

CAPITOLO I

L'impatto della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno

ROBERTO CHENAL^(*)

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Il ruolo della giurisprudenza e la prevedibilità nel quadro del principio di legalità in materia penale; 3. Il ruolo del legislatore e il *ne bis in idem*; 4. La responsabilità condivisa delle autorità pubbliche e la tutela della persona offesa-danneggiata.

1. Premessa.

La giurisprudenza più recente della Corte europea fornisce spunti interessanti per esaminare tre aspetti che rappresentano alcune tra le numerose questioni ancora aperte nel rapporto tra Convenzione europea e diritto interno in materia penale. Inoltre, i temi analizzati in questo contributo permettono di mettere in evidenza il ruolo fondamentale che ciascun attore nazionale gioca nel fornire una tutela effettiva dei diritti. Essi permettono infine di osservare come l'integrazione della Convenzione e dei diritti fondamentali a livello nazionale sia una responsabilità collettiva che ricade su tutti gli organi e poteri dello Stato. Questa prospettiva impone ai diversi soggetti una cooperazione nel quadro della quale ciascuno agisce sul fondamento e nei limiti posti dalla tutela effettiva dei diritti.

2. Il ruolo della giurisprudenza e la prevedibilità nel quadro del principio di legalità in materia penale.

Nel sistema convenzionale il principio di legalità ha una matrice comune a tutti i diritti: perché un'ingerenza nell'esercizio dei diritti sia legittima, essa deve possedere una "base legale", ossia deve presupporre l'esistenza di norme che siano accessibili e prevedibili. Ancora recentemente la corte ha ricordato che, in base a questo principio, "la legislazione interna deve ricorrere a termini sufficientemente chiari da indicare a chiunque in quali circostanze e a quali condizioni i pubblici poteri possano fare ricorso a misure che incidono sui diritti protetti dalla Convenzione"⁽¹⁾.

Deve, inoltre, considerarsi che la corte tiene ben distinto il principio di legalità da quello della riserva di legge: anche se il diritto interno richiede che l'interferenza sia prevista da una fonte normativa specifica, la Convenzione non stabilisce tale requisito⁽²⁾.

Tale principio è applicato negli stessi termini nell'ambito dell'articolo 7 Cedu e in relazione alle condanne e sanzioni di natura sostanzialmente penali. La conseguenza più nota è che, anche in ambito penale, la "base legale" di una condanna o sanzione non deve necessariamente fondarsi su una disposizione legislativa di rango primario. La corte ha recentemente ribadito questo concetto in termini molto netti nel caso *Norman c. Regno Unito* del 6 luglio 2021⁽³⁾, nel quale il ricorrente – un agente penitenziario che, in cambio di denaro, forniva informazioni confidenziali a un giornalista – è stato condannato per "misconduct in public office", reato di "creazione giurisprudenziale". In questa occasione è stato ribadito che l'articolo 7 Cedu "does not require a criminal offence to be placed on a statutory footing" (par. 62).

Dal principio generale secondo il quale la Corte europea considera compatibili con l'articolo 7 Cedu anche reati di "creazione giurisprudenziale", viene spesso affermato, in termini fortemente critici, che in virtù della "contaminazione" di matrice anglosassone, la Corte di Strasburgo *imporrebbe* anche in capo ai Paesi di civil law il riconoscimento della giurisprudenza come fonte del diritto. Questa osservazione, tuttavia, a parere di chi scrive, non tiene in debita considerazione che nella definizione di base legale fornita dal diritto convenzionale sono centrali due diversi aspetti: affinché possa dirsi sussistente una valida base legale non è, infatti, sufficiente dimostrarne la formale esistenza, ma è necessario provare che la stessa possiede determinate "qualità". In primo luogo, dunque, la norma che funge da base legale (sia essa di origine legislativa o giurisprudenziale) deve preesistere rispetto al fatto contestato; in secondo luogo, al momento della commissione del fatto, la norma deve risultare anche "accessibile" e "prevedibile". Il primo aspetto riguarda il tema delle fonti del diritto, mentre il secondo riguarda, tra gli altri, la prevedibilità in concreto nella prospettiva dell'individuo che subisce la sanzione. Secondo la corte, il cuore della garanzia risiede proprio in quest'ultimo aspetto: "what is important is that whatever the basis for the offence, the substantive guarantees of legal certainty are satisfied"⁽⁴⁾. Ne consegue che, seguendo questo approccio, un'incriminazione pur fondata su un dato normativo che poteva dirsi esistente al momento del fatto (ad esempio, una disposizione legislativa) non necessariamente può considerarsi prevedibile in concreto al momento della commissione del fatto, e dunque fondata su un'adeguata base legale.

(*) Giurista presso la Corte europea dei diritti dell'uomo. Le opinioni espresse nel presente articolo sono strettamente personali e non rispecchiano necessariamente il parere della Corte europea dei diritti dell'uomo.

(1) Corte eur. diritti dell'uomo 22 luglio 2021, *Gumenyuk e altri c. Ucraina*, <www.hudoc.echr.coe.int>, par. 96, e, in generale, Grande camera, 12 giugno 2014, *Fernández Martínez c. Spagna*, *ibid.*, par. 117.

(2) Si veda, per esempio, Corte eur. diritti dell'uomo 14 giugno 2016, *Birzietis c. Lituania*, <www.hudoc.echr.coe.int>, par. 50; questo caso costituisce un esempio interessante di interazione

tra riserva di legge nazionale e rispetto della base legale ai sensi della Convenzione: si vedano, in particolare, i par. 47-52.

(3) In <www.hudoc.echr.coe.int>.

(4) Corte eur. diritti dell'uomo 6 luglio 2021, *Norman c. Regno Unito* cit., par. 62.

Il caso *Conrada c. Italia*⁽⁵⁾ costituisce un interessante esempio di questa ipotesi: il fatto che, *ex post*, si sia ricondotto, in via interpretativa, il concorso esterno in associazione mafiosa alla base legale costituita dagli articoli 110 c.p. e 416 *bis* c.p. (preesistente rispetto al fatto e di derivazione legislativa), non è stato ritenuto dalla Corte Edu sufficiente per dimostrare che, all'epoca dei fatti, tale interpretazione fosse prevedibile. Questa conclusione, a parere dei giudici di Strasburgo, è comprovata dal fatto che si era dovuto attendere almeno un decennio di forti contrasti giurisprudenziali per giungere a una decisione delle sezioni unite che mettesse fine al dibattito.

Il "fraitendimento" alla fonte della critica precedentemente menzionata sorge probabilmente dall'indebita sovrapposizione di due concezioni diverse di "base legale" e, più in particolare, dal livello di tutela riconosciuto alle già citate "substantive guarantees of legal certainty": nella prima concezione, si considera unicamente l'esistenza della base legale e la sua prevedibilità in astratto; nella seconda si valuta anche la prevedibilità in concreto della sua applicazione.

La prevedibilità in astratto di una disposizione, infatti, si può esaminare *ex ante*, al momento stesso della sua entrata in vigore. Al contrario, la prevedibilità in concreto non può che essere valutata *ex post*, e in particolare al momento della commissione del fatto.

In un sistema che prevede la riserva di legge e che nega rilevanza, ai fini del rispetto del principio di legalità, alla prevedibilità in concreto, si pone l'attenzione esclusivamente sull'esistenza formale della disposizione legislativa e sulla qualità della sua formulazione. In questo quadro il dibattito è "schiacciato" sul tema delle fonti del diritto, alla luce del quale viene esaminato il ruolo della giurisprudenza. Si viene così a creare una secca alternativa secondo la quale la giurisprudenza, se ritenuta rilevante, non può che contribuire alla "creazione" della base legale; in caso contrario, esclusa dal novero delle fonti del diritto, essa non costituisce un parametro rilevante ai fini della valutazione del rispetto del principio di legalità.

La stessa affermazione della Corte europea, secondo la quale "è principio consolidato nella tradizione giuridica degli Stati firmatari della Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente alla progressiva evoluzione del diritto penale"⁽⁶⁾, è potenzialmente foriera di fraintendimenti. Sebbene una maggior prudenza da parte della corte nell'uso del termine "source du droit" sarebbe auspicabile, l'affermazione deve essere esaminata non alla luce del dibattito nazionale sulle fonti del diritto, ma della nozione di legalità e di base legale propria della Convenzione.

A questo riguardo, spesso non è posto sufficientemente in evidenza che, nella prospettiva della corte, la giurisprudenza può giocare, a seconda dei sistemi giuridici nazionali, un duplice aspetto: integrare la base legale e fornirle prevedibilità in concreto. La corte è attenta a prendere in considerazione le specificità di ogni sistema giuridico nazionale e non impone la giurisprudenza come fattore di integrazione della base legale né come fattore di integrazione della prevedibilità; semplicemente prende atto dei materiali normativi esistenti in ciascun ordinamento e valuta il rispetto della legalità nei suoi due aspetti (esistenza e prevedibilità). La giurisprudenza rileva, quindi, ai fini della dimostrazione dell'esistenza della base legale solo nei confronti dei Paesi che ritengono che la giurisprudenza sia fonte del diritto.

Per valutare la prevedibilità della base legale, è invece necessario verificare quali materiali normativi gliela con-

feriscono, tenendo conto delle caratteristiche e peculiarità del singolo ordinamento giuridico.

Il recente caso della Corte europea *M.K. c. Lussemburgo* del 18 maggio 2021⁽⁷⁾, fornisce lo spunto per chiarire questo aspetto. Nei confronti della ricorrente, una persona anziana e vulnerabile, fu nominato un curatore in ragione della sua "prodigalité". Il criterio relativo alla "prodigalité" era previsto dal codice civile e ciò non si poneva alcun dubbio sull'esistenza in quanto tale di una base legale. Tuttavia, era necessario esaminare la prevedibilità della sua interpretazione nel caso concreto. Nel caso di specie tale nozione non era stata definita, al momento dell'ingerenza nel diritto alla vita privata, né dalla legge né dalla giurisprudenza lussemburghese (par. 57). Il caso della ricorrente è stato il primo in cui i tribunali lussemburghesi hanno definito il termine "prodigalité".

La corte ha verificato se sussistevano ulteriori materiali normativi dai quali fosse possibile dedurre elementi di prevedibilità dell'interpretazione fornita dalle corti lussemburghesi. A questo proposito essa ha constatato che in Lussemburgo "sia gli avvocati che i tribunali si riferiscono frequentemente alle decisioni adottate dai tribunali francesi o alla dottrina francese nelle materie in cui gli istituti sono simili" (par. 58). La corte ha ritenuto quindi che, alla luce dell'interpretazione della giurisprudenza e della dottrina francese del termine "prodigalité", l'interpretazione fornita dai tribunali lussemburghesi potesse considerarsi prevedibile e ciò anche se la corrispondente disposizione francese era stata nel frattempo abrogata (par. 58 e 59).

Come emerge da questo esempio, la corte non intende conferire alla giurisprudenza e alla dottrina francese lo status di fonte del diritto lussemburghese né tantomeno del diritto di altri paesi parte alla Convenzione. Tali riferimenti sono stati presi in considerazione unicamente in quanto fonte di prevedibilità in concreto dell'interpretazione fornita dall'ordinamento interno.

Allo stesso modo, che la giurisprudenza svolga, secondo la Corte europea, un ruolo centrale non tanto sul piano delle fonti del diritto ma su quello della prevedibilità emerge chiaramente da uno dei passaggi più richiamati dalla corte: "molte leggi sono necessariamente formulate in termini più o meno vaghi, la cui interpretazione e applicazione dipende dalla pratica. Pertanto, in qualsiasi sistema giuridico, per quanto chiara possa essere la formulazione di una disposizione legale, ivi compresa una disposizione di diritto penale, sussiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Ci sarà sempre la necessità di chiarire le incertezze e di adattarsi alle circostanze che cambiano. Inoltre, la certezza, pur essendo altamente auspicabile, è talvolta accompagnata da un'eccessiva rigidità, e il diritto deve essere in grado di adattarsi al mutare delle circostanze. La funzione decisionale affidata ai tribunali serve proprio a dissipare i dubbi che possono rimanere sull'interpretazione delle norme"⁽⁸⁾.

Nell'ottica della Convenzione, dunque, la giurisprudenza svolge un ruolo centrale nella tutela del diritto alla sicurezza giuridica, la quale a sua volta costituisce un elemento sotteso a tutti gli articoli della Convenzione e uno dei pilastri fondamentali dello Stato di diritto⁽⁹⁾.

Come si è cercato di dimostrare, fare emergere l'importanza della giurisprudenza non significa introdurre un elemento di incertezza e instabilità, ma sottolinea la responsabilità della giurisdizione nella creazione di un ordinamento giuridico che valorizza la prevedibilità come condizione delle ingerenze pubbliche nell'esercizio dei diritti dei singoli.

Un ruolo fondamentale, in questo senso, è svolto dalle corti supreme, il cui compito è quello di risolvere le incoe-

(5) Corte eur. diritti dell'uomo 14 aprile 2015, *Conrada c. Italia*, *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Diritti politici e civili*, n. 231.

(6) Corte eur. diritti dell'uomo 24 aprile 1990, *Kruslin c. Francia*, par. 29, e 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, par. 93, entrambe in <www.hudoc.echr.coe.int>.

(7) In <www.hudoc.echr.coe.int>.

(8) Vedi, ad es., la citata *M.K. c. Lussemburgo* del 18 maggio 2021.

(9) Corte eur. diritti dell'uomo 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin c. Perihan Şahin c. Turchia*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

renze nella giurisprudenza dei tribunali di merito⁽¹⁰⁾ e di ricomporre i conflitti giurisprudenziali che possono sorgere fra le sezioni della stessa corte apicale, in modo da dare stabilità all'interpretazione delle disposizioni legislative, eliminando l'incertezza giuridica che possa sorgere intorno a tale interpretazione⁽¹¹⁾.

È chiaro, tuttavia, che in assenza di un quadro di regole determinate e chiare, la sola giurisprudenza rischia non solo di non essere un fattore di certezza del diritto, ma, travolta dalla difficile impresa di interpretare disposizioni spesso poco chiare, vaghe e ambigue, finisce per essere essa stessa fonte di incertezza integrante la violazione del principio di legalità⁽¹²⁾. Sebbene i giudici nazionali siano i giudici comuni della Convenzione e tra i principali attori responsabili del rispetto dei diritti fondamentali, tale responsabilità non può ricadere esclusivamente sulle spalle della giurisdizione in assenza della cooperazione delle altre autorità pubbliche, *in primis* il legislatore. Il tema qui di seguito trattato costituisce un esempio da cui emerge l'importanza del ruolo giocato dal legislatore nel garantire l'effettività dei diritti fondamentali.

3. Il ruolo del legislatore e il *ne bis in idem*.

Il tema del *ne bis in idem*, in particolare in seguito alle sentenze *Grande Stevens c. Italia*⁽¹³⁾ e *A e B c. Norvegia* della Grande camera⁽¹⁴⁾, è stato oggetto di un intenso dibattito dottrinale e di numerose decisioni della Corte di cassazione e della Corte costituzionale. Tra i diversi aspetti che entrano in gioco in relazione al doppio binario sanzionatorio, il tema della nozione di *bis* è quello che pone maggiori difficoltà interpretative della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Negli ultimi mesi la Corte Edu ha emesso una serie di decisioni che hanno permesso di delineare con maggiore chiarezza la portata della sentenza di Grande camera a questo riguardo.

Al fine di rendere più agevole l'analisi delle questioni trattate successivamente, può essere utile richiamare i criteri che la Corte Edu ha enucleato al fine di determinare il carattere integrato delle procedure.

Per accertare l'esistenza della c.d. connessione materiale è necessario verificare:

- i. se le diverse procedure perseguono scopi di natura complementare e se perciò sono volti, non solo in astratto ma anche in concreto, a prendere in considerazione aspetti differenti del medesimo comportamento antigiuridico;
- ii. se il doppio procedimento è una conseguenza prevedibile, sia a livello di diritto sia a livello pratico, della stessa condotta;
- iii. se i procedimenti sono stati condotti in maniera tale da evitare, per quanto possibile, ogni conseguenza negativa non necessaria derivante dalla duplicazione dei procedimenti, con particolare riferimento alle duplicazioni nella ricerca e nella valutazione della prova: questo obiettivo può essere raggiunto attraverso un'adeguata interazione fra le diverse autorità competenti al fine di assicurare che l'accertamento dei fatti in uno dei procedimenti possa essere acquisito nell'altro;
- iv. e, soprattutto, se la sanzione comminata nel procedimento che è divenuto definitivo per primo è stata presa in considerazione nel secondo procedimento, in modo tale

da evitare che il singolo possa essere chiamato a sopportare un peso eccessivo: quest'ultimo rischio diminuisce notevolmente se viene previsto un meccanismo volto a garantire che la sanzione complessivamente comminata sia proporzionata.

Alla luce della giurisprudenza più recente della Corte Edu, si possono inoltre sottolineare i seguenti aspetti.

Innanzitutto, il carattere complementare degli scopi *sub i*) si riferisce non tanto alla natura della sanzione potenzialmente comminabile (è infatti chiaro che entrambe le sanzioni debbano avere carattere afflittivo, giacché, in caso contrario, il principio del divieto di *bis in idem* non entrerebbe neppure in gioco) quanto alla complementarità dei beni giuridici tutelati⁽¹⁵⁾.

In relazione alla connessione temporale, invece, il controllo della corte è particolarmente stringente: le due procedure devono svolgersi in parallelo. Nonostante un certo scarto temporale sia considerato accettabile, la corte ha ritenuto che una differenza di alcuni anni non sia sintomo di procedure integrate e ciò anche se il ritardo di una delle procedure è dovuto al fatto che il ricorrente ha percorso tutti i gradi di giudizio interni. Nel caso *Bragi Guðmundur Kristjánsson c. Islanda* del 31 agosto 2021⁽¹⁶⁾, ad esempio, la corte ha affermato che "lo Stato non può fare affidamento sul fatto che il destinatario dell'accertamento esperirà tutti i mezzi di impugnazione a sua disposizione in uno dei procedimenti in questione per creare una connessione temporale con l'altro procedimento". Una conclusione del genere, infatti, andrebbe a detrimento di coloro che hanno scelto di impugnare, e questa scelta non può essere utilizzata per indebolire la tutela dei diritti dall'art. 4 Prot. 7 (par. 75).

Infine, la corte ha stabilito che si tratta di criteri cumulativi e non alternativi, dal momento che l'assenza di uno solo di essi porta alla conclusione della duplicità delle procedure⁽¹⁷⁾.

Chiariti questi aspetti, si può ora passare all'esame di alcune considerazioni che sono state espresse a proposito della sentenza *A e B* (a questo proposito v. in particolare la sentenza della Corte costituzionale 2 marzo 2018, n. 43⁽¹⁸⁾) e che si possono così riassumere: la corte avrebbe mutato l'approccio adottato in *Grande Stevens*, in primo luogo ammettendo, in quanto tale, la possibilità di una doppia procedura sostanzialmente penale la cui legittimità ricade nella discrezionale valutazione del giudice e, in secondo luogo, ponendo l'accento sul carattere globalmente proporzionato delle sanzioni inflitte (v. punto *sub iv*), avrebbe modificato la natura del diritto da *bis in idem*, da processuale a sostanziale.

Inoltre, sono state mosse anche alcune critiche in relazione ai criteri utilizzati dalla corte per definire il *bis*, considerati eccessivamente vaghi e generici: così come sono stati formulati, essi non permetterebbero di fornire al giudice che deve applicarli nel caso concreto sufficienti elementi per stabilire quando è possibile procedere una seconda volta nei confronti dello stesso soggetto, creando un'incertezza giuridica a fronte della necessità di perseguire beni giuridici di significativa rilevanza. Inoltre, potrebbero condurre a risultati palesemente arbitrari: il più rilevante sarebbe quello di permettere al soggetto di influire sulla scelta di quale, tra le diverse procedure in corso, portare a termine per prima, al fine di trarre vantaggio dal "bloccare" la prosecuzione della seconda procedura, normalmente quella che conduce a conseguenze maggiormente afflittive.

(10) Corte eur. diritti dell'uomo 28 ottobre 1999, *Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri c. Francia*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

(11) Corte eur. diritti dell'uomo 23 maggio 2019, *Sine Tsagarakis A.E.E. c. Grecia*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

(12) Corte eur. diritti dell'uomo 6 dicembre 2007, *Beian c. Romania*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

(13) Corte eur. diritti dell'uomo 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia, Foro it.*, 2015, IV, 129.

(14) Corte eur. diritti dell'uomo 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia, Foro it.*, 2017, IV, 53, con nota di DE MARZO.

(15) Si veda a questo proposito, da ultimo, Corte eur. diritti dell'uomo 31 agosto 2021, *Milosevic c. Croazia*, <www.hudoc.echr.coe.int>, par. 37-40.

(16) In <www.hudoc.echr.coe.int>.

(17) Corte eur. diritti dell'uomo 31 agosto 2021, *Milosevic c. Croazia* cit., par. 42.

(18) *Foro it.*, 2018, I, 1475.

Tuttavia, a parere di chi scrive, la Corte Edu, con la sentenza *A e B* – e la giurisprudenza successiva sembra dimostrarlo – non ha attuato un mutamento di giurisprudenza, ma ha solo ribadito e precisato i criteri che erano già stati enunciati in precedenza.

In effetti, a ben vedere, i giudici di Strasburgo non hanno ritenuto legittimo di per sé un sistema che prevede due procedure separate. Al contrario, la corte ha chiaramente affermato che il rispetto dell'articolo 4 Prot. n. 7 richiederebbe, in principio, la previsione di un'unica procedura al fine di soddisfare gli obiettivi perseguiti per reagire all'infrazione commessa (par. 130). Tuttavia, per non ricorrere a un esame formalistico e alla luce del margine di apprezzamento di cui dispongono gli Stati, la corte ha ammesso che gli Stati possono legittimamente optare per risposte giuridiche complementari per far fronte a determinati comportamenti socialmente inaccettabili (per esempio, il mancato rispetto del codice della strada o l'evasione fiscale), facendo ricorso ad una duplicazione delle procedure a condizione che tale scelta sia il frutto di un sistema integrato che permetta di reprimere un fatto socialmente riprovevole cogliendone tutti gli aspetti in maniera prevedibile e proporzionata, in modo da costituire un tutto coerente (par. 121).

Inoltre, per quanto riguarda il presunto riconoscimento della natura sostanziale del *bis in idem*, deve osservarsi come non ci sia traccia nella giurisprudenza della corte, almeno fino ad oggi, di un mutamento della natura del diritto in gioco. Il criterio relativo alla valutazione del carattere proporzionato delle sanzioni eventualmente inflitte è stato introdotto dalla corte soltanto come "indice" per l'esame della connessione materiale. È difficile sostenere che la corte, al fine di poter valutare a quali condizioni è possibile fare ricorso a un sistema integrato in caso di doppio binario (formalmente penale e solo sostanzialmente penale), abbia modificato così radicalmente la natura del diritto che, si deve ricordare, continua a imporre una e una sola procedura in caso di doppia procedura formalmente penale.

Rimane da esaminare la critica relativa al carattere vago e indeterminato dei criteri che la Corte Edu avrebbe imposto ai giudici di applicare caso per caso con conseguenze potenzialmente arbitrarie.

La difficoltà per i giudici nazionali di applicare *ex post* i criteri previsti dalla sentenza *A e B*, al fine di non incorrere in una violazione dell'articolo 4 Prot. n. 7, emerge chiaramente dall'analisi delle sentenze successive alla decisione della Grande camera. Risulta infatti arduo riuscire a ritenere integrate procedure che a monte non sono state concepite, da parte del legislatore, come tali. Da un esame dei casi decisi da parte di un comitato o una camera, si può notare come in ben tredici casi sia stata riscontrata un'assenza di connessione e in soli tre casi sia stata riconosciuta l'esistenza di una connessione.

Le critiche sopramenzionate si rilevano infondate se solo si considera che i criteri, gli standard e i test indicati dalla Corte Edu non si rivolgono unicamente ai giudici, sebbene questi costituiscono necessariamente uno dei principali versanti con i quali instaurare un dialogo e una cooperazione finalizzata alla tutela effettiva dei diritti. I criteri enunciati dalla corte devono essere intesi innanzitutto come linee guida che informano l'intero sistema normativo nazionale.

Ciò vale anche per quelli elaborati dalla corte in tema di *bis in idem*, che, per loro stessa natura, non possono che essere generali e astratti, e non necessariamente costituiscono un parametro pensato per essere direttamente applicato dal giudice nel quadro dell'esame del singolo caso. D'altronde, la corte non sarebbe legittimata a prevedere precise regole processuali funzionali a regolare i rapporti tra le procedure nazionali. In altre parole, i criteri che permettono di stabilire se le procedure siano o meno integrate si rivolgono, prima di tutto, ai legislatori al fine di guidarli nella concezione di un sistema che sia rispettoso del diritto riconosciuto dal protocollo addizionale. A questo proposito, si deve evidenziare come più volte la corte abbia precisato che il criterio della

"prevedibilità" sopra richiamato non verte sulla possibilità che di per sé la persona possa subire in parallelo due procedure: ciò che deve essere prevedibile – *ex ante* e in astratto – sembrerebbe essere il carattere integrato delle procedure⁽¹⁹⁾. Nel già menzionato caso *Milosevic* (par. 42), inoltre, dopo aver constatato la violazione del *ne bis in idem*, la corte ha preso atto del fatto che la duplicazione delle procedure è una "direct consequence of the domestic law".

La domanda fondamentale che sorge è: il sistema del doppio binario è stato concepito come "sistema di procedure integrate"? In caso di risposta negativa, non si può escludere che, a certe condizioni, si possa giungere a conclusioni conformi ai criteri stabiliti dalla corte in *A e B*. Allo stesso tempo, in assenza dell'intervento del legislatore che a monte ricostruisca un sistema di regole coerente con il rispetto della disposizione in esame, è altrettanto probabile che l'applicazione a valle, da parte dei giudici, dei criteri fissati dalla Grande camera possa condurre a risultati arbitrari. Ciò, tuttavia, non dipende né dall'eccessiva vaghezza dei criteri, né da una scorretta applicazione di tali criteri da parte dei giudici ma dall'assenza di un quadro normativo che permetta di perseguire lo stesso fatto attraverso un sistema integrato di procedure. In molti casi, solo il legislatore può intervenire al fine di garantire effettività alla tutela dei diritti e allo stesso tempo prevedibilità delle decisioni di giustizia.

4. La responsabilità condivisa delle autorità pubbliche e la tutela della persona offesa-danneggiata.

I temi affrontati in precedenza dimostrano l'importanza del ruolo della giurisprudenza e del legislatore nel garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali.

Deve tenersi in considerazione, però, che spesso le responsabilità di diversi organi o poteri dello Stato devono essere esaminate congiuntamente: si incorrerebbe in un errore metodologico se si cercasse di imputare la violazione dei diritti fondamentali a uno specifico organo o potere dello Stato, di solito individuato in quello che in ultima istanza è il responsabile "materiale" della violazione, senza considerare l'eventuale responsabilità collettiva, condivisa, di una pluralità di organi, vale a dire delle autorità pubbliche intese nella loro globalità.

Un esempio interessante di tale situazione è costituito dal tema oggetto della recente sentenza *Petrella c. Italia* del 18 marzo 2021⁽²⁰⁾, che si è occupata della questione della tutela della persona offesa-danneggiata dal reato.

Nel caso *Petrella* sono emersi due aspetti principali: il primo relativo all'applicabilità del diritto al giusto processo tutelato dall'articolo 6 Cedu anche alla persona offesa-danneggiata nel quadro del processo penale – questione già esaminata nel caso *Arnoldi c. Italia* del 7 dicembre 2017⁽²¹⁾ –; il secondo inerente alla giustificazione della restrizione dell'accesso al giudizio penale come sede di risarcimento del danno in ragione della prescrizione.

È importante chiarire preliminarmente che la Corte Edu, nel ritenere applicabile l'articolo 6 Cedu in questa ipotesi, non intende sostenere che la persona offesa-danneggiata debba necessariamente avere un ruolo in sede penale e che l'ordinamento debba necessariamente riconoscerle dei diritti nel quadro della procedura che esamina la responsabilità penale dell'imputato. L'articolo 6 non tutela diritti sostanziali non previsti dall'ordinamento interno né impone la predisposizione di strumenti processuali specifici per la loro tutela, la cui scelta rientra nel margine di apprezzamento degli Stati.

Se l'ordinamento nazionale non prevedesse la costituzione di parte civile nell'ambito del procedimento penale,

(19) Si veda, ad es., Corte eur. diritti dell'uomo 8 ottobre 2019, *Korneyeva c. Russia*, <www.hudoc.echr.coe.int>, par. 58.

(20) In <www.hudoc.echr.coe.int>.

(21) In <www.hudoc.echr.coe.int>.

la corte riterrebbe non applicabile l'articolo 6 e rigetterebbe il ricorso per incompatibilità *ratione materiae*⁽²²⁾.

La corte impone il riconoscimento di una serie di diritti nel quadro del procedimento penale alle potenziali vittime dei reati unicamente qualora entrino in gioco obblighi positivi di tutela ai sensi di altre disposizioni della Convenzione dalle quali è possibile dedurre degli obblighi di criminalizzazione⁽²³⁾. Tuttavia, una volta che un diritto sostanziale di natura civile sussiste e uno strumento processuale è fornito al soggetto leso, l'articolo 6 impone che il diritto al giusto processo sia applicato in maniera concreta ed effettiva.

Nella sentenza *Arnoldi*, dunque, la corte ha esaminato l'applicabilità dell'articolo 6 Cedu in relazione alle specificità del sistema giuridico italiano (par. 44) e ha ritenuto che la tutela di questa disposizione si estendesse anche alla persona offesa-danneggiata in virtù di una serie di considerazioni.

In primo luogo, ha applicato il concetto di nozione autonoma anche alla nozione di "parte processuale": in altre parole, per "parte" non si intendono soltanto quelle formalmente riconosciute come tali dall'ordinamento interno, ma anche quelle che possono essere considerate "parti" in virtù di una valutazione sostanziale fondata sulle caratteristiche dell'ordinamento in discussione (par. 27-30). In questa prospettiva, la circostanza che la persona offesa-danneggiata, non ancora costituita parte civile, non abbia uno statuto formale di parte nell'ordinamento interno non costituisce un ostacolo per l'applicazione dell'articolo 6.

In secondo luogo, sulla scia della sentenza di Grande camera *Perez c. Francia* del 12 febbraio 2004⁽²⁴⁾, la Corte ha esaminato se: a) la ricorrente intendesse fare valere un diritto di carattere civile o ottenere un risarcimento nel quadro della procedura penale e b) se la fase delle indagini preliminari fosse determinante per il diritto di carattere civile in gioco.

Mentre la prima questione è di carattere propriamente fattuale, legato all'esame del caso concreto, può essere utile soffermarsi sul secondo aspetto. A tal fine, la corte ritiene decisivi gli elementi seguenti: il riconoscimento in capo alla persona offesa di una serie di diritti nel quadro delle indagini preliminari (par. 37), l'importanza della fase delle indagini ai fini dell'accertamento di responsabilità dell'imputato e dell'accertamento dei danni subiti dalla potenziale vittima (par. 38) e, infine, il riconoscimento nell'ordinamento italiano del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (par. 39).

Quest'ultimo aspetto è, nella prospettiva della Corte Edu, senz'altro decisivo, in quanto dalla circostanza che la procura ha l'obbligo di esercitare l'azione penale consegue che, dopo aver depositato una denuncia, la persona offesa può legittimamente attendersi che, se ricorrono i presupposti previsti dalla legge, gli sia offerta la possibilità di costituirsi parte civile nel processo.

Nel caso *Arnoldi*, la questione dell'applicabilità dell'articolo 6 era preliminare all'esame del rispetto della durata della procedura penale, inclusa la fase delle indagini preliminari. Nel caso *Petrella c. Italia*, invece, la corte ha trattato il tema dal punto di vista del diritto di accesso al tribunale. Nel caso di specie, infatti, il ricorrente, dopo aver sporto denuncia per diffamazione, non aveva potuto ottenere un esame nel merito dell'eventuale responsabilità dell'accusato ai fini del risarcimento in quanto il procedimento si era concluso con un decreto di archiviazione per prescrizione. La corte, constatando che nessun atto di indagine era stato compiuto nel corso di sei anni, ha concluso per la violazione dell'articolo 6 in quanto la causa dell'impossibi-

lità di esaminare la domanda del ricorrente era da imputare esclusivamente all'inattività ingiustificata della procura (par. 52).

È opportuno ricordare che, con la sentenza 25 novembre 2020, n. 249⁽²⁵⁾, la Corte costituzionale ha dichiarato fondata la questione di legittimità costituzionale della legge Pinto, nella parte in cui prevede che il processo penale si considera iniziato con l'assunzione della qualità di parte civile in capo alla persona offesa dal reato ai fini del computo della durata ragionevole, sulla base, tra le altre, di una duplice considerazione.

In primo luogo, la persona offesa dal reato, cui fa riferimento l'art. 90 c.p.p., e il soggetto al quale il reato ha recato danno, contemplato dall'art. 74 c.p.p. ai fini della legittimazione all'azione civile, non sono immancabilmente coincidenti. Le facoltà e i diritti riconosciuti in capo alla persona offesa non riguardano la persona danneggiata e, in ogni caso, non sono "funzionali alla tutela anticipata del diritto potenziale riconosciuto alla parte civile e il loro esercizio non deve perciò implicare una retrodatazione della decorrenza del periodo dei patimenti connessi all'accertamento processuale del credito risarcitorio da reato".

In secondo luogo, il «diritto di carattere civile» del danneggiato da reato è "sempre tutelabile con la proposizione dell'azione restitutoria o risarcitoria innanzi al giudice civile" e "l'interferenza degli approdi del processo penale sulla pretesa civile di danno [...] discende piuttosto, unicamente dalla scelta che il danneggiato compie proprio mediante la costituzione di parte civile, la quale configura l'unico modo di esercizio dell'azione civile nel processo penale stesso".

Quanto al primo argomento utilizzato dalla Corte costituzionale, può osservarsi che, come si è già visto, una delle condizioni per l'applicabilità dell'articolo 6 Cedu è che la persona offesa possa anche reputarsi danneggiata, in quanto in assenza di un diritto di carattere civile in gioco, la disposizione in esame non si applica. Inoltre, con riguardo all'assenza di un'automatica incidenza determinante dell'esito delle indagini preliminari, semmai di eccessiva durata, sul «diritto di carattere civile» del danneggiato da reato, ci si limita in questa sede a richiamare i già menzionati argomenti posti dalla Corte europea e a notare che la stessa Corte costituzionale, nella sentenza 28 dicembre 1990, n. 559⁽²⁶⁾, aveva affermato che "i poteri della persona offesa sono funzionali alla tutela anticipata dei diritti riconosciuti alla parte civile".

Quanto all'argomento relativo alla possibilità di ricorrere al giudice civile, che costituisce la questione di maggiore interesse posta dalla sentenza *Petrella*, la valutazione della Corte Edu sembra divergere significativamente rispetto a quella della Corte costituzionale. L'oggetto della questione si può riassumere nel modo seguente: ammesso che un ordinamento interno offra uno strumento processuale per fare valere la tutela di un proprio diritto di carattere civile (in questo caso, come è stato detto, il procedimento penale), in caso di limitazione dell'accesso al tribunale per ragioni non imputabili alla persona offesa-danneggiata, ma causate dalle stesse autorità (ad esempio l'inattività della procura nelle indagini preliminari), le conseguenze devono ricadere sull'individuo – che potrà eventualmente fare valere le sue ragioni instaurando un nuovo processo a distanza di anni dalla denuncia – o sullo Stato?

In linea di principio, secondo la giurisprudenza della Corte Edu, il diritto di accesso al tribunale è violato laddove la sua regolamentazione cessa di essere funzionale alla certezza del diritto e alla buona amministrazione della giustizia e costituisce una barriera che impedisce al singolo di veder affrontato nel merito la propria domanda dalla giurisdizione competente⁽²⁷⁾. Nel caso *Zubac c. Croazia*

(22) Per l'esempio del sistema giuridico turco così come modificato nel 2015, si veda Corte eur. diritti dell'uomo 28 aprile 2020, *Özdemir c. Turchia*, <www.hudoc.echr.coe.int>, par. 59-62.

(23) Per esempio, sui rapporti tra articolo 6 e articolo 2 Cedu, v. Corte eur. diritti dell'uomo 20 novembre 2018, *Asma c. Turchia*, <www.hudoc.echr.coe.int>, par. 51-54.

(24) In <www.hudoc.echr.coe.int>.

(25) In *Foro it.*, 2021, I, 1982, con nota di DE MARZO.

(26) *Foro it.*, 1991, I, 1373.

(27) Corte eur. diritti dell'uomo 16 novembre 2006, *Tsalkitzis c. Grecia*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

della Grande camera⁽²⁸⁾, si è precisato che una limitazione dell'accesso al tribunale è sproporzionata quando la mancata valutazione nel merito della domanda è da ricondurre a cause di cui il ricorrente non è responsabile.

Ciò è esattamente quanto accaduto nel caso *Petrella*, nel quale, come osservato dalla Corte Edu, l'impossibilità per il ricorrente di presentare la domanda di risarcimento dei danni è stata causata esclusivamente dal ritardo con il quale è stato trattato il caso e dalla conseguente prescrizione del reato su cui si fondava la denuncia (par. 52). Al di là dell'astratta possibilità per il ricorrente di adire il giudice civile, la corte ha così ritenuto che la limitazione del diritto in gioco non fosse giustificata e che le conseguenze di tale disfunzione non potessero quindi ricadere sul soggetto incolpevole.

Alla luce di ciò e posto il carattere definitivo e vincolante delle due sentenze della Corte Edu, si pone il problema dell'esistenza di rimedi interni che possano prevenire ed eventuale riparare le violazioni dell'articolo 6 sia sotto il profilo dell'eccessiva durata delle indagini preliminari, sia di quello dell'accesso al tribunale.

A questo proposito, appare opportuno ricordare che, sempre nella sentenza *Petrella*, la corte ha constatato la violazione dell'articolo 13 Cedu in relazione all'assenza di un rimedio effettivo per la irragionevole durata della procedura per la persona offesa-danneggiata (par. 61-62) e, allo stesso tempo, per quanto riguarda il profilo dell'accesso al tribunale, ha ritenuto che il governo non abbia dimostrato il carattere effettivo dell'unico strumento attualmente a disposizione del ricorrente per rimediare alla stasi delle indagini, ossia la domanda di avocazione delle indagini (par. 24-30).

Successivamente alla sentenza *Petrella*, la Corte costituzionale è tornata sul tema con la sentenza 28 ottobre 2021, n. 203 (*ForoNews*, <www.foroitaliano.it>, 1 novembre 2021, con nota di G. De Marzo, *Persona offesa e parte civile: personaggi in cerca di autore nel dialogo tra le Corti, in attesa del legislatore*) nella quale essa ha confermato l'impianto argomentativo e la conclusione a cui era pervenuta nel 2020. Tuttavia, in questa occasione la Corte costituzionale ha sottolineato che «le ragioni indicate dalla Corte EDU a giustificazione della ravvisata violazione dell'art. 6, paragrafo 1, CEDU evidenziano la reale esistenza nell'ordinamento italiano di un problema effettivo [...] concernente il riconoscimento di un diritto della persona offesa [...] a un sollecito svolgimento delle indagini preliminari in vista di una altrettanto sollecita decisione sulla pretesa di risarcimento del danno da reato.»

La Corte costituzionale ha ritenuto che «non è, tuttavia, sul terreno della decorrenza del computo del termine di ragionevole durata del processo penale per la parte civile, che è poi l'oggetto esclusivo della disciplina dettata dall'art. 2, comma 2-bis, della legge n. 89 del 2001, che possono trovare più adeguata risposta le esigenze di migliore protezione e di potenziamento delle prerogative della vittima del reato sin dall'avvio del procedimento», ma su quello dell'istituzione di meccanismi idonei a prevenire la violazione dei diritti della presunta vittima.

In assenza di una tutela fornita da parte della Corte costituzionale per quanto riguarda il profilo della ragionevole durata del processo, l'ordinamento italiano sembra quindi, allo stato attuale, non prevedere alcuno strumento per prevenire ed eventualmente rimediare le violazioni conseguenti all'eccessiva durata delle indagini e alla limitazione all'accesso al tribunale in conseguenza dell'estinzione del reato per prescrizione.

Deve rilevarsi, tuttavia, che le due sentenze della Corte Edu qui esaminate sono state prese in considerazione nell'ambito della riforma del processo penale in materia di "indagini preliminari e di udienza preliminare e alle dispo-

(28) Corte eur. diritti dell'uomo 5 aprile 2018, *Zubac c. Croazia*, <www.hudoc.echr.coe.int>, par. 90 e 95.

sioni dell'ordinamento giudiziario in materia di progetti organizzativi delle procure della Repubblica" approvata in via definitiva il 23 settembre 2021 (l. n. 134/21). In particolare, secondo la relazione della Commissione "Lattanzi"⁽²⁹⁾, depositata il 24 maggio 2021, le due pronunce della Corte Edu "rendono assolutamente necessario e indifferibile un intervento mirato volto a fornire una risposta efficace all'esigenza di celerità delle indagini preliminari" (p. 20 della Relazione). In questo senso, la legge delega 27 settembre 2021 n. 134 prevede, tra le altre misure⁽³⁰⁾, la rimodulazione dei termini per le indagini preliminari (art. 1 c. 9 lett c)-e)), la predisposizione di idonei meccanismi procedurali volti a consentire alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa di prendere cognizione degli atti di indagine (lett. f)) e, infine, la predisposizione di rimedi alla stasi delle indagini preliminari attraverso l'intervento del g.i.p. (lett. g) o a ritardi in seguito alla notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini ex 415-bis c.p.p. (lett. h).

Sebbene non sia possibile fare valutazioni in astratto su tali interventi e in particolare sul loro impatto concreto nelle dinamiche delle singole vicende, queste modifiche legislative costituiscono, se adeguatamente concretizzate con l'approvazione entro l'anno dei corrispondenti decreti legislativi, tasselli importanti per la costruzione di rimedi preventivi. Non sono invece previsti meccanismi per rimediare alla violazione dell'articolo 6 CEDU, nell'ipotesi in cui i rimedi preventivi non fossero sufficienti, nel caso concreto, a impedire il protrarsi ingiustificato della durata delle indagini preliminari.

In conclusione, la vicenda in esame mette in luce come gli strumenti necessari per la risoluzione dei problemi sollevati dalla corte non possano che essere il frutto di un'azione congiunta di una pluralità di attori: il legislatore, in primo luogo, e, a seguire, i soggetti responsabili di una corretta amministrazione della giustizia, procura e ufficio del giudice per le indagini preliminari in particolar modo. Inoltre, le cause alla radice della violazione richiedono interventi sul piano organizzativo e finanziario che spesso esulano dalle competenze e disponibilità di questi ultimi soggetti, considerati individualmente.

I diritti fondamentali giocano così un ruolo che impone il superamento di una visione parcellizzata delle responsabilità dei singoli attori pubblici e promuove una concezione del diritto che mette al centro dell'ordinamento il principio dell'effettività della tutela.

ABSTRACT

Il contributo esamina alcune questioni aperte nel rapporto tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e le corti nazionali in ambito penale, con particolare riguardo all'applicazione dei principi di legalità, di *ne bis in idem* e di equità del processo, nella prospettiva della tutela della persona offesa dal reato.

The contribution examines some open issues in the relationship between the jurisprudence of the European Court of Human Rights and national courts, in the criminal field, with particular regard to the application of the principles of legality, *ne bis in idem* and fairness of the trial, with a view to protecting the person offended by the crime.

(29) La si veda pubblicata in *ForoNews*, <www.foroitaliano.it> del 25 maggio 2021.

(30) Per una prima analisi dei profili indicati e una citazione dei primi commenti, vedi DE MARZO, *La legge delega disegnata dalla riforma Cartabia con riguardo al processo penale (prima parte): dal processo telematico all'udienza preliminare*, *Foro it.*, 2021, V, 257.