. Russia*⁵⁰⁷ e *Kolyadenko e altri c. Russia*⁵⁰⁸ si collocano, per ciò che si riferisce alla colpa penale, nel solco dell’insegnamento reso in *Öneryildiz c. Turchia*.

Brevemente, in *Budayeva e altri c. Russia* i ricorrenti si dolevano della violazione dell’art. 2 CEDU rispetto alla mancata prevenzione, da parte delle autorità pubbliche nazionali, dell’inondazione della città a seguito dello straripamento di un fiume.

Nell’occasione, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha ripercorso la propria giurisprudenza nell’ambito delle attività pericolose, facendo espressa menzione a più riprese del precedente *Öneryildiz c. Turchia*. Sui rapporti tra l’art. 2 e 8 CEDU (determinanti nella materia, lo si è visto) si è spinta oltre l’arresto citato, stabilendo che non solo con afferenza al diritto all’informazione, ma che per tutte le ulteriori statuizioni attinenti al diritto alla vita fa stato quanto già affermato con rispetto al diritto alla vita privata⁵⁰⁹. Inoltre, con particolare riguardo agli eventi atmosferici avversi, ha sostenuto che il margine di apprezzamento lasciato in capo agli Stati Membri deve essere interpretato in senso ampio, atteso che siffatti fenomeni vanno *al di là* del controllo dell’uomo⁵¹⁰. Sui profili colposi, ha specificato che la

⁵⁰⁶ In effetti, la *compliance* aziendale diviene elemento centrale della pretesa relativa al quadro normativo. Sul tema, con rispetto al diritto all’ambiente, v. *supra*, cap. III, par. 2.

⁵⁰⁷ C.EDU, sez. I, sent. 20 marzo 2008, *Budayeva e altri c. Russia*. Cfr. *supra*, cap. III, par. 3.

⁵⁰⁸ C.EDU, sez. I, sent. 28 febbraio 2012, *Kolyadenko e altri c. Russia*. Cfr. *supra*, cap. III, par. 3.

⁵⁰⁹ «It has been recognised that in the context of dangerous activities the scope of the positive obligations under Article 2 of the Convention largely overlap with those under Article 8 (see *Öneryildiz*, cited above, §§ 90 and 160). Consequently, the principles developed in the Court’s case-law relating to planning and environmental matters affecting private life and home may also be relied on for the protection of the right to life» C.EDU, sez. I, sent. 20 marzo 2008, *Budayeva e altri c. Russia*, par. 133.

⁵¹⁰ «In this respect an impossible or disproportionate burden must not be imposed on the authorities without consideration being given, in particular, to the operational choices which they must make in terms of priorities and resources (see *Osman*, cited above, pp. 3159-60, § 116); this results from the wide margin of appreciation States enjoy, as the Court has previously held, in difficult social and technical spheres (see *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 36022/97, §§ 100-01, ECHR 2003-VIII, and *Öneryildiz*, cited above, § 107). This consideration must be afforded even greater weight in the sphere of emergency relief in relation to a

responsabilità statale nell'*emergency relief* deve essere valutata considerando indici quali l'imminenza di un pericolo naturale e la chiara identificabilità di quest'ultimo (soprattutto se la calamità in questione è ricorrente e interessa una zona determinata e abitata). La pretesa verso il Paese Parte sarà coincidente, dunque, con l'origine del rischio e con la possibilità di mitigarlo⁵¹¹.

Quanto agli obblighi positivi procedurali riguardanti le indagini, il processo e la sanzione – a certe condizioni, di natura penale (pur non imponendosi sempre una condanna⁵¹²) –, la Corte EDU ha anche qui riaffermato i principi di diritto già enunciati in *Öneryildiz c. Turchia*.

Venendo al caso concreto, i giudici di Strasburgo hanno concentrato la propria attenzione sul funzionamento del sistema di protezione contro i rischi naturali, e, quindi, su tre aspetti cardine della vicenda: il livello di manutenzione delle strutture di protezione dal fango; l'informazione pubblica sull'imminente disastro e la sua efficacia causale nell'evitare vittime, feriti e panico di massa; e la qualità dell'inchiesta condotta a fronte di eventi di tale portata e devastazione, specie in rapporto alla condotta delle autorità pubbliche nazionali prima e durante l'evento catastrofico (in particolare, se fosse stato fatto tutto il possibile per mitigare i danni).

Iniziando dal primo aspetto, la Corte EDU ha accertato che vi era, a vari livelli, consapevolezza della potenzialità di conseguenze devastanti a Tyrnauz in ragione dello stato di degrado in cui erano state lasciate le infrastrutture di difesa dopo un precedente smottamento. Né vi era alcuna ambiguità sulla portata o sulla tempistica dei lavori che dovevano essere eseguiti.

Passando al secondo aspetto, non ha trovato alcun elemento che smentisse l'assenza di avviso alla cittadinanza fino a quando la frana non era arrivata in città. Né erano state istituite

meteorological event, which is as such beyond human control, than in the sphere of dangerous activities of a man-made nature» C.EDU, sez. I, sent. 20 marzo 2008, *Budayeva e altri c. Russia*, par. 135.

⁵¹¹ «In the sphere of emergency relief, where the State is directly involved in the protection of human lives through the mitigation of natural hazards, these considerations should apply in so far as the circumstances of a particular case point to the imminence of a natural hazard that had been clearly identifiable, and especially where it concerned a recurring calamity affecting a distinct area developed for human habitation or use (see, mutatis mutandis, Murillo Saldias and others, cited above). The scope of the positive obligations imputable to the State in the particular circumstances would depend on the origin of the threat and the extent to which one or the other risk is susceptible to mitigation» C.EDU, sez. I, sent. 20 marzo 2008, *Budayeva e altri c. Russia*, par. 137.

⁵¹² Cfr. C.EDU, sez. IV, 28 novembre 2006, *Murillo Saldias e altri c. Spagna*. In tale procedimento, i ricorrenti (congiunti di persone decedute, feriti e individui rimasti traumatizzati) lamentavano la violazione dell'art. 2 CEDU poiché, il 7 agosto 1996, in seguito a forti piogge a monte dei Pirenei, una massa d'acqua, fango e pietre aveva devastato il campeggio ove si trovavano le vittime, causando la morte di 87 persone, numerosi feriti e ingenti danni materiali. Con particolare riguardo agli obblighi procedurali, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto sufficiente che si fossero ottenuti risarcimenti in sede amministrativa e si fosse svolto un procedimento penale completo, senza ravvisare una inosservanza del diritto alla vita nell'assenza di un'affermazione di condanna penale nei confronti degli imputati pubblici ufficiali.

postazioni di osservazione nelle montagne che avrebbero potuto permettere di informare la popolazione anticipatamente.

Giungendo al terzo aspetto, ha concluso che non vi era alcuna giustificazione per le omissioni dello Stato russo nell'attuazione delle politiche di pianificazione territoriale e di soccorso di emergenza nell'area a rischio per quanto riguardava la prevedibile esposizione dei residenti, compresi tutti i ricorrenti, a pericoli per la vita.

Alla luce di quanto richiamato, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto sussistente la violazione dell'art. 2 CEDU sotto il profilo sostanziale.

Per ciò che concerne gli obblighi positivi procedurali, l'assenza di qualsivoglia indagine amministrativa o penale ha impedito di accertare i fatti e, in particolare, il nesso di causalità tra le negligenze statali e l'accadimento disastroso verificatosi.

Pertanto, è stata dichiarata una inosservanza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo anche sotto tale ulteriore profilo.

Tralasciando gli aspetti attinenti al richiesto accertamento (e, forsanche, alla richiesta sanzione) penale, e soffermandosi piuttosto su quelli afferenti alla disciplina della colpa penale, dalla sentenza in *Budayeva e altri c. Russia* emerge che la Corte europea dei diritti dell'uomo presta particolare attenzione alla *ricostruzione* degli elementi caratterizzanti la violazione di regole cautelari imputabili, secondo i diversi livelli, alle autorità pubbliche nazionali.

Non sembra scorgersi, però, una *precisa* individuazione delle singole posizioni di garanzia, siano esse riferibili a ruoli politici oppure amministrativi. Effettivamente, tale operazione interpretativa non è stata comunque esperibile in concreto da parte dei giudici di Strasburgo, atteso che, proprio per l'assenza di un procedimento penale, non erano stati resi disponibili dati che permettessero di selezionare un soggetto attivo piuttosto che un altro.

Quanto al *grado della colpa*, già venuto in evidenza nel *leading case* citato (*Öneryildiz c. Turchia*), sembra potersi propendere, anche in questo frangente, per quello della *colpa grave*. Ciò che porta a convergere su questa constatazione è sicuramente, da un lato, la *prevedibilità dell'evento* e, dall'altro, la *evitabilità* dello stesso.

Quanto alla prima, essa è ricavabile dalla presenza di molteplici indici, anche di tipo storico, che lasciavano intendere come prossimo il verificarsi di uno smottamento.

Rispetto alla seconda, essa può rintracciarsi soprattutto nella omessa manutenzione dei presidi esistenti posti a protezione dell'insediamento urbano, a fronte delle plurime segnalazioni sulla necessità di provvedervi al più presto.

Muovendo al secondo caso, in *Kolyadenko e altri c. Russia* i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 2 CEDU relativamente a un'improvvisa fuoriuscita su larga scala

dell'acqua dal bacino di Pionerskoye e della conseguente inondazione dell'area circostante, che aveva messo in pericolo la loro vita e danneggiato le loro case e i loro beni.

Anche in questa evenienza, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è richiamata all'arresto *Öneryıldız c. Turchia*. Si è altresì riportata a *Budayeva e altri c. Russia*. Per quanto qui in interesse, ha specificato che il quadro normativo dello Stato Membro deve comprendere procedure adeguate, che siano parametrare sugli aspetti tecnici dell'attività rischiosa in considerazione, finalizzate a identificare eventuali carenze ed errori commessi dai responsabili ai diversi livelli⁵¹³. In generale, ai Paesi Parte è lasciato un ampio margine di apprezzamento in situazioni complicate a livello tanto sociale quanto tecnico⁵¹⁴. Gli indici di responsabilità statale sono: il rispetto delle regole fissate; il procedimento decisionale (ivi compresi indagini e studi); e la complessità della questione (specie laddove vi siano interessi tutelati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo fra loro confliggenti). Sicché le *positive obligations* dipendono dall'origine del pericolo e dalla possibilità di mitigare il rischio⁵¹⁵.

In relazione agli obblighi positivi procedurali, i giudici di Strasburgo si sono rifatti a *Öneryıldız c. Turchia*, sostenendo che, pur non essendo sempre necessario in ambito colposo, qualora i responsabili si rendano pienamente conto delle probabili conseguenze del loro agire e, "ignorando" i poteri conferitigli, omettano di adottare misure necessarie e sufficienti per scongiurare i rischi inerenti a un'attività pericolosa, allora possono essere richiesti alle autorità nazionali un'indagine, un processo e una altresì una condanna di natura penale.

La Corte EDU, applicando tali statuizioni al caso concreto sottopostole, ha affrontato la riconducibilità ai responsabili pubblici dell'evacuazione dell'acqua e, in specie, la effettiva necessità della stessa in ragione delle piogge eccezionalmente intense, che si erano

⁵¹³ «[...] The relevant regulations must also provide for appropriate procedures, taking into account the technical aspects of the activity in question, for identifying shortcomings in the processes concerned and any errors committed by those responsible at different levels (see *Öneryıldız*, cited above, §§ 89- 90, and *Budayeva and Others*, cited above, § 132)» C.EDU, sez. I, sent. 28 febbraio 2012, *Kolyadenko e altri c. Russia*, par. 159.

⁵¹⁴ «[...] In this respect an impossible or disproportionate burden must not be imposed on the authorities without consideration being given, in particular, to the operational choices which they must make in terms of priorities and resources; this results from the wide margin of appreciation States enjoy, as the Court has previously held, in difficult social and technical spheres (see *Budayeva and Others*, cited above, §§ 134-35)» C.EDU, sez. I, sent. 28 febbraio 2012, *Kolyadenko e altri c. Russia*, par. 160.

⁵¹⁵ «In assessing whether the respondent State complied with its positive obligation, the Court must consider the particular circumstances of the case, regard being had, among other elements, to the domestic legality of the authorities' acts or omissions, the domestic decision-making process, including the appropriate investigations and studies, and the complexity of the issue, especially where conflicting Convention interests are involved. The scope of the positive obligations imputable to the State in the particular circumstances would depend on the origin of the threat and the extent to which one or the other risk is susceptible to mitigation (see *Budayeva and Others*, cited above, §§ 136-37)» C.EDU, sez. I, sent. 28 febbraio 2012, *Kolyadenko e altri c. Russia*, par. 161.

rivelate svariate volte più forti del previsto e che non potevano essere attese. Ha dovuto dunque appurare se si sarebbe potuto prevenire o evitare il suo rilascio, con conseguente inondazione degli abitati circostanti. Sotto questo aspetto, ha escluso che tale manovra non si potesse effettuare, date le condizioni atmosferiche e il rischio di rottura della diga (che avrebbe portato a gravi conseguenze). Piuttosto, ha considerato che l'esito catastrofico si potesse prevedere, in ragione di come il bacino fosse artificiale e la zona fosse soggetta a eventi atmosferici avversi. Insomma, sulla base di precedenti segnalazioni disponibili agli atti, ha ritenuto che, malgrado l'eccezionalità della precipitazione, le conseguenze del rilascio non fossero imprevedibili.

In specie, i giudici di Strasburgo hanno dedotto, sulla scorta della documentazione disponibile, che le autorità russe avevano ignorato i requisiti tecnici e di sicurezza e, quindi, i rischi potenziali, non "riflettendoli" nelle leggi e nei regolamenti adottati, soprattutto omettendo di esperire molteplici iniziative⁵¹⁶. Il mancato intervento, insomma, non aveva scongiurato che si mettesse a rischio il diritto alla vita.

Con rispetto agli obblighi positivi sul versante procedurale/processuale, la Corte EDU, piuttosto che verificare se le indagini preliminari svolte fossero state rispondenti a tutti i criteri fissati nella propria giurisprudenza in materia, ha inteso determinare se gli inquirenti e i giudicanti russi si fossero impegnati a stabilire quanto verificatosi e a identificare e "consegnare alla giustizia" i responsabili⁵¹⁷. Dunque, le omesse individuazione dei responsabili e applicazione di una sanzione penale hanno determinato una condanna della Russia anche sotto questo ulteriore aspetto degli obblighi positivi.

Focalizzando l'attenzione sulle statuizioni relative alle *positive obligations in criminal law* concernenti la *colpa penale*, sembra potersi sostenere che gli aspetti rilevanti, nella decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, siano stati: da un lato, l'*elevata* prevedibilità dell'evento catastrofico derivante dal rilascio dell'acqua del bacino; e, dall'altro, la *negligenza*, più che nei responsabili diretti dell'apertura, nei funzionari pubblici preposti alla pulizia del canale fluviale.

⁵¹⁶ Di fermare lo sviluppo urbano nell'area a valle del bacino di Pionerskoye; di predisporre un sistema di vigilanza coerente che incoraggiasse i responsabili ad adottare misure per garantire un'adeguata protezione della popolazione residente; di mantenere il relativo canale fluviale libero da ostruzioni per far fronte a rilasci urgenti di acqua dal bacino; di predisporre un sistema di allarme di emergenza; e di informare la cittadinanza sui rischi esistenti in proposito.

⁵¹⁷ Segnatamente, erano stati svolti due procedimenti penali. Un primo era stato condotto nei confronti del capo dell'"Autorità dell'acqua" (il quale aveva ordinato il rilascio di quest'ultima), che era terminato senza affermazione di responsabilità poiché si era ritenuto che la causa dell'inondazione fosse da far risalire alle cattive condizioni del canale fluviale. Un secondo, presumibilmente dovuto all'esito di quello che lo aveva preceduto, era stato svolto nei confronti di pubblici ufficiali municipali e regionali che erano investiti del mantenimento di detto canale. Il pubblico ministero assegnatario, però, aveva esercitato l'azione penale non tanto per tali omissioni, quanto per l'"abuso di potere" in relazione all'assegnazioni di lotti di terreno nella zona interessata, senza, dunque, che si addivenisse a una statuizione di condanna.

Quanto al primo aspetto, si deduce che i giudici di Strasburgo hanno ravvisato il fondamento della responsabilità colposa in un duplice ordine di ragioni: la realizzazione del bacino, contenente milioni di metri cubi d'acqua, da parte dell'uomo (con conseguente *piena* contezza delle sue caratteristiche e importanza); e la frequenza, nei mesi estivi, di forti piogge e tifoni (e, quindi, la *certa* consapevolezza della possibile verifica di questi ultimi nel periodo di tempo attenzionato e della correlata incidenza sulla tenuta della diga). Evidente, quindi, che trattasi di un giudizio che, seppur "a parole" negato dalla Corte EDU, presenta i caratteri tipici di un *accertamento di responsabilità* di ambito penalistico. Conferma di ciò si può rintracciare nel giudizio sugli obblighi positivi in relazione ai procedimenti penali aperti a seguito dell'inondazione⁵¹⁸.

Segnatamente, sembra potersi dedurre quanto segue: i giudici di Strasburgo, laddove appurino che si è in presenza di una *colpa di grado grave* nei *pubblici ufficiali* aventi competenze e poteri per intervenire impedendo il pregiudizio per la vita – peraltro solo a livello di *pericolo* e di *incolumità pubblica* (come evincibile dal caso qui analizzato, non essendovi stati eventi lesivi, tantomeno morte) –, propendono per l'affermazione della violazione dell'art. 2 CEDU.

Dallo studio dei tra casi proposti, tutti afferenti all'amministrazione di attività industriali in contesti di rischio base lecito⁵¹⁹ – quali quelli riguardanti la gestione di una discarica, di un sistema di protezione dagli straripamenti di un fiume e di un bacino idrico artificiale (rispettivamente, casi *Öneryildiz c. Turchia*, *Budayeva e altri c. Russia*, e *Kolyadenko e altri c. Russia*) –, si possono isolare alcuni indirizzi generali della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo riguardo alla *colpa penale*.

Innanzitutto, occorre sottolineare come il *soggetto attivo* (in tutti e tre i casi menzionati) è solamente un *pubblico ufficiale*.

Vi è dunque piena *immedesimazione organica*, tra lo Stato (che, come tale, è vincolato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla sua interpretazione) e l'agente (il quale, comunque, "esprime" tale potere pubblico nelle proprie condotte, attive come omissive).

Nelle vicende analizzate, infatti, laddove delle persone sono state effettivamente perseguite (in *Budayeva e altri c. Russia* così non è stato), si è trattato di: sindaci (come in *Öneryildiz c. Turchia*, quindi organi di vertice, pubblici per eccellenza); oppure comunque di figure apicali di società statali incaricate della gestione di strutture in controllo pubblico, come

⁵¹⁸ Infatti, pare evidente che l'omessa censura in ordine all'assenza di responsabilità per colui il quale aveva impartito l'ordine di apertura e, parallelamente, la forte critica alla mancata condanna dei funzionari destinati alla manutenzione del canale fluviale non sono altro che valutazioni operate sui fatti in rapporto a principi di diritto.

⁵¹⁹ Su *industrial activities e positive obligations* v. D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, cit., pp. 114-115.

bacini idrici, o funzionari di livello municipale oppure regionale, con responsabilità e poteri di manutenzione di canali fluviali (così in *Kolyadenko e altri c. Russia*). Laddove tale selezione non è stata svolta, è stata comunque richiesta, proprio con riferimento a soggetti rappresentanti autorità pubbliche (appunto in *Budayeva e altri c. Russia*).

Da ciò, dunque, potrebbe dedursi che non possano esservi *soggetti privati* rispetto ai quali venga avanzata la pretesa di obblighi positivi sostanziali e procedurali di diritto penale concernenti la colpa penale. Beninteso, le persone fisiche e giuridiche sono comunque bersaglio delle *positive obligations* in materia colposa, ma *indirettamente*. Con questo si intende sostenere che il dovere per gli Stati Membri di predisporre un *legal framework* adeguato deve tenere da conto anche i privati e le imprese, ma la pretesa di svolgere indagini penali, esercitare l'azione penale e addivenire a una condanna penale pare essere necessaria solo per i soggetti *identificati* nella piramide del potere pubblico perché in quest'ultima chiaramente integrati.

In definitiva, sembra che solo in capo a loro possa essere individuata, *mutatis mutandis*, una *posizione di garanzia* rispetto all'adeguatezza, nella protezione del diritto alla vita, del quadro normativo nazionale, sia in astratto sia in concreto.

Oltre al soggetto attivo, pare esservi accordo, tra i pronunciamenti citati, quanto al grado della colpa penale rispetto alla quale possono imporsi *positive obligations*: quello *grave*.

Già in *Öneryildiz c. Turchia*, ma anche in *Budayeva e altri c. Russia* e *Kolyadenko e altri c. Russia* viene dato risalto alla complessità della gestione di attività pericolose, ma altresì alla loro *necessarietà*. Il *margin* di apprezzamento lasciato ai Paesi Parte, infatti, si direbbe che svolga una triplice funzione.

In primo luogo, assicura che siano le autorità pubbliche nazionali a intervenire in quanto più *prossime* alla fonte del rischio, e, quindi, (auspicabilmente) capaci di conoscerlo più approfonditamente e meglio posizionate per controllarlo (attraverso le misure che si presentino come più adeguate in termini di prevenzione del pericolo per il diritto alla vita). Si verifica, così, un *avvicinamento* della posizione di garanzia in capo agli effettivi titolari delle conoscenze e dei poteri di intervento.

In secondo luogo, svolge anche una funzione di *limitazione* dell'intervento sanzionatorio derivante dalla CEDU poiché, implicitamente, si accompagna a un *riconoscimento* della difficoltà tecnico-scientifica riscontrabile nella direzione di siffatte industrie. Ciò può evincersi rispetto all'amministrazione di una discarica (in *Öneryildiz c. Turchia*), ma anche, se non soprattutto, a quella di sistemi idraulici di grandi dimensioni, quali fiumi (*Budayeva e altri c. Russia*) e bacini idrici (*Kolyadenko e altri c. Russia*), e delle relative infrastrutture di contenimento, specialmente a fronte del verificarsi di fenomeni metrologici avversi

estremamente significativi. Sicché, la presa di coscienza di questa complicatezza influenza, logicamente, anche la *misura* della pretesa rispetto ai soggetti pubblici rappresentanti⁵²⁰. In terzo luogo, viene esclusa, seppur sottotraccia e indirettamente, la punizione della mera *colpa lieve* oppure “semplice”. È la sentenza apripista, cioè *Öneryildiz c. Turchia*, che stabilisce tale principio di diritto relativo all’elemento soggettivo. In particolare, in questo arresto si specifica che, nel foro interno dell’agente, occorre che vi sia una coscienza che va oltre i concetti di errore di giudizio o *carelessness*. Dev’esservi, piuttosto, la *piena contezza* delle probabili conseguenze e l’“*ignoranza*” dei poteri conferiti. Benché non pienamente sviluppato e articolato (del resto, nulla più si dice nella citata sentenza capostipite), pare si indichi un *limite di gravità* sul quale si assesta la pretesa sanzionatoria penale. Sembra, in proposito, che si accolga (e si pretenda) il ricorso alla sanzione penale in presenza solamente del *dolo eventuale* nonché della *colpa cosciente*, ma, allo stesso tempo, lo si escluda innanzi a quelle forme di responsabilità di tipo involontario caratterizzate da *colpa non grave*.

6. La compiuta definizione del limite soggettivo della tutela penale: la circolazione su strada

Lo studio della casistica afferente alla responsabilità statale nel contesto degli eventi disastrosi, riconducibili ad attività pericolose legittime (e necessarie), ha dimostrato che, seppur nel tempo e per fasi, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha iniziato a pretendere la punizione di condotte, attive e omissive, riconducibili al *genus* della colpa. Segnatamente, si è riscontrato che tale domanda rivolta agli Stati Membri riguarda solo situazioni sussumibili nella *culpa gravis*, fermandosi a uno stadio soggettivo che, per quanto superando il tradizionale argine costituito dalla volontarietà della violazione, si presenta piuttosto *elevato*.

Architrave di tale nuovo indirizzo esegetico è altresì l’identità *pubblicistica* (cioè la diretta riconducibilità alle autorità nazionali e, quindi, al Paese Parte) dei soggetti attivi sui quali si concentra la censura per violazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Trattasi cioè, secondo categorie di diritto penale nazionale, di pubblici ufficiali oppure incaricati di pubblico servizio.

⁵²⁰ Con riguardo alle analoghe valutazioni in ordine al nesso di causalità, cfr. *supra*, cap. III, par. 3.

Per verificare se anche tale secondo requisito possa dirsi ancora sussistente, occorre prendere in esame la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo concernente un altro settore dove si manifesta l'odierna società del rischio: la sicurezza su strada.

Del resto, la circolazione su strada, come più in generale l'intero sistema delle attività a rischio base lecito (lo si è visto), è uno dei propulsori del continuo mutamento della giurisprudenza della Corte EDU sugli obblighi positivi di tutela penale.

Il primo caso che giova analizzare in tema è *Sinim c. Turchia*⁵²¹; il quale, benché non sia stato deciso nella formazione della Grande Camera, rappresenta un primo importante tassello nel mosaico delle decisioni sulle *positive obligations* relativamente alla sicurezza su strada. In *Sinim c. Turchia*, la ricorrente si doleva della violazione dell'art. 2 CEDU con rispetto alla morte del marito avvenuta su un'autostrada a seguito della collisione tra un autocarro sul quale egli viaggiava e un altro veicolo. Segnatamente, il congiunto aveva affittato un camion da trasporto, sul quale era salito in qualità di passeggero. Oltre a lui, pure altri avevano usufruito del servizio, caricando del liquido infiammabile a insaputa del primo. Orbene, all'esito del predetto incidente su strada, il mezzo aveva preso fuoco, causando la morte del conducente, del suo sostituto, oltre che appunto dell'affittante. Da ultimo, il pubblico ministero incaricato aveva archiviato il procedimento penale aperto sui fatti poiché aveva ritenuto che quanto occorso dovesse essere qualificato come omicidio stradale, attribuendone la responsabilità al conducente (deceduto nell'occasione e, quindi, ovviamente non perseguibile penalmente).

Basando la propria valutazione in maniera esplicita sull'arresto *Öneryildiz c. Turchia*, ma altresì sul precedente *Brincat e altri c. Malta*, già trattati in precedenza⁵²², la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rievocato le statuizioni rese in quelle sedi, ponendosi fondamentalmente nel tracciato delle stesse.

È nella parte della decisione dedicata alla soluzione della vicenda in concreto che sono stati affermati i principi di diritto maggiormente innovativi⁵²³.

Innanzitutto, i giudici di Strasburgo hanno premesso che non si trattava di una violazione caratterizzata dall'elemento soggettivo del dolo e che il trasporto di sostanze pericolose è un'attività di per sé a rischio base lecito. Successivamente, menzionando la gestione di rifiuti, ma anche le prestazioni medico-sanitarie⁵²⁴ e le operazioni militari, hanno distinto la vertenza in interesse dalle altre citate poiché le attività in questione non erano state svolte né

⁵²¹ C.EDU, sez. II, sent. 6 giugno 2017, *Sinim c. Turchia*.

⁵²² Cfr. *supra*, cap. III, rispettivamente parr. 3 e 4.

⁵²³ Su come ciò implichi che tale *dictum* dovrebbe essere riferito alla specificità della situazione in oggetto v. S. ZIRULIA, *Diritti umani e responsabilità colposa*, cit., p. 395.

⁵²⁴ Cfr. *infra*, cap. II, par. 10.

da autorità pubbliche nazionali né sotto la loro diretta supervisione. Ciononostante, hanno affermato che fosse comunque necessaria un'indagine penale riguardo una potenziale violazione del diritto alla vita⁵²⁵. Nel sottolineare che si trattava non di un mero incidente stradale, ma di una deliberata inottemperanza alle disposizioni in tema di trasporto di merci pericolose, la Corte EDU ha utilizzato un termine chiave: quello della *recklessness*, requisito soggettivo superiore, in termini coscienza della violazione, rispetto a negligenza, imprudenza e imperizia semplici. Ha quindi ritenuto sussistente tale “sconsideratezza” – rapportata, secondo un giudizio di causalità della colpa, alla violazione dell’art. 2 CEDU – in base alla valutazione e alla presenza di alcuni *indici* (perlopiù mancanze contrastanti con i chiari requisiti di legge in materia). Così ragionando, ed esplicitamente rifacendosi a *Öneryıldız c. Turchia*, ha escluso la sufficienza di rimedi civilistici, pretendendo una risposta penale e ribadendo inoltre l’esigenza di assicurare un’efficacia deterrente della relativa sanzione, a fini di prevenzione *pro futuro*⁵²⁶, portando più elementi fattuali a suffragio⁵²⁷. Pur non distinguendo tra obblighi positivi sostanziali e procedurali, i giudici di Strasburgo si sono poi concentrati sui secondi, prendendo in esame le indagini preliminari. Hanno quindi considerato il codice penale turco, che prevedeva una fattispecie di reato di “trasporto di determinate categorie di merci pericolose senza l’autorizzazione delle autorità competenti” al relativo art. 174 co. 1 (punito con la reclusione anche a prescindere dal verificarsi di eventi morte o lesioni gravi). L’interrogativo centrale è dunque diventato se si fosse o meno accertato che questo reato sussistesse oppure no nell’ambito del procedimento penale a livello nazionale, anche nell’ottica dell’assicurare la deterrenza e la previsione sopramenzionate.

⁵²⁵ «[...] The Court observes that the circumstances of the present case differ from the aforementioned examples, notably because the activity in question, although undoubtedly dangerous, were not carried out by or under the responsibility of public authorities. The Court nevertheless considers that an effective criminal investigation was necessary to satisfy the requirements of Article 2 of the Convention on the present facts for the following reasons» C.EDU, sez. II, sent. 6 giugno 2017, *Sinim c. Turchia*, par. 62.

⁵²⁶ «Firstly, while it is not for the Court to assess individual liability for an incident resulting in serious injury or death (see, mutatis mutandis, *Öneryıldız*, cited above, § 116), it considers that the omission that led to the applicant’s husband’s death in the instant case went beyond a mere traffic accident caused by negligence or carelessness, as it also seems to have involved a deliberate disregard of the relevant rules on the transportation of dangerous goods noted in paragraphs 41-45 above, despite the obvious risks involved. [...] All these elements taken together suggest that while it was certainly not caused intentionally, the death in the instant case resulted from the responsible parties’ voluntary and reckless disregard of their legal duties under the relevant legislation, as opposed to a simple omission or human error, which in the Court’s opinion sets this case apart from other cases of non-intentional deaths where it has found civil remedies to be sufficient. The Court stresses that by their apparently reckless conduct, the persons responsible for the shipment caused the kind of serious harm that the legislation in question was intended to prevent in the first place. Such action, in the Court’s opinion, requires a criminal-law reaction to ensure effective deterrence against similar threats to the right to life in the future» C.EDU, sez. II, sent. 6 giugno 2017, *Sinim c. Turchia*, par. 62.

⁵²⁷ L’assenza di: un sistema elettrico per evitare cortocircuiti e incendi; un cartello di avvertimento; una formazione dell’autista al trasporto di merci pericolose; una licenza per il trasporto di tali merci; e una corretta descrizione di quanto spedito (definito “materia prima” nella fattura e nella bolla di consegna, segno di un possibile tentativo di eludere le ispezioni delle autorità statali).

Proprio poiché la vicenda era stata gestita come un ordinario caso di sinistro stradale (con conseguente declaratoria di improcedibilità dell'azione penale per morte dell'indagato), senza che fosse stato preso in esame il trasporto di merci pericolose (specialmente, omettendo di arrivare ad accertare le caratteristiche chimiche del liquido trasportato e a identificare le persone e le imprese coinvolte in tale iniziativa), la Corte EDU ha concluso per la violazione dell'art. 2 CEDU da parte dello Stato turco.

Dedicandosi alle statuizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo attinenti alla *colpa penale*, appare assolutamente evidente da tale decisione la *caduta* di uno dei requisiti determinanti l'identità del soggetto attivo. L'affermazione di responsabilità non è più infatti circoscritta a soggetti integrati nella struttura statale, siano essi sindaci (come in *Öneryildiz c. Turchia*) oppure figure apicali di società statali incaricate della gestione di strutture in controllo pubblico o funzionari di livello municipale oppure regionale (ad esempio in *Kolyadenko e altri c. Russia*), ma si apre a *qualunque* consociato, anche se del tutto privo di un rapporto di *immedesimazione* con l'Autorità (quale è un automobilista o comunque una persona fisica oppure giuridica che si occupi di gestione di liquidi infiammabili, visto in *Sinim c. Turchia*)⁵²⁸.

Ciò porta a uno scivolamento verso una pretesa di punizione della *colpa impropria*, poiché non è più precisato il soggetto attivo, neppure per generici riferimenti o mediante rinvii. Da tale constatazione, si può ricavare che la *responsabilizzazione* si rivolge non solamente allo Stato Membro e alle sue articolazioni, ma anche a tutti i consociati (seppur solo *di rimbalzo*). Ciò lascia intravedere la presenza di una sorta di *principio di affidamento*, nel senso di un'estensione dei potenziali referenti della quota di rischio da gestire mediante la predisposizione e messa in opera di un quadro normativo adeguato.

Inoltre, nella sentenza ora analizzata viene meglio tratteggiato il requisito soggettivo in relazione al quale può essere mosso un rimprovero di natura penale.

A ben vedere, a seguito dell'arresto *Öneryildiz c. Turchia* tale risultato interpretativo era ottenibile solamente *per via negativa*, leggendo categorie penalistiche *in senso logico-deduttivo* (derivandole a propria volta da errore di giudizio o *carelessness*).

Con *Sinim c. Turchia*, invece, si compie un ulteriore passo in avanti poiché viene fornito anche un elemento definitorio *in positivo*: la *recklessness* o "sconsideratezza".

Pertanto, diviene opportuno tornare sul significato di questa *categoria dogmatica*, all'esito, però, dello studio degli ulteriori casi attinenti al settore specifico della sicurezza su strada

⁵²⁸ Cfr. L. LAVRYSEN, *Positive Obligations and the Criminal Law*, cit., p. 35.

che vi fanno riferimento. Trattasi, in specie, di *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*⁵²⁹ e *Smiljanić c. Croazia*⁵³⁰.

Nel primo caso, il ricorrente, senza fare riferimento né al rispetto del diritto alla vita né a quello della vita privata⁵³¹, lamentava l'inadeguatezza e l'eccessiva durata dalle indagini svolte dalle autorità pubbliche rumene relativamente all'incidente stradale che lo aveva visto coinvolto quale persona offesa. La vicenda, nello specifico, era la seguente: egli sosteneva che l'auto che aveva condotto fosse stata tamponata sul retro da un'altra, finendo per essere, la prima, spostata dietro a un automezzo militare lì fermo e, la seconda, sbalzata nella corsia opposta, scontrandosi con un'altra macchina che ivi procedeva.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, trattando dei principi di diritto applicabili, ha escluso che l'art. 3 CEDU possa essere ritenuto violato laddove si rilevi una condotta tenuta involontariamente, certamente non qualora vi sia un evento fortuito o una negligenza addebitabile al soggetto attivo. Ha altresì respinto la doglianza relativa all'art. 8 CEDU poiché non rilevante *ratione materiae*, essendo che non si rintracciavano precedenti simili. Piuttosto, ha concentrato la propria attenzione sull'art. 2 CEDU.

Esordendo con gli obblighi positivi sostanziali, i giudici di Strasburgo hanno ripercorso la propria giurisprudenza in tema di protezione del diritto alla vita, richiamando in specie talune attività a rischio base lecito (come, ad esempio, quella industriale e quella medico-sanitaria). Con riferimento alla circolazione su strada, hanno aggiunto che gli obblighi positivi comportano la predisposizione di un'adeguata serie di misure preventive volte a garantire la pubblica sicurezza e a ridurre al minimo il numero di sinistri stradali⁵³² nonché la fornitura di cure mediche di emergenza se si verifichi un incidente che metta in pericolo la vita del paziente⁵³³.

⁵²⁹ C.EDU, Grande Camera, sent. 25 giugno 2019, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*. Con nota di J. MURCOTT, *Investigative duties into car accidents*, in *European Human Rights Law Review*, n. 5/2019, pp. 560-562.

⁵³⁰ C.EDU, sez. I, sent. 25 marzo 2021, *Smiljanić c. Croazia*. Con nota di Ö.F. DOĞANCI, *Road safety and the right to life European Court of Human Rights (First Section): Judgment of 25 March 2021*, in *European Human Rights Law Review*, n. 4/2021, pp. 444-447. Volendo v. anche G. BONDI, *La tutela penale dell'art. 2 CEDU nelle attività a rischio base consentito: la colpa grave come limite soggettivo?*, in *Cass. pen.*, n. 10/2023, p. 3395 e ss.

⁵³¹ Ciò non ha impedito di esaminare la vicenda dal punto di vista degli artt. 2 e 8 CEDU, secondo la *nozione autonoma* del principio *iura novit curia* in ambito di Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cfr. C.EDU, Grande Camera, sent. 25 giugno 2019, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*, par. 83, 86 e 87.

⁵³² «[...] The Court would stress that in the context of road traffic, these duties of the domestic authorities entail the obligation to have in place an appropriate set of preventive measures geared to ensuring public safety and minimising the number of road accidents» C.EDU, Grande Camera, sent. 25 giugno 2019, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*, par. 135.

⁵³³ «[...] The Court considers that this obligation may in certain circumstances include the provision of emergency medical treatment in the event of a life-threatening accident» C.EDU, Grande Camera, sent. 25 giugno 2019, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*, par. 136.

Proseguendo con gli obblighi positivi procedurali, la Corte EDU ha chiarito che vi sono due elementi da trattare laddove si sia innanzi a incidenti non volontari: la pericolosità intrinseca dell'attività in questione e la realtà e l'imminenza del rischio per la vita, oppure la serietà del pericolo per quest'ultima (ravvisabile sulla base delle lesioni patite dalla vittima). Di talché, laddove il primo requisito sia meno evidente, il secondo acquista maggiore rilevanza, soprattutto qualora tale area di rischio-pericolo sia già presidiata da un quadro normativo la cui adeguatezza e idoneità non sono né in dubbio né oggetto di contestazione⁵³⁴.

In relazione agli aspetti riguardanti la colpa penale, i giudici di Strasburgo hanno ribadito che, laddove l'evento morte o il rischio per la vita sia stato causato non volontariamente, è sufficiente un procedimento di natura civile, purché permetta di accertare le eventuali responsabilità e di ottenere un risarcimento per i danni subiti. Qualora siano coinvolti rappresentanti statali possono essere soddisfacenti anche rimedi di tipo amministrativo, come provvedimenti disciplinari⁵³⁵. Gli stessi hanno però aggiunto (sulla scorta delle pronunce *Öneryıldız c. Turchia* e, specialmente, *Sinim c. Turchia*) che un'eccezione determinante a tale regola generale è quella della sussistenza, rispetto al privato cittadino, di una volontaria e *reckless* (o "sconsiderata") inosservanza dei propri doveri, legislativamente stabiliti⁵³⁶.

⁵³⁴ «On this basis, the Court considers that in the context of accidents and alleged negligent conduct, Article 2 is applicable if the activity involved was dangerous by its very nature and put the life of the applicant at real and imminent risk (see paragraphs 140-141 above) or if the injuries the applicant had suffered were seriously life-threatening (see paragraphs 142-143 above). In such situations, the procedural obligation to carry out an effective official investigation applies. The less evident the immediacy and reality of the risk stemming from the nature of the activity are, the more significant the requirement as to the level of the injuries suffered by the applicant becomes. This is particularly the case where a high-risk private activity is regulated by a detailed legislative and administrative framework whose adequacy and sufficiency for the reduction of the risk for life is beyond doubt or not contested» C.EDU, Grande Camera, sent. 25 giugno 2019, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*, par. 140.

⁵³⁵ «In cases concerning unintentional infliction of death and/or lives being put at risk unintentionally, the Court reiterates that the requirement to have in place an effective judicial system will be satisfied if the legal system affords victims (or their next-of-kin) a remedy in the civil courts, either alone or in conjunction with a remedy in the criminal courts, enabling any responsibility to be established and any appropriate civil redress to be obtained. Where agents of the State or members of certain professions are involved, disciplinary measures may also be envisaged (see, among others, *Calvelli and Ciglio*, cited above, § 51; *Vo*, cited above, § 90; *Şilih*, cited above, § 194; *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu*, cited above, § 132; and *Lopes de Sousa Fernandes*, cited above, § 137)» C.EDU, Grande Camera, sent. 25 giugno 2019, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*, par. 159.

⁵³⁶ «The Court reiterates further that – although the Convention does not guarantee as such a right to have criminal proceedings instituted against third parties – even in cases of non-intentional interferences with the right to life or physical integrity there may be exceptional circumstances where an effective criminal investigation is necessary to satisfy the procedural obligation imposed by Article 2. Such circumstances can be present, for example, where a life was lost or put at risk because of the conduct of a public authority which goes beyond an error of judgment or carelessness, or where a life was lost in suspicious circumstances or because of the alleged voluntary and reckless disregard by a private individual of his or her legal duties under the relevant legislation (see, among other authorities, in the context of dangerous industrial activities, *Öneryıldız*, cited above, § 71; in the context of road-traffic accidents in which lives were lost in suspicious circumstances, *Al Fayed v. France* (dec.), no. 38501/02, § 73, 27 September 2007; in the context of denial of health care, *Asiye Genc v. Turkey*, no. 24109/07, § 73, 27 January 2015; in the context of military activities, *Oruk v. Turkey*, no. 33647/04, §§ 56-65, 4 February 2014; and *Railean v. Moldova*, no. 23401/04, § 28, 5

Dalla lettura della sentenza emessa nel caso *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania* si avverte l'inizio di un *consolidamento* della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo afferente alle violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo connotate dalla sussistenza della sola colpa. In particolare, si registra la *eliminazione* del requisito (come già inaugurato in *Sinin c. Turchia*) della presenza di un soggetto attivo posto sotto la responsabilità diretta dello Stato Membro. Ancor più che nel trasporto di merci pericolose, l'infortunistica stradale diviene il terreno elettivo per un avanzamento estremamente significativo dell'ambito di applicazione degli obblighi positivi di tutela penale. In effetti, nella vicenda sotto esame, i fatti si riferivano a un semplice, quasi banale, incidente (per quanto oggetto di una serie di procedimenti). Sicché, data l'estrema frequenza con la quale ricorrono siffatte evenienze nell'odierna società del rischio, tale pronunciamento rappresenta un indicatore piuttosto auto-esplicativo dell'*espansione* nella CEDU della sfera di tutela penale, ove l'intera dinamica degli eventi si esaurisce in rapporti intercorrenti tra soggetti privati. La regolamentazione statale assume così un rango apparentemente inferiore, venendo lasciata *sullo sfondo*.

Pertanto, l'istituto della *recklessness* diviene decisivo nella esegesi degli obblighi positivi di tutela penale sotto il profilo della involontarietà della condotta. Tale constatazione trova ulteriore conferma nel caso *Smiljanić c. Croazia*, del quale ci si occuperà innanzi.

In *Smiljanić c. Croazia*, i ricorrenti si dolevano della violazione dell'art. 2 CEDU rispetto all'asserita incapacità delle autorità nazionali croate di far rispettare il quadro normativo nazionale in materia di circolazione stradale adottando misure adeguate nei confronti della persona che aveva causato l'incidente stradale nel quale era morto il loro congiunto. In particolare, il sig. Smiljanić era deceduto in conseguenza delle ferite riportate a seguito del suo investimento da parte di un'autovettura condotta da un soggetto in stato di ebbrezza, il quale aveva impegnato un incrocio con semaforo disposto al rosso.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, per ciò che concerne gli obblighi positivi sostanziali, si è rifatta all'arresto *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*. Quanto al dominio della pericolosità nell'ambito della sicurezza stradale, ha affermato che la qualità del *law enforcement* è ricompresa negli obblighi positivi. Inoltre, con riferimento agli aspetti soggettivi, ha precisato che, qualora lo Stato Membro abbia adottato un quadro normativo adeguato al rischio specifico, un errore di giudizio imputabile a un singolo individuo oppure un coordinamento negligente tra professionisti (siano essi pubblici oppure privati) non

January 2010; and in the context of a traffic accident caused by an individual's voluntary and reckless disregard of his or her legal duties in relation to transportation of dangerous goods, *Sinin v. Turkey*, no. 9441/10, § 63, 6 June 2017)» C.EDU, Grande Camera, sent. 25 giugno 2019, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*, par. 160.

sarebbero sufficienti a determinare una responsabilità del Paese Parte a livello di protezione del diritto alla vita⁵³⁷.

Venendo agli obblighi positivi procedurali, i giudici di Strasburgo si sono rifatti a quanto già affermato in *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*, provvedendo, con l'occasione, alla *sistematizzazione* dei principi di diritto statuiti in quella sede.

Ciò che appare maggiormente significativo in rapporto all'elemento soggettivo del reato è che è stato chiarito in quali situazioni si ravvisi la necessità di una sanzione di tipo penale e in quali no. Segnatamente, essa ricorre qualora la violazione presenti le caratteristiche della *volontarietà*, come in un omicidio doloso. Diversamente, laddove queste non vi siano, solitamente è sufficiente un rimedio di tipo civilistico. Nell'evenienza in cui, invece, la condotta assuma i connotati della *recklessness*, allora torna a essere domandato l'utilizzo della sanzione penale, o, comunque, lo svolgimento di indagini, e l'accertamento dei fatti e delle responsabilità⁵³⁸. Insomma, viene *ancora una volta* indicato il nuovo limite di rimproverabilità soggettiva, collocantesi al di sotto del livello della volontà, segnatamente coincidente con quello della sconsideratezza.

Nell'interpretare i fatti di causa alla luce di tali principi, per gli obblighi positivi sostanziali, la Corte EDU ha verificato che le autorità giudiziarie croate avevano ritenuto che la condotta del sig. D.M., consistente come visto nel mancato rispetto del semaforo rosso e nella conduzione di un mezzo in stato di ebbrezza, costituisse una guida spericolata con disprezzo per la sicurezza altrui; elemento, questo, che va oltre la semplice negligenza nel provocare un incidente stradale. In specie, egli, pur consapevole del tipo di rischio che poteva comportare la sua condotta, si è risolto ad assumerla senza curarsene.

Per gli obblighi positivi procedurali, invece, a siffatte constatazioni essa ha aggiunto che la corrispondente fattispecie di reato nel codice penale croato era considerata di natura

⁵³⁷ «[...] Thus, where a State has adopted an overall legal framework and legislation tailored to the protective requirements in the specific context, matters such as an error of judgment on the part of an individual player, or negligent coordination among professionals, whether public or private, could not be sufficient of themselves to make the State accountable from the standpoint of its positive obligation under Article 2 (see Kotilainen and Others, cited above, §§ 67-68)» C.EDU, sez. I, sent. 25 marzo 2021, *Smiljanić c. Croazia*, par. 70.

⁵³⁸ «[...] In this connection, in *Nicolae Virgiliu Tănase* (§§ 158-171), the Court set out the following principles: (i) The form of investigation required by this obligation varies according to the nature of the interference with the right to life. Article 2 may, and under certain circumstances must, include recourse to the criminal law. For instance, where death has been caused intentionally, a criminal investigation is generally necessary; (ii) In cases concerning unintentional infliction of death, the requirement to have in place an effective judicial system will be satisfied if the legal system affords victims (or their next-of-kin) a remedy in the civil courts, either alone or in conjunction with a remedy in the criminal courts, enabling any responsibility to be established and any appropriate civil redress to be obtained; (iii) However, even in cases of non-intentional interferences with the right to life or physical integrity there may be exceptional circumstances where an effective criminal investigation is necessary to satisfy the procedural obligation imposed by Article 2. Such circumstances can be present, for example, in case of an alleged voluntary and reckless disregard by a private individual of his or her legal duties under the relevant legislation» C.EDU, sez. I, sent. 25 marzo 2021, *Smiljanić c. Croazia*, par. 88.

intenzionale, il che fondava il ricorso al diritto penale e l'imposizione di una pena detentiva. Tale distinzione è divenuta determinante poiché è proprio questo aspetto che ha permesso di distinguere il presente caso (ove era necessario l'uso del diritto penale) da quelli dove la morte è stata causata da semplice negligenza (per i quali è sufficiente il diritto civile).

In definitiva, la dichiarata violazione dell'art. 2 CEDU ha riguardato l'adozione di sanzioni adeguate: da un lato, prima che si verificasse l'evento mortale; e, dall'altro, dopo di esso.

Anticipatamente rispetto al tentativo di delineare la *misura minima* della pretesa di punizione a livello soggettivo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 2 CEDU, pare opportuno soffermarsi sul rapporto intercorrente tra le due pronunce appena considerate: *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania* e *Smiljanić c. Croazia*.

A ben vedere, pur il secondo caso rappresentando l'occasione nella quale “saggiare” i principi di diritto statuiti dalla Grande Camera nel primo – trattandosi di una vicenda afferente al medesimo settore specifico (quello della sicurezza stradale) – sembra di essere di fronte a un “passo falso”, nel senso, cioè, di un, seppur indiretto, *disallineamento* tra la decisione successiva e quella precedente.

Una prima problematica si registra con rispetto alla *identificazione* delle vittime della violazione del diritto alla vita.

Infatti, occorre valutare se sia stato rispettato il *Tănase test* (*i.e.* il nuovo regime di controllo consistente nella verifica sulla sussistenza di una inosservanza alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo in base ai requisiti stabiliti nella omonima pronuncia): verifica della *realtà* e della *immediatezza* del rischio per la vita; e riferibilità dello stesso a soggetti previamente *individuati* oppure *individuabili*. Tale regola trova eccezione solamente per persone che siano *identificabili con la Pubblica Amministrazione* (quali, ad esempio, pubblici ufficiali). Ricordando che, però, nel caso *Smiljanić c. Croazia* la vicenda riguardava un sinistro stradale piuttosto standard tra un automobilista e un motociclista privi di rapporto di immedesimazione nello Stato, ne consegue che con tale pronuncia viene affermata la sussistenza di obblighi positivi di tutela penale per condotte poste in essere e riguardanti *in via esclusiva* dei semplici privati cittadini.

A ben vedere, tale argine era già stato rotto con la sopra esaminata sentenza *Sinim c. Turchia*. Infatti, in tale situazione, sempre riguardante un incidente su strada, è stata affermata la responsabilità della Turchia con riguardo a dei fatti interamente svoltisi tra due soggetti privi di un rapporto di immedesimazione con la PA (trattandosi di un ordinario contratto tra affittante e affittuario di un mezzo di trasporto).

A riprova del rilievo di *sistema* di tale innovazione esegetica, i giudici Spanu e Bianku hanno depositato una *joint concurring opinion* in *Sinim c. Turchia*, sostenendo di essere d'accordo

con la declaratoria di violazione dell'art. 2 CEDU, ma esprimendo delle perplessità circa la necessità dell'apertura di un procedimento penale per condotte involontarie riconducibili a soggetti non posti sotto la responsabilità di autorità statali, preferendo piuttosto un rimedio di natura civilistica che comunque permetta di chiarire i fatti in maniera efficace e abbia un adeguato effetto deterrente⁵³⁹.

Una seconda problematica si ravvisa nella “*sperimentazione*” stessa del suddetto *Tănase test*.

Pare infatti che vi sia una diametrale diversità tra la valutazione (che a rigore dovrebbe – lo si ribadisce – essere informata ai medesimi criteri interpretativi) nei due casi *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania* e *Smiljanić c. Croazia*.

In proposito, occorre evidenziare che, per quanto in entrambe le pronunce si sia affermata a chiare lettere l'applicabilità dell'art. 2 CEDU precisamente in rapporto alla tutela del bene giuridico della vita, nel più risalente, si è ritenuto rispondente alle *positive obligations* un procedimento terminato con l'archiviazione durato 8 anni, mentre, nel più recente, si è ravvisata una violazione di tale disposizione pur a fronte di un accertamento di responsabilità e di una condanna alla reclusione posta in esecuzione, il tutto a meno di 2 anni dai fatti.

Da tale constatazione deriva la seguente ipotesi: se l'autentico distinguo tra i due pronunciamenti – più che sulla valutazione, svolta in *Smiljanić c. Croazia*, circa la sussistenza dei requisiti innovativi appena affermati in *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania* – non finisca per riposare sulle conseguenze massimamente lesive (morte della vittima) occorse in *Smiljanić c. Croazia*, diversamente da quelle (sole lesioni personali) verificatesi in *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*.

Siffatto *discrimen*, comunque, lascia insoddisfatti.

Certamente deve assumere *valore* il rilievo della violazione del diritto alla vita, inteso quale grado di lesione o di messa in pericolo della vita in sé oppure della integrità fisica della vittima. Cionondimeno, si ritiene che un giudizio di responsabilità debba opportunamente focalizzarsi sul soggetto agente (per quanto si tratti di un'attribuzione *mediata*, poiché la censura attiene come noto allo Stato Membro della CEDU).

⁵³⁹ «We agree that the facts of the present case do not fall under this framework of analysis, as the activity in question, though dangerous, was not carried out by or under the responsibility of public authorities. In other words, the activities at the origin of the fatal accident did not implicate, directly or indirectly, any exercise of public authority or supervision. Therefore, we cannot see how the case law quoted by the majority in paragraph 62 could have justified the requirement of a criminal investigation per se in the present case, if a civil remedy was afforded that could have allowed for the efficient elucidation of the facts and provided adequate deterrent effect» Opinione concorrente riunita dei giudici Spano e Bianku (annessa a C.EDU, sez. II, sent. 6 giugno 2017, *Sinim c. Turchia*), par. 3.

L'esito, altrimenti, è quello di un *trascinamento* del giudizio di violazione nella direzione della sola *gravità in astratto* degli esiti lesivi, oggettivamente poco capace di descrivere un'architettura protettiva a livello normativo coerente e completa.

7. La *recklessness* (e la *mise en danger*) quale requisito soggettivo minimo per determinare l'insorgenza di obblighi positivi

Nella sentenza emessa nel caso *Smiljanić c. Croazia* si registra soprattutto un dato importante: l'individuazione del *requisito minimo soggettivo* affinché sorgano obblighi positivi di tutela penale con riguardo a violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo caratterizzate dall'assenza di volontà: quello, cioè, della *recklessness* o "sconsideratezza"⁵⁴⁰. Naturalmente anche negli altri precedenti sopracitati si notava tale progressiva convergenza interpretativa, ma è solo con quest'ultima decisione che siffatta misura limite trova una compiuta descrizione – per quanto in riferimento, considerati i fatti di causa, a soggetti che non sono sottoposti alla responsabilità pubblica in senso stretto –. Tra le altre, la pronuncia che può definirsi pioniera in questo campo è la già a più riprese citata *Sinim c. Turchia*, nella quale è stata per la prima volta affermata la sussistenza di *positive obligations* rispetto a "soggetti non pubblici". Da ciò, si deduce che il settore specifico della circolazione stradale è quello ove pare essersi giunti a una *raffinazione* di siffatto confine definitorio. Probabilmente, ciò si deve alla nota complessità che caratterizza la scelta dell'imputazione in tale settore, se per dolo eventuale oppure per colpa cosciente o ancora per colpa lieve o "semplice"⁵⁴¹.

Dalla lettura del complesso dei pronunciamenti in questione non risulta che la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia coniato una *nozione autonoma* di *recklessness*, poiché, a ben

⁵⁴⁰ Cfr. S. ZIRULIA, *Diritti umani e responsabilità colposa*, cit., pp. 389-411.

⁵⁴¹ Sull'ambiguità di questo confine v. G.P. DEMURO, *Ubriachezza e dolo eventuale nella guida spericolata*, in *Giur. it.*, n. 4/2017, pp. 945-951; L. PAOLONI, *Dolo eventuale e colpa cosciente nei delitti di omicidio o lesioni personali connessi alla circolazione stradale*, in *Cass. pen.*, n. 6/2013, pp. 2287-2292; S. CANESTRARI, *"Dolus eventualis in re licita": limiti e prospettive*, in *Ind. pen.*, n. 1/2013, pp. 23-49; P. PISA, *Incidenti stradali e dolo eventuale: l'evoluzione della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, *Gli speciali. Dolo e colpa negli incidenti stradali*, 2011, pp. 13-20; A. VALLINI, *Dai "pirati della strada" al bombardamento di Dubrovnik: prassi nazionali e sovranazionali in tema di dolus eventualis*, in *Ius17@unibo.it*, n. 1/2011, pp. 247-260; G. FIANDACA, *Sfrecciare col "rosso" e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?*, in *Foro it.*, nn. 7-8/2009, pp. 414-419; G. RUGGIERO, *Considerazioni su dolo eventuale e colpa cosciente in materia di circolazione stradale*, in *Arch. pen.*, n. 1/2009, pp. 43-73; e F. VIGANÒ, *Fuga "spericolata" in autostrada e incidente con esito letale: un'ipotesi di dolo eventuale?*, in *Corr. merito*, n. 1/2005, pp. 73-77. Per un lavoro monografico recente v. A. MENGHINI, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Trento, 2016, pp. 113-168.

vedere, non ne viene mai offerta una definizione “secondo CEDU”. Tale opzione pare essere condivisibile, anche poiché l’estrema diversità degli ordinamenti nazionali potrebbe ostare a una facile “traslazione” di una inedita categoria soggettiva nel codice penale statale degli Stati Membri che non la conoscano.

Ad esempio, ciò si verificherebbe in Italia, ove, come noto, non è disciplinata alcuna figura denominata “sconsideratezza”.

Pertanto, laddove non vi sia un *autonomous concept* delineato dai giudici di Strasburgo, occorre riferirsi al significato che detto concetto si vede attribuito nel rispettivo diritto ove esso è previsto e applicato⁵⁴². Trattasi, ovviamente, del Regno Unito, nell’ambito del quale è appunto contemplato, e sul cui *legal system* giova quindi soffermarsi⁵⁴³.

In prima approssimazione, la *recklessness* non deve essere confusa con la *mere negligence*, che costituisce un *quid minus* di rimproverabilità rispetto ad essa⁵⁴⁴. Proprio in ragione della oscurità definitoria che connota la *recklessness*, e della risultante sua sovrapposibilità con istituti fra loro diversi nel diritto penale italiano, diventa utile ricostruire la *fenomenologia* di questa forma di *mens rea* nel Regno Unito⁵⁴⁵, nella prospettiva ultima di comprendere quali riflessi possano esservi rispetto al nostro ordinamento.

Originariamente, per quanto si riferisce alla fattispecie penale del *manslaughter*, la *recklessness* era riconducibile alla *gross negligence* (dovendo essa venire dimostrata per poter giungere a una statuizione di condanna), da intendersi quale alto grado di *carelessness*. Sicché essa risultava avvicinata all’equivalente italiano della *colpa grave*.

Successivamente, la collocazione sistematica della sconsideratezza attraversa tre tappe, il che segnala la forte “instabilità” di tale istituto. Esse si ravvisano – come è comprensibile, dato che trattasi di un *legal order* fondato sul principio del *judge-made law* – con gli orientamenti formati in seno alla *House of Lords* (oggi *Supreme Court*), in coincidenza con

⁵⁴² Su questo criterio ermeneutico v. V. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti umani. Natura ed efficacia della sua giurisprudenza*, in V. ZAGREBELSKY – R. CHENAL – L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, p. 42.

⁵⁴³ Sulla *recklessness* nel diritto penale anglogallego v. G.M. CALETTI, *Recklessness*, in M. DONINI (a cura di), *Enciclopedia del Diritto. I tematici, 2. Reato colposo*, Milano, 2021, pp. 1047-1075 e F. CURI, *Tertium datur, Dal common law al civil law per una scomposizione dell’elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003, pp. 47-109.

⁵⁴⁴ Su come trattasi di un mezzo di attribuzione di responsabilità marginale nel *common law* v. S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002, p. 260 e ss.

⁵⁴⁵ Offre una ricostruzione in ordine cronologico G.M. CALETTI, *Recklessness*, cit., pp. 1050-1059.

tre landmark cases: *Cunningham*⁵⁴⁶, *Caldwell*⁵⁴⁷ e *G*⁵⁴⁸. In tali pronunciamenti, le “lancette dell’orologio” dei *law lords* si sono orientate dapprima nel senso soggettivo (*advertent*), quindi oggettivo (*inadvertent*) e, infine (e ad oggi), di nuovo soggettivo (*advertent*).

Procedendo con ordine, nel caso *Cunningham*, è stato stabilito che per *recklessness* si intende lo stato nel quale il reo prevede il particolare tipo di danno che può verificarsi e comunque si risolve nel senso di assumere detto rischio.

In seguito, nel caso *Caldwell*, si è affermato, attraverso l’*opinion* di Lord Diplock, che invece occorre accertare se il soggetto agente crea un rischio ovvio e se, nell’agire, o non presta attenzione alla possibilità che tale rischio esista o riconosce che vi sia un qualche rischio derivante dalla propria condotta, ma comunque agisce.

Da ultimo, nel caso *G* si è verificato un *overruling*, con un ritorno alla lettura in senso soggettivo della sconsideratezza, dove il *leading speech* di Lord Bingham, facendo proprie le critiche nel mentre mosse alla “*Caldwell recklessness*”, ha segnato un ritorno alla versione per così dire *classica* che si basa sulla consapevolezza, nella persona, del rischio che essa assume.

Dovendo ricondurre tali interpretazioni della sconsideratezza all’interno di categorie dogmatiche proprie del sistema penale italiano, si registra un certo tasso di *resistenza* a tale operazione, considerato che non vi è una corrispondenza diretta con una norma *ad hoc*.

Prendendo quale parametro di riferimento la “*Caldwell recklessness*” nella sua recente riaffermazione (che pare, come visto, rappresentare l’indirizzo maggioritario nella giurisprudenza della *Supreme Court*), essa comprende in sé situazioni fra loro *diverse* in Italia, includendo senza dubbio sia quelle afferenti al *dolo nella forma eventuale* sia quelle di cui alla *colpa cosciente*⁵⁴⁹.

Ciò detto, la tesi oggettivista (icasticamente rappresentata dal lemma *inadvertent*) continua a trovare fortuna, sottotraccia, in determinati atti legislativi, ove si presta particolare

⁵⁴⁶ *Cunningham* [1957] 2 QB 396. I fatti di causa erano i seguenti: l’accusato aveva rimosso un contatore del gas in un’abitazione al fine di appropriarsi di una somma di danaro che era nascosta al suo interno, con ciò causando una perdita di gas che si era propagata sino a interessare un’altra casa, adiacente a quella ove egli si trovava, dove tale gas era stato inalato dall’inquilina che vi abitava; di talché, la vita di quest’ultima era stata messa a repentaglio.

⁵⁴⁷ *Caldwell* [1982] AC 341. La vicenda può essere così riassunta: l’imputato, dopo aver svolto dei lavori presso un albergo, aveva avuto un alterco con il proprietario. In seguito, per vendicarsi contro quest’ultimo, aveva dato alle fiamme l’edificio in questione; queste ultime, poi, erano state domate prima che potessero essere provocati seri danni a cose o persone.

⁵⁴⁸ *G* [2004] 1 AC 1034. Questa la dinamica dell’accaduto: due bambini di undici e dodici anni di età avevano dato fuoco a dei giornali che erano stati buttati in un cassonetto innanzi a un supermercato; condotta, questa, alla quale era seguito l’incendio del supermarket in questione, che aveva finito per lambire anche altri edifici vicini.

⁵⁴⁹ Cfr. A. CADOPPI, *Mens rea*, in *Digesto. Discipline penali*, Torino, 1995, p. 632.

attenzione all'estensione (oltre che all'anticipazione) della tutela penale⁵⁵⁰. Di talché, dovesse prendersi in esame anche tale seconda versione "alternativa", dovrebbe aggiungersi, tra le altre forme di attribuibilità della responsabilità sotto il profilo soggettivo, quella della *colpa di grado grave*⁵⁵¹.

Al netto di tali sforzi di collocazione in categorie sistematiche "nostrane", può delinearsi la seguente definizione (fedele alla teoria soggettiva) di *recklessness*: la *consapevolezza* nell'agente del *rischio irragionevole* assunto⁵⁵².

Orbene, nel tentativo di individuare il significato della pretesa di punizione nella Convenzione EDU, occorre non limitarsi a una versione linguistica del testo di una sentenza della Corte EDU, ma, laddove essa sia disponibile, analizzare anche l'altra⁵⁵³. Così procedendo, infatti, è possibile *superare* l'assenza di una nozione autonoma CEDU e, affrontando tale esegesi da un'ulteriore punto di vista, meglio perimetrare l'ambito di vigenza dell'istituto anche nel diritto nazionale in interesse, segnatamente quello italiano. Altrimenti, si incorre nel rischio di avere una lettura solo *parziale* del singolo istituto, inidonea a restituire la poliedricità di riferimenti che hanno animato la decisione dei giudici di Strasburgo, informando, attraverso la loro decisione, la creazione di un nuovo indirizzo giurisprudenziale.

In particolare, dato che la sentenza in *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania* è stata emessa nella composizione della Grande Camera, è disponibile anche la corrispondente versione in lingua francese del testo, e, dunque, è opportuno esaminare anch'essa. Il passaggio già preso in considerazione per "*sintetizzare*" la regola di diritto relativa alla *recklessness* viene tradotta nei seguenti termini nell'idioma d'oltralpe: «lorsqu'un particulier a délibérément et inconsidérément transgressé les obligations qui lui incombaient en vertu de la législation applicable»⁵⁵⁴.

Tale definizione degli obblighi positivi di tutela penale rispetto all'elemento soggettivo, a ben vedere, corrisponde alla nozione di "messa in pericolo deliberata" disciplinata nel

⁵⁵⁰ Emblematica in questo senso è la disciplina dell'antiterrorismo di cui ai *Terrorism Acts*. Ad esempio, nel *Terrorism Act 2006, Section 2*, è prevista la *offence* di *Dissemination of terrorist publications*, che viene punita anche se *reckless*. Cfr. A. CORNFORD, *Terrorist precursor offences: evaluating the law in practice*, in *Criminal Law Review*, n. 8/2020, pp. 663-685.

⁵⁵¹ Propendono per questa ulteriore aggiunta P.F. POLI, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Milano, 2021, p. 367 e D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 401.

⁵⁵² Così J. HORDER, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, Oxford, 2022, p. 219.

⁵⁵³ Sulla fidefacenza di quelle inglese e francese v. V. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti umani*, cit., p. 45.

⁵⁵⁴ C.EDU, Grande Camera, sent. 25 giugno 2019, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*, par. 160.

sistema penale francese, in specie alla *mise en danger délibérée de la personne d'autrui* ex art. 121-3 del *code pénal*⁵⁵⁵.

Similmente a quanto verificato con la “sconsideratezza” (e a riconferma della sua natura altra rispetto a quella del diritto penale italiano), non è esercizio agevole la sua traduzione in concetti propri della tradizionale penalistica nazionale. Ad ogni modo, si può sostenere, pur approssimando, che si tratti di un criterio di attribuzione della responsabilità che si colloca tra il dolo eventuale e la colpa cosciente⁵⁵⁶. L'ipotesi maggiormente condivisibile sembra essere, in effetti, quella che la interpreta quale *species* della colpa penale (e non, dunque, una forma “affievolita” di dolo)⁵⁵⁷.

Occorre peraltro sottolineare che la “messa in pericolo deliberata” svolge tre diverse funzioni: oltre a quella appena descritta, infatti, si aggiungono quella di forma di manifestazione del reato come aggravante in determinati delitti non intenzionali, e, inoltre, quella di fattispecie penale di parte speciale in guisa di elemento costitutivo di un reato di pericolo⁵⁵⁸.

Tornando agli scopi della presente trattazione, la *mise en danger* può essere definita come violazione consapevole di un obbligo *particolare* di prudenza o sicurezza previsto da una *legge* o da un *regolamento* negli ambiti di causalità indiretta⁵⁵⁹. Tenendo a mente la tutela dell'art. 2 CEDU, la *faute délibérée* costituisce il *massimo* livello di responsabilità contraria alla volontà e vi si è tendenzialmente fatto ricorso proprio per la protezione del bene giuridico della vita (oltre che della incolumità personale).

In specie, scendendo nel dettaglio del caso *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*, afferente, come già esplicitato, al “governo” per via legislativa e amministrativa della sicurezza su strada, è proprio quale forma aggravata di una fattispecie penale relativa alla circolazione stradale che la “messa in pericolo deliberata” trova oggi spazio nel *code pénal*⁵⁶⁰.

⁵⁵⁵ Per uno studio recente v. M. VENTUROLI, *Mise en danger délibérée de la personne d'autrui*, in M. DONINI (a cura di), *Enciclopedia del Diritto. I tematici, 2. Reato colposo*, Milano, 2021, pp. 779-797.

⁵⁵⁶ Sono favorevoli a questa sistemazione F. PALAZZO – M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, p. 144. *Contra* v. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, p. 291. Sull'ambiguità dell'esegesi della *mise en danger* in Francia e sulla problematicità che ne deriva v. F. CURI, *Tertium datur*, cit., p. 125: «Il carattere peculiare più rilevante [...] si coglie proprio nell'opzione favorevole ad una sostanziale omogeneità tra questi due istituti, fino al punto da formalizzarla in una categoria intermedia tra dolo e colpa, pur non riuscendo a delinearne i contorni con nitidezza».

⁵⁵⁷ Cfr. M. VENTUROLI, *Mise en danger délibérée de la personne d'autrui*, cit., p. 784 e pp. 796-797.

⁵⁵⁸ Lo ricordano P.F. POLI, *La colpa grave*, cit., pp. 327-333 e M. VENTUROLI, *Mise en danger délibérée de la personne d'autrui*, cit., pp. 790-796.

⁵⁵⁹ È la spiegazione di X. PIN, *Droit pénal général*, Parigi, 2022, pp. 221-222.

⁵⁶⁰ Difatti, l'omicidio stradale, ossia l'omicidio colposo derivante dalla conduzione di veicoli a motore ex art. 221-6-1 *code pénal*, se commesso con *faute délibérée* (quando tra l'altro il guidatore è in stato di ebbrezza), risulta essere punito con 7 anni di reclusione e 100.000 euro di “ammenda”.

Ecco, dunque, che si scopre (pur procedendo a ritroso) quella che è ragionevole desumere sia stata l'ispirazione nella formulazione del principio di diritto relativo alla soglia di punibilità della *recklessness* e della *mise en danger* nella Convenzione EDU.

Approfondendo i rapporti che legano i due criteri di attribuzione della responsabilità soggettiva, risulta infatti che in dottrina essi vengono esplicitamente accostati, così validando le scelte linguistiche delle due versioni del testo della pronuncia in *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*⁵⁶¹.

La “messa in pericolo deliberata”, però, presenta una caratteristica qualificante fondamentale anche allo scopo della presente ricerca. In aggiunta alla *coscienza* della violazione (che condivide, come detto, con la “sconsideratezza”), essa impone altresì che presupposto della responsabilità colposa siano solamente regole cautelari *scritte* e vieppiù a contenuto *rigido*. Pertanto, dallo studio combinato della *recklessness* e della *mise en danger* si ricava una valorizzazione di due elementi chiave della colpa penale nella CEDU: per la prima, il *grado della colpa* e, parallelamente, per la seconda, la *colpa specifica*.

8. Il limite soggettivo colposo e la sua dimensione sistemica

In tempi recenti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha come visto affermato la sussistenza di violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non sorrette esclusivamente dall'elemento soggettivo del dolo, ma anche dalla sola colpa. In effetti, ciò si spiega con l'esigenza di aggiornare il testo della CEDU rispetto ai tempi correnti (*living instrument doctrine*) e di offrire una risposta alle nuove richieste di protezione dei consociati con l'avvento della *Risikogesellschaft*.

Tale esigenza di controllo trova ragion d'essere (inteso quale affermazione di responsabilità a livello di Convenzione EDU) proprio nell'attività normativa. Eppure, la *condotta colposa* oggetto del giudizio coincide con il comportamento tenuto da una persona fisica o giuridica, peraltro nemmeno più immedesimata (perlomeno *necessariamente*) nella Pubblica Amministrazione, in quanto ben può trattarsi di un semplice privato⁵⁶².

⁵⁶¹ Secondo Marco Venturoli si è in presenza di un «istituto di parte generale che presenta tratti identificativi per molti versi affini alla *recklessness* prevista dagli ordinamenti di common law» M. VENTUROLI, *Mise en danger délibérée de la personne d'autrui*, cit., p. 780. È d'accordo anche Francesca Curi, la quale parla di «figura per molti aspetti affine» F. CURI, *Tertium datur*, cit., p. 112.

⁵⁶² Sulla medesimezza del criterio di imputazione della *recklessness* tra i casi *Öneryildiz c. Turchia* (per i soggetti pubblici) e *Smiljanić c. Croazia* (per quelli privati), malgrado il primo non lo menzioni esplicitamente, v. S. ZIRULIA, *Diritti umani e responsabilità colposa*, cit., p. 398.

Questo indirizzo innovativo non registra unanimi consensi.

Invero, si può ravvisare una ritrosia non tanto con rispetto all'individuazione del limite in questione⁵⁶³, ma con riferimento alla sua legittimazione nella CEDU. Le stesse opinioni dissenzienti e concorrenti depositate dai giudici di Strasburgo lo dimostrano⁵⁶⁴. Parrebbe che il *punctum dolens* sul quale si consuma siffatta resistenza corrisponda proprio al mutamento dell'oggetto del giudizio: da persone nella responsabilità statale⁵⁶⁵ a comuni cittadini⁵⁶⁶.

Prescindendo da tale aspetto, deve esprimersi una perplessità circa un aspetto logicamente precedente a esso: la *governabilità* del principio di diritto stabilito. Con ciò si intende sostenere che, alla luce dei casi trattati, il dettato insito nella giurisprudenza della Corte EDU manca di *stabilità*⁵⁶⁷, a partire proprio dal settore specifico della circolazione stradale.

In effetti, il *Tănase test*, coniato nella composizione della Grande Camera con la sentenza in *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania* del 2019, è stato prontamente disatteso in un pronunciamento di poco successivo e relativo al medesimo settore specifico, quello in *Smiljanić c. Croazia* del 2021.

Del resto, nel primo, si è ritenuto di non ravvisare una violazione dell'art. 2 CEDU, mentre nel secondo sì, benché la differente valutazione non sembra essersi riferita strettamente ai profili di rimproverabilità *soggettiva*, bensì alla *gravità* dell'evento.

9. (Segue) E le sue possibili ripercussioni *de lege lata* e *de lege ferenda*

La constatazione della esistenza di obblighi positivi di tutela penale con riguardo a violazioni caratterizzate dalla *recklessness* e dalla *mise en danger* può essere anche letta *a contrario*: infatti, essa implica che la Corte europea dei diritti dell'uomo si è astenuta dall'imporre *positive obligations in criminal law* per violazioni dell'art. 2 CEDU che non superino siffatta *soglia* soggettiva. In particolare, ciò significa che la colpa lieve o "semplice" può essere adeguatamente presidiata da rimedi di tipo civilistico oppure amministrativo.

⁵⁶³ Sulla esistenza del quale pare concordare la dottrina che si è confrontata con tale specifico tema. Cfr. S. ZIRULIA, *Diritti umani e responsabilità colposa*, cit., pp. 389-411.

⁵⁶⁴ *Inter alia*, si vedano le già citate *dissenting opinion* del giudice Wojtyczek nel caso *Smiljanić c. Croazia* e la *joined concurring opinion* dei giudici Spano e Bianku in *Sinim c. Turchia*.

⁵⁶⁵ Come accadeva per il *case-law* su *waste management* (cfr. C.EDU, Grande Camera, sent. 30 novembre 2004, *Öneryıldız c. Turchia*) e *natural disasters* (cfr. C.EDU, sent. 20 marzo 2008, *Budayeva e altri c. Russia* e C.EDU, sent. 28 febbraio 2012, *Kolyadenko e altri c. Russia*).

⁵⁶⁶ Che oggi si verifica riguardo alla *road safety* (cfr. C.EDU, Grande Camera, sent. 25 giugno 2019, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania* e C.EDU, sez. I, sent. 25 marzo 2021, *Smiljanić c. Croazia*), anche latamente intesa (cfr. C.EDU, sez. II, sent. 6 giugno 2017, *Sinim c. Turchia*).

⁵⁶⁷ Certamente, l'approccio casistico contribuisce all'acutizzarsi di questo "fenomeno interpretativo".

Logicamente, con ciò non si intende affatto sostenere che tali due *categorie sussidiarie* rimangano prive di requisiti loro dedicati. Del resto, sembra potersi cogliere comunque nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo l'esigenza di un accertamento dei fatti e di un'efficacia deterrente di tali rimedi alternativi⁵⁶⁸.

Premesso questo, può dirsi osservante della Convenzione europea dei diritti dell'uomo un diritto penale che punisca le offese al diritto alla vita e alla incolumità personale solamente laddove assurgano al rango delle categorie teoriche della “*sconsideratezza*” e dalla “*messa in pericolo deliberata*”.

Quanto alla prima, essa rappresenta un elemento soggettivo che esclude la *mere negligence* e si colloca al confine tra dolo eventuale e colpa cosciente oppure, secondo una interpretazione risalente, che incorpora la colpa di grado grave, di sicuro non quella lieve. Quanto alla seconda, essa si traduce in una trasgressione consapevole di regole di cautela che si trovano in leggi e regolamenti, senza che vengano concessi spazi alla colpa generica, essendo, piuttosto, un tipo di colpa specifica assai stringente poiché fortemente tassativizzata.

Il precipitato di siffatte considerazioni è che uno Stato Membro non si troverebbe esposto a sentenze di condanna da parte della Corte EDU qualora preferisse rimedi di diritto civile e di diritto amministrativo per inosservanze della CEDU connotate da un *elemento soggettivo debole*, rispetto sia al *grado* sia alla “*specificità*” della colpa penale.

Così intervenendo, peraltro, si incontrerebbero e si avallerebbero le proposte avanzate in questo senso a livello dottrinale con riferimento alla responsabilità colposa individuale⁵⁶⁹.

Guardando invece alle prospettive interpretative e di riforma della normativa in essere, è possibile svolgere le seguenti valutazioni.

Rispetto al primo profilo, sarebbe ipotizzabile una valorizzazione dell'ambito di applicazione della causa di esclusione della punibilità *ex art. 131 bis c.p.* relativa alla *particolare tenuità del fatto*⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ *Inter alia*, si veda la *joined concurring opinion* dei giudici Spano e Bianku in *Sinim c. Turchia*.

⁵⁶⁹ Cfr., tra gli altri, anche per i necessari riferimenti, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2013, p. 1723 e ss e ID., *La colpa penale*, cit., p. 341 e ss. e p. 529 e ss.

⁵⁷⁰ «1. Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, anche in considerazione della condotta susseguente al reato, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale. 2. L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona. 3. L'offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede: 1) per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive; 2) per i delitti previsti dagli articoli 336, 337 e 341-bis,

Tale istituto permette di aprire un procedimento penale che, essendo affidato a organi pubblici e garantendo il ricorso allo strumento di accertamento dell'indagine penale, pare essere più *consono* ai *desiderata* dei giudici di Strasburgo e meglio capace di approfondire nella maniera la più attenta possibile il grado della colpa. Orbene, un ostacolo a tale auspicato esteso ricorso a tale disposizione potrebbe essere rappresentato dalla clausola di esclusione del verificarsi della morte quale «conseguenza non voluta». Ciò detto, deve preferirsi un'interpretazione di esso “salvifica”: la restrizione della sua sussistenza ai soli reati preterintenzionali e aggravati dall'evento⁵⁷¹.

Anche a fronte di siffatta lettura estensiva dell'art. 131 *bis* c.p. rimane che, fino alla recente c.d. riforma Cartabia⁵⁷², si avrebbe avuta una sua scarsa rilevanza in concreto, in ragione delle cornici edittali previste specie per l'ambito della sicurezza stradale⁵⁷³. Invero, sarebbe

quando il fatto è commesso nei confronti di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria nell'esercizio delle proprie funzioni, nonché per il delitto previsto dall'articolo 343; 3) per i delitti, consumati o tentati, previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 391-bis, 423, 423-bis, 558-bis, 582, nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, 583, secondo comma, 583-bis, 593-ter, 600-bis, 600-ter, primo comma, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-undecies, 612-bis, 612-ter, 613-bis, 628, terzo comma, 629, 644, 648-bis, 648-ter; 4) per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 19, quinto comma, della legge 22 maggio 1978, n. 194, dall'articolo 73 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, salvo che per i delitti di cui al comma 5 del medesimo articolo, e dagli articoli 184 e 185 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. 4. Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. 5. Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69. 6. La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante» (art. 131 *bis* c.p.). Per una monografia recente sull'istituto in genere v. M. TELESCA, *Contributo all'analisi dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2022. Sulla sua applicabilità rispetto ai casi di colpa lieve v. M.E. FLORIO, *Art. 131-bis c.p. e colpa lieve*, in *Leg. pen.*, 31.01.2023, pp. 1-41 e P.F. POLI, *Colpa grave*, in M. DONINI (a cura di), *Enciclopedia del Diritto. I tematici, 2. Reato colposo*, Milano, 2021, p. 120 e ss. e p. 123 e ss.

⁵⁷¹ In effetti, come sottolineato da Marco Edgardo Florio, tale inciso sarebbe, se riferito a delitti colposi, «del tutto pleonastico» M.E. FLORIO, *Tenuità del fatto e grado della colpa*, in A. GULLO – V. MILITELLO – T. RAFARACI (a cura di), *Giustizia penale, ripresa economica e recovery fund. Verso la riforma del processo penale e del sistema sanzionatorio. Atti dell'XI Corso di Formazione interdotto di Diritto e Procedura Penale “Giuliano Vassalli” per Dottorandi e Dottori di ricerca*, Milano, 2021, pp. 190-193.

⁵⁷² Sul *novum* costituito dal d.l. 150 del 2022 in tale ambito v. M. DOVA, *La riforma della particolare tenuità del fatto*, cit., pp. 115-124 e S. RICCARDI, *La nuova disciplina dell'art. 131-bis nel quadro della riforma Cartabia*, in *Leg. pen.*, 2.03.2023, pp. 1-22.

⁵⁷³ Si pensi, riprendendo in esame il caso *Smiljanic c. Croazia*, quale sarebbe stato l'esito in relazione alla normativa di *road safety* italiana. *Ratione temporis*, considerato il tasso alcolemico rilevato nell'imputato, pari a 1.89 g/kg, in Italia si sarebbe contestata la violazione dell'art. 186 co. 2 lett. c) c.d.s. L'omicidio stradale commesso sarebbe stato quindi sussumibile nel reato circostanziato di cui all'art. 589 co. 3 c.p., con una finestra di pena da 3 a 10 anni di reclusione e una preclusione al giudizio di equivalenza o prevalenza delle attenuanti diverse da quelle ex artt. 98 e 114 c.p., secondo l'allora formulazione dell'art. 590 *bis* c.p. In epoca successiva alla riforma di cui alla L. 23 marzo 2016, n. 41, alla vicenda sarebbe risultato però applicabile il nuovo art. 589 *bis* c.p., nella versione aggravata di cui al relativo comma 2. La forbice si sarebbe allora assestata tra gli 8 e i 12 anni, considerato anche il divieto di bilanciamento tra circostanze disposto ora all'art. 590 *quater* c.p. Per un paragone tra il regime di computo precedente e quello successivo alla novella del 2016 v. rispettivamente A. TRINCI, *L'omicidio colposo e le lesioni personali colpose commessi durante la circolazione stradale (ante*

stato così più in generale per tutta la sfera delle attività a rischio base lecito. Ad oggi, però, si registra un più *esteso* ambito di vigenza di siffatto istituto.

Nel dettaglio, lo spostamento della misura edittale per l'ammissibilità della particolare tenuità del fatto dal massimo dei cinque anni della pena della reclusione al minimo dei due permette di dare ingresso ai delitti di *diritto penale stradale*, atteso che ora il limite minimo indicato coincide con quello dell'omicidio stradale *ex art. 589 bis c.p.* Ma tale allargamento si nota altresì con altri settori propri della *risk society*. Segnatamente, trattasi della *colpa medica*, considerato il minimo edittale di sei mesi di reclusione di cui agli artt. 589 co. 1 e 590 *sexies c.p.*, e della *sicurezza sul luogo di lavoro*, attesa la pena base di due anni all'art. 589 co. 2 c.p. Se tali disposizioni fossero state da ritenersi escluse, peraltro, il legislatore avrebbe potuto inserirle nell'elenco delle fattispecie di reato espressamente elencate nell'art. 131 *bis* co. 3 n. 3 c.p.

Rispetto al secondo profilo, *de lege ferenda*, sarebbe possibile proporre la riduzione della sanzione per l'omicidio colposo connotato da colpa non grave, ma nemmeno lieve, in aderenza al modello previsto dal diritto penale spagnolo dei *delitos leves* caratterizzati da *imprudencia menos grave* inaugurato con la *Ley Orgánica 1/2015*⁵⁷⁴.

In effetti, siffatto intervento di riforma garantirebbe il *mantenimento* di una più forte efficacia special-preventiva della pena, che “verrebbe meno” al cospetto della particolare tenuità del fatto, in quanto tale preclusiva all'applicazione di una sanzione penale. Il correttivo potrebbe essere costituito appunto dalla nozione di “imprudenza meno grave”. Benché in Spagna ne stia venendo, a quanto pare, progressivamente limitata la validità nell'ambito della sicurezza stradale⁵⁷⁵. Ad ogni modo, si potrebbe preconizzare la limitazione, nelle evenienze citate, a quello che è disposto nel Paese iberico: l'irrogazione della sola “multa” (da tre a diciotto mesi) e la previsione di un regime di procedibilità, estinzione, prescrizione, archiviazione e durata del procedimento che presenta aspetti di *favor* rispetto a quello ordinario.

L. n. 41/2016), in S. BALZANI – A. TRINCI (a cura di), *Diritto penale della circolazione stradale*, Padova, 2021, p. 411 e ss. e ID., *L'omicidio stradale e le lesioni personali stradali (post L. n. 41/2016)*, in S. BALZANI – A. TRINCI (a cura di), *Diritto penale della circolazione stradale*, Padova, 2021, p. 455 e ss.

⁵⁷⁴ Su questo minisistema v. J. MARCA MATUTE – L.C. MORELL ALDANA, *Delitos Leves. Problemas Sustantivos y Procesales*, Valencia, 2020, p. 1 e ss. Sulla sua ipotetica importabilità in Italia v. P.F. POLI, *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2018, pp. 903-929.

⁵⁷⁵ Sempre prendendo a modello la vicenda sottesa al caso *Smiljanić c. Croazia*, si noti che l'omicidio stradale commesso in stato di ebbrezza, per rilevamento di 0,60 mg/l con etilometro oppure di 1,2 g/l mediante prelievo del sangue, è considerato riconducibile alla *imprudencia grave*, secondo gli artt. 142 e 379 del *codigo penal*, con applicazione della reclusione da 1 a 4 anni. In generale, la disciplina di diritto penale stradale spagnolo è stata inasprita a seguito della *Ley Orgánica 11/2022*. Su questa riforma, in senso critico, v. M. ROIG TORRES, *Los delitos de homicidio y lesiones causados por imprudencia con vehículo a motor o ciclomotor. La reforma de la LO 11/2022, de 13 de septiembre*, Valencia, 2023, p. 1 e ss.

Tale innovazione, certamente dal carattere *organico*, presenterebbe numerosi vantaggi, secondo quella che è l'ottica della Corte EDU.

Infatti, si manterrebbe il ricorso al diritto penale, ma ciò avverrebbe in maniera temperata. Cioè, da un lato, si assicurerebbe il rispetto delle esigenze di *accertamento dei fatti* e di *affermazione di responsabilità* domandate nelle sentenze dei giudici di Strasburgo analizzate sinora e, dall'altro, se ne conterrebbe sensibilmente il portato *afflittivo*, mediante la implementazione di istituti di natura *deflattiva*, in assonanza con il livello notevolmente ridotto di rimproverabilità insito nella colpa non grave.

10. La natura ancipite della colpa medica

Nell'ambito delle attività a rischio base lecito, il settore specifico costituito dalla colpa medica (afferente, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, al *right to health*⁵⁷⁶) presenta delle peculiarità⁵⁷⁷ che lasciano trasparire un *doppio volto* degli obblighi positivi di cui all'art. 2 CEDU: da una parte, l'occasionalità della condotta, cui si accompagna la ritenuta sufficienza di ristori di diritto civile e di diritto amministrativo; e, dall'altra, la sistematicità della violazione, alla quale consegue la pretesa di sanzioni penali.

Rispetto agli altri ambiti sinora affrontati, in particolare, essa presenta una *disciplina autonoma*, che si sforza di dare copertura alla diversità esistente nelle prestazioni sanitarie tra *errori individuali* involontari e *deficit strutturali*. Tale dicotomia attraversa la

⁵⁷⁶ Come noto, il diritto alla salute non trova esplicita menzione nella CEDU, sicché la sua tutela è avvenuta *par ricochet*, mediante l'interpretazione degli artt. 2, 3 e 8 CEDU (cfr. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, p. 393). In questa sede, si presterà particolare attenzione alla "declinazione ospedaliera" del *right to health*, imperniata sul diritto alla vita di cui all'art. 2 CEDU (cfr. S. ZIRULIA, *Art. 2 – Diritto alla vita*, cit., pp. 71-72). Per i relativi profili nel contesto carcerario v., invece, F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, Roma, 2017, p. 207 e ss. Offre una ricostruzione dei diversi ambiti nei quali opera il diritto alla salute il giudice Paulo Pinto de Albuquerque nella propria opinione in parte concorrente e in parte dissenziente alla sentenza emessa nel caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*. Il Giudice, in particolare, considera partitamente diversi gruppi di persone che conoscono una tutela più forte rispetto ai casi di *medical malpractice*, trattasi di: detenuti, militari, bambini e disabili. Sottolinea, così, il discrimine esistente tra questi ultimi e l'ambito della colpa medica, tanto da affermare criticamente che: «As the majority see it, the Convention should stay at the hospital door» Opinione in parte concorrente e in parte dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque (annessa a C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*), rispettivamente, cfr. par. 29-41 e par. 93. Su tale *partly concurring, partly dissenting opinion* v. D. CASTRONUOVO, *Un approccio "pro persona" al diritto alle cure nei casi di colpa medica*, cit., pp. 683-695.

⁵⁷⁷ Sulla sua autonomia rispetto alle altre già considerate v. S. ZIRULIA, *Diritti umani e responsabilità colposa*, cit., pp. 398-399.

giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema, rendendola meritevole di una trattazione dedicata.

I due casi emblematici degli indirizzi giurisprudenziali esistenti, entrambi decisi in composizione di Grande Camera, sono *Calvelli e Ciglio c. Italia*⁵⁷⁸ e *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*⁵⁷⁹.

Per quanto riguarda il primo caso, i ricorrenti si dolevano della violazione dell'art. 2 CEDU perché, a causa di ritardi di natura procedurale, i reati contestati erano stati dichiarati prescritti e ciò aveva reso impossibile perseguire il medico incaricato di occuparsi del parto del loro bambino, che era morto poco dopo la nascita.

Per ciò che si riferisce al diritto alla vita, i giudici di Strasburgo hanno dapprima ricordato che l'art. 2 CEDU è una delle «most fundamental provisions» della Convenzione EDU, rappresentando uno dei valori fondamentali delle società democratiche che compongono il Consiglio d'Europa. Di talché, gli Stati Membri sono tenuti non solo a scongiurare le violazioni di carattere volontario, ma anche ad adottare misure adeguate volte alla salvaguardia della vita delle persone. In particolare, la Corte EDU ha specificato che tali principi di diritto si applicano altresì nella sfera della sanità pubblica, nel senso che i Paesi Parte sono tenuti a emanare norme che obblighino gli ospedali, sia pubblici sia privati, ad assicurare tale protezione ai propri pazienti.

Per ciò che concerne gli obblighi positivi nei contesti di condotte colpose, i giudici di Strasburgo hanno chiarito che non è sempre richiesto un rimedio di natura penale. Nell'ambito della colpa medica, hanno infatti ritenuto sufficiente anche solamente un procedimento civile fintantoché vengono rispettate determinate condizioni: l'accertamento della responsabilità dei medici; e l'ottenimento di un ristoro (ad esempio, la condanna al risarcimento dei danni e alla pubblicazione della sentenza). Altro strumento di tutela utile può essere rappresentato dall'adozione di misure di tipo disciplinare⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ C.EDU, Grande Camera, sent. 17 gennaio 2002, *Calvelli e Ciglio c. Italia*. Con nota di A. BULTRINI – A. SONAGLIONI, *Prescrizione di un reato per i ritardi nello svolgimento di un processo penale. Osservazioni a Corte eur. Dir. Uomo 17 gennaio 2002 (Calvelli e Ciglio contro Italia)*, in *Corr. giur.*, n. 3/2002, pp. 397-399.

⁵⁷⁹ C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*. Con note di J. KAPELAŃSKA-PRĘGOWSKA, *Medical Negligence, Systemic Deficiency, or Denial of Emergency Healthcare? Reflections on the European Court of Human Rights Grand Chamber Judgment in Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal of 19 December 2017 and Previous Case-law*, in *European Journal of Health Law*, n. 1/2019, pp. 26-43; S. SANTINI, *“Medical (mal)practice”: quando lo Stato è responsabile della morte del paziente a causa di complicazioni post-operatorie?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2018, pp. 974-977; e L. LAVRYSEN, *Medical negligence after Lopes de Sousa Fernandes: a blank check to the Member States with respect to the substance of the right to life?*, in *Strasbourg Observers*, 8.02.2018, p. 1 e ss.

⁵⁸⁰ «[...] However, if the infringement of the right to life or to personal integrity is not caused intentionally, the positive obligation imposed by Article 2 to set up an effective judicial system does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case. In the specific sphere of medical negligence the obligation may for instance also be satisfied if the legal system affords victims a remedy in the civil courts, either alone or in conjunction with a remedy in the criminal courts, enabling any liability of the doctors

La Corte EDU ha poi proceduto a prendere in esame la normativa italiana in tale settore specifico e, altresì, come quest'ultima avesse trovato applicazione nella vicenda concreta. Quanto ai profili di carattere generale, ha rilevato che l'ordinamento nazionale prevedeva la duplice possibilità dell'apertura obbligatoria di un procedimento penale e dell'esperimento di un'azione civile. A ciò, si aggiunge che, se il medico veniva ritenuto responsabile in sede civile, poteva essere anche avviato un procedimento disciplinare nei suoi confronti. Rispetto ai profili riguardanti i fatti di causa, invece, i giudici di Strasburgo hanno evidenziato che i ricorrenti avevano stipulato un accordo transattivo con gli assicuratori del medico e della clinica, rinunciando volontariamente al diritto di proseguire nella propria azione civile. Diversamente, sarebbe stato possibile (sulla base della disciplina in allora applicabile), che si giungesse tanto a una condanna al risarcimento dei danni quanto a una pubblicazione della sentenza, con successivo ulteriore riconoscimento della responsabilità disciplinare del medico. Infatti, i ricorrenti, scegliendo tale opzione procedurale, avevano cessato di essere "vittime" ai sensi della CEDU, non volendo di propria iniziativa approfondire gli elementi di responsabilità del medico nella morte del figlio.

Svolta tale argomentazione, la Corte EDU ha escluso la violazione dell'art. 2 CEDU sia *in abstracto* sia *in concreto*, ritenendo di non dover nemmeno affrontare la questione dell'avvenuta prescrizione dei reati contestati nel parallelo processo penale.

La pronuncia nel caso *Calvelli e Ciglio c. Italia* rappresenta icasticamente l'approccio tradizionale della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di obblighi positivi di tutela penale nel settore specifico della *medical malpractice*.

Esso è imperniato su una valutazione *a tutto raggio* dei dispositivi legislativi attivabili qualora si debba offrire tutela al diritto alla vita, dove il diritto penale non rappresenta affatto il principale, ma, anzi, viene *accostato* se non proprio *subordinato* al diritto civile. Con ciò si intende che, coerentemente con l'attenzione posta dai giudici di Strasburgo sulla effettività della protezione, non rileva la "veste" che viene data alla normativa applicabile fintantoché determinati standard vengono rispettati.

Sicché, la sanzione penale non è necessaria se l'azione civilistica offre certe garanzie. Devono comunque essere assicurati, in particolare, due presupposti: l'accertamento della responsabilità del sanitario; e il ristoro della vittima. Solo ove questi presidi non scattino, la Corte EDU considera l'opzione rimediale rappresentata dal procedimento penale.

concerned to be established and any appropriate civil redress, such as an order for damages and for the publication of the decision, to be obtained. Disciplinary measures may also be envisaged» C.EDU, Grande Camera, sent. 17 gennaio 2002, *Calvelli e Ciglio c. Italia*, par. 51.

Peraltro, non si tratta solo di un criterio *alternativo*, ma anche *cumulativo* dei rimedi. Cioè, non solo si guarda all'uno piuttosto che all'altro (il diritto civile invece di quello penale e viceversa), ma essi vengono anche presi in esame assieme (come, per esempio, viene fatto per il diritto civile e quello amministrativo).

Sotto quest'ultimo profilo, si nota che l'accertamento in sede disciplinare e l'eventuale sanzione dallo stesso risultante vengono sì presi in esame successivamente rispetto a quelli in sede civile o penale, ma non vengono affatto tralasciati. Come si evince dalla sentenza nel caso *Calvelli e Ciglio c. Italia*, infatti, si accerta non soltanto che l'azione civile permettesse (perlomeno astrattamente) *accountability* e *redress*, ma inoltre che da essa potesse scaturire un'*indagine* svolta dall'organo disciplinare.

Tale approccio pare condivisibile poiché preserva le funzioni di *sussidiarietà* e *frammentarietà* del diritto penale, che interviene solamente laddove gli altri istituti utilizzabili dell'ordinamento nazionale non presentino determinati requisiti minimi di tutela dell'art. 2 CEDU.

A ben vedere, poi, anche l'*extrema ratio* del ricorso alle indagini penali, al processo e alla pena (insomma, al sistema penale) viene custodito poiché trattasi di un meccanismo adoperabile solamente ove gli altri, anche se esaminati *congiuntamente*, si rivelano inadeguati agli scopi di garanzia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Da tale indirizzo giurisprudenziale, pertanto, si può evincere che gli obblighi positivi di tutela penale non sono pretesi in presenza di una inosservanza della CEDU che rimanga nell'ambito dell'*assenza di volontà* in capo ai soggetti agenti.

Tale principio di diritto, nel tempo, non è stato superato, ma è stato certamente oggetto di un complessivo ripensamento, nel senso di un suo arricchimento a fronte della giurisprudenza formatasi nelle more.

Da ultimo, sono stati del resto definiti dei nuovi criteri, in special modo con la sentenza, anch'essa decisa a Grande Camera, resa a distanza di quindici anni da tale importante precedente: *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*⁵⁸¹.

⁵⁸¹ In particolare, si tratterebbe di un tentativo – potremmo dire, nomofilattico – di conciliare una storica riluttanza all'uso della pena nei casi di negligenza medica con i più esigenti obblighi positivi derivanti da alcuni casi decisi successivamente, a mezzo della introduzione della distinzione tra *mere medical negligence* e *denial of access to life saving treatment*. Cfr. L. LAVRYSEN, *Medical negligence after Lopes de Sousa Fernandes*, cit., p. 2. L'Autore cita i seguenti pronunciamenti come influenti per la decisione (tutti riguardanti, occorre precisarlo, direttamente bambini o donne incinta): C.EDU, sez. II, sent. 9 aprile 2013, *Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk c. Turchia*; C.EDU, sez. II, sent. 27 gennaio 2015, *Asiye Genç c. Turchia*; C.EDU, sez. IV, sent. 22 marzo 2016, *Elena Cojocaru c. Romania*; e C.EDU, sez. II, sent. 30 agosto 2016, *Aydoğdu c. Turchia*. Per i relativi contenuti v. J. KAPELAŃSKA-PRĘGOWSKA, *Medical Negligence, Systemic Deficiency, or Denial of Emergency Healthcare?*, cit., p. 29 e ss.

Il procedimento innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo trae origine dal ricorso presentato, tra l'altro, per violazione dell'art. 2 CEDU, dalla moglie di un paziente di un ospedale portoghese deceduto a causa di un'infezione contratta in una struttura ospedaliera di tale Stato Membro. Ella ravvisava una condotta negligente in capo agli operatori sanitari succedutisi nella cura del marito. Inoltre, si doleva di come le autorità lusitane alle quali si era rivolta non avessero chiarito la causa precisa dell'improvviso deterioramento dello stato di salute del congiunto.

Nel decidere la vertenza, i giudici di Strasburgo hanno affrontato partitamente gli aspetti sostanziali e procedurali dell'art. 2 CEDU, con particolare riferimento alla *medical malpractice*.

Rispetto ai primi, hanno espressamente colto l'occasione per riaffermare e chiarire i principi di diritto applicabili in tale settore specifico. Proprio il caso *Calvelli e Ciglio c. Italia* ha rappresentato il primo *step* di tale ricostruzione sistematica, ove si è dato ingresso alla responsabilità statale anche per condotte involontarie che determinino un evento morte. A ciò, la Corte EDU ha aggiunto che esiste un obbligo positivo in capo ai Paesi Parte rispetto all'adozione di una normativa che imponga agli ospedali, pubblici e privati, di predisporre misure che proteggano la vita dei pazienti. Il principio generale che è stato affermato, nel settore della colpa medica, è quello secondo il quale non vi è una violazione delle *positive obligations* in presenza di un errore di giudizio da parte di un operatore sanitario o un coordinamento negligente tra gli operatori sanitari nel trattamento di un particolare paziente, a condizione che lo Stato Membro si sia dotato di una disciplina adeguata nel garantire degli elevati standard professionali tra gli operatori sanitari e la protezione della vita dei degenti⁵⁸². Ulteriormente, tale violazione risulta essere sussistente laddove vi sia la dimostrazione che le autorità di un Paese Parte hanno messo a rischio la vita di un individuo negandogli l'assistenza sanitaria che si sono impegnate a mettere a disposizione della popolazione in generale⁵⁸³.

⁵⁸² «In cases where allegations of medical negligence were made in the context of the treatment of a patient, the Court has consistently emphasised that, where a Contracting State has made adequate provision for securing high professional standards among health professionals and the protection of the lives of patients, matters such as an error of judgment on the part of a health professional or negligent coordination among health professionals in the treatment of a particular patient are not sufficient of themselves to call a Contracting State to account from the standpoint of its positive obligations under Article 2 of the Convention to protect life (see, among many other authorities, Powell, cited above, and *Sevim Güngör v. Turkey* (dec.), no. 75173/01, 14 April 2009)» C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, par. 168.

⁵⁸³ «The Court has further held that an issue may arise under Article 2 where it is shown that the authorities of a Contracting State have put an individual's life at risk through the denial of the health care which they have undertaken to make available to the population generally (see *Cyprus v. Turkey*, cited above, § 219)» C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, par. 173.

Ricostruite tali direttive generali dell'approccio alla tutela dell'art. 2 CEDU, i giudici di Strasburgo hanno disciplinato l'"eccezione" (cioè, l'affermazione di responsabilità statale) rispetto alla "regola", stabilendo le *very exceptional circumstances* nelle quali vi possa essere una violazione del diritto alla vita per condotte attive od omissive degli operatori sanitari⁵⁸⁴. Le condizioni sono le seguenti:

- a) la consapevole messa in pericolo della vita di un paziente attraverso il rifiuto a lui rivolto di accedere a un trattamento d'emergenza salvavita (escludendo i casi di trattamento errato, carente o ritardato)⁵⁸⁵;
- b) l'esistenza di una disfunzione sistemica o strutturale dell'ospedale che abbia l'effetto di privare dell'accesso a un trattamento d'emergenza salvavita il paziente e, altresì, la consapevolezza o la sua esigibilità nelle autorità pubbliche di tale rischio e la mancata adozione, da parte di queste ultime, delle misure necessarie per evitare che esso si concretizzasse, con l'effetto di mettere in pericolo la vita dei pazienti in generale e dell'interessato in particolare⁵⁸⁶.

Pur affermando di essere consapevole della complessità della distinzione tra *mere medical negligence* e *denial of access to life saving emergency treatment*, la Corte EDU ha specificato che, affinché si incorra nella seconda di tali due situazioni (e, quindi, consegua la violazione degli obblighi positivi), devono essere soddisfatte tre condizioni cumulativamente:

- i. le condotte attive od omissive degli operatori sanitari devono andare oltre un semplice errore o una *medical negligence* in quanto essi devono negare il trattamento d'emergenza, in violazione dei loro doveri professionali, essendo pienamente consapevoli che la vita del paziente è messa in pericolo se non viene prestato il dato trattamento⁵⁸⁷;

⁵⁸⁴ Su questa diversità (in senso di minor livello) di pretese in relazione alla *medical negligence* v. V. STOYANOVA, *Fault, knowledge and risk within the framework of positive obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 614, spec. nt. 94.

⁵⁸⁵ «The first type of exceptional circumstances concerns a specific situation where an individual patient's life is knowingly put in danger by denial of access to life-saving emergency treatment (see, for example, Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk, and, by contrast, Sayan, both cited above). It does not extend to circumstances where a patient is considered to have received deficient, incorrect or delayed treatment» C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, par. 191.

⁵⁸⁶ «The second type of exceptional circumstances arises where a systemic or structural dysfunction in hospital services results in a patient being deprived of access to life-saving emergency treatment and the authorities knew about or ought to have known about that risk and failed to undertake the necessary measures to prevent that risk from materialising, thus putting the patients' lives, including the life of the particular patient concerned, in danger (see, for example, Asiye Genç and Aydoğdu, both cited above)» C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, par. 192.

⁵⁸⁷ «[...] Firstly, the acts and omissions of the health-care providers must go beyond a mere error or medical negligence, in so far as those health-care providers, in breach of their professional obligations, deny a patient emergency medical treatment despite being fully aware that the person's life is at risk if that treatment is not

- ii. la disfunzione deve essere oggettivamente e realmente identificabile come sistemica o strutturale (non limitandosi a singoli casi in cui qualcosa sia andato o abbia funzionato “male”)⁵⁸⁸;
- iii. vi deve essere un nesso di causa tra la disfunzione e il danno patito dal paziente⁵⁸⁹;
- iv. vi deve essere un rapporto di causalità tra la disfunzione e il mancato adempimento dell’obbligo rivolto allo Stato Membro circa l’adozione di un quadro normativo adeguato⁵⁹⁰.

Alla luce di tale complessa e complessiva riscrittura dei criteri in presenza dei quali ritenere la violazione delle *positive obligations* promananti dall’art. 2 CEDU, i giudici di Strasburgo hanno escluso che ve ne sia stata una nella vicenda sottoposta al proprio vaglio.

Concentrandosi sulle doglianze della ricorrente, hanno ritenuto che, a meno di arbitrarietà o errore manifesto, le constatazioni delle autorità nazionali (che avevano escluso profili di responsabilità) non erano state messe in discussione. Sicché, quanto svolto dagli operatori sanitari è stato analizzato sotto il profilo dell’adeguatezza dei meccanismi di accertamento, che si riferiscono agli aspetti procedurali degli obblighi positivi.

Venendo all’applicazione del nuovo test, quindi, la Corte EDU ha evidenziato che non si fosse nemmeno sostenuto che fosse stato negato al paziente l’accesso a trattamenti generali o di emergenza. Ha poi aggiunto che un errore nella diagnosi o un ritardo nell’esecuzione di un particolare intervento non possono essere associati a un rifiuto. Quanto al requisito della disfunzione strutturale, ha ritenuto che non ve ne fosse prova agli atti. Ha quindi svolto le medesime considerazioni rispetto alla condotta tenuta.

Pertanto, considerando che si trattava di un caso di sola colpa caratterizzata da negligenza nel settore sanitario e quindi ricordando che l’unica *positive obligation* che la riguarda attiene alla predisposizione di un quadro normativo adeguato alla protezione del diritto alla vita dei pazienti (che nel caso specifico il Portogallo aveva posto in essere), i giudici di Strasburgo hanno escluso la violazione del profilo sostanziale dell’art. 2 CEDU.

given (see Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk, cited above, § 104)» C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, par. 194.

⁵⁸⁸ «Secondly, the dysfunction at issue must be objectively and genuinely identifiable as systemic or structural in order to be attributable to the State authorities, and must not merely comprise individual instances where something may have been dysfunctional in the sense of going wrong or functioning badly (see, in particular, Aydoğdu, cited above, § 87, and, by contrast, Eugenia Lazăr, cited above, §§ 69-70)» C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, par. 195.

⁵⁸⁹ «Thirdly, there must be a link between the dysfunction complained of and the harm which the patient sustained» C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, par. 196.

⁵⁹⁰ «Finally, the dysfunction at issue must have resulted from the failure of the State to meet its obligation to provide a regulatory framework in the broader sense indicated above (see paragraph 189 above and, for example, Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk, cited above, § 96, and Aydoğdu, cited above, §§ 87-88)» C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, par. 196.

Venendo agli aspetti procedurali degli obblighi positivi di tutela penale, e prestando attenzione ai principi di diritto riferiti alla colpa, la Corte EDU ha chiarito che il ricorso al diritto penale rappresenta un'evenienza eccezionale ed è preteso solamente laddove la condotta rilevante degli operatori sanitari sia andata oltre un semplice errore o una *medical negligence*, altrimenti essendo ritenuta sufficiente la messa in opera di un sistema giudiziario efficace e indipendente⁵⁹¹.

Prendendo in esame la normativa portoghese, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che, in astratto, gli strumenti di tutela offerti erano sufficienti, poiché era possibile esperire rimedi di diritto penale, civile e amministrativo⁵⁹².

In conclusione, ravvisate l'inadeguatezza e l'eccessiva durata dei procedimenti a livello nazionale, i giudici di Strasburgo hanno affermato la violazione del diritto alla vita relativamente al profilo procedurale degli obblighi positivi *ex art. 2 CEDU*.

Dalla lettura della sentenza resa nel caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo* emerge tutta la *irriducibile eccezionalità* del settore specifico della colpa medica nel quadro della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa agli obblighi positivi di tutela penale.

Infatti, *Calvelli e Ciglio c. Italia* rappresenta una *prova negativa* di quanto teorizzato in precedenza circa l'esistenza, a livello di Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di un dovere di punire la colpa solamente quando caratterizzata da un grado grave. Del resto, l'approccio dei giudici di Strasburgo, in quel frangente, è stato improntato a un attento esame, verrebbe da dire olistico, del diritto penale *assieme* agli altri rami dell'ordinamento che permettano di assicurare una tutela in casi dove il diritto alla vita viene in gioco: il diritto civile e quello amministrativo. Il passaggio successivo (anche temporalmente), che viene compiuto con *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo* è quello di tentare di individuare *nuovi* criteri capaci di descrivere tale complessità, che dunque rende il sistema di protezione

⁵⁹¹ «While, in some exceptional situations, where the fault attributable to the health-care providers went beyond a mere error or medical negligence, the Court has considered that compliance with the procedural obligation must include recourse to criminal law (see, for example, Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk, §§ 104-105, and Asiye Genç, § 73, both cited above), in all other cases where the infringement of the right to life or to personal integrity is not caused intentionally, the procedural obligation imposed by Article 2 to set up an effective and independent judicial system does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy (see paragraph 137 above; see also *Cevrioğlu v. Turkey*, no. 69546/12, § 54, 4 October 2016)» C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, par. 215.

⁵⁹² La ricorrente, nella vicenda in interesse, aveva percorso tutte e tre le vie resele disponibili. Per ciò che concerne nello specifico il procedimento penale, la Corte EDU ha ribadito che esso non era necessario per quei fatti essendo che l'evento morte non era stato causato di certo intenzionalmente (trattavasi di una colpa caratterizzata da mera negligenza) e che, comunque, qualora lo stesso fosse stato utilizzato e ritenuto adeguato, tale mezzo di protezione avrebbe garantito la rispondenza agli obblighi positivi procedurali relativamente all'art. 2 CEDU. Ha poi aggiunto che, nella sua valutazione, il procedimento amministrativo (che prevedeva un sistema di compensazione per il danno subito) sarebbe stato di per suo sufficiente nella vicenda in questione, qualora fosse stato idoneo.

offerto dall'art. 2 CEDU assolutamente *sui generis* e impone una sua trattazione, se non autonoma, comunque separata dalle altre attività a rischio base consentito (oggetto di approfondimento in precedenza).

Segnatamente, sembra ora emergere, con questo recente *landmark case*, una natura *incipiente* della colpa medica: per un verso, la *dimensione strutturale* e, per altro verso, la *dimensione soggettiva*, dove causalità e colpa vengono trattate assieme nei vari passaggi del (*rectius*, dei) principi di diritto affermati.

Tala nuova concezione può dirsi figlia del tentativo, da parte della Corte EDU, di *responsabilizzare* gli Stati Membri quantomeno nei casi che possono dirsi *limite*: quelli, cioè, del *diniego di cure salvavita di emergenza*. Pertanto, si assiste a uno *spostamento* della rimproverabilità da un profilo di tipo strettamente *soggettivistico*, a mente del quale se la violazione non è intenzionale è sufficiente dotarsi di un quadro normativo efficace e adeguato, a uno di tipo *managerialistico*, secondo cui è il deficit organizzativo che si ripercuote in negativo sulla salute del paziente (pur mantenendo la pretesa di accertamento, in capo agli operatori, di una consapevole violazione delle regole cautelari – diremmo, di *perizia* – riferite al diniego di siffatte cure).

Occorre quindi trattare più approfonditamente questo innovativo edificio teorico eretto dai giudici di Strasburgo, laddove utile anche facendo riferimento alle preziose argomentazioni svolte dal giudice Paulo Pinto de Albuquerque nella sua *partly concurring, partly dissenting opinion* annessa al pronunciamento.

In prima approssimazione, la distinzione basilare introdotta in *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo* pare potersi individuare tra, da un lato, il semplice errore o la *medical negligence* e, dall'altro, l'assenza di una adeguata regolamentazione normativa, il rifiuto di prestare cure salvavita di emergenza e la disfunzione sistemica delle strutture ospedaliere⁵⁹³.

In relazione ai profili normativi, la implementazione di un *legal framework* che sia rispondente agli obblighi positivi derivanti dall'art. 2 CEDU non si limita alla mera previsione di determinate disposizioni di natura legislativa e regolamentare, ma, altresì, si accompagna all'effettiva applicazione delle stesse mediante l'adozione di idonei strumenti di controllo. È sul piano del concreto pregiudizio del paziente che si esplica la violazione del diritto alla vita. Ciò significa, in termini di “traduzione” nel diritto nazionale, che essa ricorre

⁵⁹³ Cfr. D. CASTRONUOVO, *Un approccio “pro persona” al diritto alle cure nei casi di colpa medica*, cit., p. 683. L'Autore ritiene che tale criterio presenti profili di ragionevolezza, ma rimanga non chiaro al momento della sua interpretazione.

«soltanto in presenza della realizzazione del rischio struttural-sistemico nell'evento concreto»⁵⁹⁴.

In relazione ai profili soggettivi, si deve distinguere, da un lato, l'operatore e l'*equipe* e, dall'altro, le autorità pubbliche.

Quanto al primo, si chiede la *consapevolezza* in capo al professionista, che operi autonomamente o assieme ad altri, del rischio ingenerato (cioè il pericolo per la vita conseguente al diniego dell'accesso a cure salvavita). Trattasi di una *consapevolezza piena*, come confermato dall'utilizzo di vocaboli piuttosto stringenti sia nel testo inglese sia in quello francese⁵⁹⁵. Si rimane distanti (come visto poc'anzi nelle attività a rischio base lecito complessivamente intese), dunque, da una categorizzazione di responsabilità quale la colpa *lieve*, poiché, evidentemente, occorre dimostrare la *coscienza* dell'assunzione di tale (forte) rischio nel foro interno del personale della struttura sanitaria intervenuto.

Quanto al secondo, ai preposti organi pubblici è richiesta una conoscenza *putativa* della disfunzione di natura sistemica o strutturale e il *nesso di causa* tra questa e il pregiudizio patito dal paziente. Sicché, in questo ambito (più propriamente di responsabilità statale invece di individuale), rimane un "essere a conoscenza" oppure un "dover aver saputo"⁵⁹⁶. A ben vedere, si è in presenza di un criterio coerente con l'*Osman test*⁵⁹⁷, dall'omonima pronuncia della Corte EDU⁵⁹⁸.

Il problema, dunque, si colloca sul superamento della giurisprudenza dei giudici di Strasburgo stratificatasi a partire soprattutto della sentenza *Calvelli e Ciglio c. Italia*, attraverso l'introduzione di un *inedito* canone ermeneutico di *difficile* comprensione: la conoscenza putativa, nelle autorità pubbliche nazionali, della disfunzione esistente a livello di realtà ospedaliera e del rapporto di causa tra di essa e il danno patito dalla persona ricoverata⁵⁹⁹. A ciò si aggiungono i due distinti, ma rapportati, concetti di negligenza

⁵⁹⁴ *Ivi*, p. 686. Su responsabilità penale e carenze struttural-sistemiche nella sfera sanitaria v. S. TUNESI, *La responsabilità per carenze organizzative e strutturali in ambito sanitario: prospettive politico-criminali*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 4/2017, p. 1375 e ss.; G.M. CALETTI, *La responsabilità penale per carenze organizzative e strutturali in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2016, p. 737 e ss.; e P. PISA – G. LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa: un dialogo con la giurisprudenza*, Firenze, 2010, p. 7 e ss.

⁵⁹⁵ Rispettivamente, i lessemi *knowingly* e *sciement*.

⁵⁹⁶ In lingua inglese, *putative knowledge*.

⁵⁹⁷ Lo evidenzia, criticamente, il giudice Paulo Pinto de Albuquerque, cfr. Opinione in parte concorrente e in parte dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque (annessa a C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*), par. 74. Il Giudice mette in evidenza come richiedendo, in un ambito, la *full awareness* del rischio di conseguenze letali e, nell'altro, il *putative knowledge* della disfunzione organizzativa si trattano, con riguardo alla *mens rea*, in maniera simile situazioni fra loro diverse.

⁵⁹⁸ C.EDU, Grande Camera, sent. 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*. Cfr. *supra*, cap. II, par. 1.1.

⁵⁹⁹ In proposito, in effetti, si addiuvano a una sorta di «vertigine esegetica» D. CASTRONUOVO, *Un approccio "pro persona" al diritto alle cure nei casi di colpa medica*, cit., p. 688. La soluzione proposta dall'Autore, qui condivisa, è quella secondo la quale in base al par. 201 della sentenza si evince che il *putative knowledge* riguarda solamente due dei tre requisiti, *i.e.* la disfunzione e il nesso di causalità.

medica/diniego di accesso alle cure⁶⁰⁰. Ulteriormente, si ravvisa un duplice rapporto di causa del quale si richiede la dimostrazione: regolamentazione/disfunzione e disfunzione/pregiudizio⁶⁰¹.

Orbene, deve essere accolto favorevolmente il mantenimento di un *presidio soggettivo* (oltre che oggettivo, come appena visto) assai rigoroso, quale quello della “piena consapevolezza” in capo al medico che interviene, singolarmente o in *equipe*, poiché ciò è informato al principio di *extrema ratio* del diritto penale.

Difatti, in presenza di una declaratoria di violazione deriverebbe necessariamente la pretesa dell’apertura di procedimenti penali per situazioni nelle quali sono sufficienti (e meno “socialmente dannosi”⁶⁰²) rimedi di natura civilistica o amministrativa.

Diversamente, vi è chi auspica un allargamento delle *positive obligations* di natura penale anche nel settore della *medical malpractice*, ritenendo insufficienti i rimedi di diritto civile e amministrativo, proprio con riferimento alla giurisprudenza in tema di attività a rischio base consentito⁶⁰³.

In proposito, però, pare sensato ribadire che proprio la presenza del primo dei tre requisiti individuati dalla Corte EDU nel caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo* (quello, cioè, riguardante il livello di rimproverabilità soggettiva nell’attività sanitaria in relazione al rischio creato per la vita del paziente a causa del diniego di una cura salvavita), presenta caratteri non eccessivamente dissimili da quello riguardante la *gestione dei rifiuti* o gli *eventi catastrofici* o ancora la *circolazione stradale*.

Infatti, per ciò che concerne l’elemento soggettivo del quale deve essere fornita prova, non sembra che vi sia una fortissima differenza tra *full awareness* e *recklessness*⁶⁰⁴: entrambi, nelle diversità di “accenti”, si traducono, rispetto al soggetto attivo, nell’assumersi un *serio* rischio in maniera *consapevole*. L’aggiunta degli ulteriori requisiti qui descritti deve essere salutata con favore proprio per scongiurare un uso smodato e fallace del diritto penale.

⁶⁰⁰ Il giudice Paulo Pinto de Albuquerque parla di una «artificial linguistic distinction» Opinione in parte concorrente e in parte dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque (annessa a C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*), par. 74.

⁶⁰¹ Anche qui si appuntano le critiche del giudice Paulo Pinto de Albuquerque, cfr. Opinione in parte concorrente e in parte dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque (annessa a C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*), par. 77.

⁶⁰² Il riferimento qui è alla c.d. medicina difensiva. Come noto, infatti, il “costo” di sistema di un allargamento della penalità nel settore medico-sanitario determina numerose “esternalità negative”, tra le quali: la somministrazione di esami inutili e dannosi; gli alti costi per le casse pubbliche; la diminuzione della disponibilità di cure per chi effettivamente le necessita; ecc. In argomento, nella vasta letteratura, v. A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014.

⁶⁰³ Cfr. Opinione in parte concorrente e in parte dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque (annessa a C.EDU, Grande Camera, sent. 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*), parr. 67-70 e 73. Il Giudice vi ravvisa dei «double standards».

⁶⁰⁴ Per una descrizione più approfondita v. *supra*, cap. III, par. 7.

Tale distinzione di criteri ermeneutici (che riverbera in quella tra le nozioni di *occasional malpractice* e *systemic and structural disfunction*⁶⁰⁵) si comprende e si giustifica per la *ineliminabile eterogeneità* della colpa medica rispetto ad altri ambiti di attività rischiose⁶⁰⁶. Del resto, le problematiche che potrebbero derivare da un generalizzato ricorso alla penalità nel settore medico sono ben note⁶⁰⁷.

Peraltro, siffatta modalità di azione permette agli stessi giudici di Strasburgo di evitare di venire aditi da un numero potenzialmente elevatissimo di ricorsi, con tutto ciò che ne consegue rispetto all'efficacia e all'efficienza nella tutela dei diritti protetti dalla CEDU⁶⁰⁸. Insomma, malgrado le difficoltà di lettura specie della giurisprudenza più recente della Corte EDU in materia di attività sanitaria, rimane confermato il *threshold* già individuato nella disamina dei settori specifici illustrati in precedenza. *Breviter*, la colpa *lieve* non presuppone un obbligo di tutela *penale*.

10.1. L'intervento equilibratore in ottica CEDU della Corte di Cassazione sulla responsabilità medico-sanitaria

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo afferente alla *medical malpractice*, come visto poc'anzi, impone obblighi positivi di tutela penale rispetto alle

⁶⁰⁵ Sulla *summa divisio* tra «incidental failures» e «systemic failures» nell'accertamento del nesso di causalità v. V. STOYANOVA, *Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 29 e 30. L'Autrice sottolinea in particolare che le problematiche di ordine sistemico aiutano in tale difficile verifica tant'è che spesso si giunge all'affermazione della responsabilità statale solamente sotto il profilo degli obblighi positivi procedurali; eventualità, peraltro, puntualmente verificatasi in *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*.

⁶⁰⁶ Analogamente, v. D. CASTRONUOVO, *Un approccio "pro persona" al diritto alle cure nei casi di colpa medica*, cit., p. 693. L'Autore cita, a supporto della propria tesi, numerosi argomenti: «[le] innegabili peculiarità dell'attività pericolosa in questione; [i] profili di possibile obbligatorietà di talune prestazioni (come, in ogni caso, quelle d'urgenza); [il] loro svolgimento anche in forma parcellizzata e puntuale, con difficile controllabilità da parte delle autorità di ogni singolo atto medico; [la] necessità di considerare le pratiche di defensive medicine a tutti i livelli, non esclusi quelli organizzativi».

⁶⁰⁷ A riconferma, si prenda in esame il "caso Italia", che ha conosciuto due rilevanti riforme (il c.d. decreto Balduzzi del 2012 e la c.d. l. Gelli-Bianco del 2017) e diverse pronunce della Corte di Cassazione, anche a Sezioni Unite (su tutte, la sentenza *Mariotti* del 2018). In proposito, da ultimo, v. L. CARRARO, *Il medico dinanzi al diritto penale. Alla ricerca di limiti razionali all'imputazione colposa*, Torino, 2023, p. 87 e ss., p. 147 e ss. e p. 183 e ss.

⁶⁰⁸ Questa era la preoccupazione manifestata nell'opinione dissenziente dei giudici Sajó e Tsotsoria nel caso qui trattato, i quali, a fronte della sentenza della IV Sezione (con successiva impugnazione innanzi alla Grande Camera) avevano paventato che «The logic of the present case would turn alleged medical negligence cases into substantive violations of Article 2 and would turn this Court into a first- and last-instance medical malpractice court» Opinione dissenziente riunita dei giudici Sajó e Tsotsoria (annessa a C.EDU, sez. IV, sent. 15 dicembre 2015, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*), p. 34. Tale preoccupazione può dirsi ormai superata a seguito della pronuncia della Grande Camera. Cfr. S. SANTINI, "*Medical (mal)practice*", cit., p. 974 e ss.

violazioni del diritto alla vita ex art. 2 CEDU che si distinguono dalla *mere negligence* occasionatasi per un semplice errore di giudizio oppure per una *negligent coordination* tra professionisti, assestandosi quantomeno sul parametro della colpa grave.

Attesa l'importanza di questa perimetrazione dell'elemento soggettivo, pare utile interrogarsi sulla rispondenza a tali criteri della legislazione italiana riguardante tale settore specifico. In particolare, si tratterà del quadro normativo di cui alle riforme del c.d. d.l. Balduzzi del 2012 e della c.d. l. Gelli-Bianco del 2017⁶⁰⁹.

Per quanto riguarda la prima riforma, l'art. 2 l. n. 189 del 2012 ha previsto che «L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalle comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve». Evidente, dunque, l'adesione a un parametro di protezione penale coincidente con una rimproverabilità elevata, rientrante, per l'effetto, nella colpa grave (subordinando tale causa di esclusione della punibilità al rispetto delle *guidelines* e *good practices*). Pertanto, può certamente dirsi che questo intervento era in linea con i *desiderata* dei giudici di Strasburgo.

Rispetto invece alla seconda riforma – che, come noto, ha abrogato quella appena esaminata ed è attualmente in vigore –, l'art. 6 l. n. 24 del 2017 ha introdotto il nuovo art. 590 *sexies* c.p.⁶¹⁰. Attraverso tale ridisegno della disciplina della colpa medica si è proceduto, sinteticamente, a:

- a) limitare l'applicazione della causa di esclusione della punibilità ai soli reati di omicidio e lesioni colposi;
- b) trattare esclusivamente della imperizia;
- c) rimuovere la menzione del grado della colpa;
- d) circoscrivere le linee guida efficaci alle sole “ufficiali”;
- e) collocare le buone pratiche a “chiusura del sistema”.

⁶⁰⁹ Per uno sguardo a entrambe le novelle v., tra gli altri, M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., p. 261 e ss. e p. 344 e ss. Con riferimento in specie alla seconda, v. A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del «concorso di regole cautelari»*, in *Leg. pen.*, 7.12.2017, pp. 1-30; C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, n. 5/2017, pp. 1765-1778; G.M. CALETTI – M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge Gelli-Bianco nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2017, pp. 84-108; e A. CENTONZE – M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice; il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 4/2016, pp. 1361-1369.

⁶¹⁰ «1. Se i fatti di cui agli artt. 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. 2. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

Tale elencazione porta, altrettanto evidentemente, a conclusioni opposte rispetto a quelle rassegnate relativamente al d.l. c.d. Balduzzi.

Infatti, specialmente dalla lettura delle lett. *b)* e *c)* si evince che: da un lato, si opta per un regime assai *severo* per negligenza e imprudenza lievi – che, rispetto alla disciplina previgente, risultano punibili (senza che vi sia la pretesa di obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte EDU, anzi gli stessi venendo esplicitamente esclusi) –; e, dall’altro, viene legislativamente sancita una causa di esclusione della punibilità per condotte lesive del diritto alla vita e alla incolumità individuale caratterizzate dalla colpa grave (pur sanzionate penalmente in precedenza e in diametrale *contrasto* con la giurisprudenza a livello di Convenzione europea dei diritti dell’uomo).

A fronte di questo, si sarebbe potuto certamente ipotizzare che, qualora fosse stato esperito un ricorso innanzi ai giudici di Strasburgo per violazione dell’art. 2 CEDU riguardo agli obblighi positivi di natura procedurale, vi sarebbe potenzialmente stato un esito di condanna dello Stato italiano.

Tale evenienza, però, è stata scongiurata – a meno di inosservanze incorse prima della pronuncia della sentenza in questione, il che pare un’ipotesi remota considerate le tempistiche – a seguito della emissione di una sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione, intervenute a comporre un contrasto verificatosi nella medesima sezione semplice⁶¹¹: la sentenza *Mariotti* del 2018 (dal nome dell’imputato nel processo)⁶¹².

In tale pronuncia, si è ritenuto che la distinzione tra colpa lieve e colpa grave sia *implicita* nel testo normativo. Occorre sottolineare i più significativi principi di diritto affermati con tale arresto ai presenti fini. Sicché, attualmente, si risponderà per:

- i.* colpa lieve e grave in caso di negligenza e imprudenza;
- ii.* colpa lieve e grave per imperizia laddove non vi siano linee guida o buone pratiche;
- iii.* colpa lieve e grave per imperizia nella scelta di linee guida o buone pratiche inadeguate;
- iv.* colpa grave per imperizia nell’esecuzione di linee guida o buone pratiche, tenendo a mente il grado di rischio e le speciali difficoltà dell’intervento sanitario.

⁶¹¹ Il riferimento qui è alla IV sezione: Cass. pen., sez. IV, sent. n. 28187 del 20 aprile 2017 (dep. 7 giugno 2017), con nota di M. DI LELLO FINUOLI, *Responsabilità colposa in ambito sanitario: la Cassazione esclude l’impunità dell’imperizia*, in *Danno e responsabilità*, n. 6/2017, pp. 736-742; e Cass. pen., sez. IV, sent. n. 50078 del 19 ottobre 2017 (dep. 31 ottobre 2017).

⁶¹² Cass. pen., sez. un., sent. n. 8770 del 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018). Con note di R. BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 28.05.2018, pp. 1-10; G.M. CALETTI–M.L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell’art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra “nuovi” spazi di graduazione dell’imperizia e “antiche” incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2018, pp. 25-46; e C. CUPELLI, *L’art. 590 sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un’interpretazione “costituzionalmente conforme” dell’imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2018, pp. 246-258.

Orbene, per quanto possano sollevarsi dei dubbi su tale opzione interpretativa atteso il silenzio della legge sul punto (e, in effetti, la scelta della riforma di segnare in tal modo una distinzione dal decreto legge precedente, che la prevedeva), non può che ritenersi che il quadro normativo in essere nel settore specifico della attività medico-sanitaria⁶¹³ (nell'accezione più ampia, di diritto anche *giurisprudenziale* che caratterizza l'approccio della Corte EDU) sia rispondente all'art. 2 CEDU.

Infatti, il recupero del grado della colpa permette di scongiurare che permanga il rischio di *impunità* per condotte connotate da colpa grave.

Il residuo spazio di non punibilità derivante dall'osservanza delle linee guida accreditate e delle buone pratiche clinico-assistenziali (nell'ipotesi in cui il *grado di rischio* e anche le *speciali difficoltà* dell'atto medico vengano ritenute sussistenti nel caso concreto, al punto da dispiegare efficacia nel senso dell'attivazione di siffatto presidio garantistico), sembrerebbe non destare, al momento, eccessive preoccupazioni quanto al rispetto delle *positive obligations*.

In effetti, come visto, i giudici di Strasburgo tendono ad affidarsi all'accertamento dei fatti svolto dalle autorità giudiziarie a livello nazionale e difficilmente potrebbe esservi un'affermazione di responsabilità rispetto alla CEDU qualora tali due stringenti requisiti trovassero un riscontro probatorio. Peraltro, siffatto intervento non implica certamente una depenalizzazione. Esso lascia infatti che possa esservi, a seguito di una denuncia-querela o un referto, l'apertura di un procedimento penale e, in potenza, la celebrazione di un processo e l'inflizione di una condanna alla pena della reclusione, posta poi in esecuzione. Di talché già ci si colloca su un piano *superiore*, dove il diritto civile e quello amministrativo svolgono un ruolo secondario. Insomma, per quanto non *necessario*, tale elevato livello di tutela dovrebbe essere assunto come in linea con le statuizioni della Corte EDU.

Ciò detto, un margine di incertezza permane – e non può che essere così, attesa la cifra di discontinuità che connota la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo –: come conciliare i concetti di diniego di cure salva vita in casi di emergenza nella sentenza della Grande Camera *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*⁶¹⁴ e di grado di rischio e speciali difficoltà in quella delle Sezioni Unite *Mariotti* del 2018.

A ben vedere, nella prima pronuncia si esplicita che deve esservi, negli operati sanitari, una *piena* consapevolezza che la vita del paziente è messa in pericolo se non viene prestato il dato trattamento. Già tale considerazione sgombra il campo da – si suppone – una notevole

⁶¹³ Per un recente commento allo *status quo post* tale arresto v. F. BASILE – P.F. POLI, *La responsabilità per "colpa medica" a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco*, in *Sist. pen.*, 17.05.2022, pp. 1-35.

⁶¹⁴ Cfr. *supra*, cap. III, par. 10.

mole di vicende che potrebbero verificarsi nella prassi. Si dovrebbe del resto ipotizzare, per lasciare spazio a una declaratoria di violazione dell'art. 2 CEDU, uno scenario francamente scarsamente verosimile: una condotta di un medico che, in violazione dei propri doveri professionali, neghi in maniera pienamente consapevole a un paziente un trattamento salvavita, pur, al contempo, rispettando le linee guida accreditate o le buone pratiche clinico-assistenziali, nell'ambito per giunta di un intervento rischioso e difficile. A ciò, poi, dovrebbero comunque aggiungersi gli ulteriori requisiti stabiliti in *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*: una disfunzione oggettivamente e realmente identificabile come sistemica o strutturale; il nesso di causa tra la disfunzione e il danno patito dal paziente; e, infine, il rapporto di causalità tra la disfunzione e il mancato adempimento dell'obbligo rivolto allo Stato Membro circa l'adozione di un quadro normativo adeguato⁶¹⁵.

In definitiva, può sostenersi che i giudici di legittimità, nell'interpretare in via *restrittiva* i requisiti dell'art. 590 *sexies* c.p., al fine dichiarato di ottemperare all'art. 32 Cost.⁶¹⁶ e di porsi in linea con l'art. 2236 c.c.⁶¹⁷, hanno altresì uniformato, *specularmente*, la disciplina di diritto penale sanitario italiana ai dettami provenienti dalla Corte EDU *in subiecta materia*⁶¹⁸.

⁶¹⁵ *Ibidem*.

⁶¹⁶ Cass. pen., sez. un., sent. n. 8770 del 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), par. 8.2.

⁶¹⁷ *Ivi*, par. 10.1.

⁶¹⁸ In generale, la consolidazione sul limite della colpa grave è rispondente alle pretese dei giudici di Strasburgo. Pertanto, a livello legislativo, il c.d. scudo penale riguardante gli operatori sanitari per il periodo della pandemia da Covid-19 di cui al d.l. n. 44 del 2021 (convertito con l. n. 76 del 2021) riferito alle condotte caratterizzate dalla *culpa levis* sembra compatibile con la Convenzione EDU. Cfr. S. ZIRULIA, *Diritti umani e responsabilità colposa*, cit., pp. 403-404.

CAPITOLO IV

GLI OBBLIGHI NEGATIVI DI TUTELA PENALE

SOMMARIO: 1. L'esercizio delle libertà fondamentali come argine al diritto penale. – 2. Il divieto di punire il godimento del diritto alla vita privata e l'esercizio delle libertà di pensiero e di riunione. – 3. L'archetipo del *chilling effect*. – 4. Il divieto di punire l'esercizio della libertà di espressione. – 4.1. La illegittimità costituzionale della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa commessa dal giornalista. – 4.2. Gli ulteriori profili di contrasto con gli obblighi negativi derivanti dall'art. 10 CEDU.

1. L'esercizio delle libertà fondamentali come argine al diritto penale

Gli obblighi negativi posso essere ricondotti al dovere per gli Stati Membri della Convenzione europea dei diritti dell'uomo di astenersi dall'adottare misure che violino quest'ultima⁶¹⁹. Essi rappresentano quindi l'estrinsecazione di quanto tradizionalmente previsto dalle Carte dei diritti: una limitazione all'intervento del potere pubblico. In questo senso, sono l'altra faccia della moneta degli obblighi positivi, che, come si è avuto modo di dimostrare nella trattazione precedente (cfr. *supra*, capp. II e III), implicano invece un dovere di attivarsi, di appunto *positivamente* proteggere le garanzie racchiuse nella CEDU⁶²⁰.

Tale distinzione si riproduce anche nel campo specifico del diritto penale. Dunque, le *negative obligations* devono essere intese quali limitazioni rivolte al potere statale ed essere riferite al mantenimento di un quadro normativo adeguato nel caso concreto sottoposto al giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo, manifestandosi nella forma di obblighi negativi sia sostanziali sia procedurali. Segnatamente, i primi consistono nella *non*

⁶¹⁹ *Inter alia*, v. J.G. MERRILLS, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester, 1993, p. 103, secondo il quale «[...] the Convention is mainly concerned not with what a State must do, but with what it must not do; that is, with its obligation to refrain from interfering with the individual's rights. Nevertheless, utilising the principle of effectiveness, the Court has held that even in respect of provisions which do not expressly create a positive obligation, there may sometimes be a duty to act in a particular way».

⁶²⁰ Per una rilettura di tale *traditional distinction* v. L. LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State*, cit., spec. p. 241 e ss. e H. SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy*, Princeton, 1996, p. 52 e ss.

previsione di una fattispecie penale, mentre, i secondi nella *non* apertura di un procedimento penale, senza, quindi, indagini, processo ed esecuzione penali⁶²¹.

Inoltre, mentre gli obblighi positivi presentano come visto plurimi profili di criticità specie per quanto attiene alla tutela dei principi costituzionali in materia, gli obblighi negativi sono, come è logico, maggiormente in sintonia con un diritto penale costituzionalmente orientato. Infatti, che dalla Convenzione EDU derivino doveri di non punire appare certamente meno controverso e, anzi, facilmente accoglibile nel nostro sistema penale.

Certamente, ciò non significa affatto che non vi siano aspetti problematici, peraltro in parte sovrapponibili con quelli riferibili alle *positive obligations*. Come si avrà modo di verificare con la selezione di casi che verranno analizzati in seguito, ad esempio, la mancanza di chiarezza nelle pretese di protezione affermate nelle sentenze dei giudici di Strasburgo si ripercuote sulla formulazione della fattispecie penali da parte del legislatore nazionale anche sul versante *negativo*, con le correlate difficoltà di applicazione della normativa risultante da tale intervento e i conseguenti rischi di abuso.

Le disposizioni della CEDU che sono maggiormente votate alla creazione di obblighi negativi di natura penale sono quelle che rappresentano libertà fondamentali, quali, soprattutto, gli artt. da 8 a 11 CEDU poiché fisiologicamente destinati all'opposizione rispetto a ingerenze statali, che possono assumere la forma della sanzione penale⁶²². Ed è proprio in riferimento ai rispettivi secondi paragrafi di tali norme della Convenzione EDU (che prevedono delle eccezioni al godimento dei diritti umani ivi sanciti) che più si sviluppa l'attività di bilanciamento della Corte EDU, compreso per ciò che concerne la legittimità delle opzioni punitive dei Paesi Parte.

Specialmente, è sull'art. 10 CEDU (libertà di espressione) che si rinviene la giurisprudenza più sofisticata e incisiva, in particolare quanto a norme incriminatrici quali diffamazione e vilipendio.

In tale contesto, è stata sviluppata la dottrina del *chilling effect*, cioè quella esprime l'effetto dissuasivo che, tra l'altro, la sanzione penale può avere sul godimento di determinate libertà fondamentali (cfr. *infra*, cap. IV, par. 3).

Pertanto, è opportuno svolgere delle considerazioni, nell'ordine, sugli artt. 8, 9 e 11 CEDU, per poi concentrarsi specialmente sull'art. 10 CEDU, meritevole di trattazione dedicata.

⁶²¹ Cfr. A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, cit., pp. 196-197. Recentemente v. M. PINTO, *Coercive Human Rights and the Forgotten History of the Council of Europe's Report on Decriminalisation*, in *Modern Law Review*, n. 5/2023, p. 1112 e ss.

⁶²² Per una disamina congiunta v. A. GALLUCCIO, *Profili generali sugli artt. 8-11*, cit., pp. 320-327.

2. Il divieto di punire il godimento del diritto alla vita privata e l'esercizio delle libertà di pensiero e di riunione

Esordendo con l'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare)⁶²³, una delle sentenze maggiormente significative in assoluto che si sono tradotte nell'imposizione a uno Stato del dovere di astenersi dalla criminalizzazione di certe condotte è quella emessa nel caso *Dudgeon c. Regno Unito*⁶²⁴, concernente la previsione di una fattispecie penale che puniva rapporti omosessuali tra adulti consenzienti⁶²⁵.

La vicenda riguardava il sig. Dudgeon, un trentacinquenne omosessuale residente a Belfast, attivista per i diritti degli omosessuali, presso la cui abitazione, nel 1976, era stata eseguita una perquisizione ai sensi del *Misuse of Drugs Act* del 1971. Nel corso delle operazioni, erano stati trovati e sequestrati anche documenti personali, tra cui corrispondenza e agende, appartenenti al richiedente, ove erano descritti rapporti omosessuali. Di conseguenza, era stato convocato presso una stazione di polizia dove per circa quattro ore e mezza era stato interrogato, sulla base di questi documenti, sulla sua vita sessuale. Il fascicolo delle indagini era stato poi trasmesso al *Director of Prosecutions* ed era stato valutato ai fini dell'apertura di un procedimento penale per il reato di atti osceni tra uomini. Il *Director*, consultandosi con l'*Attorney General*, aveva deciso che ciò non sarebbe stato nell'interesse pubblico e, dunque, non si era proceduto oltre. Il ricorrente lamentava l'esistenza in Irlanda del Nord di norme che punivano determinati *homosexual acts* tra maschi adulti consenzienti, ritenendola contrastante con l'art. 8 CEDU.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dapprima preso in esame la normativa esistente in Irlanda del Nord e in Gran Bretagna, ivi compreso la sua effettiva applicazione, e, altresì, i fatti di causa, per poi concentrarsi sulla interpretazione del diritto alla vita privata. Segnatamente, ha affermato che il mantenimento in vigore della legislazione in interesse costituiva un'interferenza continuativa e diretta con il diritto del ricorrente al rispetto della

⁶²³ Cfr. *supra*, cap. II, par. 7.

⁶²⁴ C.EDU, sent. 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*. Con note di K.J. BEATTIE, *Homosexual sexual activity and the right of privacy*, in *UCL Jurisprudence Review*, n. 1/1994, p. 43 e ss.; M.D. DUBBER, *Homosexual Privacy Rights before the United States Supreme Court and the European Court of Human Rights: A Comparison of Methodologies*, in *Stanford Journal of International Law*, n. 1/1990, p. 189 e ss.; J.F. KIMBLE, *A Comparative Analysis of Dudgeon v. United Kingdom and Bowers v. Hardwick*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 1988, p. 200 e ss.; e D.J. KANE, *Homosexuality and the European Convention on Human Rights: What Rights*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, n. 3/1988, p. 447 e ss.

⁶²⁵ Sull'ulteriore giurisprudenza concernente la vita sessuale e il diritto penale, ricomprendente, ad esempio, il sadomasochismo, l'età del consenso e l'incesto v. M. BONETTI – A. GALLUCCIO, *Profili specifici sull'art. 8*, cit., p. 336 ed E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., pp. 198-199.

vita privata (che include la vita sessuale). Ha inoltre chiarito che l'assenza di applicazione nella prassi di tale normativa (eccezion fatta per infraventunenni e disabili) non rappresentava un indicatore dell'assenza di una inosservanza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo poiché era pur sempre possibile ipotizzare sia un'iniziativa d'ufficio sia una privata, come peraltro dimostrato da quanto svolto dalle forze di polizia nei riguardi della vittima nel 1976⁶²⁶.

Nel valutare in specie se tale limitazione del diritto alla privata fosse giustificato in ragione della sua "necessità di una società democratica" per la protezione "della morale" e "dei diritti e delle libertà altrui" (art. 8 par. 2 CEDU), i giudici di Strasburgo hanno sostenuto che la sessualità è un aspetto molto intimo della vita privata e, dunque, devono esistere ragioni particolarmente gravi prima che le interferenze da parte delle autorità pubbliche possano essere considerate legittime⁶²⁷. Insomma, la restrizione sotto esame, per la sua ampiezza e il suo carattere assoluto, era, a prescindere dalla severità delle possibili sanzioni previste, sproporzionata rispetto agli obiettivi che si volevano raggiungere⁶²⁸. Invece, quanto alla individuazione dell'età del consenso legittimo a 21 anni, la Corte EDU ha riconosciuto un margine di apprezzamento al Regno Unito⁶²⁹.

Pertanto, i giudici di Strasburgo hanno concluso per la violazione dell'art. 8 CEDU.

⁶²⁶ «[...] the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant's right to respect for his private life (which includes his sexual life) within the meaning of Article 8 par. 1 (art. 8-1). In the personal circumstances of the applicant, the very existence of this legislation continuously and directly affects his private life (see, mutatis mutandis, the Marckx judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 13, par. 27): either he respects the law and refrains from engaging – even in private with consenting male partners - in prohibited sexual acts to which he is disposed by reason of his homosexual tendencies, or he commits such acts and thereby becomes liable to criminal prosecution. It cannot be said that the law in question is a dead letter in this sphere. It was, and still is, applied so as to prosecute persons with regard to private consensual homosexual acts involving males under 21 years of age (see paragraph 30 above). Although no proceedings seem to have been brought in recent years with regard to such acts involving only males over 21 years of age, apart from mental patients, there is no stated policy on the part of the authorities not to enforce the law in this respect (ibid). Furthermore, apart from prosecution by the Director of Public Prosecution, there always remains the possibility of a private prosecution (see paragraph 29 above). Moreover, the police investigation in January 1976 was, in relation to the legislation in question, a specific measure of implementation - albeit short of actual prosecution - which directly affected the applicant in the enjoyment of his right to respect for his private life (see paragraph 33 above). As such, it showed that the threat hanging over him was real» C.EDU, sent. 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, par. 41.

⁶²⁷ «[...] However, not only the nature of the aim of the restriction but also the nature of the activities involved will affect the scope of the margin of appreciation. The present case concerns a most intimate aspect of private life. Accordingly, there must exist particularly serious reasons before interferences on the part of the public authorities can be legitimate for the purposes of paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2)» C.EDU, sent. 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, par. 52.

⁶²⁸ «[...] To sum up, the restriction imposed on Mr. Dudgeon under Northern Ireland law, by reason of its breadth and absolute character, is, quite apart from the severity of the possible penalties provided for, disproportionate to the aims sought to be achieved» C.EDU, sent. 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, par. 61.

⁶²⁹ «[...] However, it falls in the first instance to the national authorities to decide on the appropriate safeguards of this kind required for the defence of morals in their society and, in particular, to fix the age under which young people should have the protection of the criminal law (see paragraph 52 above)» C.EDU, sent. 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, par. 62.

L'importanza di questa decisione si apprezza, nel più ampio contesto della discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale⁶³⁰, innanzitutto per la “messa al bando” o “*preclusion*”⁶³¹ da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo della criminalizzazione di atti omosessuali tra adulti consenzienti⁶³². Con tale decisione di non poco momento i giudici di Strasburgo hanno preso posizione rispetto a un tema c.d. sensibile sottolineando la intrinseca eccessività derivante dalla scelta dello strumento penale. A ben vedere, trattasi di una statuizione coerente con i principi di *offensività* e di *laicità* del diritto penale, che permette di *superare*, al contempo, una legislazione nazionale risalente e una concezione datata dell'art. 8 CEDU. Si è al cospetto, insomma, di una prima importante consacrazione degli obblighi negativi nel senso del divieto di punire.

Elemento non secondario è che la Corte EDU ha evidenziato come anche a fronte di una *disapplicazione in concreto* della fattispecie penale, poiché non risultavano contestazioni concernenti adulti (mentre ve n'erano per minori di anni 21 e portatori di handicap), la violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo era comunque presente. Infatti, oltre al potenziale rischio che il quadro normativo di diritto penale venisse attivato, financo in una “mera” operazione di polizia, era la stessa *esistenza* di un reato che costituiva un'ingerenza nel diritto alla vita privata tale da integrare la responsabilità dello Stato Membro. Dunque, può dirsi che non è la sola punizione (all'esito, cioè, di un processo e di una condanna), ma anche la *criminalizzazione* di una condotta che si pone in contrasto con la CEDU, nella forma dell'astratta previsione legislativa.

A conferma del suo rilievo, la pronuncia in questione ha portato a riforme nel senso della decriminalizzazione dei rapporti omosessuali consenzienti negli Stati Parte del Consiglio d'Europa⁶³³ e ha trovato terreno fertile anche in altri ordinamenti, diversi da quelli dei Paesi Parte del CdE.

⁶³⁰ Di recente, v. P. JOHNSON, *Sexual orientation discrimination and Article 14 of the European Convention on Human Rights: the problematic approach of the European Court of Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, n. 6/2023, p. 548 e ss.

⁶³¹ Cfr. C. HERI, *Shaping Coercive Obligations through Vulnerability*, cit., p. 111.

⁶³² Tra le altre pronunce di rilievo sotto questo profilo vi sono C.EDU, sent. 28 ottobre 1988, *Norris c. Irlanda* e C.EDU, sent. 22 aprile 1993, *Modinos c. Cipro*. Il primo caso riguardava un accademico, senatore e attivista per i diritti degli omosessuali irlandese che aveva contestato la legislazione che nel Paese puniva i rapporti omosessuali tra gli adulti consenzienti. I giudici di Strasburgo hanno qui ribadito le statuizioni rese in *Dudgeon c. Regno Unito*, pur non essendovi stata una interferenza nella vita privata del ricorrente come nel precedente menzionato (*i.e.* le attività svolte dalla polizia). Il secondo caso concerneva un attivista politico cipriota che si era lamentato della normativa nazionale che puniva le *homosexual relations*. La Corte EDU ha in quest'occasione ribadito il *dictum* di cui sopra, benché il Procuratore Generale locale si fosse impegnato a non perseguire questo tipo di condotte proprio all'indomani di *Dudgeon c. Regno Unito*. Cfr. A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, cit., pp. 196-197 ed E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 196 e ss. Per la giurisprudenza precedente tale arresto v. D.J. KANE, *Homosexuality and the European Convention on Human Rights*, cit., p. 451 e ss.

⁶³³ Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 197 e ss.

Ad esempio, in un'ottica di *cross-fertilisation* tra corti superiori, essa è stata citata dal giudice Kennedy nelle motivazioni della sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America nel caso *Lawrence v. Texas*⁶³⁴.

Per ciò che concerne infine il tema specifico dell'età alla quale fissare il limite di legittimità del *sexual intercourse* tra omosessuali, bisogna segnalare che i giudici di Strasburgo, progressivamente, hanno ridotto il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati Membri in *Dudgeon c. Regno Unito*⁶³⁵, giungendo al punto di escludere la giustificazione della difesa "della morale" di cui all'art. 8 par. 2 CEDU per discriminazioni fondate, in proposito, sull'orientamento sessuale⁶³⁶.

Una pronuncia nella quale si è manifestato il divieto di punire sempre con riferimento al diritto alla vita privata, ma su tutt'altro tema specifico (a riconferma della duttilità dell'art. 8 CEDU) è *Lacatus c. Svizzera*⁶³⁷, nel quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affrontato l'accattonaggio e la sua punibilità⁶³⁸.

I fatti attenevano a una mendicante di etnia rom che aveva domandato l'elemosina a Ginevra e, per questo, era stata condannata alla pena dell'ammenda di 500 euro, successivamente convertita in cinque giorni di detenzione in ragione dell'omesso pagamento di detta somma, ed era stata destinataria della confisca di 16,75 franchi svizzeri rinvenuti nella sua disponibilità. La ricorrente lamentava la violazione dell'art. 8 CEDU.

⁶³⁴ In tale occasione, i *justices* hanno stabilito la incostituzionalità delle leggi che punivano *homosexual acts* in luoghi privati tra adulti consenzienti (c.d. *sodomy laws*) proprio rifacendosi, tra l'altro, alla tutela del *right to privacy* nella Costituzione americana.

⁶³⁵ Per delle critiche sulla motivazione v. P. JOHNSON, *Sexual orientation discrimination and Article 14 of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 551. Secondo l'Autore, tale riluttanza ad accertare la rispondenza all'art. 14 CEDU rifletteva l'opinione consolidata, in seno alla Corte EDU, secondo la quale le differenze di trattamento pregiudizievoli basate sull'orientamento sessuale erano accettabili. V. anche D.J. KANE, *Homosexuality and the European Convention on Human Rights*, cit., p. 468 e ss. Sulla *sex-based discrimination* riguardante la repressione degli atti sessuali coinvolgenti minori di età v. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 199 e ss.

⁶³⁶ Cfr. C.EDU, sez. I, sent. 9 gennaio 2003, *L. e V. c. Austria*. I fatti concernevano due persone che erano state condannate a una pena detentiva, rispettivamente di otto e sei mesi di reclusione, con concessione della sospensione condizionale, per aver avuto rapporti omosessuali con minorenni ultraquattordicenni, in applicazione dell'art. 209 del Codice penale austriaco, che al tempo puniva tali atti solo se commessi tra uomini (mentre quelli tra eterosessuali e lesbiche erano leciti). La Corte EDU ha ravvisato la violazione dell'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 8 CEDU. Ha nello specifico affermato che «To the extent that Article 209 of the Criminal Code embodied a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority, these negative attitudes cannot of themselves be considered by the Court to amount to sufficient justification for the differential treatment any more than similar negative attitudes towards those of a different race, origin or colour (see Smith and Grady, cited above, § 97)» C.EDU, sez. I, sent. 9 gennaio 2003, *L. e V. c. Austria*, par. 52. Cfr. M. BONETTI – A. GALLUCCIO, *Profili specifici sull'art. 8*, cit., p. 336.

⁶³⁷ C.EDU, sez. III, sent. 19 gennaio 2021, *Lacatus c. Svizzera*. Con note di F. VITARELLI, *Non è un delitto il mendicare quando si ha fame. La Corte Edu estende l'ambito di operatività dell'art. 8 CEDU riconoscendo il diritto alla mendicizia in assenza di alternative di sussistenza come intrinseco alla dignità umana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2021, p. 742 e ss. e di S. GANTY, *The Double-Edged ECtHR Lăcătuș Judgment on Criminalisation of Begging: Da Mihi Elimo Sinam Propter Amorem Dei*, in *European Convention on Human Rights Law Review*, n. 3/2021, p. 393 e ss.

⁶³⁸ Da ultimo, v. D. SCIUTTERI, *La repressione penale della mendicizia, tra solidarietà e multiculturalismo*, in *Arch. pen.*, n. 1/2022, p. 1 e ss.

I giudici di Strasburgo hanno ravvisato l'applicabilità del diritto alla vita privata, per poi cimentarsi con la verifica della sussistenza di una delle eccezioni di cui all'art. 8 par. 2 CEDU.

Per quanto concerne il tema della criminalizzazione dell'accattonaggio, la Corte EDU ha chiarito che non è escluso che alcune forme nelle quali viene commesso, in particolare quelle aggressive, possano disturbare i passanti, i residenti e i proprietari di negozi. Ha inoltre ritenuto valido l'argomento a suo sostegno della lotta allo sfruttamento delle persone, in particolare dei bambini. Il mantenimento dell'ordine pubblico e la tutela dei diritti altrui sono stati dunque ammessi quali "scopi legittimi"⁶³⁹.

All'esito della ponderazione degli interessi in gioco, i giudici di Strasburgo hanno sostenuto che la sanzione inflitta alla ricorrente era proporzionata rispetto agli obiettivi sia di combattere la criminalità organizzata sia di proteggere i diritti dei passanti, dei residenti e dei proprietari di negozi. Attese la estrema vulnerabilità della ricorrente, ella – ad avviso della Corte EDU – era stata punita per le sue condotte in una situazione nella quale molto probabilmente non aveva altri mezzi di sussistenza e, quindi, nessun'altra scelta se non quella di chiedere l'elemosina per poter sopravvivere. In ragione di ciò, lo Stato svizzero ha violato la dignità umana della ricorrente e l'essenza stessa dei diritti rientranti nella nozione del diritto alla vita privata⁶⁴⁰.

In definitiva, trattandosi di una ingerenza "non giustificata in una società democratica", i giudici di Strasburgo hanno affermato la violazione dell'art. 8 CEDU.

La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo appena esaminata si distingue per il ripudio dell'approccio punitivo (specialmente traducendosi nella pena della reclusione) dell'accattonaggio commesso da persone che versano in stato di bisogno.

Rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si coglie l'interpretazione aperta del diritto alla vita privata, che viene aggiornato al punto da ammettere *de facto* l'esistenza

⁶³⁹ «Compte tenu de ce qui précède, la Cour n'exclut pas que certaines formes de mendicité, en particulier ses formes agressives, puissent déranger les passants, les résidents et les propriétaires des commerces. Elle considère également comme valable l'argument tiré de la lutte contre le phénomène de l'exploitation des personnes, en particulier des enfants. L'ingérence visait ainsi a priori des buts légitimes au sens du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention, à savoir la défense de l'ordre et la protection des droits d'autrui» C.EDU, sez. III, sent. 19 gennaio 2021, *Lacatus c. Svizzera*, par. 97.

⁶⁴⁰ «Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la sanction infligée à la requérante ne constituait une mesure proportionnée ni au but de la lutte contre la criminalité organisée, ni à celui visant la protection des droits des passants, résidents et propriétaires des commerces. Dans le cas d'espèce, elle considère que la mesure par laquelle la requérante, qui est une personne extrêmement vulnérable, a été punie pour ses actes dans une situation où elle n'avait très vraisemblablement pas d'autres moyens de subsistance et, dès lors, pas d'autres choix que la mendicité pour survivre, a porté atteinte à la dignité humaine de l'intéressée et à l'essence même des droits protégés par l'article 8 de la Convention. Dès lors, l'État défendeur a outrepassé la marge d'appréciation dont il jouissait en l'espèce» C.EDU, sez. III, sent. 19 gennaio 2021, *Lacatus c. Svizzera*, par. 115.

di un diritto umano alla *espressione* della propria situazione di disagio e, parallelamente, alla *mendicità* per cercare di porvi rimedio⁶⁴¹.

Viene così espresso un ficcante diniego di legittimità, rivolto agli Stati Membri, quanto alla detenzione di un mendicante che non presenti alcuna invasività o aggressività e che si trovi in una situazione di debolezza e di indigenza. Soprattutto, vengono negate la giustificazione di tutela penale di un interesse giuridico immeritevole di tale posizione di supremazia (quello del decoro urbano⁶⁴²) e, altresì, l'accettabilità di una *rigidità* applicativa dello strumento penale in proposito.

A ben vedere, trattasi della estrinsecazione di una sorta di *stato di necessità*, rispetto al quale l'indigente non deve essere destinatario di una pena e, specialmente, della restrizione carceraria. Nell'opera di bilanciamento tra le opposte esigenze esistenti, infatti, si propende per la prevalenza della dignità della persona, della quale l'esigenza di procurarsi i mezzi di sussistenza non è che la proiezione.

Ulteriormente, sono suggestive le statuizioni dei giudici di Strasburgo relativamente alla pena, specificamente sulle sue *utilità, conseguenze e alternative*.

Sul primo profilo, hanno messo in evidenza che l'applicazione della pena detentiva alle vittime non fosse funzionale al conseguimento dello scopo di lottare contro la tratta di esseri umani e lo sfruttamento dei bambini⁶⁴³.

Sul secondo profilo, hanno posto l'accento su come, per quanto riguardava la ricorrente, la restrizione carceraria aveva avuto l'esito di esacerbare il suo stato di ansia e vulnerabilità⁶⁴⁴.

Sul terzo profilo, hanno indicato, attraverso un'analisi di diritto comparato, come una punizione talmente radicale non trovasse riscontro negli altri Paesi Parte del Consiglio d'Europa, così dimostrando l'esistenza di mezzi meno invasivi per raggiungere risultati uguali o simili⁶⁴⁵.

Un aspetto problematico del pronunciamento è invece l'attenzione posta, nell'argomentazione della Corte EDU, sulle *caratteristiche soggettive* del reo, rispetto alle sue estrema indigenza e vulnerabilità, ai fini del giudizio di violazione della CEDU. Piuttosto, come condivisibilmente appuntato nella opinione in parte concorrente e in parte dissenziente dal giudice Ravarani, si sarebbe dovuto valorizzare esclusivamente il contegno del soggetto agente, che, in specie, non era né aggressivo né insistente; siffatta condotta *di*

⁶⁴¹ Cfr. C.EDU, sez. III, sent. 19 gennaio 2021, *Lacatus c. Svizzera*, par. 107.

⁶⁴² Per la precisione, il rendere meno "visibile" la povertà in una città e l'attrarre investimenti. Cfr. C.EDU, sez. III, sent. 19 gennaio 2021, *Lacatus c. Svizzera*, par. 113.

⁶⁴³ Cfr. C.EDU, sez. III, sent. 19 gennaio 2021, *Lacatus c. Svizzera*, par. 112.

⁶⁴⁴ Cfr. *ivi*, par. 109.

⁶⁴⁵ Cfr. *ivi*, par. 114.

per suo era immeritevole di sanzione penale, *a fortiori* di quella della reclusione (per giunta posta in esecuzione)⁶⁴⁶.

Se si fosse preferita questa alternativa si avrebbero avuto due effetti di sistema, che avrebbero giovato rispetto sia alla *portata* sia alla *chiarezza* del *dictum* dei giudici di Strasburgo.

Da un lato, il piano della discussione si sarebbe spostato dalle *modalità* di tutela (iniquità della pena della reclusione eseguita) alle *opportunità* di tutela (criminalizzazione della mendicizia priva di offensività).

Dall'altro, si sarebbe permesso di meglio *astrarre* dallo studio del caso concreto (riferito a una persona sulla soglia di povertà assoluta) addivenendo a una vera e propria disciplina *guida* per la generalità delle condotte di accattonaggio (e, quindi, della correttezza della opzione punitiva in quanto tale).

Per quanto riguarda il quadro normativo penale italiano, da ultimo, è opportuno sottolineare che i giudici di Strasburgo, nella propria ricognizione delle discipline esistenti negli Stati Membri, hanno espressamente menzionato due sentenze della Corte costituzionale sull'accattonaggio⁶⁴⁷.

La prima è la sent. n. 102 del 1975⁶⁴⁸, ove i giudici delle leggi, pur ritenendo il reato legittimo alla luce degli artt. 2 e 38 Cost. hanno distinto tra i mendicanti in grado di lavorare e non (per cause di età o di salute). La Consulta ha stabilito che le persone appartenenti a quest'ultima categoria non potessero essere punite in applicazione dell'art. 54 c.p.

La seconda è la sent. n. 519 del 1995⁶⁴⁹, ove i giudici delle leggi hanno operato una distinzione tra le disposizioni penali che puniscono l'accattonaggio passivo e quello invasivo. Le prime sono state dichiarate contrarie agli artt. 2 e 3 Cost., mentre le seconde no.

⁶⁴⁶ «Tout en rejoignant la majorité lorsqu'elle considère que l'État défendeur a outrepassé sa marge d'appréciation en sanctionnant l'activité de la requérante par un emprisonnement de cinq jours, je me permets de me distancier du raisonnement sous-jacent. Dans la mise en balance des intérêts respectifs, la majorité insiste sur l'extrême dénuement et sur la vulnérabilité de la requérante. Or cela n'était à mon avis pas vraiment nécessaire sinon, à tout le moins, pas déterminant. Ce qui était important, en revanche, c'était le comportement de la requérante, qui n'était ni agressif ni insistant puisqu'elle se bornait à tendre un gobelet. Une telle attitude passive – même si elle pouvait en incommoder certains – ne méritait pas la prison. Dans le cas d'espèce, un tel constat était suffisant pour conduire à une conclusion de violation de l'article 8» Opinione in parte concorrente, in parte dissenziente del giudice Ravarani (annessa a C.EDU, sez. III, sent. 19 gennaio 2021, *Lacatus c. Svizzera*), par. 14.

⁶⁴⁷ Cfr. C.EDU, sez. III, sent. 19 gennaio 2021, *Lacatus c. Svizzera*, par. 31.

⁶⁴⁸ Corte cost., sent. n. 102 del 24 aprile 1975 (dep. 7 maggio 1975). Con note di F.C. GRIMALDI CAROLEO, *Latitudine dell'accattonaggio necessitato*, in *Giur. cost.*, 1976, p. 611 e ss.; A. CERRI, *Indeterminatezza della questione di costituzionalità sollevata con riferimento ai diritti inviolabili – libertà di professione religiosa – mendicizia*, in *Giur. cost.*, 1975, p. 2661 e ss.; ed E. BALOCCHI, *Mendicizia vecchia e nuova*, in *Giur. cost.*, 1975, p. 3079 ss.

⁶⁴⁹ Corte cost., sent. n. 519 del 15 dicembre 1995 (dep. 28 dicembre 1995). Con note di G. FLORA, *Al vaglio della corte costituzionale il reato di mendicizia*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5/1996, p. 567 e ss.; N. COLAIANNI, *Mendicizia e solidarietà*, in *Foro it.*, n. 4/1996, p. 1148 e ss.; e A. TENCATI, *Solidarietà e difesa sociale nei confronti dei mendicanti*, in *Riv. pen.*, n. 1/1996, p. 21 e ss.

Segnatamente, la Consulta ha ritenuto che le disposizioni penali non fossero necessarie per la protezione dell'ordine e della tranquillità pubblici, qualora le condotte consistessero in una semplice richiesta di aiuto.

Recentemente, il legislatore nazionale è intervenuto su questo aspetto, inserendo, attraverso il d.l. n. 113 del 2018, convertito con modificazioni dalla l. n. 132 del 2018, la nuova contravvenzione di "Esercizio molesto dell'accattonaggio", ex art. 669 *bis* c.p.⁶⁵⁰.

Apparentemente, considerato che il bersaglio è il solo mendicare con modalità vessatorie, simulando deformità o malattie oppure ricorrendo a mezzi fraudolenti, potrebbe dirsi che non via sia, al momento, una potenziale violazione della Convenzione EDU, anche attesa l'ammissibilità, nella opinione della Corte EDU, della tutela dell'ordine pubblico in siffatto contesto⁶⁵¹. Nemmeno può escludersi che, però, in futuro, una interpretazione "aggiornata" dell'art. 8 CEDU valorizzi pienamente la inoffensività insita in tale fenomeno nonché la situazione soggettiva di indigenza nella quale versi in concreto il soggetto agente, escludendo la legittimità di una criminalizzazione così ampia di tale fenomeno.

Proseguendo con l'art. 9 CEDU (libertà di pensiero, di coscienza e di religione)⁶⁵², una sentenza emblematica dell'attenzione sull'uso del diritto penale rispetto a un'articolazione della libertà di pensiero, segnatamente quella della libertà di religione *sub specie* di proselitismo, è *Kokkinakis c. Grecia*⁶⁵³.

La vicenda concerneva un testimone di Geova che, da quando si era convertito a tale fede, era stato arrestato più di sessanta volte, nonché internato e incarcerato, per la sua attività di proselitismo; condotta che, nel diritto penale greco, costituiva reato. In particolare, un certo giorno, questi, assieme alla propria consorte, aveva discusso con la moglie di un cantore di una locale chiesa ortodossa, il quale aveva presentato, per questo, denuncia alla polizia. Oltre a essere arrestati, i due coniugi avevano affrontato un processo penale, all'esito del quale il sig. Kokkinakis era stato condannato a tre mesi di reclusione, convertiti in una pena

⁶⁵⁰ Sul tale novella v. F. CURI, *Il reato di accattonaggio: "a volte ritornano". Il nuovo art. 669-bis c.p. del d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018*, in *Dir. pen. cont.*, 21.01.2019, p. 1 e ss.

⁶⁵¹ Analogamente v. M. BONETTI – A. GALLUCCIO, *Profili specifici sull'art. 8*, cit., p. 346 e F. VITARELLI, *Non è un delitto il mendicare quando si ha fame*, cit., p. 746.

⁶⁵² Cfr. F. CASSIBBA – A. GIUDICI, *Art. 9 – Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p. 357 e ss.; V. ZAGREBELSKY, *Libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Diritto all'istruzione*, in V. ZAGREBELSKY – R. CHENAL – L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, p. 275 e ss.; D.J. HARRIS – M. O'BOYLE – E.P. BATES – C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 571 e ss.; e S. LARICCIA, *sub art. 9 Cedu*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 370 e ss.

⁶⁵³ C.EDU, sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*. Con note di P. EDGE, *Kokkinakis v. Greece: A Response to Dr Juss*, in *Journal of Civil Liberties*, n. 1/1997, p. 41 e ss. e S.S. JUSS, *Kokkinakis and Freedom of Conscience Rights in Europe*, in *Journal of Civil Liberties*, n. 3/1996, p. 246 e ss. V. anche M. EVANS – T.J. GUNN – J. TEMPERMAN, *25 Years of Freedom of Religion Jurisprudence since Kokkinakis*, in *Religion & Human Rights: An International Journal*, nn. 2-3/2017, p. 79 e ss.

pecuniaria consistente nella corresponsione di 400 dracme al giorno. Il ricorrente riteneva violato l'art. 9 CEDU.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha posto l'attenzione sull'interpretazione della libertà di religione. Essa ha affermato che l'art. 9 CEDU custodisce una delle *foundations of a democratic society*, dalla quale dipende il pluralismo nella società, e che la libertà di manifestare la propria religione include il diritto di cercare di convincere il prossimo, ad esempio attraverso l'insegnamento. Altrimenti, la libertà di cambiare religione o credo rischierebbe di rimanere lettera morta⁶⁵⁴. Verificato che tale interferenza con l'art. 9 CEDU era prevista dalla legge e perseguiva uno scopo legittimo, i giudici di Strasburgo si sono interrogati sulla sua necessità in una società democratica, stabilendo che la loro valutazione dovesse riferirsi alla giustificazione in termini di principio delle misure adottate e alla proporzionalità di queste ultime, bilanciando le contrapposte esigenze. Nella specie, hanno distinto, sulla base di un rapporto redatto nel 1956 dal *World Council of Churches*, tra la "testimonianza cristiana" (che corrisponderebbe alla vera evangelizzazione) e il "proselitismo improprio" – che rappresenterebbe una sua corruzione o deformazione (e può consistere nell'offrire vantaggi materiali o sociali al fine di ottenere nuovi membri, nell'esercitare pressioni su persone in difficoltà o bisognose oppure ancora nell'uso della violenza o del lavaggio del cervello) –⁶⁵⁵.

Alla luce di ciò, la Corte EDU ha ritenuto che la normativa nazionale ellenica fosse compatibile con tale principio di diritto solamente fintantoché puniva l'*improper proselytism*.

Poiché nella decisione delle corti nazionali non era stata fornita una sufficiente spiegazione di come l'imputato avesse tentato di convincere la persona offesa con mezzi impropri, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto la sproporzionalità della condanna penale statale. Pertanto, hanno concluso per la violazione dell'art. 9 CEDU da parte della Grecia.

⁶⁵⁴ «[...] According to Article 9 (art. 9), freedom to manifest one's religion is not only exercisable in community with others, "in public" and within the circle of those whose faith one shares, but can also be asserted "alone" and "in private"; furthermore, it includes in principle the right to try to convince one's neighbour, for example through "teaching", failing which, moreover, "freedom to change [one's] religion or belief", enshrined in Article 9 (art. 9), would be likely to remain a dead letter» C.EDU, sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, par. 31.

⁶⁵⁵ «First of all, a distinction has to be made between bearing Christian witness and improper proselytism. The former corresponds to true evangelism, which a report drawn up in 1956 under the auspices of the World Council of Churches describes as an essential mission and a responsibility of every Christian and every Church. The latter represents a corruption or deformation of it. It may, according to the same report, take the form of activities offering material or social advantages with a view to gaining new members for a Church or exerting improper pressure on people in distress or in need; it may even entail the use of violence or brainwashing; more generally, it is not compatible with respect for the freedom of thought, conscience and religion of others» C.EDU, sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, par. 48.

La sentenza citata presenta un interesse significativo in quanto dimostra la *gradazione* dell'intervento pubblico che la Corte europea dei diritti dell'uomo è disposta ad accettare nell'esercizio della libertà religiosa, che si ferma alla inflizione di una condanna penale (ma non alla scelta di incriminazione corrispondente)⁶⁵⁶.

Infatti, la complessa opera di bilanciamento da svolgere lascia intendere che determinate condotte che rientrano nel proselitismo possano essere suscettibili di tutela penale, ma solamente se connotate da un *quid* fraudolento, violento o comunque coercitivo, in base a un documento del Consiglio mondiale delle Chiese.

Da questo punto di vista, pare condivisibile l'opinione parzialmente dissenziente del giudice Mertens che ritiene incompatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo la punizione del proselitismo *in quanto tale*, rifiutando il ricorso al diritto penale non solo poiché contrario alla rigorosa neutralità che lo Stato è tenuto a mantenere in questo campo, ma anche perché ciò creerebbe il pericolo di discriminazioni in presenza di una religione dominante⁶⁵⁷.

L'approccio dei giudici di Strasburgo presenta degli aspetti problematici anche con riguardo alle *modalità* del controllo dagli stessi esercitato. Sotto questo profilo, del resto, essi contemporaneamente non definiscono che si intenda per "proselitismo improprio"⁶⁵⁸ e, quindi, illecito e ravvisano nella sentenza emessa dalla corte nazionale un difetto di accertamento di tale pratica. A parte l'apparente intervento da giudice di "quarta istanza" (che valuta i fatti e il diritto nazionali), lascia perplessi il motivare una inosservanza della CEDU senza l'indicazione del *criterio ermeneutico* posto a fondamento dello stesso⁶⁵⁹.

Ancora, pare scarsamente condivisibile, quasi artificiosa, se non proprio discriminatoria, la distinzione tra "testimonianza cristiana" e "proselitismo improprio". Effettivamente, si

⁶⁵⁶ Sulla contrapposizione con Corte cost., sent. n. 96 del 9 aprile 1981 (dep. 8 giugno 1981) sul reato di plagio v. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, p. 261, spec. nt. n. 26.

⁶⁵⁷ «[...] To allow States to interfere in the "conflict" implied in proselytising by making proselytising a criminal offence would not only run counter to the strict neutrality which the State is required to maintain in this field but also create the danger of discrimination when there is one dominant religion» Opinione parzialmente dissenziente del giudice Mertens (annessa a C.EDU, sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*), par. 15.

⁶⁵⁸ Per un caso dove è stato ravvisato un proselitismo illecito v. C.EDU, sent. 24 febbraio 1998, *Larissis e altri c. Grecia*. La vicenda riguarda la propaganda religiosa compiuta sfruttando la propria superiorità gerarchica da parte di alcuni ufficiali dell'aviazione militare nei confronti di tre loro sottoposti. Specificamente, è stato affermato che: «In view of the above, the Court considers that the Greek authorities were in principle justified in taking some measures to protect the lower ranking airmen from improper pressure applied to them by the applicants in their desire to promulgate their religious beliefs. It notes that the measures taken were not particularly severe and were more preventative than punitive in nature, since the penalties imposed were not enforceable if the applicants did not reoffend within the following three years (see paragraphs 16, 18, 20 and 24 above). In all the circumstances of the case, it does not find that these measures were disproportionate» C.EDU, sent. 24 febbraio 1998, *Larissis e altri c. Grecia*, par. 54.

⁶⁵⁹ Per delle ulteriori critiche sulla mancanza di chiarezza della decisione v. S.S. JUSS, *Kokkinakis and Freedom of Conscience Rights in Europe*, cit., p. 248 e ss.

finisce per aprire al rischio di legittimare ingerenze del potere pubblico nella sfera religiosa favorendo il rafforzamento delle fedi maggioritarie⁶⁶⁰.

Giungendo all'art. 11 CEDU (libertà di riunione e di associazione)⁶⁶¹, indicativa della tendenziale moderazione con la quale si possa ricorrere alla pena (specie della reclusione) con rispetto al godimento della libertà di riunione è la sentenza resa in *Gün e altri c. Turchia*⁶⁶².

I fatti si riferivano a degli iscritti a un partito politico attivo in Turchia e denominato Demokratik Halk Partisi (o Partito Democratico dei Popoli), tra i quali uno era presidente della sezione locale, uno di quella femminile e un altro di quella giovanile, mentre gli altri erano membri della relativa direzione. Gli attivisti avevano in particolare partecipato a una manifestazione non autorizzata convocata per l'anniversario dell'arresto del leader del Kadek-Kongra-gel (PKK) Abdullah Öcalan, nel corso della quale si erano peraltro verificate delle violenze. Le autorità turche li avevano quindi processati e condannati ciascuno alla pena di un anno e sei mesi di reclusione (poi eseguita) e di 450 lire turche di multa. I ricorrenti si dolevano della violazione dell'art. 11 CEDU.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è concentrata sulla esegesi della libertà di riunione e, soprattutto, sulla necessità in una società democratica della ingerenza nel godimento di essa esercitata da parte dello Stato turco. Premesso che le libertà di riunione e opinione sono tra i valori fondamentali di società democratica e che le misure radicali di natura preventiva (al di fuori dei casi di incitamento alla violenza o di rifiuto dei principi democratici) possono anche mettere a repentaglio la democrazia, i giudici di Strasburgo hanno ricordato che il loro sindacato attiene alla proporzionalità delle misure adottate rispetto allo scopo legittimo perseguito e alla pertinenza e sufficienza delle ragioni addotte dalle autorità nazionali per giustificarla.

Per ciò che si riferisce agli aspetti sanzionatori, la Corte EDU ha ribadito che anche la natura e la severità delle pene inflitte sono fattori da considerare nella valutazione di proporzionalità e ha sancito che la pena applicata ai ricorrenti era stata eccessiva, tale da scoraggiare qualsiasi membro di un'associazione o di un partito politico dall'esercitare il diritto di

⁶⁶⁰ Cfr. F. CASSIBBA – A. GIUDICI, *Art. 9 – Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, cit., p. 365.

⁶⁶¹ Cfr. M. MARIOTTI, *Art. 11 – Libertà di riunione e di associazione*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p. 393 e ss.; V. ZAGREBELSKY, *Libertà di riunione e di associazione*, in V. ZAGREBELSKY – R. CHENAL – L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, p. 365 e ss.; D.J. HARRIS – M. O'BOYLE – E.P. BATES – C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 684 e ss.; e A. GUZZAROTTI, *sub art. 11 Cedu*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 370 e ss.

⁶⁶² C.EDU, sez. II, sent. 18 giugno 2013, *Gün e altri c. Turchia*.

manifestare all'art. 11 CEDU per paura di incorrere nella repressione penale⁶⁶³. Riprendendo il proprio precedente *Akgöl e Göl c. Turchia*⁶⁶⁴, i giudici di Strasburgo hanno confermato il principio di diritto secondo cui una manifestazione pacifica non dovrebbe, teoricamente, essere soggetta alla minaccia di una sanzione penale, e soprattutto di quella della privazione della libertà. A supporto, hanno menzionato uno studio del Comitato dei Ministri relativo proprio alla casistica sulla l. n. 2991 turca sulla gestione delle riunioni e manifestazioni che puniva siffatte condotte⁶⁶⁵.

Pertanto, i giudici di Strasburgo hanno ravvisato una inosservanza dell'art. 11 CEDU.

La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo appena esaminata rappresenta in maniera icastica il dovere di astenersi dal punire determinate azioni che rientrano nel diritto di riunione (assieme a quello di espressione), qualora le stesse vengano compiute nel contesto di manifestazioni prive di autorizzazione.

L'unico limite a tale riduzione dell'intervento penale, cui corrisponde logicamente una maggiore giustificazione di quest'ultimo, è rappresentato dall'incitamento alla violenza o dal rifiuto dei principi democratici. Questi due elementi definitivi base sono, dunque, l'altro volto della riunione, che permettono di legittimare una interferenza statale più marcata a tutela di beni giuridici quali la personalità dello Stato e l'ordine pubblico.

Particolare attenzione deve essere prestata a come la pena venga ritenuta in violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo anche solo perché *potenzialmente* suscettibile di essere inflitta, ivi compreso qualora la stessa sia *solamente* pecuniaria⁶⁶⁶ (ovviamente, a

⁶⁶³ «[...] A cet égard, la Cour rappelle que la nature et la lourdeur des peines infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'apprécier la proportionnalité d'une ingérence. Pour la Cour, la peine infligée est excessive dans la mesure où elle est de nature à décourager toute personne membre d'une association ou d'un parti politique d'exercer, par peur de sanctions pénales, son droit de manifester garanti par l'article 11 de la Convention» C.EDU, sez. II, sent. 18 giugno 2013, *Gün e altri c. Turchia*, par. 82.

⁶⁶⁴ C.EDU, sez. II, sent. 17 maggio 2011, *Akgöl e Göl c. Turchia*. La vicenda riguardava il processo penale, con successiva condanna in primo grado, di due studenti che avevano partecipato a una protesta per la morte di un loro collega; manifestazione, questa, che non era stata pericolosa per l'ordine o la sicurezza pubblici. La Corte EDU, nel frangente, ha statuito che: «Moreover, the Court reiterates that, where demonstrators do not engage in acts of violence, as was the case in the present application, it is important for the public authorities to show a certain degree of tolerance towards peaceful gatherings if the freedom of assembly guaranteed by Article 11 of the Convention is not to be deprived of all substance (see *Nurettin Aldemir and Others v. Turkey*, nos. 32124/02, 32126/02, 32129/02, 32132/02, 32133/02, 32137/02 and 32138/02, § 46, 18 December 2007). The Court is concerned by the fact that the applicants were prosecuted - and convicted at first instance - on account of the mere fact of their participation in an unauthorised but peaceful demonstration. It considers that a peaceful demonstration should not, in principle, be made subject to the threat of a penal sanction» C.EDU, sez. II, sent. 17 maggio 2011, *Akgöl e Göl c. Turchia*, par. 43.

⁶⁶⁵ «C'est pourquoi elle souligne qu'une manifestation pacifique ne devrait pas, en principe, être soumise à la menace d'une sanction pénale (*Akgöl et Göl c. Turquie*, nos 28495/06 et 28516/06, § 43, 17 mai 2011), en particulier une privation de liberté. Dans ce contexte, la Cour relève qu'à sa 1164^e réunion (mars 2013), le Comité des Ministres était saisi de 33 affaires concernant le recours excessif à la force pour la dispersion de manifestations illégales mais pacifiques» C.EDU, sez. II, sent. 18 giugno 2013, *Gün e altri c. Turchia*, par. 83.

⁶⁶⁶ Anche una sanzione amministrativa consistente nel pagamento di una somma di denaro, se eccessiva, può essere in contrasto con l'art. 11 CEDU, come attestato in C.EDU, sez. IV, sent. 14 settembre 2010, *Hyde Park e altri c. Moldavia*. I fatti concernevano una manifestazione priva di autorizzazione, all'esito della quale due

maggior ragione se detentiva). Da questa statuizione, si ricava che è la criminalizzazione *in sé e per sé* che viene censurata, laddove poi si traduca in effetti in una punizione sproporzionata.

Verificando la compatibilità dell'ordinamento italiano rispetto al *dictum* della Corte EDU potrebbero sorgere delle problematiche con riguardo alla disciplina del Testo unico delle leggi sulla pubblica sicurezza. In particolare, l'art. 18 TULPS potrebbe prestare il fianco a una censura in sede di Convenzione EDU poiché sanziona attraverso la pena detentiva dell'arresto i promotori di manifestazioni che si svolgano in assenza di preavviso o non ottemperando a divieto e prescrizioni dell'autorità⁶⁶⁷.

In questo senso, è possibile prendere contezza del forte rilievo attribuito all'effetto dissuasivo che deriva dall'utilizzo del diritto penale nella limitazione della libertà di manifestazione. Il termine adoperato dai giudici di Strasburgo, *décourager* (nel testo della sentenza in francese), apre infatti a un *chilling effect*⁶⁶⁸, come, peraltro, riscontrabile anche in altre sentenze⁶⁶⁹.

Tale lemma viene compiutamente definito e spesse volte richiamato nell'ambito precipuo dell'art. 10 CEDU, sul quale pertanto conviene, nel prosieguo, spostare l'attenzione.

3. L'archetipo del *chilling effect*

partecipanti erano stati condannati a una *administrative sanction* prossima al massimo della misura prevista (e venti volte superiore a quella ritenuta compatibile con la CEDU in un precedente dei giudici di Strasburgo). Segnatamente, è stato affermato che: «Most importantly, the Court is struck by the level of fines imposed on Ghenadie and Oleg Brega. In contrast to the fines imposed in Rai and Evans and Skibu, these fines were not at the lower end of the scale: they were 80% of the maximum fines which could have been imposed and, moreover, were over twenty times the fine imposed and found by the Court to be proportionate in Ziliberg» C.EDU, sez. IV, sent. 14 settembre 2010, *Hyde Park e altri c. Moldavia*, par. 47.

⁶⁶⁷ Cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., pp. 309-310, spec. nt. 175.

⁶⁶⁸ Con riferimento proprio a libertà di riunione o manifestazione v. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 307 e ss.

⁶⁶⁹ Cfr. C.EDU, sez. I, sent. 4 dicembre 2014, *Navalnyy e Yashin c. Russia*. La vicenda riguardava due noti attivisti politici e leader dell'opposizione, che erano stati riconosciuti colpevoli di aver disobbedito a un ordine legittimo della polizia per non aver fermato una marcia in seguito alle istruzioni ricevute ed erano stati sanzionati con quindici giorni di detenzione amministrativa. Nello specifico, con un esame congiunto degli artt. 10 e 11 CEDU la Corte EDU, ha stabilito che: «Undoubtedly, those measures had a serious potential also to deter other opposition supporters and the public at large from attending demonstrations and, more generally, from participating in open political debate. The chilling effect of those sanctions was further amplified by the fact that they targeted well-known public figures, whose deprivation of liberty was bound to attract broad media coverage» Corte EDU, sez. I, sent. 4 dicembre 2014, *Navalnyy e Yashin c. Russia*, par. 74.

Nell'insieme degli obblighi negativi di tutela penale, si può collocare anche quello di impedire il verificarsi di un *chilling effect*⁶⁷⁰ sull'esercizio di un diritto (tradotto come effetto di congelamento⁶⁷¹, di raffreddamento⁶⁷² oppure dissuasivo⁶⁷³). Con questo concetto si intende il godimento fortemente compromesso, se non proprio il timore nell'esercizio, di un diritto fondamentale custodito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo in ragione della previsione e della comminatoria di una sanzione (anche di natura penale) e l'accompagnarsi ad esse di un pregiudizio non solo per il singolo, ma altresì per l'intera collettività, che rischia di vedere arretrare determinate garanzie che nutrono una società democratica.

La dottrina del *chilling effect* non è però stata inaugurata in Europa, quanto piuttosto negli Stati Uniti d'America. Essa ha infatti visto la luce nella giurisprudenza della Corte Suprema concernente il Primo emendamento alla Costituzione⁶⁷⁴, trovando poi terreno fertile anche in quella della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶⁷⁵.

Certamente, la spada di Damocle di una condanna a una pena – e le conseguenze che (anche dalla sua mera esistenza) conseguono, sia in termini sostanziali sia procedurali – può *determinare o indurre* nella svalutazione o addirittura nella *obliterazione* di una prerogativa della persona che trova spazio nelle CEDU. E talvolta, parallelamente, questa “esternalità negativa” non si traduce solamente in un *minus* per l'individuo, ma provoca un marcato *danno sociale*.

Ad esempio, con riferimento alla diffamazione con il mezzo della stampa perpetrata da un giornalista, l'affermazione di una responsabilità penale e magari l'inflizione della pena della reclusione poi effettivamente scontata – ma ancora prima, e come logico corollario della scelta di incriminazione, la perquisizione (dei locali) e il sequestro (degli scritti) – può portare il pubblicista a non impegnarsi come potrebbe nel proprio lavoro, fino a cessarlo (magari forzatamente, per i costi umani ed economici da affrontare).

Questo esito – si intende – non riguarda *solamente lui*, per due ordini di ragioni: l'una riferita al *singolare* e l'altra al *collettivo*.

⁶⁷⁰ Per una curatela recente in tema v. M. GALLI – N. RECCHIA (a cura di), *Gli effetti collaterali delle scelte di incriminazione*, Napoli, 2023. V. anche A. GALLUCCIO, *Chilling effect*, in C. PIERGALLINI – G. MANNOZZI – C. SOTIS – C. PERINI – M. SCOLETTA – F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, p. 1261 e ss. e N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 251 e ss.

⁶⁷¹ Cfr. V. MANES, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, 2023, p. 12.

⁶⁷² Cfr. Corte cost., sent. n. 8 del 25 novembre 2021 (dep. 18 gennaio 2022), con nota di M.C. UBIALI, *Emergenza Covid e riforma del delitto di abuso d'ufficio per agevolare la ripresa del Paese: brevi note alla sentenza n. 8/2022 della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2022, p. 120 ss.

⁶⁷³ Cfr. Corte cost., sent. n. 150 del 22 giugno 2021 (dep. 12 luglio 2021). V., *funditus, infra*, cap. IV, par. 4.1.

⁶⁷⁴ Cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 252.

⁶⁷⁵ Per alcune esemplificazioni che suggeriscono una sua estensione altresì in quella della Corte di Giustizia dell'Unione europea v. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 305 e ss.

Da un lato, la società rimarrebbe priva in parte o del tutto di una voce che, proprio per la sua intima natura, contribuisce alla identità democratica di un Paese, attraverso il mantenimento di un discorso critico (per esempio riferito ai detentori del potere politico) su cui poggia lo stato di diritto.

Dall'altro, il gruppo di riferimento del condannato, quello della professione giornalistica, potrebbe vedere, per una sorta di dinamica espansiva, anche altri suoi colleghi "congelarsi". L'intera categoria (e con essa la sua essenziale funzione) finirebbe per essere compromessa. Insomma, si perderebbe in pluralismo e si guadagnerebbe in (auto)censura.

L'antidoto a quanto appena evidenziato diviene – nella opinione dei giudici di Strasburgo – il contenimento del mezzo sanzionatorio, specialmente penale (soprattutto della reclusione), quale esaltazione dei diritti della persona e, al contempo, delle esigenze dei consociati.

A ben vedere, non è affatto necessario il concreto esercizio della potestà statale (nel senso di punizione), quanto piuttosto la sua astratta proposizione. Non esercitare siffatta potestà può paradossalmente essere più dissuasivo che esercitarla, atteso che non conoscendosi esattamente le conseguenze, queste ultime possono essere potenzialmente ingigantite e ingenerare un clima di paura. In questa sede, quindi, il problema è frequentemente quello della scelta e della modalità di tutela, relativo cioè all'*incriminazione* e alla *pena*.

Sotto questo profilo, anche una sanzione penale non detentiva può trovarsi in contrapposizione con il divieto di *chilling effect*. Una multa (o un'ammenda oppure ancora una pena accessoria come quella interdittiva) eccessiva, capace di avere conseguenze reali sul soggetto destinatario della stessa, è più che sufficiente a ottenere gli esiti che la reclusione raggiungerebbe. E la prima opzione, risultando meno afflittiva della seconda, offrirebbe il vantaggio di essere di più facile accettabilità (e, quindi, di più agevole inflizione).

Tra le soluzioni possibili, si annovera sicuramente il *riduzionismo penale*, che però non è esercizio né semplice né bastevole. Certe condotte meritano di essere sanzionate prescindendo da particolari situazioni – vi è chi lo sosterrrebbe per la diffamazione "semplice" (se paragonata a quella a mezzo stampa commessa dal giornalista) –. Poi, comunque, sanzioni amministrative o risarcimenti del danno di natura civilistica che siano troppo onerosi si esplicherebbero in una pesante compressione delle garanzie individuali.

Si pensi a quanto segue. Per la prima questione, alla diffamazione *ex art. 595 c.p.* commessa da un comune cittadino invece che da un professionista iscritto all'Albo: si dovrebbe comunque proteggere l'onore e la rispettabilità dell'interessato. Per la seconda, a un giornalista che venga sospeso o radiato dall'ordine di appartenenza oppure che debba affrontare il pagamento di parecchie centinaia di migliaia di euro: non si può escludere che

egli potrebbe preferire a tali due tipologie di sanzione una condanna alla reclusione con pena sospesa.

Cionondimeno, la *decriminalizzazione* e la *sussidiarietà* (nelle tipologie di pena) rappresentano un aspetto, se non risolutivo, quantomeno agevolatore in un'ottica di migliore affermazione, nella legislazione nazionale, dei diritti protetti dalla CEDU.

Occorre però prestare attenzione alla differenza tra proporzionalità della pena *strictu sensu* e proporzionalità imperniata sul *chilling effect*. Per quest'ultima, infatti, si deve svolgere un'operazione di bilanciamento tra le finalità della sanzione penale (come la prevenzione) e gli effetti dissuasivi che dalla stessa derivano in riferimento ad alcuni diritti umani. Questo non significa, ad ogni modo, che una scelta o una modalità di incriminazione non possano allo stesso tempo essere in contrasto con l'una e con l'altra accezione di tale principio⁶⁷⁶.

In questo senso, si pensi all'ipotetica introduzione di una pena accessoria fissa di dieci anni di interdizione dallo svolgimento della professione (riproducendo quella all'art. 216 l.f. nella versione vigente prima dell'intervento ablativo della Corte costituzionale⁶⁷⁷) per il direttore della testata giornalistica che abbia commesso il delitto ai sensi dell'art. 57 c.p. Chiaramente, siffatta elevata "pena fissa" per giunta per un reato colposo sarebbe affetta da sproporzionatezza, ma, al contempo, ad essa si accompagnerebbe un effetto dissuasivo con riguardo all'esercizio della libertà di espressione. Ciò sarebbe grave poiché si tratterebbe di una prerogativa esercitata da un soggetto che ricopre un ruolo tanto delicato quanto primario, in un sistema liberaldemocratico, quale è quello dell'organo di vertice di un giornale.

4. Il divieto di punire l'esercizio della libertà di espressione

⁶⁷⁶ Cfr. *ivi*, pp. 303-304.

⁶⁷⁷ Corte cost., sent. n. 222 del 25 settembre 2018 (dep. 5 dicembre 2018).

La fucina del *chilling effect* (pur esso non riguardando solamente i diritti umani⁶⁷⁸), è certamente l'art. 10 CEDU⁶⁷⁹, che ne rappresenta a un tempo la scaturigine teorica e il campo di più frequente applicazione⁶⁸⁰.

L'art. 10 par. 2 CEDU prevede che l'ingerenza dell'autorità pubblica nell'esercizio della libertà di espressione possa essere giustificata laddove la stessa abbia base legale, persegua uno scopo legittimo e sia necessaria in una società democratica. Come già visto per l'art. 8 CEDU (cfr. *supra*, cap. IV, par. 2), è sul terzo requisito che si concentra la giurisprudenza della Corte EDU. In particolare, sono stati distillati dei criteri ricorrenti: 1) la tipologia di espressione usata, specie se trattasi di giudizio di fatto oppure di valore; 2) la posizione ricoperta nella società dal soggetto attivo e dalla persona offesa; 3) l'interesse pubblico del tema sotteso alle affermazioni rese; 4) le circostanze e il contesto; 5) i motivi addotti dagli Stati Membri a propria difesa; 6) le sanzioni, la loro natura e la loro gravità⁶⁸¹.

Per ciò che concerne gli obblighi negativi di natura penale è sull'ultimo punto che giova soffermarsi poiché la censura dei giudici di Strasburgo in ordine alla pena prevista e o applicata implica logicamente la rinuncia all'uso del diritto penale o, comunque, la sua limitazione⁶⁸².

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 10 CEDU, l'ambito di maggiore impatto in proposito è quello rappresentato dalla sanzione penale per la diffamazione a mezzo stampa commessa dal giornalista, in ragione, appunto, del correlato *chilling effect* derivante per l'esercizio della libertà di espressione e, conseguentemente, per

⁶⁷⁸ Cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 264 e ss. Si pensi a certi delitti contro la Pubblica Amministrazione e alle conseguenze che ne derivano per l'attività dei pubblici amministratori. Ad esempio, quanto all'abuso d'ufficio v. A. MERLO, "Chi non fa non falla": la Pubblica Amministrazione dinanzi al reato di abuso d'ufficio, in M. GALLI – N. RECCHIA (a cura di), *Gli effetti collaterali delle scelte di incriminazione*, Napoli, 2023, p. 237 e ss. e, quanto alla corruzione, v. N.M. MAIELLO, *Corruzione del parlamentare e mediazione onerosa nello specchio del chilling effect*, in M. GALLI – N. RECCHIA (a cura di), *Gli effetti collaterali delle scelte di incriminazione*, Napoli, 2023, p. 287 e ss.

⁶⁷⁹ Cfr. F. CASSIBBA – M.C. UBIALI, *Art. 10 – Libertà di espressione*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p. 369 e ss.; V. ZAGREBELSKY, *Libertà di espressione*, in V. ZAGREBELSKY – R. CHENAL – L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, p. 345 e ss.; D.J. HARRIS – M. O'BOYLE – E.P. BATES – C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 592 e ss.; e M. OETHEIMER – A. CARDONE, *sub art. 10 Cedu*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 397 e ss.

⁶⁸⁰ Cfr. A. GALLUCCIO, *Libertà di espressione e chilling effect*, in M. GALLI – N. RECCHIA (a cura di), *Gli effetti collaterali delle scelte di incriminazione*, Napoli, 2023, p. 181 e ss.; T. BAUMBACH, *Chilling Effect as a European Court of Human Rights' Concept in Media Law Cases*, in *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice*, n. 1/2018, p. 92 ss.; e R. ÓFATHAIGH, *Article 10 and the chilling effect principle*, in *European Human Rights Law Review*, n. 3/2013, p. 304 ss.

⁶⁸¹ Propongono questa elencazione F. CASSIBBA – M.C. UBIALI, *Art. 10 – Libertà di espressione*, cit., p. 369 e ss.

⁶⁸² Sulla tipologia e sulla incidenza delle sanzioni per il soggetto attivo nel reato di diffamazione v. A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale: contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013, p. 57 e ss.

il ruolo di *public watchdog* della democrazia svolto dal giornalista⁶⁸³. L'arresto in tema è *Cumpănă e Mazăre c. Romania*⁶⁸⁴.

I fatti si riferivano a due pubblicisti rumeni, Constantin Cumpănă e Radu Mazăre, rispettivamente autore ed editore, i quali avevano implicato, in uno scritto su un giornale locale, un vicesindaco e un giudice in servizio in un noto *affaire* di frode. La condanna per diffamazione a chiusura del loro processo aveva comportato l'imposizione della pena detentiva, con la connessa perdita di specifici diritti civili (benché priva di effetti concreti per sopraggiunta grazia presidenziale), e, inoltre, l'interdizione temporanea dalla professione. Essi lamentavano quindi la violazione dell'art. 10 CEDU.

La Corte EDU ha ripreso i principi generali applicabili relativamente al requisito della "necessità in una società democratica", quale giustificazione della ingerenza statale nel godimento della libertà di espressione: in particolare, occorre determinare se vi sia un bisogno sociale pressante⁶⁸⁵; le ragioni addotte dalle autorità nazionali siano pertinenti e sufficienti; e la misura adottata sia proporzionata agli obiettivi legittimi perseguiti⁶⁸⁶.

Con riguardo agli aspetti di proporzionalità della sanzione, i giudici di Strasburgo hanno statuito in specie che l'imposizione di una pena detentiva per un reato a mezzo stampa è compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti solo in circostanze eccezionali. In particolare, ciò si verifica quando altri diritti fondamentali sono stati gravemente compromessi, come, ad esempio, nel caso di discorsi d'odio o di incitamento alla violenza⁶⁸⁷.

⁶⁸³ I termini "effetto dissuasivo" e "cane da guardia pubblico" sono stati utilizzati per la prima volta in C.EDU, Grande Camera, sent. 27 marzo 1996, *Goodwin c. Regno Unito*. La vicenda riguardava un giornalista inglese che aveva pubblicato un articolo su un'impresa ricorrendo a dei documenti strettamente confidenziali ottenuti da un anonimo. Nel procedimento che ne era seguito, al ricorrente era stato ordinato di comunicare l'identità del proprio informatore e, infine, era stato sanzionato con una multa di 5.000 sterline per *contempt of court* poiché non aveva ottemperato a quanto disposto. In questa occasione, i giudici di Strasburgo hanno statuito che «[...] As a result the vital public-watchdog role of the press may be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected. Having regard to the importance of the protection of journalistic sources for press freedom in a democratic society and the potentially chilling effect an order of source disclosure has on the exercise of that freedom, such a measure cannot be compatible with Article 10 (art. 10) of the Convention unless it is justified by an overriding requirement in the public interest» C.EDU, Grande Camera, sent. 27 marzo 1996, *Goodwin c. Regno Unito*, par. 39.

⁶⁸⁴ C.EDU, Grande Camera, sent. 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*.

⁶⁸⁵ «The test of "necessity in a democratic society" requires the Court to determine whether the interference complained of corresponded to a "pressing social need"» C.EDU, Grande Camera, sent. 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, par. 88.

⁶⁸⁶ «In particular, the Court must determine whether the reasons adduced by the national authorities to justify the interference were "relevant and sufficient" and whether the measure taken was "proportionate to the legitimate aims pursued" (see *Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, § 70, ECHR 2004-VI)» C.EDU, Grande Camera, sent. 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, par. 90.

⁶⁸⁷ «Although sentencing is in principle a matter for the national courts, the Court considers that the imposition of a prison sentence for a press offence will be compatible with journalists' freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention only in exceptional circumstances, notably where other fundamental rights have been seriously impaired, as, for example, in the case of hate speech or incitement to violence (see, *mutatis mutandis*, *Feridun Yazar v. Turkey*, no. 42713/98, § 27, 23 September 2004, and *Sürek and Özdemir v. Turkey* [GC], nos. 23927/94 and 24277/94, § 63, 8 July 1999)» C.EDU, Grande Camera, sent. 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, par. 115.

Leggendo i fatti di causa alla luce di tali statuizioni, la Corte EDU ha affermato che, trattandosi di un classico caso di diffamazione nel contesto di un dibattito su una questione di pubblico interesse, non era giustificata la condanna a una pena detentiva poiché la stessa, per sua natura, ha un *chilling effect*. E ciò a prescindere dalla grazia concessa ai due giornalisti (che non avevano così scontato la predetta pena), poiché trattavasi di misura che era lasciata alla discrezionalità del presidente e che non cancellava la condanna⁶⁸⁸. Analogamente, la privazione di diritti civili, cessata proprio a causa del *presidential pardon*, non era né appropriata né giustificata. Inoltre, l'interdizione annuale dall'esercizio della professione giornalistica, anch'essa apparentemente priva di effetti concreti, nondimeno, trattandosi di misura preventiva di portata generale (anche se soggetta a limiti di tempo), era in violazione del principio secondo cui la stampa deve essere in grado di svolgere il ruolo di *public watchdog* in una società democratica.

Pertanto, i giudici di Strasburgo hanno dichiarato l'inosservanza dell'art. 10 CEDU.

La sentenza in *Cumpănă e Mazăre c. Romania* rappresenta uno snodo decisivo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di obblighi negativi di tutela penale. Infatti, teorizza l'incompatibilità *in radice* della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa commessa dal giornalista⁶⁸⁹, eccezion fatta per *hate speech* e *incitement to violence*⁶⁹⁰. Ogni successiva valutazione, infatti, è ulteriore e ultronea fintantoché anche solo *astrattamente* tale sanzione risulta applicata in sede di *sentencing*⁶⁹¹.

⁶⁸⁸ «The circumstances of the instant case – a classic case of defamation of an individual in the context of a debate on a matter of legitimate public interest – present no justification whatsoever for the imposition of a prison sentence. Such a sanction, by its very nature, will inevitably have a chilling effect, and the fact that the applicants did not serve their prison sentence does not alter that conclusion, seeing that the individual pardons they received are measures subject to the discretionary power of the President of Romania; furthermore, while such an act of clemency dispenses convicted persons from having to serve their sentence, it does not expunge their conviction (see paragraphs 50 and 60 above)» C.EDU, Grande Camera, sent. 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, par. 116.

⁶⁸⁹ Nicola Recchia parla di «esemplare chiarezza» N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 314.

⁶⁹⁰ Sulla congruenza tra art. 604 *bis* c.p. e art. 10 CEDU v. F. CASSIBBA – M.C. UBIALI, *Art. 10 – Libertà di espressione*, cit., pp. 384-385.

⁶⁹¹ La stessa sospensione condizionale della pena pare non essere sufficiente, come confermato in C.EDU, sez. I, sent. 6 dicembre 2007, *Katrami c. Grecia*. Il caso riguardava Alexandra Katrami, una giornalista greca, che aveva pubblicato un articolo in ordine a un incidente stradale che aveva subito sua sorella, alludendo a delle presunte condotte illecite del sindaco della zona e del giudice istruttore incaricato delle indagini. L'affermazione di responsabilità per diffamazione era stata seguita dall'applicazione di una pena detentiva, sospesa condizionalmente. Sicché, i giudici di Strasburgo hanno confermato il proprio orientamento, stigmatizzando il ricorso alla pena detentiva, per quanto non effettivamente patita. La Corte EDU ha precisato che: «De surcroît, la Cour ne perd pas de vue que la mesure restrictive imposée à la requérante constitue, dans le cadre de l'article 10, une sanction susceptible de provoquer un effet dissuasif dans l'exercice de la liberté de la presse (*Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* [GC], no 33348/96, § 114, CEDH 2004-XI). De l'avis de la Cour, la condamnation de la requérante à une peine privative de liberté, même avec effet suspensif, constitue, dans le cadre de l'article 10, une sanction disproportionnée au but poursuivi» C.EDU, sez. I, sent. 6 dicembre 2007, *Katrami c. Grecia*, par. 40.

Inoltre, si evince dal pronunciamento in esame una visione *olistica* dell'intervento penale. Viene infatti sottoposta a critica non solo la pena principale, ma anche quella accessoria: la (potenziale) reclusione è solo uno aspetto della declaratoria della violazione, che si accompagna ad altri effetti della condanna come la perdita di diritti civili e, in specie, la interdizione dalla professione. Del resto, anche questi due esiti punitivi sono, pur se solamente *esistenti*, in contrapposizione con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ancora, pare utile segnalare come l'eventuale intervento *successivo* di tipo clemenziale non sia idoneo a raggiungere un bilanciamento tra le esigenze contrapposte poiché *discrezionale* nella procedura applicativa e privo di efficacia *riabilitativa* sostanziale. Se ne ricava, dunque, che non vi sarebbe spazio residuo per recuperare l'incompatibilità con la CEDU, che è intrinseca alla *minaccia* concreta di inflizione di una pena detentiva in tali situazioni. Evidente, qui, l'impatto che può avere tale indirizzo esegetico rispetto agli ordinamenti penali degli Stati Membri del Consiglio d'Europa che prevedano tale tipologia di sanzione penale per siffatto reato. Come si approfondirà successivamente, l'Italia è tra quei Paesi Parte che, in conseguenza, hanno conosciuto effetti dirompenti (cfr. *infra*, cap. IV, par. 4.1). In definitiva, l'art. 10 CEDU si pone quale argine al ricorso al diritto penale perché la garanzia ivi custodita è un frammento singolare di un *complesso collettivo*. Certamente, il giornalista patisce una ingerenza nel pacifico godimento del proprio diritto fondamentale, ma, come conseguenza, è la società che subisce un contraccolpo. Infatti, si apre a un possibile "effetto domino", dove i giornalisti vengono (direttamente o indirettamente, attraverso la *self-censorship* motivata dal timore di incorrere in simili sanzioni) silenziati, e il dibattito democratico perde in vivacità, facendo calare il livello di attenzione (e, quindi, di controllo) su argomenti afferenti ai pubblici poteri o comunque di pubblico interesse. E – è cruciale –, tale consapevolezza si traduce in un divieto per gli Stati Membri di imporre determinate pene, cui conseguano con maggiore o minore automaticità privazioni e interdizioni che siano contrastanti con l'esigenza di protezione appena descritta (prescindendo da successivi interventi di clemenza).

Per quanto concerne lo scenario italiano, le pronunce di massimo spessore riferite alla pena della reclusione per la diffamazione a mezzo stampa commessa da giornalisti sono *Belpietro c. Italia*⁶⁹² e *Sallusti c. Italia*⁶⁹³.

Nel caso Belpietro, il direttore de *Il Giornale* era stato condannato per aver omesso di controllare un articolo a firma di un senatore in cui si adombrava un conflitto intercorrente tra magistrati di Palermo e ufficiali dei carabinieri in tema di lotta alla mafia. La condanna per diffamazione aveva comportato l'inflizione della pena di quattro mesi di reclusione, sospesa, il pagamento delle spese processuali (33.000 euro) e il risarcimento danni (110.000 euro). Egli lamentava dunque la violazione dell'art. 10 CEDU.

Dedicandosi alla interpretazione del requisito della "necessità in una società democratica", la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricordato l'importanza della stampa in una società democratica, la quale, rispettando doveri e responsabilità, è chiamata al compito di comunicare informazioni e idee su ogni argomento di interesse generale, inclusi quelli sulla giustizia. Per quanto riguarda i funzionari pubblici, la critica loro rivolta può conoscere limiti più ampi di quelli ordinari, ma gli stessi devono poter beneficiare della fiducia dei consociati senza essere indebitamente infastiditi. In relazione ai profili sanzionatori, i giudici di Strasburgo hanno citato la sentenza in *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, riportando i principi di diritto ivi statuiti.

Sull'oggetto del contendere, la Corte EDU ha sottolineato l'importo del risarcimento dei danni e la condanna alla reclusione. Quanto a quest'ultima, ha affermato che, per quanto sospesa condizionalmente, la pena detentiva aveva potuto avere un notevole effetto dissuasivo (*dissuasif*, nel testo in francese del pronunciamento). Inoltre, ha specificato che si era in presenza di un omesso controllo su una diffamazione; che, dunque, non presentava alcuna circostanza eccezionale che giustificasse il ricorso a una sanzione così severa⁶⁹⁴.

⁶⁹² C.EDU, sez. II, sent. 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*. Con note di M. CUNIBERTI, *Pene detentive per la diffamazione, responsabilità del direttore e insindacabilità delle opinioni del parlamentare: il "caso Belpietro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Oss. cost.*, n. 1/2014, p. 1 e ss.; F. VIGANÒ, *Belpietro c. Italia: una pronuncia della Corte di Strasburgo in tema di (s)proporzione della sanzione detentiva inflitta ad un giornalista*, in *Quad. cost.*, n. 1/2014, p. 177 e ss.; A. GIUDICI, *Il caso Belpietro c. Italia: la pena detentiva per la diffamazione è contraria all'art. 10 Cedu*, in *Dir. pen. cont.*, 26.09.2013, p. 1; e U. ZINGALES, *Il "caso Belpietro" e la ricerca del giusto bilanciamento tra la libertà di espressione e il diritto alla reputazione (nota alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 24 settembre 2013, Belpietro c. Italia)*, in *Crit. dir.*, n. 2/2013, p. 231 e ss.

⁶⁹³ C.EDU, sez. I, sent. 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*. Con note di S. LONATI, *Diffamazione a mezzo stampa e applicazione della pena detentiva: ancora qualche riflessione a margine del c.d. caso Sallusti in (perenne) attesa di un intervento del legislatore*, in *Media Laws. Riv. dir. media*, n. 1/2020, p. 69 e ss.; A. PALMIERI, *In tema di diffamazione a mezzo stampa: restrizione della libertà di espressione del direttore manifestamente sproporzionata*, in *Foro it.*, n. 4/2019, p. 177 e ss.; e S. TURCHETTI, *Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti: ancora una condanna all'Italia da parte della Corte Edu*, in *Dir. pen. cont.*, 18.03.2019, p. 1 e ss.

⁶⁹⁴ «Rimane comunque il fatto che, come ricordato al paragrafo 53 supra, anche la natura e la severità delle pene inflitte sono elementi di cui tenere conto in sede di valutazione della proporzionalità di un'ingerenza. Nella fattispecie, oltre alla riparazione dei danni (per un importo totale di 110.000 EUR), il ricorrente è stato

In conclusione, i giudici di Strasburgo hanno dichiarato la violazione dell'art. 10 CEDU. Questo caso è significativo perché *trasla* nel contesto dell'ordinamento italiano gli insegnamenti impartiti in *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, ai quali la sentenza in *Belpietro c. Italia* si richiama pedissequamente. Evidente, qui, come la censura mossa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo riguarda un duplice profilo: il *quantum* e la *natura* della sanzione.

Peraltro, nel *decisum* viene data (seppur indirettamente) evidenza all'effetto combinato della presenza sia di una sanzione penale sia dell'ammontare ingente di spese processuali e risarcimento danni civilistico.

L'aspetto che, piuttosto, non sembra adeguatamente sviscerato è quello afferente alle eccezioni alla illegittimità alla pena detentiva, che non vengono affatto sondate. Segnatamente, manca il già visto rinvio a *hate speech* e *incitement to violence*.

Nel più recente caso Sallusti, invece, si rimproverava al direttore di *Libero* di non aver verificato il contenuto di alcuni scritti pubblicati sul quotidiano che riferivano di una tredicenne costretta ad abortire dai suoi genitori e dal giudice tutelare competente. L'affermazione di responsabilità per il reato di diffamazione era stata accompagnata dalla condanna a un anno e due mesi di reclusione e a 500 euro di multa, senza sospensione della pena e con menzione nel casellario giudiziale, oltre a 30.000 euro di risarcimento dei danni. Il Tribunale di Sorveglianza aveva disposto che l'espiazione avvenisse in regime domiciliare e, perciò, il condannato vi aveva trascorso in totale ventuno giorni. Il Presidente della Repubblica, infatti, aveva commutato la pena residua in sanzione pecuniaria, per 15.532 euro. Il ricorrente si doleva della violazione dell'art. 10 CEDU.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, dopo aver menzionato due documenti di enti del Consiglio d'Europa in tema di libertà di stampa e di legislazione italiana sulla diffamazione, ha specificamente evocato il precedente *Belpietro c. Italia* (cfr. *supra*).

I giudici di Strasburgo hanno ribadito quanto affermato in passato, menzionando la sentenza in *Cumpănă e Mazăre*. Diversamente dal direttore Belpietro, però, hanno rilevato come Sallusti fosse stato effettivamente privato della propria libertà personale. Hanno dunque ripetuto che prevedere la pena detentiva per la diffamazione commessa dal giornalista

condannato a quattro mesi di reclusione (paragrafo 18 *supra*). Benché sia stata applicata la sospensione condizionale dell'esecuzione di tale sanzione, la Corte considera che il fatto di infliggere una pena detentiva abbia potuto avere un effetto deterrente notevole. Peraltro, il caso di specie, avendo ad oggetto un mancato controllo nell'ambito di una diffamazione, non era caratterizzato da alcuna circostanza eccezionale che giustificasse il ricorso a una sanzione così severa. Ciò permette di distinguere la presente causa dalla causa Perna, sopra citata, in cui la pena inflitta era una semplice multa» C.EDU, sez. II, sent. 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*, par. 61. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

attraverso la stampa è incompatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo a meno delle note circostanze eccezionali. Hanno altresì aggiunto che, comunque, la sua eventuale commutazione è un atto discrezionale del Presidente e non estingue gli effetti penali. Pertanto, la Corte EDU ha concluso per la violazione dell'art. 10 CEDU anche in questa occasione.

La decisione di cui sopra è significativa per due aspetti, entrambi concernenti il rapporto con quanto già in passato statuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Quanto al primo, *corregge* l'omessa precisazione in *Belpietro c. Italia* rispetto a quali esattamente fossero le eccezioni che potessero rendere la pena detentiva rispondente alla libertà di espressione. Mentre prima era stato lasciato uno spiraglio a possibili interpretazioni eccessivamente ampie (ad esempio, una gravità *intrinseca* dei contenuti e delle conseguenze della diffamazione), dopo questa decisione diviene chiaro che trattasi di discorsi d'odio e istigazione alla violenza.

Rispetto al secondo, aggiunge *ulteriore* (e *aggiornata*, essendo passati ormai sei anni da *Belpietro c. Italia*) pressione sullo Stato italiano in un *duplice senso*: per le corti nazionali, di non infliggere sanzioni eccessivamente severe e specie non quelle di tipo detentivo e, per il legislatore, di avviare un *iter* di riforma della normativa sulla diffamazione che scongiuri, attraverso una scelta della *tipologia di pena* e del relativo *compasso edittale*, il pericolo tanto in astratto quanto in concreto di una sanzione dissuasiva.

Da ultimo, occorre sottolineare che non si tratta, però, di una problematica riguardante solamente la "mera" pena.

Infatti la casistica esaminata permette di dedurre che *qualsiasi* condanna sproporzionata possa far calare la scure dei giudici di Strasburgo, qualora si colpisca un giornalista nello svolgimento della propria attività professionale.

In particolare, sono presi debitamente in considerazione dalla Corte EDU anche reati diversi dalla diffamazione a mezzo stampa⁶⁹⁵ e statuizioni di altre branche rispetto al diritto penale⁶⁹⁶.

4.1. La illegittimità costituzionale della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa commessa dal giornalista

⁶⁹⁵ Come quello di cui all'art. 617 *quater* c.p. (intercettazione illecita o diffusione di comunicazioni informatiche o telematiche). Cfr. C.EDU, sez. II, sent. 8 ottobre 2013, *Ricci c. Italia*. Con note di M. CASTELLANETA, *Fuori onda non autorizzati e libertà di espressione: le misure detentive previste dall'ordinamento italiano alla prova di Strasburgo*, in *Dir. inf.*, n. 3/2014, p. 370 e ss. e S. ROSSETTI, *La Corte Edu sul bilanciamento tra riservatezza delle comunicazioni e libertà di espressione del giornalista*, in *Dir. pen. cont.*, 5.11.2013, p. 1 e ss. La vicenda riguardava Antonio Ricci, ideatore-produttore del programma televisivo *Striscia la notizia*, il quale aveva intercettato e, in seguito, diffuso alcune immagini per dimostrare l'artificialità di un determinato "scontro televisivo". L'imputato era stato ritenuto responsabile in primo grado e in appello del reato di cui all'art. 617 *quater* c.p. e, quindi, aveva subito una condanna alla pena di quattro mesi e cinque giorni di reclusione, sospesa. Successivamente, la Corte di Cassazione aveva dichiarato la prescrizione, confermando i capi civilistici di risarcimento del danno. Anche in questa situazione, i giudici di Strasburgo hanno richiamato quanto già sostenuto nel precedente *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, benché si riferisse a una diversa fattispecie criminosa. Essi sono giunti sino a statuire che, anche se inizialmente la pena era da non eseguirsi in quanto sospesa e successivamente il reato si era prescritto, l'infrazione della sanzione detentiva avrebbe potuto avere comunque un effetto dissuasivo significativo. Segnatamente, hanno affermato quanto segue: «Nonostante gli sia stata accordata la sospensione condizionale della pena e benché la Corte di cassazione abbia dichiarato il reato prescritto (paragrafo 21 supra), la Corte in particolare ritiene che il fatto di infliggere una pena detentiva abbia potuto avere un effetto dissuasivo significativo. Peraltro, il caso di specie, che aveva ad oggetto la diffusione di un video il cui contenuto non era di natura tale da provocare un pregiudizio importante, non era segnato da alcuna circostanza eccezionale tale da giustificare il ricorso ad una sanzione così severa» C.EDU, sez. II, sent. 8 ottobre 2013, *Ricci c. Italia*, par. 59. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

⁶⁹⁶ Quale il risarcimento danni di natura civilista. Cfr. C.EDU, sez. I, sent. 16 gennaio 2020, *Magosso e Brindani c. Italia*. Con note di M. CRIPPA, *La pubblicazione di dichiarazioni diffamatorie altrui: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione del diritto di cronaca in relazione all'omicidio Tobagi*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, n. 2/2020, p. 1164 e ss. e A. TARALLO, *L'esimente del diritto di cronaca nella prospettiva della Cedu: nota alla sentenza "Magosso-Brindani contro Italia"*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, p. 1384 e ss. I fatti si riferivano a due giornalisti, Renzo Magosso e Umberto Brindani, della rivista *Gente* (il secondo ne era il direttore), che avevano pubblicato un articolo riguardante l'omicidio di Walter Tobagi ove si ventilavano gravi omissioni da parte di due alti ufficiali dell'Arma dei Carabinieri, i quali, in allora, non avrebbero adeguatamente valutato delle informazioni loro riferite sulla preparazione di un attentato nei confronti di Tobagi, poi appunto assassinato. All'esito del processo per diffamazione nei confronti dei pubblicisti, questi ultimi erano stati condannati, il primo, per aver scritto l'articolo, a 1.000 euro e il secondo, per aver omesso di controllarlo, a 300 euro di pena pecuniaria, oltre alle pene accessorie, alle spese processuali e al risarcimento del danno. Le spese erano di 33.500 euro e il risarcimento constava di una provvisionale immediatamente esecutiva pari a 120.000 euro. La Corte EDU ha affermato che un tale ammontare, per quanto avente rilievo civilistico, rappresentava una misura eccessiva. In specie, ha ritenuto quanto di seguito: «Inoltre, contrariamente a quanto afferma il Governo nelle sue osservazioni (paragrafo 42 supra), il fatto che la somma provvisionale accordata alle parti civili a titolo di risarcimento danni sia stata versata dalla società editrice del settimanale non può modificare la situazione (Kapsis e Danikas, sopra citata, § 40). Infatti, non si può negare l'effetto dissuasivo di tali sanzioni sul ruolo dei giornalisti (Narodni List D.D. c. Croazia, n. 2782/12, § 71, 8 novembre 2018) di contribuire al dibattito pubblico su questioni che interessano la vita della collettività» C.EDU, sez. I, sent. 16 gennaio 2020, *Magosso e Brindani c. Italia*, par. 61. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha affermato nei confronti degli Stati Membri, e in particolare dell'Italia, l'obbligo negativo consistente nell'astenersi, in generale, da sanzioni sproporzionate per i reati commessi dai giornalisti con i media e, in particolare, dal prevedere la pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa (allo scopo di impedire un *chilling effect* per l'esercizio della libertà di espressione), ha infine trovato una risposta a livello nazionale⁶⁹⁷.

Quest'ultima però non è arrivata dal legislatore. Nel medesimo turno di tempo del deposito della sentenza riguardante il direttore Sallusti era stata infatti depositato il d.d.l. Costa, con lo scopo esplicitamente dichiarato, tra l'altro, di bandire il "carcere per i giornalisti" e giungere a un'uniformazione della normativa italiana in materia rispetto ai dettami provenienti proprio dalla Corte EDU. Tuttavia, tale testo ha finito per arenarsi nella *navetta* tra Camera e Senato, in ragione soprattutto della evidente difficoltà di trovare una mediazione sufficientemente condivisa su di un sostituto sanzionatorio⁶⁹⁸. Talmente complesso e continuo si è dimostrato l'intervento di riforma che, in dottrina, lo si è figurativamente accostato alla tela di Penelope⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ La sentenza in *Sallusti c. Italia* era stata infatti salutata come la conferma dell'indirizzo giurisprudenziale dei giudici di Strasburgo. Così M. PISAPIA – C. CHERCHI, *Detenzione e libertà di espressione. Riflessioni sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione a mezzo stampa in occasione della pronuncia della Corte Costituzionale*, in *Giur. pen.*, n. 6/2020, p. 14. Le Autrici sono dell'opinione che tale pronunciamento suggelli il *dictum* ivi affermato poiché i primi due casi sono stati decisi in un breve lasso di tempo dalla stessa sezione, mentre il terzo si colloca lontano negli anni e proviene da una diversa sezione. Nello stesso senso v. anche S. TURCHETTI, *Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti*, cit., p. 1 e S. LONATI, *Diffamazione a mezzo stampa e applicazione della pena detentiva*, cit., p. 80. Di opposto avviso è M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Oss. cost.*, n. 5/2020. L'Autore, per l'appunto, enfatizza come non si sia in presenza di un orientamento consolidato secondo l'interpretazione della Corte costituzionale (a partire da Corte cost., sent. n. 49 del 14 gennaio 2015 (dep. 26 marzo 2015)).

⁶⁹⁸ Pongono l'accento su questa ragione per spiegare il "rimpallo" del testo di legge tra i due rami del Parlamento M. PISAPIA – C. CHERCHI, *Detenzione e libertà di espressione*, cit., pp. 7-8.

⁶⁹⁹ L'accenno al celebre stratagemma narrato nel grande poema epico dell'Odissea si trova sia in A. GULLO, *La tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato dalla Camera il 24 giugno 2015*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2016, p. 30 che in M. PISAPIA – C. CHERCHI, *Detenzione e libertà di espressione*, cit., pp. 11-12.

È stata invece la Corte costituzionale a “prendere l’iniziativa”, con un doppio intervento, dapprima con l’ord. n. 132 del 2020⁷⁰⁰ e successivamente con la sent. n. 150 del 2021⁷⁰¹.

Quindi, è opportuno esaminare entrambe le pronunce sopramenzionate per verificare sia il grado di penetrazione degli obblighi negativi di tutela penale nel nostro ordinamento sia la rispondenza della normativa risultante alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Iniziando con l’ord. n. 132 del 2020, nella occasione, i giudici delle leggi sono stata investiti di due questioni di legittimità attinenti, sostanzialmente, alla previsione sanzionatoria della pena della reclusione per la diffamazione commessa a mezzo della stampa e consistente nell’attribuzione di un fatto determinato, presentate, rispettivamente, dal Tribunale di Salerno⁷⁰² e da quello di Bari⁷⁰³.

⁷⁰⁰ Corte cost., ord. n. 132 del 9 giugno 2020 (dep. 26 giugno 2020). Con note di A. GULLO, *Diffamazione, pena detentiva e chilling effect: la Consulta bussata alla porta del legislatore*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2021, p. 217 e ss.; F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 27/2020, p. 206 e ss.; E. LA ROSA, *Diffamazione a mezzo stampa e (s)proporzione del trattamento sanzionatorio: la Corte costituzionale concede al parlamento un anno per intervenire sulla disciplina vigente*, in *Foro it.*, n. 12/2020, p. 3709 e ss.; E. APRILE, *Osservazioni a Corte cost., ord. 26 giugno 2020, n. 132*, in *Cass. pen.*, n. 11/2020, p. 4118 e ss.; P. VERONESI, *Un’altra incostituzionalità “prospettata” ma non (ancora) dichiarata: la diffamazione a mezzo stampa nell’ord. n. 132 del 2020*, in *Stud. iur.*, n. 11/2020, p. 1355 e ss.; J. IACOBELLIS – F.P. GARZONE, *La pena detentiva della diffamazione a mezzo stampa: il “monito” (a termine) della Corte costituzionale al legislatore*, in *Riv. pen.*, n. 11/2020, p. 967 e ss.; M. MANTOVANI, *Dalla consulta un requiem per la tutela penale dell’onore?*, in *disCrimen*, 2.10.2020, p. 1 e ss.; M. PISAPIA – C. CHERCHI, *Detenzione e libertà di espressione*, cit., p. 1 e ss.; G.L. GATTA, *Carcere per i giornalisti: la Corte Costituzionale adotta lo “schema Cappato” e passa la palla al Parlamento, rinviando l’udienza di un anno*, in *Sist. pen.*, 10.06.2020, p. 1 e ss.; M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa italiana sulla sanzione del carcere nei casi di diffamazione a mezzo stampa dopo l’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, n. 4/2020, p. 1043 e ss.; M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 121 e ss.; M.C. UBIALI, *Diffamazione a mezzo stampa e pena detentiva: la Corte costituzionale dà un anno di tempo al Parlamento per trovare un punto di equilibrio tra libertà di espressione e tutela della reputazione individuale, in linea con i principi costituzionali e convenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2020, p. 1476 e ss.; N. FIANO, *L’ord. n. 132 del 2020 e il consolidando “modello Cappato” tra “preoccupazioni” della Corte costituzionale e delicati bilanciamenti*, in *Riv. dir. proc. pen.*, n. 3/2020, p. 1559 e ss.; N. RECCHIA, *La previsione della pena detentiva per la diffamazione del giornalista: la Corte costituzionale ripropone la tecnica decisoria del caso Cappato*, in *Giur. cost.*, n. 3/2020, p. 1480 e ss.; M. BETZU – A. DEFFENU, *Pena detentiva e diffamazione a mezzo stampa in un’ordinanza di incostituzionalità accertata ma rinviata*, in *Giur. cost.*, n. 3/2020, p. 1471 e ss.; e R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quad. Cost.*, n. 3/2020, p. 103 e ss. Sia consentito rinviare a G. BONDI, *Effetto dissuasivo della pena detentiva e diffamazione a mezzo stampa: un nuovo equilibrio euroconvenzionalmente orientato*, in *Arch. pen.*, n. 1/2021, p. 1 e ss.

⁷⁰¹ Corte cost., sent. n. 132 del 22 giugno 2021 (dep. 12 luglio 2021). Con note di A. GULLO, *Diffamazione e proporzione del trattamento sanzionatorio: la Corte costituzionale si ferma a metà strada*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2022, p. 201 e ss.; A. CARDONE, *Pena detentiva per la diffamazione e funzione democratica della libertà di espressione: “quid iuris” oltre il caso della professione giornalistica?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2022, p. 192 e ss.; C. MALAVENDA, *La sentenza n. 150/2021 della Corte Costituzionale in tema di diffamazione: i “pericoli per la democrazia” e il rischio che l’informazione, da “cane da guardia”, si trasformi in “cucciolo da salotto”*, in *Giur. pen.*, nn. 7-8/2021, p. 1 e ss.; e F. MEDICO, *Il filo d’Arianna dell’incostituzionalità prospettata e il parametro dimenticato (nota alla sentenza n. 150 del 2021)*, in *Giur. cost.*, n. 4/2021, p. 1589 e ss.

⁷⁰² Trib. ord. Salerno, sez. II pen., ord. n. 140 del 2019. Con nota di D. BUTTURINI, *La problematica della pena detentiva come limitazione del diritto di informazione tra Costituzione e CEDU. Spunti di riflessione a partire da una questione di legittimità costituzionale sollevata nel 2019 dal Tribunale penale di Salerno*, in *Media Laws. Riv. dir. media*, n. 3/2019, pp. 62-91.

⁷⁰³ Trib. ord. Bari, sez. I pen., ord. n. 149 del 2019.

Nello specifico, l'una sembra escluderne categoricamente l'ammissibilità, mentre l'altra la confina ai casi più gravi⁷⁰⁴.

Con l'ordinanza n. 132 del 2020, i giudici costituzionali hanno concesso un termine di un anno al Parlamento per intervenire in via legislativa su tale rilevante materia⁷⁰⁵.

Il *redde rationem*, o, quantomeno, la presa di coscienza, rispetto alla tenuta di tale opzione di politica criminale, non trova spinta propulsiva, in via principale, nell'esegesi dei principi di cui agli artt. 3, 21, 25 e 27 Cost., invocati dall'ordinanza di rimessione salernitana⁷⁰⁶. Invero, come si può evincere soprattutto da quella barese⁷⁰⁷, ciò si verifica a partire dall'art. 117 Cost.⁷⁰⁸, rapportato all'art. 10 CEDU.

Infatti, attorno a tale ultima previsione, è proliferata, a cavaliere tra la fine degli anni '90 e i 2000⁷⁰⁹, una giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo progressivamente sempre più incisiva nel limitare il ricorso a sanzioni aventi carattere dissuasivo nei confronti dell'editoria.

Sicché, potrebbe dirsi che la *quaestio* della costituzionalità delle norme penali in evidenza si collochi nel solco di tale indirizzo⁷¹⁰, ritrovando e, forsanche, riscoprendo, per l'effetto, gli opportuni riferimenti nella trama della Costituzione.

Venendo alla struttura del provvedimento, dalla sua lettura si intravede una precisa scelta di scansione argomentativa, che si compone di due anime: il profilo CEDU⁷¹¹ e quello interno⁷¹².

Il primo assume la fisionomia di una rassegna illustrata della giurisprudenza dei giudici di Strasburgo nel settore e, inoltre, dei documenti programmatici e interpretativi adottati dalle istituzioni del Consiglio d'Europa.

Il secondo, invece, si focalizza sulla dimensione più prettamente nazionale, chiarendo il significato e l'importanza della normativa sull'attività di stampa e sulla professione giornalistica in chiave di libertà fondamentali, attraverso una riepilogazione storica degli arresti dei giudici delle leggi.

⁷⁰⁴ In questo senso v. M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 133.

⁷⁰⁵ Sulla sua centralità per la (nostra) democrazia si pensi che fu la Costituente ad approvare la l. n. 47 del 1948 o legge sulla stampa mentre la prima sentenza della Consulta venne emessa in relazione alla libertà di manifestazione del pensiero (Corte cost., sent. n. 1 del 5 giugno 1956 (dep. 14 giugno 1956)).

⁷⁰⁶ Cfr. Trib. ord. Salerno, sez. II pen., ord. n. 140 del 2019, par. 5.

⁷⁰⁷ Cfr. Trib. ord. Bari, sez. I pen., ord. n. 149 del 2019, par. 3.

⁷⁰⁸ Definito «fulcro» da M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione*, cit., p. 122.

⁷⁰⁹ Cfr. *supra*, cap. IV, par. 4.

⁷¹⁰ Di «ruolo preponderante della Corte EDU» scrive N. FIANO, *L'ord. n. 132 del 2020 e il consolidando modello "Cappato" tra "preoccupazioni" della Corte costituzionale e delicati bilanciamenti*, cit., p. 1562.

⁷¹¹ Cfr. Corte cost., ord. n. 132 del 9 giugno 2020 (dep. 26 giugno 2020), par. 6.

⁷¹² Cfr. *ivi*, par. 7.1.

Successivamente, seppur per brevi cenni, tale duplice ordine di considerazioni è rapportato al necessario bilanciamento con altri diritti⁷¹³, e, cioè, su tutti, quello all'onore dell'individuo, che viene agganciato a principi reperibili tanto nella c.d. Grande Europa quanto in Italia.

La constatazione della sensibilità di tale esercizio esige che i giudici delle leggi non si spingano oltre⁷¹⁴. Essi, infatti, preferiscono sostenere che solo il legislatore può opportunamente (in termini di competenze proprie in uno stato di diritto) ed efficacemente (per ciò che si riferisce alla “gestione” della disciplina residuale) operare una scelta. Di talché, la strategia giudiziaria che viene impiegata è quella già praticata nel c.d. caso DJ Fabo/Cappato, dalla relativa ordinanza interlocutoria, «prima epifania di una nuova tecnica di decisione»⁷¹⁵.

Forse è il caso di anticipare che il passaggio cardine del ragionamento seguito dalla Consulta si esplica nel registrare il superamento dell'interpretazione corrente con riguardo ai limiti della diffamazione⁷¹⁶, di cui al noto tritico rappresentato da interesse pubblico, veridicità e continenza⁷¹⁷.

I giudici delle leggi muovono dal presupposto che due tipologie di condotte specifiche devono necessariamente rimanere presidiate da sanzioni penali: trattasi dei discorsi d'odio e della istigazione alla violenza. Tale impostazione, inedita per il contesto italiano, ma già da tempo rinvenibile nelle pronunce della Corte EDU⁷¹⁸, sembra andare a sostituire uno dei due interessi oggetto di bilanciamento. Infatti, al primo polo della libertà di manifestazione del

⁷¹³ «Per altro verso, il legittimo esercizio, da parte della stampa e degli altri media, della libertà di informare e di contribuire alla formazione della pubblica opinione richiede di essere bilanciato con altri interessi e diritti, parimenti di rango costituzionale, che ne segnano i possibili limiti, tanto nell'ottica costituzionale quanto in quella convenzionale» Corte cost., ord. n. 132 del 9 giugno 2020 (dep. 26 giugno 2020), par. 7.2.

⁷¹⁴ «Un simile, delicato bilanciamento spetta in primo luogo al legislatore, sul quale incombe la responsabilità di individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica; e, dall'altro, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività» Corte cost., ord. n. 132 del 9 giugno 2020 (dep. 26 giugno 2020), par. 8.

⁷¹⁵ Così R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, cit., p. 106. A favore di tale innovativa tecnica v. P. VERONESI, *Un'altra incostituzionalità “prospettata” ma non (ancora) dichiarata*, cit., p. 1355. Invece, in senso contrario, v. E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019, p. 543. Per una posizione intermedia v. M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione*, cit., p. 122.

⁷¹⁶ «Il punto di equilibrio tra la libertà di “informare” e di “formare” la pubblica opinione svolto dalla stampa e dai media, da un lato, e la tutela della reputazione individuale, dall'altro, non può però essere pensato come fisso e immutabile, essendo soggetto a necessari assestamenti, tanto più alla luce della rapida evoluzione della tecnologia e dei mezzi di comunicazione verificatasi negli ultimi decenni» Corte cost., ord. n. 132 del 9 giugno 2020 (dep. 26 giugno 2020), par. 7.3.

⁷¹⁷ Il riferimento qui è alla nota sentenza c.d. decalogo Cass. civ., sez. I, sent. n. 5259 del 17 aprile 1984 (dep. 18 ottobre 1984).

⁷¹⁸ Cfr. *supra*, cap. IV, par. 4.

pensiero pare non venire più contrapposto l'onore dell'individuo, quanto, invece, l'ordine pubblico⁷¹⁹.

Ora, a tale snodo la Consulta non giunge né senza consapevolezza né con leggerezza, ponderando, o, perlomeno, ripensando, le ripercussioni di carattere sistematico che si avrebbero sulla protezione della dignità personale⁷²⁰. Del resto, si ricorda che quest'ultima ha copertura e rango di Convenzione EDU e costituzionale, rispettivamente all'art. 8 CEDU e all'art. 2 Cost.

Inoltre, essa viene opportunamente collocata nel contesto contemporaneo di largo uso di *internet* e dei *social network*, aventi capacità di notevolissima amplificazione degli effetti lesivi che si annidano nella fattispecie di reato⁷²¹, ovviamente sconosciuta al legislatore o all'interprete più risalenti⁷²².

Nella ord. n. 132 del 2020 appare significativo come la Corte costituzionale "rispolveri" alcuni rilevanti provvedimenti adottati da organi del Consiglio d'Europa, che a propria volta scandiscono le tappe della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁷²³.

Più specificamente, si tratta della Dichiarazione sulla libertà dei dibattiti politici nei media del 2004 del Comitato dei Ministri del CdE, delle risoluzioni n. 1577 del 4 ottobre 2007 e n. 1920 del 24 gennaio 2013 dell'Assemblea parlamentare del CdE, nonché del parere n. 715 del 7 dicembre 2013 della Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto o c.d. Commissione di Venezia.

La Dichiarazione sulla libertà dei dibattiti politici nei media è stata approvata dal Comitato dei Ministri il 12 febbraio 2004. L'ultimo degli otto punti programmatici in cui si articola è intitolato «Rimedi contro le violazioni dei media». In esso, si richiede, tra l'altro, che gli Stati aderenti prevedano che i risarcimenti e le multe per la diffamazione o l'ingiuria mantengano un ragionevole rapporto di proporzionalità con la violazione dei diritti e della reputazione altrui e, in aggiunta, considerino anche i possibili rimedi volontari (se efficaci e adeguati) che siano stati offerti dai media incriminati e accettati dalle persone interessate. La dichiarazione pretende, ancora, che la diffamazione e l'insulto non comportino la

⁷¹⁹ Così M. MANTOVANI, *Dalla consulta un requiem per la tutela penale dell'onore?*, cit., p. 5. L'Autore ritiene che non sia plausibile un recupero della portata personalistica dell'offesa al bene giuridico poiché tale accezione non è quella fatta propria dai giudici di Strasburgo e, inoltre, si incorrerebbe in significative difficoltà di tipo probatorio.

⁷²⁰ Cfr. Corte cost., ord. n. 132 del 9 giugno 2020 (dep. 26 giugno 2020), par. 7.3.

⁷²¹ Cfr. *ibidem*.

⁷²² Per restare su una tematica di stretta attualità, forse sarebbe stato utile dedicare delle ulteriori considerazioni in ordine al fenomeno delle c.d. *fake news*. Anch'esso, indubitabilmente, appare conteso tra la difesa del ruolo sociale dei media e la meritevolezza dell'intervento penale, nel quadro della libertà di espressione. In proposito v. T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino, 2020, pp. 97-179 e S. DE FLAMMINEIS, *Diritto penale, beni giuridici collettivi nella sfida delle fake news: principio di offensività ed emergenze*, in *Sist. pen.*, n. 6/2020, pp. 131-146.

⁷²³ Cfr. Corte cost., ord. n. 132 del 9 giugno 2020 (dep. 26 giugno 2020), par. 6.3.

detenzione, a meno che la gravità della violazione la renda una sanzione strettamente necessaria e proporzionata. Ciò ricorre, in particolar modo, quando altri diritti fondamentali siano stati gravemente violati attraverso affermazioni diffamatorie o ingiuriose, come nei discorsi d'odio.

È interessante segnalare, indizio della *cross-fertilisation* tra i due enti, che le suddette scelte di carattere terminologico hanno percorso di pochi mesi le statuizioni di analogo tenore dei giudici di Strasburgo nel già citato arresto *Cumpănă e Mazăre c. Romania*⁷²⁴.

La risoluzione n. 1577 del 4 ottobre 2007 dell'Assemblea parlamentare del CdE è eloquentemente intitolata «Verso la decriminalizzazione della diffamazione». Nel testo, l'Assemblea parlamentare nota con grande preoccupazione come molti Paesi Parte prevedano la pena detentiva per la sua punizione e alcuni di essi ancora la applichino nella prassi (Azerbaijan e Turchia). Per quanto qui in rilievo, essa ritiene che la pena detentiva per la diffamazione debba essere abolita senza ulteriore ritardo. L'Assemblea parlamentare avverte che, altrimenti, si offrirebbe una scusa, pur ingiustificata, a quei paesi che continuano ad attuarla in concreto e, così, si provocherebbe una corrosione delle libertà fondamentali. Altresì, essa condanna il ricorso abusivo al riconoscimento di somme di danaro irragionevoli quali risarcimento del danno e interessi, facendo presente che ciò potrebbe porsi in violazione dell'art. 10 CEDU. Dunque, la soluzione caldeggiata consisterebbe, oltre che nella eliminazione del carcere, anche nel prevedere una definizione più precisa della diffamazione nella legislazione nazionale, al fine di evitare un'applicazione arbitraria della normativa esistente. Inoltre, si dovrebbe garantire che il diritto civile fornisca una protezione effettiva della dignità delle persone interessate da tali condotte.

La successiva risoluzione n. 1920 del 2013, «Lo stato della libertà dei media in Europa», costituisce una sorta di aggiornamento. Tale atto apre con una “carrellata” di alcune note vicende di persecuzione di giornalisti negli Stati Membri del CdE. Si deplorano tanto l'eccesso nell'applicazione di leggi penali sulla diffamazione, in Azerbaijan e Turchia, quanto il numero di azioni legali intraprese in sede civile, in Bulgaria e Repubblica di Moldavia. Nel medesimo contesto, si cita espressamente la condanna a 14 mesi di reclusione nei confronti del direttore Sallusti per introdurre a una richiesta alla Commissione di Venezia di preparare un documento sulla compatibilità della legislazione italiana sulla diffamazione con l'art. 10 CEDU.

Il parere della Commissione di Venezia n. 715 del 7 dicembre 2013, confezionato in risposta, illustra come le previsioni sanzionatorie italiane in materia di diffamazione e stampa punite

⁷²⁴ Cfr. *supra*, cap. IV, par. 4.

con la pena detentiva siano da considerarsi “dormienti”, ma che alcuni casi recenti abbiano suscitato preoccupazione. Segnatamente, si menziona nuovamente l’affermazione di responsabilità nel caso Sallusti, ma anche quelle nei riguardi di altri nove giornalisti tra il 2011 e il 2013.

Questo documento può essere accolto come una prova dell’influenza di tale istituzione europea e internazionale, *brainchild* di Antonio La Pergola⁷²⁵ (a lungo suo presidente), a livello sia giurisdizionale sia legislativo⁷²⁶. Quanto al primo, infatti, la Corte EDU ne ha riferito pedissequamente nelle motivazioni della sentenza sul caso Sallusti, pur deliberata ad anni di distanza⁷²⁷. Rispetto al secondo, l’iniziativa parlamentare volta all’approvazione del d.d.l. Costa, benché rivelatasi infruttuosa, ne è stata fortemente condizionata⁷²⁸.

In definitiva, l’ordinanza n. 132 del 2020, a ben vedere, seppure nell’apparente silenzio della motivazione, costituisce, per palmare evidenza, estrinsecazione della rispondenza all’orientamento sistematico degli obblighi negativi di tutela penale.

In effetti, i tribunali remittenti, attraverso lo strumento interpretativo offerto dall’ordinanza di rimessione, hanno indotto, *rectius*, permesso, alla Corte costituzionale di adottare quello che è stato definito lo «schema Cappato»⁷²⁹. Esso si è esplicitato nell’evocazione dell’intervento del Parlamento, necessariamente finalizzato, almeno in via tendenziale, alla rimozione della sanzione detentiva dallo strumentario punitivo quanto alla condotta diffamatoria attiva od omissiva del giornalista come del direttore della testata.

I rivoli del dibattito parlamentare non sono però riusciti a sfociare in un provvedimento legislativo approvato in via definitiva prima della scadenza del giugno 2021⁷³⁰.

⁷²⁵ Così M. DE VISSER, *A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform*, in *American Journal of Comparative Law*, n. 4/2015, p. 965. Per un’introduzione al funzionamento v. V. VOLPE, *Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, 2017, pp. 182-191.

⁷²⁶ Per l’uno v. G. BUQUICCHIO – S. GRANATA-MENGHINI, *The interaction between the Venice Commission and the European Court of Human Rights: Anticipation, Consolidation, Coordination of Human Rights Protection in Europe*, in L. SICILIANOS – I.A. MOTOC – R. SPANO – R. CHENAL (a cura di), *Regards croisés sur la protection nationale et internationale des droits de l’homme / Intersecting Views on National and International Human Rights Protection. Liber amicorum Guido Raimondi*, Tilburg, 2019, pp. 35-50. Mentre, per l’altro, v. W. HOFFMANN-RIEM, *The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact*, in *The European Journal of International Law*, n. 2/2014, pp. 579-597.

⁷²⁷ Cfr. C.EDU, sez. I, sent. 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*, par. 32-33.

⁷²⁸ Lo intuiscano M. PISAPIA – C. CHERCHI, *Detenzione e libertà di espressione*, cit., pp. 9-11.

⁷²⁹ Cfr. G.L. GATTA, *Carcere per i giornalisti*, cit., p. 1. L’Autore pone l’accento su come questo approccio delinei una tendenza ormai sponsorizzata dai giudici costituzionali, come si può evincere anche dalla Relazione sull’attività dei giudici delle leggi del 2019 a firma della (allora) Presidente Cartabia, in una chiave di cooperazione tra i poteri, che in quanto tale non si porrebbe in contrapposizione con il principio della separazione tra gli stessi. Sul punto, e con precipuo riferimento alla c.d. decisione in due tempi, v. anche F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, cit., p. 207.

⁷³⁰ Vi era chi riteneva, invece, che tale procedura parlamentare potesse venire stimolata, ammesso che si fosse raggiunto un accordo su un testo, grazie al possibile interessamento dei piccoli e grandi, tradizionali e nuovi, media, innegabilmente esposti in via potenziale agli esiti della vicenda. Cfr. G.L. GATTA, *Carcere per i giornalisti*, cit., p. 4. Sugli antefatti non incoraggianti v., però, L. BACCHINI, *Stampa e reclusione: quando il rischio di una riforma è il tradimento degli obiettivi*, in *Penale. Dir. e Proc.*, n. 3/2020, p. 3. Sulle dichiarazioni

Ad esempio, il d.d.l. Caliendo (dal nome del proponente)⁷³¹, il quale, tra gli altri⁷³², era ancora in esame⁷³³, non è stato approvato.

Quindi, come già verificatosi nel caso DJ Fabo/Cappato, l'inerzia del legislatore ha forzato la Corte costituzionale a operare un intervento di chirurgia giuridica sul codice penale e sulla legge sulla stampa: la sent. n. 150 del 2021.

In particolare, i giudici delle leggi hanno dichiarato fondata la questione di costituzionalità sottoposta alla loro attenzione dal Tribunale di Salerno dell'art. 13 l. n. 47 del 1948⁷³⁴ ma non quella dell'art. 595 co. 3 c.p.

Quanto alla prima disposizione, la Consulta ha affermato che essa, prevedendo l'applicazione congiunta di quelle detentiva e pecuniaria, rende indefettibile l'imposizione della pena della reclusione qualora non sia ravvisabile una circostanza attenuante (la quale, nel bilanciamento con l'aggravante in esame, potesse essere valutata quantomeno in equivalenza), e, quindi, si pone in contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero agli artt. 21 Cost. e 10 CEDU.

Il passaggio chiave della argomentazione è quello ove i giudici delle leggi hanno richiamato (e dichiarato di condividere) gli insegnamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema, evidenziando la illegittimità della pena detentiva a prescindere dalle sue sospensione condizionale o sostituzione con misure alternative⁷³⁵.

L'art. 13 l. n. 47 del 1948 è stato pertanto dichiarato interamente contrario a Costituzione. Peraltro, la Consulta ha aggiunto che così non si creerebbe un vuoto di tutela quanto al diritto alla reputazione individuale contro le offese arrecate con la stampa, rimanendo quest'ultimo protetto dai commi 2 e 3 dell'art. 595 c.p. (che riespanderebbero "in automatico" il loro alveo di vigenza a seguito della pronuncia ablativa).

non lusinghiere del sindacato dei giornalisti (FNSI) e di quello degli editori (FIEG) v. M.C. UBIALI, *Diffamazione a mezzo stampa e pena detentiva*, cit., p. 1495.

⁷³¹ Atto Senato n. 812 presentato in data 20 settembre 2018.

⁷³² V. ad es. il d.d.l. Verini (Atto Camera n. 416 presentato in data 27 marzo 2018) e il d.d.l. Liuzzi-Businarolo (Atto Camera n. 1700 presentato in data 26 marzo 2019).

⁷³³ Ne sottolineavano la particolare importanza L. BACCHINI, *Stampa e reclusione*, cit., p. 509. Per una sua disamina dettagliata v. M.C. UBIALI, *Diffamazione a mezzo stampa e pena detentiva*, cit., pp. 1489-1499.

⁷³⁴ In via consequenziale, hanno altresì dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 co. 4 della l. n. 223 del 1990 (Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato) che rinviava alla legge sulla stampa.

⁷³⁵ «Come già rilevato da questa Corte nella ordinanza n. 132 del 2020, una simile necessaria irrogazione della sanzione detentiva (indipendentemente poi dalla possibilità di una sua sospensione condizionale, o di una sua sostituzione con misure alternative alla detenzione rispetto al singolo condannato) è divenuta ormai incompatibile con l'esigenza di «non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri»: esigenza sulla quale ha particolarmente insistito la Corte EDU nella propria copiosa giurisprudenza rammentata nella stessa ordinanza, ma che anche questa Corte condivide» Corte cost., sent. n. 132 del 22 giugno 2021 (dep. 12 luglio 2021), par. 4.2.

Riguardo alla seconda disposizione, invece, i giudici delle leggi hanno affermato che non vi è un contrasto con la libertà di pensiero in quanto l'art. 595 co. 3 c.p. è un'aggravante che prevede una pena alternativa. Nel bilanciamento con la tutela della vita privata, infatti, ad avviso della Consulta, la pena detentiva deve ritenersi ammissibile, attese le possibili offese che alla stessa giungano dalla stampa oppure dal mezzo della pubblicità.

Per quanto qui interessa, i giudici delle leggi si sono premurati di richiamare come la giurisprudenza riguardante la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non escluda la proporzionalità della reclusione innanzi a vicende di eccezionale gravità. Segnatamente, oltre ai già visti casi dell'*hate speech* e della *incitement to violence*, la Consulta ha aggiunto un inedito: le campagne di disinformazione⁷³⁶. Queste ultime trasformerebbero il giornalista, da cane da guardia della democrazia in pericolo per la stessa (e per le competizioni elettorali).

Dunque, i giudici delle leggi hanno imposto una interpretazione dell'art. 595 co. 3 c.p. che sia conforme a quanto dagli stessi indicato con riferimento ai casi nei quali è ammissibile l'inflizione della pena detentiva, altrimenti non prospettabile. Piuttosto, hanno suggerito opzioni alternative quali rimedi e sanzioni di diritto civile oppure deontologiche.

Infine, la Consulta ha precisato che la sua sentenza non implica che il legislatore debba ritenersi costituzionalmente vincolato a mantenere anche per il futuro una sanzione detentiva per i casi più gravi di diffamazione (richiamando la sent. n. 37 del 2019 sul diritto all'onore⁷³⁷).

La sentenza della Corte costituzionale appena illustrata costituisce un passaggio di rilievo sia nell'evoluzione degli obblighi negativi di tutela penale nei confronti degli Stati Membri sia nella definizione dei rapporti di dialogo esistenti tra corti superiori.

Per il primo verso, trattasi del pronunciamento ove, per la prima volta, viene radicalmente dichiarata incompatibile con la Costituzione la previsione di una tipologia di pena interamente sulla base di un indirizzo giurisprudenziale sviluppatosi in seno alla

⁷³⁶ «Si deve infatti ritenere che l'inflizione di una pena detentiva in caso di diffamazione compiuta a mezzo della stampa o di altro mezzo di pubblicità non sia di per sé incompatibile con le ragioni di tutela della libertà di manifestazione del pensiero nei casi in cui la diffamazione si caratterizzi per la sua eccezionale gravità (così la stessa Corte EDU, grande camera, sentenza 17 dicembre 2004, Cumpănă e Mazăre contro Romania, paragrafo 115; nonché sentenze 5 novembre 2020, Balaskas contro Grecia, paragrafo 61; 11 febbraio 2020, Atamanchuk contro Russia, paragrafo 67; 7 marzo 2019, Sallusti contro Italia, paragrafo 59; 24 settembre 2013, Belpietro contro Italia, paragrafo 53; 6 dicembre 2007, Katrami contro Grecia, paragrafo 39). La Corte di Strasburgo ritiene integrate simili ipotesi eccezionali in particolare con riferimento ai discorsi d'odio e all'istigazione alla violenza, che possono nel caso concreto connotare anche contenuti di carattere diffamatorio; ma casi egualmente eccezionali, tali da giustificare l'inflizione di sanzioni detentive, potrebbero ad esempio essere anche rappresentati da campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa, internet o i social media, caratterizzate dalla diffusione di addebiti gravemente lesivi della reputazione della vittima, e compiute nella consapevolezza da parte dei loro autori della – oggettiva e dimostrabile – falsità degli addebiti stessi» Corte cost., sent. n. 132 del 22 giugno 2021 (dep. 12 luglio 2021), par. 6.2.

⁷³⁷ Corte cost., sent. n. 37 del 22 gennaio 2019 (dep. 6 marzo 2019).

Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Del resto, la forza propulsiva proviene da una giurisprudenza sedimentatasi in decenni che, alla fine, ha spinto i giudici delle leggi a un intervento risoluto⁷³⁸.

Per il secondo verso, la Consulta si "appropria" del linguaggio della Corte europea dei diritti dell'uomo e lo traduce nel contesto dell'ordinamento penale italiano, declinandone il significato rispetto al funzionamento del diritto interno nazionale. Non si limita, però, solamente ad accogliere passivamente le indicazioni ricevute: essa arriva sino ad aggiungere una eccezione al principio di diritto statuito dai giudici di Strasburgo (nient'affatto esistente nella giurisprudenza di questi ultimi). Infatti, i giudici delle leggi sembrano alludere alla c.d. "macchina del fango" e alle conseguenze deleterie che la sua attivazione può avere per il diritto alla vita privata del singolo nella sua accezione più ampia.

Eppure, la decisione esaminata presenta la fondamentale criticità di non garantire dal rischio di nuove condanne dell'Italia in sede CEDU, per due diversi ordini di ragioni: l'*ammissibilità* della pena detentiva a certe condizioni e la *fiducia* nelle altre sanzioni.

Da un lato, i giudici delle leggi lasciano aperto uno spiraglio perché possa essere inflitta la reclusione nei confronti dei giornalisti al di fuori delle eccezioni di discorsi d'odio e istigazione alla violenza. Ciò si scontra due volte con il *case-law* della Convenzione EDU.

In primo luogo, lo si è visto che già l'*astratta* previsione della pena detentiva è fonte di responsabilità statale.

In secondo luogo, il criterio della "*eccezionale gravità*" non trova riscontro presso la Corte EDU, tantomeno nella esemplificazione delle "campagne di disinformazione". Specialmente, malgrado il tentativo di spiegazione che compie la Consulta, non ha (né può avere) dei confini precisi e definiti, lasciando uno spiraglio, così, a interpretazioni giudiziarie che tornino a condannare pubblicisti al carcere⁷³⁹.

Non resta che sperare, insomma, che la giurisprudenza nazionale si orienti secondo CEDU, attenendosi a una visione rigorosa e restrittiva dei "paletti" fissati dai giudici delle leggi⁷⁴⁰.

Dall'altro lato, ciò che è implicito dall'esito del *decisum* dei giudici delle leggi è che la pena pecuniaria e l'interdizione dalla professione rimangono opzioni assolutamente percorribili.

⁷³⁸ Sulla preponderanza dell'art. 10 CEDU rispetto all'art. 21 Cost. v. F. MEDICO, *Il filo d'Arianna dell'incostituzionalità prospettata e il parametro dimenticato (nota alla sentenza n. 150 del 2021)*, cit., pp. 1595-1596.

⁷³⁹ Per delle considerazioni critiche su questa nuova eccezione v. A. GULLO, *Diffamazione e proporzione del trattamento sanzionatorio*, cit., pp. 206-2017 e C. MALAVENDA, *La sentenza n. 150/2021 della Corte Costituzionale in tema di diffamazione*, cit., pp. 2-3.

⁷⁴⁰ Sull'indirizzo della Corte di Cassazione che ne è seguito v. C. GENTILE, *Il diritto di cronaca deve sempre prevalere sulla tutela della reputazione?*, in *Cass. pen.*, n. 9/2022, p. 3025 e ss.

Sulla prima sanzione, non deve essere sottovalutata la lettura della Convenzione EDU che osteggia pene pecuniarie che si appalesino come sproporzionate per eccesso, specie se parametrize secondo il criterio cruciale rappresentato dalla capienza patrimoniale del giornalista interessato⁷⁴¹. Anche se l'importo delle pene non è elevato, comunque, la loro *natura* può avere infatti un *chilling effect*. Del resto, nemmeno le condanna al risarcimento danni civilistico e quella al pagamento delle spese del procedimento sono esenti da complicazioni se eccessive rispetto alla situazione finanziaria del condannato⁷⁴².

Sulla seconda sanzione, quella interdittiva, auspicata come rimedio alle aporie della pena pecuniaria⁷⁴³, non si può non rammentare che, in un passo saliente dell'arresto *Cumpănă e Mazăre c. Romania* (cfr. *supra*, cap. IV, par. 4), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha valutato tale scelta sconsigliabile in ragione della sua sproporzione. Nello specifico, essa ha supportato siffatta deduzione con argomentazioni incentrate sulla sua particolare severità oltre che sulla insussistenza di una sua spiegazione basata sul mero rischio di recidivanza⁷⁴⁴. Quindi, non vi è garanzia – anzi, forse è vero il contrario – che un vasto sfruttamento della pena accessoria “blindi” qualsivoglia garanzia di ottemperanza con la CEDU, piuttosto rischiando seriamente di costringere il “cane da guardia pubblico” a indossare proprio quella “museruola” che i giudici di Strasburgo intendono togliergli.

Di fronte a tale dilemma, occorre tentare di cogliere l'*atout* della Corte costituzionale, “adattandolo” alla giurisprudenza della Corte EDU. Premesso che sarebbe preferibile un commiato dall'uso della reclusione per la protezione del bene giuridico dell'onore (e la sentenza n. 150 del 2021 è in quest'ottica un'opportunità sfumata⁷⁴⁵), un cambio di paradigma potrebbe rappresentare una soluzione.

⁷⁴¹ Cfr. C.EDU, sez. III, sent. 31 maggio 2016, *Nadtoka c. Russia*, che riguardava una giornalista condannata appunto a un'ammenda. In quella evenienza, è stato affermato quanto segue: «Enfin, quant à la proportionnalité de l'ingérence, la Cour rappelle que la nature et la lourdeur des peines infligées sont des éléments à prendre en compte (voir, notamment, *Bédât c. Suisse* [GC], no 56925/08, § 79, 29 mars 2016). Elle relève à cet égard que le Gouvernement considère que la sanction prise par les juridictions internes contre la requérante était clémente. Elle observe cependant que la requérante a été déclarée coupable de complicité de délit et condamnée au paiement d'une amende pénale, ce qui, en soi, confère à la mesure un degré élevé de gravité (voir *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July*, précité, § 59). Même la plus modérée possible, une sanction pénale n'en reste pas moins une peine; comme telle, elle risque d'avoir un effet particulièrement dissuasif sur l'exercice de la liberté d'expression (voir *Morice*, précité, § 176). Au surplus, la Cour constate que le montant de l'amende (500 000 RUB) infligée à la requérante est loin d'être insignifiant au regard de ses revenus annuels (entre 3 606 et 7 585 RUB). Quant à la thèse du Gouvernement, selon laquelle les frais de justice engagés par la requérante démontreraient qu'elle avait d'autres sources de revenus, la Cour relève qu'elle n'est aucunement étayée (*Koprivica c. Montenegro*, no 41158/09, § 73, 22 novembre 2011)» C.EDU, sez. III, sent. 31 maggio 2016, *Nadtoka c. Russia*, par. 48.

⁷⁴² Cfr. anche C.EDU, sez. I, sent. 16 gennaio 2020, *Magosso e Brindani c. Italia*, par. 59. Cfr. *supra*, cap. IV, par. 4. Su quanto sia temuta tra i giornalisti la condanna a risarcire i danni v. C. MALAVENDA, *La sentenza n. 150/2021 della Corte Costituzionale in tema di diffamazione*, cit., p. 4.

⁷⁴³ È l'opinione di M.C. UBIALI, *Diffamazione a mezzo stampa e pena detentiva*, cit., pp. 1496-1499.

⁷⁴⁴ Cfr. C.EDU, Grande Camera, sent. 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, par. 118.

⁷⁴⁵ Analogamente v. A. GULLO, *Diffamazione e proporzione del trattamento sanzionatorio*, cit., p. 208.

Dunque, diverrebbe desiderabile in particolare concentrarsi sui presidi già esistenti di carattere disciplinare⁷⁴⁶ (e di rettifica), opzione peraltro assecondata dagli stessi giudici delle leggi⁷⁴⁷.

In ipotesi, l'obiettivo potrebbe venire centrato intervenendo sul Testo unico dei doveri del giornalista, sulla falsariga di quanto operato con la riforma del Codice deontologico forense. Analogamente, dunque, si procederebbe a una più attenta tipizzazione delle fattispecie, con la precisa segnalazione dei provvedimenti imponibili⁷⁴⁸.

Altrimenti, si potrebbe ripiegare, quantomeno, sul ricorso al modello dell'illecito punitivo di diritto civile⁷⁴⁹, come sperimentato in tempi non risalenti e in ambito non dissimile con il delitto di ingiuria⁷⁵⁰.

Anche tali scelte, ad ogni modo, dovrebbero tenere sempre da conto la basilare esigenza di prevenire – esercizio nient'affatto semplice, specie in sede di riforma legislativa – la sproporzione della sanzione comminata nella prassi.

La Commissione di Venezia, diversamente, suggerisce di obbligare i media alla rettifica, all'osservanza del diritto di replica e alla pubblicazione delle sentenze che accertino la falsità di determinate affermazioni⁷⁵¹.

4.2. Gli ulteriori profili di contrasto con gli obblighi negativi derivanti dall'art. 10 CEDU

Uscendo dal circoscritto perimetro della diffamazione a mezzo stampa e dal *petitum* posto all'attenzione della Corte costituzionale, ancorato all'*argumentum* della messa al bando della pena detentiva e, quindi, ai rimedi alternativi, è importante anticipare altre criticità in

⁷⁴⁶ Raccomanda il prototipo del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (d.p.r. n. 62 del 2013) A. GULLO, *Diffamazione, pena detentiva e chilling effect*, cit., p. 223.

⁷⁴⁷ «[...] ma anche a efficaci misure di carattere disciplinare, rispondendo allo stesso interesse degli ordini giornalistici pretendere, da parte dei propri membri, il rigoroso rispetto degli standard etici che ne garantiscono l'autorevolezza e il prestigio, quali essenziali attori del sistema democratico» Corte cost., ord. n. 132 del 26 giugno 2020, par. 8.

⁷⁴⁸ Sul punto v. R. DANOVI, *La tipizzazione degli illeciti disciplinari (la storia e il codice deontologico)*, in *Prev. forense*, n. 3/2017, pp. 233-238.

⁷⁴⁹ Per una dissertazione sui connessi vantaggi e svantaggi v. F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in *For. it.*, n. 1/1985, pp. 1/2-15/16.

⁷⁵⁰ «Illeciti civili sottoposti a sanzioni pecuniarie. Soggiace alla sanzione pecuniaria civile da euro cento a euro ottomila: chi offende l'onore o il decoro di una persona presente, ovvero mediante comunicazione telegrafica, telefonica, informatica o telematica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa» art. 4 co. 1 lett. a) d.lgs. n. 7 del 2016.

⁷⁵¹ Cfr. Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, opinione n. 715 del 9 dicembre 2013, p. 9.

ottica di Convenzione europea dei diritti dell'uomo, anche perché ovviamente suscettibili di rientrare in un futuro intervento di riordino da parte del Parlamento.

In effetti, da un'osservazione cursoria più a largo raggio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei documenti del Consiglio d'Europa, traspaiono possibili profili di incompatibilità dell'attuale legislazione penale, pur indirettamente attinenti alla materia della stampa, nuovi e diversi rispetto a quelli immediatamente lumeggiati dalle due ordinanze di rimessione in rilievo.

Soprattutto, restringere l'analisi al solo delitto di diffamazione si rivela insufficiente.

Il reato *ex art. 617 quater c.p.*, che punisce l'intercettazione illecita o la diffusione di comunicazioni informatiche o telematiche, o, se non altro, l'interpretazione che ne viene offerta, tradisce infatti alcuni sintomi di contrapposizione con la libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU, specie se applicato nei confronti di un giornalista nello svolgimento della propria attività.

Esemplare, in questo senso, il già visto caso *Ricci c. Italia* (cfr. *supra*, cap. IV, par. 4), nel quale i giudici di Strasburgo hanno rimarcato come la riservatezza delle comunicazioni possa e debba essere bilanciata con tale principio⁷⁵².

Non è questa l'unica norma sanzionatoria penale in tema di limiti alla libertà di espressione che meriterebbe una rivisitazione nella prospettiva CEDU.

Un aspetto problematico attiene infatti in generale alla tutela dell'onore e del prestigio del Presidente della Repubblica e in particolare ai reati di vilipendio⁷⁵³.

Uno tra i casi maggiormente significativi in tema della Corte europea dei diritti dell'uomo è *Otegi Mondragon c. Spagna*⁷⁵⁴.

La vicenda riguardava Otegi Mondragon, l'allora portavoce del gruppo parlamentare Sozialista Abertzaleak, un gruppo parlamentare separatista basco di sinistra costituito nel Parlamento della Comunità autonoma dei Paesi Baschi. Inizialmente, il 21 febbraio 2003, i locali del quotidiano Euskaldunon Egunkaria erano stati perquisiti e poi chiusi, a causa dei presunti legami del giornale con l'organizzazione terroristica ETA. Erano inoltre state arrestate dieci persone, tra cui gli alti dirigenti del giornale (membri del consiglio di amministrazione e il caporedattore). Dopo aver trascorso cinque giorni in detenzione, le persone interessate avevano denunciato di essere state sottoposte a maltrattamenti durante la custodia della polizia. Quindi, il 26 febbraio 2003, il Presidente della Comunità autonoma dei Paesi Baschi aveva ricevuto il Re di Spagna in occasione dell'inaugurazione di una

⁷⁵² Cfr. C.EDU, sez. II, sent. 8 ottobre 2013, *Ricci c. Italia*, par. 59.

⁷⁵³ In tema di vilipendio e CEDU v. F. CASSIBBA – M.C. UBIALI, *Art. 10 – Libertà di espressione*, cit., pp. 384-385 ed E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 210 e ss.

⁷⁵⁴ C.EDU, sez. III, sent. 15 marzo 2011, *Otegi Mondragon c. Spagna*.

centrale elettrica nella provincia di Biscaglia. Durante una conferenza stampa tenutasi lo stesso giorno a San Sebastián, Otegi Mondragon, in qualità di portavoce del gruppo parlamentare, aveva illustrato la risposta politica del suo gruppo alla situazione che interessava il giornale, e, muovendo una serie di critiche, con riguardo alla visita aveva dichiarato: «Come è possibile che si facciano fotografare oggi a Bilbao con il Re di Spagna, quando il Re è il Comandante in Capo dell'esercito spagnolo, cioè colui che è a capo dei torturatori, che difende la tortura e che impone il suo regime monarchico al nostro popolo attraverso la tortura e la violenza?». Nel procedimento penale che ne era seguito, Otegi Mondragon era stato condannato per “ingiuria grave contro il Re” ai sensi dell'490 co. 3 del *codigo penal* in combinato disposto con l'art. 208. Gli era stato inflitto un anno di reclusione, era stato sospeso il suo diritto a candidarsi alle elezioni per la durata della pena ed era stato condannato al pagamento delle spese. Infine, l'Alta Corte di Giustizia dei Paesi Baschi aveva disposto la sospensione dell'esecuzione della sanzione per tre anni.

I giudici di Strasburgo hanno ripercorso l'interpretazione dell'art. 10 CEDU per quanto concerne la protezione offerta ai Capi di Stato. Nella specie, hanno riaffermato, in riferimento all'art. 490 co. 3 *codigo penal*, che la previsione di una maggiore tutela non è, generalmente, in linea con lo spirito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁷⁵⁵, essendo tale diversità di trattamento contraria alla prassi e alle concezioni politiche moderne in quanto l'attribuzione di uno status privilegiato o di una protezione speciale non è giustificabile. Hanno inoltre specificato che il *case-law* afferente ai regimi repubblicani è applicabile anche a quelli monarchici e la neutralità politica del Re non significa che non possa essere oggetto di critiche nello svolgimento delle sue funzioni ufficiali⁷⁵⁶. Peraltro, hanno aggiunto che la “irresponsabilità” del Sovrano ai sensi della Costituzione spagnola, in particolare per quanto riguarda il diritto penale, non dovrebbe di per sé costituire un ostacolo al libero dibattito sulla sua attività come Capo dello Stato.

Con riferimento in specie ai profili di diritto sanzionatorio, la Corte EDU ha ripreso *Cumpănă e Mazăre c. Romania* e ha affermato che l'imposizione di una pena detentiva per un reato commesso nell'ambito del discorso politico è compatibile con la libertà di espressione solo in circostanze eccezionali, in particolare quando altri diritti fondamentali

⁷⁵⁵ «[...] In that connection, the Court has already stated that providing increased protection by means of a special law on insults will not, as a rule, be in keeping with the spirit of the Convention» C.EDU, sez. III, sent. 15 marzo 2011, Otegi Mondragon c. Spagna, par. 55.

⁷⁵⁶ «[...] In the Court's view, the fact that the King occupies a neutral position in political debate and acts as an arbitrator and a symbol of State unity should not shield him from all criticism in the exercise of his official duties or – as in the instant case – in his capacity as representative of the State which he symbolises, in particular from persons who challenge in a legitimate manner the constitutional structures of the State, including the monarchy» C.EDU, sez. III, sent. 15 marzo 2011, Otegi Mondragon c. Spagna, par. 56.

sono stati gravemente compromessi, come, ad esempio, nel caso di *hate speech* o di *incitement to violence*⁷⁵⁷. Venendo al caso concreto, i giudici di Strasburgo hanno affermato che non vi fosse nulla che giustificasse l'imposizione di una tale pena detentiva, avendo la stessa un inevitabile *chilling effect*, nonostante la sua sospensione. Infatti, pur ciò avendo potuto alleviare la situazione del ricorrente, non aveva cancellato né gli effetti penali della sua condanna né le conseguenze a lungo termine derivanti della iscrizione del precedente penale nel casellario⁷⁵⁸.

Pertanto, la Corte EDU ha dichiarato la violazione dell'art. 10 CEDU, non essendo l'interferenza giustificata in una società democratica, quanto piuttosto sproporzionata rispetto ai fini perseguiti.

Questa decisione ha una particolare importanza perché stabilisce che una protezione maggiore del Capo dello Stato in termini di *tutela penale* è tendenzialmente contraria alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo si rivolge a due aspetti in particolare: la *discriminazione* rispetto ad altre *persone* (quali anche gli stessi comuni cittadini) e altri *organi costituzionali* (come il Governo e il Parlamento).

Qualora l'“attacco” all'onore e al decoro venga rivolto su questioni di *pubblico interesse* e per l'*attività svolta*, dunque, il diritto alla libertà di espressione dovrebbe avere la prevalenza⁷⁵⁹.

⁷⁵⁷ «The Court has previously held that, although sentencing is in principle a matter for the national courts, the imposition of a prison sentence for an offence in the area of political speech will be compatible with freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention only in exceptional circumstances, notably where other fundamental rights have been seriously impaired, as, for example, in the case of hate speech or incitement to violence (see *Bingöl v. Turkey*, no. 36141/04, § 41, 22 June 2010, and, *mutatis mutandis*, *Cumpănă and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 115, ECHR 2004-XI)» C.EDU, sez. III, sent. 15 marzo 2011, *Otegi Mondragon c. Spagna*, par. 59.

⁷⁵⁸ «There is nothing in the circumstances of the present case, in which the impugned remarks were made in the context of a debate on an issue of legitimate public interest, to justify the imposition of such a prison sentence. Such a sanction, by its very nature, will inevitably have a chilling effect, notwithstanding the fact that enforcement of the applicant's sentence was stayed. While that fact may have eased the applicant's situation, it did not erase his conviction or the long-term effects of any criminal record (see, *mutatis mutandis*, *Artun and Güvener*, cited above, § 33, and *Marchenko v. Ukraine*, no. 4063/04, § 52, 19 February 2009)» C.EDU, sez. III, sent. 15 marzo 2011, *Otegi Mondragon c. Spagna*, par. 60.

⁷⁵⁹ Conferma di tale indirizzo si trova anche in C.EDU, sez. III, sent. 13 marzo 2018, *Stern Taulats e Roura Capellera c. Spagna*. Con nota di G. SPINELLI, *Secondo la Corte europea, il reato di vilipendio alla Corona non merita la pena detentiva: il caso Stern Taulats e Roura Capellera c. Spagna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2018, p. 1841 e ss. I fatti si riferivano a Jaume Roura Capellera ed Enric Stern Taulats, i quali, in occasione della visita istituzionale del Re di Spagna a Girona, avevano dato fuoco a una fotografia della coppia reale, che avevano messo a testa in giù, durante una manifestazione in una piazza pubblica. Il raduno era stato preceduto da una manifestazione all'insegna del motto «300 anni di Borboni, 100 anni di lotta contro l'occupazione spagnola». Il rogo era stato celebrato da varie grida emesse da diverse decine di persone che si erano ivi riunite. Successivamente, i due erano stati ritenuti responsabili del reato di vilipendio alla Corona e condannati a una pena di quindici mesi di reclusione, con l'interdizione dalle elezioni per la durata della pena e l'obbligo di pagare la metà delle spese processuali. La pena era stata convertita in una multa di 2.700 euro (in caso di mancato pagamento totale o parziale della stessa, i ricorrenti avrebbero dovuto scontare la pena detentiva loro inflitta). Segnatamente, i giudici di Strasburgo hanno affermato che «En matière d'offense envers un chef

Pertanto, non può che dedursi un rischio concreto di contrarietà con la CEDU di quelle fattispecie penali che nel codice penale prevedano una protezione *privilegiata* assicurata al solo Presidente della Repubblica attraverso sanzioni penali più severe (rispetto a quelle contro la persona o altri organi costituzionalmente rilevanti), soprattutto nel contesto del dibattito politico.

La Commissione di Venezia, del resto, ha esplicitamente “messo all’indice” quelle disposizioni riguardanti personaggi pubblici, tra cui – oltre all’art. 595 co. 4 c.p. (che rappresenta evidentemente una crepa nell’argine eretto dalla Convenzione EDU rispetto alla critica delle autorità) – anche reati attinenti alla tutela dell’onore e del prestigio del Capo dello Stato, che sono in contrapposizione con la giurisprudenza appena vista: l’art. 278 c.p. (Offesa all’onore o al prestigio del Presidente della Repubblica) e, per rinvio, anche l’art. 290 *bis* c.p. (Parificazione al Presidente della Repubblica di chi ne fa le veci)⁷⁶⁰.

Il contrasto attiene, sulla scorta di *Otegi Mondragon c. Spagna*, al trattamento favorevole per il Presidente della Repubblica sia in quanto tale sia per la le pene previste.

Infatti, tali fattispecie penali divengono discutibili tanto per la loro *ratio* ispiratrice, non potendosi ammettere che la difesa della reputazione di tale soggetto giustifichi il forgiare un’armatura da opporre all’esercizio del diritto di fornire informazioni e di esprimere opinioni, quanto per la severità della pena che in astratto prevedono, da uno a cinque anni di reclusione⁷⁶¹.

A tali ultime due disposizioni la Commissione ha avvicinato anche l’art. 291 c.p. (Vilipendio alla nazione italiana), che punisce appunto il vilipendio al Paese.

Effettivamente, essa ha additato l’eccessiva ampiezza del concetto di “nazione italiana”, elemento costitutivo centrale di questo reato, cui, peraltro, è legato il bene giuridico protetto⁷⁶².

Gli aspetti poc’anzi trattati, però, al momento, non trovano spazio nella discussione parlamentare, facendo così presagire che, a meno di un ripensamento, si finirà per lasciar

d’État, la Cour a déjà déclaré qu’une protection accrue par une loi spéciale en matière d’offense n’est, en principe, pas conforme à l’esprit de la Convention (Colombani et autres c. France, no 51279/99, §§ 66-69, CEDH 2002-V, Pakdemirli c. Turquie, no 35839/97, §§ 51-52, 22 février 2005, Artun et Güvener c. Turquie, no 75510/01, § 31, 26 juin 2007, et Otegi Mondragon c Espagne, no 2034/07, §§ 55-56, CEDH 2011). En effet, l’intérêt d’un Etat de protéger la réputation de son propre chef d’Etat ne peut justifier de conférer à ce dernier un privilège ou une protection spéciale vis-à-vis du droit d’informer et d’exprimer des opinions à son sujet (Otegi Mondragon précité § 55)» C.EDU, sez. III, sent. 13 marzo 2018, Stern Taulats e Roura Capellera c. Spagna, par. 35.

⁷⁶⁰ Sull’art. 278 c.p. v. G.E. VIGEVANI, *Libertà di espressione, onore e controllo del potere. Sviluppi del diritto di critica politica, tra giudice nazionale ed europeo*, in *federalismi.it*, n. 3/2015, pp. 5-10.

⁷⁶¹ Cfr. Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, opinione n. 715 del 9 dicembre 2013, pp. 11-12.

⁷⁶² Cfr. *ivi*, p. 12.

sfuggire una buona occasione per procedere a una ristrutturazione complessiva del rapporto intercorrente tra libertà di espressione e tutela dell'onore nell'ordinamento penale italiano.

In conclusione, sembra che la declaratoria di illegittimità della Corte costituzionale – come prevedibile e ineludibile – lasci aperto il problema più generale della compatibilità dell'attuale e futura legislazione penale nazionale in materia con l'art. 10 CEDU.

Da ultimo, non si può affatto ritenere scongiurato il rischio dell'emissione di sentenze di condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo contro l'Italia, se i giudici di Strasburgo confermassero gli orientamenti espressi nei precedenti fin qui evocati e seguissero le indicazioni dalla Commissione di Venezia.

Conclusioni: le funzioni di scudo e di spada dei diritti umani

Nell'ambito del rapporto tra diritti umani e diritto penale, è andato nel tempo emergendo un rilevante dibattito sulla compatibilità tra tutela delle tradizionali garanzie penalistiche e protezione della vittima di una violazione dei diritti fondamentali. Esso si può efficacemente riassumere nella opposizione che si registra tra le due diverse funzioni che caratterizzano questi ultimi: quelle cc.dd. *di scudo* e *di spada*.

Con tale metafora, forse non sorprendentemente ripresa da un lessico di tipo militare, si intende evocare che i diritti umani, a un tempo, sono fissati nelle relative carte allo scopo di proteggere dal, ma anche attraverso il, diritto penale. Agli stessi viene dunque attribuito un ruolo tanto difensivo quanto offensivo, di neutralizzazione e di amplificazione di tale settore dell'ordinamento.

In questo elaborato, sono state affrontate entrambe le suddette funzioni relativamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla interpretazione della stessa offerta ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Per quanto riguarda la funzione "*di spada*" dei diritti umani, in primo luogo, in ossequio agli obblighi positivi di tutela penale sono state introdotte delle *riforme della legge penale a livello nazionale*.

Anzitutto, gli obblighi di protezione relativi a persone determinate, specialmente quanto al fenomeno della violenza domestica, hanno avuto un ruolo decisivo nel varo della riforma del c.d. Codice rosso (cfr. *supra*, cap. II, par. 1.1); altresì, il dovere di criminalizzare la tortura ha determinato l'introduzione del relativo delitto di cui all'art. 613 *bis* c.p. e della istigazione alla sua commissione al successivo art. 613 *ter* c.p. (cfr. *supra*, cap. II, par. 4).

In secondo luogo, si sono prodotti dei *riflessi sulla struttura del reato*.

Sul piano delle scriminanti, ad esempio, la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo pare giustificare l'uso delle armi da parte di un agente anche qualora il pericolo rappresentato dalla vittima non sia immediato, ma rivolto al futuro. Come si vede, si tratta di un criterio difficilmente dominabile e che potrebbe essere oggetto di abusi. Inoltre, la Corte EDU non si è ancora misurata con situazioni nelle quali la lesione oppure la messa in pericolo del diritto alla vita derivino da condotte attribuite a soggetti privati. L'indirizzo della Corte di Cassazione, attento alle esigenze di garanzia del diritto alla vita, sembra comunque ostare a una declaratoria di incompatibilità con la CEDU degli artt. 52 e 53 c.p. (cfr. *supra*, cap. II, par. 2).

Anche rispetto al divieto di tortura possono presentarsi dei contrasti con le cause di giustificazione di diritto interno. Come risulta dall'analisi delle *defenses* di *common law* della *marital immunity* e del *reasonable chastisement*, non si può infatti escludere che una esimente in quanto tale venga ritenuta in contrapposizione con la Convenzione EDU (cfr. *supra*, cap. II, par. 5).

Rimane auspicabile che il giudice comune non proceda, ad ogni modo, a una interpretazione conforme alla CEDU delle norme penali con esiti *in malam partem*, ostandovi il principio di legalità e, in specie, il suo corollario di riserva di legge, oltre che di quello di prevedibilità. La lettura della tortura c.d. pubblica secondo la quale l'art. 613 *bis* co. 2 c.p. deve essere inquadrato come fattispecie autonoma di reato invece che come circostanza aggravante, avanzata per assicurare una punizione più severa in concreto, appare contrastare con tali presidi garantistici. Piuttosto, deve preferirsi la classificazione di questo primo capoverso quale circostanza di reato, in quanto maggiormente in sintonia con i criteri ermeneutici per la distinzione tra le due categorie e non foriera di trattamenti sfavorevoli per il reo (cfr. *supra*, cap. II, par. 4.1). L'introduzione di tale nuovo delitto, inoltre, pare essere in linea con le *positive obligations* in ragione della incriminazione della tortura sia orizzontale sia verticale e della previsione di limiti edittali elevati per entrambe (cfr. *supra*, cap. II, par. 4.2).

In terzo luogo, si sono verificate delle ripercussioni sulle *finalità della pena*. In particolare, nelle proprie decisioni, i giudici di Strasburgo dichiaratamente subordinano i diritti dell'accusato nel processo penale al diritto alla vita e alla integrità fisica della vittima (cfr. *supra*, cap. II, par. 1.1). Pronunciandosi sugli scopi della sanzione penale, essi danno poi particolare risalto a quelli di assicurazione della protezione sociale (prevenzione generale e speciale negativa), ritenendo il reinserimento sociale (prevenzione speciale positiva) un mero *legitimate aim* (cfr. *supra*, cap. II, par. 1.2).

La Corte EDU, del resto, specialmente per quanto riguarda le violazioni dell'art. 3 CEDU, favorisce in maniera pressoché acritica il ricorso alla criminalizzazione, alla pena detentiva e alla sua esecuzione senza misure alternative (cfr. *supra*, cap. II, par. 4). Rispetto a tale impostazione, si registrano (poche) voci discordanti in alcune opinioni concorrenti o dissenzianti. Esse si concentrano su: *sentencing* (da lasciare alla competenza dei tribunali nazionali); efficacia deterrente della pena (in quanto relativa o limitata); e diritti e libertà (minacciati dall'applicazione della stessa, esigendosi piuttosto l'osservanza del principio di sussidiarietà).

L'indirizzo descritto lascia intendere che la pena della reclusione e l'esecuzione carceraria siano spesso l'unico strumento per garantire la compatibilità della normativa interna con la Convenzione EDU, così svuotando il dettato costituzionale dell'art. 27 co. 3 Cost.

A ciò si aggiunge che alla sanzione penale viene attribuita, in tali pronunce, uno scopo di tipo satisfattivo della vittima, tale per cui la restrizione intramuraria del condannato diviene quasi un diritto fondamentale di quest'ultima.

Ciò determina una resistenza dei giudici di Strasburgo rispetto all'applicazione di cause di esclusione della punibilità di tipo sostanziale o processuale. Essa appare figlia della trasposizione di criteri interpretativi propri della giustizia penale internazionale (solitamente avversa a tali istituti) in quella nazionale. Eppure, così, si trattano in maniera eguale situazioni fra loro diverse: la Corte penale internazionale, infatti, è competente a decidere su fattispecie di reato estremamente più gravi rispetto a quelle che solitamente si trova ad affrontare la Corte EDU.

A ben vedere, la contrarietà rivolta anche a istituti di natura clemenziale o comunque diversi dalla carcerazione può portare a una eterogenesi dei fini: concentrandosi sulle aspettative della vittima presente si trascura quella futura, in quanto, come noto, l'accesso a misure alternative riduce il tasso di recidivanza. Insomma, i giudici di Strasburgo perdono di vista la prevenzione speciale positiva, tornando più o meno esplicitamente alla retribuzione, intesa quale "riparazione del male", e giungendo addirittura a lambire l'antica idea della "pena privata".

Tale fiducia nel diritto penale porta a una sua inesorabile espansione, che si accompagna a quella delle stesse garanzie. Lo *ius terribile* ne esce pertanto legittimato.

Tutto il sistema penale, in quest'ottica, viene torto nel conseguimento dell'obbiettivo finale: la punizione dell'autore della violazione per assecondare le aspettative della vittima. L'effetto è quello di travisare istituti garantistici di diritto penale sostanziale, ritenendoli un ostacolo da superare per accertare fatti e responsabilità e giungere, così, alla punizione. Esiste pertanto la possibilità che l'afflato punitivista prevalga sul volto costituzionale del *penal system*, potendo esso venire sacrificato sull'altare della pena "effettiva" (quella carceraria), "costi quel che costi".

Tali considerazioni trovano conferma, per esempio, con riferimento all'art. 4 CEDU. In relazione a tale disposizione, il processo penale viene del resto ad assolvere esigenze soddisfattive e risarcitorie della vittima (cfr. *supra*, cap. II, par. 6).

Analogamente, le medesime considerazioni possono essere svolte per ciò che concerne l'art. 8 CEDU. Riguardo al diritto alla vita privata, è infatti affermato il dovere di punire "a tutto raggio" reati come la violenza sessuale, imponendosi requisiti minimi relativamente al regime di procedibilità, alla condotta punibile e all'applicabilità di leggi di amnistia (cfr. *supra*, cap. II, par. 7).

In generale, un *punctum dolens* che accomuna l'intera giurisprudenza della Corte EDU sugli obblighi positivi di tutela penale riguarda l'*incertezza dei principi di diritto affermati*. Spesso, cioè, non è agevole cogliere quale sia esattamente la pretesa di punizione, in quanto il *dictum* dipende, fisiologicamente, dal singolo caso sottoposto a giudizio.

Sotto questo profilo, emerge il rischio di una sovrapposizione di fenomeni criminosi, come la violenza domestica e la violenza sessuale, con applicazione di disposizioni fra loro diverse, gli artt. 2, 3 e 8 CEDU (cfr. *supra*, cap. II, parr. 1.1, 3 e 7).

Inoltre, non vi è un'opportuna distinzione tra i concetti di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, rispetto ai quali vengano accuratamente delineati i livelli di gravità della violazione. Il precipitato è così l'unificazione di nozioni fra loro alternative sia sul piano *oggettivo* sia su quello *soggettivo* (cfr. *supra*, cap. II, par. 4).

Ancora, la definizione dei termini contenuti nell'art. 4 CEDU manca di coerenza e costanza. Per esempio, non è esercizio semplice comprendere il significato attribuito a lemmi quali schiavitù, lavoro forzato od obbligatorio, e alle forme odierne che essi assumono, come servitù domestica, tratta di persone e c.d. caporalato (cfr. *supra*, cap. II, par. 6).

Tale incertezza porta a interrogarsi sulla esistenza di vuoti di tutela in Italia. Esemplificativamente, si può citare la punizione del lavoro forzato e la sua sussumibilità in delitti fra loro diversi previsti dal codice penale (cfr. *supra*, cap. II, par. 6.1).

La conseguenza è quella di creare incoerenza e incentivare, nei giudici comuni, interpretazioni troppo estese e misure della pena eccessivamente elevate, portandoli a optare per l'applicazione di fattispecie penali già esistenti con minimi e massimi della pena alti anche al fine di offrire "copertura" alle richieste di tutela provenienti dalla CEDU.

Tale andamento conduce a conseguenze aberranti.

Si pensi, continuando con l'esempio proposto, alla riconduzione del lavoro forzato nel delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù: si accomunano così concetti diseguali nella Convenzione EDU per infliggere in concreto una sanzione penale più rigida rispetto a quella derivante dall'applicazione di altre fattispecie incriminatrici.

Il descritto orientamento della Corte di Cassazione riduce il pericolo di una pronuncia di condanna dell'Italia per inottemperanza dell'obbligo di incriminare le condotte di cui all'art. 4 CEDU. Il costo, però, è quello di letture non condivisibili di tali norme, con effetti negativi per il reo.

Venendo alle considerazioni riguardanti gli obblighi di tutela penale derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ambito delle attività a rischio base lecito, si colgono, nell'uso del diritto penale da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, una *prudenza* e, contemporaneamente, una *apertura* (cfr. *supra*, cap. III, par. 1).

Per il primo verso, il diritto all'ambiente viene riferito all'art. 8 CEDU (in luogo dell'art. 2 CEDU) anche riguardo alla gestione della impresa e della industria, soprattutto nelle situazioni di *dubbio sul nesso di causalità* (cfr. *supra*, cap. III, par. 2).

La preferenza per il diritto alla vita privata in luogo di quello alla vita espressa dai giudici di Strasburgo permette loro una maggiore ampiezza nella scelta dei rimedi richiesti agli Stati. Infatti, al riconoscimento di una violazione dell'art. 8 CEDU, a differenza dell'art. 2 CEDU, non si accompagnano necessariamente obblighi di tutela penale. In questo frangente, si registra dunque una duplice tipologia di sussidiarietà: di diritto (art. 8 CEDU) e imposizione (non penale).

L'individuazione dell'art. 8 CEDU quale fondamento del diritto all'ambiente si deve anche alla consapevolezza propria della Corte EDU circa la difficoltà insita nel discernere i decorsi causali degli eventi che si verificano nel contesto di aree di rischio consentito. Essa, quindi, in assenza di certezza sulla causalità, lascia allo Stato la scelta in favore della soluzione più adeguata al singolo caso, mantenendo però fermo il proprio sindacato sulla qualità della tutela offerta nel Paese a livello normativo.

Siffatto assetto ha il pregio di allontanare dall'uso simbolico e strabordante della pena.

Sempre nelle attività a rischio base lecito, e in specie con attinenza ai disastri naturali causati da fenomeni atmosferici, qualora il rapporto di causa risulti essere provato, si aprono due alternative: se vi è un danno o un pericolo per la vita o la incolumità individuale vengono imposti obblighi positivi sostanziali e procedurali di tutela penale, altrimenti no (cfr. *supra*, cap. III, par. 3).

La medesima dinamica si ripete nella esposizione a sostanze all'interno e al di fuori del luogo di lavoro (cfr. *supra*, cap. III, parr. 4 e 4.1). Il primo discrimine su questo versante attiene alla prova della tossicità per la vittima, rispetto alla quale i giudici di Strasburgo si dimostrano attenti a non concedere spazi al principio di precauzione e altresì contrari all'ingresso nel giudizio della "scienza spazzatura".

Qualora tale dimostrazione non sia raggiunta, infatti, non vi sarà neppure un'inosservanza dell'art. 8 CEDU (e, quindi, a maggior ragione dell'art. 2 CEDU). Un esempio è quello della casistica afferente all'esposizione a radiazioni e alla trasmissione di malattie di padre in figlia e a quella a onde elettromagnetiche in soggetti elettrosensibili (cfr. *supra*, cap. III, par. 4.1). Laddove, invece, tale prova sia raggiunta, occorre che la vita delle persone sia stata quantomeno messa in pericolo. Esemplicativamente, si può guardare alla esposizione a fibre di amianto che abbia portato allo sviluppo del mesotelioma pleurico in lavoratori del settore portuale (cfr. *supra*, cap. III, par. 4).

Per il secondo verso, rispetto alle attività a rischio base consentito è stato individuato un obbligo di incriminazione di *condotte colpose* (cfr. *supra*, cap. III, par. 5).

Riguardo a tale elemento soggettivo è possibile sostenere che non esista un dovere di punire la colpa lieve, ma occorra quantomeno la sussistenza nel soggetto attivo di una colpa grave. Un tanto si ricava dall'analisi di tre ambiti: gli eventi disastrosi, la circolazione su strada e l'attività medico-sanitaria.

Il criterio di imputazione è quello della mancata adozione delle misure necessarie e sufficienti al fine di scongiurare i rischi inerenti a un'attività pericolosa. Tale condotta omissiva deve essere in specie dovuta a una negligenza attribuibile a funzionari o organi statali che vada oltre l'errore di giudizio o la *carelessness*. Specificamente, occorre accertare che le autorità nazionali, resesi pienamente conto delle probabili conseguenze di questo "non intervento", hanno "ignorato" i poteri loro conferiti (cfr. *supra*, cap. III, par. 5).

Orbene, per quanto si riferisce alle attività industriali e ai disastri dovuti a fenomeni atmosferici il suddetto criterio ermeneutico prevede quale soggetto attivo il solo pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio. Diversamente, rispetto alla circolazione stradale può essere autore anche un privato cittadino.

In tale ultimo frangente, infatti, si afferma che qualunque consociato può essere chiamato a rispondere in sede penale delle proprie condotte se caratterizzate quantomeno da colpa grave (cfr. *supra*, cap. III, par. 6).

Il criterio di imputazione della responsabilità colposa ha trovato così compiuta definizione, che è differente a seconda delle versioni linguistiche ufficiali delle sentenze dei giudici di Strasburgo: *recklessness* o *mise en danger* (cfr. *supra*, cap. III, par. 7).

Sulla base dello studio di tali due istituti negli ordinamenti penali che li prevedono, quelli inglese e francese, è possibile offrire una definizione di quale sia il livello minimo di responsabilità colposa preteso dalla Corte EDU: la consapevolezza nell'agente del rischio irragionevole assunto (*recklessness* o "sconsideratezza") e, altresì, la violazione consapevole di un obbligo particolare di prudenza o sicurezza previsto da una legge o da un regolamento negli ambiti di causalità indiretta (*mise en danger* o "messa in pericolo deliberata").

Pertanto, l'uso di tali due termini nella interpretazione della Convenzione EDU pare significare che i giudici di Strasburgo, nella propria giurisprudenza, valorizzano in specie due elementi chiave della colpa penale, rispettivamente: il grado della colpa e la colpa specifica.

La conclusione circa l'esistenza di obblighi positivi di tutela penale in rapporto a violazioni caratterizzate dalla *recklessness* e dalla *mise en danger* può essere anche letta *a contrario*: la colpa lieve o "semplice" può essere adeguatamente presidiata dagli Stati Membri

attraverso rimedi di tipo civilistico oppure amministrativo (cfr. *supra*, cap. III, par. 8). Pertanto, tale deduzione legittima un sistema penale che non punisca, con varie modalità, condotte caratterizzate dalla colpa lieve (cfr. *supra*, cap. III, par. 9).

Uno spazio a sé stante merita invece l'attività medico-sanitaria (cfr. *supra*, cap. III, parr. 10 e 10.1). Originariamente, il diritto penale non rappresentava affatto il principale mezzo di tutela della *medical malpractice*, anzi, esso veniva accostato se non proprio subordinato soprattutto al diritto civile. In tal modo, si preservavano integralmente i principi di sussidiarietà e frammentarietà del diritto penale, oltre che quello di *extrema ratio*. Più di recente tale approccio è risultato almeno in parte modificato.

L'esigenza di utilizzare rimedi di diritto civile e amministrativo oppure di diritto penale con attinenza alla tutela del diritto alla vita nel contesto delle prestazioni sanitarie dipende dalla occasionalità oppure dalla sistematicità della violazione in evidenza. Qualora la condotta contraria all'art. 2 CEDU sia dovuta a un singolo operatore o a un coordinamento negligente sono sufficienti ristori civilistici e amministrativistici. Laddove invece essa sia indice di una carenza strutturale consegue la pretesa di sanzioni penali.

I giudici di Strasburgo, in tal modo, cercano di responsabilizzare i Paesi Parte attraverso l'imposizione di *positive obligations in criminal law* perlomeno nei casi che possono dirsi limite: quelli, cioè, del diniego di cure salvavita di emergenza. In questo senso, l'interpretazione adeguatrice della riforma di cui alla legge Gelli-Bianco della Corte di Cassazione per ciò che concerne la colpa medica sembra mettere al riparo lo Stato italiano da condanne per inosservanza della Convenzione EDU, mantenendo la sanzionabilità penale della colpa grave (cfr. *supra*, cap. III, par. 10.1).

In definitiva, i tre ambiti di rischio consentito considerati (attività di impresa e industriale nel quadro di eventi disastrosi, sicurezza stradale e colpa medica) sembrano essere accumulati dalla richiesta nel soggetto agente dell'assunzione di un serio rischio in maniera consapevole, cioè una *full awareness e recklessness*.

Tali criteri di attribuzione di responsabilità di tipo involontario, elevati quanto al tasso di rimproverabilità soggettiva, parrebbero porre un argine all'abuso del diritto penale nell'ambito delle violazioni colpose della CEDU.

Per quanto riguarda la funzione “*di scudo*” dei diritti umani, si possono svolgere le considerazioni a seguire.

Gli obblighi negativi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sono inquadrati quali obblighi sia sostanziali, di dovere di non previsione di una fattispecie penale, sia procedurali, di non apertura di un procedimento penale, senza, quindi, indagini, processo ed esecuzione penali (cfr. *supra*, cap. IV, par. 1).

Nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo vengono a essere interessati il diritto alla vita privata e le libertà di pensiero e di riunione. Una trattazione dedicata richiede poi il *chilling effect*, di maggiore influsso sull'esercizio della libertà di espressione.

Le *negative obligations* risultano essere coerenti con principi costituzionali quali quelli di offensività e di laicità del diritto penale. Essi, rispetto agli obblighi positivi di tutela penale, sono dunque meno problematici, per ragioni peraltro immediatamente comprensibili. Ad esempio, riguardo al diritto alla vita privata, i giudici di Strasburgo bandiscono la criminalizzazione (anche in astratto) di rapporti omosessuali tra adulti consenzienti e l'accattonaggio svolto da parte di persone in stato di bisogno (cfr. *supra*, cap. IV, par. 2).

Per quanto riguarda questo secondo ambito, la nuova contravvenzione di esercizio molesto dell'accattonaggio all'art. 669 *bis* c.p. non sembrerebbe, al momento, lasciar trasparire una potenziale contrapposizione con la Convenzione EDU, punendo condotte commesse con molestia o fraudolentemente.

Rispetto poi alla libertà di riunione, le manifestazioni non autorizzate non devono essere sanzionate penalmente, a meno che consistano nell'incitamento alla violenza e al rifiuto dei principi democratici (cfr. *supra*, cap. IV, par. 2).

Sotto questo profilo, desta perplessità in ottica CEDU l'art. 18 TULPS poiché punisce con l'arresto i promotori di manifestazioni che si svolgano in assenza di preavviso oppure omettendo di ottemperare a divieto e prescrizioni dell'autorità.

Per quanto riguarda invece il *chilling effect* sull'esercizio di un diritto (tradotto come effetto di congelamento, di raffreddamento o dissuasivo), che si esplica non solo in un pregiudizio per l'individuo, ma anche in un marcato danno sociale, esso rappresenta il punto più avanzato degli obblighi negativi di tutela penale (cfr. *supra*, cap. IV, par. 3).

Coniato dalla giurisprudenza sull'esercizio della libertà di espressione, tra le sue manifestazioni di massima presa sull'ordinamento penale italiano può citarsi l'illegittimità, sancita dalla Corte EDU, della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa commessa dal giornalista, eccezion fatta per le condotte di *hate speech* e *incitement to violence* (cfr. *supra*, cap. IV, par. 4).

In Italia, tale giurisprudenza si è tradotta in una "presa di posizione" della Corte costituzionale, la quale, con un doppio intervento (secondo il notorio schema del caso DJ Fabo/Cappato), ha dichiarato l'art. 13 l. n. 47 del 1948 interamente contrario a Costituzione (cfr. *supra*, cap. IV, par. 4.1).

Tale decisione potrebbe però rivelarsi insufficiente a garantire l'osservanza della Convenzione EDU poiché i giudici delle leggi hanno ammesso il ricorso alla pena detentiva

mantenendo in essere l'art. 595 co. 3 c.p. e aggiungendo ai discorsi d'odio e all'incitamento alla violenza l'inedita eccezione delle campagne di disinformazione.

Benché gravata da limiti di rispondenza alla CEDU, tale decisione rappresenta un esempio paradigmatico sia del "peso" delle *negative obligations in criminal law* sia del dialogo esistente tra tali le due corti superiori in tema.

Oltre al delitto di diffamazione, vi sono altri possibili profili di inadeguatezza della legislazione penale italiana, pur indirettamente attinenti alla materia della stampa, rispetto a quelli immediatamente lumeggiati dai giudici delle leggi (cfr. *supra*, cap. IV, par. 4.2). Esemplicativamente, si può fare menzione del delitto *ex art. 617 quater* c.p. (intercettazione illecita o diffusione di comunicazioni informatiche o telematiche), se commesso da un giornalista, e dei reati rientranti nel vilipendio, non essendo tollerata una tutela superiore dell'onore rispetto a quella ordinaria in favore di soggetti pubblici apicali qualora essi vengano criticati nell'adempimento delle proprie funzioni istituzionali.

BIBLIOGRAFIA

ALKEMA E.A., *The Third-Party Applicability or “Drittwirkung” of the European Convention on Human Rights*, in MATSCHER F. – PETZOLD H. (a cura di), *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Colonia, 1988

ALLAIN J., *Rantsev v Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*, in *Human Rights Law Review*, n. 3/2010, p. 546 e ss.

AMARELLI G., *La nuova legittima difesa domiciliare tra abolitio criminis e successione di leggi penali nel tempo*, in *Leg. pen.*, 24.02.2020, p. 1 e ss.

AMATO S., *Fermare l’onda blu. Tortura nel carcere di S. Gimignano: una delle prime sentenze di merito che, applicando la nuova fattispecie di reato, condannano la violenza in divisa blu*, in *Dir. pen. uomo*, n. 6/2021, p. 1 e ss.

AMATO S. – PASSIONE M., *Il reato di tortura. Un’ombra ben presto sarai: come il nuovo reato di tortura rischia il binario morto*, in *Dir. pen. cont.*, 15.01.2019, p. 1 e ss.

ANNONI A., *Gli obblighi internazionali in materia di tratta degli esseri umani*, in FORLATI S. (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013

ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934

AOLAIN F.N., *The Evolving Jurisprudence of the European Convention concerning the Right to Life*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, n. 1/2001, p. 21 e ss.

APRILE E., *Osservazioni a Corte cost., ord. 26 giugno 2020, n. 132*, in *Cass. pen.*, n. 11/2020, p. 4118 e ss.

ASHWORTH A., *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford, 2013

AST S., *The Gäfgen Judgment of the European Court of Human Rights: On the Consequences of the Threat of Torture for Criminal Proceedings*, in *German Law Journal*, n. 12/2010, p. 1393 e ss.

ASTA G., *The “Chowdury” Case before the European Court of Human Rights: A Shy Landmark Judgment on Forced Labour and Human Trafficking*, in *Studi sull’integrazione europea*, n. 1/2018, p. 195 e ss.

BACCHINI L., *Stampa e reclusione: quando il rischio di una riforma è il tradimento degli obiettivi*, in *Penale. Dir. e Proc.*, n. 3/2020, p. 1 e ss.

BAINHAM A., *Corporal punishment of children: a caning for the United Kingdom*, in *Cambridge Law Journal*, n. 2/1999, p. 291 e ss.

BALOCCHI E., *Mendicizia vecchia e nuova*, in *Giur. cost.*, 1975, p. 3079 e ss.

BALTA A., *Retribution through Reparations? Evaluating the European Court of Human Rights' Jurisprudence on Gross Human Rights Violations from a Victim's Perspective*, in LAVRYSEN L. – MAVRONICOLA N. (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, 2020

BARATTI R.M., *Business and Human Rights nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani in materia di ambiente: Limiti, sfide e prospettive*, in *I diritti dell'uomo, cronache e battaglie*, n. 1/2022, p. 49 e ss.

BARETTA M. – OSHA O. – HOWARD-BROWN S.J. – FREIRE V. – DELIEGE V., *An investigation of the right to life according to the ECHR regime: putative asbestos case*, in *Diritti comparati*, 5.09.2019, p. 1 e ss.

BARTOLI R., *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *Dir. pen. proc.*, n. 9/2021, p. 1155 e ss.

BARTOLI R., *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziante?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3/2003, p. 303 e ss.

BASILE F., *Favoreggiamento aggravato dell'immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2019, p. 484 e ss.

BASILE F., *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2011, p. 1564 e ss.

BASILE F. – POLI P.F., *La responsabilità per "colpa medica" a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco*, in *Sist. pen.*, 17.05.2022, p. 1 e ss.

BATTARINO G., *Il reato di tortura: concretezza dei fatti, necessità della fattispecie. Nota a Tribunale Siena, n. 211/2023 del 9 marzo-5 settembre 2023*, in *Quest. giustizia*, 12.12.2023, p. 1 e ss.

BATTISTELLI S., *Lo sfruttamento del lavoro oltre gli indici di cui all'art. 603-bis c.p.: il caso del "part-time" fittizio*, in *Riv. giur. lav.*, n. 4/2022, p. 396 e ss.

BAUMBACH T., *Chilling Effect as a European Court of Human Rights' Concept in Media Law Cases*, in *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice*, n. 1/2018, p. 92 e ss.

BECK U., *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*, Francoforte, 1986

BELCASTRO C., *La Corte EDU si pronuncia nuovamente sugli obblighi positivi nei casi di violenza domestica. Le sentenze Landi, De Giorgi e M.S. c. Italia a confronto*, in *Ord. int. dir. um.*, n. 4/2022, p. 1024 e ss.

BERNASCONI C., *Art. 1, commi 2, 3, 4, 5, 6 e 8. L'ampio spettro di modifiche introdotte dalla l. 68/2015 (Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente): i riflessi su eterogenei profili di disciplina*, in *Leg. pen.*, 11.01.2016, p. 1 e ss.

BEATTIE K.J., *Homosexual sexual activity and the right of privacy*, in *UCL Jurisprudence Review*, n. 1/1994, p. 43 e ss.

- BESTAGNO F., *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003
- BETTIOL G., *Aspetti del “ius corrigendi” nel diritto penale*, in *Sc. pos.*, 1943, p. 33 e ss.
- BETZU M. – DEFFENU A., *Pena detentiva e diffamazione a mezzo stampa in un’ordinanza di incostituzionalità accertata ma rinviata*, in *Giur. cost.*, n. 3/2020, p. 1472 e ss.
- BILOTTA I., *Lavoro forzato e risarcimento del danno*, in *Riv. giur. lav.*, n. 1/2018, p. 4 e ss.
- BIN L., *Problemi “interni” e problemi “esterni” del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (art. 603-bis Cp)*, in *Leg. pen.*, 10.03.2020, p. 1 e ss.
- BLAIOTTA R., *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 28.05.2018, p. 1 e ss.
- BONDI G., *La tutela penale dell’art. 2 CEDU nelle attività a rischio base consentito: la colpa grave come limite soggettivo?*, in *Cass. pen.*, n. 10/2023, p. 3395 e ss.
- BONDI G., *Effetto dissuasivo della pena detentiva e diffamazione a mezzo stampa: un nuovo equilibrio euroconvenzionalmente orientato*, in *Arch. pen.*, n. 1/2021, p. 1 e ss.
- BONETTI M. – GALLUCCIO A., *Profili specifici sull’art. 8*, in UBERTIS G. – VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022
- BONFANTI A. (a cura di), *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges*, Londra/New York, 2019
- BONFIGLIO M., *“Nuova” legittima difesa e convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Ind. pen.*, n. 2/2009, p. 686 e ss.
- BONINI S., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, n. 2/2003, p. 491 e ss.
- BORGNA G., *L’insostenibile leggerezza del non essere: la perdurante assenza del reato di tortura e i fatti del G8 sotto la (prevedibile) scure del giudice di Strasburgo. Prime riflessioni a margine del caso Cestaro c. Italia*, in *sidi-isil.org*, 11.04.2015, p. 1 e ss.
- BOSIO M., *La violenza di genere al cospetto della corte europea dei diritti dell’uomo. Tutela della donna: retrospettive e prospettive*, Milano, 2020
- BOTTO M., *Rape as torture: il contrasto alla violenza di genere che passa attraverso la proibizione della tortura*, in *Criminalia*, 2023, p. 1 e ss.
- BOTTO M., *Osservatorio. Art. 3 Cedu. Corte europea dei diritti dell’uomo, Prima Sezione, 16 giugno 2022, De Giorgi c. Italia, (ric. n. 23735/19)*, in *Ind. pen.*, n. 3/2022, p. 642 e ss.
- BOYLE A., *Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment*, in *Fordham Environmental Law Review*, n. 3/2006, p. 471 e ss.
- BRICOLA F., *La riscoperta delle «pene private» nell’ottica del penalista*, in *For. it.*, n. 1/1985, pp. 1/2 e ss.

BULTRINI A. – SONAGLIONI A., *Prescrizione di un reato per i ritardi nello svolgimento di un processo penale. Osservazioni a Corte eur. Dir. Uomo 17 gennaio 2002 (Calvelli e Ciglio contro Italia)*, in *Corr. giur.*, n. 3/2002, p. 397 e ss.

BUQUICCHIO G. – GRANATA-MENGHINI S., *The interaction between the Venice Commission and the European Court of Human Rights: Anticipation, Consolidation, Coordination of Human Rights Protection in Europe*, in SICILIANOS L. – MOTOC I.A. – SPANO R. – CHENAL R. (a cura di), *Regards croisés sur la protection nationale et internationale des droits de l'homme / Intersecting Views on National and International Human Rights Protection. Liber amicorum Guido Raimondi*, Tilburg, 2019

BURTON C., *A v United Kingdom - The Thirty Thousand Pound Caning - An English Vice in Europe*, in *Child and Family Law Quarterly*, n. 1/1999, p. 63 e ss.

BUSCEMI M., *La protezione delle vittime di violenza domestica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Alcune osservazioni a margine del caso "Talpis c. Italia"*, in *Oss. font.*, n. 3/2017, p. 1 e ss.

BUTTURINI D., *La problematica della pena detentiva come limitazione del diritto di informazione tra Costituzione e CEDU. Spunti di riflessione a partire da una questione di legittimità costituzionale sollevata nel 2019 dal Tribunale penale di Salerno*, in *Media Laws. Riv. dir. media*, n. 3/2019, p. 62 e ss.

BUYSE A., *European Court of Human Rights (Grand Chamber): Gäfgen v. Germany*, in *International Legal Materials*, n. 6/2010, p. 1597 e ss.

CADOPPI A., *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata"): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2006, p. 434 e ss.

CADOPPI A., *Mens rea*, in *Digesto. Discipline penalistiche*, Torino, 1995

CALETTI G.M., *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023

CALETTI G.M., *Recklessness*, in DONINI M. (a cura di), *Enciclopedia del Diritto. I tematici*, 2. *Reato colposo*, Milano, 2021

CALETTI G.M., *La responsabilità penale per carenze organizzative e strutturali in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2016, p. 737 e ss.

CALETTI G.M. – MATTHEUDAKIS M.L., *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2018, p. 25 e ss.

CALETTI G.M. – MATTHEUDAKIS M.L., *Una prima lettura della legge Gelli-Bianco nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2017, p. 84 e ss.

CANESTRARI S., *"Dolus eventualis in re licita": limiti e prospettive*, in *Ind. pen.*, n. 1/2013, p. 23 e ss.

CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999

CANCELLARO F., *Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, n. 6/2017, p. 322 e ss.

CAPUTO M., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017

CARDINALE V., *Il caso Di Sarno et a. contro Italia: riflessioni sul rapporto tra tutela dell'ambiente, diritto alla salute e gestione dei rifiuti*, in *federalismi.it*, n. 4/2013, p. 1 e ss.

CARDONE A., *Pena detentiva per la diffamazione e funzione democratica della libertà di espressione: "quid iuris" oltre il caso della professione giornalistica?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2022, p. 192 e ss.

CAROLEO GRIMALDI N., *La natura e gli elementi costitutivi del delitto di tortura*, in *Cass. pen.*, n. 6/2020, p. 2349 e ss.

CARRARO L., *Il medico dinanzi al diritto penale. Alla ricerca di limiti razionali all'imputazione colposa*, Torino, 2023

CARRER S., *La Corte EDU promuove le riforme dell'Italia in materia di violenza domestica, ma bocchia la grave inerzia delle autorità nell'applicare le misure di protezione (sentenza Landi c. Italia, 7 aprile 2022)*, in *Giur. pen.*, n. 4/2022, p. 1 e ss.

CASIRAGHI R., *L'Italia condannata per non aver protetto le vittime di violenza domestica e di genere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2017, p. 1192 e ss.

CARTUYVELS Y. – DUMONT H. – OST F. – VAN DE KERCHOVE M. – VAN DROOGHENBROECK S., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Bruxelles, 2007

CASSIBBA F., *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, *Dir. pen. cont.*, 27.04.2015, p. 1 e ss.

CASSIBBA F. – COLELLA A., *Art. 3 – Proibizione della tortura*, in UBERTIS G. – VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022

CASSIBBA F. – GIUDICI A., *Art. 9 – Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, in UBERTIS G. – VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022

CASSIBBA F. – UBIALI M.C., *Art. 10 – Libertà di espressione*, in UBERTIS G. – VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022

CASTELLANETA M., *La revisione della normativa italiana sulla sanzione del carcere nei casi di diffamazione a mezzo stampa dopo l'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, n. 4/2020, p. 1043 e ss.

CASTELLANETA M., *Fuori onda non autorizzati e libertà di espressione: le misure detentive previste dall'ordinamento italiano alla prova di Strasburgo*, in *Dir. inf.*, n. 3/2014, p. 370 e ss.

CASTRONUOVO D., *Un approccio “pro persona” al diritto alle cure nei casi di colpa medica. L’opinione del giudice Pinto de Albuquerque in Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2020, p. 683 e ss.

CASTRONUOVO D., *Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale dolosi*, in FOFFANI L. – CASTRONUOVO D. (a cura di), *Casi di diritto penale dell’economia, vol. II, Impresa e sicurezza*, Bologna, 2015

CASTRONUOVO D., *La colpa penale. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2013, p. 1723 e ss.

CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell’incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012

CASTRONUOVO D. – DE SIMONE G. – GINEVRA E. – LIONZO A. – NEGRI D. – VARRASO G. (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019

CAVALIERE A., *L’art. 53 c.p. e la vita del ragazzo che fugge*, in *Dir. giust. min.*, 1.02.2020, p. 32 e ss.

CECCHINI F., *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, in MASSARO A. (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, Roma, 2017

CENTONZE A. – CAPUTO M., *La risposta penale alla malpractice; il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 4/2016, p. 1361 e ss.

CERRI A., *Indeterminatezza della questione di costituzionalità sollevata con riferimento ai diritti inviolabili – libertà di professione religiosa – mendicizia*, in *Giur. cost.*, 1975, p. 2661 e ss.

CHENAL R., *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Leg. pen.*, n. 1/2006, p. 171 e ss.

CHIAVARIO M., *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969

CIAMPA G., *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, Napoli, 2008

CISTERNA A., *Colmata una lacuna, ma molte nozioni restano poco precise*, in *Guida dir.*, n. 39/2017, p. 18 e ss.

COCCO G., *La questione del diritto e del bando della tortura negli Stati di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, p. 737 e ss.

COLAIANNI N., *Mendicizia e solidarietà*, in *Foro it.*, n. 4/1996, p. 1148 e ss.

COLELLA A., *Pronunciandosi per la prima volta nel merito sull’art. 613-bis c.p., la Cassazione aderisce alla tesi della tortura c.d. di Stato come fattispecie automa di reato*, in *Sist. pen.*, 12.04.2022, p. 1 e ss.

COLELLA A., *Art. 613 bis*, in DOLCINI E. – GATTA G.L. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2021

COLELLA A., *La Cassazione si confronta, sia pure in fase cautelare, con la nuova fattispecie di 'tortura' (art. 613 bis c.p.)*, in *Sist. pen.*, 16.01.2020, p. 1 e ss.

COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e persecuzione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, n. 2/2019, p. 811 e ss.

COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de jure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 22.07.2014, p. 1 e ss.

COLELLA A., *La sentenza della Cassazione sui fatti della scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 16.10.2012, p. 1 e ss.

COLELLA A., *L'“Assoluzione piena” dell'Italia nel caso Giuliani: alcune considerazioni critiche a margine della sentenza della Grande Camera*, in *Riv. AIC*, n. 3/2011, p. 1 e ss.

COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di schiavitù e del lavoro forzato (art. 4 CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, p. 248 e ss.

CONAGHAN J., *Extending the Reach of Human Rights to Encompass Victims of Rape: M.C. v. Bulgaria*, in *Feminist Legal Studies*, n. 1/2005, p. 145 e ss.

CONFORTI B., *Exploring the Strasbourg Case-Law: Reflections on the State Responsibility for the Breach of Positive Obligations*, in FITZMAURICE M. – SAROOSHI D. (a cura di), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Londra, 2004

CONSORTE F., *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, 2013

CONSORTE F., *La presunzione di proporzione in una prospettiva internazionale: spunti interpretativi*, in *Cass. pen.*, nn. 7-8/2006, p. 2653 e ss.

CONSULICH F., *Rischio consentito*, in DONINI M. (a cura di), *Enciclopedia del Diritto. I tematici, 2. Reato colposo*, Milano, 2021

CONSULICH F., *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2019, p. 1 e ss.

CONSULICH F., *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino, 2018

CORCIONE E., *Nuove forme di schiavitù al vaglio della Corte europea dei diritti umani: lo sfruttamento dei braccianti nel caso “Chowdury”*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 2/2017, p. 516 e ss.

CORN E., *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti dell'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013

CORNELLI R., *Sostenere l'insostenibile. Un'analisi critica delle tesi a supporto della proposta di abrogazione del reato di tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, p. 745 e ss.

CORNFORD A., *Terrorist precursor offences: evaluating the law in practice*, in *Criminal Law Review*, n. 8/2020, p. 663 e ss.

COOPER J., *Cruelty – An Analysis of Article 3*, Londra, 2003

COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura (art. 613 bis c.p.)*, in *Stud. iur.*, n. 2/2018, p. 1 e ss.

CRAVETTO C., *Caso Diaz: la Corte europea condanna l'Italia per violazione degli obblighi ex articolo 3 Cedu in materia di tortura. Una sentenza annunciata*, in *Resp. civ. prev.*, n. 3/2015, p. 740 e ss.

CRIPPA M., *La pubblicazione di dichiarazioni diffamatorie altrui: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione del diritto di cronaca in relazione all'omicidio Tobagi*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, n. 2/2020, p. 1164 e ss.

CUCCHIARA M.F., *Violenza domestica e inerzia delle autorità: la Corte EDU condanna l'Italia*, in *Giur. pen.*, n. 3/2017, p. 1 e ss.

CULLEN H., *Siliadin v France: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, n. 3/2006, p. 585 e ss.

CUNIBERTI M., *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Oss. cost.*, n. 5/2020, p. 121 e ss.

CUNIBERTI M., *Pene detentive per la diffamazione, responsabilità del direttore e insindacabilità delle opinioni del parlamentare: il "caso Belpietro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Oss. cost.*, n. 1/2014, p. 1 e ss.

CUPELLI C., *L'art. 590 sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2018, p. 246 e ss.

CUPELLI C., *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, n. 5/2017, p. 1765 e ss.

CURI F., *Il reato di accattonaggio: "a volte ritornano". Il nuovo art. 669-bis c.p. del d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018*, in *Dir. pen. cont.*, 21.01.2019, p. 1 e ss.

CURI F., *Tertium datur, Dal common law al civil law per una scomposizione dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003

DANISI C., *Diritto alla vita, "crimini d'onore" e violenza domestica: il caso Opuz c. Turchia*, in *Fam. e dir.*, n. 4/2010, p. 331 e ss.

DANOVI R., *La tipizzazione degli illeciti disciplinari (la storia e il codice deontologico)*, in *Prev. forense*, n. 3/2017, p. 233 e ss.

D'AVINO G., *La tutela ambientale tra interessi industriali strategici e preminenti diritti fondamentali (art. 8 CEDU)*, in DI STASI A. (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, Padova, 2020

DE FLAMMINEIS S., *Diritto penale, beni giuridici collettivi nella sfida delle fake news: principio di offensività ed emergenze*, in *Sist. pen.*, n. 6/2020, p. 131 e ss.

DE FRANCESCHI P., *Violenza domestica: dal caso Rumor al caso Talpis cosa è cambiato nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo?*, in *Giur. pen.*, n. 1/2018, p. 1 e ss.

DEI-CAS E.A.A., *La Corte europea condanna ancora l'Italia per violazione degli obblighi positivi derivanti dall'art. 2 nei confronti di vittime di violenze domestiche*, in *Arch. pen.*, n. 2/2022, p. 1 e ss.

DE LIA A., *Brevi note a margine della legittima difesa domiciliare, tra spinte legislative securitarie, controspinte dottrinali ed incertezze giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, n. 10/2020, p. 3584 e ss.

DEMURO G.P., *Ubriachezza e dolo eventuale nella guida spericolata*, in *Giur. it.*, n. 4/2017, p. 945 e ss.

DE VERO G., *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. DE VERO – G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007

DE VIDO S., *Verso un "test" di dovuta diligenza sensibile al genere nei casi di violenza domestica? Sulla recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 3/2022, p. 613 e ss.

DE VIDO S., *The Istanbul Convention as an Interpretative Tool at the European and National Levels*, in NIEMI J. – PERONI L. – STOYANOVA V. (a cura di), *International Law and Violence Against Women*, Londra-New York, 2020

DE VIDO S., *Della tratta di donne e ragazze nel diritto internazionale ed europeo: riflessioni sulla nozione giuridica di "sfruttamento sessuale" alla luce della sentenza "S.M. c. Croazia" della Corte europea dei diritti umani*, in *GenIUS*, n. 2/2020, p. 1 e ss.

DE VIDO S., *States' Positive Obligations to Eradicate Domestic Violence: The Politics of Relevance in the Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *ESIL Reflections*, 6.07.2017, p. 1 e ss.

DE VIDO S. – FRULLI M. (a cura di), *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, Cheltenham, 2023

DE VISSER M., *A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform*, in *American Journal of Comparative Law*, n. 4/2015, p. 963 e ss.

DIAMANTI F., *Appunti sulla legittima difesa. Una questione politica*, Torino, 2020

DIAMANTI F. – MESSORI L., *La sicurezza agroalimentare fra danno da prodotto e principio di precauzione: dall'incertezza epistemica al buio scientifico, dalla scienza applicata alla post-normal science*, in DE FRANCESCO G. – MORGANTE G. (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della società del rischio: un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, Torino, 2017

DIETLEIN J., *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlino, 2005

DI LELLO FINUOLI M., *Responsabilità colposa in ambito sanitario: la Cassazione esclude l'impunità dell'imperizia*, in *Danno e responsabilità*, n. 6/2017, p. 736 e ss.

DI MARTINO A., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2019

DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. pen.*, n. 1/2019, p. 1 e ss.

DI NICOLA TRAVAGLINI P. – MENDITTO F., *Codice rosso. Il contrasto alla violenza di genere: dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi. Commento alla legge 19 luglio 2019, n. 69*, Milano, 2020

DI STEFANO A., *Public Authority Liability in Negligence e diritto ad un ricorso effettivo nell'ordinamento britannico. Nota alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Z e altri c. Regno Unito*, in *Riv. int. dir. um.*, n. 1/2003, p. 97 e ss.

DI TERLIZZI V., *Tortura e contesto carcerario: tra criticità e prospettive di riforma dell'art. 613-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, n. 2/2023, p. 1 e ss.

DI TURI C., *Ancora sul caso "Chowdury": quale tutela per i diritti dei lavoratori migranti irregolari vittime di sfruttamento? L'art. 4 Cedu e le forme contemporanee di schiavitù*, in *La Comunità Internazionale*, n. 4/2017, p. 565 e ss.

DOĞANCI Ö.F., *Road safety and the right to life European Court of Human Rights (First Section): Judgment of 25 March 2021*, in *European Human Rights Law Review*, n. 4/2021, p. 444 e ss.

DOLCINI E., *La proposta di legge Vietri e i tormentati destini delle incriminazioni della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, p. 729 e ss.

DOLCINI E., *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2006, p. 431 e ss.

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004

DONINI M. – PAVARINI M. (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011

DONIZZETTI R., *L'uso legittimo delle armi tra l'affermazione del principio di proporzionalità e le incertezze giurisprudenziali in materia di fuga*, in *Dir. pen. cont.*, 31.07.2015, p. 1 e ss.

DOVA M., *La riforma della particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali*, in CASTRONUOVO D. – DONINI M. – MANCUSO E.M. – VARRASO G. (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023

DUBBER M.D., *Homosexual Privacy Rights before the United States Supreme Court and the European Court of Human Rights: A Comparison of Methodologies*, in *Stanford Journal of International Law*, n. 1/1990, p. 189 e ss.

EDGE P., *Kokkinakis v. Greece: A Response to Dr Juss*, in *Journal of Civil Liberties*, n. 1/1997, p. 41 e ss.

ESPOSITO A., *sub art. 3 Cedu*, in BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012

ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008

EVANS M. – GUNN T.J. – TEMPERMAN J., *25 Years of Freedom of Religion Jurisprudence since Kokkinakis*, in *Religion & Human Rights: An International Journal*, nn. 2-3/2017. P. 79 e ss.

FALCINELLI D., *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, in *Arch. pen.*, n. 3/2017, p. 1 e ss.

FANOLI F., *Gli elementi costitutivi del delitto di tortura alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. pen.*, n. 10/2020, p. 927 e ss.

FARRIOR S., *Introductory Note to European Court of Human Rights: Rantsev v. Cyprus & Russia*, in *International Legal Materials*, n. 2/2010, p. 415 e ss.

FERRARA M., *La sentenza "Di Sarno e altri c. Italia": un ulteriore passo avanti della Corte di Strasburgo nell'affermazione di obblighi di protezione dell'ambiente*, in *La Comunità internazionale*, n. 1/2013, p. 161 e ss.

FERRUA P., *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, n. 2/2022, p. 441 e ss.

FIANDACA G., *Sfrecciare col "rosso" e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?*, in *Foro it.*, nn. 7-8/2009, p. 414 e ss.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro la persona*, Bologna, 2020

FIANO N., *Le recenti novità in tema di protezione delle donne vittime di violenza. Un'analisi alla luce del diritto costituzionale*, in *federalismi.it*, 2/2023, p. 30 e ss.

FIANO N., *L'ord. n. 132 del 2020 e il consolidando "modello Cappato" tra "preoccupazioni" della Corte costituzionale e delicati bilanciamenti*, in *Riv. dir. proc. pen.*, n. 3/2020, p. 1559 e ss.

FLORA G., *Il nuovo art. 613-bis c.p.: meglio che niente?*, in STORTONI L. – CASTRONUOVO D. (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019

FLORA G., *Al vaglio della corte costituzionale il reato di mendicizia*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5/1996, p. 567 e ss.

FLORIO M.E., *Struggle in Favour of a Criminal Law as an 'ultima ratio'. Critical Observations on the Criminalisation Obligations Arising from the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Light of the Principle of Subsidiarity*, in *European Criminal Law Review*, n. 2/2023, p. 135 e ss.

FLORIO M.E., *Art. 131-bis c.p. e colpa lieve*, in *Leg. pen.*, 31.01.2023, p. 1 e ss.

FLORIO M.E., *Tenuità del fatto e grado della colpa*, in GULLO A. – MILITELLO V. – RAFARACI T. (a cura di), *Giustizia penale, ripresa economica e recovery fund. Verso la riforma del processo penale e del sistema sanzionatorio. Atti dell'XI Corso di Formazione interdotto di Diritto e Procedura Penale "Giuliano Vassalli" per Dottorandi e Dottori di ricerca*, Milano, 2021

FORNASARI G., *Diritti della vittima e certezza della pena. Riflessioni su un discutibile paradigma*, in *Ind. pen.*, n. 1/2021, p. 13 e ss.

FORTI G., *"Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 155 e ss.

FRAGASSO B., *Le indagini in materia di violenza di genere: in capo agli organi inquirenti un onere investigativo rafforzato*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, n. 4/2020, p. 2112 e ss.

FREEDMAN R., *"Third Generation" Rights: is there room for hybrid constructs within international Human Rights Law?*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Studies*, n. 4/2013, p. 935 e ss.

FOLLA N., *Violenza domestica e di genere: la Corte EDU, per la prima volta, condanna l'Italia*, in *Fam. e dir.*, n. 7/2017, p. 626 e ss.

GALLEN J., *O'Keeffe v Ireland: The Liability of States for Failure to Provide an Effective System for the Detection and Prevention of Child Sexual Abuse in Education*, in *Modern Law Review*, n. 1/2015, p. 151 e ss.

GALLI M. – RECCHIA N. (a cura di), *Gli effetti collaterali delle scelte di incriminazione*, Napoli, 2023

GALLO M., *Chi lascia la via vecchia...*, in INSOLERA G. (a cura di), *Quando la difesa è legittima? Il diritto della paura e la paura del diritto*, Milano, 2020

GALLUCCIO A., *Libertà di espressione e chilling effect*, in GALLI M. – RECCHIA N. (a cura di), *Gli effetti collaterali delle scelte di incriminazione*, Napoli, 2023

GALLUCCIO A., *Chilling effect*, in PIERGALLINI C. – MANNOZZI G. – SOTIS C. – PERINI C. – SCOLETTA M. – CONSULICH F. (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022

GALLUCCIO A., *Profili generali sugli artt. 8-11*, in UBERTIS G. – VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022

GALLUCCIO A., *Tratta di persone e sfruttamento lavorativo: a Strasburgo si fa sul serio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2017, p. 1196 e ss.

GAMBERINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, in STORTONI L. – CASTRONUOVO D. (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019

GANTY S., *The Double-Edged ECtHR Lăcătuș Judgment on Criminalisation of Begging: Da Mihi Elimo Sinam Propter Amorem Dei*, in *European Convention on Human Rights Law Review*, n. 3/2021, p. 393 e ss.

GARGANI A., *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali. Il problematico confronto con l'art. 2 CEDU*, in *Leg. pen.*, 14.02.2019, p. 1 e ss.

GARGANI A., *Reati contro l'incolumità pubblica, t. I, I reati di comune pericolo mediante violenza*, in GROSSO C.F. – PADOVANI T. – PAGLIARO A. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2008

GARGANI A., *Il diritto di autotutela in un privato domicilio (l. 13 febbraio 2006, n. 59)*, in *Stud. iur.*, n. 9/2006, p. 960 e ss.

GARISTO F.R., *Quando i maltrattamenti divengono anche tortura: la Cassazione riconosce il concorso tra 572 e 613-bis c.p. in un caso di violenze reiterate ai danni della partner*, in *Sist. pen.*, 28.10.2021, p. 1 e ss.

GATTA G.L., *Carcere per i giornalisti: la Corte Costituzionale adotta lo "schema Cappato" e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, in *Sist. pen.*, 10.06.2020, p. 1 e ss.

GENTILE C., *Il diritto di cronaca deve sempre prevalere sulla tutela della reputazione?*, in *Cass. pen.*, n. 9/2022, p. 3020 e ss.

GERRY A., *Oneryildiz v Turkey*, in *European Human Rights Law Review*, n. 2/2005, p. 203 e ss.

GIOSTRA G., *Rigurgito normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, p. 733 e ss.

GIUDICI A., *Il caso Belpietro c. Italia: la pena detentiva per la diffamazione è contraria all'art. 10 Cedu*, in *Dir. pen. cont.*, 26.09.2013, p. 1 e ss.

GIUNTA F., *Il confine incerto. A proposito di "caporalato" e lavoro servile*, in *disCrimen*, 17.02.2020, p. 1 e ss.

GIUPPONI T.F., *Diritto alla vita, uso legale della forza e gestione nazionale della sicurezza pubblica: i più recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in MEZZETTI L. – MORRONE A. (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei*

sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010), Torino, 2011

GRAFFIN N., *Gäfgen v Germany, the Use of Threats and the Punishment of Those Who Ill-treat During Police Questioning: A Reply to Steven Greer*, in *Human Rights Law Review*, n. 4/2017, p. 681 e ss.

GRIMALDI CAROLEO F.C., *Latitudine dell'accattonaggio necessitato*, in *Giur. cost.*, 1976, p. 611 e ss.

GROSSO C.F., *La difesa legittima dopo la L. 26 aprile 2019, n. 102*, in *Dir. pen. proc.*, n. 7/2019, p. 885 e ss.

GROSSO E., *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019, p. 531 e ss.

GUAZZAROTTI A., *sub art. 11 Cedu*, in BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012

GUERINI T., *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino, 2020

GUERRINI R., *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, 1988

GULLO A., *Diffamazione e proporzione del trattamento sanzionatorio: la Corte costituzionale si ferma a metà strada*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2022, p. 201 e ss.

GULLO A., *Diffamazione, pena detentiva e chilling effect: la Consulta bussava alla porta del legislatore*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2021, p. 217 e ss.

GULLO A., *La tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato dalla Camera il 24 giugno 2015*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2016, p. 1 e ss.

GULLO A., *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale: contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013

HALE M., *Historia Placitorum Coronæ: The History of the Pleas of the Crown*, ed. Emlin, 1736

HARRIS D.J. – O'BOYLE M. – BATES E.P. – BUCKLEY C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2018

HERI C., *Shaping Coercive Obligations through Vulnerability. The Example of the ECtHR*, in LAVRYSEN L. – MAVRONICOLA N. (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, 2020

HESSBRUEGGE J.A., *Human Rights and Personal Self-Defense*, Oxford, 2017

HOFFMANN-RIEM W., *The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact*, in *The European Journal of International Law*, n. 2/2014, p. 579 e ss.

HORDER J., *Ashworth's Principles of Criminal Law*, Oxford, 2022

IACOBELLIS J. – GARZONE F.P., *La pena detentiva della diffamazione a mezzo stampa: il "monito" (a termine) della Corte costituzionale al legislatore*, in *Riv. pen.*, n. 11/2020, p. 967 e ss.

INSOLERA G., *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Quando la difesa è legittima? Il diritto della paura e la paura del diritto*, Milano, 2020

JESSBERGER F., *Bad Torture – Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 5/2005, p. 1059 e ss.

JOHNSON P., *Sexual orientation discrimination and Article 14 of the European Convention on Human Rights: the problematic approach of the European Court of Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, n. 6/2023, p. 548 e ss.

JUSS S.S., *Kokkinakis and Freedom of Conscience Rights in Europe*, in *Journal of Civil Liberties*, n. 3/1996, p. 246 e ss.

KANE D.J., *Homosexuality and the European Convention on Human Rights: What Rights*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, n. 3/1988, p. 447 e ss.

KAPELAŃSKA-PRĘGOWSKA J., *Medical Negligence, Systemic Deficiency, or Denial of Emergency Healthcare? Reflections on the European Court of Human Rights Grand Chamber Judgment in Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal of 19 December 2017 and Previous Case-law*, in *European Journal of Health Law*, n. 1/2019, p. 26 e ss.

KEANE R., *O'Keeffe v Ireland in Strasbourg: Punishing the Guilty?*, in *Dublin University Law Journal*, n. 1/2015, p. 172 e ss.

KIMBLE J.F., *A Comparative Analysis of Dudgeon v. United Kingdom and Bowers v. Hardwick*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 1988, p. 200 e ss.

KAMBER K., *Prosecuting Human Rights Offences*, Leiden, 2017

LACROIX C., *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Le droits au procès pénal en cas de catastrophes*, in *Risques, études et observations*, n. 3/2011, p. 173 e ss.

LALATTA COSTERBOSA M., *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*, Roma, 2016

LANZA G., *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo. Un'analisi dei "lavori in corso" anche alla luce della pronuncia della Corte EDU sul caso Cestaro c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 28.02.2016, p. 1 e ss.

LARICCIA S., *sub art. 9 Cedu*, in BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012

LA ROSA E., *Diffamazione a mezzo stampa e (s)proporzione del trattamento sanzionatorio: la Corte costituzionale concede al parlamento un anno per intervenire sulla disciplina vigente*, in *Foro it.*, n. 12/2020, p. 3709 e ss.

LATTANZI F., *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. dir. int.*, n. 1/2018, p. 151 e ss.

LAUTA K.C., *New Fault Lines? On Responsibility and Disasters*, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 2/2014, p. 137 e ss.

LAVRYSEN L., *Positive Obligations and the Criminal Law. A Bird's-Eye View on the Case Law of the European Court of Human Rights*, in LAVRYSEN L. – MAVRONICOLA N. (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, 2020

LAVRYSEN L., *Medical negligence after Lopes de Sousa Fernandes: a blank check to the Member States with respect to the substance of the right to life?*, in *Strasbourg Observers*, 8.02.2018, p. 1 e ss.

LAVRYSEN L., *Human Rights in a Positive State. Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2016

LAVRYSEN L. – MAVRONICOLA N. (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, 2020

LAZARUS L., *Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?*, in ZEDNER L. – ROBERTS J.V. (a cura di), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford, 2012

LEMMENS P. – COURTOY M., *Positive Obligations and Coercion. Deterrence as a Key Factor in the European Court of Human Rights' Case Law*, in LAVRYSEN L. – MAVRONICOLA N. (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, 2020

LEOTTA C.D., *Ammissibile il concorso materiale tra maltrattamenti in famiglia e tortura privata*, in *Giur. it.*, n. 1/2022, p. 197 e ss.

LEOTTA C.D., *Tortura (reato di)*, in *Digesto penale, Aggiornamento X*, Torino, 2018

LOBBA P., *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 10/2017, p. 181 e ss.

LONATI S., *Diffamazione a mezzo stampa e applicazione della pena detentiva: ancora qualche riflessione a margine del c.d. caso Sallusti in (perenne) attesa di un intervento del legislatore*, in *Media Laws. Riv. dir. media*, n. 1/2020, p. 69 e ss.

LONDONO P., *Defining rape under the European Convention on Human Rights: torture, consent and equality*, in MCGLYNN C. – MUNRO V.E. (a cura di), *Rethinking rape law*, Londra, 2010

LONDONO P., *Developing Human Rights Principles in Cases of Gender-based Violence: Opuz v Turkey in the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, n. 4/2009, p. 657 e ss.

LONDONO P., *Positive obligations, criminal procedure and rape cases*, in *European Human Rights Law Review*, n. 2/2007, p. 158 e ss.

LORENZETTI A., *Violenza domestica e (mancata) protezione delle vittime, tra Roma e Strasburgo*, in *Quad. cost.*, n. 3/2022, p. 645 e ss.

LUBARDA B., *The living Instrument Doctrine in the Case-law of the ECHR*, in SICILIANOS L. – MOTOC I.A. – SPANO R. – CHENAL R. (a cura di), *Regards croisés sur la protection nationale et internationale des droits de l'homme / Intersecting Views on National and International Human Rights Protection. Liber amicorum Guido Raimondi*, Tilburg, 2019

LUNNEY M., *A Tort Lawyer's View of Osman v United Kingdom*, in *King's College Law Journal*, n. 2/1999, p. 238 e ss.

MACKINNON E., *On torture*, in ID., *Are women human? And other international dialogues*, Cambridge, 2006

MACRÌ F., *Effettività e limiti costituzionali della legittima difesa: dal Far West al Fair Risk*, Torino, 2020

MAIELLO N.M., *Corruzione del parlamentare e mediazione onerosa nello specchio del chilling effect*, in GALLI M. – RECCHIA N. (a cura di), *Gli effetti collaterali delle scelte di incriminazione*, Napoli, 2023

MAIELLO N.M., *La corte EDU condanna l'Italia per violazione degli obblighi positivi di tutela del diritto alla vita in un caso di violenza domestica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2022, p. 1369 e ss.

MALAVENDA C., *La sentenza n. 150/2021 della Corte Costituzionale in tema di diffamazione: i "pericoli per la democrazia" e il rischio che l'informazione, da "cane da guardia", si trasformi in "cucciolo da salotto"*, in *Giur. pen.*, nn. 7-8/2021, p. 1 e ss.

MANACORDA S., *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2012, p. 1364 e ss.

MANCA V., *La tutela delle vittime da reato ambientale nel sistema Cedu: il caso Ilva. Riflessioni sulla teoria degli obblighi convenzionali di tutela*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2018, p. 259 e ss.

MANES V., *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, 2023

MANES V., *Diritti, libertà, e garanzie sostanziali e processuali*, in MANES V. – CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020

MANES V., *Alcune chiavi di lettura del sistema convenzionale di tutela dei diritti umani e della giurisprudenza della Corte EDU*, in MANES V. – CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020

- MANES V., *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del "volto costituzionale" dell'illecito penale*, in MANES V. – NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012
- MANES V., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in BERTOLINO M. – EUSEBI L. – FORTI G. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011
- MANNA A., *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014
- MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, Padova, 2019
- MANTOVANI F., *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2006, p. 432 e ss.
- MANTOVANI M., *Dalla consulta un requiem per la tutela penale dell'onore?*, in *disCrimen*, 2.10.2020, p. 1 e ss.
- MARCA MATUTE J. – MORELL ALDANA L.C., *Delitos Leves. Problemas Sustantivos y Procesales*, Valencia, 2020
- MARCHESI A., *Delitto di tortura e obblighi internazionali di punizione*, in *Riv. dir. int.*, n. 1/2018, p. 131 e ss.
- MARCHESI A., *I "fatti della Diaz" secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Oss. cost.*, n. 2/2015, p. 1 e ss.
- MARCHI I., *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?*, in *Dir. pen. cont.*, 26.05.2014, p. 1 e ss.
- MARINI G., *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965
- MARIOTTI M., *Art. 11 – Libertà di riunione e di associazione*, in UBERTIS G. – VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022
- MARTIELLO G., *Violenza pubblica potenzialmente letale e diritto alla vita ex art. 2 CEDU: a proposito dell'art. 53 c.p. "convenzionalmente riletto"*, in *disCrimen*, 15.07.2019, p. 1 e ss.
- MARTIELLO G., *L'uso delle armi da fuoco da parte della polizia nell'attuale esperienza giuridica tedesca*, in *Criminalia*, 2014, p. 589 e ss.
- MATTHEUDAKIS M.L., *Lo stalking e gli altri delitti contro la libertà morale*, in CADOPPI A. – VENEZIANI P. (a cura di), *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2017
- MAVRONICOLA N., *Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 of the ECHR. Absolute Rights and Absolute Wrongs*, Oxford, 2021

MAVRONICOLA N. – LAVRYSEN L., *Coercive Human Rights: Introducing the Sharp Edge of the European Convention on Human Rights*, in LAVRYSEN L. – MAVRONICOLA N. (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, 2020

MAZZACUVA F., *Art. 7 – Nulla poena sine lege*, in UBERTIS G. – VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022

MAZZANTI E., *Violenza domestica e tutela convenzionale del diritto alla vita. Considerazioni a margine del caso “Penati contro Italia”*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, n. 3/2022, p. 1123 e ss.

MAZZANTI E., *La protezione penale dell’ambiente come diritto umano. Inquadramento e rilievi critici*, in *Leg. pen.*, 25.06.2019, p. 1 e ss.

MAZZINA P., *La violenza domestica e le azioni positive (di secondo livello) dello Stato: brevi riflessioni costituzionali sulla recente sentenza della Corte Edu Talpis c. Italia*, in *Arch. pen.*, n. 2/2017, p. 1 e ss.

MCCOLGAN A., *Removing a Husband’s Right to Rape*, in *King’s College Law Journal*, n. 7/1996-1997, p. 135 e ss.

MCGLYNN C., *Rape as “torture”? Catharine MacKinnon and questions of feminist strategy*, in *Feminist Legal Studies*, 22.01.2008, p. 71 e ss.

MEDICO F., *Il filo d’Arianna dell’incostituzionalità prospettata e il parametro dimenticato (nota alla sentenza n. 150 del 2021)*, in *Giur. cost.*, n. 4/2021, p. 1589 e ss.

MELCHIONDA A., *Circostanze “indipendenti” con variazione edittale di pena non superiore ad un terzo: per le Sezioni Unite non sono “ad effetto speciale” e non rilevano ai fini della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, n. 6/2017, p. 267 e ss.

MELCHIONDA A., *Le modifiche in tema di circostanze*, in GIUNTA F. (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005 n. 251*, Milano, 2006

MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000

MELONI C., *La tortura tra diritto interno e obblighi internazionali di incriminazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, p. 751 e ss.

MENGHINI A., *L’omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Trento, 2016

MERLO A., *“Chi non fa non falla”: la Pubblica Amministrazione dinnanzi al reato di abuso d’ufficio*, in GALLI M. – RECCHIA N. (a cura di), *Gli effetti collaterali delle scelte di incriminazione*, Napoli, 2023

MERLO A., *Primo intervento della Cassazione sul reato di tortura in un caso di bullismo*, in *Foro it.*, n. 3/2020, p. 161 e ss.

- MERRILLS J.G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester, 1993
- MEZZETTI E., *Usa legittimo delle armi*, in *Digesto. Discipline penali*, Torino, 1999
- MODUGNO F., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995
- MONTANARI M., *Art. 4 – Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato*, in UBERTIS G. – VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022
- MOWBRAY A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004
- MURCOTT J., *Investigative duties into car accidents*, in *European Human Rights Law Review*, n. 5/2019, p. 560 e ss.
- NAPOLEONI V., *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in MANES V. – NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019
- NARDOCCI C., *Gender-based violence between the European convention on human rights and the Istanbul Convention*, in D'AMICO M. – NARDOCCI C. (a cura di), *Gender-based violence between national and supranational responses: the way forward*, Napoli, 2021
- NASCIMBENE B., *Tutela dei diritti fondamentali e “violenza domestica”. Gli obblighi dello Stato secondo la Corte EDU*, in *Leg. pen.*, 12.06.2018, p. 1 e ss.
- NASCIMBENE B., *Violazione “strutturale”, violazione “grave”, ed esigenze interpretative della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, n. 3/2006, p. 644 e ss.
- NAZZARO U., *L'insufficiente descrizione normativa del delitto di tortura*, in *Riv. pen.*, n. 1/2018, p. 19 e ss.
- NEGRI D., *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in *Sist. pen.*, 21.02.2022, p. 51 e ss.
- NICHOLSON A., *Reflections on Siliadin v. France: slavery and legal definition*, in *The International Journal of Human Rights*, n. 5/2010, p. 705 e ss.
- NICOLINI M., *La Cassazione ribadisce una lettura restrittiva e moderna del concetto di 'abuso' dei mezzi di correzione o di disciplina*, in *Sist. pen.*, 3.06.2022, p. 1 e ss.
- NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006
- NOTARO D., *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, 2020
- NUVOLONE P., *Appunti in materia di autorità maritale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, p. 463 e ss.

OETHEIMER M. – CARDONE A., *sub art. 10 Cedu*, in BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012

Ó FATHAIGH R., *Article 10 and the chilling effect principle*, in *European Human Rights Law Review*, n. 3/2013, p. 304 e ss.

OHLIN J.D., *The Right to Punishment for International Crimes*, in JESSBERGER F. – GENEUSS J. (a cura di), *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, New York, 2020

ORTIZ FERNÁNDEZ C. – QUIROZ ENCISO A., *The Case of Siliadin V. France: Modern Slavery, Nation and Supranational States, Gender and Power*, in *Studies in unfree labour*, nn. 3-4/2012, p. 297 e ss.

OSBORNE C., *Does the end justify the means? Retrospectivity, Article 7, and the marital rape exemption*, in *European Human Rights Law Review*, n. 4/1996, p. 406 e ss.

PACINI M., *Principio di precauzione e obblighi di informazione a protezione dei diritti umani*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2014, p. 586 e ss.

PADOVANI T., *Art. 613 bis*, in ID. (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2019

PADOVANI T., *Tortura: adempimento palesemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2016, p. 27 e ss.

PADOVANI T., *Tortura. Giustizia criminale. Radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, Pisa, 2015

PADOVANI T., *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in *Guida dir.*, n. 13/2006, p. 52 e ss.

PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, n. 1/2006, p. 32 e ss.

PALAZZO F., *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1/2019, p. 5 e ss.

PALAZZO F. – BERNARDI A., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. int. dir. uomo*, n. 3/1988, p. 31 e ss.

PALAZZO F. – PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013

PALIERO C.E., *La difesa legittima territoriale (ovvero un paradigma orientato sulla sproporzione)*, in *Leg. pen.*, n. 4/2006, p. 569 e ss.

PALMIERI A., *In tema di diffamazione a mezzo stampa: restrizione della libertà di espressione del direttore manifestamente sproporzionata*, in *Foro it.*, n. 4/2019, p. 177 e ss.

PAOLONI L., *Dolo eventuale e colpa cosciente nei delitti di omicidio o lesioni personali connessi alla circolazione stradale*, in *Cass. pen.*, n. 6/2013, p. 2287 e ss.

PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009

PARISI F., *In tema di legittima difesa domiciliare*, in *Foro it.*, n. 3/2021, p. 195 e ss.

PATI R., *States' Positive Obligations with Respect to Human Trafficking: The European Court of Human Rights Breaks New Ground in Rantsev v. Cyprus and Russia*, in *Boston University International Law Journal*, n. 1/2011, p. 79 e ss.

PAVARIN G.M., *Abolizione del reato di tortura: breve critica delle flebili ragioni di una discutibilissima proposta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, p. 759 e ss.

PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male al banco di prova della prassi applicativa*, in *Quest. giustizia*, 12.07.2021, p. 1 e ss.

PERCHINUNNO F., *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 27/2020, p. 206 e ss.

PERRONE D., *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019

PERŠAK N., *Positive Obligations in View of the Ultima Ratio Principle*, in LAVRYSEN L. – MAVRONICOLA N. (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, 2020

PESTELLI G., *Compatibile l'attenuante del fatto di "lieve entità" con l'aggravante della cessione a persona di minore età*, in *Dir. pen. proc.*, n. 12/2010, p. 1449 e ss.

PEZZIMENTI C., *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2018, p. 153 e ss.

PEZZIMENTI C., *Nella scuola Diaz-Pertini fu tortura: la Corte europea dei diritti umani condanna l'Italia nel caso Cestaro*, in *Giur. it.*, n. 7/2015, p. 1709 e ss.

PIN X., *Droit pénal général*, Parigi, 2022

PINARDI R., *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quad. Cost.*, n. 3/2020, p. 103 e ss.

PINTO M., *Coercive Human Rights and the Forgotten History of the Council of Europe's Report on Decriminalisation*, in *Modern Law Review*, n. 5/2023, p. 1108 e ss.

PINTO M., *Sowing a 'Culture of Conviction'. What Shall Domestic Criminal Justice Systems Reap from Coercive Human Rights?*, in LAVRYSEN L. – MAVRONICOLA N. (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, 2020, p. 172 e ss.

PINTO M., *Awakening the Leviathan through Human Rights Law – How Human Rights Bodies Trigger the Application of Criminal Law*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, n. 2/2018, p. 161 e ss.

PINTO DE ALBUQUERQUE P. – GRANDI C., *Il nuovo delitto di tortura. Tutto sommato, un passo avanti*, in STORTONI L. – CASTRONUOVO D. (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019

PISA P., *La legittima difesa domiciliare: verso un'equilibrata lettura da parte della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, n. 12/2020, p. 1545 e ss.

PISA P., *Incidenti stradali e dolo eventuale: l'evoluzione della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, *Gli speciali. Dolo e colpa negli incidenti stradali*, 2011, p. 13 e ss.

PISA P. – LONGO G., *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in BARTOLI R. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa: un dialogo con la giurisprudenza*, Firenze, 2010

PISAPIA M. – CHERCHI C., *Detenzione e libertà di espressione. Riflessioni sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione a mezzo stampa in occasione della pronuncia della Corte Costituzionale*, in *Giur. pen.*, n. 6/2020, p. 1 e ss.

PITEA C., *sub art. 8 Cedu*, in BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012

PITEA C., *Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence: the European Court's Judgment in M.C. v. Bulgaria*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 2/2005, p. 447 e ss.

PIVA D., *Oggettivo e soggettivo nell'eccesso di difesa per "grave turbamento"*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5/2020, p. 656 e ss.

POLI P.F., *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Milano, 2021

POLI P.F., *Colpa grave*, in DONINI M. (a cura di), *Enciclopedia del Diritto. I tematici, 2. Reato colposo*, Milano, 2021

POLI P.F., *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2018, p. 903 e ss.

POYSTI T., *Judgment in the Case of K.U. v. Finland: The European Court of Human Rights Requires Access to Communications Data to Identify the Sender to Enable Effective Criminal Prosecution in Serious Violations of Private Life*, in *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, 2006, p. 33 e ss.

POST H., *The Judgment of the Grand Chamber in Hatton and Others v. the United Kingdom or: What is left of the 'indirect' right to a healthy environment?*, in *Non-State Actors and International Law*, n. 4/2004, p. 135 e ss.

PROVERA A., *Art. 613 bis*, in SEMINARA S. – FORTI G. – ZUCCALÀ G. (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017

PUGIOTTO A., *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, in STORTONI L. – CASTRONUOVO D. (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019

PULITANÒ D., *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso ILVA*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2013, p. 44 e ss.

RADACIC I., *Rape cases in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: defining rape and determining the scope of the state's obligations*, in *European Human Rights Law Review*, n. 3/2008, p. 357 e ss.

RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020

RECCHIA N., *La previsione della pena detentiva per la diffamazione del giornalista: la Corte costituzionale ripropone la tecnica decisoria del caso Cappato*, in *Giur. cost.*, n. 3/2020, p. 1480 e ss.

RICCARDI S., *La nuova disciplina dell'art. 131-bis nel quadro della riforma Cartabia*, in *Leg. pen.*, 2.03.2023, p. 1 e ss.

RIPAMONTI D., *sub art. 53 c.p.*, in DOLCINI E. – MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011

RISICATO L., *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza, e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in *Leg. pen.*, 28.06.2019, p. 1 e ss.

ROIG TORRES M., *Los delitos de homicidio y lesiones causados por imprudencia con vehículo a motor o ciclomotor. La reforma de la LO 11/2022, de 13 de septiembre*, Valencia, 2023

ROMANO B. – MARANDOLA A., *Codice rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019 n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, 2020

ROSSETTI S., *La Corte Edu sul bilanciamento tra riservatezza delle comunicazioni e libertà di espressione del giornalista*, in *Dir. pen. cont.*, 5.11.2013, p. 1 e ss.

ROSSI C., *Diritti umani e violenza domestica*, in *Cass. pen.*, n. 11/2022, p. 4095 e ss.

ROSSI L.S., *La tutela del diritto alla vita nell'ambito delle violenze domestiche: di nuovo al vaglio della Corte di Strasburgo i doveri e i limiti derivanti dall'art. 2 CEDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2021, p. 1612 e ss.

RUGA RIVA C., *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in FOFFANI L. – CASTRONUOVO D. (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia, vol. II, Impresa e sicurezza*, Bologna, 2015

RUGGIERO G., *Considerazioni su dolo eventuale e colpa cosciente in materia di circolazione stradale*, in *Arch. pen.*, n. 1/2009, p. 43 e ss.

RUOZZI E., *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, Napoli, 2011

RUSSO D., *Lo sfruttamento del lavoro negli Stati membri del Consiglio d'Europa: una riflessione a margine del caso "Chowdury"*, in *Riv. dir. int.*, n. 3/2017, p. 835 e ss.

SACCUCCI A., *La protezione dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in CATALDI G. – NAPOLETANO N. – CALIGIURI A. (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, 2010

SALAMINO A.V. – ROMEO C., *Bilanciamento tra tutela della salute e sviluppo economico: il caso Ilva*, in *Giur. it.*, n. 10/2019, p. 2228 e ss.

SALTELLI C., *Abuso del mezzo di correzione in danno della moglie*, in *Annali*, 1939, p. 680 e ss.

SALVI I., *Da Genova a Strasburgo: la sentenza della Corte EDU Cestaro contro Italia ci condanna per i "fatti della Diaz" del 2001*, in *Crit. dir.*, nn. 1-3/2015, p. 180 e ss.

SANTINI S., *"Medical (mal)practice": quando lo Stato è responsabile della morte del paziente a causa di complicazioni post-operatorie?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2018, p. 974 e ss.

SARTARELLI S., *Usò legittimo della violenza pubblica e diritto penale*, Bari, 2018

SCALIA V., *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Arch. pen.*, n. 3/2020, p. 1 e ss.

SCANLON M., *School shooting European Court of Human Rights (First Section): Judgment of 17 September 2020*, in *European Human Rights Law Review*, n. 1/2021, p. 123 e ss.

SCARCELLA A., *Violato il diritto alla salute e quello ad un ricorso affettivo dei residenti nell'area ad elevato pericolo di inquinamento ambientale nell'ILVA di Taranto*, in *Cass. pen.*, nn. 5-6/2019, p. 2296 e ss.

SCARCELLA A., *Giurisprudenza C.e.d.u. e diritto dell'ambiente: i principali "filoni" della Corte di Strasburgo*, in *Ambiente&Sviluppo*, n. 2/2013, p. 129 e ss.

SCAROINA E., *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018

SCIUTTERI D., *La repressione penale della mendicizia, tra solidarietà e multiculturalismo*, in *Arch. pen.*, n. 1/2022, p. 1 e ss.

SCOTT R.J., *Under Color of Law: Siliadin v. France and the Dynamics of Enslavement in Historical Perspective*, in ALLAIN J. (a cura di), *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, Oxford, 2012

SEIBERT-FOHR A., *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford, 2009

SEMINARA S., *L'incriminazione che non c'è: il lavoro forzato*, in *Sist. pen.*, 12.12.2023, p. 1 e ss.

SEMINARA S., *Sui confini tra i delitti di schiavitù, servitù e sfruttamento del lavoro*, in FERRARESI M. – SEMINARA S. (a cura di), *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, Modena, 2022

- SEVERINO P., *Il nuovo diritto penale ambientale. Problemi di teoria del reato e profili sanzionatori*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2018, p. 190 e ss.
- SHAVER D. – ZWAAK L., *Rantsev v. Cyprus and Russia: Procedural Obligations of Third Party Countries in Human Trafficking under Article 4 ECHR*, in *Inter-American and European Human Rights Journal*, n. 1/2011, p. 118 e ss.
- SHELTON D.L., *Tătar C. Roumanie, App. No. 67021/01*, in *American Journal of International Law*, n. 2/2010, p. 247 e ss.
- SHUE H., *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy*, Princeton, 1996
- SILVANI S., *Jus corrigendi, reasonable chastisement e divieto di trattamenti o punizioni degradanti o disumane ex art. 3 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2/1999, p. 585 e ss.
- SKINNER S., *Deference, Proportionality, and the Margin of Appreciation in Lethal Force Case Law under Article 2 ECHR*, in *European Human Rights Law Review*, n. 1/2014, p. 32 e ss.
- SPIGA V., *Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Alikaj c. Italia*, in *Riv. dir. int.*, n. 4/2011, p. 1176 e ss.
- SPINELLI G., *Secondo la Corte europea, il reato di vilipendio alla Corona non merita la pena detentiva: il caso Stern Taulats e Roura Capellera c. Spagna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2018, p. 1841 e ss.
- SPINOSA V., *La prima sentenza delle Sezioni Unite sui reati informatici: interpretazione estensiva della condotta di permanenza abusiva nel sistema*, in *Ind. pen.*, n. 1/2013, p. 121 e ss.
- SPURRIER M., *Gafgen v Germany: fruit of the poisonous tree*, in *European Human Rights Law Review*, n. 5/2010, p. 513 e ss.
- STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001
- STELLA F., *La "descrizione" dell'evento, vol. I, L'offesa - Il nesso causale*, Milano, 1970
- STORTONI L. – CASTRONUOVO D. (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019
- STOYANOVA V., *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. Within and Beyond Boundaries*, Oxford, 2023
- STOYANOVA V., *Due Diligence Versus Positive Obligations: Critical Reflections on the Council of Europe Istanbul Convention*, in NIEMI J. – PERONI L. – STOYANOVA V. (a cura di), *International Law and Violence Against Women*, Londra-New York, 2020
- STOYANOVA V., *Fault, knowledge and risk within the framework of positive obligations under the European Convention on Human Rights*, in *Leiden Journal of International Law*, n. 3/2020, p. 601 e ss.

STOYANOVA V., *The Grand Chamber Judgment in S.M. v Croatia: Human Trafficking, Prostitution and the Definitional Scope of Article 4 ECHR*, in *Strasbourg Observers*, 3.07.2020, p. 1 e ss.

STOYANOVA V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*, Cambridge, 2018

STOYANOVA V., *The Disjunctive Structure of Positive Rights under the European Convention on Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, n. 3/2018, p. 344 e ss.

STOYANOVA V., *Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, n. 2/2018, p. 309 e ss.

STOYANOVA V., *Article 4 of the ECHR and the obligation of criminalising slavery, servitude, forced labour and human trafficking*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, n. 2/2014, p. 407 e ss.

STOYANOVA V., *Dancing on the Borders of Article 4: Human Trafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev Case*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, n. 2/2012, p. 163 e ss.

SUMMERER K., *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013

SUMMERER K., *I delitti di schiavitù e tratta di persone (artt. 600 e 601-602)*, in CADOPPI A. – CANESTRARI S. – MANNA A. – PAPA M. (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Torino, 2010

SYCHENKO E., *Occupational Health in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Brincat v. Malta*, in *Strasbourg Observers*, 8.09.2014, p. 1 e ss.

TAMIETTI A., *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto alla vita*, in *Cass. pen.*, n. 12/2003, p. 3834 e ss.

TAMMONE F., *Tratta di esseri umani e sfruttamento della prostituzione quali forme contemporanee di schiavismo: la pronuncia della Grande Camera nel caso "S.M."*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 1/2021, p. 221 e ss.

TARALLO A., *L'esimente del diritto di cronaca nella prospettiva della Cedu: nota alla sentenza "Magosso-Brindani contro Italia"*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, p. 1384 e ss.

TELESCA M., *Contributo all'analisi dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2022

TENCATI A., *Solidarietà e difesa sociale nei confronti dei mendicanti*, in *Riv. pen.*, n. 1/1996, p. 21 e ss.

TRINCI A., *L'omicidio stradale e le lesioni personali stradali (post L. n. 41/2016)*, in BALZANI S. – TRINCI A. (a cura di), *Diritto penale della circolazione stradale*, Padova, 2021

TRINCI A., *L'omicidio colposo e le lesioni personali colpose commessi durante la circolazione stradale (ante L. n. 41/2016)*, in BALZANI S. – TRINCI A. (a cura di), *Diritto penale della circolazione stradale*, Padova, 2021

TRIPODINA C., *sub art. 4 Cedu*, in BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012

TULKENS F., *The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 9/2011, p. 577 e ss.

TUNESI S., *Il delitto di tortura. Un'analisi critica*, in *Giur. pen.*, n. 11/2017, p. 1 e ss.

TUNESI S., *La responsabilità per carenze organizzative e strutturali in ambito sanitario: prospettive politico-criminali*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 4/2017, p. 1375 e ss.

TURCHETTI S., *Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti: ancora una condanna all'Italia da parte della Corte Edu*, in *Dir. pen. cont.*, 18.03.2019, p. 1 e ss.

UBIALI M.C., *Emergenza Covid e riforma del delitto di abuso d'ufficio per agevolare la ripresa del Paese: brevi note alla sentenza n. 8/2022 della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2022, p. 120 e ss.

UBIALI M.C., *Diffamazione a mezzo stampa e pena detentiva: la Corte costituzionale dà un anno di tempo al Parlamento per trovare un punto di equilibrio tra libertà di espressione e tutela della reputazione individuale, in linea con i principi costituzionali e convenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2020, p. 1476 e ss.

VALBONESI C., *Prima tipicità della condotta colposa nelle attività rischiose lecite*, Napoli, 2023

VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012

VALENTINO A., *Le violenze del G8 di Genova sono tortura ai sensi della Cedu: ragioni della pronuncia e ripercussioni sull'ordinamento (Nota a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Cestaro c. Italia del 7/04/2015)*, in *Oss. cost.*, n. 2/2015, p. 1 e ss.

VALLINI A., *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2023, p. 91 e ss.

VALLINI A., *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del «concorso di regole cautelari»*, in *Leg. pen.*, 7.12.2017, p. 1 e ss.

VALLINI A., *Dai «pirati della strada» al bombardamento di Dubrovnik: prassi nazionali e sovranazionali in tema di dolus eventualis*, in *Ius17@unibo.it*, n. 1/2011, p. 247 e ss.

VALLINI A., *I nuovi spazi della legittima difesa nel panorama di un diritto penale "mediatico"*, in C. PIEMONTESE (a cura di), *La riforma della legittima difesa e della recidiva tra teoria e prassi*, Torino, 2008

VALSECCHI A., *L'incriminazione delle moderne forme di schiavitù*, in VIGANÒ F. (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2022

VALSECCHI A., *"Codice rosso": un commento sulle principali novità interessanti il diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2020, p. 163 e ss.

VAN DE KERCHOVE M., *Les caractères et les fonctions de la peine, nœud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'homme*, in CARTUYVELS Y. – DUMONT H. – OST F. – VAN DE KERCHOVE M. – VAN DROOGHENBROECK S. (a cura di), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit penal?*, Bruxelles, 2007

VENTUROLI M., *Mise en danger délibéré de la personne d'autrui*, in DONINI M. (a cura di), *Enciclopedia del Diritto. I tematici, 2. Reato colposo*, Milano, 2021

VERDOLINI V., *I lupi artificiali e le panne del diritto*, in *Soc. dir.*, n. 2/2015, p. 190 e ss.

VERDONCK L., *It is time for the European Court to step into the business and human rights debate: a comment on Özel & Others v. Turkey*, in *Strasbourg Observers*, 7.12.2015, p. 1 e ss.

VERONESI P., *Un'altra incostituzionalità "prospettata" ma non (ancora) dichiarata: la diffamazione a mezzo stampa nell'ord. n. 132 del 2020*, in *Stud. iur.*, n. 11/2020, p. 1355 e ss.

VIGANÒ F., *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9.04.2015, p. 1 e ss.

VIGANÒ F., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati*, in *Dir. pen. cont.*, 25.10.2014, p. 1 e ss.

VIGANÒ F., *Belpietro c. Italia: una pronuncia della Corte di Strasburgo in tema di (s)proporzione della sanzione detentiva inflitta ad un giornalista*, in *Quad. cost.*, n. 1/2014, p. 177 e ss.

VIGANÒ F., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in MANES V. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011

VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in BERTOLINO M. – EUSEBI L. – FORTI G. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011

VIGANÒ F., *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di "antigiuridicità" del fatto tipico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2009, p. 1062 e ss.

VIGANÒ F., *Sulla "nuova" legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2006, p. 189 e ss.

VIGANÒ F., *Fuga “spericolata” in autostrada e incidente con esito letale: un’ipotesi di dolo eventuale?*, in *Corr. merito*, n. 1/2005, p. 73 e ss.

VIGEVANI G.E., *Libertà di espressione, onore e controllo del potere. Sviluppi del diritto di critica politica, tra giudice nazionale ed europeo*, in *federalismi.it*, n. 3/2015, p. 1 e ss.

VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002

VITARELLI F., *Non è un delitto il mendicare quando si ha fame. La Corte Edu estende l’ambito di operatività dell’art. 8 CEDU riconoscendo il diritto alla mendicizia in assenza di alternative di sussistenza come intrinseco alla dignità umana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2021, p. 742 e ss.

VITARELLI F., *La Grande Camera estende l’ambito di operatività dell’art. 4 Cedu: verso una sempre maggiore tutela delle vittime vulnerabili in contesti di sfruttamento*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, n. 4/2020, p. 2116 e ss.

VIVIANI A., *Violenza domestica, discriminazione e obblighi degli Stati per la tutela delle vittime: il caso Opuz dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 3/2009, p. 667 e ss.

VOLPE V., *Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, 2017

VOZZA D., *Oltre la giustizia penale. La Corte EDU condanna lo Stato italiano nel caso dell’Ilva di Taranto per violazione del diritto al rispetto della vita privata e del diritto ad un ricorso effettivo*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2019, p. 707 e ss.

VOZZA D., *Obblighi di tutela penale del diritto alla vita ed accertamento del nesso causale. Riflessioni a margine della decisione della Corte europea dei diritti umani sul caso «Smaltini c. Italia»*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2016, p. 41 e ss.

XENOS D., *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, New York, 2012

XENOS D., *Asserting the Right to Life (Article 2, ECHR) in the Context of Industry*, in *German Law Journal*, n. 3/2007, p. 231 e ss.

ZACCHÈ F., *Caso “Cestaro c. Italia”:* dalla prima condanna della Corte EDU sull’irruzione alla Diaz l’obbligo di introdurre il delitto di tortura, in *Quad. cost.*, n. 2/2015, p. 462 e ss.

ZAGREBELSKY V., *Libertà di riunione e di associazione*, in ZAGREBELSKY V. – CHENAL R. – TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019

ZAGREBELSKY V., *Libertà di espressione*, in ZAGREBELSKY V. – CHENAL R. – TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019

ZAGREBELSKY V., *Libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Diritto all’istruzione*, in ZAGREBELSKY V. – CHENAL R. – TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019

ZAGREBELSKY V., *Diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza. Diritto al matrimonio e uguaglianza di coniugi*, in ZAGREBELSKY V. – CHENAL R. – TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019

ZAGREBELSKY V., *Divieto di schiavitù, di servitù e di lavori forzati o obbligatori*, in ZAGREBELSKY V. – CHENAL R. – TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019

ZAGREBELSKY V., *Divieto di tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti*, in ZAGREBELSKY V. – CHENAL R. – TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019

ZAGREBELSKY V., *Diritto alla vita*, in ZAGREBELSKY V. – CHENAL R. – TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019

ZAGREBELSKY V., *L'applicabilità della convenzione*, in ZAGREBELSKY V. – CHENAL R. – TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019

ZAGREBELSKY V., *La Corte europea dei diritti umani. Natura ed efficacia della sua giurisprudenza*, in ZAGREBELSKY V. – CHENAL R. – TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019

ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, n. 1/2009, p. 57 e ss.

ZAGREBELSKY V., *Violazioni strutturali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 2/2008, p. 5 e ss.

ZINGALES U., *Il “caso Belpietro” e la ricerca del giusto bilanciamento tra la libertà di espressione e il diritto alla reputazione (nota alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 24 settembre 2013, Belpietro c. Italia)*, in *Crit. dir.*, n. 2/2013, p. 231 e ss.

ZIRULIA S., *Art. 2 – Diritto alla vita*, in UBERTIS G. – VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022

ZIRULIA S., *Diritti umani e responsabilità colposa*, in DONINI M. (a cura di), *Enciclopedia del Diritto. I tematici, 2. Reato colposo*, Milano, 2021

ZIRULIA S., *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso ILVA*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2019, p. 135 e ss.

ZIRULIA S., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018

ZIRULIA S., *Il caso Eternit: profili generali in tema di amianto e responsabilità penale*, in FOFFANI L. – CASTRONUOVO D. (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia, vol. II, Impresa e sicurezza*, Bologna, 2015